

De voorlopige voorziening in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

mr. drs. Th.G.M. Simons

mr. dr. A.T. Marseille

Prof. mr. B.W.N. de Waard

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2006

© 2006 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 708 1
NUR 823
www.bju.nl

Inhoud

De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht	7
Mr. drs. Th.G.M. Simons	
Voorlopige oordelen, verstekkende beslissingen	87
Mr. dr. A.T. Marseille	
Spoedprocedures vergeleken	167
Prof. mr. B.W.N. de Waard	
Bestuur en ereleden	249
Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR	251

De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht

Mr. drs. Th.G.M. Simons*

1	Inleiding	9
2	De positionering van de voorlopige-voorzieningprocedure in het Nederlandse bestuursrecht	12
3	Het wettelijke stelsel	18
3.1	Het beginsel van connexiteit	18
3.2	Toepasselijke bepalingen	21
3.3	Mogelijke beslissingen	25
3.4	Afdoening buiten zitting	28
4	De beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening	30
4.1	De bevoegdheid van de voorzieningenrechter	30
4.2	De ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening	32
4.3	De inhoudelijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening	40
4.4	De inhoud van een te treffen voorlopige voorziening	55
4.5	De aan een voorlopige voorziening te verbinden termijn	59
5	Onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak	62
6	Een voorlopige voorziening door de bodemrechter	71
7	Moet de uitsluiting van hoger beroep worden gehandhaafd?	79
	Stellingen	86

* Theo Simons is coördinerend vice-president/bestuurslid van de Centrale Raad van Beroep.

I Inleiding

Evenals het civielrechtelijke kort geding is de bestuursrechtelijke voorlopige-voorzieningsprocedure een zeer belangrijk onderdeel van (ook) de Nederlandse rechtspraktijk. In de eerste plaats kwantitatief. In 2003 en 2004 waren ongeveer 20% van alle bij de rechtbanken aanhangig gemaakte zaken, verzoeken om voorlopige voorziening (en om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening). Het betreft ongeveer 9000 zaken.¹ En bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) waren in 2003 en 2004 ongeveer 30% van de aanhangig gemaakte zaken in eerste aanleg verzoeken om voorlopige voorziening (ongeveer 1000 zaken) en in hoger beroep ongeveer 13% (ongeveer 300 zaken).² Maar zeker ook kwalitatief, in die zin dat een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening vaak diep ingrijpt in de situatie van een of meer partijen en grote belangen raakt. Daar komt nog bij, dat de praktijk leert dat in nogal wat gevallen met de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening de zaak feitelijk eindigt.

Het verschijnsel voorlopige voorziening is tot voor kort in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur (uiteraard met uitzondering van de handboeken) onderbelicht gebleven. De (wetenschappelijke) belangstelling ervoor is (was?) kennelijk niet groot.³

Dit is wellicht in de hand gewerkt doordat er, afgezet tegen het betrekkelijk grote aantal verzoeken om voorlopige voorziening, maar weinig voorlopige-voorzieningsuitspraken worden gepubliceerd. Dat geldt in het bijzonder voor uitspraken van de

-
1. Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2004, p. 31. De vreemdelingenzaken zijn daarbij buiten beschouwing gelaten.
 2. Jaarverslag Raad van State 2004, p. 174-177. Ook hierbij zijn de vreemdelingenzaken buiten beschouwing gelaten.
 3. Ik verwijs naar de proefschriften van H. Bolt, *De voorlopige-voorzieningsprocedure: het verband tussen voorlopige-voorzieningsprocedure en bodemprocedure en de ontwikkeling naar een administratief kort geding*, 1986, en van A.M.M.M. Bots, *Op weg naar een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding? De regeling van de voorlopige voorzieningsprocedure in de Awb en het vraagstuk van de verzelfstandiging*, 1995. Een op de praktijk gericht overzicht van de voorlopige-voorzieningsprocedure kan worden gevonden in P.M. Langbroek, *Het bestuursrechtelijk kort geding*, 1996. Voorts kan worden gewezen op enkele kleinere publicaties: B.W.N. de Waard, P.M. Langbroek & M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *De voorlopige voorzieningsprocedure ingevolge de Awb*, in: *De Algemene wet bestuursrecht nader beschouwd. Tien jaar Tijdschrift voor ambtenarenrecht*, 1994, p. 69-77; A.M.L. Jansen & F.M.C. Vlemminx, *Het bestuursrechtelijk kort geding en de eis van één bodemprocedure*, NTB 1995, p. 190-201; A.T. Marseille & H. Oldenziel, *De Awb als hoeder van het spoedeisend belang: het functioneren van de voorlopige-voorzieningsprocedure*, in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid*, 1997, p. 245-255; H.J.M. Besselink, *Voorlopige voorziening in hoger beroep*, JBplus 2000, p. 54-65; E. Minderhoud & P. Kerckhaert, *Uitbreiding bevoegdheid bestuursrechter*, NJB 2003, p. 2047; E.J. Daalder, *Enkele gedachten bij tien jaar bestuurlijke voorlopige voorziening*, TCR 2004, p. 49-55.

rechtbanken en van de gerechtshoven in belastingzaken. Dit valt te betreuren, omdat de dagelijkse praktijk van de voorlopige voorziening, in al haar gevarieerdheid, juist uit die uitspraken goed naar voren komt en kennisneming van die praktijk van alledag kan leiden tot kritische reflectie daarop.

Het voorgaande klemte extra, omdat tegen voorlopige-voorzieningsuitspraken geen hoger beroep kan worden ingesteld, zodat – behoudens de lijnen die in de voorlopige-voorzieningsuitspraken van de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep (Centrale Raad) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (College) zelf worden getrokken – van de appèlcolleges in dezen geen normerende werking uitgaat.

Met het verschijnen van een themanummer van JBplus in 2005⁴ over de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening lijkt overigens een publicitaire kentering te zijn ingetreden. Dat het bestuur van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht (VAR) heeft besloten de jaarvergadering van 2006 te wijden aan dit onderwerp, levert een begin van bewijs op voor deze stelling.⁵ Het debat over (de praktijk van) de voorlopige-voorzieningsprocedure zal door deze ontwikkeling stellig worden gestimuleerd.

Het voeren van een debat over de voorlopige-voorzieningsprocedure is bovendien eveneens zinvol, omdat zo nu en dan (mogelijke) tekortkomingen worden gesignaleerd die voor een deel slechts kunnen worden weggenomen door wetgeving. Ook de wetgever is dus gebaat met een – bredere – discussie.

Het primaire oogmerk van dit preadvies is het beschrijven van het stelsel en de hoofdlijnen van de praktijk van de voorlopige-voorzieningsprocedure in het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij worden normatieve beschouwingen niet geschuwd en zullen voorts enkele voorstellen tot wetswijziging worden gedaan, waar mogelijk in de vorm van concrete wetsbepalingen.⁶

Het preadvies bestaat uit de volgende onderdelen. Na deze inleiding (onderdeel 1) wordt in onderdeel 2 ingegaan op de positionering van de voorlopige-voorzieningsprocedure in het Nederlandse bestuursrecht. Onderdeel 3 is gewijd aan het wettelijke stelsel. Daarin wordt allereerst aandacht besteed aan het beginsel van connexiteit, dat aan dat stelsel ten grondslag ligt. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de toepasselijke wettelijke bepalingen, waarbij enkele kleinere vraagpunten aan de orde komen. Vervolgens wordt wat dieper ingegaan op de mogelijke beslissingen die de voorzieningenrechter kan geven en op de mogelijkheden tot afdoening van een verzoek om voorlopige voorziening buiten zitting. In onderdeel 4 staat de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening centraal. Aan de hand van de – dwingende – volgorde van artikel 8:84, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt bezien voor welke vragen de voorzieningenrechter bij de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening komt te staan. Achtereenvolgens komen aan de orde: de bevoegdheid van de voorzieningenrechter, de ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening, de inhoudelijke beoor-

4. JBplus 2005, aflevering 2, thema *De voorlopige voorziening*.

5. Zo ook de recente publicatie van J.C.A. de Poorter, *De voorlopige-voorzieningsprocedure: is een herbezinning vereist op de wettelijke regeling van de voorlopige rechtsbescherming?*, NTB 2005, p. 12-20.

6. Oude liefde roest nu eenmaal niet.

deling van het verzoek, de inhoud van een te treffen voorlopige voorziening, en de – eventueel – aan een voorlopige voorziening te verbinden termijn. Onderdeel 5 is gewijd aan de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak. In onderdeel 6 wordt de regeling inzake het treffen van een voorlopige voorziening door de bodemrechter besproken. Daarin worden voorstellen tot verbetering gedaan. In onderdeel 7 wordt ingegaan op de uitsluiting van de mogelijkheid van hoger beroep en wordt besproken of deze moet worden gehandhaafd. Daarbij wordt een alternatief geformuleerd. Afgesloten wordt, zoals dat in een preadvies (voor de VAR) hoort, met enkele stellingen.

Het preadvies heeft geen rechtswetenschappelijke pretentie, hooguit een rechtsgeleerde. Mijn ervaringen in de rechtspraak zijn bij het denken en schrijven van onmisbaar nut gebleken.⁷

7. Evenals de ervaringen opgedaan bij het – sedert vele jaren – voorbereiden en verzorgen, samen met staatsraad i.b.d. D.A.C. Slump, van de SSR-cursus *Introductie voorlopige voorziening*.

2 De positionering van de voorlopige-voorzieningprocedure in het Nederlandse bestuursrecht

In het Nederlandse bestuursrecht geldt op grond van artikel 6:16 Awb de hoofdregel dat het maken van bezwaar, het instellen van administratief beroep en het instellen van beroep bij de bestuursrechter⁸ de werking van het bestreden besluit niet schorst.^{9,10} Ingevolge artikel 6:24 Awb, in verbinding met artikel 6:16 Awb, geldt deze hoofdregel ook voor het instellen van hoger beroep en het instellen van beroep in cassatie, zodat het aanwenden van een van deze rechtsmiddelen de werking van de aangevallen uitspraak niet schorst.¹¹

De ratio van deze hoofdregel is primair gelegen in de opvatting dat, waar aan een bestuursorgaan de bevoegdheid is toegekend om – bij besluit – eenzijdig rechten en verplichtingen vast te stellen, die rechtsvaststelling ook meteen na de bekendmaking van het besluit haar beoogde werking moet hebben. Daarbij heeft de wetgever uiteraard onder ogen gezien, dat de aanvaarding van deze hoofdregel vergt dat daarop onder omstandigheden, vooral uit het oogpunt van rechtsbescherming van hetzij de geadresseerde van het besluit hetzij een of meer derden-belanghebbenden, een uitzondering kan worden gemaakt.¹² In het bijzonder moet worden gedacht aan gevallen waarin de uitvoering van het besluit onomkeerbare gevolgen heeft en deze

8. In art. 1:4 Awb worden, op historisch verklaarbare gronden, de begrippen ‘administratieve rechter’ en ‘administratieve rechtspraak’ gebruikt. Het verdient aanbeveling deze begrippen, ook in de overige bepalingen van de Awb, bij gelegenheid te vervangen door de, inmiddels geheel ingeburgerde, begrippen ‘bestuursrechter’ en ‘bestuursrechtspraak’. Dan kan tevens het begrip ‘administratief beroep’ worden vervangen door ‘bestuursberoep’.

9. Taalkundig gezien zou beter de term ‘opschorten’ kunnen worden gebruikt dan de term ‘schorsen’ (zoals ook wordt gedaan in aanwijzing 160 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en de daarin opgenomen modelbepaling). Ik zal in dit preadvies niettemin (ook) de term ‘schorsen’ gebruiken.

10. In het vervolg van dit preadvies blijft het administratief beroep onvermeld, tenzij het nodig is daaraan afzonderlijk aandacht te besteden. Met de term ‘beroep’ wordt in het vervolg bedoeld het instellen van beroep bij de bestuursrechter. Met de term ‘beroepstermijn’ wordt, tenzij anders blijkt, bedoeld zowel op de termijn voor het instellen van administratief beroep als op de termijn voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter. De term ‘beroepschrift’ ziet, tenzij anders blijkt, zowel op het geschrift waarmee administratief beroep wordt ingesteld als op het geschrift waarmee beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld.

11. Voor het – bijzondere – rechtsmiddel herziening geldt ingevolge art. 8:88, tweede lid, Awb, in verbinding met art. 6:16 Awb, hetzelfde.

12. PG Awb I, p. 306.

zo snel kan plaatsvinden, dat – zelfs – de uitspraak op een ingediend verzoek om voorlopige voorziening niet kan worden afgewacht. Daarom is in artikel 6:16 Awb tevens opgenomen, dat bij of krachtens wettelijk voorschrift anders kan worden bepaald. Deze formulering laat toe, dat niet alleen de formele wetgever maar ook de lagere regelgever een dergelijke – categoriale – uitzondering kan maken, en voorts dat (ook) de lagere regelgever erin kan voorzien dat het bestuursorgaan dat het besluit neemt, in een concreet geval kan bepalen dat een uitzondering op de hoofdregel wordt gemaakt.¹³ Aan de hoofdregel van artikel 6:16 Awb ligt verder ten grondslag, dat aldus wordt voorkomen dat – oneigenlijk – gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken of beroep in te stellen uitsluitend om de uitvoering van een onwelgevallig besluit te verhinderen.¹⁴ Een gelukkig gevolg van het gekozen uitgangspunt is verder, dat indien iemand een rechtsmiddel aanwendt tegen een besluit waarbij de aanvraag voor een begunstigend besluit deels is toegevoegd en deels is afgewezen, daaraan niet de consequentie is verbonden dat ook het begunstigende gedeelte van dat besluit niet mag, althans niet hoeft te worden uitgevoerd.¹⁵ Het bestaan van de hoofdregel van artikel 6:16 Awb ondervindt, ook in de literatuur, geen wezenlijke kritiek.

De wetgever heeft in enkele gevallen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om aan het maken van bezwaar of het instellen van beroep schorsende werking toe te kennen. Daarbij wordt, in overeenstemming met aanwijzing 160 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, meestal nog een stap verder gegaan, in die zin dat wordt bepaald dat de werking van het besluit wordt opgeschort totdat de beroepstermijn¹⁶ is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. Enkele voorbeelden: de artikelen 73 (verblijfsvergunning regulier) en 82 (verblijfsvergunning asiel) Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), artikel 16, zesde lid, Monumentenwet 1988 (monumentenvergunning), en artikel 63, eerste lid, Mededingingswet (boete en last onder dwangsom).¹⁷ Een minder vergaande variant vinden we in wettelijke bepalingen waarin de inwerkingtreding van een besluit of de bevoegdheid om uitvoering te geven aan een besluit, impliciet of expliciet, wordt gekoppeld aan (het verstrijken van) de bezwaar- of beroepstermijn. Enkele voorbeelden: de artikelen 44, vierde lid, (aanlegvergunning) en 28, zevende lid, (goedkeuring bestemmingsplan) Wet op de

13. Naar de tekst van art. 6:24 Awb, in verbinding met art. 6:16 Awb, geldt de mogelijkheid tot het maken van een uitzondering op de hoofdregel ook voor het instellen van hoger beroep en het instellen van beroep in cassatie. Voorzover mij bekend wordt deze bepaling echter niet zo opgevat, dat (ook) de lagere regelgever kan bepalen dat het aanwenden van een van deze rechtsmiddelen de werking van de aangevallen uitspraak schorst.

14. Of, nog erger, uitsluitend om de geadresseerde van het besluit dwars te zitten.

15. Hierop wordt gewezen door De Poorter 2005, p. 13.

16. De modelbepaling rept alleen over 'beroepstermijn' en 'beroep'. Dat betekent evenwel niet dat zij uitsluitend betrekking heeft op het administratief beroep en het beroep bij de bestuursrechter. Uit de wetsgeschiedenis van de Aanpassingswet Awb I (Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 26) en de Leemtetwet Awb (Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3, p. 32) blijkt namelijk dat, door de werking van art. 7:1 Awb, de bepaling zich ook uitstrekt over de fase van het bezwaar. Uit Vزر. CBb 9 april 2003, LJN AF7441, kan worden afgeleid dat zij daarentegen niet ziet op de fase van het hoger beroep.

17. Art. 63, tweede lid, Mededingingswet geeft het bestuursorgaan (de Nederlandse Mededingingsautoriteit) vervolgens wel de bevoegdheid om, als het gaat om een last onder dwangsom (en niet om een boete), in een concreet geval daarop weer een uitzondering te maken.

Ruimtelijke Ordening, en artikel 20.3, eerste lid, eerste volzin, Wet milieubeheer (besluit als bedoeld in artikel 20.1, eerste lid, Wet milieubeheer). In deze variant wordt van de belanghebbenden gevergd dat zij – tijdig – een rechtsmiddel aanwenden en vervolgens binnen de termijn een verzoek om voorlopige voorziening indienen. Ten slotte kan nog worden genoemd de variant waarin het – binnen een bepaalde termijn – indienen van een verzoek om voorlopige voorziening tot gevolg heeft dat de werking van het bestreden besluit wordt geschorst. Enkele voorbeelden: artikel 35, vierde lid, Mededingingswet (besluit tot openbaarmaking van door de Nederlandse Mededingingsautoriteit niet vertrouwelijk geoordeelde gegevens), en artikel 20.3, eerste lid, tweede volzin, Wet milieubeheer.¹⁸

Voorts heeft de wetgever in nogal wat gevallen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om aan het instellen van hoger beroep en het instellen van beroep in cassatie schorsende werking toe te kennen. Zo geldt ingevolge de artikelen 27h, vijfde lid, en 28, zevende lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) voor de gehele belastingrechtspraak dat het aanwenden van deze rechtsmiddelen de werking van de aan gevallen uitspraak schorst. En op grond van artikel 19 Beroepswet geldt hetzelfde voor het instellen van hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank inzake besluiten, genomen op grond van een van de in bijlage C, onder 1 tot en met 24, Beroepswet vermelde wettelijke voorschriften. Ook in deze gevallen is gekozen voor een verdergaande variant, in die zin dat de werking van de desbetreffende categorieën uitspraken wordt geschorst totdat de termijn voor het aanwenden van het rechtsmiddel is verstreken en, indien het rechtsmiddel is aangewend, totdat naar aanleiding daarvan is beslist.

De belangrijkste wettelijke voorziening om de – mogelijke – nadelige gevolgen van de hoofdregel van artikel 6:16 Awb¹⁹ te kunnen ondervangen, is echter de mogelijkheid van een verzoek om voorlopige voorziening.

Artikel 8:81, eerste lid, Awb luidt:

‘Indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.’²⁰

Deze bepaling is op grond van de artikelen 36, eerste lid, en 39, eerste lid, Wet op de Raad van State (Wet RvS), 17, eerste lid, en 21, eerste lid, Beroepswet, 19, eerste lid, en 22, eerste lid, Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (Wbb) en 27j, eerste

18. Waarbij daarna in art. 20.5 Wet milieubeheer aan het bevoegd gezag de bevoegdheid wordt toegekend om deze regel weer te doorbreken, indien het van oordeel is dat het onverwijd in werking treden van het besluit noodzakelijk is.

19. En van de door de wetgever gemaakte categoriale en de door een bestuursorgaan gemaakte incidentele uitzonderingen daarop.

20. Art. 254, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidt: ‘In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven.’

lid, Awr van overeenkomstige toepassing indien (hoger) beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling, de Centrale Raad, het College en het gerechtshof in belastingzaken.²¹ Uit artikel 29 Awr volgt dat artikel 8:81 Awb niet van overeenkomstige toepassing is op het beroep in cassatie in belastingzaken.

Een verzoek om voorlopige voorziening (dat is dus: een verzoek om (overeenkomstige) toepassing van artikel 8:81 Awb) kan aldus worden gedaan hangende bezwaar, administratief beroep, beroep en hoger beroep. In enkele (rechtbank)uitspraken²² is geoordeeld dat hangende verzet geen verzoek om voorlopige voorziening kan worden gedaan. Daaraan ligt ten grondslag de redenering dat na een uitspraak op grond van artikel 8:54 Awb, geen sprake meer is van een aanhangig beroep, ook niet als tegen die uitspraak verzet is gedaan. Ook wordt daarbij betekenis toegekend aan het gegeven dat titel 8.3 Awb in artikel 8:55 Awb niet van overeenkomstige toepassing is verklaard. Deze redenering is naar mijn mening onjuist. Afdeling 8.2.4 Awb (Vereenvoudigde behandeling) is niet voor niets geplaatst in titel 8.2 Awb (Behandeling van het beroep). Zodra verzet is gedaan, is de zaak (weer) in de fase van het beroep beland. Titel 8.3 Awb is daarmee (weer) van toepassing.²³ Ingevolge artikel 8:88, tweede lid, Awb, in verbinding met artikel 8:81, eerste lid, Awb, kan ook hangende een herzieningsprocedure een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan.

De mogelijkheid om een verzoek om voorlopige voorziening te doen, is weliswaar aan het hiervoor besproken in artikel 6:16 Awb neergelegde uitgangspunt complementair, dat neemt niet weg dat artikel 6:16 Awb de hoofdregel bevat en artikel 8:81, eerste lid, Awb – slechts – de mogelijkheid om daarop in een concreet geval door tussenkomst van de (voorzieningen)rechter het maken van een uitzondering te bewerkstelligen. Hieruit wordt algemeen afgeleid dat er iets ‘bijzonders’ aan de hand moet zijn, wil een verzoek om voorlopige voorziening voor toewijzing in aanmerking (kunnen) komen.²⁴

Het wettelijke stelsel brengt mee, dat de bestuursrechtelijke voorlopige-voorziening-procedure niet altijd beschikbaar is. Zo kan met betrekking tot een handeling van een bestuursorgaan waartegen in het geheel geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel kan worden aangewend, ook geen bestuursrechtelijke voorlopige voorziening worden gevraagd. Eveneens kan geen bestuursrechtelijke voorlopige voorziening worden gevraagd in die gevallen waarin de bestuursrechtelijke rechtsgang in de hoofdzaak nog niet beschikbaar is, omdat het verzochte of anderszins in voorbereiding zijnde besluit nog niet tot stand is gekomen. En daarnaast zijn er gevallen waarin de op zichzelf wel beschikbare bestuursrechtelijke voorlopige-voorziening-procedure door een bepaalde belanghebbende (nog) niet kan worden aangewend, of waarin degene die behoefte heeft aan een voorlopige voorziening geen belangheb-

21. In het vervolg van dit preadvies zullen de betrokken bepalingen van de Wet RvS, de Beroepswet, de Wbb en de Awr alleen worden vermeld voorzover deze afwijken van de bepalingen van de Awb dan wel voorzover dit anderszins nodig is.

22. Bijvoorbeeld Pres. Rb. Breda 10 mei 1995, JB 1995, 153.

23. Zo ook M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, 2006, p. 259.

24. Vgl. Pres. CRvB 2 februari 1996, KG 1996, 151. Overwogen wordt, ‘dat voor een schorsing van de werking van de aangevallen uitspraak meer aan de hand dient te zijn dan het “gewone” belang van de verzoeker’.

bende is bij het desbetreffende besluit. In al die gevallen biedt, zoals (over)bekend, de civiele kort-gedingrechter in binsel aanvullende rechtsbescherming.²⁵

In dit verband is ook van belang dat het in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) verankerde recht op een eerlijke en effectieve rechtsgang (althans voor die categorieën zaken die door het EVRM worden bestreken), de nationale wetgever dwingt tot het openen van de mogelijkheid van – kort gezegd – voorlopige rechtsbescherming tegen op zichzelf uitvoerbare besluiten (en andere handelingen) van bestuursorganen waarvan de onmiddellijke uitvoering tot (ernstige) onherstelbare en onomkeerbare gevolgen leidt. Dit volgt onder andere uit de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaken-Jabari/Turkije²⁶ en Čonka/België.²⁷ Aanbeveling R (2004) 20 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de Lid-Staten van 15 december 2004 lijkt, in Principle 5.d, zelfs een verdergaande (instructie)norm in te houden:

‘The tribunal should be competent to grant provisional measures of protection pending the outcome of the proceedings.’

Met verwijzing naar de hiervoor genoemde arresten van het EHRM vermeldt de toelichting bij Principle 5.d het volgende:

‘93. This principle is aimed at ensuring that implementation of the contested measure can be suspended in cases where its enforcement would place the person concerned in an irreversible situation (...).

94. The recommendation recognises that the tribunal should have authority to grant provisional measures of protection pending the outcome of judicial proceedings. Such measures can include the full or partial suspension of the execution of the disputed administrative act, thus enabling the tribunal to re-establish the de facto and de jure situation which would prevail in the absence of the administrative act or to impose appropriate obligations on the administrative authorities.’

25. Daarbij passen wel enkele kanttekeningen. Als in een civielrechtelijk kort geding wordt gevraagd te interveniëren in besluitvorming die nog in voorbereiding is (bijvoorbeeld door middel van een verbodsactie), is de civiele kort-gedingrechter daartoe volgens vaste rechtspraak alleen bereid als het voorgenomen besluit onmiskenbaar onrechtmatig is. En als de vordering ertoe strekt dat een van rechtswege ingetreden schorsing van een besluit wordt opgeheven, is het de vraag of de civiele kort-gedingrechter bereid zal zijn het bestuursorgaan te bevelen te handelen alsof van schorsing geen sprake is.

26. EHRM 11 juli 2000, zaak 40035/98, Reports and Judgments, 2000-VIII (schending van art. 13 EVRM, in samenhang met art. 3 EVRM).

27. EHRM 5 februari 2002, zaak 51564/99, Reports and Judgments, 2002-I (schending van art. 13 EVRM, in samenhang met art. 4 Vierde Protocol EVRM).

Ten slotte is in dit verband van belang dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen²⁸ volgt, kort samengevat, dat de nationale rechter gehouden is voorlopige rechtsbescherming te bieden tegen handelingen van organen van een Lid-Staat, ook waar de nationale wetgeving daarin niet voorziet, als dat noodzakelijk is om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.²⁹

28. HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/98, Jur. 1990, p. I-2433-2475 (Factortame I).

29. Voor een korte oriëntatie op de overige gemeenschapsrechtelijke aspecten van de voorlopige-voorzieningprocedure verwijs ik naar Schreuder-Vlasblom 2006, p. 261-262. Ten gronde wordt daarop ingegaan in J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2002.

3 Het wettelijke stelsel

3.1 Het beginsel van connexiteit

Aan de inrichting van het Nederlandse wettelijke stelsel ligt het beginsel van de zogeheten *connexiteit* ten grondslag. Kort gezegd houdt dit in dat een – strikte – koppeling tot stand is gebracht van de voorlopige-voorzieningprocedure aan de hoofdzaak, dat wil zeggen: aan het aanhangige bezwaar, administratief beroep, beroep of hoger beroep. De voorlopige-voorzieningprocedure is daarmee ten opzichte van de procedure in de hoofdzaak een *accessoire procedure*.

De connexiteit in enge zin is verwoord in artikel 8:81, eerste lid, Awb: een voorlopige voorziening kan slechts worden getroffen, indien tegen een besluit bezwaar is gemaakt, administratief beroep is ingesteld of beroep bij de rechtbank is ingesteld. In overeenstemming daarmee kan de voorzieningenrechter van het appelcollege slechts een voorlopige voorziening treffen, indien hoger beroep is ingesteld. Dit is wat wel wordt genoemd de *processuele connexiteit*.³⁰ Daarnaast kennen we de *materiële connexiteit*.³¹ Deze houdt in dat een te treffen voorlopige voorziening uitsluitend betrekking mag hebben op het – connexe – in de hoofdzaak bestreden besluit of de – connexe – in hoger beroep aangevallen uitspraak.³² Daaraan wordt ook wel verbonden, dat een voorlopige voorziening die iets anders inhoudt dan schorsing van het bestreden besluit (of opheffing van enige vorm van schorsing van rechtswege) zich moet richten tot het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.³³ Zo gezien leidt het beginsel van materiële connexiteit tot een beperking van de reikwijdte van de voorlopige voorziening naar zowel object als subject.

Maar het beginsel van de connexiteit werkt op veel meer punten door in het systeem. Zo is de bevoegdheid van de voorzieningenrechter gekoppeld aan die van de rechter in de hoofdzaak, is ook de kring van personen die gerechtigd zijn tot het doen van een verzoek om voorlopige voorziening gerelateerd aan de hoofdzaak, vervalt een getroffen voorlopige voorziening met het einde van de hoofdzaak,³⁴ mag

30. De Poorter 2005, p. 15, lijkt onder de processuele connexiteit ook de vraag naar de bevoegdheid van de voorzieningenrechter te brengen. Dat lijkt mij uit het oogpunt van systematiek niet juist.

31. Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2001, LJN AB3088; Vزر. CRvB 24 augustus 2004, LJN AR4450.

32. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 260, en De Poorter 2005, p. 14.

33. Bijvoorbeeld door Langbroek 1996, p. 20 en De Poorter 2005, p. 14. Ook E.J. Daalder & J.P. Heinrich, *De bestuursrechtelijke voorlopige voorziening: overzicht en enige ontwikkelingen*, JBplus 2005, p. 46, gaan hiervan uit. Langbroek wijst erop dat dit – impliciet – ook blijkt uit het feit dat de voorzieningenrechter slechts aan het *bestuursorgaan* een dwangsom kan opleggen en een termijn kan stellen.

34. Om die reden gaat het om een voorlopige voorziening. 'Voorlopig' betekent in dit verband dus: in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak.

de voorzieningenrechter niet iets doen wat de rechter in de hoofdzaak – uiteindelijk – niet ook kan doen of bewerkstelligen of wat overigens de reikwijdte van het bestreden besluit te buiten gaat,³⁵ is de omvang van het geding in de hoofdzaak (zoals omljnd door de artikelen 7:11, 7:25 en 8:69, eerste en tweede lid, en³⁶ 6:13 Awb) ook bepalend voor de buitengrens van de voorlopige-voorzieningprocedure en – het belangrijkste – is in beginsel de prognose van de voorzieningenrechter omtrent de – uiteindelijke – afloop van de hoofdzaak een zwaarwegende factor bij de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening. Op deze punten wordt in het vervolg van dit preadvies nader ingegaan.

In het licht van het voorgaande kan met recht worden gezegd, dat zowel de legitimiteit als de begrenzing van de taakuitoefening van de voorzieningenrechter is gelegen in de koppeling van de voorlopige-voorzieningprocedure aan de procedure in de hoofdzaak.

In de memorie van toelichting wordt de keuze voor de koppeling van de voorlopige-voorzieningprocedure aan de hoofdzaak als volgt beargumenteerd:

‘Van een verdere afstemming op het civielrechtelijke kort geding is in dit stadium van de herziening van de rechterlijke organisatie afgezien. Wij zijn van oordeel dat het thans nog te vroeg is om het zogenaamde connexiteitsprincipe, inhoudende dat de voorlopige voorziening uitsluitend kan worden verkregen hangende een bodemprocedure, los te laten. De rechtsmacht van de administratieve rechter die aanknoopt bij het besluitbegrip, de bezwaarschriftenprocedure en het administratief beroep, alsmede de korte beroepstermijn in bestuursrechtelijke zaken, staan eraan in de weg het bestuursrechtelijk kort geding thans op dezelfde wijze te regelen als zijn burgerrechtelijke pendant.’³⁷

Het belangrijkste hierin besloten liggende argument om geen zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding mogelijk te maken, is mijn inziens de – eerder – door de wetgever gemaakte keuze om de rechtsmacht van de bestuursrechter te laten bepalen door het besluitbegrip³⁸ en, in samenhang daarmee, om de primaire taak van de bestuursrechter te benoemen als het toetsen,³⁹ ex tunc, van de rechtmatigheid van een besluit. Of, zoals Schreuder-Vlasblom het verwoordt:⁴⁰

‘Dit houdt verband met de visie van de wetgever op de taak van de bestuursrechter. Deze is niet geroepen zelf direct toepassing te geven aan het bestuursrecht maar om daartoe strekkende besluiten te beoordelen en – zijn ze onrechtmatig – te vernietigen.’

35. Behalve wellicht indien het connexe bezwaar of beroep weliswaar is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, maar gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval een (fictieve) weigering moet worden aangenomen. Vgl. Pres. CBb 24 maart 2001, AB 2001, 19, en Vzr. CBb 10 april 2003, JB 2003, 175.

36. Sinds 1 juli 2005, ingevolge de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Zie voor de wenkende perspectieven die deze bepaling ook overigens biedt: J.E.M. Polak, Kroniek van het algemeen bestuursrecht, NJB 2006, p. 494.

37. PG Awb II, p. 505.

38. De bekende, doch niet principiële, uitzonderingen daargelaten.

39. Vanzelfsprekend binnen de grenzen van art. 8:69, eerste en tweede lid, en 6:13 Awb.

40. P. 260.

Ook de korte bezwaar- en beroepstermijnen staan aan een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding in de weg. Het is immers niet zinvol om te (blijven) procederen in het kader van de voorlopige-voorzieningsprocedure, als het – connexe – bestreden besluit inmiddels onherroepelijk is geworden.⁴¹ En als eenmaal bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, is een zelfstandig kort geding niet erg zinvol meer.

In de proefschriften van Bolt en Bots wordt uitvoerig ingegaan op de voor- en nadelen van een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding. Bots, zelf – gematigd – voorstander, doet een voorstel⁴² dat er in de kern op neerkomt dat na de totstandkoming van een primair besluit een verzoek om voorlopige voorziening kan worden gedaan zonder dat een hoofdzaak aanhangig behoeft te worden gemaakt. De voorzieningenrechter moet beoordelen of de zaak geschikt is voor behandeling in het kader van de voorlopige-voorzieningsprocedure. Is dat niet het geval, dan moet de zaak worden verwezen naar de bodemprocedure. Langbroek, zelf geen voorstander, geeft een handzaam overzicht van de door verschillende auteurs naar voren gebrachte gezichtspunten.⁴³ Naar deze beschouwingen zij hier verwezen.

Gegeven de wijze waarop thans in het Nederlandse bestuursrecht de rechtsmacht van de bestuursrechter is geconstrueerd, acht ik de tegen een mogelijke verzelfstandiging van het bestuursrechtelijke kort geding aangevoerde argumenten overtuigend. Daar komt bij, dat naar mijn mening van ernstige daaraan verbonden bezwaren niet is gebleken. Hetgeen Daalder en Heinrich⁴⁴ daaromtrent aanvoeren, vind ik onvoldoende zwaarwegend voor een ander standpunt. Het eerste door hen genoemde bezwaar (namelijk dat de voorzieningenrechter niet ontkomt aan het bij zijn beoordeling betrekken van enkele 'voorvragen') is inherent aan de gemaakte keuze om de rechtsmacht van de bestuursrechter te laten bepalen door het besluitbegrip. Dat kan natuurlijk wel anders, maar dan rijst de vraag waarom zulks niet ten gronde, in plaats van uitsluitend in het kader van een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding, zo zou moeten zijn. Het tweede opgeworpen bezwaar zie ik, daargelaten de juistheid van de beschrijving die Daalder en Heinrich geven van hetgeen de voorzieningenrechter doet en zou moeten doen, eerder als een voordeel. Met het waar nodig en mogelijk vooruitlopen door de voorzieningenrechter op de uitkomst van de bodemprocedure, wordt immers (mede) beoogd te voorkomen dat de beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening onvoldoende consistent is met de uiteindelijke afloop van de zaak. Het derde bezwaar komt erop neer dat de voorzieningenrechter door de koppeling van de voorlopige-voorzieningsprocedure aan de hoofdzaak niet steeds een doelmatige voorziening kan treffen, in het bijzonder in die gevallen waarin het daarheen zou moeten kunnen worden geleid dat een vergunninghouder tijdelijk geen gebruik maakt van de aan hem verleende vergunning. Dit bezwaar deel ik wel, maar het kan op een eenvoudiger manier worden weggenomen. Ik zou me kunnen voorstellen dat in de wet wordt

41. In dit licht kan de mogelijkheid van kortsluiting tot op zekere hoogte (ook) worden gezien als een alternatief voor verzelfstandiging van het bestuursrechtelijke kort geding.

42. P. 244-249.

43. P. 36-39.

44. P. 45-46.

opgenomen dat de voorzieningenrechter niet alleen bevoegd is om van het bestuursorgaan een bepaald handelen of nalaten af te dwingen, maar ook van een belanghebbende bij het connexe bestreden besluit.

Een van de door sommigen veronderstelde voordelen van een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding is dat daarmee een aanzienlijke versnelling van de procedure kan worden bereikt, in het bijzonder doordat dan met de op een verzoek om voorlopige voorziening gegeven uitspraak de zaak vaak zal eindigen. Het is echter maar zeer de vraag of die versnelling wel zal worden bereikt. In de eerste plaats zal in deze opzet niet kunnen worden ontkomen aan een keuze voor hoger beroep. En in de tweede plaats mag worden verwacht dat van het zelfstandige bestuursrechtelijke kort geding dan in zoveel gevallen gebruik wordt gemaakt, dat deze procedure in de plaats treedt van een belangrijk deel van de huidige procedures in beroep en in hoger beroep. Dan verkeert het argument in zijn tegendeel, want als (vrijwel) alle zaken haast hebben, zal – gemiddeld – niet sneller worden gewerkt dan thans het geval is.

Verder valt niet uit te sluiten dat een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding zich te ver verwijderd van de (toetsings)taak van de bestuursrechter, in die zin dat de voorzieningenrechter zich vrijheden veroorlooft die in een bodemprocedure niet mogelijk zijn. Het is zeer de vraag of met name bestuursorganen (en die belanghebbenden die het met het bestuursorgaan eens zijn), daarmee gebaat zullen zijn. En een dergelijke ontwikkeling kan tevens een risico inhouden voor de kwaliteit en de eenheid van de bestuursrechtspraak als geheel.

Kortom, ik zie thans noodzaak noch nut van het (her)openen van de discussie over verzelfstandiging van de bestuursrechtelijke voorlopige-voorzieningprocedure.

3.2 Toepasselijke bepalingen

Titel 8.3 Awb (Voorlopige voorziening en onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak) bevat – slechts – acht artikelen. De artikelen 8:81 tot en met 8:85 Awb regelen de ‘gewone’ voorlopige-voorzieningprocedure. Artikel 8:86 Awb voorziet in de mogelijkheid om onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak, indien het een verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep betreft (doorgaans aangeduid met de, niet wettelijke, term kortsluiting).⁴⁵ Artikel 8:87 Awb bevat de bevoegdheid om een getroffen voorlopige voorziening op te heffen of te wijzigen. In werkelijkheid zijn echter veel meer bepalingen van de Awb van (overeenkomstige) toepassing op de voorlopige-voorzieningprocedure.

Allereerst volgt uit de systematiek van hoofdstuk 8 Awb dat de bepalingen van titel 8.1 Awb (Algemene bepalingen) ook van toepassing zijn op titel 8.3 Awb,⁴⁶ uiteraard voorzover dat naar hun aard mogelijk is. Doorgaans is duidelijk wanneer dat het geval is.

45. Bijvoorbeeld in PG Awb II, p. 513.

46. PG Awb II, p. 178. Anders, en dus onjuist: Pres. Rb. Rotterdam 19 november 1998, AB 1998, 288 en Vz. ABRvS 30 december 1999, JB 2000, 4.

In dit verband kan wel de vraag worden gesteld of de wet toelaat dat een verzoek om voorlopige voorziening met toepassing van artikel 8:10 Awb wordt verwezen naar een meervoudige kamer. De bevoegdheid om een voorlopige voorziening te treffen is door de wet vanaf 1 januari 2002⁴⁷ geattribueerd aan ‘de voorzieningenrechter’. Tot die datum was zij, in navolging van het burgerlijk procesrecht, toegekend aan ‘de president’.⁴⁸ Doordat de president per definitie een alleensprekende rechter was, kwam niemand op de gedachte dat verwijzing naar een meervoudige kamer mogelijk zou zijn. De term ‘voorzieningenrechter’ is echter wat dit betreft minder eenduidig. In elk geval is de voorzieningenrechter wel een enkelvoudige kamer van de rechtbank en het gerechtshof, zoals blijkt uit de artikelen 50 en 63 Wet RO.⁴⁹ Naar de letter is artikel 8:10 Awb dus toepasbaar. Uit het feit dat in de artikelen 50 en 63 Wet RO niet tevens meervoudige kamers in het leven worden geroepen ‘voor het behandelen en beslissen van zaken waarvoor in verband met onverwijlde spoed een voorziening wordt gevraagd’, moet echter worden afgeleid dat de wetgever per 1 januari 2002 niet heeft willen breken met de per 1 januari 1994 in dezen uitgezette lijn. Ook overigens zijn daarvoor geen aanknopingspunten.⁵⁰ Een voor de hand liggende vervolgvraag is, of het wenselijk zou zijn verwijzing naar een meervoudige (voorzieningen)kamer wettelijk mogelijk te maken. Van die mogelijkheid zou dan in het bijzonder gebruik kunnen worden gemaakt bij ‘zware’ verzoeken om voorlopige voorziening. Bij een verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep en hoger beroep bestaat aan die mogelijkheid niet of nauwelijks behoefte. In die gevallen kan immers vrij eenvoudig, en in de regel ook op korte termijn, worden uitgeweken naar een versnelde behandeling van de hoofdzaak (afdeling 8.2.3 Awb) door een meervoudige kamer. Dat gebeurt in de praktijk ook met enige regelmaat, in het bijzonder in die gevallen waarin (ook) naar het oordeel van (de voorzieningenrechter van) het benaderde college een snelle beslissing noodzakelijk is, maar die minder geschikt zijn voor behandeling in het kader van een voorlopige-voorzieningsprocedure en/of door een enkelvoudige kamer. Voordeel daarvan is bovendien, dat tegen de uitspraak van (de meervoudige kamer van) de rechtbank vervolgens hoger beroep kan worden

47. In de Wet organisatie en bestuur gerechten en de Aanpassingswet modernisering rechterlijke organisatie.

48. Wat de Afdeling betreft, is de bevoegdheid om een voorlopige voorziening te treffen altijd toegekend geweest aan haar voorzitter (welk ambt in art. 27, tweede lid, eerste volzin, Wet RvS in het leven is geroepen). De Wet RvS is bij de Wet organisatie en bestuur gerechten en de Aanpassingswet modernisering rechterlijke organisatie niet gewijzigd. Overigens blijkt alleen uit art. 41, tweede lid, tweede volzin, derde lid, eerste volzin, en vierde lid, Wet RvS dat de Afdeling geen ‘voorzieningenrechter’ kent. Zie echter ook art. 92 Vw 2000. Wat de Centrale Raad en het College betreft geldt dat, anders dan voor de rechtbanken (in art. 50, eerste en tweede lid, Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO)) en voor de gerechtshoven (art. 63 Wet RO), de wet niet voorziet in de vorming van enkelvoudige kamers onder de benaming ‘voorzieningenrechter’. Tevens heeft de wetgever verzuimd de term ‘president’ in art. 23, tweede lid, tweede volzin, derde lid, eerste volzin, en vierde lid, Beroepswet en 25, tweede lid, tweede volzin, derde lid, eerste volzin, en vierde lid, Wbb te vervangen door de term ‘voorzieningenrechter’. Beide colleges gebruiken de term ‘voorzieningenrechter’ echter wel.

49. Zie ook art. 39, eerste lid, tweede volzin, Wet RvS, 21, eerste lid, tweede volzin, Beroepswet, en 22, eerste lid, tweede volzin, Wbb.

50. Een tegenargument zou ook nog kunnen worden gevonden in art. 50, derde lid, Wet RO, welke – bij amendement in de wet belande – bepaling inhoudt dat in een civielrechtelijk kort geding de voorzieningenrechter ter zitting de aanspreektitel van ‘president in kort geding’ draagt (sic).

ingesteld. Voorts is van belang, dat bij een verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep door de voorzieningenrechter van de rechtbank vrijwel altijd wordt kortgesloten. Ook dan is meteen hoger beroep mogelijk, zodat het mogelijke ‘nadeel’ van behandeling door een enkelvoudige kamer dan minder zwaar weegt. Bij een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar is noch een keuze voor versnelde behandeling noch een keuze voor kortsluiting mogelijk. Mede gelet op het gegeven dat hoger beroep tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening niet mogelijk is, zijn juist in die fase voordelen verbonden aan het behandelen van ‘zware’ verzoeken om voorlopige voorziening door een meervoudige kamer. Maar er zijn ook nadelen. Ten eerste is niet steeds op voorhand duidelijk of een concreet verzoek om voorlopige voorziening als ‘zwaar’ moet worden aangemerkt. Dat kan ertoe leiden dat, achteraf gezien, ten onrechte een meervoudige kamer is ingezet. Maar het kan er ook toe leiden dat na behandeling door de enkelvoudige kamer verwijzing nodig wordt geacht, wat de procedure compliceert en vertraagt. Ook legt de inzet van meervoudige kamers extra beslag op de toch al schaarse rechtscapaciteit. Bovendien zal in een dergelijk geval vrijwel steeds de noodzaak worden gevoeld om ook de hoofdzaak (het beroep) door een meervoudige kamer te doen behandelen, hetgeen vervolgens afdoening in hoger beroep door een enkelvoudige kamer uitsluit. Al met al zie ik onvoldoende zwaar-wegende gronden om verwijzing van een verzoek om voorlopige voorziening naar een meervoudige kamer wettelijk mogelijk te maken.

Daarnaast zijn in artikel 8:81, vierde lid, Awb enkele bepalingen van hoofdstuk 6 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op de voorlopige-voorzieningsprocedure. 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.⁵¹ Een andere keuze zou de hoofdregel van artikel 6:16 Awb illusoir hebben gemaakt. Ook de artikelen 6:18, 6:19 en 6:20 Awb zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Daar zit de gedachte van de wetgever achter, dat een verzoek om voorlopige voorziening zo snel wordt behandeld, dat aan het ‘meenemen’ van intrekings- of wijzigingsbesluiten en reële besluiten geen behoefte bestaat. De praktijk heeft echter anders geleerd. Het komt met enige regelmaat voor dat, nadat een verzoek om voorlopige voorziening is ingediend, het bestuursorgaan het in de hoofdzaak bestreden besluit wijzigt. Het verzoek om voorlopige voorziening ziet niet op dat wijzigingsbesluit, hetgeen strikt genomen betekent dat een nieuw verzoek zou moeten worden gedaan, met alle daaraan verbonden extra kosten en procedurele complicaties. De rechtspraktijk redt zich hieruit, door – impliciet of expliciet – toch (analoog) toepassing te geven aan de artikelen 6:18 en 6:19 Awb en de verzoeker in de gelegenheid te stellen zijn verzoek uit te breiden tot het wijzigingsbesluit,⁵² of zelfs door daarvan eenvoudigweg uit te gaan. Deze praktijk lijkt echter op gespannen voet te staan met artikel 8:82, eerste lid, Awb. Het verdient daarom aanbeveling haar van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te voorzien, en wel door in artikel 8:81, vierde lid,

51. Uiteraard behoudens een specifieke, andersluidende wettelijke voorziening.

52. Dat kan zelfs ter zitting. Vgl. Pres. CRvB 18 april 1995, JB 1995, 138.

Awb ook de artikelen 6:18 en 6:19 Awb op te nemen.⁵³ Over artikel 6:20 Awb kan men, gelet op de vaste jurisprudentie⁵⁴ omtrent het rechtskarakter van het niet tijdig nemen van een besluit en op de onzekerheid over de toekomst van deze bepaling in het kader van de heroverweging van het stelsel van voorzieningen bij niet tijdig beslissen, aarzelen. Op dit moment zou ik niet willen pleiten voor opname (ook) van artikel 6:20 Awb in artikel 8:81, vierde lid, Awb.

De artikelen 8:82, eerste en tweede lid, 8:83, eerste lid, en 8:84, vierde lid, Awb verklaren – al dan niet met, voor zich sprekende, modificaties – de nodige bepalingen van titel 8.2 Awb van overeenkomstige toepassing op de voorlopige-voorzieningsprocedure. Daaronder zijn onder meer niet de bepalingen van afdeling 8.2.2 Awb (Vooronderzoek). Achtergrond daarvan is dat de wetgever ervan uitging dat de aard van de voorlopige-voorzieningsprocedure meebrengt dat daaraan geen behoefte bestaat. Op één punt is die verwachting niet uitgekomen. In de praktijk is gebleken dat behoefte bestaat aan het vragen van inlichtingen (art. 8:45 Awb), meestal aan een of meer van de partijen. De voorzieningenrechters doen dat ook gewoon, maar het alsnog van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 8:45 Awb heeft de voorkeur. Dat zou kunnen door in artikel 8:83, eerste lid, Awb tussen de tweede en de huidige derde volzin op te nemen: ‘Artikel 8:45 is van overeenkomstige toepassing.’ Ook artikel 8:57 Awb is niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat is op zichzelf begrijpelijk, omdat artikel 8:83, derde en vierde lid, Awb het – in bepaalde gevallen – mogelijk maakt een onderzoek ter zitting achterwege te laten zonder dat partijen daarvoor toestemming hebben gegeven. Tegelijkertijd heeft de wetgever, blijkens artikel 8:84, vierde lid, Awb, rekening gehouden met de mogelijkheid dat behoefte bestaat aan de mogelijkheid van heropening van het onderzoek nadat dit ter zitting in het kader van de voorlopige-voorzieningsprocedure is gesloten. In dat geval moet het echter ook mogelijk zijn met toestemming van partijen de nadere zitting achterwege te laten. Dat doen de voorzieningenrechters dan ook gewoon, maar ook hier geldt dat een wettelijke grondslag de voorkeur heeft. Dat zou kunnen door aan artikel 8:84, vierde lid, Awb toe te voegen: ‘Indien de voorzieningenrechter het onderzoek heropent, kan hij, indien partijen daarvoor toestemming hebben gegeven, bepalen dat de nadere zitting achterwege blijft.’ Tot de niet van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen behoren ook de artikelen 8:73⁵⁵ en 8:73a Awb. Dat is begrijpelijk, nu ingevolge artikel 8:73, eerste lid, Awb voor toewijzing van een verzoek om veroordeling tot schadevergoeding een (ingediend en vervolgens) gegrond verklaard beroep is vereist en ingevolge artikel 8:73a Awb een (ingediend en vervolgens) ingetrokken beroep. Hiermee is overigens niet uitgesloten dat bij wege van voorlopige voorziening een voorschot wordt toegekend op een naar het oordeel van de voorzieningenrechter te verwachten of reeds bestaande verplichting voor het bestuursorgaan om tot schadevergoeding over te gaan. Daartoe strekkende verzoeken zullen echter niet licht worden toegewezen.⁵⁶ De deels afwijkende bepalingen omtrent het griffierecht en de proceskosten worden hier

53. Dan is ook – beter – verzekerd dat een getroffen voorlopige voorziening zich (tevens) uitstrekt tot een dergelijk wijzigingsbesluit. Vgl. Vz. ABRvS 9 april 1994, AB 1994, 600.

54. Ingezet met ABRvS 3 december 1998, AB 1999, 107.

55. Vz. ABRvS 11 december 1997, ABkort 1998, 72.

56. Zoals bijvoorbeeld blijkt uit Pres. Rb. Middelburg 29 mei 1998, NA 1998, 394; Vz. ABRvS 6 februari 1997, Rawb 1997, 138; Vz. ABRvS 26 januari 2005, 200410046.

niet besproken.⁵⁷ Wel is hier vermeldenswaard dat een veroordeling tot betaling van het griffierecht en de proceskosten van de voorlopige-voorzieningsprocedure uitsluitend in dat kader mogelijk is. Deze kosten kunnen dus niet worden betrokken bij de – latere – uitspraak in de hoofdzaak.⁵⁸

Artikel 8:87, tweede lid, Awb verklaart weer vrijwel alle bepalingen van titel 8.3 Awb (en daarmee ook de in die bepalingen reeds van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen van hoofdstuk 6 Awb en titel 8:2 Awb) van overeenkomstige toepassing op een verzoek om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening.

Een beschrijving van het wettelijke kader is, in elk geval sinds 1 april 2002, niet meer compleet zonder verwijzing naar de mogelijkheden tot het treffen van een voorlopige voorziening door de bodemrechter. De bepalingen van artikel 8:72, vijfde lid, eerste volzin, slot, en tweede volzin,⁵⁹ onderscheidenlijk zesde lid, Awb, voorzien daarin. Als gevolg hiervan is het treffen van een voorlopige voorziening niet (meer) voorbehouden aan de voorzieningenrechter, maar heeft – in bepaalde gevallen – ook de bodemrechter die bevoegdheid.

3.3 Mogelijke beslissingen

Elk verzoek om voorlopige voorziening dat niet wordt ingetrokken of op grond van artikel 8:81, vierde lid, Awb, in verbinding met artikel 6:15, eerste lid, Awb, wordt doorgezonden zonder dat het tot een uitspraak komt, eindigt met een van de beslissingen – doorgaans aangeduid als *hoofddicta* – van artikel 8:84, tweede lid, Awb. De voorzieningenrechter kan zich onbevoegd verklaren, het verzoek niet-ontvankelijk verklaren, het verzoek afwijzen of het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijzen.⁶⁰ Bij gehele of gedeeltelijke toewijzing van het verzoek treft de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening. Over de inhoud daarvan bevat de wet geen nadere bepalingen, zodat de voorzieningenrechter de voorziening kan treffen die hem passend voorkomt. Wel geeft artikel 8:84, vierde lid, Awb, in verbinding met artikel 8:72, vijfde⁶¹ en zevende lid, Awb, de voorzieningenrechter – uitdrukkelijk – de bevoegdheid om het bestuursorgaan een termijn te stellen voor het nemen van een nieuw besluit of het verrichten van een andere handeling en om aan het bestuursorgaan een

57. Voor het griffierecht met betrekking tot een verzoek om voorlopige voorziening hangende hoger beroep bevatten art. 41 Wet RvS, 23 Beroepswet, 25 Wbb en 27n Awr specifieke bepalingen.

58. ABRvS 15 september 1997, ABkort 1997, 599.

59. Ingevoegd bij de Eerste Evaluatiewet Awb.

60. De systematiek van deze bepaling komt in vergaande mate overeen met die van art. 8:70 Awb, zij het dat art. 8:70 Awb niet de gedeeltelijke gegrondverklaring van het beroep kent. In de bodemprocedure dient differentiatie plaats te vinden op het niveau van de vernietiging (vgl. art. 8:72, eerste lid, Awb).

61. Door de wijziging van art. 8:72, vijfde lid, Awb per 1 april 2002 is de verwijzing naar deze – gehele – bepaling eigenlijk te ruim geworden. Het zou beter zijn geweest als de wetgever de materie van art. 8:72, vijfde lid, eerste volzin, slot, en tweede volzin, Awb, in een afzonderlijk artikellid of -onderdeel had neergelegd.

dwangsom op te leggen. Van deze bevoegdheden wordt met enige regelmaat gebruik gemaakt.⁶²

In de praktijk is overigens het bereiken van een regeling zonder dat het tot een uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening komt, van groot belang. In nogal wat gevallen slaagt de voorzieningenrechter erin ter zitting een schikking of een ander-soortige regeling tot stand te brengen, hetgeen dan leidt tot intrekking van het verzoek.⁶³ Ook in de fase voorafgaand aan de, eventuele, zitting komt het vaak tot een intrekking. Zo wordt namens de voorzieningenrechter regelmatig – zeker als het een verzoek hangende bezwaar betreft – aan het bestuursorgaan (en waar nodig ook aan de derde-belanghebbende, meestal de vergunninghouder) gevraagd of de uitvoering van het besluit wordt opgeschort totdat het besluit op bezwaar is genomen. Wordt die vraag (bij voorkeur schriftelijk) bevestigend beantwoord en is de voorzieningenrechter er voldoende van overtuigd dat dit ook daadwerkelijk het geval zal zijn, dan wordt namens de voorzieningenrechter aan de indiener van het verzoek gevraagd dit in te trekken.⁶⁴

Artikel 8:87, eerste lid, Awb biedt de grondslag voor een bijzondere beslissing. De voorzieningenrechter kan een getroffen voorlopige voorziening opheffen of wijzigen. De wet bevat geen criteria voor het gebruik van deze bevoegdheid. Om te voorkomen dat, mede gelet op het ontbreken van hoger beroep tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening, sprake zou zijn van een verkapte vorm van (intern) appèl, geldt hier de in de rechtspraak ontwikkelde regel dat sprake moet zijn van feiten of omstandigheden die bij de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening aan de voorzieningenrechter niet bekend waren en die, indien zij toen bekend zouden zijn geweest, tot een andere beslissing zouden hebben geleid, dan wel van inmiddels gewijzigde relevante feiten en omstandigheden.⁶⁵ Hier is dus sprake van twee soorten *nova*, namelijk eerder bij de voorzieningenrechter niet bekende feiten en omstandigheden⁶⁶ en nadien gewijzigde feiten en omstandigheden. Daarbij kan het ook gaan om wijzigingen in het recht en het beleid. Geen nieuw feit is het nemen door het bestuursorgaan van een met het primaire besluit vergelijkbaar besluit op bezwaar, ook niet als daaraan een andere motivering ten grondslag wordt gelegd.

62. Zie bijvoorbeeld Pres. CBb 28 april 1995, JB 1995, 136; Vz. ABRvS 16 februari 1996, KG 1996, 233, en Pres. CRvB 10 september 1998, JB 1998, 222.

63. Art. 8:75a Awb is op grond van art. 8:84, vierde lid, Awb van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat een afzonderlijke uitspraak over de proceskosten kan worden gevraagd. Doorgaans wordt het aspect van de proceskosten echter in de te treffen regeling betrokken.

64. De wetgever heeft met deze gang van zaken rekening gehouden in art. 8:82, derde lid, eerste volzin, Awb inzake het griffierecht. Zie ook art. 41, derde lid, Wet RvS, 23, derde lid, Beroepswet, 25, derde lid, Wbb en 27n, derde lid, Awr. In de praktijk wordt in geval van intrekking op initiatief van de voorzieningenrechter overigens veelal in het geheel geen griffierecht geheven.

65. Zie Pres. CBb 18 mei 1994, KG 1994, 148; Pres. Rb. Rotterdam 30 december 1999, JB 2000, 39; Vz. ABRvS 22 augustus 2003, KG 2003, 205.

66. Anders dan bij een verzoek om herziening als bedoeld in art. 8:88 Awb geldt hier – kennelijk – niet de eis dat deze feiten en omstandigheden (ook) bij de indiener van het verzoek niet bekend waren en redelijkerwijs ook niet bekend konden zijn.

Artikel 8:87 Awb is niet van toepassing, indien na een eerdere, afwijzende uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening een nieuw verzoek wordt ingediend. De wet verzet zich overigens niet tegen het indienen van een herhaald verzoek om toepassing van artikel 8:81 Awb. Met name is geen sprake van niet-ontvankelijkheid van een dergelijk verzoek.⁶⁷ Maar tot een volledig nieuwe beoordeling komt het ook hier niet. De voorzieningenrechter zal zich, net als bij een verzoek om opheffing of wijziging van een – wel – getroffen voorlopige voorziening, beperken tot de vraag of, kort gezegd, sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Hoewel de jurisprudentie hier verschillende formuleringen gebruikt,⁶⁸ zie ik geen reden om bij een herhaald verzoek een andere maatstaf aan te leggen dan bij een verzoek om opheffing of wijziging. En overigens meen ik dat het een goede zaak zou zijn om de, toch essentiële, jurisprudentiële nova-toets in zowel artikel 8:81 Awb als artikel 8:87 Awb te codificeren.

Anders dan artikel 8:81, eerste lid, Awb kan artikel 8:87, eerste lid, Awb ook ambts-halve worden toegepast. Achtergrond daarvan is dat het mogelijk moet zijn om, ook zonder een verzoek daartoe, een wegens onverwijld spoed (doorgaans op basis van een zeer beperkt dossier) met toepassing van artikel 8:83, vierde lid, Awb zonder voorafgaande zitting getroffen voorlopige voorziening op te heffen of te wijzigen. Ambts-halve opheffing of wijziging kan eveneens aan de orde komen als de voorlopige voorziening (al dan niet met een daaraan verbonden termijn) is getroffen in afwachting van de uitkomsten van een door de voorzieningenrechter bevolen (deskundigen)onderzoek door het bestuursorgaan.⁶⁹ Opheffing of wijziging kan, gelet op artikel 8:87, tweede lid, Awb, in verbinding met artikel 8:83, derde en vierde lid, Awb, onder omstandigheden zelfs (opnieuw) zonder dat een zitting plaatsvindt, maar daarvan zijn (mij) geen voorbeelden bekend. Doorgaans wordt (opnieuw) een zitting gehouden, waarna de voorzieningenrechter beoordeelt of er – inderdaad – aanleiding is de getroffen voorlopige voorziening op te heffen of te wijzigen.

Evenals bij een verzoek om herziening als bedoeld in artikel 8:88, eerste lid, Awb gaat het bij een verzoek om opheffing of wijziging van een voorlopige voorziening niet om een (intern) appèl tegen de eerdere uitspraak. Om die reden is er formeel geen beletsel dat dezelfde voorzieningenrechter die de voorlopige voorziening heeft getroffen, ook het verzoek om opheffing of wijziging behandelt.⁷⁰ Veelal zal dat juist praktisch en doelmatig zijn. Onder omstandigheden kan het echter niettemin verstandig zijn dat een andere voorzieningenrechter het verzoek behandelt.

67. Vz. ABRVs 17 april 2002, ABkort 2002, 400.

68. Vz. ABRVs 11 januari 1999, KG 1999, 81; Pres. Rb. Rotterdam 1 december 2000, LJN ZF4220.

69. Bijvoorbeeld in Vz. ABRVs 17 december 1996, ABkort 1997, 141. De voorzitter overweegt dat hij na ontvangst van het deskundigenbericht ambts-halve zal bezien of de getroffen voorlopige voorziening dient te worden opgeheven.

70. Pres. Rb. Groningen 30 september 1994, KG 1994, 407.

3.4 Afdoening buiten zitting

Artikel 8:83, derde lid, Awb geeft de voorzieningenrechter de bevoegdheid om uitspraak te doen zonder dat partijen zijn uitgenodigd om op een zitting te verschijnen. Voorwaarde voor de toepassing van deze bevoegdheid is, dat de voorzieningenrechter kennelijk onbevoegd is of het verzoek om voorlopige voorziening kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond. De bevoegdheid wordt in de praktijk vooral gebruikt als het verzoek kennelijk niet-ontvankelijk is (met name als het griffierecht niet of niet-verschoonbaar te laat is betaald) of als het verzoek kennelijk ongegrond is (met name wegens het ontbreken van enig – spoedeisend – belang). Tegen een dergelijke uitspraak kan geen verzet worden gedaan. Dat hoeft ook niet, omdat het hier geen oordeel in de hoofdzak betreft en dus geen sprake is van de – definitieve – vaststelling van rechten en plichten in de zin van het EVRM.

Artikel 8:84, vierde lid, Awb geeft de voorzieningenrechter bovendien de bevoegdheid om ook in andere gevallen uitspraak te doen zonder zitting, namelijk 'indien onverwijld spoed dat vereist en partijen daardoor niet in hun belangen worden geschaad'. Deze bepaling lijkt op die van artikel 8:81, eerste lid, Awb, maar wijkt daarvan tegelijkertijd niet onbelangrijk af. In de eerste plaats valt op, dat de 'onverwijld spoed' hier niet in combinatie met 'de betrokken belangen' wordt vermeld. Dat betekent dat de onverwijld spoed hier het enige, en dus: zelfstandige, materiële criterium is. De zinsnede over de belangen van partijen moet hier in procedurele zin worden begrepen. Partijen mogen, door de afdoening zonder voorafgaande zitting, niet in hun processuele belangen worden geschaad. Deze uitleg maakt ook de functie van de bepaling inzichtelijk. Als vanwege dreigend ernstig en onherstelbaar nadeel onmiddellijk ingrijpen is vereist en – dus – een zitting niet kan worden afgewacht, moet direct een voorlopige voorziening kunnen worden getroffen, zelfs zonder dat een (meer dan oppervlakkige) voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit plaatsvindt. Dan zal het veelal gaan om een, karig gemotiveerde, schorsing van het bestreden besluit. Een fraaie illustratie van deze situatie biedt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Leeuwarden van 20 juni 2002.⁷¹ Als met toepassing van artikel 8:83, vierde lid, Awb een voorlopige voorziening is getroffen, vindt doorgaans alsnog een zitting plaats, maar dan in het kader van de – ambtshalve – toepassing van artikel 8:87 Awb. Bij de vaststelling van de aan de eerder getroffen voorlopige voorziening te verbinden termijn zal de voorzieningenrechter daarop anticiperen.⁷²

Soms is het zelfs niet mogelijk een schriftelijke uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening af te wachten. Klassieke voorbeelden zijn de sloper die gereed staat om het pand te slopen, de hovenier die de kettingzaag in de oude eik wil gaan zetten

71. Gst. 7189, 127.

72. Zoals in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Leeuwarden van 20 juni 2002 ook wordt gedaan, zij het dat daarin, minder juist, als formulering wordt gekozen 'tot het tijdstip waarop de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan op het verzoek om (...) voorlopige voorziening'.

en de discjockey die op het punt staat de muzikale aftrap voor een grote manifestatie te geven. Voor dergelijke gevallen heeft de praktijk het instrument van de telefonische schorsing ontwikkeld. De beslissing tot schorsing, waaraan soms een dwangsom wordt verbonden, wordt dan telefonisch aan de partijen medegedeeld. Dit instrument ontbeert echter een deugdelijke wettelijke grondslag. Met enige goede wil kan nog wel worden verdedigd dat het hier een mondelinge uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening betreft, maar uit artikel 8:84, eerste en derde lid, Awb moet toch worden afgeleid dat de wetgever een mondelinge uitspraak alleen mogelijk heeft geacht nadat een zitting heeft plaatsgevonden. Daarom is ten minste nodig dat de telefonisch medegedeelde beslissing tot schorsing – echt – onverwijld in een schriftelijke uitspraak wordt neergelegd, die eveneens onverwijld in handen van partijen wordt gesteld.⁷³ Dit neemt echter niet weg, dat een telefonisch medegedeelde en nog niet in een schriftelijke uitspraak neergelegde beslissing tot schorsing strikt genomen geen rechtskracht heeft. Een onwillig bestuursorgaan,⁷⁴ maar veel meer nog: een onwillige vergunninghouder, hoeft zich daar dan ook niets van aan te trekken en kan de (overige) betrokkenen voor – niet letterlijk – voldongen feiten stellen. Daarom acht ik het gewenst dat een wettelijke grondslag voor de telefonische schorsing wordt gecreëerd.

Een praktisch probleem bij de toepassing van artikel 8:83, vierde lid, Awb is de heffing van het griffierecht. Strikt genomen kan geen beslissing worden gegeven op een verzoek om voorlopige voorziening voordat het griffierecht is voldaan. Daar is niet altijd tijd voor. Dit zou kunnen worden opgelost door erin te voorzien dat de voorzieningenrechter kan bepalen dat het griffierecht achteraf wordt geheven. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door aan artikel 8:82, tweede lid, Awb toe te voegen: ‘De voorzieningenrechter kan in zijn uitspraak, bedoeld in artikel 8:83, vierde lid, bepalen dat het griffierecht binnen een door hem gestelde termijn na de uitspraak wordt geheven. De uitspraak kan ook inhouden dat het griffierecht wordt geheven van de door de voorzieningenrechter aangewezen rechtspersoon.’

73. Al zal dat 's avonds en in het weekeinde niet altijd mogelijk zijn.

74. Een bestuursorgaan zal het overigens veelal niet op een telefonische schorsing laten aankomen. Zie daarvoor Daalder & Heinrich, p. 49.

4 De beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening⁷⁵

4.1 De bevoegdheid van de voorzieningenrechter

In een geval waarin de rechtbank als gevolg van de wettelijke toekenning en verdeling van rechtsmacht nimmer kan toekomen aan een oordeel over het in beroep bestreden besluit, dient zij op grond van artikel 8:70, eerste lid, aanhef en onder a, Awb, zich onbevoegd te verklaren. In overeenstemming hiermee dient de voorzieningenrechter op grond van artikel 8:84, eerste lid, aanhef onder a, Awb zijn onbevoegdheid uit te spreken, indien het college waartoe hij behoort (als bestuursrechter) onbevoegd is. De vraag naar de bevoegdheid is een ambtshalve (want van openbare orde zijnde) te beoordelen voorvraag, die voorafgaat aan de eventuele inhoudelijke beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening.

Het stelsel van artikel 8:81, eerste lid, Awb houdt in dat de voorzieningenrechter van het college dat bevoegd is of kan worden om in beroep over de hoofdzaak te oordelen, bevoegd is om over het verzoek om voorlopige voorziening te oordelen. In hoger beroep geldt hetzelfde. Is het college waarbij beroep is ingesteld onbevoegd, dan is de voorzieningenrechter van dat college eveneens onbevoegd.⁷⁶ Indien bijvoorbeeld beroep is ingesteld bij een van de rechtbanken, terwijl de Afdeling bevoegd is, dan is de voorzieningenrechter van die rechtbank eveneens onbevoegd. En wordt bijvoorbeeld hangende bezwaar een verzoek om voorlopige voorziening ingediend bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Dordrecht terwijl de rechtbank Rotterdam bevoegd zal zijn in de hoofdzaak, dan is de voorzieningenrechter van de rechtbank Dordrecht eveneens onbevoegd.⁷⁷

Een specifieke situatie van onbevoegdheid is de volgende. Tegen een besluit op bezwaar wordt beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank verklaart het beroep gegrond, vernietigt het besluit en draagt het bestuursorgaan op een nieuw besluit op bezwaar te nemen (als gevolg waarvan de zaak weer in de bezwaarfase is beland).

75. Dit onderdeel van het preadvies bouwt gedeeltelijk voort op Th.G.M. Simons, De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening, JBplus 2005, p. 56-72. Specifieke verwijzingen daarnaar blijven achterwege.

76. Vz. ABRvS 28 december 1995, AB 1996, 184.

77. Overigens komt het in dit soort gevallen doorgaans niet tot een uitspraak. Als de onbevoegdheid tijdig wordt onderkend, vindt op grond van art. 8:81, vierde lid, Awb, in verbinding met art. 6:15, eerste lid, Awb, doorzending aan de bevoegde voorzieningenrechter plaats.

Het bestuursorgaan stelt hoger beroep in en de belanghebbende doet een verzoek om voorlopige voorziening. Dat moet hij doen bij het appèlcollege en niet bij de rechtbank, want zodra hoger beroep is ingesteld gaat ook ten aanzien van verzoeken om voorlopige voorziening de bevoegdheid volledig over naar het appèlcollege en is de voorzieningenrechter van de rechtbank dus niet (meer) bevoegd.⁷⁸ In de praktijk gaat dit niet altijd goed. Als het verzoek om voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van de rechtbank is ingediend en deze niet bekend is met het ingestelde hoger beroep en derhalve het verzoek om voorlopige voorziening behandelt, is sprake van een onbevoegdlijk gedane uitspraak.⁷⁹

De wettekst lijkt vooral het oog te hebben op gevallen waarin er, hoe dan ook, een bevoegde rechter in de hoofdzaak is (of zal zijn). Dat is echter niet altijd het geval. Indien beroep is ingesteld tegen iets wat niet een (voor beroep vatbaar) besluit is, is er in het geheel geen bevoegde rechter in de hoofdzaak. Ook in een dergelijk geval zal de voorzieningenrechter zijn onbevoegdheid moeten uitspreken.⁸⁰ Dat ligt anders, indien het een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar betreft en het bezwaar is gericht tegen iets wat niet een (voor beroep vatbaar) besluit is. Gelet op de vaste rechtspraak dat elke beslissing op bezwaar als zodanig een besluit is, zal er dan immers wel een bevoegde rechter in de hoofdzaak zijn en is onbevoegdverklaring door de voorzieningenrechter niet aan de orde.⁸¹

De wetgever heeft ervoor gekozen de voorzieningenrechter de mogelijkheid te geven zijn onbevoegdheid uit te spreken. Daarmee is gegeven dat dan geen oordeel over het verzoek om voorlopige voorziening wordt gegeven. In dat licht is het opmerkelijk dat de voorzitter van Afdeling in een geval waarin hij oordeelde dat niet de Afdeling maar een van de rechtbanken bevoegd was in de hoofdzaak, het verzoek om voorlopige voorziening niettemin heeft afgewezen, onder doorzending daarvan aan die rechtbank.⁸²

Overigens ligt het in de rede dat in dit soort gevallen zo enigszins mogelijk toepassing wordt gegeven aan artikel 8:86 Awb. De voorzieningenrechter zal dan in de hoofdzaak de rechtbank onbevoegd verklaren en op het verzoek om voorlopige voorziening zichzelf. Daaraan ligt ten grondslag de gedachte dat hier het dictum in de voorlopige voorziening het dictum in de hoofdzaak dient te volgen. Waar de benaderde rechter in de hoofdzaak niet bevoegd is om zich over de zaak uit te laten, behoort dat in de voorlopige-voorzieningprocedure niet anders te zijn.

78. Vزر. CRvB 23 april 2003, JB 2003, 158.

79. Met doorbreking van het appèlverbod (wegens overschrijding van rechtsmacht) zou zo'n uitspraak in hoger beroep kunnen worden vernietigd. Toepassing van art. 8:87 Awb biedt hier geen uitkomst, want ook daartoe is de voorzieningenrechter van de rechtbank niet bevoegd.

80. Pres. CBb 6 juli 2000, JB 2000, 280.

81. De tekst van de wet houdt hier – onbedoeld? – rekening mee. Dat het rechtsmiddel moet zijn aangewend tegen een besluit is immers wel uitdrukkelijk vermeld voor de fase hangende beroep, maar niet voor de fase hangende bezwaar of administratief beroep.

82. Vz. ABRvS 29 januari 2004, Gst. 7210, 113.

4.2 De ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening

De tweede ambtshalve (want eveneens van openbare orde zijnde) te beoordelen vraag die voorafgaat aan een eventuele inhoudelijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening, is die naar de ontvankelijkheid van het verzoek. Ontvankelijkheidsvereisten onderscheiden zich van bevoegdheidsvereisten, doordat bij onbevoegdheid het object van de aanhangig gemaakte procedure meebrengt dat de benaderde rechter zich daarover nimmer mag uitspreken, terwijl bij niet-ontvankelijkheid andersoortige belemmeringen meebrengen dat de benaderde rechter, hoewel op zichzelf bevoegd, zich in het concrete geval toch niet inhoudelijk over de zaak mag uitspreken.

Voor de ontvankelijkheid van een verzoek om voorlopige voorziening geldt een aantal afzonderlijke, van de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep (in de hoofdzaak) goed te onderscheiden, (categorieën van) vereisten. De ontvankelijkheid van de hoofdzaak is daarbij op zichzelf niet van belang. De voorzieningenrechter geeft een eigenstandig oordeel over de ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening.

Wil sprake zijn van een ontvankelijk verzoek om voorlopige voorziening, dan dient in de eerste plaats te zijn voldaan aan de vereisten die voortvloeien uit de eerste categorie, het beginsel van de – processuele en materiële – connexiteit.

Als het bezwaar, het administratief beroep, het beroep of het hoger beroep wordt ingetrokken voordat op het verzoek om voorlopige voorziening uitspraak wordt gedaan, is geen sprake meer van – processuele – connexiteit. Deze algemene regel kan worden afgeleid uit de uitspraken van de president van de Centrale Raad van 11 juli 1994⁸³ en van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van 17 januari 2003.⁸⁴

In de zaken die in deze uitspraken aan de orde waren, had de belanghebbende een verzoek om voorlopige voorziening ingediend nadat het bestuursorgaan hoger beroep had ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank waarbij het beroep gegrond was verklaard en het in beroep bestreden besluit was vernietigd, zodat het bestuursorgaan een nieuwe beslissing op bezwaar diende te nemen. In de loop van de procedure trok het bestuursorgaan het hoger beroep echter in, zodat er geen hoofdzaak meer aanhangig was en het bestuursorgaan uitvoering diende te geven aan de uitspraak van de rechtbank. Bij deze twee uitspraken past overigens wel de kanttekening dat bij intrekking van het hoger beroep in een situatie waarin het bestuursorgaan opnieuw op het bezwaar dient te beslissen, de connexiteit als zodanig niet verloren gaat. Na de intrekking van het hoger beroep is de zaak immers (uitsluitend) terug in de fase van bezwaar, zodat aan de voorzieningenrechter van de rechtbank een voorlopige voorziening kan worden gevraagd. Spiegelbeeldig aan de situatie die zich voordeed in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de

83. JB 1994, 212.

84. KG 2003, 70.

Centrale Raad van 23 april 2003,⁸⁵ moet dan worden geconcludeerd dat de bevoegdheid van (de voorzieningenrechter van) het appèlcollege is vervallen. Het ligt derhalve in de rede dat de voorzieningenrechter van het appèlcollege zich onbevoegd verklaart en het verzoek om voorlopige voorziening doorzendt aan de voorzieningenrechter van de rechtbank.⁸⁶

Algemeen wordt aangenomen dat de connexiteit niet wordt verbroken, indien met toepassing van artikel 8:86 Awb het beroep ongegrond wordt verklaard. In dat geval moet – ook – nog op het verzoek om voorlopige voorziening worden beslist. De rechtspraak kiest dan voor afwijzing van het verzoek.⁸⁷ De achterliggende gedachte is, dat in een kortsluitingsuitspraak sprake is van een samenval van rechtsmomenten, doordat tegelijkertijd uitspraak wordt gedaan in de hoofdzaak en op het verzoek om voorlopige voorziening. Voorts is hierbij van belang, dat het verbreken van de connexiteit niet het gevolg is van het handelen van een partij, maar van de beslissing van de voorzieningenrechter het beroep ongegrond te verklaren. Niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek om voorlopige voorziening lijkt dan minder passend.

Een belangrijke vraag is, op welk moment aan het vereiste van connexiteit moet zijn voldaan, dat wil zeggen: op welk moment het connexe bezwaar, administratief beroep, beroep of hoger beroep aanhangig moet zijn gemaakt. Uit de tekst van artikel 8:81, eerste lid, Awb volgt niet dat dit op een eerder tijdstip dan – uiterlijk – ten tijde van de uitspraak moet zijn geschied. De tekst van artikel 8:81, tweede en derde lid, Awb lijkt in een andere richting te wijzen. Deze laatste bepalingen zijn echter niet temporeel bedoeld, maar beogen niet meer dan te onderscheiden tussen twee situaties, namelijk de fase hangende beroep en de fase hangende bezwaar of administratief beroep. De bedoeling van de wetgever blijkt overigens ook uit de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting. Daarin is immers opgenomen dat een voorlopige voorziening uitsluitend kan worden ‘verkregen’ hangende een bodemprocedure.

Indien ten tijde van de indiening van het verzoek om voorlopige voorziening nog geen bezwaar is gemaakt of administratief beroep, beroep of hoger beroep is ingesteld, wordt het in de praktijk – in overeenstemming met het voorgaande – doorgaans daarheen geleid, dat voorafgaand aan de zitting de indiener van het verzoek om voorlopige voorziening in de gelegenheid wordt gesteld alsnog een bezwaar- of beroepschrift in te dienen. Uit de uitspraak van de Afdeling van 22 augustus 2001⁸⁸

85. JB 2003, 158.

86. Een bijzondere situatie deed zich voor in Vz. ABRvS 8 december 2005, 200505837. De indiener van het beroep in eerste aanleg diende hangende de hoger beroepen van het bestuursorgaan en van de vergunninghouder een verzoek om voorlopige voorziening in naar aanleiding van het ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen nieuwe besluit op bezwaar. Vervolgens trokken het bestuursorgaan en de vergunninghouder hun hoger beroepen in, kennelijk om de derde-belanghebbende af te snijden van de voorlopige-voorzieningsprocedure. De voorzitter van de Afdeling ging hier niet in mee, op grond van de redenering dat het ‘beroep’ van de derde-belanghebbende tegen dat nieuwe besluit bleef bestaan. Derhalve was er nog steeds een connex bestreden besluit.

87. Anders: Pres. CBb 9 december 1999, ABkort 2000, 83, waarin wordt gekozen voor niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek.

88. JB 2001, 252.

blijkt dat het ook mogelijk is dat het bezwaar- of beroepschrift wordt ingediend na de zitting, maar alleen dan als het onderzoek ter zitting is geschorst of na sluiting is heropend en partijen vervolgens toestemming hebben gegeven om de nadere zitting achterwege te laten. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het bezwaar- of beroepschrift uiterlijk ten tijde van de sluiting van het onderzoek in het kader van de voorlopige-voorzieningsprocedure moet zijn ingediend.⁸⁹

Een ander punt in verband met de connexiteit is het wegvallen van het besluit ten aanzien waarvan het verzoek om voorlopige voorziening is gedaan. Dit kan zich voordoen in gevallen waarin geen besluit op bezwaar of administratief beroep voorligt, maar een primair besluit waartegen rechtstreeks beroep moet worden ingesteld of waarbij de bezwaarschriftprocedure met toepassing van artikel 7:1a Awb is overgeslagen. Als de voorzieningenrechter kortsluit en het beroep gegrond verklaart, moet hij het bestreden – primaire – besluit (zij het soms slechts gedeeltelijk) vernietigen. Bij een gehele vernietiging kan vervolgens geen voorlopige voorziening meer worden getroffen. Dan kan worden geredeneerd dat het verzoek om voorlopige voorziening wegens het ontbreken van connexiteit niet-ontvankelijk moet worden verklaard.⁹⁰ In lijn met het hiervoor opgemerkte over hoe – in geval van kortsluiting – te handelen met betrekking tot het verzoek om voorlopige voorziening bij ongegrondverklaring van het beroep, lijkt afwijzing van het verzoek hier echter meer in de rede te liggen. Indien het bijvoorbeeld gaat om een afgewezen aanvraag om een subsidie en het verzoek om voorlopige voorziening strekt ertoe dat een voorschot wordt toegekend, is dat na gegrondverklaring en vernietiging niet meer mogelijk, ook niet als de voorzieningenrechter het bestuursorgaan heeft opgedragen een nieuw besluit op de aanvraag te nemen. Zou er nog wel een primair besluit zijn, dan had eventueel wel een voorlopige voorziening kunnen worden getroffen. De enige oplossing is dan om niet kort te sluiten, indien het treffen van een voorlopige voorziening aangewezen wordt geacht. Maar dat betekent wel dat de met kortsluiting beoogde voordelen niet worden behaald. Dit is een onbedoeld effect van rechtstreeks beroep.⁹¹

Een specifiek connexiteitsprobleem doet zich voor in geval van een mondelinge uitspraak van (de kortsluitende voorzieningenrechter van) de rechtbank. Volgens vaste rechtspraak⁹² vangt de hoger-beroepstermijn, gelet op artikel 6:24 Awb, in

89. In deze uitspraak ging het overigens primair om de vraag of de president van de rechtbank terecht toepassing had gegeven aan art. 8:86 Awb. Omdat in dit geval het beroepschrift bij de rechtbank was ingediend na de sluiting van het onderzoek ter zitting in de voorlopige-voorzieningsprocedure en het onderzoek niet was heropend alvorens de president uitspraak deed, vernietigde de Afdeling de (kortsluitings)uitspraak van de president en wees zij de zaak terug naar de rechtbank. Er was immers niet voldaan aan de in art. 8:86, eerste lid, Awb opgenomen voorwaarde dat beroep bij de rechtbank moet zijn ingesteld. Sinds 1 april 2002 (ingevolge de Eerste evaluatiewet Awb) beperkt art. 8:81, vijfde lid, Awb de werking van deze rechtspraak voor de in die bepaling bedoelde situatie. Daarbuiten kan zij zonder bezwaar haar gelding behouden.

90. Zoals gebeurde in V.zr. Rb. Almelo 21 december 2005, LJN AU8538/AU9773.

91. In theorie kan deze situatie zich ook voordoen als de voorzieningenrechter, na gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het besluit op bezwaar, zelf in de zaak voorziet en het primaire besluit herroept. Dit doet zich, als het goed is, echter alleen voor als het nemen van een – gelijklopend – nieuw primair besluit uitgesloten moet worden geacht. In die situatie is voor het treffen van een voorlopige voorziening immers geen aanleiding.

92. Bijvoorbeeld CRvB 7 september 2000, JB 2000, 312.

verbinding met artikel, 6:8, eerste lid, Awb, niet aan bij het uitspreken van de beslissing (art. 8:67, vijfde en zesde lid, Awb), maar op de dag na verzending van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak. Op grond van artikel 8:79, eerste lid, Awb kan daar een periode van maximaal twee weken tussen zitten. Als een partij bij de voorzieningenrechter van het appèlcollege op korte termijn een verzoek om voorlopige voorziening wil indienen, zal zij ook hoger beroep moeten instellen. Omdat de beroepstermijn nog niet is aangevangen, is sprake van een vóór de termijn ingediend beroepschrift. Dan zal artikel 6:24 Awb, in verbinding met artikel 6:10, eerste lid, aanhef en onder b, Awb, te hulp moeten worden geroepen om toch een ontvankelijk hoger beroep aanwezig te kunnen achten. Strikt genomen kan men nog wel volhouden dat met het instellen van het hoger beroep aan de connexiteitseis is voldaan. Die eist immers niet dat er een ontvankelijke hoofdzaak aanhangig is gemaakt. Maar het probleem werkt wel door in de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening. Acht de voorzieningenrechter aannemelijk dat het hoger beroep niet-ontvankelijk zal worden verklaard, dan zal hij het verzoek om voorlopige voorziening moeten afwijzen.⁹³

Het vereiste van materiële connexiteit houdt, zoals hiervoor reeds aangegeven, in dat de gevraagde voorlopige voorziening betrekking moet hebben op het in de hoofdzaak bestreden besluit of de in hoger beroep aangevallen uitspraak. Als bijvoorbeeld wordt gevraagd te interveniëren in de procedure ter voorbereiding van de besluitvorming op bezwaar, is aan die eis niet voldaan.⁹⁴ Dat is ook zo, als van de voorzieningenrechter wordt gevraagd een beslissing te nemen die aan de rechter in de bodemprocedure is voorbehouden (bijvoorbeeld het benoemen van een deskundige)⁹⁵ of die het bestuursorgaan slechts met een nader besluit en met gebruikmaking van een andere bevoegdheid kan realiseren (bijvoorbeeld het toepassen van bestuursdwang in een zaak waarin het connexe bestreden besluit een verleende bouwvergunning betreft). Het is ook niet mogelijk om een voorlopige voorziening te treffen die buiten de strekking van het connexe bestreden besluit om gaat.⁹⁶ Uiteraard is evenmin aan het vereiste van materiële connexiteit voldaan, als het gaat om een besluit dat in het kader van een andere hoofdzaak of in rechte in het geheel niet aan de orde is.⁹⁷ In de praktijk levert dit vereiste niet vaak problemen op. Verzoekers en voorzieningenrechters moeten er echter juist hier wel alert op zijn dat niet buiten de mogelijkheden van de voorliggende voorlopige-voorzieningsprocedure wordt getreden.

93. Zoals in Pres. CBB 30 juli 1997, Abkort 1997, 625. In Vz. ABRvS 19 december 2002, JV 2003, 130, wordt een tussenweg gekozen. De voorzitter stelt vast dat, met het ingestelde hoger beroep, aan de connexiteitseis is voldaan en laat, vanwege de complexiteit van die vraag (?), in het midden of het hoger beroep in de hoofdzaak ontvankelijk zal worden geacht.

94. Zoals in Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2001, LJN AB3088, en Vzr. CRvB 30 september 2003, KG 2003, 275.

95. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is art. 8:47 Awb immers niet van overeenkomstige toepassing op de voorlopige-voorzieningsprocedure.

96. CRvB 27 april 1995, RSV 249.

97. Vz. ABRvS 26 september 2002, LJN AH9312, en Vzr. CRvB 24 augustus 2004, LJN AR4450.

Hoewel bij het ontbreken van de connexiteit meestal wordt gekozen voor het dictum niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek, wordt soms wel bepleit dat het connexiteitsvereiste een bevoegdheidskwestie zou zijn.⁹⁸ In een beperkt aantal uitspraken wordt die weg ook gekozen.⁹⁹ Ik meen echter dat, hoewel de wettekst een keuze voor onbevoegdverklaring niet uitsluit, het gegeven dat de connexiteit in de loop van de procedure verloren kan gaan¹⁰⁰, een aanwijzing oplevert voor de gedachte dat het dictum niet-ontvankelijkverklaring het beste in het stelsel past.¹⁰¹

Een tweede categorie ontvankelijkheidsvragen heeft te maken met het gegeven dat een verzoek om voorlopige voorziening slechts kan worden ingediend door een persoon aan wie door de wet het recht daartoe is toegekend. Daarbij heeft de wetgever, in lijn met het beginsel van processuele connexiteit, gekozen voor een stelsel waarin het vertrekpunt is dat er een hoofdzaak aanhangig moet zijn. Is dat niet het geval, dan kan geen – ontvankelijk – verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan.

Indien voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan op grond van artikel 8:81, derde lid, Awb een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan door de indiener van het bezwaarschrift, onderscheidenlijk door de indiener van het administratief-beroepschrift of door de belanghebbende (bij het besluit in de hoofdzaak) die geen heeft recht tot het instellen van administratief beroep. Indien bij de rechtbank beroep is ingesteld, kan op grond van artikel 8:81, tweede lid, Awb een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan door een partij in de hoofdzaak. Dat kan zijn de indiener van het beroepschrift, het bestuursorgaan of een derde die met toepassing van artikel 8:26, eerste lid, Awb als partij is toegelaten.¹⁰²

De wetgever heeft aldus gekozen voor een stelsel waarin hangende beroep (en hoger beroep) een verzoek kan worden gedaan door een partij in de hoofdzaak¹⁰³ en hangende bezwaar en administratief beroep door degene die de hoofdzaak aanhangig heeft gemaakt, dit laatste met de correctie ten behoeve van de belanghebbende die geen recht heeft om administratief beroep in te stellen.¹⁰⁴

98. Met name Schreuder-Vlasblom 2006, p. 261.

99. Hof Den Haag 24 september 2003, LJN AL1763. Een voorbeeld van een oudere uitspraak van de Afdeling is Vz. ABRvS 28 december 1995, AB 1996, 184.

100. En soms zelfs pas in de loop van de procedure ontstaat.

101. Naar verluidt zou de Afdeling er inmiddels voor hebben gekozen om bij het ontbreken van connexiteit het verzoek om voorlopige voorziening af te wijzen in plaats van dit niet-ontvankelijk te verklaren. Dat zou dan sporen met de in Vz. ABRvS 29 januari 2004, Gst. 7210, 133, voor het geval van onbevoegdheid gemaakte keuze.

102. Als de rechtbank het verzoek om toelating als partij in de hoofdzaak heeft afgewezen, moet het verzoek om voorlopige voorziening dus niet-ontvankelijk worden verklaard. Zie ABRvS 5 november 1995, JB 1995, 332.

103. Aldus is niet vereist dat het verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan door de partij die de hoofdzaak aanhangig heeft gemaakt, zoals bevestigd in Vz. ABRvS 26 januari 1999, Gst. 7102, 9 en Vzr. CRvB 21 oktober 2002, KG 2003, 18. In dit stelsel past echter niet dat een bestuursorgaan een voorlopige voorziening vraagt ten aanzien van het door hem zelf genomen besluit, zo blijkt uit Pres. CRvB 23 april 1998, AB 1998, 250, en Vz. ABRvS 20 januari 2000, ABkort 2000, 217.

104. Maar ook in dat geval blijft gelden dat er een hoofdzaak aanhangig moet zijn gemaakt.

De bepalingen van artikel 8:81, tweede en derde lid, Awb zijn ingevolge artikel 8:87, tweede lid, eerste volzin, Awb van overeenkomstige toepassing op een verzoek om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening. Het komt soms voor dat een verzoek om opheffing of wijziging (hangende beroep) wordt gedaan door een belanghebbende die (nog) geen partij is in de hoofdzaak, omdat (nog) geen toepassing is gegeven aan artikel 8:26, eerste lid, Awb. Omdat het niet aan de voorzieningenrechter is om beslissingen te nemen over de partijstelling in de hoofdzaak, beziet de voorzieningenrechter in zo'n geval of het in de rede ligt dat die belanghebbende als derde-partij in de hoofdzaak zal worden toegelaten. Is dat het geval, dan blijft niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek om opheffing of wijziging op die grond achterwege.¹⁰⁵ Indien voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan een verzoek om opheffing of wijziging ook worden gedaan door een belanghebbende (bij het besluit in de hoofdzaak) die door de getroffen voorlopige voorziening rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen, door het – verwerend – bestuursorgaan of door het administratief-beroepsorgaan.¹⁰⁶ Daarmee wordt bereikt dat diegenen aan wie de wet niet het recht heeft toegekend om een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen, zich wel kunnen verzetten tegen een op initiatief van een ander getroffen voorlopige voorziening. Ook dit is een correctie op de hoofdregel dat hangende bezwaar of administratief beroep een verzoek alleen kan worden gedaan door degene die de hoofdzaak aanhangig heeft gemaakt. Ratio hiervan is dat het mogelijk moet zijn om in gevallen waarin de (rechts)-toestand door een uitspraak van de voorzieningenrechter (voorlopig) is gewijzigd, daartegen in geval van nieuw gebleken feiten en omstandigheden op te komen.¹⁰⁷

Het vereiste van processuele connexiteit leidt, in samenhang met het – limitatieve – stelsel van gerechtigden tot het doen van een verzoek om voorlopige voorziening, in een aantal gevallen tot de situatie dat een belanghebbende die op zichzelf belang heeft bij een voorlopige voorziening met betrekking tot een genomen besluit, deze toch niet kan verkrijgen.¹⁰⁸

Ten eerste als een belanghebbende aan wie niet het recht is toegekend administratief beroep in te stellen een voorlopige voorziening wenst, en de belanghebbende die dat recht wel heeft daarvan geen gebruik heeft gemaakt (omdat hij het met het besluit eens is). De belanghebbende die zich niet met besluit kan verenigen moet dan wachten tot de termijn voor het instellen van administratief beroep ongebruikt is verstreken alvorens hij bezwaar kan maken,¹⁰⁹ of – indien de zaak geen uitstel duldt – zich wenden tot de civiele kort-gedingrechter. Het geheel levert een ongelukkige construc-

105. Pres. Rb. Rotterdam 30 december 1999, JB 2000, 39.

106. Zie voor een andere bepaling waarin een afzonderlijke positie voor het administratief-beroepsorgaan wordt gecreëerd, art. 8:83, tweede lid, Awb. Het administratief-beroepsorgaan is van rechtswege partij.

107. Ook hier blijft gelden dat er een hoofdzaak aanhangig moet zijn.

108. Althans niet bij de bestuursrechter.

109. Zie art. 6:8, tweede lid, Awb. Als wel administratief beroep is ingesteld, kan de betrokkene overigens nog steeds geen bezwaar maken. Maar dat is geen probleem, want hij kan dan als belanghebbende deelnemen aan de procedure in administratief beroep.

tie op, waarvan de nadelen weliswaar met het terugdringen van het administratief beroep zich in de praktijk niet vaak voordoen, maar die – hoewel de wetgever daarvoor bewust heeft gekozen – toch onbevredigend is.

Ten tweede zijn er de gevallen waarin de belanghebbende die een voorlopige voorziening wenst, op zichzelf wel bezwaar kan maken of administratief beroep kan instellen, maar daarvan afziet omdat hij het eens is met het besluit. Dan verzet artikel 8:81, derde lid, Awb zich tegen de ontvankelijkheid van diens verzoek om voorlopige voorziening. Daarmee nauw verwant zijn de gevallen waarin de belanghebbende, ondanks het feit dat hij het eens is met het besluit, wel bezwaar maakt of administratief beroep of beroep instelt. Hij moet er dan rekening mee houden dat dit niet-ontvankelijk zal worden verklaard wegens gebrek aan procesbelang. Het voorgaande doet zich in het bijzonder voor in gevallen waarin enige vorm van schorsende werking van rechtswege aan de orde is.

Een mooi voorbeeld is te vinden in de uitspraak van de president van de rechtbank Rotterdam van 22 april 1999.¹¹⁰ Aan het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam (College)¹¹¹ was een vergunning verleend voor het wijzigen en gedeeltelijk slopen van een pand, zulks met het oog op uitbreiding van Museum Boijmans Van Beuningen. De huurster van het pand, aan wie door het College de huur was opgezegd, verzette zich met alle juridische middelen tegen een gedwongen verhuizing. Zo vroeg zij onder meer aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen om aanwijzing van het pand als beschermd monument. Als gevolg daarvan ging de zogenoemde voorbescherming van artikel 5 van de Monumentenwet 1988 lopen, zodat het College geen gebruik kon maken van zijn vergunning en de werkzaamheden niet konden beginnen. De aanvraag van de huurster werd afgewezen en zij maakte daartegen bezwaar. Als gevolg daarvan bleef de voorbescherming doorlopen. Het College maakte, uiteraard, geen bezwaar tegen de afwijzing van de aanvraag van de huurster. Wel diende het College, dat haast had met de werkzaamheden, een verzoek om voorlopige voorziening in dat strekte tot opheffing van de voorbescherming. Omdat het College niet de indiener was van een bezwaarschrift tegen het besluit tot afwijzing van de aanvraag van de huurster, kon de president van de rechtbank gelet op artikel 8:81, derde lid, Awb niet anders dan het verzoek om voorlopige voorziening niet-ontvankelijk verklaren. Bevredigend is deze uitkomst echter niet, want het College had wel degelijk een – spoedeisend – belang bij opheffing van de voorbescherming.¹¹²

De Poorter¹¹³ noemt een ander voorbeeld. In het door hem beschreven geval had de betrokken belanghebbende (vergunninghouder) – wel – beroep ingesteld tegen het besluit waarbij het bezwaar van een derde-belanghebbende tegen de vergunningverlening ongegrond was verklaard (hoewel de vergunninghouder het met dat besluit

110. JB 1999, 174.

111. Voor de goede orde: hier niet als bestuursorgaan, maar als belanghebbende.

112. Zou de zaak zich hebben afgespeeld hangende beroep, dan was er geen probleem geweest. Het College had dan immers met toepassing van art. 8:26, eerste lid, Awb kunnen worden toegelaten als derde-partij in het beroep van de huurster tegen de afwijzing van haar aanvraag.

113. P. 15.

uiteraard eens was). Het verzoek om voorlopige voorziening van de vergunninghouder strekte tot opheffing van de schorsende werking van rechtswege gedurende de beroepstermijn (van zes weken). De derde-belanghebbende (die daarover kennelijk goed had nagedacht) stelde wijselijk vooralsnog geen beroep in. De vergunninghouder moest dus wel zelf beroep instellen, maar dat is zeer oneigenlijk. Uit de uitspraak van de voorzitter van de Afdeling van 8 juli 2005¹¹⁴ in deze zaak blijkt dat hiervoor wel een praktische oplossing mogelijk is (namelijk: de ontvankelijkheid van het bezwaar bij de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening in het midden laten en vervolgens een voorlopige voorziening treffen). Maar in wezen is deze oplossing in strijd met de lijn dat bij de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening de verwachte uitkomst van de hoofdzaak (in dit geval: het beroep van de vergunninghouder) een belangrijke rol speelt.

Deze voorbeelden maken duidelijk dat er een reëel probleem kan liggen.¹¹⁵ Het zou daarom te overwegen zijn om ook in de hier beschreven categorieën gevallen het doen van een verzoek om voorlopige voorziening mogelijk te maken.¹¹⁶ Dat zou bijvoorbeeld kunnen door het invoegen van een nieuw artikel 8:81, vierde lid, Awb, luidende:

‘Een verzoek om voorlopige voorziening kan, ook indien voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank geen bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, eveneens worden gedaan door de belanghebbende die geen ontvankelijk bezwaar kan maken of administratief beroep kan instellen omdat hij daarbij geen belang heeft, onderscheidenlijk door de belanghebbende die geen recht heeft tot het instellen van administratief beroep.’¹¹⁷

Dit betekent wel dat wordt aanvaard dat in sommige gevallen een verzoek om voorlopige voorziening kan worden gedaan als er (nog) geen hoofdzaak aanhangig is. En dat betekent weer, dat ook een wettelijke voorziening moet worden getroffen voor het geval er geen hoofdzaak aanhangig wordt gemaakt. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door in artikel 8:85, tweede lid, Awb een nieuw onderdeel b in te voegen, dat erin voorziet dat de voorlopige voorziening ook vervalt, zodra de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van administratief beroep ongebruikt is verstreken. Hierdoor vervalt de voorlopige voorziening als er geen bezwaar wordt gemaakt of administratief beroep wordt ingesteld. Van de belanghebbende die geen recht heeft tot het instellen van administratief beroep wordt dan verlangd dat hij na het ongebruikt verstrijken van de termijn voor het instellen van administratief beroep, bezwaar maakt en opnieuw om een voorlopige voorziening vraagt.

114. AB 2006, 66.

115. De Poorter 2005, p. 15-16, wijst er terecht op dat hierbij ook het oogpunt van verdeling van rechtsmacht tussen de bestuursrechter en de civiele rechter vraagtekens kunnen worden geplaatst.

116. Waarbij dan sprake is van een zekere parallellie met de correctie in art. 8:87, tweede lid, tweede volzin, Awb.

117. Voor de goede orde: in deze opzet komt aan het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen niet de bevoegdheid toe om een verzoek om voorlopige voorziening te doen.

Naast de twee hiervoor behandelde categorieën zijn er nog enkele andere ontvankelijkheidsvereisten. In artikel 8:81, vierde lid, eerste volzin, Awb worden de artikelen 6:5 en 6:6 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op het verzoekschrift waarmee het verzoek om voorlopige voorziening op grond van artikel 8:81, vierde lid, Awb, in verbinding met artikel 6:4, derde lid, Awb, wordt ingeleid. Mede in verband met het tempo waarin een voorlopige-voorzieningsprocedure veelal wordt gevoerd, wordt indien niet aan de desbetreffende voorschriften is voldaan, doorgaans echter niet de mogelijkheid geboden het verzuim te herstellen en worden aan het verzuim ook geen gevolgen verbonden. Zo wordt aanvaard dat de gronden van het verzoek eerst ter zitting worden gepresenteerd. Verder bevat artikel 8:84, vierde lid, tweede volzin, Awb het voorschrift dat een afschrift van het bezwaar- of beroepschrift wordt overgelegd. Dat is gedaan om 'bewijs' van de connexiteit te verkrijgen. Van groter praktisch belang is de regeling van het griffierecht (art. 8:82 Awb). In de regel wordt, tenzij sprake is van een rekening-courantverhouding, schriftelijk gevraagd het griffierecht uiterlijk – vlak – voor de zitting te betalen bij de centrale balie.¹¹⁸ Dan blijkt soms dat de indiener van het verzoek niet verschijnt, waarna ter plaatse wordt besloten dat de zitting geen doorgang vindt. Het komt dan niet tot een uitspraak. Alleen als voorzienbaar is dat de betaling wel op de gewone manier kan verlopen, wordt met de in de bodemprocedure gebruikelijke acceptgiro gewerkt. Wordt het griffierecht dan te laat betaald, dan volgt daarop meestal toch niet een niet-ontvankelijkverklaring. De indiener kan immers meteen een nieuw verzoek om voorlopige voorziening indienen, terwijl bovendien bij de meeste colleges bestendige praktijk is dat bij te late betaling het griffierecht aan de betrokkene wordt terugbetaald. Alleen als het griffierecht in het geheel niet wordt betaald, volgt niet-ontvankelijkverklaring.

De ontvankelijkheid van de hoofdzaak is, zoals gezegd, voor de ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening op zichzelf niet van belang. Indien toepassing wordt gegeven aan artikel 8:86 Awb en het beroep (in de hoofdzaak) wordt niet-ontvankelijk verklaard, dan volgt het dictum in de voorlopige voorziening wel het dictum in de hoofdzaak. Dit wederom op grond van de gedachte dat waar in de hoofdzaak niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak wordt toegekomen, dat in de voorlopige-voorzieningsprocedure ook niet behoort te gebeuren.

4.3 De inhoudelijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening

Als de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat hij bevoegd is en het verzoek om voorlopige voorziening ontvankelijk, dan staat hij voor de vraag of hij het verzoek zal afwijzen dan wel geheel of gedeeltelijk zal toewijzen.

Daarbij moet worden onderscheiden tussen enerzijds het treffen van een voorlopige voorziening met betrekking tot het primaire besluit dan wel het besluit op

¹¹⁸. Daarbij wordt soms gezondigd tegen art. 8:82, vierde lid, Awb, omdat feitelijk een termijn van meer dan vier weken wordt gegeven.

bezwaar of in administratief beroep, en anderzijds het treffen van een voorlopige voorziening met betrekking tot de in hoger beroep aangevallen uitspraak.

De vraag of een voorlopige voorziening dient te worden getroffen met betrekking tot het primaire besluit dan wel het besluit op bezwaar of in administratief beroep, kan in uiteenlopende – procedurele – situaties aan de orde zijn: hangende bezwaar of administratief beroep, hangende beroep of hangende hoger beroep. Voor de beantwoording ervan maakt dit echter geen – principieel – verschil.¹¹⁹ Evenmin is in dit verband van belang of die vraag door de voorzieningenrechter rechtstreeks moet worden beantwoord, dan wel na toepassing van artikel 8:86 Awb (in beroep of in hoger beroep).¹²⁰

Bijzondere situaties daargelaten wordt hangende bezwaar, administratief beroep of beroep een verzoek om voorlopige voorziening gedaan door een belanghebbende die het niet eens is met een besluit waarbij het gevraagde hem is geweigerd of waarbij hij anders of minder heeft gekregen dan gevraagd, door een belanghebbende die het niet eens is met een ambtshalve genomen besluit dat betrekking heeft op zijn rechten of verplichtingen, en door een belanghebbende die het niet eens is met een – al dan niet op zijn verzoek genomen – besluit dat betrekking heeft op de rechten of verplichtingen van een derde.

Hangende hoger beroep wordt een verzoek om voorlopige voorziening met betrekking tot het besluit op bezwaar of in administratief beroep (dan wel, bij rechtstreeks beroep, het primaire besluit) in de regel gedaan door een belanghebbende wiens beroep door de rechtbank (gedeeltelijk) ongegrond is verklaard of wiens beroep weliswaar gegrond is verklaard, maar aan wie door de rechtbank toch onvoldoende is tegemoetgekomen. Dit laatste kan het geval zijn als de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand zijn gelaten, de rechtbank zelf in de zaak heeft voorzien of het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen met inachtneming van een of meer de betrokkene niet welgevallige overwegingen van de rechtbank. In deze gevallen is overigens tevens – en eerst – nodig dat de werking van de aangevallen uitspraak (al dan niet partieel) wordt geschorst.¹²¹ Het spreekt voor zich, dat het hier steeds de belanghebbende zelf is die hoger beroep heeft ingesteld.

Ook komt het voor dat een belanghebbende wiens beroep door de rechtbank (gedeeltelijk) gegrond is verklaard geen hoger beroep instelt, maar het bestuursorgaan wel. Het gaat dan meestal om gevallen waarin het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen na een zorgvuldigheidsvernietiging of een motiveringsvernietiging. De belanghebbende is dan materieel niet gebaat door de uitspraak van de

119. Wel zal hangende hoger beroep in de daarvoor in aanmerking komende gevallen eerst moeten worden beoordeeld of er aanleiding is de aangevallen uitspraak geheel of gedeeltelijk te schorsen.

120. Als de voorzieningenrechter na toepassing van art. 8:86 Awb een voorlopige voorziening wil treffen (met betrekking tot het primaire besluit), heeft hij de keuze tussen het gebruik maken van de bevoegdheid (van de bodemrechter), bedoeld in art. 8:72, vijfde lid, Awb, of van de bevoegdheid (van de voorzieningenrechter), bedoeld in art. 8:81 Awb. Voor de inhoudelijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening mag ook dit geen verschil maken.

121. Als het beroep bij de rechtbank ongegrond is verklaard ligt dat anders. De in hoger beroep aangevallen uitspraak heeft dan immers geen wijziging in de situatie voorafgaand aan die uitspraak bewerkstelligd. De voorzieningenrechter van het appelcollege kan in dat geval meteen ‘doorstoten’ naar het in beroep bestreden besluit.

rechtbank. Als de belanghebbende kort na de uitspraak van de rechtbank dan wel na het afkomen van het ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen nieuwe besluit een voorlopige voorziening wenst, kan hij zich – als partij in de hoofdzaak – wenden tot de voorzieningenrechter van het appèlcollege. Heeft het instellen van hoger beroep van rechtswege schorsende werking, dan komt er hangende hoger beroep geen nieuw besluit en wordt het verzoek om voorlopige voorziening doorgegaans kort na de uitspraak van de rechtbank gedaan.

Een verzoek om voorlopige voorziening met betrekking tot de in hoger beroep aangevallen uitspraak wordt, indien het instellen van hoger beroep niet van rechtswege schorsing van de werking van die uitspraak tot gevolg heeft (hetgeen de hoofdregel is), in het overgrote deel van de gevallen gedaan door het bestuursorgaan dat als gevolg van die uitspraak een nieuw besluit moet nemen. Met enige regelmaat wordt een dergelijk verzoek ook gedaan door een belanghebbende die door de uitspraak van de rechtbank in een nadeliger positie is gebracht. Deze heeft dan een belang dat parallel is aan het belang van het bestuursorgaan. De hier bedoelde verzoeken strekken vrijwel steeds tot schorsing van de werking van de aangevallen uitspraak. Heeft het instellen van hoger beroep wel van rechtswege schorsende werking en heeft het bestuursorgaan hoger beroep ingesteld, dan wordt soms een verzoek om voorlopige voorziening gedaan door de belanghebbende die door de rechtbank in het gelijk is gesteld en aan de uitspraak van de rechtbank, rechtstreeks of via een ‘dichtgespijkerde’ rechterlijke opdracht aan het bestuursorgaan, een materiële aanspraak ontleent.¹²² Het verzoek is er dan op gericht de van rechtswege ingetreden schorsing van de door het bestuursorgaan aangevallen uitspraak op te heffen.

De kernvraag is, op welke wijze de voorzieningenrechter een verzoek om voorlopige voorziening inhoudelijk beoordeelt. Oftewel: op welke – inhoudelijke – gronden wordt een verzoek om voorlopige voorziening afgewezen dan wel geheel of gedeeltelijk toegewezen? Daarbij concentreer ik mij op de situatie dat het gaat om de vraag of een voorlopige voorziening dient te worden getroffen met betrekking tot het primaire besluit dan wel het besluit op bezwaar of in administratief beroep. De situatie dat het gaat om de vraag of een voorlopige voorziening moet worden getroffen met betrekking tot de aangevallen uitspraak, blijft hier in beginsel buiten beschouwing.¹²³ In die gevallen waarin voor het treffen van een voorlopige voorziening met betrekking tot het besluit op bezwaar of in administratief beroep (dan wel, bij rechtstreeks beroep, het primaire besluit) tevens en eerst moet worden geoordeeld dat de werking van de aangevallen uitspraak (al dan niet partieel) wordt geschorst, ligt voor beide situaties materieel dezelfde beoordeling voor. Of de aangevallen uitspraak wel of niet wordt geschorst, is dan afhankelijk van het antwoord op de vraag of al dan niet een voorlopige voorziening moet worden getroffen met betrekking tot het bestreden besluit.

122. Dit komt, bij de Centrale Raad, enkele keren per jaar voor. Vrijwel steeds gaat het dan om zaken ingevolge de Wet voorzieningen gehandicapten.

123. In Besselink 2000 wordt – in het bijzonder – ingegaan op de vraag welke beoordelingscriteria bij de Afdeling en de Centrale Raad worden gehanteerd voor de situatie dat het gaat om de vraag of een voorlopige voorziening moet worden getroffen met betrekking tot de aangevallen uitspraak. Deze publicatie moet, voorzover het de Afdeling betreft, wel worden gelezen in samenhang met H.J.M. Besselink, Beoordeling van voorlopige voorzieningen in appèl, JBplus 2005, p. 86-96.

Alvorens aan een werkelijke inhoudelijke beoordeling te kunnen toekomen, dient de voorzieningenrechter eerst te bezien of het connexe bezwaar of beroep wel ontvankelijk is.¹²⁴ Als bijvoorbeeld bezwaar is gemaakt tegen iets wat geen besluit is, of de indiener van het bezwaarschrift is geen belanghebbende, of aan de indiener van het beroepschrift kan (in zoverre) artikel 6:13 Awb worden tegengeworpen, of de bezwaar- of beroepstermijn is niet-verschoonbaar overschreden, dan zal de uitkomst van de hoofdzak niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar of beroep moeten zijn.¹²⁵ Als nog niet duidelijk is of het bezwaar of beroep niet-ontvankelijk zal zijn, bijvoorbeeld omdat aan de indiener van het bezwaar- of beroepschrift de gelegenheid is geboden een bepaald verzuim te herstellen, doet deze situatie zich uiteraard – nog – niet voor. Het gaat hierbij om door de bodemrechter ambtshalve te beoordelen onderscheidenlijk te toetsen kwesties van openbare orde. Indien de bodemrechter tot de conclusie komt dat het bezwaar of het beroep niet-ontvankelijk is, dan zal hij geen inhoudelijk oordeel kunnen geven over het aan de voorlopige-voorzieningprocedure connexe besluit. Om die reden komt ook de voorzieningenrechter die tot dit – voorlopige – oordeel komt, die ruimte niet toe. Dit leidt dan tot afwijzing van het verzoek om voorlopige voorziening, zonder dat feitelijk een inhoudelijke beoordeling plaatsvindt. In de oudere rechtspraak werd in zo'n geval vaak gekozen voor niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek om voorlopige voorziening, maar dit dictum wordt hiervoor thans vrijwel niet meer gebruikt. Indien het gaat om complexe ontvankelijkheidsvragen, kan de voorzieningenrechter er overigens voor kiezen om hierover geen – voorlopig – oordeel te geven en het verzoek niet op die grond te laten stranden.¹²⁶

Indien in de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep geen beletsel is gelegen voor een verdergaande beoordeling, staat de voorzieningenrechter in volle omvang voor de vraag naar zijn beoordelingscriteria.

In de memorie van toelichting merkt de regering daarover het volgende op:

‘Uitgangspunt (...) is 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.

(...)

In deze procedure zal in het kader van de vereiste belangenafweging in de regel centraal staan de spoedeisendheid van de (gevraagde) voorziening, veelal vanwege de onmogelijkheid de eventuele gevolgen van (de uitvoering van) het besluit nog te her-

124. Zie daarover ook Daalder & Heinrich, p. 45.

125. Zie ook Vz. ABRvS 6 juni 2000, JB 2000, 204.

126. Vz. ABRvS 19 december 2002, JV 2003, 130.

stellen. De uitspraak van de president komt tot stand op grond van een afweging van enerzijds het belang van betrokkenen dat een onverwijld voorziening wordt getroffen en anderzijds het door de onmiddellijke uitvoering of niet-uitvoering van een besluit te dienen belang.

(...)

De spoedeisendheid van het geding is gelegen in de wenselijkheid van rechtsbescherming ten aanzien van een eventuele onmiddellijke uitvoering van het bestreden besluit. Bij zijn belangenafweging zal de president mede acht kunnen slaan op de (on)rechtmatigheid van het bestreden besluit. (...) De praktijk heeft geleerd dat de onwenselijkheid van een onmiddellijke uitvoering gegeven is, indien naar voorlopig oordeel tot onrechtmatigheid van het in geding zijnde besluit moet worden besloten.¹²⁷

De memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bevat de volgende passage:

‘Over de niet-schorsende werking van het beroep en het hoger beroep en de daarmee verband houdende behoefte aan schorsing van de bestreden beslissing ter voorkoming van onomkeerbare gevolgen merken wij het volgende op. Bij de beoordeling van de vraag of het verzoek om voorlopige voorziening moet worden toegewezen speelt het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit een belangrijke rol. Indien de president over de rechtmatigheid van het bestreden besluit geen twijfel heeft, zal het verzoek om een voorlopige voorziening worden afgewezen. De vraag naar de onomkeerbaarheid speelt ook een rol, maar deze moet wel worden geplaatst in de sleutel van het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid. Wij wijzen er in dit verband op, dat het toetsingscriterium voor de rechter niet is of de uitvoering van het besluit onomkeerbare gevolgen heeft, maar of gelet op de betrokken belangen een voorlopige voorziening is vereist. Indien naar het voorlopig oordeel van de rechter geen twijfel bestaat over de rechtmatigheid van het besluit, zal het algemene belang dat het bestuur zijn besluiten zonder nodeloze vertraging ten uitvoer moet kunnen leggen de doorslag geven, ook wanneer de uitvoering van dat besluit onomkeerbare gevolgen heeft. Reden om een voorlopige voorziening te treffen is er naar onze mening, indien het besluit naar het voorlopig oordeel van de rechter onrechtmatig is en dit ook los van de vraag of de gevolgen van de uitvoering van het besluit onomkeerbaar zijn – bij de uitvoering van een onrechtmatig besluit kan een bestuursorgaan, juridisch gezien, immers geen belang hebben – of indien de rechter twijfels heeft over de rechtmatigheid van het besluit en de uitvoering van het besluit tot onomkeerbare gevolgen leidt.’¹²⁸

Wat uit deze tekstgedeelten in elk geval duidelijk blijkt, is dat van de voorzieningen-rechter het voltrekken van een belangenafweging wordt gevraagd. Daarbij staat hij voor de vraag of er sprake is van een zodanig zwaarwegend belang, dat de hoofdregel van artikel 6:16 Awb (geen schorsende werking van bezwaar en beroep) moet

127. PG Awb II, p. 505-506.

128. PG Awb II, p. 196-197.

worden doorbroken. De door de voorzieningenrechter te maken belangenafweging bestaat uit – ten minste – twee componenten: een beoordeling van het spoedeisende karakter van de gevraagde voorlopige voorziening (doorgaans aangeduid als: het spoedeisend belang) en een (voorlopige) beoordeling van de – materiële – rechtmatigheid van het connexe bestreden besluit.

Duidelijk is dat de wetgever in elk geval niet een benadering voor ogen heeft gestaan die zou kunnen worden aangeduid als de zuivere belangenafweging. In die benadering geldt als – enige – maatstaf of de belangen die worden gediend met de onmiddellijke uitvoering van het besluit, zwaarder wegen dan de belangen die zijn gemoeid met de niet-uitvoering daarvan. Dit verdraagt zich niet met de hoofdregel van artikel 6:16 Awb en het (uitzonderings)karakter van artikel 8:81, eerste lid, Awb. Ook overigens zou een zuivere belangenafweging niet goed denkbaar zijn. In veel gevallen, zeker als er geen derden zijn, is het – individuele – belang van niet-uitvoering immers bij voorbaat groter dan het – algemene – belang van onmiddellijke uitvoering en zou het indienen van een verzoek om voorlopige voorziening vrijwel automatisch tot schorsing van het besluit moeten leiden. Dan zou er voor de voorzieningenrechter ook niet veel te beoordelen zijn. Het voorgaande neemt niet weg dat in de rechtspraak sporadisch wel voorbeelden van deze benadering worden aangetroffen.¹²⁹

De memorie van toelichting lijkt op twee gedachten te hinken als het gaat om de wijze waarop de voorzieningenrechter de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening, en dus de belangenafweging, ter hand dient te nemen. Enerzijds wordt groot gewicht toegekend aan het spoedeisende karakter van de gevraagde voorlopige voorziening, anderzijds wordt ook belangrijke betekenis gehecht aan het oordeel van de voorzieningenrechter over de (on)rechtmatigheid van de besluitvorming. Waar het zwaartepunt zou moeten liggen, blijkt echter niet. Dat is overigens wel begrijpelijk. Er is immers sprake van een intrinsieke (inherente) spanning tussen de noodzaak van het verlenen van voorlopige rechtsbescherming en de noodzaak om de voorlopige-voorzieningprocedure niet te laten (ver)worden tot een algemene snelle procedure in de plaats van de hoofdzaak. Ook moet worden voorkomen dat de voorzieningenrechter nodeeloos een voorschot dient te nemen op de beslissing in de bodemprocedure.¹³⁰ Uit de memorie van antwoord lijkt echter desondanks naar voren te komen dat het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid het vertrekpunt van de belangenafweging zou moeten zijn. Opvallend is dat in de geciteerde passage de term 'spoedeisend' in het geheel niet voorkomt.

De ambivalentie die uit de wetsgeschiedenis blijkt, vinden we terug in het betrekkelijk diffuse karakter van de praktijk die zich heeft ontwikkeld. Enigszins ruw aangeduid kunnen daarin twee, principieel van elkaar verschillende, benaderingen worden onderscheiden.¹³¹

129. Zoals in Vz. ABRvS 20 juli 1998, ABkort 1998, 286, waarin bij wege van voorlopige voorziening de begunstigingstermijn van een opgelegde last onder dwangsom wordt verlengd op grond van een afweging van de betrokken belangen en uitdrukkelijk niet op grond van een oordeel over de (on)rechtmatigheid van het besluit. Zie ook Pres. CRvB 18 mei 1998, JABW 1998, 125.

130. Vaak aangeduid als 'het voor de voeten lopen' door de voorzieningenrechter van de bodemrechter.

131. Met daarbij op voorhand de erkenning dat lang niet altijd sprake is van een zuivere toepassing daarvan en dat vele mengvormen voorkomen.

In de eerste benadering wordt doorslaggevende betekenis toegekend aan de aanwezigheid van een (zeer) zwaarwegend spoedeisend belang bij de gevraagde voorlopige voorziening. Is daarvan naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake, dan is voor een – nadere – belangenafweging geen plaats en is de afwijzing van het verzoek om voorlopige voorziening gegeven. In de uitspraak wordt vrijwel altijd gemotiveerd waarom geen sprake is van een dergelijk spoedeisend belang.

In de tweede benadering is het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter over de – materiële – rechtmatigheid van het bestreden besluit richtinggevend en is het spoedeisend belang (niet meer dan) een van de elementen die een rol spelen bij de – nadere – belangenafweging die daarna eventueel moet worden voltrokken. In de uitspraak wordt vrijwel nooit ingegaan op het spoedeisend belang. Indien naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de besluitvorming rechtmatig is (of, na herstel vanesignaleerde gebreken, naar verwachting alsnog rechtmatig zal worden), wordt in deze benadering het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen.¹³² Is naar voorlopig oordeel sprake van onrechtmatigheid, dan is daarin in beginsel een grond gelegen om het verzoek toe te wijzen. Bestaat twijfel over de rechtmatigheid of is het niet wenselijk of niet goed mogelijk om een voorlopig rechtmatigheidsoordeel te geven, dan dient een nadere belangenafweging plaats te vinden.¹³³

De eerste benadering wordt vooral aangetroffen bij geschillen over financiële aanspraken, in het bijzonder bij geschillen waarbij de betaling van een geldsom (uitkering, subsidie, schadevergoeding, nadeelcompensatie) door het bestuurs-orgaan aan de belanghebbende geheel of gedeeltelijk is ontzegd.

Zo overwoog de president van de rechtbank Rotterdam¹³⁴ in een zaak waarin de weigering van een bijstandsuitkering aan de orde was, dat waar het gaat om de ontzegging van een aanspraak die louter een financiële verplichting betreft en waarvan de gevolgen derhalve¹³⁵ na afdoening van de hoofdzaak zo nodig kunnen worden geredresseerd, het treffen van een voorlopige voorziening slechts dan aan de orde kan zijn, indien sprake is van een dusdanige acute financiële noodsituatie, dat gelet op de belangen tot onverwijlde verlening van bijstand moet worden overgegaan. Deze notie (een acute financiële noodsituatie) kan in de rechtspraak van veel rechtbanken worden gevonden, en niet alleen ten aanzien van bijstandsuitkeringen. Zo wordt met enige regelmaat, bijvoorbeeld bij WW-uitkeringen of WAO-uitkeringen, overwogen dat ondanks het inkomensverlies – toch – geen sprake is van een acute financiële noodsituatie. Ook wordt met enige regelmaat overwogen dat de betrokkene in zo'n geval een bijstandsuitkering kan aanvragen en dat om die reden geen sprake is van een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening.

132. Zie voor een opmerkelijk tegenvoorbeeld V.zr. Rb. Alkmaar 20 juli 1998, ABkort 1998, 286. Daarin wordt een sloovergunning op grond van een belangenafweging geschorst, nadat de voorzieningenrechter eerst heeft geoordeeld dat die vergunning rechtmatig is.

133. Deze moet goed worden onderscheiden van de hiervoor beschreven zuivere belangenafweging, waaraan immers geen rechtmatigheidsbeoordeling voorafgaat.

134. Pres. Rb. Rotterdam 2 oktober 1997, JABW 1997, 199.

135. Dat is iets te snel geredeneerd. Niet elke betaling achteraf neemt alle nadelige gevolgen van het eerder uitblijven van betaling weg, ook niet als daarbij de wettelijke rente wordt vergoed.

De rechtspraak van de Centrale Raad biedt eveneens voorbeelden van gevallen waarin in financiële geschillen hoge eisen aan het spoedeisend belang worden gesteld, in het bijzonder bij WW- en WAO-uitkeringen.¹³⁶ De afwezigheid van een acute financiële noodsituatie leidt er dan toe dat (reeds) op die grond het verzoek om voorlopige voorziening wordt afgewezen.¹³⁷ Een rechtmatigheidsoordeel blijft in zo'n geval achterwege.¹³⁸ Wordt echter, vanwege de financiële situatie, wel een spoedeisend belang aangenomen, dan wordt vervolgens een – voorlopig – rechtmatigheidsoordeel gegeven.¹³⁹ In bijstandszaken gaat de Centrale Raad meestal niet in op het spoedeisend belang.¹⁴⁰

Ook de Afdeling is veelal terughoudend als het gaat om honorering van financiële aanspraken bij wege van voorlopige voorziening.¹⁴¹ De rechtspraak van het College¹⁴² biedt vergelijkbaar materiaal. Is het belang louter financieel van aard, dan is er niet licht reden om een voorlopige voorziening te treffen. De Afdeling en het College hanteren daarbij overigens niet altijd onverkort het uitgangspunt dat een louter financieel belang nimmer tot het treffen van een voorlopige voorziening kan leiden. Maar dan moet wel sprake zijn van zeer bijzondere omstandigheden. Zo overweegt het College met regelmaat, dat – alleen – als het bestreden besluit 'onmiskenbaar onrechtmatig' is, in een geschil van financiële aard een voorlopige voorziening mogelijk is. Deze benadering zien we ook terug in gevallen waarin het bestreden besluit de verplichting inhoudt tot betaling door de betrokkene van een geldsom aan het bestuursorgaan. Zo overwoog de president van het College, met verwijzing naar artikel 6:16 Awb, dat waar het gaat om de verplichting tot betaling van een geldsom, voor het treffen van een voorlopige voorziening slechts plaats is indien ook zonder diepgaand onderzoek met betrekking tot de feiten en/of het recht (voorschijns) ernstig betwijfeld moet worden of de opgelegde betalingsverplichting in rechte stand zal houden en bovendien feiten en omstandigheden worden aangevoerd die meebrengen dat zijn belang de gevraagde schorsing van die verplichting bij wege

136. Het betreft overigens een zeer gering aantal zaken per jaar. In deze gevallen heeft het instellen van hoger beroep van rechtswege schorsende werking.

137. Bijvoorbeeld Pres. CRvB 6 april 1999, AB 1999, 290, en Vzr. CRvB 31 januari 2003, KG 2003, 79. Een voorbeeld van deze benadering in een ambtenarenzaak is te vinden in Pres. CRvB 2 juli 1998, TAR 1998, 135.

138. Vgl. Vzr. CRvB 17 december 2002, KG 2003, 67. In die uitspraak overweegt de voorzieningenrechter, na te hebben geoordeeld dat geen sprake is van een spoedeisend belang omdat geen sprake is van een acute financiële noodsituatie, dat aldus niet wordt toegekomen aan de vraag of de in hoger beroep aangevallen uitspraak (en daarmee het in beroep bestreden besluit) naar verwachting in rechte stand zal houden.

139. Zoals in Vzr. CRvB 17 januari 2003, KG 2003, 71.

140. Behalve als de zogenoemde niet-voordringenjurisprudentie wordt toegepast, hetgeen meestal het geval is bij verzoeken van een bestuursorgaan om schorsing van de aangevallen uitspraak waardoor het verplicht is een nieuw besluit te nemen dat strekt tot toekenning van een bijstandsuitkering. Zie Vzr. CRvB 2 december 2003, AB 2004, 186. Voorbodes van deze benadering zijn te vinden in Pres. CRvB 24 oktober 1995, AB 1996, 19 en Pres. CRvB 12 november 1998, KG 1999, 71.

141. Bijvoorbeeld Vz. ABRvS 22 december 2000, AB 2001, 105; Vz. ABRvS 14 september 2001, AB 2001, 320; Vz. ABRvS 10 juni 2005, LJN AT7436.

142. Bijvoorbeeld Pres. CBb 10 november 1994, KG 1994, 447, en Pres. CBb 28 januari 1998, AB 1998, 228.

van onverwijldde voorziening vordert.¹⁴³ Daarbij is ook van belang dat in de overheid een solvabele crediteur pleegt te worden gevonden.

De achtergrond van de terughoudendheid van de – bestuursrechtelijke – voorzieningenrechtters om in dit soort geschillen (voorschotten op) beweerde financiële aanspraken toe te kennen, kan voor een belangrijk deel worden gevonden in het restitutierisico¹⁴⁴ dat bestaat als een minder draagkrachtige burger of een minder solvabele onderneming achteraf ten onrechte toegekende voorschotten aan het bestuursorgaan moet terugbetalen.

Los van de lijn die (de) verschillende bestuursrechtters in financiële geschillen volgen, stelt het College meer in het algemeen misschien wel de zwaarste eisen aan de aanwezigheid van een spoedeisend belang. Indien het bestreden besluit niet tot gevolg heeft dat een onomkeerbaar (dat wil zeggen: niet redresseerbaar) financieel nadelig gevolg optreedt, is er (ook) in geschillen die niet louter financieel van aard zijn, geen sprake van een (voldoende) spoedeisend belang. Deze lijn wordt bijvoorbeeld verwoord in de uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van 28 januari 2005.¹⁴⁵ In die zaak had de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) aan KPN N.V. (KPN) een last onder dwangsom opgelegd, strekkende tot het beëindigen van een actie waarbij KPN aan klein-zakelijke gebruikers een cadeaubon ter waarde van € 25 aanbood als zij (weer) klant zouden worden van KPN. Naar het oordeel van OPTA was hier sprake van een voor KPN, als partij met zogeheten aanmerkelijke marktmacht, verboden kortingsregeling. KPN betwistte dit standpunt, vroeg niet de – volgens OPTA wel vereiste – goedkeuring van OPTA en zette de actie voort. KPN maakte tevens bezwaar tegen de last onder dwangsom en diende een verzoek om voorlopige voorziening in. OPTA betwistte het spoedeisend belang. De voorzieningenrechter van het College overwoog het volgende:

‘Met betrekking tot het door KPN gestelde spoedeisend belang overweegt de voorzieningenrechter dat dit in hoofdzaak een financieel karakter draagt. Een zodanig belang vormt volgens vaste jurisprudentie op zichzelf geen reden om een voorlopige voorziening te treffen. Het staat KPN immers vrij schadevergoeding van OPTA te vorderen indien de in geding zijnde last in de bodemprocedure niet in stand zal blijven. Het treffen van een voorlopige voorziening zal echter wel in beeld kunnen komen indien het financiële belang, gelet op bijvoorbeeld het totaal van de handelsactiviteiten en/of de vermogenspositie van KPN, zodanig zwaarwegend is, dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd. In dat geval is het treffen van een voorlopige voorziening evenwel nog niet gegeven maar is een verdere toetsing en belangenafweging noodzakelijk.’

Hieruit blijkt dat indien het nadeel dat als gevolg van het bestreden besluit (in dit geval: een handhavingsbesluit) wordt geleden, door een schadevergoeding (achteraf) volledig ongedaan kan worden gemaakt, daarin voor het College een voldoende grond is gelegen om het verzoek om voorlopige voorziening wegens het ontbreken

¹⁴³. Pres. CBB 14 april 1994, JB 1994, 127.

¹⁴⁴. Met zoveel woorden vermeld in bijvoorbeeld Vزر. CRvB 21 oktober 2002, KG 2003, 18.

¹⁴⁵. AB 2005, 194.

van spoedeisend belang af te wijzen. Dat is alleen anders in de – uitzonderlijke – omstandigheid dat de continuïteit van de betrokken onderneming op het spel staat,¹⁴⁶ waarbij de bewijslast op de onderneming rust. In het geval van KPN deed die uitzondering zich, evident, niet voor.¹⁴⁷

Hoe nauw dit voor de betrokken onderneming luistert, blijkt uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van 25 juli 2005¹⁴⁸ in een vergelijkbare zaak. Nu ging het om een actie van KPN gericht op het (terug)winnen van klanten op de consumentenmarkt. De incentives waren ditmaal een Staatslot, een sleutelhanger met funcamera en een keuze tussen een mp3-spelertje en één van drie dvd's. In deze zaak volgde de voorzieningenrechter KPN in haar, uitvoerig onderbouwde, betoog dat de door KPN geleden en te lijden schade niet volledig redresseerbaar was door middel van een schadevergoeding. Daarmee was de – hoge – toetredingsdrempel voor een voorlopige rechtmatigheidsbeoordeling overschreden. Vervolgens kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat deze actie geen verboden kortingsregeling betrof en werd de opgelegde last onder dwangsom geschorst.¹⁴⁹

Een illustratief contrast met deze benadering van het College vinden we in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van – toevallig – eveneens 25 juli 2005,¹⁵⁰ weer in een zaak over een vermeende verboden kortingsregeling. Ditmaal had KPN de prikkel voor de consument gezocht in een taart.¹⁵¹ De door KPN voor deze actie – wel – van OPTA gevraagde goedkeuring was door haar geweigerd, waartegen KPN bezwaar maakte. De voorzieningenrechter van de rechtbank rept met geen woord over het spoedeisend belang en gaat meteen over tot een voorlopige rechtmatigheidsbeoordeling. Die leidt tot schorsing van het besluit van OPTA. Deze uitspraak is een zuiver voorbeeld van de tweede hiervoor beschreven benadering.

Het zou overigens kunnen dat het College zijn koers aan het bijstellen is. In de – recente – uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van 10 februari 2006,¹⁵² waarin een zogeheten marktanalysebesluit van OPTA aan de orde was, overwoog de voorzieningenrechter van het College:

146. Dit is de, op ondernemingen toepasselijke, pendant van de acute financiële noodsituatie.

147. Opmerkelijk is wel dat de voorzieningenrechter, na dit te hebben vastgesteld, niet ophoudt maar nog het volgende overweegt: 'Ten slotte bestaat er evenmin grond om in dit concrete geval het ontbreken van een spoedeisend belang in verband met de onmiskenbare onrechtmatigheid van het bestreden besluit te passeren. (...) Het staat (...) niet zonder meer vast dat een besluit tot handhaving van de bestreden last onder dwangsom (...) in een bodemprocedure niet in stand zal kunnen blijven. Het verzoek om een voorlopige voorziening dient dan ook reeds op grond van het ontbreken van een spoedeisend belang te worden afgewezen. Aan een inhoudelijke beoordeling komt de voorzieningenrechter bijgevolg niet toe.'

148. LJN AT9967.

149. Deze zaken, ook in samenhang beschouwd, laten goed zien dat het stellen van hoge eisen aan het spoedeisend belang, nogal wat ruimte laat voor (de tenuitvoerlegging van) onrechtmatige besluiten.

150. LJN AV1879.

151. De in het vooruitzicht gestelde beloningen wekken de indruk dat volgens KPN sommige handen wel heel snel zijn gevuld...

152. LJN AV1487.

'Het beroep van KPN tegen het bestreden besluit heeft ingevolge art. 6:16 Awb geen schorsende werking, hetgeen blijkens de wetsgeschiedenis verband houdt met de omstandigheid dat een besluit van een bestuursorgaan vermoed wordt rechtmatig te zijn.

Om het verzoek van KPN te kunnen toewijzen, zal in beginsel sprake moeten zijn van een situatie waarin de voorzieningenrechter, ook zonder diepgaand onderzoek naar de feiten of het recht, de kans groot acht dat het College, oordelend in de hoofdzaak, het bestreden besluit op een of meer van de door KPN in de onderhavige voorlopige voorzieningprocedure aangevoerde gronden of ambtshalve zal vernietigen.

Indien een dergelijke situatie zich niet voordoet, zou niettemin aanleiding kunnen bestaan het verzoek van KPN toe te wijzen, indien bij de voorzieningenrechter tenminste sprake is van enige twijfel aan de rechtmatigheid van het bestreden besluit en de belangen van KPN bij toewijzing van het verzoek dermate zwaarwegend zijn dat deze dienen te prevaleren boven de met (onverkorte) uitvoering van het bestreden besluit gediende belangen.'

Aan het spoedeisend belang wordt niet (althans niet expliciet) aandacht besteed en de voorzieningenrechter begeeft zich, na deze inleidende overwegingen, onmiddellijk in een beoordeling van de *prima facie* (on)rechtmatigheid en daarna, na te hebben vastgesteld dat toch ten minste enige twijfel over de rechtmatigheid van het besluit van OPTA bestaat, in een belangenafweging. Of dit een eerste teken is van een nieuwe koers of toch vooral het gevolg is van het gegeven dat de financiële gevolgen van een marktanalysebesluit (en de aan dat besluit door OPTA te verbinden marktinterventies) onmogelijk met enige nauwkeurigheid kunnen worden ingeschat, zal moeten worden afgewacht.

Hoe moeten nu de beide benaderingen worden gewaardeerd? Beide hebben onmiskenbaar hun voor- en nadelen, die grotendeels complementair zijn. Een voordeel van de eerste benadering is dat daarin niet of nauwelijks vooruit hoeft te worden gelopen op het oordeel van de bodemrechter. Ook wordt hiermee oneigenlijk gebruik van de voorlopige-voorzieningprocedure voorkomen. Een belangrijk nadeel is, dat aldus veel ruimte wordt geboden voor de tenuitvoerlegging van onrechtmatige besluiten. Het criterium van de acute financiële noodsituatie is bovendien zo restrictief, dat schade kan worden aangericht die niet herstelbaar is. Indien iemand met een betrekkelijk hoog inkomen aangewezen raakt op een WW-uitkering, die hem echter geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd, kan wel degelijk sprake zijn van een reëel belang bij het op korte termijn kunnen beschikken over inkomsten die het bijstandsniveau – beduidend – te boven gaan. Een andere kwestie is dat volgens vaste rechtspraak schade als gevolg van te late betaling van een geldsom – slechts – leidt tot een aanspraak op wettelijke rente. De werkelijke schade kan echter veel groter zijn. In deze benadering komt voorts aan het restitutierisico een wel heel prominente positie toe. Daardoor kan het nadeel (soms zelfs: het leed) dat het gevolg is van het niet kunnen beschikken over (enig) inkomen, uit het oog wordt verloren. En voor niet-economische entiteiten (zoals verenigingen of stichtingen) is het niet toekennen of het intrekken van een subsidie weliswaar niet altijd bepalend voor hun voortbestaan, maar het kan bijvoorbeeld wel betekenen dat op de korte termijn geen of veel minder

activiteiten kunnen worden ontplooid, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de uitvoering van hun doelstellingen. Een vermindering van activiteiten kan ook gevolgen hebben voor de werkgelegenheid. Leidt de bodemzaak tot een voor hen gunstige uitkomst, dan zijn deze gevolgen niet meer ongedaan te maken, terwijl schadevergoeding achteraf niet (of slechts gedeeltelijk) uitkomst kan bieden. En als – zelfs – bij ingrijpende besluiten als handavingsbesluiten wordt aanvaard dat er alleen reden is voor interventie ten behoeve van een onderneming als sprake is van nadeel dat zich niet kan oplossen in een schadevergoeding (achteraf), wordt de lat wel heel erg hoog gelegd, zeker omdat het voor de betrokken onderneming niet altijd eenvoudig is om de schade goed te begroten. Ook bergt de hier beschreven eerste benadering het risico in zich dat voorzieningenrechtters zulke hoge eisen stellen aan de aanwezigheid van het spoedeisend belang, dat zij daarmee voor zichzelf een ‘vluchtroute’ tot stand brengen om aan het geven van een rechtmatigheidsoordeel te ontkomen. Het belangrijkste nadeel van de tweede benadering is, dat de voorzieningenrechter daarin vrijwel automatisch en met een grote frequentie inhoudelijk op de behandeling van de hoofdzak vooruit moet lopen. Ook kan deze benadering, zeker hangende beroep en hoger beroep, uitnodigen tot het doen van een verzoek om voorlopige voorziening dat vooral is gericht op het uitlokken van kortsluiting. Het zal duidelijk zijn dat zich hier een zekere spanning voordoet. Dat blijkt ook uit het feit dat in de rechtspraak van alle bestuursrechtelijke colleges sporen van beide benaderingen zijn te vinden.

Het voorgaande brengt mij tot het bepleiten van de volgende aanpak, die beoogt de voordelen van beide benaderingen zoveel mogelijk te behouden en de nadelen zoveel mogelijk te ondervangen.

In alle gevallen dient allereerst te worden beoordeeld of zich een situatie voordoet waarin *evident* geen sprake is van enig spoedeisend belang bij de gevraagde voorlopige voorziening, of waarin *evident* sprake is van een zodanig geringe aantasting van de belangen van de verzoeker dat het treffen van de gevraagde voorlopige voorziening disproportioneel zou zijn. In die gevallen is er kennelijk geen aanleiding voor een voorlopige voorziening en wordt het verzoek wegens het ontbreken van spoedeisend belang afgewezen. Een – voorlopige – beoordeling van de rechtmatigheid blijft achterwege. Dit kan worden gezien als de concretisering van de notie dat er ‘iets bijzonders’ aan de hand moet zijn om af te wijken van de hoofdregel dat het aanwenden van een rechtsmiddel tegen een besluit de werking van dat besluit niet schorst. Aldus wordt voorkomen dat in deze categorieën van gevallen zonder noodzaak op het oordeel in de bodemzaak vooruit wordt gelopen en wordt het oneigenlijk gebruik van de voorlopige-voorzieningsprocedure afgeremd.

Eén voorbeeld daarvan kwamen we hiervoor al tegen. Indien buiten redelijke twijfel is dat de uitvoering van het bestreden besluit wordt opgeschort totdat op het bezwaar of beroep is beslist, is voor het – in die fase – treffen van een voorlopige voorziening geen aanleiding.¹⁵³ Datzelfde geldt als ten minste voorzienbaar is dat onmiddellijke uitvoering van het besluit niet aan de orde is.¹⁵⁴ Enkele andere voor-

153. Vz. ABRvS 23 maart 2000, JB 2000, 120; Vz. ABRvS 24 oktober 2000, AB 2001, 35.

154. Vz. ABRvS 9 november 2001, AB 2002, 75.

beelden. Soms is duidelijk dat het besluit hoe dan ook op korte termijn geen daadwerkelijk – negatief – effect zal hebben. Als in het najaar een terrasvergunning wordt geweigerd en aannemelijk is dat vóór het voorjaar op het bezwaar tegen die weigering zal zijn beslist, is er geen redelijk doel mee gediend als op korte termijn bij wege van voorlopige voorziening wordt bepaald dat de betrokkene moet worden behandeld alsof aan hem een vergunning was verleend. Als degene van wie het rijbewijs is ingetrokken dit rijbewijs voorlopig niet nodig heeft, is het treffen van een voorlopige voorziening evenmin nuttig. Het bestuursorgaan dat ter uitvoering van de aangevallen uitspraak een betrekkelijk gering bedrag aan bijzondere bijstand moet betalen, zal ten minste moeten uitleggen waarom het noodzakelijk is dat de werking van die uitspraak wordt geschorst. Indien er wel belang is bij een spoedige uitspraak in de hoofdzaak maar niet bij het treffen van een voorlopige voorziening, is eveneens geen sprake van een in het kader van de voorlopige-voorzieningsprocedure relevant belang.¹⁵⁵ Het enkele feit dat te verwachten is dat de behandeling van de hoofdzaak nog geruime tijd zal duren, is evenmin een grond om het treffen van een voorlopige voorziening in overweging te nemen.¹⁵⁶ Als de door de verzoeker gestelde belangen-aantasting niet het gevolg is van het in de hoofdzaak bestreden connexe besluit, maar van een nog te nemen (uitvoerings)besluit waartegen afzonderlijk kan worden opgekomen, is ook geen sprake van enig relevant belang.¹⁵⁷ Soms kan ook de proceshouding van de verzoeker aanleiding zijn voor het oordeel dat elk (spoedeisend) belang ontbreekt, bijvoorbeeld in een geval waarin voor de vierde keer uitstel wordt gevraagd van de behandeling ter zitting van het verzoek om voorlopige voorziening hangende overleg tussen partijen om tot een schikking te komen.¹⁵⁸ Ook moet in dit verband worden gedacht aan de gevallen waarin het besluit al is uitgevoerd.¹⁵⁹ Het is dan niet meer mogelijk om datgene te bereiken wat normaal gesproken met een verzoek om voorlopige voorziening kan worden bereikt.

Voor al deze gevallen geldt dat buiten twijfel is dat het gewicht van de component spoedeisend belang – vrijwel – ‘nul’ is, zodat de uitkomst van de door de voorzieningenrechter te maken belangenafweging geen andere kan zijn dan afwijzing van het verzoek.

Het zou overigens wenselijk zijn als dit soort zaken, voor zover niet op voorhand intrekking wordt bewerkstelligd, met toepassing van artikel 8:83, vierde lid, Awb buiten zitting konden worden afgedaan. Dat stuit echter vaak af op het, triviale, probleem van het griffierecht. Indien geen griffierecht wordt betaald, mag immers geen uitspraak worden gedaan, dus ook geen uitspraak buiten zitting. Wat soms helpt, is als in zo’n geval wel de weg van de acceptgiro wordt gevolgd. Een ander obstakel is, dat vaak pas ter zitting helder wordt dat er geen sprake is van enig belang. Als dat niet leidt tot intrekking van het verzoek ter zitting, is het psychologisch moeilijk om dan in de uitspraak niet meer op te nemen dan een afwijzing op die enkele grond. Dan wordt toch vaak gekozen voor een verdergaande beoordeling.

155. Pres. CRvB 12 november 1998, KG 1999, 71; Vz. ABRvS 19 september 2001, AB 2001, 321.

156. Zie bijvoorbeeld Vzr. CRvB 17 december 2002, KG 2003, 67.

157. Vz. ABRvS 20 september 1996, JB 1996, 230; Vzr. CBb 2 mei 2000, AB 2000, 226; Vzr. CBb 27 mei 2002, AB 2002, 295.

158. Zoals in Pres. Rb. Almelo 14 februari 2001, JB 2001, 82.

159. Zoals in Vz. ABRvS 20 oktober 2000, JB 2000, 347; Vz. ABRvS 19 december 2002, JV 2003, 130.

Heeft het verzoek om voorlopige voorziening deze (drempel)toets doorstaan, dan vindt een – naar haar aard voorlopige – rechtmatigheidsbeoordeling plaats.

Hier komt allereerst het zogenoemde prognosekarakter van de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening tot uiting. Daarbij gaat het niet alleen om een prognose ten aanzien van de uitkomst van de concrete, voorliggende hoofdzaak. De voorzieningenrechter moet verder, en soms nog veel verder kijken. Met name bij bevoegdheidsgebreken (strijd met het legaliteitsbeginsel), bij procedurele gebreken in de besluitvorming of bij een ondeugdelijke motivering van het besluit, moet de voorzieningenrechter zich steeds afvragen of het thans aanwezige rechtmatigheidsgebrek in de uiteindelijke besluitvorming zal (kunnen) worden hersteld.¹⁶⁰ Datzelfde geldt voor een mogelijke toepassing (in de hoofdzaak) van artikel 6:22 Awb of het in stand laten van de rechtsgevolgen na gegrondverklaring en vernietiging. Zo zal een enkel mandaatgebrek, schending van de hoorplicht, of het hanteren van een onjuiste wettelijke grondslag of een onjuiste afwijzingsgrond niet bij voorbaat tot het treffen van een voorlopige voorziening (mogen) leiden. De voorzieningenrechter moet er wel voor waken dat hij daarbij niet teveel onzekerheden voor lief neemt. Als bijvoorbeeld legalisering van het bouwwerk of het gebruik mogelijk is, maar niet zeker is of dat ook zal gebeuren, ligt het niet in de rede daarvan uit te gaan en dus het verzoek maar af te wijzen. Dan past eerder een schorsing.¹⁶¹

Als de rechtmatigheid – vrijwel – vaststaat, is er geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening. Staat de onrechtmatigheid (met inachtneming van het prognosekarakter van de beoordeling) – vrijwel – vast, dan is er wel grond voor een voorlopige voorziening. Deze aanpak leidt ertoe dat in die gevallen waarin de onrechtmatigheid – vrijwel – vaststaat, in het aanwezig zijn van een minder groot (niet: evident afwezig) spoedeisend belang geen beletsel is gelegen voor het treffen van een voorlopige voorziening. Dat is ook zeer goed verdedigbaar, want – zoals in de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer terecht wordt opgemerkt – het bestuursorgaan (en trouwens ook derden) hebben geen rechtens te honoreren belang bij de uitvoering van een onrechtmatig besluit.

De extreme posities zijn daarmee helder. Lastiger wordt het, als niet zo duidelijk is of de besluitvorming uiteindelijk stand zal houden of hoe die uiteindelijk zal zijn. Dan treedt de fase van de ‘echte’ belangenafweging in.¹⁶² Het is met name hier waar van de voorzieningenrechter het leveren van maatwerk wordt gevraagd. De verschillende in de rechtspraak ontwikkelde elementen van de belangenafweging moeten, per geval, worden gewogen.

Ik volsta hier met het noemen van enkele van die elementen: de mate van ingrijpendheid in geval van toewijzing van het verzoek om voorlopige voorziening; of de gevraagde voorlopige voorziening ertoe strekt dat wordt toegekend wat in het

160. Zoals treffend verwoord in Vz. ABRvS 8 maart 2002, JV 2002, 132. Zie ook Pres. CBb 30 december 1998, NA 1999, 89.

161. Het ligt dan op de weg van het bestuursorgaan en de belanghebbende om, desgeraden, te verzoeken om opheffing van de schorsing.

162. Enkele treffende voorbeelden zijn te vinden in Vz. ABRvS 7 november 1995, KG 1996, 128, en Pres. Rb. Leeuwarden 1 juli 1994, NA 1994, 162.

bestreden besluit is geweigerd; de mate van spoedeisendheid; de mate van onomkeerbaarheid van het treffen of niet treffen van de gevraagde voorziening; de ernst van de belangen aantasting; de proceshouding van partijen; het nadeel van de ene partij in verhouding tot dat van de andere partij(en); de mate van twijfel over de rechtmatigheid; het restitutierisico – of juist het solvabiliteitsrisico – specifiek in geschillen van financiële aard.

Het restitutierisico is uiteraard wel een legitiem element in de belangenafweging. Ook in de civiele kort-gedingrechtspraak wordt aanvaard dat in geschillen van financiële aard een gekwalificeerde toets wordt gehanteerd, waarbij bijzonder gewicht toekomt aan het restitutierisico (maar niet het criterium van de acute financiële nood-situatie geldt). Deze norm, die in het bijzonder is ontwikkeld door de Hoge Raad in de civiele-kortgedingsrechtspraak betreffende geldvorderingen,¹⁶³ is ook in de bestuursrechtelijke kolom goed toepasbaar als het gaat om – beweerde – geldelijke aanspraken van de betrokkene jegens het bestuursorgaan (of geldelijke verplichtingen van de betrokkene jegens het bestuursorgaan). Daarbij moet er wel voor worden gewaakt dat het restitutierisico inderdaad wordt behandeld als een van de elementen bij de – integrale – belangenafweging en niet als een voorvraag waarvan de negatieve beantwoording categorisch aan het geven van een voorlopig rechtmatigheidsoordeel in de weg staat.

Illustratief en behulpzaam is in dit verband de in kringen van de civiele kort-gedingrechtspraak aldus aangeduide *Wet van Lampe*.¹⁶⁴

‘Als de vordering niet erg spoedeisend is en bovendien de gevraagde voorziening voor gedaagde buitengewoon ingrijpend en moeilijk terug te draaien, dan moet de advocaat van eiser zich realiseren dat ook een geringe twijfel aan de juistheid van de feiten die de eis moeten dragen voor hem fataal kan zijn. Is daarentegen de vordering buitengewoon spoedeisend voor eiser en is het risico van onherstelbaar nadeel voor gedaagde gering (...), dan worden aan het aannemelijk maken van basisfeiten geen hoge eisen gesteld. Staat de overeenkomst op grond waarvan gedaagde moet presteren als een paal boven water en is het nadeel van dat presteren voor gedaagde geen halszaak, dan zal een beroep op het ontbreken van spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening gedaagde niet snel baten.’¹⁶⁵

‘Samen met de mate van aannemelijkheid van de aan de eis ten grondslag gelegde feiten vormen spoedeisend belang en ingrijpend karakter van de gevraagde voorziening drie communicerende vaten. Hoe lager de waterspiegel in het ene vat, hoe hoger die in de andere twee vaten zal moeten zijn, wil de vordering kunnen slagen.’¹⁶⁶

163. Enkele markante voorbeelden: HR 14 april 2000, NJ 2000, 489; HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602.

164. Vernoemd naar de voormalige president van de rechtbanken Groningen en Maastricht, P.P. Lampe.

165. Geciteerd via: G. Vrieze, Schenk: goede wijn heeft geen krans maar wel een etiket, Trema 1998, p. 40.

166. Geciteerd via: W. Tonkens-Gerkema, Kroniek ‘Spoedprocedures’, TCR 2001, p. 21.

De metafoor van de communicerende vaten is ook goed toepasbaar op de belangenafweging van de bestuursrechtelijke kort-gedingrechter.

4.4 De inhoud van een te treffen voorlopige voorziening

Zoals hiervoor reeds aan de orde is gesteld, is de voorzieningenrechter bij het treffen van een voorlopige voorziening gebonden aan de uit het beginsel van materiële connexiteit voortvloeiende beperkingen naar object (bestreden besluit en aangevalen uitspraak) en subject (bestuursorgaan).

De beperking naar object houdt overigens niet in, dat een voorlopige voorziening hangende beroep zich niet ook kan uitstrekken tot het primaire besluit.¹⁶⁷ Zou dit anders zijn, dan zou het instrument voorlopige voorziening niet effectief zijn in een geval waarin het besluit op bezwaar overeenkomt met het primaire besluit.¹⁶⁸ Als het besluit op bezwaar overeenkomt met het primaire besluit, treft een schorsing van het besluit op bezwaar meteen ook het primaire besluit. Duidelijkheidshalve kunnen echter beter beide besluiten uitdrukkelijk worden geschorst.

De beperking naar subject betekent, dat een voorlopige voorziening die iets anders inhoudt dan schorsing van het bestreden besluit (of opheffing van enige vorm van schorsende werking van rechtswege), zich uitsluitend mag richten tot het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Een dergelijke voorlopige voorziening moet dus altijd iets opdragen (positief of negatief) aan het bestuursorgaan, en niet aan een belanghebbende.¹⁶⁹ Aan het bestuursorgaan kan daarbij een termijn worden gesteld voor de uitvoering van de getroffen voorlopige voorziening (art. 8:84, vierde lid, Awb, in verbinding met artikel 8:72, vijfde lid, Awb). Ook kan daarbij aan het bestuursorgaan een dwangsom worden opgelegd (art. 8:84, vierde lid, Awb, in verbinding met artikel 8:72, zevende lid, Awb) als prikkel tot naleving van de opdracht.

De voorzieningenrechter mag niet iets doen wat de bodemrechter niet zal mogen doen, althans waartoe de uitspraak van de bodemrechter – uiteindelijk – niet zal kunnen leiden.¹⁷⁰ Anders zou de voorzieningenrechter feitelijk de beschikking hebben over ruimere uitspraakbevoegdheden dan de bodemrechter, hetgeen niet past bij de aan het beginsel van connexiteit ten grondslag liggende gedachte.

167. Vz. ABRvS 28 maart 2000, ABkort 2000, 287; Pres. CBb 7 september 2001, ABkort 2001, 600.

168. Deze benadering is niet in strijd met de regel dat de voorzieningenrechter niet meer mag doen dan de bodemrechter in de hoofdzaak kan doen. Materieel is dit namelijk de parallel van het zelf in de zaak voorzien (met betrekking tot het primaire besluit).

169. Zie voor een curieus geval waarin de op verzoek van een derde-belanghebbende getroffen voorlopige voorziening werd getroffen ten aanzien van de 'beoogde' vergunninghouder in plaats van ten aanzien van het bestuursorgaan: Vzr. Rb. Leeuwarden 20 juni 2002, Gst. 7189, 127. De zaak is bijzonder, omdat het bestuursorgaan het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Leeuwarden was en de 'beoogde' vergunninghouder de (rechtspersoon) gemeente Leeuwarden.

170. Zie Pres. CRvB 17 augustus 2001, KG 2002, 1, waarin was gevraagd om een advocaat toe te voegen in de bodemprocedure. Daartoe is de bodemrechter zelf niet bevoegd, dus de voorzieningenrechter evenmin. In dit geval zou overigens ook kunnen worden gezegd dat niet is voldaan aan het beginsel van materiële connexiteit.

In artikel 8:84, vierde lid, Awb wordt artikel 8:69 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Daaruit wordt algemeen afgeleid, dat de voorzieningenrechter geen andere voorlopige voorziening mag treffen dan de door de indiener van het verzoek gevraagde. In de praktijk is dit voorschrift geen belemmering voor een flexibele benadering. Zo vragen de meeste rechtsbijstandverleners aan het slot van hun verzoekschrift (of pleidooi) de voorzieningenrechter zo nodig enige andere voorlopige voorziening te treffen (dan de gevraagde) die hem geschikt voorkomt. En de meeste voorzieningenrechters bespreken, waar nodig, ter zitting de vraag naar de modaliteiten van een eventueel te treffen voorlopige voorziening. Dit neemt echter niet weg, dat de voorzieningenrechter de hier aan de orde zijnde beperking niet mag veronachtzamen.¹⁷¹

Omdat de wet geen voorschriften omtrent de inhoud van een – binnen de hiervoor beschreven randvoorwaarden – te treffen voorlopige voorziening bevat, heeft de voorzieningenrechter een grote ruimte om ook hier maatwerk te leveren.

De meest voorkomende vorm van een voorlopige voorziening is de schorsing van het bestreden besluit. Deze voorziening past vooral bij besluiten waarbij rechten en/of verplichtingen in het leven zijn geroepen, waartegen een belanghebbende zich vervolgens verzet. Daarbij moet worden bedacht, dat een recht dat aan de een wordt toegekend, een aantasting van de belangen van een ander kan opleveren. Dit verklaart de grote variëteit aan situaties. In dit soort gevallen is het gevolg van een door de voorzieningenrechter uitgesproken schorsing, dat de situatie die bestond voordat het besluit werd genomen herleeft. Een toegekend recht kan dan voorlopig niet worden geëffectueerd en een opgelegde verplichting behoeft voorlopig niet te worden nageleefd. Er is bijvoorbeeld vooralsnog geen bouwvergunning, geen bestuurlijke boete, geen verplichting tot ongedaanmaking van een – beweerde – overtreding, geen concentratievergunning, geen milieuvergunning of geen betalingsverplichting. Schorsing is ook een passende voorziening bij besluiten waarbij bestaande rechten worden ingetrokken of beperkt. Een schorsing betekent dan, dat de effectuering van de desbetreffende rechten voorlopig kan worden voortgezet. Het recht op uitkering blijft bijvoorbeeld vooralsnog in stand, de belanghebbende behoudt vooralsnog zijn rijbewijs, de exploitatievergunning blijft vooralsnog in stand, de ambtenaar mag zijn functie blijven uitoefenen. Een schorsing kan het gehele besluit betreffen, maar ook een gedeelte daarvan.¹⁷² Schorsing van een afwijzing of weigering dan wel van het niet tijdig nemen van een besluit is, zonder aanvullende voorziening, niet zinvol.

Daarnaast (en daarom) zijn vele andere vormen van een voorlopige voorziening, al dan niet in combinatie met schorsing, denkbaar. De rechtspraktijk kent talloze voorbeelden. Een willekeurige greep: verzoeker dient te worden behandeld alsof een vergunning is verleend; aan verzoeker dienen voorschotten op een uitkering of subsi-

171. In dit verband is aardig te zien hoe de Hoge Raad hier voor de civiele kort-gedingsrechtspraak mee omgaat. In HR 14 februari 1946, NJ 1947, 155, overwoog hij reeds dat de aard van het kort geding meebrengt dat de rechter bevoegd is, bij gewijzigde omstandigheden, zodanige andere voorziening te treffen dan gevorderd als bij de veranderde omstandigheden voor het gegeven geval passend is.

172. V.zr. CRvB 17 mei 2002, KG 2002, 295; V.z. ABRvS 10 september 2002, KG 2002, 293.

die te worden betaald; aan de ambtenaar dient gedeeltelijke salarisbetaling plaats te vinden terwijl de schorsing van de ambtenaar in stand blijft; een evenement waarvoor geen vergunning was verleend, mag onder bepaalde – door het bestuursorgaan te handhaven – voorwaarden toch doorgaan; het bestuursorgaan dient een gevraagd document openbaar te maken; het bestuursorgaan dient een woningaanpassing te realiseren; een aangelegd stuk weg moet worden verwijderd; het bestuursorgaan dient handhavend op te treden; een aan een milieuvergunning verbonden voorschrift wordt verlicht (of juist verzwaard, als de voorlopige voorziening was gevraagd door een derde-belanghebbende). Een heel bijzondere voorlopige voorziening is de bepaling dat, zulks met het oog op een te verlenen bouwvergunning, het bestuursorgaan verzoeker dient te behandelen alsof het bestemmingsplan gedeeltelijk was goedgekeurd.¹⁷³ Wat al deze gevallen gemeen hebben, is dat aan het bestuursorgaan bij wege van voorlopige voorziening de verplichting wordt opgelegd iets te doen wat bij het bestreden besluit aan de belanghebbende was ontzegd. Vaak gaat het dan om besluiten waarbij het verzochte geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd, maar dat hoeft niet per se. Verder is denkbaar dat het bestuursorgaan ongedaan moet maken hetgeen bij of als gevolg van het bestreden besluit tot stand is gebracht. Vaak tracht de voorzieningenrechter bij dit soort voorzieningen een middenweg te vinden tussen de verschillende betrokken belangen, waarna dan slechts een gedeelte van het verzochte bij wege van voorlopige voorziening wordt toegekend.

Een bijzondere situatie doet zich voor als hangende bezwaar of beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit een voorlopige voorziening wordt gevraagd. Als de voorzieningenrechter van oordeel is dat de beslistermijn inderdaad is overschreden, draagt hij het bestuursorgaan op binnen een door hem gestelde termijn – doorgaans twee weken – alsnog te beslissen. Gelet op de vaste jurisprudentie dat het niet tijdig nemen van een besluit niet materieel mag worden geduid, is dit in wezen geen voorlopige voorziening, maar een beslissing in de hoofdzaak (zoals die daar op dat moment ligt). De figuur van de voorlopige voorziening is voor deze situatie minder geschikt, temeer daar de belanghebbende wordt gedwongen tegelijkertijd twee procedures (bezwaar dan wel beroep, en een voorlopige-voorzieningsprocedure) aanhangig te maken. Wordt hangende beroep een dergelijke voorlopige voorziening gevraagd, dan leiden de rechtbanken het om die reden meestal daarheen, dat bij uitspraak met toepassing van artikel 8:54 Awb – snel – in de hoofdzaak wordt beslist.¹⁷⁴ Aan de voorlopige-voorzieningsprocedure is dan geen behoefte. Hangende bezwaar kan dit echter niet. Daarom heeft het de voorkeur dat in geval van het niet tijdig nemen van een primair besluit, de bezwaarschriftprocedure wordt uitgesloten.

Wederom gelet op de vaste rechtspraak inzake het rechtskarakter van het niet tijdig nemen van een besluit, moet het in beginsel niet mogelijk worden geacht dat in geval van het niet tijdig nemen van een primair besluit een inhoudelijke voorziening wordt getroffen. Die zou dan immers neerkomen op het nemen van een voorschot op de door het bestuursorgaan nog te nemen beslissing op de aanvraag. Dit is echter niet steeds bevredigend. In bijzondere, zeer spoedeisende omstandigheden,

173. Vz. ABRvS 12 april 2001, AB 2002, 36.

174. Zie art. 18 Procesregeling bestuursrecht.

kan het treffen van een inhoudelijke voorlopige voorziening noodzakelijk zijn. De president/voorzieningenrechter van het College heeft in twee gevallen (waarin het al dan niet enten van – anders – te ruimen hobbypluimvee in het geding was), de mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening geconstrueerd door aan te nemen dat sprake was van (fictieve) weigeringen.¹⁷⁵ Uitgaande van die fictie, zou in die gevallen dan zo nodig een inhoudelijke voorlopige voorziening worden getroffen. Ik zou menen dat het volgen van deze – sympathieke – omweg niet echt nodig is. Los van het hiervoor weergegeven dogmatische bezwaar, zie ik geen beletselen om het talmen van een bestuursorgaan zo nodig af te straffen met een inhoudelijke voorlopige voorziening. Als sprake is van een verzoek om voorlopige voorziening hangende het beroep tegen het niet tijdig nemen van een beslissing op bezwaar, doet dit probleem zich overigens niet voor. De voorzieningenrechter kan dan, zo nodig, een inhoudelijke voorlopige voorziening treffen met betrekking tot het – reële – primaire besluit.

Indien het besluit op bezwaar ten onrechte strekt tot niet-ontvankelijkverklaring daarvan terwijl wel een inhoudelijk primair besluit voorligt, is er in mijn visie evenmin een beletsel om – al dan niet na kortsluiting – een voorlopige voorziening te treffen met betrekking tot het primaire besluit. Denk bijvoorbeeld aan de volgende situatie. Bij primair besluit wordt een bepaald gebied aangewezen als veiligheidsgebied in de zin van de algemene plaatselijke verordening. Het rechtsgevolg daarvan is, dat in dat gebied veiligheidsfouilleringen mogen plaatsvinden. Een derde maakt tegen de aanwijzing bezwaar. Het bestuursorgaan verklaart het bezwaar niet-ontvankelijk, omdat het de indiener van het bezwaarschrift geen belanghebbende acht. Deze stelt hoger beroep in en vraagt tevens om een voorlopige voorziening, houdende schorsing van de aanwijzing. De voorzieningenrechter acht de indiener van het bezwaarschrift wel belanghebbende. Hij sluit kort en verklaart het beroep gegrond, vernietigt de beslissing op bezwaar en draagt het bestuursorgaan op alsnog een inhoudelijk besluit op bezwaar te nemen. Tevens treft hij de voorlopige voorziening dat de aanwijzing wordt geschorst. Zou dit niet mogelijk zijn, dan zou het bestuursorgaan worden beloond voor het ten onrechte niet-ontvankelijk verklaren van het bezwaar. Een onwillig bestuursorgaan zou zo zelfs de weg naar de voorzieningenrechter kunnen afsluiten. Dat kan niet de bedoeling zijn.¹⁷⁶

Wordt een voorlopige voorziening getroffen, dan werkt deze onmiddellijk na de bekendmaking van de uitspraak. In geval van een mondelinge uitspraak werkt de voorlopige voorziening onmiddellijk na het doen daarvan. Dit is vooral van belang bij een schorsing,¹⁷⁷ maar ook bij – anderszins – zeer spoedeisende voorzieningen. Als de intrekking van een bijstandsuitkering wordt geschorst, dient het bestuursorgaan als gevolg van deze regel alsnog het gehele niet betaalde bedrag aan uitkering (na) te

175. Pres. CBb 24 maart 2001, AB 2001, 19; Vzr. CBb 10 april 2003, JB, 175.

176. In Vz. ABRvS 26 mei 2005, LJN AT6570, wordt dit mijns inziens dan ook ten onrechte afgestraft.

177. Zie PG Awb II, p. 505.

betalen.¹⁷⁸ In het bijzonder met het oog op beperking van het restitutierisico kan de voorzieningenrechter echter anders bepalen. Bij een voorlopige voorziening die het bestuursorgaan verplicht iets te doen, zal de voorzieningenrechter zo nodig het tijdstip bepalen waarop of met ingang waarvan die verplichting moet worden nagekomen, of de periode waarvoor zij geldt. Als na de uitspraak in de bodemprocedure blijkt dat ter uitvoering van een voorlopige voorziening betaalde geldbedragen onverschuldigd zijn betaald, kunnen deze in beginsel door het bestuursorgaan worden teruggevorderd.¹⁷⁹

4.5 De aan een voorlopige voorziening te verbinden termijn

Een vraag die met het voorgaande nauw samenhangt is de vraag of, en zo ja welke, termijn de voorzieningenrechter aan een te treffen voorlopige voorziening zal verbinden. Artikel 8:85, eerste lid, Awb geeft hem die bevoegdheid, echter behoudens artikel 8:85, tweede lid, Awb. Op grond van artikel 8:85, tweede lid, Awb vervalt een getroffen voorlopige voorziening in elk geval – dus ongeacht of daaraan wel of niet een termijn is verbonden – zodra zich een van de in die bepaling genoemde gevallen voordoet. Dit betekent feitelijk dat de voorzieningenrechter wel een kortere termijn kan stellen dan de ‘vervaltermijnen’ van artikel 8:85, tweede lid, Awb, maar niet een langere.¹⁸⁰ Doet hij dit toch,¹⁸¹ dan moet worden aangenomen dat de wettelijke bepaling prevaleert boven de in strijd daarmee vastgestelde termijn.

De figuur die in de praktijk het meest voorkomt, is schorsing van het in bezwaar bestreden besluit tot en met zes weken na de dag van bekendmaking van het – te nemen – besluit op bezwaar. Daarmee is enerzijds de rechtstoestand van vóór het bestreden besluit voorlopig hersteld en wordt anderzijds aan het bestuursorgaan de kans geboden om door de voorzieningenrechter vastgestelde rechtmatigheidsgebreken in bezwaar te herstellen. Weliswaar vervalt, ingevolge artikel 8:85, tweede lid, aanhef en onder a, Awb, een voorlopige voorziening ook zonder deze termijnstelling als de termijn voor het instellen van beroep tegen het besluit op bezwaar ongebruikt is verstreken, maar aldus wordt voorkomen dat de voorlopige voorziening doorloopt als het bestuursorgaan een met het primaire besluit overeenkomend besluit op bezwaar neemt. Het spreekt voor zich, dat de voorzieningenrechter dit alleen zal doen als hij het vastgestelde gebrek inderdaad herstelbaar acht en ook aannemelijk acht dat het bestuursorgaan tot herstel zal overgaan.

178. In Pres. Rb. Utrecht 24 oktober 1997, JB 1997, 289, lijkt van een ander uitgangspunt te worden uitgegaan. Daarin wordt overwogen, dat een voorlopige voorziening naar haar aard niet eerder ingaat dan na de indiening van het verzoek. Dat lijkt mij een te absolute uitspraak.

179. CRvB 8 augustus 2002, ABkort 2002, 646.

180. Hiervan moet goed worden onderscheiden het geval waarin de voorzieningenrechter, bij toepassing van art. 8:86 Awb, met gebruikmaking van de bevoegdheid (van de bodemrechter) van art. 8:72, vijfde lid, Awb, een voorlopige voorziening treft ten aanzien van het primaire besluit.

181. Zoals in Vzr. Rb. Rotterdam 25 juli 2005, LJN AV1879. Hier werd geschorst ‘tot en met zes weken na verzending van de uitspraak in beroep’.

Uit artikel 8:85, tweede lid, aanhef en onder c, Awb vloeit voort dat als het primaire besluit zonder termijnstelling is geschorst en er een vergelijkbaar besluit op bezwaar wordt genomen, de schorsing zich ook uitstrekt tot het besluit op bezwaar.^{182,183} Hiervan maakt de voorzieningenrechter met name gebruik, indien hij van oordeel is dat het vastgestelde rechtmatigheidsgebrek niet herstelbaar is, bijvoorbeeld als hij vindt dat het bestuursorgaan een onjuiste uitleg geeft aan een wettelijke bepaling of uitgesloten moet worden geacht dat het besluit alsnog van een deugdelijke feitelijke grondslag kan worden voorzien. Dat voorkomt een hernieuwd verzoek om voorlopige voorziening als in bezwaar, in afwijking van het voorlopig rechtmatigheidsoordeel van de voorzieningenrechter, toch een met het primaire besluit vergelijkbaar besluit wordt genomen (waartegen zich overigens geen rechtsregel verzet). Het bestuursorgaan dat of een belanghebbende die, nadat het besluit op bezwaar is genomen, zich tegen het voortduren van de schorsing wil verzetten, zal om toepassing van artikel 8:87 Awb moeten vragen. Daarvoor geldt echter het hiervoor beschreven strikte criterium. Om die reden dient de voorzieningenrechter terughoudend te zijn met het gebruik van de bevoegdheid om een voorlopige voorziening te laten 'doorlopen'. In geval van een verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep is het verbinden van een termijn aan de schorsing gelet op artikel 8:85, tweede lid, aanhef en onder c, Awb niet nodig. Wat in het bijzonder de Afdeling en het College soms wel doen, is bepalen dat de voorlopige voorziening eindigt op het moment dat in de hoofdzaak uitspraak wordt gedaan of het geschil op een andere wijze tot een einde is gekomen.¹⁸⁴ Daarmee wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat de voorlopige voorziening ook eerder van haar werking kan worden ontdaan dan bij de uitspraak in de hoofdzaak. Dat kan onder omstandigheden een verzoek om opheffing voorkomen.

Bij een andersoortige voorlopige voorziening dan schorsing komen vaak andere termijnen voor. Soms wordt een koppeling gelegd met een bepaalde te verwachten gebeurtenis of ontwikkeling, maar deze moet dan wel objectief bepaalbaar zijn en niet vatbaar zijn voor discussie. Gedacht kan worden aan het beschikbaar komen van een op verzoek van het bestuursorgaan of een andere partij uitgebracht medisch rapport of een rapport over de bouwkundige toestand van een pand.

Als de getroffen voorlopige voorziening naar haar – eenmalige – aard is uitgewerkt na uitvoering ervan (bijvoorbeeld in het geval bij wege van voorlopige voorziening een evenementenvergunning is verleend en het evenement heeft inmiddels plaatsgevonden), dan is aan het stellen van een termijn geen behoefte.

Een voorlopige voorziening vervalt niet als tegen een besluit door verschillende belanghebbenden een rechtsmiddel is aangewend en de belanghebbende op wiens verzoek de voorziening is getroffen, zijn bezwaar of beroep intrekt.¹⁸⁵ Dit volgt rechtstreeks uit artikel 8:85, tweede lid, Awb, in verbinding met artikel 8:81, eerste lid,

182. PG Awb II, p. 511.

183. Vz. ABRvS 5 juli 1996, AB 1997, 13; Vz. ABRvS 1 oktober 2002, JB 2002, 333. De voorzieningenrechter kan dit nuanceren.

184. Bijvoorbeeld Vz. ABRvS 1 maart 2005, JB 2005, 113; Vzr. CBB 9 april 2003, LJN AF7441.

185. Vz. ABRvS 14 februari 2000, JB 2000, 92; Vz. ABRvS 22 juni 2001, 200102507.

Awb. Zo nodig kan door een van de andere belanghebbenden of door het bestuursorgaan een verzoek om opheffing worden gedaan.

Afzonderlijke aandacht behoeft de termijnstelling in het geval de indiener van het bezwaarschrift heeft verzocht om doorzending als beroepschrift en op dat verzoek ten tijde van de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening nog niet is beslist. De voorzieningenrechter moet dan rekening houden met de mogelijkheid dat het verzoek om doorzending wordt gehonoreerd. De enkele schorsing tot en met zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar is dan niet toereikend. Een alternatief dictum kan uitkomst brengen, bijvoorbeeld door te bepalen dat indien wordt doorgezonden, aan de schorsing geen termijn is verbonden. Het omgekeerde komt ook voor. Als het bezwaarschrift is doorgezonden als beroepschrift en de voorzieningenrechter sluit niet kort, bestaat de mogelijkheid dat het college de zaak weer terugstuurt naar het bestuursorgaan.¹⁸⁶ In dat geval kan eveneens voor een alternatief dictum worden gekozen. Maar de voorzieningenrechter kan er ook voor kiezen om aan de voorlopige voorziening geen termijn te verbinden. Dan werkt hetzelfde dictum voor beide situaties. Als een partij, nadat de zaak weer in de fase van het bezwaar is beland, wil voorkomen dat de voorlopige voorziening doorloopt na een ongewijzigd besluit op bezwaar, moet een verzoek om wijziging worden gedaan.¹⁸⁷

186. Gelet op art. 8:54a, eerste lid, Awb kan dat immers totdat partijen zijn uitgenodigd voor een zitting in de hoofdzaak.

187. Deze variant is te vinden in Vزر. CBB 25 juli 2005, LJN AT9967.

5 Onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak¹⁸⁸

Ingevolge artikel 8:86, eerste lid, Awb kan de voorzieningenrechter, indien het verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan indien beroep bij de rechtbank is ingesteld en de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, Awb,¹⁸⁹ nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak,¹⁹⁰ onmiddellijk uitspraak doen in de hoofdzaak.

Ook deze bepaling is op grond van de artikelen 36, eerste lid, en 39, eerste lid, Wet RvS, 17, eerste lid, en 21, eerste lid, Beroepswet, 19, eerste lid, en 22, eerste lid, Wbb en 27j, eerste lid, Awr van overeenkomstige toepassing indien (hoger) beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling, de Centrale Raad, het College en het gerechtshof in belastingzaken.

Het primaire oogmerk van de mogelijkheid van kortsluiting is doelmatigheid. Aldus wordt immers voorkomen dat twee procedures bij hetzelfde rechterlijke college moeten worden gevoerd, in gevallen waarin zonder verlies van rechtsbeschermingsmogelijkheden en van kwaliteit met één procedure kan worden volstaan. Bovendien kan hiermee de totale duur van de procedure significant worden bekort.¹⁹¹ Dit laatste is vooral het geval, als in de ‘gewone’ (hoger-)beroepszaken de doorlooptijd substantieel is.

Van de mogelijkheid om kort te sluiten wordt, zeker bij de rechtbanken, zeer veelvuldig gebruik gemaakt. Vrijwel alle rechtbanken hanteren daarbij als uitgangspunt: kortsluiten, tenzij.

Voor een goed begrip en een goede toepassing van de bevoegdheid om onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak is allereerst vereist dat duidelijkheid bestaat over een aantal meer technische aspecten.

¹⁸⁸. Voor dit gedeelte is – dankbaar – gebruik gemaakt van D.A.C. Slump, Verantwoord kortsluiten: de toepassing van artikel 8:86 Awb, Jbplus 2005, p. 73-85. Specifieke verwijzingen daarnaar blijven achterwege.

¹⁸⁹. Dat wil zeggen: de zitting waarin het verzoek om voorlopige voorziening is behandeld; vgl. PG Awb II, p. 512.

¹⁹⁰. Dat wil zeggen: de hoofdzaak.

¹⁹¹. PG Awb II, p. 505.

De wettekst stelt niet buiten twijfel wat er met het verzoek om voorlopige voorziening moet gebeuren. Uit de wetsgeschiedenis¹⁹² blijkt echter dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat tegelijkertijd uitspraak wordt gedaan op het verzoek om voorlopige voorziening en in de hoofdzaak.¹⁹³ Het is dus de bedoeling dat in één en dezelfde uitspraak wordt beslist op zowel het verzoek om voorlopige voorziening als in de hoofdzaak. In de praktijk is hieraan – uiteindelijk – aldus invulling gegeven, dat in een dergelijke uitspraak eerst in de hoofdzaak wordt beslist en vervolgens op het verzoek om voorlopige voorziening. Daaraan vooraf gaat dan de overweging dat is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 8:86 Awb en dat niet is gebleken van beletselen om die bepaling ook inderdaad toe te passen. Op het verzoek om voorlopige voorziening moet, ook indien geen voorlopige voorziening wordt getroffen, steeds een beslissing worden genomen.¹⁹⁴

Dat gaat overigens niet altijd zonder problemen. Soms wordt in de uitspraak geen scherp onderscheid gemaakt tussen de beslissing in de hoofdzaak en de beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening. Dat kan tot onduidelijkheden leiden in geval van hoger beroep, omdat dan niet steeds duidelijk is welk gedeelte van de uitspraak wel en welk gedeelte niet appellabel is. De vraag speelt bijvoorbeeld bij het griffierecht en de proceskosten. Sinds 1 april 2002 speelt zij bovendien, indien door de kortsluitende voorzieningenrechter een voorlopige voorziening wordt getroffen en uit de uitspraak niet blijkt of daarbij toepassing is gegeven aan artikel 8:72, vijfde lid, Awb (wel appellabel) of artikel 8:81, eerste lid, Awb (niet appellabel). De appelcolleges volgen de praktijk dat als het tegendeel niet blijkt, sprake is van een met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb getroffen voorlopige voorziening. Als hangende hoger beroep een voorlopige voorziening wordt gevraagd, is er niet echt een probleem. De kwestie speelt vooral, als bij de behandeling van de bodemzaak moet worden beoordeeld of er met de door de rechtbank getroffen voorlopige voorziening (nog) iets moet gebeuren.

Als de – kortsluitende – voorzieningenrechter in zijn uitspraak een voorlopige voorziening treft met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb, kan die beslissing overigens niet worden aangemerkt als een beslissing op het verzoek om toepassing van artikel 8:81, eerste lid, Awb.¹⁹⁵ Op het gedane verzoek om voorlopige voorziening, behoort dan ook uitdrukkelijk te worden beslist, temeer nu dit de procesinleidende actie was. Om misverstanden te voorkomen zou daarbij kunnen worden gekozen voor de formulering: 'Wijst het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht af'.

Ook over de betekenis van het begrip 'onmiddellijk' heeft enige tijd onduidelijkheid bestaan. Sinds de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van 23 april 2003¹⁹⁶ staat echter vast, dat daarmee niet is bedoeld dat onmiddellijk na de

192. PG Awb II, p. 513.

193. Het verdient daarom aanbeveling om in art. 8:86, eerste lid, Awb voor 'onmiddellijk' in te voegen: tevens. Zie ook art. 78 Vw 2000.

194. Vz. ABRvS 30 juni 2000, AB 2000, 401.

195. Dat is ook niet nodig, omdat de bevoegdheid van art. 8:72, vijfde lid, Awb door de rechter ook ambtshalve kan worden toegepast.

196. Vزر. CRvB 23 april 2003, JB 2003, 58.

zitting uitspraak moet worden gedaan. De wetgever heeft daarmee – slechts – willen bepalen dat het enkele gegeven dat het onderzoek ter zitting is geschorst of het heronderzoek is heropend, niet aan kortsluiting in de weg staat.¹⁹⁷

De wet zegt niet met zoveel woorden welke procedurele bepalingen van toepassing zijn in geval van kortsluiting. Evenzeer zwijgt zij over de verhouding tussen de bepalingen die gelden voor de voorlopige-voorzieningsprocedure en de bepalingen die gelden voor de hoofdzaak. Uitgangspunt is evenwel dat de procedurele bepalingen van de voorlopige-voorzieningsprocedure moeten worden gevolgd. Dit betekent bijvoorbeeld dat de termijn van artikel 8:58 Awb niet geldt. Als binnen die termijn in de hoofdzaak stukken zijn ingediend, staat dit dus niet aan kortsluiting in de weg.¹⁹⁸ Indien de voorzieningenrechter na het doorlopen van de voorlopige-voorzieningsprocedure tot het oordeel komt dat het niet nodig is dat (in de hoofdzaak) de procedure van afdeling 8.2.2 Awb (Vooronderzoek) wordt gevolgd of afgemaakt, en dat het evenmin noodzakelijk is dat – overeenkomstig afdeling 8.2.5 Awb (Onderzoek ter zitting) – een afzonderlijke zitting in de hoofdzaak plaatsvindt, is voldaan aan de voorwaarde dat nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de (hoofd)zaak. Op dat moment wordt het in de hoofdzaak reeds in gang gezette vooronderzoek beëindigd. Dat betekent bijvoorbeeld dat nog geen verweerschrift hoeft te zijn ingediend. Ook hoeft niet te worden gewacht op het herstel van een verzuim als bedoeld in artikel 6:6 Awb en dient niet-ontvankelijkverklaring op die grond dus achterwege te blijven.¹⁹⁹ In de hoofdzaak wordt wel griffierecht geheven (afdeling 8.2.1 Awb). Er wordt niet kortgesloten als het griffierecht in de hoofdzaak ten tijde van de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening nog niet is betaald. Het inmiddels in de hoofdzaak opgebouwde dossier wordt ten volle bij de beoordeling betrokken, dus ook bij de beoordeling of met betrekking tot het primaire besluit een voorlopige voorziening moet worden getroffen. Op het gedeelte van de uitspraak dat betrekking heeft op de beslissing in de hoofdzaak, zijn de bepalingen van afdeling 8.2.6 Awb (Uitspraak) rechtstreeks van toepassing, zo impliceert de tekst van artikel 8:86, eerste lid, Awb.

Voorts is het van belang goed te onderscheiden tussen de volgende twee situaties. Indien de voorzieningenrechter (in de hoofdzaak) de rechtbank onbevoegd verklaart of het beroep niet-ontvankelijk of ongegrond verklaart, is – uiteraard behoudens hoger beroep – de zaak geëindigd. Dat is ook het geval als de voorzieningenrechter (in de hoofdzaak) het beroep gegrond verklaart, het besluit op bezwaar vernietigt en de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat of zelf in de zaak voorziet. En hetzelfde geldt als de voorzieningenrechter in geval van rechtstreeks beroep (in de hoofdzaak) het beroep gegrond verklaart en het bestreden – primaire – besluit vernietigt. In al deze gevallen is er geen aanleiding en ook geen mogelijkheid om een voorlopige voorziening te treffen. De tweede situatie is die, waarin de voorzieningenrechter (in de hoofdzaak) het beroep gegrond verklaart, het besluit op bezwaar vernietigt en het bestuursorgaan opdraagt een nieuwe beslissing op bezwaar te

197. In gelijke zin reeds: ABRvS 22 augustus 2001, JB 2001, 252.

198. ABRvS 21 oktober 1996, JB 1996, 246.

199. ABRvS 3 april 2000, JB 2000, 140.

nemen.²⁰⁰ Dan is de zaak niet geëindigd, maar is zij weer terug in de fase van het bezwaar. De voorzieningenrechter zal zich dan moeten afvragen of er aanleiding is ten aanzien van het – herleefde – primaire besluit een voorlopige voorziening te treffen. Op dat moment is zijn positie niet anders dan wanneer het verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar zou zijn gedaan.

De wet bevat vier (voor sommige situaties: vijf) voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil kortsluiting mogelijk zijn. Een daarvan is van materiële aard, de andere zijn van formele aard.

De eerste formele voorwaarde is, dat beroep bij de rechtbank moet zijn ingesteld (art. 8:86, eerste lid, Awb). Hangende bezwaar en administratief beroep is kortsluiting dus niet mogelijk.

Een specifieke situatie doet zich voor als het verzoek om voorlopige voorziening is gedaan hangende bezwaar of administratief beroep en vervolgens op het bezwaar of het administratief beroep wordt beslist. Dat kan zowel vóór als na de zitting in de voorlopige-voorzieningprocedure gebeuren. De connexiteit is dan verbroken, want het connexe – primaire – besluit is vervangen door de beslissing op het bezwaar of het administratief beroep. Dit probleem werd altijd, zonder wettelijke grondslag, opgelost door de verzoeker in de gelegenheid te stellen tegen het besluit op bezwaar of in administratief beroep beroep in te stellen bij de rechtbank. Het verzoek om voorlopige voorziening werd dan geacht betrekking te hebben op het nieuwe besluit, zodat de connexiteit was hersteld. Ook werd geen griffierecht voor een nieuw verzoek om voorlopige voorziening geheven. Ter codificatie van deze praktijk bepaalt artikel 8:81, vijfde lid, Awb sinds 1 april 2002²⁰¹ dat als een dergelijk nieuw besluit wordt genomen voordat de zitting in het kader van de voorlopige-voorzieningprocedure plaatsvindt, de verzoeker in de gelegenheid wordt gesteld beroep bij de rechtbank in te stellen. Het verzoek wordt dan gelijkgesteld met een verzoek dat wordt gedaan hangende beroep bij de rechtbank. Deze bepaling heeft overigens wel een iets beperktere reikwijdte dan de voordien gevolgde praktijk. Als het nieuwe besluit afkomt nadat de zitting heeft plaatsgevonden, is herstel van de connexiteit nu niet (meer) mogelijk.

Indien het bestuursorgaan, voorafgaand aan dan wel na de indiening van het verzoek om voorlopige voorziening, overeenkomstig artikel 7:1a Awb heeft ingestemd met het overslaan van de bezwaarschriftprocedure, is kortsluiting mogelijk. Zolang de rechtbank geen toepassing heeft gegeven aan artikel 8:54a Awb (dat wil zeggen: geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid het als beroepschrift doorgezonden bezwaarschrift weer terug te zenden aan het bestuursorgaan), mag en moet de voorzieningenrechter ervan uitgaan dat beroep aanhangig is. De voorzieningenrechter behoeft (en behoort) dus niet te beoordelen of het bestuursorgaan ten onrechte heeft

200. Volgens vaste rechtspraak moet het bestuursorgaan na gegroundverklaring en vernietiging ook een nieuw besluit op bezwaar nemen als de rechter nalaat dit uitdrukkelijk op te dragen.

201. Ingevolge de Eerste evaluatiewet Awb.

doorgezonden.²⁰² Aan de voorzieningenrechter komt ook niet de bevoegdheid toe om zelf een uitspraak als bedoeld in artikel 8:54a Awb te doen. Als de voorzieningenrechter niet heeft kortgesloten, kan de rechtbank alsnog artikel 8:54a Awb toepassen. Wat wel mogelijk is, is dat de voorzieningenrechter het – desgeraden – daarheen leidt, dat voorafgaand aan de zitting in de voorlopige-voorzieningsprocedure de rechtbank een uitspraak als bedoeld in artikel 8:54a Awb doet.²⁰³ De voorzieningenrechter weet dan bij voorbaat dat hij met een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar te maken heeft.

De tweede – eveneens in artikel 8:86, eerste lid, Awb neergelegde – voorwaarde van formele aard, is dat een zitting (in de voorlopige-voorzieningsprocedure) heeft plaatsgevonden. Dit betekent niet dat partijen ook ter zitting aanwezig moeten zijn geweest of zich daar hebben laten vertegenwoordigen. Indien een partij niet ter zitting aanwezig kan zijn, kan daarvoor niet als verontschuldiging worden aangevoerd dat die partij niet bedacht was op behandeling ter zitting van het verzoek om voorlopige voorziening op korte termijn.²⁰⁴ Daarbij is enerzijds van belang dat een partij gelet op artikel 8:83, eerste lid, Awb rekening moet houden met behandeling ter zitting op (zeer) korte termijn, en anderzijds dat partijen – zoals hierna aan de orde komt – in de uitnodiging voor de zitting worden gewezen op de mogelijkheid van kortsluiting. Voldoende is dat partijen, op reguliere wijze, voor de zitting zijn uitgenodigd.²⁰⁵ De ratio van deze voorwaarde is gelegen in artikel 6 EVRM: een uitspraak ten gronde vergt dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld op een zitting van het bevoegde rechterlijke college te verschijnen om de zaak te bepleiten.²⁰⁶ Om die reden is ook niet voorzien in de mogelijkheid van verzet tegen een kortsluitingsuitspraak.²⁰⁷

In de uitspraak van de Afdeling van 25 augustus 2003²⁰⁸ was de situatie aan de orde dat, op dezelfde dag, eerst bij afzonderlijke uitspraak het beroep in de hoofdzaak met toepassing van artikel 8:54 Awb ongegrond werd verklaard en vervolgens,

202. De in V.zr. Rb. Almelo 21 december 2005, LJN AU8538/AU9773, gekozen benadering acht ik daarom niet juist. In deze zaak werd het volgende overwogen: ‘De voorzieningenrechter is onder de gegeven omstandigheden van oordeel dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat hij, gelet op de mogelijke toepassing van art. 8:86 van de Awb, dient te beoordelen of verweerder het bezwaarschrift kennelijk ten onrechte heeft doorgezonden aan de rechtbank. De voorzieningenrechter ziet voor dat oordeel echter geen aanknopingspunten.’ In de uitspraak die volgde op het hoger beroep tegen deze uitspraak nam de voorzitter van de Afdeling deze overweging – slechts – voor kennisgeving aan en liet hij zich niet uit over de juistheid van deze aanpak; vgl. V.z. ABRvS 15 februari 2006, LJN AV2227.

203. Dat kan de persoon die als voorzieningenrechter zal optreden ook – als enkelvoudige (bodem)-kamer – zelf doen.

204. V.z. ABRvS 17 mei 2002, JB 2002, 186; CRvB 27 mei 1997, JB 1997, 176.

205. Zie art. 8:83, eerste lid, eerste volzin, en 8:37, eerste lid, Awb.

206. En wellicht ook, al blijkt dit niet met zoveel woorden uit de wetsgeschiedenis, als een waarborg om niet te snel te komen tot de vaststelling dat is voldaan aan de – hierna te bespreken – voorwaarde dat nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de hoofdzaak.

207. PG Awb II, p. 513. Dit overigens mede in samenhang met de – eveneens hierna te bespreken – voorwaarde dat partijen (in de uitnodiging voor de zitting in de voorlopige-voorzieningsprocedure) op de mogelijkheid van kortsluiting zijn gewezen.

208. JB 2003, 287.

met verwijzing naar die uitspraak, het verzoek om voorlopige voorziening met toepassing van artikel 8:83, derde lid, Awb werd afgewezen. In deze variant is van kortsluiting geen sprake, zodat niet het vereiste geldt dat een zitting moet hebben plaatsgevonden. Dat is ook niet nodig, omdat tegen de met toepassing van artikel 8:54 Awb gedane uitspraak verzet kan worden gedaan. Overigens lijkt me dat in een dergelijke situatie het verzoek om voorlopige voorziening niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, omdat met de – afzonderlijke – uitspraak in de hoofdzaak de connexiteit verloren is gegaan.

Een opmerkelijke uitzondering op deze voorwaarde is te vinden in artikel 92 Wv 2000, dat de voorzitter van de Afdeling de bevoegdheid geeft om kort te sluiten ook als het verzoek om voorlopige voorziening niet ter zitting is behandeld.²⁰⁹

De derde formele voorwaarde vinden we in artikel 8:86, tweede lid, Awb. Deze bepaling schrijft voor, dat partijen in de uitnodiging voor de zitting (in de voorlopige-voorzieningsprocedure) worden gewezen op de mogelijkheid van kortsluiting. Gebeurt dit niet, dan aanvaardt de praktijk dat partijen schriftelijk of mondeling ter zitting verklaren dat zij van de bevoegdheid tot kortsluiting op de hoogte zijn en tegen de eventuele toepassing daarvan geen bezwaar te hebben.²¹⁰ De ratio van dit voorschrift is, dat partijen zich kunnen voorbereiden op de behandeling (ook) van de hoofdzaak. Is hieraan niet voldaan, dan stelt de appèlrechter vast dat ten onrechte is kortgesloten.²¹¹ In de praktijk vraagt de voorzieningenrechter aan partijen hun standpunt kenbaar te maken omtrent een mogelijke kortsluiting.²¹²

De werking van dit voorschrift gaat ver. Partijen moeten er rekening mee houden dat, ook als het verzoek om voorlopige voorziening – anders dan het beroep in de hoofdzaak – beperkt is tot een bepaald aspect van het bestreden besluit, niettemin in het kader van de kortsluiting ook de andere aspecten van het bestreden besluit aan de orde komen. Als bijvoorbeeld in beroep de weigering van een ontheffing voor het hebben van een aanlegsteiger en een last onder dwangsom zijn bestreden en het verzoek om voorlopige voorziening strekt slechts tot schorsing van de last onder dwangsom, dan is er geen beletsel om in het kader van de kortsluiting het beroep in volle omvang (dus ook met betrekking tot de weigering van de ontheffing) te beoordelen.²¹³ Hierbij kan van belang zijn dat sprake is van een nauwe of zelfs onlosmakelijke samenhang tussen (de) verschillende aspecten van het bestreden besluit.²¹⁴

209. Verdragsrechtelijk zal dit wel in orde zijn, maar als bij de rechtbank ook al is kortgesloten (dat is steeds: na een zitting) komen we toch wel dicht in de buurt van de gevarenzone van een behoorlijk proces, zeker als de rechtbank de zaak meervoudig heeft behandeld.

210. ABRvS 31 oktober 2001, LJN AE1203.

211. ABRvS 26 februari 2003, ABkort 2003, 234.

212. Dat standpunt houdt soms in: Als ik gelijk krijg, ben ik ervoor, anders niet. Dat is ook een vorm van proceseconomie...

213. ABRvS 5 januari 1995, JB 1995, 100. Zie voor een andersoortig voorbeeld ABRvS 24 april 1998, JB 1998, 145.

214. ABRvS 18 januari 2005, ABkort 2005, 195.

In de artikelen 36, eerste lid, Wet RvS, 17, eerste lid, Beroepswet en 19, eerste lid, Wbb is – als vierde voorwaarde van formele aard – bepaald dat in geval van beroep (in eerste en enige aanleg) bij de Afdeling, de Centrale Raad en het College kortsluiting alleen mogelijk is indien partijen daarvoor toestemming hebben gegeven.²¹⁵ En in de artikelen 39, eerste lid, Wet RvS, 21, eerste lid, Beroepswet en 22, eerste lid, Wbb is bepaald dat in geval van hoger beroep kortsluiting alleen mogelijk is, als een enkelvoudige kamer van de rechtbank op het beroep heeft beslist. Uit artikel 27j, eerste lid, Awr volgt dat deze beperking niet geldt voor het gerechtshof in belastingzaken. Dat is begrijpelijk, omdat in belastingzaken na het hoger beroep nog beroep in cassatie mogelijk is.²¹⁶

De hiervoor bedoelde materiële voorwaarde voor kortsluiting is opgenomen in artikel 8:86, eerste lid, Awb en houdt in, dat nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de hoofdzaak. Deze naar zijn aard vage norm wordt door de Afdeling als volgt omschreven:²¹⁷ ‘Het gaat erom of de informatie die schriftelijk en ter zitting is verkregen, van dien aard is dat mag worden aangenomen dat het verrichten van nader onderzoek in dat opzicht geen relevante nieuwe gegevens zou opleveren’. Dit betekent dat – in elk geval – over de voor de beoordeling van de hoofdzaak relevante feiten en omstandigheden voldoende duidelijkheid moet bestaan.²¹⁸ In veel gevallen is aan die voorwaarde voldaan, maar niet altijd. Dat is evident in gevallen waarin de voorzieningenrechter uitdrukkelijk vaststelt dat nader (feiten)onderzoek noodzakelijk is²¹⁹ of beantwoording van – complexe – vragen van feitelijke aard aan de orde is waarvoor de voorlopige-voorzieningprocedure zich naar haar aard minder goed leent.²²⁰ Ook als naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de bodemprocedure een deskundige moet worden benoemd of een of meer getuigen moeten worden gehoord, is niet aan deze voorwaarde voldaan.

Daarmee is echter nog niet alles gezegd. Volgens de Afdeling mag namelijk van partijen worden verwacht dat zij zich hebben voorbereid op eventuele afdoening van de hoofdzaak. Indien redelijkerwijs van partijen mocht worden gevergd dat zij bepaalde gronden, argumenten en – vooral – bewijsmiddelen uiterlijk ter zitting in de voorlopige-voorzieningprocedure naar voren brengen en zij doen dit niet, dan is daarin geen grond gelegen voor het oordeel dat niet is voldaan aan de hier aan de orde zijnde voorwaarde.²²¹ Dit heeft te maken met het proceseconomische aspect van de mogelijkheid van kortsluiting. Partijen mogen dit niet frustreren.

Alleen als aan al deze voorwaarden is voldaan, kan worden kortgesloten. Omdat het om een discretionaire bevoegdheid gaat, moet de voorzieningenrechter zich vervolgens afvragen of hij van die bevoegdheid ook gebruik zal maken. Uit de rechtspraak

215. Zie voor de ontstaansgeschiedenis PG Awb II, p. 538-539.

216. In art. 88, tweede lid, Vw 2000 is – zelfs – bepaald dat deze beperking ook niet geldt in zaken (in hoger beroep) waarop afdeling 7.4 Vw 2000 van toepassing is.

217. Voor het eerst in ABRvS 12 mei 1995, JB 1995, 167.

218. Hetgeen bijvoorbeeld niet het geval was in Vzt. CRvB 2 juni 2004, LJN AP8472.

219. Zoals in Pres. CRvB 31 januari 1994, LJN ZB5380.

220. Vz. ABRvS 12 mei 2000, AB 2000, 350.

221. ABRvS 12 mei 1995, JB 1995, 167. De betrokken partij kondigde aan in de hoofdzaak foto's te zullen produceren ter onderbouwing van het gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel.

blijkt van verschillende soorten contra-indicaties. Een veel voorkomende is de vaststelling dat beantwoording van juridische vragen aan de orde is waarvoor de voorlopige-voorzieningsprocedure zich niet goed leent²²² of die te complex zijn²²³ of die principieel van aard zijn.²²⁴ Dit zijn bij uitstek gevallen waarin de voorzieningenrechter al snel op het terrein van de bodemrechter komt, hetgeen zeker bij een rechter in hoogste instantie bezwaarlijk kan zijn. Het zijn ook vaak gevallen waarin het beter is dat een meervoudige kamer zich erover uitlaat. Overigens kan bij juridische vragen de voorzieningenrechter in eerste aanleg er ook voor kiezen om juist wel kort te sluiten. Dan komt de zaak snel bij de appèlrechter. Die kan dan, bijvoorbeeld met een versnelde behandeling door een meervoudige kamer, duidelijkheid scheppen. Ook dit is een manier om gebruik te maken van de proceseconomische mogelijkheden die de kortsluitingsprocedure biedt.

Nauwlettende aandacht is in dit verband nodig voor de partijenconstellatie in de hoofdzaak en in de voorlopige-voorzieningsprocedure. De voorlopige-voorzieningsprocedure kent immers een eigen partijstelling.²²⁵ Als niet alle – potentiële – partijen in de hoofdzaak ook partij zijn in de voorlopige-voorzieningsprocedure past terughoudendheid, in die zin dat de belangen van die partijen moeten worden betrokken bij de afweging om wel of niet kort te sluiten. Een voor zo'n partij negatieve uitspraak ligt dan minder in de rede. Bij ambtshalve kwesties waar de feiten er niet toe doen, kan het weer anders liggen. Dit is maatwerk. Kortsluiting is op zichzelf mogelijk bij meer beroepen tegen hetzelfde besluit. Als er van alle indieners een verzoek om voorlopige voorziening ligt, is er geen probleem. Is dat niet zo, dan ligt het in de rede niet kort te sluiten als de behandeling van het beroep betekenis kan hebben voor de andere beroepen.²²⁶ Dat zal niet het geval zijn, als het beroep bijvoorbeeld niet-ontvankelijk wordt verklaard. Indien bij de kortsluitingsuitspraak het bestreden besluit wordt vernietigd, hebben de indieners van de andere beroepen in beginsel geen procesbelang meer.²²⁷ Dit soort situaties dient te worden vermeden, zeker bij ongegrondverklaring of instandlating van de rechtsgevolgen.

Een bijzonderheid zien we bij de Centrale Raad. In het bijzonder de (voorzieningenrecht van de) ambtenarenkamers van de Centrale Raad stellen zich in de regel op het standpunt dat het wettelijke uitgangspunt dat zaken bij de Raad in behandeling worden genomen door een meervoudige kamer, meebrengt dat niet dan in uitzonderingsgevallen van de in artikel 8:86 Awb neergelegde bevoegdheid gebruik wordt gemaakt.²²⁸

222. Vz. ABRvS 12 mei 2000, AB 2000, 350.

223. Pres. CRvB 25 februari 2003, KG 2003, 149.

224. Vz. ABRvS 15 oktober 1993, AB 1994, 178; Pres. CRvB 5 september 1997, KG 1997, 358; Pres. CRvB 26 oktober 1998, KG 1999, 45.

225. PG Awb II, p. 507-508.

226. ABRvS 16 juli 2003, JB 2003, 238.

227. ABRvS 31 oktober 2001, ABkort 2001, 617.

228. Bijvoorbeeld Pres. CRvB 24 juni 1999, AB 1999, 365.

Uit de appèlrechtspraak blijkt dat aan de voorzieningenrechters van de rechtbanken een ‘aanzienlijke vrijheid’ wordt gelaten bij de beoordeling of sprake is van de situatie dat nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de zaak, en ook bij de afweging om wel of niet van de bevoegdheid gebruik te maken.²²⁹

Ten slotte is het de moeite waard om te wijzen op artikel 78 Vw 2000, dat luidt:

‘Indien een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan teneinde uitzetting te voorkomen voordat is beslist op het bezwaar of het administratief beroep, dat is gericht tegen de beschikking tot afwijzing van de aanvraag of intrekking van de verblijfsvergunning, beslist de voorzieningenrechter van de rechtbank zoveel mogelijk tevens op het bezwaar of administratief beroep.’

Hier wordt aan de voorzieningenrechter de bevoegdheid verleend (en wordt hem zelfs min of meer de opdracht gegeven) om niet alleen te beslissen op het verzoek om voorlopige voorziening, maar ook – en alsdan: eerst – op het bezwaar of het administratief beroep. Dit wordt doorgaans aangeduid met de, niet wettelijke, term *doorpakken*.

De wetgever plaatst hier de bestuursrechter in de positie dat hij niet de rechtmatigheid *ex tunc* van een besluit toetst, maar – als ware hij het bestuursorgaan – *ex nunc* een besluit op bezwaar of in administratief beroep neemt. Enige materiële normering voor het gebruik maken van deze bevoegdheid ontbreekt. De woorden ‘zoveel mogelijk’ lijken vooral bedoeld als aansporing om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Net als bij de bevoegdheid van artikel 8:86 Awb is ook hier niet voorzien in bepalingen van procedurele aard. Aangenomen moet echter worden dat de ‘doorpakkende’ voorzieningenrechter hetzelfde beoordelingskader dient te hanteren als het op bezwaar (art. 7:11 Awb) of in administratief beroep (art. 7:25 Awb) beslissende bestuursorgaan. Verder zal het wel de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat de bepalingen van afdeling 8.2.6 Awb zoveel mogelijk overeenkomstig worden toegepast op het deel van de uitspraak dat ziet op de beslissing in de(z) hoofdzak. In de praktijk blijkt dit geen wezenlijke problemen op te leveren.

De hier in het leven geroepen bevoegdheid is een zeer effectieve manier om een snelle procedure te realiseren en herhaling van zetten te voorkomen. In de zaken waarvoor zij geldt, kan dat meestal ook. Doorgaans is sprake van gebonden beschikkingen, waarbij het uiteindelijk gaat om de waardering van de feiten. Voorzover sprake is van beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid, is deze vrijwel steeds geheel ingevuld met beleidsregels. Een ander interessant gevolg van deze figuur is, dat – meteen – hoger beroep openstaat.²³⁰

229. ABRvS 24 april 1998, JB 1998, 145.

230. Uit het recente proefschrift van K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, 2005, komt naar voren dat de rechterlijke *ex nunc*-beoordeling (de term ‘beoordeling’ vind ik hier passender dan de term ‘toetsing’) zeker niet onproblematisch is.

6 Een voorlopige voorziening door de bodemrechter

Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, het besluit op bezwaar vernietigt en het bestuursorgaan opdraagt met inachtneming van haar uitspraak opnieuw op het bezwaar te beslissen, is de situatie rechtens dat er een primair besluit ligt waar-
tegen bezwaar is gemaakt, op welk bezwaar (opnieuw) zal moeten worden beslist. Gelet op artikel 6:16 Awb is dat primaire besluit, uitzonderingen daargelaten, uitvoerbaar. De uitvoerbaarheid van het besluit kan echter soms onwenselijk worden gevonden. Denk aan een last onder dwangsom, een verleende bouwvergunning of de schorsing van een ambtenaar met ontzegging van de toegang tot de werkplek. Hangende de nieuwe bezwaarschriftprocedure kan een belanghebbende natuurlijk (al dan niet opnieuw) een verzoek om voorlopige voorziening doen. Dat betekent echter wel dat meteen na de uitspraak een (nieuwe) procedure moet worden aangespannen. Dit leidt tot extra procedures, terwijl voorts niet kan worden uitgesloten dat een nieuwe voorlopige voorziening niet tijdig kan worden getroffen.

Reeds bij de totstandkoming van de Awb heeft de wetgever onderkend dat een regeling om dit te voorkomen, wenselijk is.²³¹ Daartoe is artikel 8:72, zesde lid, Awb opgenomen. Deze bepaling geeft de bodemrechter de bevoegdheid om een voorafgaand aan de behandeling van het beroep reeds (hangende bezwaar dan wel hangende beroep) getroffen voorlopige voorziening, na de uitspraak in de hoofdzaak te laten doorlopen tot een door de rechtbank te bepalen termijn.²³² Dit in afwijking van de hoofdregel van artikel 8:85, tweede lid, aanhef en onder c, Awb, welke bepaling met deze mogelijkheid ook rekening houdt. De door de rechtbank bepaalde termijn moet vast en objectief bepaalbaar zijn.²³³ Daarbij mag geen relatie worden gelegd met een eventueel hoger beroep (bijvoorbeeld schorsing totdat de termijn voor het instellen van hoger beroep ongebruikt is verstreken). Dan komt de rechtbank immers binnen het domein van (de voorzieningenrechter van) het appèlcollege. De beslissing omtrent de toepassing van artikel 8:72, zesde lid, Awb is een deel van de einduitspraak en daardoor vatbaar voor hoger beroep en ook voor schorsing door de voorzieningenrechter van het appèlcollege.²³⁴

231. PG Awb II, p. 473.

232. Zie voor enkele toepassingen: ABRvS 21 maart 1997, JB 1997, 100, en ABRvS 14 september 2005, JB 2005, 319.

233. CRvB 19 oktober 1995, JB 1995, 310.

234. CRvB 21 december 1994, JB 1995, 43; CRvB 11 maart 1997, TAR 1997, 142.

Het instrument dat artikel 8:72, zesde lid, Awb biedt, kan uiteraard alleen worden gebruikt als er eerder al een voorlopige voorziening is getroffen. Daardoor was sprake van een lacune in gevallen waarin dit niet is gebeurd. Met ingang van 1 april 2002 is, in de Eerste evaluatiewet Awb, in deze lacune voorzien. In artikel 8:72, vijfde lid, eerste volzin, slot, Awb, is nu bepaald dat de rechtbank – indien na gegrondverklaring en vernietiging het bestuursorgaan een nieuw besluit op bezwaar dient te nemen – ‘zo nodig’ een voorlopige voorziening kan treffen. Op grond van artikel 8:72, vijfde lid, tweede volzin, Awb dient de rechtbank daarbij het tijdstip te bepalen waarop de voorlopige voorziening vervalt.²³⁵ Met deze aanvulling is het nu in alle gevallen mogelijk dat de bodemrechter een voorlopige voorziening treft.

De wetgever heeft, noch in artikel 8:72, vijfde lid, Awb, noch in artikel 8:72, zesde lid, Awb, bepalingen uit titel 8.3 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor de artikelen 8:82, 8:83, 8:84 en 8:86 Awb is dat vanzelfsprekend. Dat geldt ook voor artikel 8:85 Awb, temeer nu de wetgever in artikel 8:72, vijfde en zesde lid, Awb de bodemrechter heeft verplicht te bepalen wanneer de voorlopige voorziening eindigt. Maar het geldt niet voor artikel 8:87 Awb en, voor zover het artikel 8:72, vijfde lid, Awb betreft, ook niet voor artikel 8:81, eerste lid, Awb.²³⁶ Dat artikel 8:81, eerste lid, niet van overeenkomstige toepassing is verklaard, betekent dat artikel 8:72, vijfde lid, Awb geen materiële norm bevat. Dat de rechtbank ‘zo nodig’ een voorlopige voorziening treft, zegt in dit verband niet zoveel. Het ligt natuurlijk wel in de rede dat de rechtbank bij de toepassing van deze bevoegdheid aansluiting zoekt bij artikel 8:81, eerste lid, Awb,²³⁷ maar het zou beter zijn geweest om in artikel 8:72, vijfde lid, eerste volzin, slot op te nemen: ‘indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.’ Dat artikel 8:87 Awb niet van overeenkomstige toepassing is verklaard, betekent dat een met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb door de bodemrechter getroffen voorziening niet – althans niet langs de weg van artikel 8:87 Awb – kan worden opgeheven of gewijzigd. Uit de memorie van toelichting²³⁸ blijkt dat de wetgever hiervoor bewust heeft gekozen. Daaraan ligt ten grondslag, dat – net als bij artikel 8:72, zesde lid, Awb – deze voorlopige voorziening deel uitmaakt van de einduitspraak en daardoor vatbaar is voor hoger beroep en ook voor schorsing door de voorzieningenrechter van het appelcollege.²³⁹

Indien het instellen van hoger beroep van rechtswege schorsende werking heeft, is ook de door de bodemrechter getroffen voorlopige voorziening van rechtswege geschorst. Voor het bestuursorgaan dat geen nieuw besluit ter uitvoering van de aangevallen uitspraak wil nemen, is dat gunstig. De belanghebbende aan wie in de aangevallen uitspraak onvoldoende is tegemoetgekomen, moet echter oppassen. Als

235. Voor de goede orde: als na gegrondverklaring en vernietiging geen (primair) besluit meer bestaat, kan geen voorlopige voorziening worden getroffen.

236. Voorzover het art. 8:72, zesde lid, Awb betreft is dit anders. In die situatie is er immers al een voorlopige voorziening getroffen.

237. ABRvS 30 juni 2004, ABkort 2004, 526.

238. Kamerstukken II 1998/99, 26 523, nr. 3, p. 12.

239. Hoewel (mij) uit de jurisprudentie geen gevallen bekend zijn waarin die vraag aan de orde was, moet worden aangenomen dat ook een met toepassing van art. 8:72, zesde lid, Awb gecontinueerde voorlopige voorziening niet kan worden opgeheven of gewijzigd met toepassing van art. 8:87 Awb.

hij de door de rechtbank getroffen voorlopige voorziening niet wil verspelen, zal hij dat gedeelte van de uitspraak buiten zijn hoger beroep moeten houden.

Als de appèlrechter de aangevallen uitspraak vernietigt, treft de vernietiging automatisch ook de getroffen voorlopige voorziening.²⁴⁰

De bevoegdheid van artikel 8:72, vijfde lid, Awb kan, zoals alle bevoegdheden van artikel 8:72, derde tot en met zevende lid, Awb,²⁴¹ zowel ambtshalve als op verzoek van een partij worden toegepast. Indien de rechtbank artikel 8:72, vijfde lid, Awb toepast zonder dat daartoe door een partij een verzoek is gedaan en zonder partijen daarover ter zitting te horen, levert dat enkele gegeven onvoldoende grond op voor ongedaanmaking van de getroffen voorlopige voorziening. Daarbij is onder meer van belang dat de bevoegdheid ook ambtshalve kan worden toegepast.²⁴²

Van de mogelijkheid om hangende hoger beroep schorsing te vragen van een met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb getroffen voorlopige voorziening, wordt in de praktijk met enige regelmaat gebruik gemaakt.²⁴³ Die schorsing houdt dan feitelijk de opheffing (dan wel een wijziging) van de getroffen voorlopige voorziening in. Het gaat echter om een toepassing van artikel 8:81, eerste lid, Awb en dus niet van artikel 8:87 Awb.

Inmiddels is gebleken dat de regeling niet sluitend is, namelijk in die gevallen waarin door de bodemrechter met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb een voorlopige voorziening is getroffen en tegen die uitspraak geen hoger beroep mogelijk is (bij zaken in eerste en enige aanleg) of van de mogelijkheid daartoe geen gebruik is gemaakt, en – toch – de behoefte bestaat of ontstaat om de getroffen voorlopige voorziening aan te tasten.²⁴⁴

Een curieus voorbeeld deed zich voor in de uitspraak van de Afdeling (als rechter in eerste en enige aanleg) van 9 april 2003.²⁴⁵ Bij – eerdere – uitspraak van 18 september 2002 had de Afdeling, met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb, bij wege van voorlopige voorziening bepaald dat een aantal (bestemmings)planden werd goedgekeurd tot zes maanden na de datum van openbaarmaking van haar uitspraak. Achtergrond daarvan was het maatschappelijk belang dat naar het oordeel van de Afdeling was gebaat met renovatie en aanpassing van een aantal in slechte staat verkerende monumentale gebouwen op de betrokken percelen. Toen

240. ABRvS 5 november 2003, JB 2004, 11. Dit geldt ook voor art. 8:72, zesde lid, Awb.

241. Dus ook art. 8:72, zesde lid, Awb.

242. Vz. ABRvS 4 augustus 2005, 200506157; Vz. ABRvS 13 oktober 2005, JB 2005, 330. In deze uitspraken wordt voorts belang gehecht aan het feit dat partijen hun belangen bij de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening hangende hoger beroep naar voren kunnen brengen en toelichten.

243. Zie bijvoorbeeld Vz. ABRvS 1 maart 2005, JB 2005, 113 (partiële opheffing van de door de – kortsluitende – voorzieningenrechter van de rechtbank getroffen voorlopige voorziening), en Vz. ABRvS 26 mei 2005, LJN AT6570 (opheffing). Technisch zou het, lijkt mij, beter zijn om niet rechtstreeks de voorlopige voorziening op te heffen, maar om de werking van de aangevallen uitspraak te schorsen 'voorzover'.

244. Voor art. 8:72, zesde lid, Awb geldt dit ook.

245. JB 2003, 144.

bleek dat een periode van zes maanden niet toereikend was om de werkzaamheden af te ronden, vroeg het betrokken bestuursorgaan de Afdeling om verlenging van de termijn. De Afdeling realiseerde zich – uiteraard – dat artikel 8:87 Awb hier niet van toepassing is. Omdat zij het noodzakelijk achtte aan het verzoek tegemoet te komen, vatte zij dit op als een verzoek om herziening als bedoeld in artikel 8:88, eerste lid, Awb. Vervolgens overwoog zij, ‘dat (...) aannemelijk is gemaakt dat sanering van de grond en verwijdering van de obstakels ingrijpender was dan is en kon worden voorzien ten tijde van de uitspraak. De Afdeling stelt vast dat de gestelde termijn hierdoor niet lang genoeg is gebleken. Zij is van oordeel dat in dit geval sprake is van een omstandigheid die, gelet op de aard van de ordemaatregel die zij heeft getroffen, de Afdeling had doen besluiten tot een langere termijn, ware zij bekend geweest ten tijde van de uitspraak’. Het zal duidelijk zijn dat dit een – incidentele – noodgreep was. Artikel 8:88, eerste lid, Awb is hiervoor immers niet geschreven en het is ook maar de vraag of hier wel sprake was van nova in de zin van die bepaling.

Ook de (voorzieningenrechter van de) rechtbank Utrecht werd hiermee geconfronteerd in de uitspraak van 15 november 2004.²⁴⁶ In de eerdere uitspraak had de – kortsluitende – voorzieningenrechter het beroep gegrond verklaard, het besluit op bezwaar vernietigd, het bestuursorgaan opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen en, met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb, het primaire besluit tot verlening van vrijstelling en bouwvergunning geschorst tot en met zes weken na de bekendmaking van de nieuwe beslissing op bezwaar. De vergunninghouder stelde geen hoger beroep in. Kennelijk had hij vertrouwen in de goede afloop van de nieuwe bezwaarschriftprocedure. Dat bleek terecht, want het bezwaar werd opnieuw ongegrond verklaard. De vergunninghouder wilde toen graag gaan bouwen, maar stuitte op de aan de schorsing verbonden termijn van zes weken. Hij vroeg daarom aan de voorzieningenrechter om opheffing van de schorsing. De voorzieningenrechter stelde echter vast dat de wet de voorzieningenrechter niet de mogelijkheid biedt om een door de bodemrechter getroffen voorlopige voorziening aan te tasten, en verklaarde het verzoek om opheffing niet-ontvankelijk.²⁴⁷

Deze situatie kan zich ook voordoen als het de appèlrechter is die een voorlopige voorziening heeft getroffen. Na de uitspraak in hoger beroep is de zaak niet meer in handen van de appèlrechter en is zij (uitsluitend) terug in de fase van het bezwaar. Ook dan is er geen bevoegde rechter die deze voorlopige voorziening kan aantasten. In een dergelijk geval is het zelfs zo, dat gedurende de gehele bezwaarschriftprocedure (en eventueel zelfs tot en met zes weken na de bekendmaking van de nieuwe beslissing op bezwaar) de voorlopige voorziening niet aantastbaar is.

Een ander opmerkelijk punt in dit verband is dat de – kortsluitende – voorzieningenrechter die een voorlopige voorziening wil treffen, een keuzemogelijkheid heeft. Ten eerste kan hij op de klassieke manier te werk gaan en, na de beslissing in de hoofdzaak, (als voorzieningenrechter) artikel 8:81, eerste lid, Awb toepassen. Maar hij kan er ook voor kiezen om (als bodemrechter) artikel 8:72, vijfde lid, Awb toe te

246. LJN AR5717.

247. Terzijde: het juiste dictum in een dergelijk geval is: onbevoegd.

passen. In het eerste geval kan de getroffen voorlopige voorziening, als geen hoger beroep wordt ingesteld, door de voorzieningenrechter van de rechtbank worden opgeheven of gewijzigd, in het tweede geval niet. Dat is dus afhankelijk van de keuze van de voorzieningenrechter.

Er is wel een mogelijkheid om dit probleem voor een deel te voorkomen. De bodemrechter doet er waarschijnlijk goed aan om niet te schorsen tot en met zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar, maar – slechts – tot de bekendmaking daarvan. En de kortsluitende voorzieningenrechter doet er goed aan om niet met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb maar met toepassing van artikel 8:81, eerste lid, Awb een voorlopige voorziening te treffen.²⁴⁸ Dan kan ook ‘gewoon’ worden geschorst tot en met zes weken na de bekendmaking van het nieuwe besluit op bezwaar. Indien geen hoger beroep is of kan worden ingesteld, kan dan een verzoek om voorlopige voorziening (strekken tot hernieuwde schorsing) worden gedaan bij de voorzieningenrechter van het college dat de uitspraak heeft gedaan. Wordt wel hoger beroep ingesteld, dan kan dezelfde voorlopige voorziening aan de voorzieningenrechter van het appelcollege worden gevraagd. Het initiatief wordt dan gelegd bij degene die een voorlopige voorziening wil en niet bij degene die ervan af wil. Het gehele probleem kan hiermee echter niet worden geëcarteerd.

Gelet op het voorgaande acht ik het dan ook noodzakelijk, dat de wetgever erin voorziet dat indien met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb een voorlopige voorziening is getroffen en in de hoofdzaak geen hoger beroep is of kan worden ingesteld, de voorzieningenrechter van het college waar de hoofdzaak op dat moment aanhangig is of kan worden, bevoegd is om op verzoek een dergelijke voorziening op te heffen of te wijzigen. Dat mag wat mij betreft ook – en dan dus door de voorzieningenrechter van de rechtbank – in de situatie dat de voorlopige voorziening is getroffen door de appelrechter en de zaak weer terug is in de fase van het bezwaar. Daarbij ga ik er wel van uit dat de reikwijdte van de beoordeling door de voorzieningenrechter wordt beperkt door de – te codificeren – nova-toets.²⁴⁹ Bij dit alles is wat mij betreft niet van belang of de bodemrechter de voorlopige voorziening in een enkelvoudige of in een meervoudige samenstelling heeft getroffen.

Een andere belangrijke kwestie is, dat met de invoering van artikel 8:72, vijfde lid, Awb – naast artikel 8:72, zesde lid, Awb – in wezen de strikte uitsluiting van het hoger beroep tegen een beslissing omtrent het wel of niet treffen van een voorlopige voorziening is doorbroken. Want weliswaar worden deze bevoegdheden toegepast door de bodemrechter, feitelijk treedt deze daarbij op als ‘plaatsvervangend voorzieningenrechter’.

Het is tevens van belang in dit verband de consequenties onder ogen te zien van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van 23 april 2003.²⁵⁰ In

248. Zoals hierna nog aan de orde komt, maakt het voor de mogelijkheid van aantasting van een getroffen voorlopige voorziening indien – wel – hoger beroep wordt ingesteld, geen verschil welke bevoegdheid de voorzieningenrechter toepast.

249. Voor de mogelijkheid van ambtshalve opheffen of wijzigen lijkt me in deze gevallen geen plaats.

250. AB 2003, 104.

de zaak die daarin aan de orde was, had de belanghebbende bij de rechtbank beroep ingesteld tegen het besluit op bezwaar tot handhaving van de weigering van een bijstandsuitkering en tevens een verzoek om voorlopige voorziening gevraagd. De voorzieningenrechter van de rechtbank besloot tot kortsluiting. Hij verklaarde het beroep gegrond, vernietigde het besluit op bezwaar en droeg het bestuursorgaan op een nieuw besluit te nemen. Het verzoek om voorlopige voorziening wees hij echter af. Het bestuursorgaan stelde hoger beroep in. Hangende dit hoger beroep vroeg de belanghebbende opnieuw om een voorlopige voorziening. Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad blijkt, voorzover hier van belang, in de eerste plaats dat de voorzieningenrechter van het appelcollege dan bevoegd is om toepassing te geven aan artikel 8:81 Awb en aan artikel 8:87 Awb.²⁵¹ Maar ook wordt daarin uitdrukkelijk overwogen, dat bij de beoordeling van een daartoe strekkend verzoek de voorzieningenrechter van het appelcollege 'indien zijn voorlopige dan wel (in het geval dat onmiddellijk uitspraak in de hoofdzaak wordt gedaan) definitieve oordeel over de zaak en de aan dat oordeel ten grondslag gelegde overwegingen daartoe aanleiding geven', toepassing kan (en mag) geven aan artikel 8:81 Awb of artikel 8:87 Awb.²⁵² Hieruit blijkt dat de zogeheten nova-toets die normaliter geldt bij herhaalde verzoeken om voorlopige voorziening en bij een verzoek om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening, niet geldt indien het de voorzieningenrechter van het appelcollege is die geroepen is deze bepalingen toe te passen. Dat zou immers niet passen bij het gegeven dat de zaak in handen is van de hogere rechter.

Feitelijk betekent deze uitspraak dat – indirect – hoger beroep mogelijk is bij de voorzieningenrechter van het appelcollege tegen de uitspraak van de – kortsluitende – voorzieningenrechter van de rechtbank op een verzoek om toepassing van artikel 8:81 Awb.

Het voorgaande laat tevens zien dat in het stelsel – nog – een arbitraire component is gesloten. De kortsluitende voorzieningenrechter kan immers, door zijn keuze voor het treffen van een voorlopige voorziening met toepassing van artikel 8:81, eerste lid, Awb dan wel met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb, bepalen of zijn beslissing omtrent een voorlopige voorziening vatbaar is voor rechtstreeks hoger beroep bij het appelcollege of voor indirect hoger beroep bij de voorzieningenrechter van het appelcollege.

Dit alles geeft mij aanleiding om te bepleiten dat in *alle* gevallen waarin bij of tegelijk met de uitspraak op het beroep is beslist omtrent een voorlopige voorziening, de *gehele* uitspraak vatbaar is voor rechtstreeks hoger beroep bij het appelcollege. Dat is

251. De Poorter 2005, p. 17, ziet daaraan voorbij waar hij zegt dat een wettelijke voorziening nodig is om te voorkomen dat in gevallen waarin wel hoger beroep is ingesteld, wijziging of opheffing kan worden verzocht aan de rechter in eerste aanleg.

252. Ervan uitgaande dat ook de Afdeling deze lijn volgt, is het niet meer nodig om in een geval waarin hangende hoger beroep een voorlopige voorziening wordt getroffen die afwijkt van de door de kortsluitende voorzieningenrechter getroffen voorlopige voorziening, 'te verstaan dat de voorlopige voorziening van de voorzieningenrechter van de rechtbank haar betekenis heeft verloren'; vgl. Vz. ABRvS 19 november 2002, LJN AF1592.

feitelijk geen uitbreiding van de appèlmogelijkheden, maar een stroomlijning en harmonisatie van de thans reeds bestaande appèlmogelijkheden. Daarbij ga ik ervan uit dat in deze zaken veelal aan de voorzieningenrechter van het appèlcollege zal worden gevraagd om, met toepassing van artikel 8:81, eerste lid, Awb, het onderdeel van de aangevallen uitspraak dat betrekking heeft op de voorlopige voorziening, te schorsen (dat wil materieel zeggen: op te heffen of te wijzigen). Mij lijkt – maar ik ben er nog niet helemaal zeker van – dat noch het aantal zaken waarin thans hoger beroep wordt ingesteld, noch het aantal zaken waarin thans hangende hoger beroep een voorlopige voorziening wordt gevraagd, als gevolg hiervan zal toenemen. Als het de betrokkene uitsluitend gaat om opheffing of wijziging van de voorlopige voorziening, hoeft hij daarvoor geen hoger beroep in te stellen maar kan hij aan de voorzieningenrechter van de rechtbank om toepassing van artikel 8:87 Awb vragen.

Van de gelegenheid kan gebruik worden gemaakt om artikel 8:72, zesde lid, Awb te schrappen. Daaraan is, naast de mogelijkheid van – het huidige – artikel 8:72, vijfde lid, Awb, niet echt behoefte. Het stelsel wordt daarmee overzichtelijker. Ten slotte kan dan ook de structuur van artikel 8:72 Awb worden verbeterd.

Dit leidt mij tot de volgende wetgevingsvoorstellen:

- In artikel 8:86, eerste lid, Awb wordt tussen ‘hij’ en ‘onmiddellijk’ ingevoegd: tevens.
- Artikel 8:72, derde tot en met zevende lid, Awb wordt vervangen door:
 - 3. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij:
 - a. bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven;
 - b. bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan;
 - c. het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak.
 - 4. Indien de rechtbank het bestuursorgaan opdraagt een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten, kan zij:
 - a. het bestuursorgaan een termijn stellen voor het nemen van dat besluit of het verrichten van die handeling;
 - b. bepalen dat, indien of zolang het bestuursorgaan dat besluit niet neemt of die handeling niet verricht, de door haar aangewezen rechtspersoon aan een door haar aangewezen partij een in de uitspraak vast te stellen dwangsom verbeurt. De artikelen 611a tot en met 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing;
 - c. een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. De rechtbank bepaalt dat de voorlopige voorziening op een in de uitspraak vast te stellen tijdstip vervalt.
- In de artikelen 37, eerste lid, Wet RvS, 18, eerste lid, Beroepswet, 20, eerste lid, Wbb en 27h, eerste lid, Awr wordt ‘een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank als bedoeld in artikel 8:86 van die wet’ vervangen door: een

uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank in de hoofdzaak en op het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:86 van die wet.

- In titel 8.3 Awb wordt een artikel 8:87a ingevoegd, dat luidt:
 1. Indien geen hoger beroep is of kan worden ingesteld, kan de voorzieningenrechter een met toepassing of met overeenkomstige toepassing van artikel 8:72, vierde lid, aanhef en onder c, getroffen voorlopige voorziening opheffen of wijzigen.
 2. Artikel 8:87, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.²⁵³

In de nieuwe opzet kan de kortsluitende voorzieningenrechter weer ‘gewoon’ steeds toepassing geven aan artikel 8:81, eerste lid, Awb. Artikel 8:72, vijfde lid, Awb is dan het exclusieve domein voor de bodemrechter.

253. Deze bepaling is dan automatisch van overeenkomstige toepassing voor de Afdeling, de Centrale Raad en het College als rechter in eerste en enige aanleg.

7 Moet de uitsluiting van hoger beroep worden gehandhaafd?

Tegen de uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening staat geen hoger beroep open, zo volgt uit de artikelen 37, tweede lid, aanhef en onder d, Wet RvS, 18, tweede lid, aanhef en onder d, Beroepswet, 20, tweede lid, aanhef en onder d, Wbb en 27h, tweede lid, aanhef en onder d, Awr.²⁵⁴ Deze bepalingen zien ook op een uitspraak inzake opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening.²⁵⁵

Het is interessant om te bezien waarom het hoger beroep is uitgesloten. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat, naar aanleiding van het advies van de Raad van State, de vraag onder ogen is gezien of het belang van de rechtseenheid niet vergt dat – wel – hoger beroep wordt opengesteld:

‘Wij erkennen dat het belang van de rechtseenheid ook voor het bestuursrechtelijke kort geding geldt en dat het hoger beroep kan bijdragen aan de verwezenlijking daarvan. Wij menen evenwel, dat aan het argument van de rechtseenheid op dit punt geen doorslaggevende betekenis moet worden toegekend. Wij achten de nadelen die aan appel in dezen zijn verbonden, groter dan de voordelen. Wij achten deze uitsluiting uit een oogpunt van rechtsbescherming, mede gelet op de omstandigheid dat ook in hoger beroep een voorlopige voorziening kan worden gevraagd,²⁵⁶ verantwoord. De nadelen zijn de volgende. In de eerste plaats is de verwachting gerechtvaardigd, dat een belanghebbende die zich niet kan verenigen met de uitspraak van de president (...) in veel gevallen, gelet op het belang van de aanwezigheid dan wel de afwezigheid van de ordemaatregel, daartegen voorziening zal vragen bij het appelcollege. Gelet op de te verwachten populariteit van de voorziening zullen de appelcolleges in niet geringe mate extra worden belast. Bovendien wordt de procesvoering naar onze stellige overtuiging gecompliceerd. Anders dan in het burgerlijk procesrecht (...) is de voorlopige voorzieningsprocedure steeds gekoppeld aan de hoofdzaak (...). Dat betekent dat het appel de aanhangige bodemprocedure voor bestuur of rechter doorkruist. Deze complicatie is weliswaar niet prohibitief, maar zij kan de loop van de hoofdprocedure niet-

254. Geheel consequent geldt hetzelfde voor een uitspraak van de voorzieningenrechter als bedoeld in art. 8:84, tweede lid, Awb, in verbinding met art. 8:84, vierde lid, Awb (zie art. 37, tweede lid, aanhef en onder e, Wet RvS, 18, tweede lid, aanhef en onder e, Beroepswet, 20, tweede lid, aanhef en onder e, Wbb en 27h, tweede lid, aanhef en onder e, Awr).

255. CRvB 11 december 2001, AB 2002, 82.

256. In het aan de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel ontbrak – zelfs – deze mogelijkheid. Zie PG Awb II, p. 539-540.

temin compliceren. Het is naar onze mening onder het huidige stelsel beter, indien de eenheid van rechtspraak wordt verwezenlijkt door middel van de rechtsgang tegen de beslissing op het bezwaar onderscheidenlijk het administratief beroep en, in voorkomend geval, tegen de uitspraak van de rechtbank.²⁵⁷

Om te beginnen valt op dat de regering twee redenen aanvoert om geen hoger beroep mogelijk te maken. Ten eerste de vrees voor een grote extra belasting van de appèlcolleges. Niet wordt geëxpliciteerd waartoe die extra belasting zal leiden. In elk geval zal gedacht zijn aan de budgettaire consequenties. Ook is denkbaar dat is gedacht aan kwaliteitsdruk als gevolg van grote aantallen extra zaken en dus rechters. Ten tweede wordt een relatie gelegd met het beginsel van de connexiteit. De regering onderkent dat dit beginsel zich niet zonder meer verzet tegen de mogelijkheid van hoger beroep, maar wel ziet zij complicaties als gevolg van de koppeling van de voorlopige-voorzieningsprocedure aan de hoofdzaak. Ook deze worden niet geëxpliciteerd. Voorts valt op dat van de functies van het hoger beroep (rechtseenheid, rechtsontwikkeling, rechtsbescherming) alleen de functie rechtseenheid wordt genoemd. En dan nog in zeer beperkte zin, namelijk ten opzichte van het materiële recht, dus ten opzichte van de in de bodemprocedure te beantwoorden vragen van materiële aard. Buiten beschouwing blijft de rechtseenheid ten opzichte van de voorlopige-voorzieningsprocedure als zodanig, zowel wat het procesrecht betreft als wat de beoordelingscriteria betreft. Dat de functie rechtsbescherming niet wordt genoemd, is opmerkelijk. Het is immers zeer goed denkbaar, dat de belanghebbende die of het bestuursorgaan dat wordt geconfronteerd met een feitelijk onomkeerbare situatie als gevolg van het treffen of juist niet treffen van een bepaalde voorlopige voorziening, behoefte kan hebben aan de mogelijkheid van toegang tot een hogere rechterlijke instantie om een andere beslissing te verkrijgen.

De wetsgeschiedenis levert verder niets belangwekkends op. Gedurende de parlementaire behandeling is dit onderwerp niet of nauwelijks geïdeëeliseerd.

Niettegenstaande de wettelijke uitsluiting van hoger beroep kent (ook) de bestuursrechtelijke appèlrechtspraak het, in artikel 6 EVRM zijn grondslag vindende, verschijnsel van doorbreking van appèlverboden. Volgens vaste rechtspraak geldt daarbij als criterium dat de aangevallen uitspraak is gedaan 'met ernstige schending van eisen van goede procesorde en fundamentele rechtsbeginselen'²⁵⁸ of dat sprake is van 'evidente schending van eisen van een goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen, zodanig dat van een eerlijk proces geen sprake is'.²⁵⁹ In het merendeel van de gevallen waarin, impliciet of expliciet, aan de appèlrechter wordt gevraagd een appèlverbod te doorbreken, gaat hij daartoe niet over en verklaart hij²⁶⁰ zich onbevoegd om van het hoger beroep kennis te nemen. Mede gelet op het gegeven dat na de voorlopige-voorzieningsprocedure nog een beslissing in de hoofd-

257. PG Awb II, p. 540-541.

258. ABRvS 11 februari 2005, AB 2005, 181.

259. CRvB 11 december 2001, AB 2002, 83.

260. Als het goed is.

zaak kan worden gegeven, zal zich niet licht een geval voordoen waarin de appèl-rechter overgaat tot doorbreking van het appèlverbod met betrekking tot een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank.²⁶¹ Overschrijding van rechtsmacht door de voorzieningenrechter kan een grond zijn voor doorbreking van het appèlverbod.²⁶² Zo ook het op flagrante wijze treden buiten de vordering.²⁶³

Het is niet de voorzieningenrechter van het appèlcollege, maar het appèlcollege zelf dat bevoegd is om (ook) van een op doorbreking van het appèlverbod gericht hoger beroep kennis te nemen.²⁶⁴ Dat sluit overigens niet uit, dat als hangende een dergelijk hoger beroep een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan, ook de – kortsluitende – voorzieningenrechter van het appèlcollege hierover mag oordelen.²⁶⁵

Op gezette tijden wordt de vraag opgeworpen of de uitsluiting van hoger beroep tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening wel moet worden gehandhaafd.²⁶⁶

Ook in het rapport van de Commissie Evaluatie Awb II²⁶⁷ wordt de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in overweging gegeven te onderzoeken in hoeverre het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep tegen uitspraken inzake voorlopige voorzieningen een knelpunt vormt.²⁶⁸

De ministers hebben echter naar aanleiding van dit advies aan de Tweede Kamer bericht dat zij een dergelijk hoger beroep niet mogelijk willen maken.²⁶⁹ In hun brief herhalen zij de twee hiervoor gememoreerde bezwaren uit de wetsgeschiedenis (extra belasting van de appèlcolleges en doorkruising van de bodemprocedure). Zij voegen daaraan toe, dat er ook geen noodzaak is voor hoger beroep, nu ingevolge artikel 8:87 Awb aan de voorzieningenrechter (zelf) om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening kan worden gevraagd.

Daalder en Heinrich,²⁷⁰ die geenszins blind zijn voor het bezwaar dat de mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak van de voorzieningenrechter zal leiden tot een verdergaande belasting van de appèlcolleges en evenmin voor het bezwaar dat deze mogelijkheid vaak zal leiden tot een stapeling van procedures, noemen enkele (categorieën van) gevallen waarin in de praktijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid van hoger beroep. De twee naar mijn mening belangrijkste categorieën beschrijven zij als volgt:

261. ABRvS 19 mei 2004, 200306989; ABRvS 23 september 2005, 200507672.

262. Bijvoorbeeld in CRvB 11 december 2001, AB 2002, 82, en Vz. ABRvS 19 november 2004, JV 2005, 27.

263. Zoals in ABRvS 11 februari 2005, AB 2005, 181.

264. B.W.N. de Waard wijst daarop in zijn noot onder AB 2005, 181.

265. Zoals gebeurde in Vz. ABRvS 19 november 2004, JV 2005, 27.

266. Zie bijvoorbeeld de door De Poorter 2005, p. 17 (noot 20) genoemde publicaties.

267. Naar haar voorzitter, oud-voorzitter van de Afdeling P.J. Boukema, aangeduid als de Commissie-Boukema.

268. Commissie Evaluatie Awb II, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht, 1997-2001, p. 7.

269. Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 16, p. 11-12.

270. P. 50-52.

‘(Het) betreft geschillen waarin het effect van een voorlopige voorziening (definitief en onomkeerbaar) is uitgewerkt voordat in de bodemprocedure een uitspraak kan worden gedaan. Voorbeelden: de aanvankelijk verboden demonstratie is gehouden, de kermis waarop een aanvankelijk geweigerde standplaats is ingenomen is voorbij of documenten die in het kader van de Wob waren gevraagd zijn inmiddels gedwongen openbaar. In die gevallen zal de betrokkene, nadat hij van de voorzieningenrechter gelijk heeft gekregen, zijn bezwaar intrekken. Hij zal veelal geen belang hebben bij voortzetting van de procedure. Ook het bestuursorgaan²⁷¹ zal vaak niet kunnen aantonen voldoende procesbelang bij voortzetting van het beroep te hebben. Dan de (...) belangrijkste categorie. Dat zijn de gevallen waarin (...) de voorzieningenrechter in zijn uitspraak een oordeel geeft over de uitleg van een wettelijk voorschrift, die beslissend is voor het geschil tussen partijen. Door een dergelijke uitspraak heeft het bestuursorgaan feitelijk geen vrijheid meer om in een nieuwe beslissing anders te oordelen. Te denken valt aan het geval dat de voorzieningenrechter van oordeel is dat een bestuursorgaan, dat op verzoek van een belanghebbende handhavend optreedt, daartoe geen bevoegdheid heeft. Een ander voorbeeld is het geval dat een verzoek [om] voorlopige voorzieningen tegen een verleende bouwvergunning wordt afgewezen met het argument dat de bouwvergunning niet in strijd is met het bestemmingsplan. Zeker wanneer die uitspraken van de voorzieningenrechter in de bezwaarfase worden gegeven, is de weg naar de hoger beroepsrechter langdurig.’

De eerste categorie betreft gevallen waarin met de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening de zaak feitelijk definitief is beslist. Daarbij gaat het overigens niet alleen om gevallen waarin het verzoek is toegewezen. Ook met een weigering van de gevraagde voorziening kan de zaak feitelijk tot een einde komen. Enkele voorbeelden: de demonstratie waarvoor een vergunning was verleend, is inmiddels gehouden, het feest waarvoor een evenementenvergunning was verleend heeft inmiddels plaatsgevonden, de wel benoemde ambtenaar heeft zijn werkzaamheden inmiddels aangevangen.

De tweede categorie betreft gevallen waarin met de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening de feitelijke of de rechtstoestand gedurende een langere periode wordt gefixeerd, doordat het bestuursorgaan geen andere keuze heeft dan het in de uitspraak neergelegde oordeel te volgen. Daarbij kan het ook gaan om gevallen waarin niet de uitleg van een wettelijk voorschrift, maar de waardering van de feiten door de voorzieningenrechter meebrengt dat er feitelijk geen vrijheid meer is voor het bestuursorgaan om anders te beslissen. Bijvoorbeeld als de voorzieningenrechter vindt dat er in het geheel geen feitelijke grondslag is om een overtreding van de planvoorschriften of plichtsverzuim door een ambtenaar aan te nemen. In al deze gevallen zal de voorzieningenrechter er vaak ook voor kiezen om aan de voorlopige voorziening geen termijn te verbinden, zodat zij doorloopt totdat (ook) op het beroep is beslist.

Met Daalder en Heinrich meen ik dat bij deze categorieën – soms – de noodzaak of ten minste de dringende wenselijkheid van een (hogere) voorziening aanwezig is.

271. Of een derde-belanghebbende.

Daarbij moeten we ons wel realiseren dat bij verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep vrijwel steeds wordt kortgesloten. Indien tegen de kortsluitingsuitspraak hoger beroep wordt ingesteld, is – zoals hiervoor uiteengezet – aantasting van de getroffen voorlopige voorziening of het alsnog treffen van een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter van het appelcollege steeds mogelijk (dus ongeacht van welke bevoegdheid de voorzieningenrechter gebruik heeft gemaakt). Hier is dus reeds onder het bestaande recht geen sprake van een lacune, zeker niet als de voorzieningenrechters van de rechtbanken er alert op zijn dat in zaken van de tweede categorie die er echt toe doen, juist niet moet worden aangenomen dat sprake is van een beletsel voor kortsluiting. Het probleem zit – dus – bij verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar. Welke voorziening is dan passend om dit probleem op te lossen, althans te verlichten?

De door de ministers genoemde mogelijkheid van opheffing of wijziging van een getroffen voorziening is daarvoor evident ongeschikt.²⁷² Ik voeg daaraan toe dat dit, om precies dezelfde redenen, ook geldt voor de mogelijkheid om een herhaald verzoek om voorlopige voorziening te doen na een eerdere afwijzing. Het schrappen van de – jurisprudentiële – nova-toets is geen goede gedachte, want dan hebben we een echt ‘intern’ appel, met alle daaraan verbonden nadelen.

Het zou op zichzelf mogelijk zijn om, met handhaving van het vereiste van proces-suele connexiteit,²⁷³ rechtstreeks hoger beroep open te stellen tegen (alle) uitspraken op een verzoek om voorlopige voorziening. Het ligt dan in de rede de voorzieningenrechter van het betrokken appelcollege daarvoor bevoegd te maken.²⁷⁴ Aan de vormgeving van dit hoger beroep zitten echter de nodige technische complicaties, in het bijzonder wat het synchroniseren met de hoofdzaak betreft en het rekening houden met intrekings- of wijzigingsbesluiten.²⁷⁵ Hoewel die problemen wetgevingstechnisch wel op te lossen zijn,²⁷⁶ zal onvermijdelijk sprake zijn van een gecompliceerd systeem, met de bijbehorende risico's op ontsporing. Dat is al een serieus bezwaar tegen de invoering van hoger beroep.

Maar veel belangrijker is dat met invoering van de mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening een onnodig zwaar en inefficiënt middel wordt ingezet. Uit de hiervoor gegeven voorbeelden kan worden opgemaakt dat het aantal gevallen waarin sprake is van een reële behoefte aan een hogere voorziening, beperkt is. Desalniettemin mag worden verwacht dat het over de hele linie openstellen van hoger beroep een grote aantrekkingskracht zal hebben, al was het maar om aldus te trachten een snellere eindbeslissing te forceren. De verwachting dat een groot deel van deze procedures in de plaats zal treden van (de) huidige bodemprocedures, kan niet met enig verifieerbaar gegeven worden onderbouwd. Als we in ogenschouw nemen welke aantallen uitspraken de voorzieningenrechters van de rechtbanken (hangende bezwaar) jaarlijks doen, zal duidelijk zijn dat

272. Zie ook De Poorter 2005, p. 19-20.

273. Dat wil zeggen dat er een hoofdzaak aanhangig moet zijn en ook moet blijven.

274. Zo nodig met de mogelijkheid van behandeling door een meervoudige (voorzieningen)kamer.

275. Een belangwekkende vraag in dit verband is ook of moet worden voorzien in de mogelijkheid van kortsluiting.

276. Onder het aloude motto: De wetgever kan alles.

een onaanvaardbare overbelasting van de appèlcolleges dreigt. Dat betekent niet alleen een druk op de kwaliteit en op een goede uitoefening van de – drie – functies van de bestuursrechtelijke appèlrechtspraak, maar ook het risico van lange en – in de bodemzaken – oplopende doorlooptijden. Van een proportioneel instrument is daarom geen sprake.

Gelet op het voorgaande ben ik geen voorstander van het invoeren van de mogelijkheid van hoger beroep in de hier aan de orde zijnde gevallen. De door sommigen²⁷⁷ genoemde voordelen hiervan wegen, zelfs als zij inderdaad bereikbaar zouden zijn, mijns inziens geenszins op tegen de – ook door mij – gesignaleerde ernstige bezwaren.²⁷⁸

Daarmee is echter niet alles gezegd. Naar mijn mening zouden wij ons moeten laten inspireren door de hiervoor beschreven figuur van het doorpakken. Het is zeer de moeite waard om deze mogelijkheid, onder nader vast te stellen voorwaarden en met modificaties, ook te introduceren in de Awb.

Als de voorzieningenrechter de bevoegdheid krijgt om bij een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar of administratief beroep meteen (ook) te beslissen op dat bezwaar of administratief beroep en als dan tegen die uitspraak hoger beroep mogelijk is, kan de voorzieningenrechter de keuze maken om in die gevallen waarin dat werkelijk nodig is, reeds bij de beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening de weg naar de appèlrechter openen. Aldus kan maatwerk worden geleverd in die gevallen die er echt toe doen, worden onnodige – extra – procedures vermeden²⁷⁹ en blijven de procedurele complicaties binnen de perken. Het zou bovendien wel eens zo kunnen zijn, dat (de) voorzieningenrechters in deze constellatie minder snel geneigd zullen zijn te concluderen tot de afwezigheid van een (voldoende) spoedeisend belang en – dus – eerder zullen overgaan tot een werkelijke inhoudelijke beoordeling. Deze constructie spoort ook met het hiervoor gedane voorstel. Ook hier gaat het immers om een hoger beroep tegen een bodemuitspraak waarbij tegelijkertijd een beslissing omtrent een voorlopige voorziening is gegeven.

Een en ander zou bijvoorbeeld kunnen worden geregeld door het opnemen van een artikel 8:85a Awb, dat luidt:

‘1. Indien het verzoek wordt gedaan indien bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld en de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, kan hij in zijn uitspraak tevens beslissen op het bezwaar of het administratief beroep. De artikelen 7:11 en 7:25 zijn van overeenkomstige toepassing.

2. Op deze bevoegdheid van de voorzieningenrechter worden partijen in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, gewezen.’

277. Onder wie De Poorter 2005, p. 20.

278. Ik aanvaard dat aldus op het terrein van de voorlopige voorzieningen hangende bezwaar aan de rechtseenheidsfunctie van de appèlrechtspraak slechts uiterst moeizaam gestalte kan worden gegeven.

279. Het is zelfs aannemelijk dat in deze constructie het totale aantal procedures vermindert.

In de artikelen 37, eerste lid, Wet RvS, 18, eerste lid, Beroepswet, 20, eerste lid, Wbb en 27h, eerste lid, Awr moet dan nog worden bepaald, dat ook hoger beroep kan worden ingesteld tegen een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank op het bezwaar of het administratief beroep en op het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:85a van die wet.

Stellingen

1. Zolang de rechtsmacht van de bestuursrechter wordt bepaald door het besluitbegrip, is verzelfstandiging van het bestuursrechtelijke kort geding niet aan de orde.
2. De bestuursrechtelijke voorzieningenrechter dient minder zware eisen te stellen aan de aanwezigheid van een spoedeisend belang dan thans veelal gebeurt.
3. Het is gewenst hoger beroep mogelijk te maken tegen een uitspraak van de kortsluitende voorzieningenrechter, ook voorzover daarbij op het verzoek om voorlopige voorziening is beslist.
4. Het is gewenst dat, indien geen hoger beroep is of kan worden ingesteld, opheffing of wijziging van een door de bodemrechter getroffen voorlopige voorziening kan worden gevraagd aan de voorzieningenrechter van het college waar de hoofdzaak op dat moment aanhangig is of kan worden.
5. Het is niet nodig hoger beroep mogelijk te maken tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar of administratief beroep, mits de mogelijkheid wordt geopend van doorpakken hangende bezwaar of administratief beroep en tegen die uitspraak wel hoger beroep openstaat.

Voorlopige oordelen, verstrekken- de beslissingen

Mr. dr. A.T. Marseille*

1	Inleiding	89
2	Onderzoeksgegevens	93
3	De rechtbank	97
3.1	Inleiding	97
3.2	Algemeen beeld	97
3.3	Tijdsbeslag	106
3.4	Beoordeling van het verzoek: algemene aspecten	109
3.5	Beoordeling van verzoeken hangende bezwaar	114
3.6	Beoordeling van verzoeken hangende beroep	123
3.7	Conclusie	126
4	De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	129
4.1	Inleiding	129
4.2	Algemeen beeld	129
4.3	Beoordeling van het verzoek	136
4.4	Conclusie	150
5	De Centrale Raad van Beroep	152
5.1	Inleiding	152
5.2	Algemeen beeld	152
5.3	Beoordeling van het verzoek	155
5.4	Conclusie	159
6	Conclusie	161
	Stellingen	166

* Bert Marseille is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.
Aan de totstandkoming van dit preadvies hebben veel mensen een bijdrage geleverd. Mijn dank gaat in het bijzonder uit naar Leo Damen, Kars de Graaf, Michiel Herweijer, Oscar Lamme en Gjalt Reidsma.

I Inleiding

Aan de bestuursrechter zijn twee taken toebedeeld. De ene taak betreft het toetsen van de rechtmatigheid van besluiten, de andere het beslissen op verzoeken om een voorlopige voorziening. Eén op de vijf procedures die bestuursrechters behandelen, betreft een verzoek om voorlopige voorziening.¹ Een voorlopige voorziening is een ordemaatregel, ter overbrugging van de procedure van bezwaar of (hoger) beroep, met als doel het ongedaan maken van de voor de verzoeker negatieve gevolgen van het bestreden besluit of de bestreden uitspraak. De mogelijkheid om de bestuursrechter te verzoeken een voorlopige voorziening te treffen, is neergelegd in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Alleen wie een beroepsprocedure bij de bestuursrechter heeft lopen, of – voorafgaand daaraan – een bezwaarprocedure in gang heeft gezet, kan de bestuursrechter vragen een voorlopige voorziening te treffen.² De ratio van die eis is dat het voor de voorzieningenrechter slechts zin heeft de gevraagde ordemaatregel te treffen, als de kans aanwezig is dat het besluit waar die betrekking op heeft, door het bestuur zal (moeten) worden herzien.

De behandeling en beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening wijkt in een aantal opzichten af van de reguliere beroepsprocedure tegen een besluit. In de eerste plaats staat niet primair de rechtmatigheid van een besluit ter discussie, maar de noodzaak om ter zake van een besluit een voorlopige voorziening te treffen. Dat blijkt uit artikel 8:81 Awb, waarin is bepaald dat de bestuursrechter een voorlopige voorziening kan treffen 'indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist'. De consequentie daarvan is dat de rechter meer als beslissers dan als toetsers optreedt.³ Bij een beroep tegen een besluit hoeft de rechter 'alleen maar' te beoordelen of het besluit van het bestuur rechtmatig is. Bij het nemen van een beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening dient de voorzieningenrechter niet alleen zijn voorlopige oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit te betrekken, maar ook het belang van de verzoeker bij de door hem gevraagde voorzie-

-
1. Het betreft de verhouding tussen beroepen en verzoeken zoals die geldt voor de rechtbanken; zie: Jaarverslag van de Rechtspraak 2004, p. 31 (vreemdelingenzaken zijn buiten beschouwing gelaten).
 2. Ook deze zogeheten connexiteitseis is in art. 8:81 Awb neergelegd. De mogelijkheid om in procedures van hoger beroep een voorlopige voorziening te vragen, blijkt uit art. 39 lid 1 Wet op de Raad van State, art. 21 lid 1 Beroepswet, art. 22 lid 1 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en art. 27h lid 2 Algemene wet inzake rijksbelastingen.
 3. MvT, PG Awb II, p. 506. De Memorie van toelichting bij art. 8:81 Awb is overigens voor meerdere interpretaties vatbaar. Zie bijvoorbeeld voor een iets andere benadering: Th.G.M. Simons, De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening, JBplus 2005, p. 56-72.

ning, in verhouding tot het belang van het bestuur en eventuele derden dat de voorziening niet wordt getroffen.

Een tweede afwijking betreft het feit dat de bestuursrechter bij de beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening een grote mate van vrijheid heeft. Niet alleen beslist hij altijd in z'n eentje en nooit samen met andere rechters, bovendien staat tegen zijn beslissing geen hoger beroep open. Dat laatste heeft niet alleen als consequentie dat de juistheid van de beslissingen van in eerste aanleg oordelende voorzieningenrechters niet aan toetsing van de hoger-beroepsrechter onderworpen zijn, maar ook dat voor wat betreft de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening de harmoniserende werking van uitspraken van hoger-beroepsrechters afwezig is.

Een derde afwijking betreft de procedurele afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening. Waar een 'spoedeisend belang' een noodzakelijke voorwaarde is voor het treffen van een voorlopige voorziening, is de voorzieningenrechter gehouden om, als hij dat spoedeisende belang aanwezig acht, het verzoek met voorrang te behandelen. Hoewel bestuursrechters bij de afhandeling van verzoeken, net zo min als bij de behandeling van reguliere beroepszaken, aan termijnen gebonden zijn, geldt als ongeschreven regel dat rechters verzoeken om voorlopige voorziening met voorrang behandelen. De Awb biedt hen daartoe het benodigde instrumentarium, door voor de verschillende processuele handelingen van partijen kortere termijnen te stellen.⁴ Consequentie is dat verzoeken om voorlopige voorziening ongeveer zeven keer zo snel worden afgehandeld als reguliere beroepsprocedures.⁵

De verschillen tussen behandeling en beoordeling van reguliere beroepszaken en verzoeken om voorlopige voorziening roepen een aantal vragen op. Een eerste vraag is welk beoordelingskader voorzieningenrechters in de praktijk hanteren. Is daadwerkelijk sprake van een ander soort beoordeling, waarbij aan de vraag of sprake is van een spoedeisend belang en aan de vraag hoe de belangen die gemoeid zijn bij het verzoek moeten worden gewogen, een grote betekenis toekomt in verhouding tot de vraag naar de rechtmatigheid van het besluit ter zake waarvan een voorziening is verzocht?

Een tweede vraag betreft de consistentie van het handelen van voorzieningenrechters. Betekent de afwezigheid van collegiale rechtspraak en van de mogelijkheid van hoger beroep dat er grote verschillen zijn in de wijze waarop voorzieningenrechters opereren? Of weerhoudt het ontbreken van formele consistentiebevorderende mechanismen hen er niet van om hun handelen (bewust of onbewust) op elkaar af te stemmen, met als consequentie dat je als verzoeker, bij welke rechterlijke instantie je ook een verzoek doet, overal ongeveer gelijk wordt behandeld?

Een derde vraag betreft de effectiviteit van het instrument van de voorlopige voorziening. Aan die vraag zijn verschillende aspecten te onderkennen. Zo is het de vraag hoe bestuursrechters hun aandacht verdelen over verzoeken en beroepen. Heeft de voorrang die verzoeken om voorlopige voorziening krijgen ten opzichte van reguliere beroepszaken tot gevolg dat degene die om een voorlopige voorziening verzoekt,

4. Art. 8:83 Awb.

5. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 104-105.

ongerechtvaardigd beoordeeld wordt? Daarnaast speelt de vraag naar de toegevoegde waarde van de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening. In het slechtste geval moeten bestuursrechters – als consequentie van de mogelijkheid om aan hen een voorlopige voorziening te vragen – zich vijf keer over hetzelfde geschil tussen bestuur en burger buigen. In het beste geval kan een vroegtijdige bemoeienis van de voorzieningenrechter met een geschil tussen bestuur en burger er voor zorgen dat de gang naar de rechter een eenmalige gebeurtenis blijft.

Behalve vragen die in het algemeen voor de voorlopige voorzieningsprocedure gelden, zijn er ook aspecten van die procedure die in het bijzonder voor een van de drie afzonderlijke procedures waarin een dergelijk verzoek kan worden gedaan (bezwaar, beroep en hoger beroep) vragen oproepen.

Zo kan voor verzoeken om voorlopige voorziening die in het kader van een bezwaarprocedure worden gedaan, de vraag worden gesteld in hoeverre de verhouding tussen enerzijds de kosten die de behandeling van zo'n verzoek met zich meebrengen, en anderzijds de duur van de eventueel getroffen voorziening, als proportioneel kan worden beschouwd. Die vraag geldt juist voor de procedure van bezwaar, omdat daar de periode tussen het moment dat de voorzieningenrechter uitspraak doet en het moment dat het bestuur een beslissing op het bezwaar moet nemen, nooit meer dan enkele weken bedraagt.

Voor de procedure van beroep komt de vraag op in hoeverre de voorzieningenrechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om, tegelijkertijd met het verzoek om voorlopige voorziening, uitspraak te doen in het daarmee verband houdende beroep (in het jargon: kortsluiting).⁶ In de wetenschap dat de gezamenlijke afdoening van verzoek en beroep de procedure bij de rechtbank met een factor zeven kan bekorten, is het de vraag op grond van welke overwegingen voorzieningenrechters besluiten om al dan niet van hun kortsluitingsbevoegdheid gebruik te maken.

Bijzonder aan verzoeken om voorlopige voorziening hangende hoger-beroepsprocedures is dat die – anders dan bij verzoeken in het kader van bezwaar en beroep – ook van bestuursorganen afkomstig kunnen zijn. Een reden voor het bestuur om de hoger-beroepsrechter te vragen een voorlopige voorziening te treffen, kan zijn dat het uitstel wil van de verplichting om, als consequentie van de uitspraak van de rechtbank, een nieuw besluit op bezwaar te nemen. De behoefte aan uitstel is alleszins begrijpelijk, omdat het hoger beroep van het bestuur er juist op gericht is de uitspraak van de rechtbank die het bestuur tot het nemen van een nieuw besluit verplicht, ongedaan te maken. Het is de vraag hoe welwillend de hoger beroepsrechter dit soort verzoeken benadert.

Vragen die over het functioneren van de voorlopige voorzieningsprocedures worden gesteld, zijn – althans voor een deel – ingegeven door de gedachte dat de regeling zoals die op dit moment in de Awb is neergelegd, niet in alle opzichten voldoet. Suggesties voor veranderingen zijn er op ten minste twee punten.

6. Zie art. 8:86 Awb.

Een eerste punt betreft het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep. Bij hoge uitzondering is de hoger-beroepsrechter bereid een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van een beslissing van de voorzieningenrechter,⁷ maar die uitzondering wordt zo zelden gemaakt, dat als regel kan gelden dat wie het niet eens is met de beslissing van de voorzieningenrechter, geen andere keus heeft dan te wachten op het besluit van het bestuur of de uitspraak van de rechter. Van verschillende kanten is geopperd dat het overweging zou verdienen de beslissingen van voorzieningenrechters vatbaar te maken voor hoger beroep.⁸

Een tweede punt betreft de positie van het bestuur, als dat hoger beroep instelt tegen de uitspraak van de rechtbank. Omdat hoger beroep niet de uitspraak van de rechtbank schorst, blijft het bestuur verplicht het door de rechtbank geëiste nieuwe besluit te nemen. Dat brengt het bestuur in een lastig parket: het moet aan een verplichting voldoen terwijl het daar middels hoger beroep juist aan probeert te ontkomen. Schorsende werking van hoger beroep zou voor het bestuur uitkomst bieden.⁹

In dit preadvies zal ik proberen op zoveel mogelijk van al deze uiteenlopende en ongelijksoortige vragen een antwoord te vinden. Ik doe dat op basis van een verzameling van 568 uitspraken van voorzieningenrechters, die tezamen een representatief beeld vormen van de wijze waarop vijf verschillende bestuursrechterlijke (hoger)-beroepscolleges hun taak om te beslissen op verzoeken om voorlopige voorzieningen in de eerste helft van 2005 uitvoerden. Niet alle van de hiervoor genoemde vragen zullen van een bevredigend antwoord kunnen worden voorzien, maar veel wellicht toch wel. En voorzover dit preadvies brandende vragen uiteindelijk onbeantwoord laat, hoop ik dat het voldoende inspiratie biedt voor verder onderzoek.

De opbouw van dit preadvies is als volgt. In het volgende hoofdstuk wordt beschreven welke gegevens de basis vormen voor mijn beweringen over de behandeling van verzoeken om voorlopige voorzieningen door de verschillende bestuursrechters. Daarna komt in de hoofdstukken 3, 4 en 5 respectievelijk de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening door rechtbanken, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep aan de orde. Hoofdstuk 6 bevat de conclusies.

7. Zie hierover: B.W.N. de Waard, Doorbreking van appèlverboden, JBplus 2005, p. 98-114.

8. E.J. Daalder, De Vovo moet nodig eens worden geëvalueerd, NTB 2004, 34, p. 221; E.J. Daalder & J.P. Heinrich, De bestuursrechtelijke voorlopige voorziening: overzicht en enige ontwikkelingen, JBplus 2005, p. 43-55; J.C.A. de Poorter, De voorlopigevoorzieningsprocedure: is een herbezinning vereist op de wettelijke regeling van de voorlopige rechtsbescherming?, NTB 2006, 2, zie p. 17-20.

9. Zie voor een voorzichtig pleidooi: De Poorter 2006, p. 10-14.

2 Onderzoeksgegevens

Om op de vragen die in dit preadvies aan de orde zijn zo betrouwbaar mogelijke antwoorden te vinden, kunnen allerlei gegevens van dienst zijn. Gedacht kan worden aan onder meer het bestuderen van dossiers en uitspraken, het bijwonen van zittingen en het interviewen van betrokkenen (rechters, secretarissen, rechtshulpverleners, vertegenwoordigers van bestuursorganen, verzoekers en derde-belanghebbenden).

Hoe meer van deze methoden van gegevensverzameling worden benut, en op hoe meer verschillende plaatsen waar bestuursrechters zijn geroepen te oordelen over verzoeken om voorlopige voorziening, des te rijker is het beeld dat van de werkelijkheid van de behandeling van voorlopige voorzieningen kan worden verkregen. Gemeten aan wat in theorie aan gegevensverzameling mogelijk is, kan het beeld dat ik op basis van de door mij verzamelde gegevens kan schetsen, slechts als schraal worden gekarakteriseerd.

Ik heb mij bij mijn gegevensverzameling namelijk in hoofdzaak beperkt tot één bron (uitspraken van voorzieningenrechters) en tot zeven rechterlijke instanties (de rechtbanken Assen, Breda, Den Haag, Leeuwarden en Utrecht, en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep)

Om iets te kunnen zeggen over de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening door rechtbanken heb ik bij vijf rechtbanken gegevens verzameld.

De gegevens betreffen in de eerste plaats een overzicht van alle verzoeken om voorlopige voorziening die in het eerste half jaar van 2005 bij de vijf rechtbanken zijn afgedaan.¹⁰ Het gaat om in totaal 1392 zaken. Over die zaken is een beperkt aantal gegevens verzameld. Ze betreffen het deelgebied van het bestuursrecht waarop het verzoek betrekking heeft (sociale verzekeringen, sociale voorzieningen, ambtenaren, overige¹¹), het stadium van de procedure waarin het verzoek is gedaan (bezwaar of beroep), of het verzoek ter zitting is behandeld en wat de uitkomst is van het verzoek.¹²

In de tweede plaats zijn in totaal 258 uitspraken op verzoeken om voorlopige voorziening, afkomstig van de hiervoor genoemde rechtbanken, bestudeerd. Bij het verzamelen van de uitspraken is geprobeerd om van elk van de rechtbanken een

10. In de vorm van vijf excelbestanden.

11. In het jargon: ex Arob.

12. Overigens zijn deze gegevens niet van alle 1392 zaken bekend. Zo is van de gegevens van Den Haag niet bekend of het om verzoeken gaat die hangende bezwaar of hangende beroep zijn gedaan, en is van Assen, Leeuwarden en Utrecht niet bekend op welke van de deelgebieden van het bestuursrecht de verzoeken betrekking hebben.

voldoende aantal uitspraken te verkrijgen om een vergelijking tussen de verschillende rechtbanken te kunnen maken. Om die reden is aan de rechtbank Den Haag gevraagd alle uitspraken inzake verzoeken om voorlopige voorziening toe te sturen die in maart 2005 zijn gedaan, aan de rechtbanken Breda en Utrecht om uitspraken uit april en juni 2005, en aan de rechtbanken Assen en Leeuwarden om uitspraken uit februari, april en juni 2005.¹³ Dit heeft geresulteerd in 38 uitspraken uit Assen, 57 uit Breda, 61 uit Den Haag, 44 uit Leeuwarden en 58 uit Utrecht.

Om iets te kunnen zeggen over de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening in hoger beroep, ben ik te rade gegaan bij de internetsites van de Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak.¹⁴ De Raad van State plaatst onder meer alle uitspraken van voorlopige voorzieningen die ter zitting zijn behandeld op internet, de Raad voor de Rechtspraak plaatst alle door de Centrale Raad van Beroep gedane uitspraken inzake voorlopige voorzieningen op internet.

Over de periode van januari tot en met juni 2005 bleken op de site van de Raad van State 95 uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak – oordelend over verzoeken om voorlopige voorziening hangende hoger beroep (exclusief vreemdelingenzaken) – te vinden. Omdat dat aantal mij te gering leek om er generaliserende uitspraken over ‘de Afdeling als voorzieningenrechter’ op te baseren, heb ik de verzameling uitspraken aangevuld met uitspraken die zijn gedaan in de periode van oktober tot december 2004 en van juli tot en met september 2005. Dat leverde 72 extra uitspraken op.

Vervolgens heb ik op de site van de Raad voor de Rechtspraak alle uitspraken verzameld die de Centrale Raad van Beroep als voorzieningenrechter in hoger beroep had gedaan in de periode van oktober 2004 tot en met september 2005. Dat waren er 83.

Omdat van de Centrale Raad van Beroep alle uitspraken op internet zijn te vinden, en van de Afdeling bestuursrechtspraak alleen de uitspraken van zaken die ter zitting zijn behandeld, heb ik bij de Raad van State de uitspraken ingezien van tussen oktober 2004 en oktober 2005 afgedane verzoeken om voorlopige voorziening die niet ter zitting waren behandeld. Het betrof 60 uitspraken, waarmee het aantal van de Afdeling bestuursrechtspraak bestudeerde uitspraken op 227 kwam.

13. Reden daarvoor is dat van de vijf rechtbanken Den Haag de rechtbank is waar de meeste verzoeken om voorlopige voorziening binnenkomen, Assen en Leeuwarden de rechtbanken zijn waar de minste verzoeken binnenkomen en Breda en Utrecht daar tussenin zitten. Omdat de onderzoeksperiode was bepaald op ‘de eerste helft van 2005’, is gekozen voor het verzamelen van de uitspraken die ofwel zoveel mogelijk in het midden van die periode zijn gedaan (Den Haag), ofwel zo veel mogelijk gespreid over de periode (de andere rechtbanken).

14. Respectievelijk www.raadvanstate.nl en www.rechtspraak.nl.

Tabel 2.1 Verzamelde uitspraken

Instantie	Periode waarover uitspraken zijn verzameld	Aantal verzamelde uitspraken
Rechtbank Assen	februari, april en juni 2005	38
Rechtbank Breda	maart en juni 2005	57
Rechtbank Den Haag	maart 2005	61
Rechtbank Leeuwarden	februari, april en juni 2005	44
Rechtbank Utrecht	maart en juni 2005	58
totaal rechtbanken	februari-juni 2005	258
ABRvS	oktober 2004-september 2005	227
CRvB	oktober 2004-september 2005	83

Meer gegevens dan de hiervoor genoemde heb ik niet verzameld. Dat betekent onder meer dat ik geen uitspraken kan doen over de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep in eerste en enige aanleg verzoeken om voorlopige voorziening behandelen, en evenmin iets over het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) als voorzieningenrechter.

De verzamelde gegevens roepen ten minste twee vragen op. De eerste vraag is of de uitspraken een representatief beeld geven van de door de verschillende bestuursrechtelijke instanties gegeven oordelen over verzoeken om voorlopige voorziening. Voor wat betreft de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep is het antwoord eenvoudig: het onderzoek bevat alle oordelen over verzoeken om voorlopige voorziening hangende hoger beroep die de beide instanties (met voor de Afdeling als beperking: exclusief vreemdelingenzaken) tussen oktober 2004 en oktober 2005 hebben gegeven. Voor wat betreft de rechtbanken ligt het genuanceerder. Enerzijds kan worden aangenomen dat het feit dat de verzamelde rechtbankuitspraken niet geheel evenredig over de periode van januari tot en met juni 2005 zijn verdeeld, niet van invloed is op de representativiteit van de uitspraken. Immers, het is niet waarschijnlijk dat voorzieningenrechters in de ene maand anders oordelen dan in de andere maand. Anderzijds zou het feit dat slechts van vijf van de negentien rechtbanken uitspraken zijn verzameld, van invloed kunnen zijn op de representativiteit van de verzamelde gegevens. Echter, wanneer de bij de vijf rechtbanken verzamelde gegevens op een paar essentiële punten met elkaar worden vergeleken, dan blijkt dat de verschillen tussen de vijf rechtbanken verwaarloosbaar klein zijn. Zo ontlopen de rechtbanken elkaar nauwelijks voor wat betreft de verhouding tussen voorzieningen die hangende bezwaar en hangende beroep zijn gevraagd, en evenmin zijn er grote verschillen tussen de rechtbanken op het punt van de uitkomst van beoordeling van de verzoeken. Op grond daarvan kan

worden aangenomen dat het beeld dat uit de bij de vijf rechtbanken verzamelde uitspraken naar voren komt, niet sterk verschilt van het beeld dat zou zijn verkregen als bij vijf andere rechtbanken gegevens waren verzameld.¹⁵

De tweede vraag is of uitspraken van voorzieningenrechters wel een voldoende rijke bron vormen om een beeld te schetsen van de praktijk van de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening. Op die vraag zijn meerdere antwoorden mogelijk. Het simpele antwoord is: rijk genoeg om er een VAR-preadvies over te schrijven, maar lang niet rijk genoeg om alle vragen die het functioneren van de voorlopige voorzieningsprocedure oproept, te beantwoorden. Het wat meer gecompliceerde antwoord is dat, in het licht van het gemak waarmee ze verzameld kunnen worden en in het licht van de diversiteit van de gegevens die er in te vinden zijn, het bestuderen van uitspraken van voorzieningenrechters een effectieve manier is om een redelijk betrouwbaar beeld te verkrijgen van een aantal essentiële aspecten van de werking van de voorlopige voorzieningsprocedure.

15. Zie voor een analyse van de representativiteit van de verzamelde gegevens: A.T. Marseille, De bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningsprocedure anno 2005 in 568 uitspraken, Groningen: RuG 2006.

3 De rechtbank

3.1 Inleiding

Rechtbanken behandelen twee soorten verzoeken om voorlopige voorziening. In de eerste plaats verzoeken die worden gedaan hangende een beroepsprocedure bij de rechtbank, in de tweede plaats verzoeken die worden gedaan hangende een procedure van bezwaar of administratief beroep, voorafgaand aan een mogelijke beroepsprocedure bij de rechtbank.¹⁶

In dit hoofdstuk is de vraag aan de orde op welke wijze rechtbanken beide soorten verzoeken afhandelen. Nadat een algemeen beeld is geschetst van de hoeveelheid en de aard van de bij rechtbanken ingediende verzoeken, en van de snelheid van afhandeling, zal voor elk van de beide categorieën (verzoeken hangende bezwaar en verzoeken hangende beroep) worden stilgestaan bij de manier waarop de rechtbank zich een oordeel vormt over de vraag of moet worden besloten tot toe- of afwijzing van het verzoek. Bij de verzoeken die hangende bezwaar worden gedaan, komt onder meer de vraag aan de orde hoe de oordeelsvorming door de rechter zich verhoudt tot de besluitvorming van het bestuur, bij de verzoeken die hangende het beroep bij de rechter worden gedaan, wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de voorzieningen-rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid verzoek en beroep tegelijkertijd af te handelen (kortsluiting: art. 8:86 Awb). Een vraag ten slotte die als rode draad door het hoofdstuk loopt, is die naar de overeenkomsten en verschillen in de wijze waarop verschillende rechtbanken de verzoeken om voorlopige voorziening afhandelen: hoe consistent zijn de rechtbanken ten opzichte van elkaar?

3.2 Algemeen beeld

Een aanzienlijk deel van de bestuursrechtelijke geschillen die rechtbanken behandelen, bestaat uit verzoeken om voorlopige voorziening. In 2003 zorgden voorlopige voorzieningen voor 20% van het zaaksaanbod bij de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken, in 2004 voor 18%.¹⁷

16. Als hierna wordt gesproken over verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar, wordt bedoeld op de categorie verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar of administratief beroep.

17. Jaarverslag van de Rechtspraak 2004, p. 31 (vreemdelingenzaken zijn buiten beschouwing gelaten).

Verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar en beroep

Hoeveel van de verzoeken die rechtbanken te behandelen krijgen, worden gedaan hangende bezwaar, en hoeveel hangende beroep? In de volgende tabel is dat te zien. De tabel is gebaseerd op het totaal van het aantal verzoeken om voorlopige voorziening dat in de eerste helft van 2005 bij vier Nederlandse rechtbanken is binnengekomen.¹⁸

Tabel 3.1 Verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar en beroep bij rechtbanken

Soort procedure	Rechtbank				
	Assen	Breda	Leeuwarden	Utrecht	Totaal
Verzoek hangende bezwaar	70%	69%	77%	74%	72%
Verzoek hangende beroep	30%	31%	23%	26%	28%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%
N	69	270	149	279	767

Uit de tabel komt naar voren dat verzoeken om voorlopige voorziening in bijna driekwart van de gevallen betrekking hebben op een besluit waartegen een bezwaarprocedure loopt en in ruim een kwart van de gevallen op een besluit waar beroep tegen is ingesteld.

Het aandeel van voorlopige voorzieningen in bezwaar- en beroepsprocedures

De verhouding tussen het aantal verzoeken om voorlopige voorziening dat hangende bezwaar en hangende beroep wordt gedaan, zegt niet alleen iets over de mate waarin de bestuursrechter gevraagd wordt voorlopige oordelen te vellen over primaire, dan wel op bezwaar genomen besluiten van het bestuur. Het zegt tevens iets over de mate waarin, in het kader van respectievelijk procedures van bezwaar en beroep, verzoeken om voorlopige voorziening worden gedaan.

Het gemakkelijkst vast te stellen is in welke mate in het kader van beroepsprocedures om voorlopige voorzieningen wordt verzocht. In de wetenschap dat van het totaal aantal zaken dat bestuursrechters in eerste aanleg behandelen, zo'n 20% verzoeken om voorlopige voorziening betreft, en in de wetenschap dat ruim een kwart daarvan (derhalve ongeveer 6% van het totaal aan de bestuursrechter voorgelegde zaken) verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep betreft, is de rekensom snel gemaakt. Van elke 100 zaken die de gemiddelde in de rechtbank

18. Uit de gegevens van de Rechtbank Den Haag viel niet op te maken welke verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar en welke hangende beroep waren gedaan.

werkzame bestuursrechter te behandelen krijgt, zijn er 80 reguliere beroepszaken en zes verzoeken om voorlopige voorziening in het kader van een beroepsprocedure (de andere veertien zaken zijn verzoeken die hangende bezwaar zijn gedaan). Derhalve wordt in ongeveer 7,5% van de beroepszaken een verzoek om voorlopige voorziening gedaan.¹⁹

Hoe vaak wordt in het kader van bezwaarprocedures om een voorlopige voorziening verzocht? Om daarover iets te kunnen zeggen, is het nodig te weten hoe vaak bezwaarmakers in reactie op een besluit op bezwaar van het bestuur beroep instellen bij de bestuursrechter, met andere woorden, wat de zeefwerking van de bezwaarprocedure is. Wanneer we die op 10% stellen,²⁰ dan zou dat het volgende betekenen. Van elke 100 zaken die de gemiddelde in de rechtbank werkzame bestuursrechter te behandelen krijgt, zijn er 80 reguliere beroepszaken, waaraan 800 bezwaarprocedures zijn voorafgegaan. Behalve 80 reguliere beroepszaken (en zes verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep) behandelt de gemiddelde bestuursrechter per 100 zaken ook veertien verzoeken om voorlopige voorziening die hangende een bezwaarprocedure worden gedaan. Wanneer die veertien verzoeken worden afgezet tegen de 800 bezwaarprocedures die ze hebben gegenereerd, is de conclusie dat gemiddeld in bijna één op de zestig bezwaarzaken een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan.²¹

Voor de bestuursrechter geldt dus: één op de vijf zaken die hij behandelt, betreft een verzoek om voorlopige voorziening. Voor bestuursrechtelijke beroepsprocedures geldt: in één op de dertien zaken wordt een verzoek om voorlopige voorziening gedaan. Voor bezwaarzaken geldt (zij het met een grote slag om de arm): in één op de zestig procedures wordt een verzoek om voorlopige voorziening gedaan.

Aard van het geschil

In wat voor soort zaken wordt de voorzieningenrechter benaderd met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen? In de volgende tabel is dat te zien voor verzoeken die in bezwaar en verzoeken die in beroep worden gedaan.

19. Zes is 7,5% van 80.

20. M.S. Beerten e.a., *Aspecten van financiële beschikkingverlening*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 64; K.H. Sanders, *De heroverweging getoetst* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 147.

21. Eén op de 57, om precies te zijn. Als de zeefwerking groter of kleiner wordt verondersteld, daalt (of stijgt juist) het aantal bezwaarprocedures waarin een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan.

Tabel 3.2 Verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar en beroep

Aard van de zaak	Soort procedure		
	Verzoek in bezwaar	Verzoek in beroep	Totaal
Bijstand	32%	20%	28%
Sociale verzekeringen	5%	1%	4%
Ambtenaren	9%	5%	8%
Bouw	20%	24%	21%
Handhaving	14%	27%	18%
Overig 'ex Arob'	20%	23%	21%
Totaal	100%	100%	100%
N	173	79	252

Ten minste twee zaken vallen op bij het bekijken van de tabel. In de eerste plaats zijn dat de verschillen tussen de verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar en die in beroep. In bijstands-, sociale verzekerings- en ambtenarenzaken worden relatief meer verzoeken hangende bezwaar gedaan, in bouw-, handhavings- en ex Arob-zaken relatief meer verzoeken hangende beroep. In de tweede plaats valt op dat het aantal verzoeken dat in het kader van sociale verzekeringszaken wordt gedaan, steeds bijzonder laag is.

Het is niet gemakkelijk de verschillen te interpreteren. De reden is dat de cijfers zoals die in de tabel staan, niet gerelateerd zijn aan het totaal van de bezwaar- en beroepszaken in het kader waarvan de verzoeken zijn gedaan. Wanneer daarmee rekening wordt gehouden, dan komt de daling of stijging van het aantal verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar ten opzichte van beroep in een ander perspectief te staan. Voor alle soorten zaken geldt namelijk dat in bezwaar veel minder vaak een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan dan in beroep. Echter, wanneer – om een voorbeeld te noemen – handhavingszaken worden vergeleken met bijstandszaken, dan kan allereerst worden geconstateerd dat voor beide geldt dat de kans dat een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan hangende beroep aanzienlijk groter is dan de kans dat zo'n verzoek wordt gedaan hangende bezwaar. Daarnaast geldt ook dat de toename van de kans dat in beroep om een voorlopige voorziening wordt verzocht, bij handhavingszaken aanzienlijk veel groter is dan bij bijstandszaken.

De verdeling van de verzoeken om voorlopige voorziening over de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht krijgt pas echt reliëf als we die kunnen afzetten tegen de verdeling van de reguliere bezwaar- en beroepszaken over de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht. Voor bezwaarzaken zijn geen gegevens beschikbaar, maar voor beroepszaken wel. Zo is voor de rechtbank Breda niet alleen bekend

hoe vaak in het eerste half jaar van 2005 voor verschillende deelgebieden van het bestuursrecht verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep zijn gedaan, maar ook hoe vaak voor verschillende deelgebieden van het bestuursrecht beroep is ingesteld.²² Op die manier kan worden gekeken voor welke deelgebieden van het bestuursrecht relatief veel of juist weinig verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep worden gedaan.

Tabel 3.3 Reguliere beroepszaken ten opzichte van verzoeken om voorlopige voorziening (Rb Breda)

Aard van de zaak	Soort procedure	
	Reguliere beroepszaken	Verzoeken om voorlopige voorziening in beroep
Bijstand	16%	22%
Sociale verzekeringen	50%	16%
Ambtenaren	5%	6%
‘ex Arob’	29%	56%
Totaal	100%	100%
N	1536	82

Het meest opvallende aspect van de tabel betreft de socialeverzekeringszaken. De helft van de beroepen die in de eerste zes maanden van 2005 bij de rechtbank Breda werden ingediend, betrof socialeverzekeringszaken, terwijl maar één op de zes verzoeken om voorlopige voorziening een socialeverzekeringsbesluit betrof. Daarnaast valt op dat met name in de categorie ‘ex Arob’ het aantal verzoeken om voorlopige voorziening relatief hoog is.

Om een nog beter zicht te krijgen op de mate waarin voor de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep worden gedaan, kan worden gekeken naar het percentage beroepszaken waarin – per deelgebied van het bestuursrecht – een verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep wordt gedaan. Ook hier is de rechtbank Breda de bron van kennis. Bij die rechtbank werd tijdens het eerste half jaar van 2005 in 5,3% van de beroepszaken een verzoek gedaan.²³ In welke categorieën zaken wordt relatief vaak, of juist niet zo vaak, om een voorlopige voorziening verzocht?

22. Daarbij is niet afzonderlijk onderscheid gemaakt tussen bouwzaken, handhavingszaken en ‘overige ex Arob-zaken’, maar vormen die drie categorieën tezamen de categorie ‘ex Arob’.

23. 1536 beroepszaken, 82 verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep.

Tabel 3.4 Reguliere beroepszaken ten opzichte van verzoeken om voorlopige voorziening (Rb Breda)

Verzoek om voorlopige voorziening gedaan hangende beroep?	Aard van de zaak				
	Bijstand	Sociale verzekeringen	Ambtenaren	'ex Arob'	Totaal
Wel verzoek gedaan	7,3%	1,7%	6,3%	10,3%	5,3%
Geen verzoek gedaan	92,7%	98,3%	93,7%	89,7%	94,7%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%

Uit de tabel blijkt dat er grote verschillen zijn in de mate waarin op verschillende deelgebieden van het bestuursrecht voorlopige voorzieningen hangende beroep worden gevraagd. Het opvallendst zijn weer de categorieën 'Sociale verzekeringen' (drie keer minder dan gemiddeld) en 'ex Arob' (twee keer vaker dan gemiddeld).

Geschillen met twee of meer partijen

De relatieve oververtegenwoordiging van de 'ex Arob-zaken' en de relatieve ondervertegenwoordiging van sociale verzekeringszaken werkt door in de mate waarin derden bij voorlopige voorzieningenprocedures zijn betrokken. Bekend is dat reguliere beroepsprocedures in minder dan 10% van de gevallen geschillen met drie (of meer) partijen betreffen.²⁴ In voorlopige voorzieningen gaat het in ruim 20% van de gevallen om geschillen waarin derde-partijen zijn betrokken. De verschillen tussen verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar en beroep zijn in dit opzicht minimaal.

Bij wat voor soort geschillen zijn derden betrokken? De volgende tabel laat dat zien.

Tabel 3.5 Voorlopige voorzieningen met en zonder derden

Aantal partijen	Aard van de zaak						
	Bijstand	Sociale verzk	Ambtenaren	Bouw	Handhaving	Overige 'ex Arob'	Totaal
Twee partijen	100%	89%	100%	17%	96%	83%	77%
Drie of meer partijen	0%	11%	0%	83%	4%	17%	23%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	71	9	20	54	45	53	252

24. A.T. Marseille, Belastende derden bij de bestuursrechter, NTB 2005, 10, p. 78.

Uit de tabel blijkt dat de bouwzaken voor het overgrote deel verantwoordelijk zijn voor de voorlopige voorzieningsprocedures met derden

Intrekking

Een volgend aspect van de voorlopige voorzieningsprocedure dat de aandacht trekt, is de mogelijkheid om een verzoek weer in te trekken. Net als bij bezwaar en beroep staat het de verzoeker vrij dat te doen (art. 8:81 lid 4 juncto art. 6:21 Awb). Bekend is dat een aanzienlijk deel van de bij de bestuursrechter ingediende beroepen (tussen de 15% en 20%) wordt ingetrokken voordat de rechtbank uitspraak op het beroep doet.²⁵ In de volgende tabel is te zien hoe vaak verzoeken om voorlopige voorziening worden ingetrokken.

Tabel 3.6 Intrekking verzoeken om voorlopige voorziening

Verzoek ingetrokken?	Soort procedure		
	Bezwaar	Beroep	Totaal
Nee	62%	78%	67%
Ja	38%	22%	33%
Totaal	100%	100%	100%
N	537	204	741

In de tabel is te zien dat één op de drie verzoeken om voorlopige voorziening wordt ingetrokken. Dat is ongeveer twee keer zo vaak als een beroep wordt ingetrokken. Er bestaat een opmerkelijk verschil tussen verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar en beroep. Verzoeken hangende bezwaar worden bijna twee keer zo vaak ingetrokken als verzoeken die hangende beroep zijn gedaan. Overigens ligt het aantal verzoeken dat in beroep wordt ingetrokken, niet veel hoger dan het aantal reguliere beroepszaken dat wordt ingetrokken. Bij ex Arob-zaken en bij ambtenaren-zaken ligt het aantal intrekkingen relatief hoog, bij bijstandszaken ligt het relatief laag. Over de reden waarom verzoekers hun verzoek om voorlopige voorziening intrekken, is niets bekend.

Het gegeven dat verzoeken om voorlopige voorziening relatief vaak worden ingetrokken, is van invloed op de mate waarin de behandeling van voorlopige voorzieningen bijdraagt aan de werklast van de bestuursrechter, zij het slechts marginaal. Als de ingetrokken beroepen en ingetrokken verzoeken buiten beschouwing worden gelaten, dan gaat het bij elke 100 geschillen die de bestuursrechter in eerste aanleg behandelt, 83 keer om een reguliere beroepszaak en 17 keer om een verzoek om voorlopige voorziening.²⁶ Het feit dat verzoeken om voorlopige voorziening die

25. Marseille 2004, p. 119 (in 17,4% van de 730 onderzochte zaken).

26. In plaats van 80 keer om een reguliere beroepszaak en 20 keer om een verzoek om voorlopige voorziening.

hangende bezwaar worden gedaan, vaker worden ingetrokken dan verzoeken hangende beroep, heeft ook invloed op de verhouding tussen die twee. Het aandeel van de verzoeken hangende bezwaar daalt licht, van 72% van het totaal aantal verzoeken naar 67%.

Twee andere verzoeken in het kader van de voorlopige voorzieningenprocedure

Het intrekken van een verzoek om voorlopige voorziening wil niet zeggen dat de voorzieningenrechter er in het geheel geen bemoeienis meer mee heeft. Tegelijk met het intrekken van een verzoek om voorlopige voorziening kan degene die zijn verzoek intrekt, de voorzieningenrechter vragen het bestuur te veroordelen in de proceskosten (art. 8:84 lid 4 juncto art. 8:75a Awb). Een dergelijk verzoek is, samen met het verzoek tot opheffing van een getroffen voorziening (art. 8:87 Awb), een van de twee andere verzoeken die – naast het verzoek om een voorlopige voorziening te treffen – in het kader van de voorlopige voorzieningsprocedure kunnen worden gedaan.

Noch verzoeken om veroordeling in de proceskosten bij de intrekking van een verzoek, noch verzoeken om opheffing van een reeds getroffen voorlopige voorziening komen veelvuldig voor. Onder de 258 bestudeerde uitspraken van voorzieningenrechters van rechtbanken was er één die een verzoek om de opheffing van een getroffen voorlopige voorziening betrof, en twee waarin werd beslist op een verzoek – gedaan na de intrekking van het verzoek om voorlopige voorziening – om het bestuursorgaan te veroordelen in de proceskosten.

Aard van het verzoek

Waar een beroep tegen een besluit per definitie de vernietiging van dat besluit beoogt, kunnen verzoeken om voorlopige voorziening een heel diverse inhoud hebben. Ondanks die diversiteit zit er een ijzeren logica in de inhoud van de verzoeken. Ze zijn te allen tijde te herleiden tot de aard van het besluit ter zake waarvan een voorziening wordt verzocht.

Betreft het bestreden besluit een *weigering*, dan houdt het verzoek steeds in het geweigerde alvast te vergunnen of te verlenen. Een voorbeeld biedt een verzoek tot het verstrekken van een voorschot, in afwachting van een beslissing op het bezwaar tegen de weigering om een werkloosheidsuitkering toe te kennen.²⁷ Betreft het besluit een intrekking (dan wel handhaving of sanctionering), dan is het verzoek erop gericht om hetgeen is ingetrokken, vooralsnog te blijven verstrekken of toe te staan. Een voorbeeld biedt het verzoek de intrekking van een rijbewijs ongedaan te maken.²⁸ Betreft het besluit het *verlenen van een vergunning aan een derde*, dan behelst het verzoek steeds de schorsing van de vergunning. Een voorbeeld biedt het verzoek tot schorsing van een bouwvergunning of een kapvergunning.²⁹

Meer variëteiten zijn er eigenlijk niet. Kort gezegd wordt de voorzieningenrechter steeds verzocht om ergens een voorschot op te nemen, om te zorgen voor behoud van de status quo of om uitstel te bewerkstelligen.

27. Vزر. Rb. Breda 3 maart 2005, 05/154 WW.

28. Vزر. Rb. Breda 10 maart 2005, 05/331 WET VV.

29. Vزر. Rb. Breda 3 juni 2005, 05/1532 VV.

Het belang van het onderscheid tussen de verschillende soorten verzoeken is gelegen in het feit dat kan worden verondersteld dat er een samenhang bestaat tussen de aard van het verzoek om voorlopige voorziening en de kans dat het verzoek wordt gehonoreerd. Maar hoe dat verband precies ligt, is nog niet zo gemakkelijk vast te stellen. Want – om bij de driedeling ‘voorschot nemen’, ‘zorgen voor behoud van de status quo’ en ‘uitstel bewerkstelligen’ te blijven – het ene voorschot is het andere niet, en dat zelfde geldt voor de status quo die een verzoeker gehandhaafd wil zien en voor het uitstel dat hij wenst.

Om te kunnen vaststellen hoe groot de consequenties zijn van de beslissing van de voorzieningenrechter om een verzoek om voorlopige voorziening te honoreren of juist af te wijzen, moet daarom ook nog naar een aantal andere zaken worden gekeken. Ik noem er vier (die trouwens niet geheel en al van elkaar te scheiden zijn).

Een eerste factor betreft de vraag in hoeverre derden worden geraakt als het verzoek om voorlopige voorziening wordt toegekend. Derden worden zeker geraakt als een verzoek tot schorsing van een bouwvergunning wordt toegekend: degene die in het bezit is van een vergunning, mag daar dan geen gebruik van maken. Maar ook als in de bezwaar- of beroepsprocedure in het kader waarvan een verzoek wordt gedaan, geen derde-belanghebbenden zijn betrokken, kunnen derden (niet zijnde belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb) worden geraakt door het toekennen of afwijzen van het verzoek. Een voorbeeld biedt het verzoek om de ongeldigverklaring van een rijbewijs ongedaan te maken. Als dat wordt gehonoreerd, kan dat consequenties hebben voor andere weggebruikers.

Een tweede factor betreft de consequentie van een toe- of afwijzing voor de rechtspositie van de verzoeker (en eventuele derden) ten opzichte van de rechtspositie zoals die was voordat het bestuursorgaan het bestreden besluit nam. Een verzoek om voorlopige voorziening kan er op gericht zijn een verbetering van de eigen rechtspositie te bewerkstelligen (voorschot op een uitkering die het bestuur niet wilde toekennen), of om een verslechtering ongedaan te maken (schorsing bouwvergunning buurman). Als er een derde-belanghebbende in het spel is, kan toekenning van het verzoek als gevolg hebben dat de verbetering van diens rechtspositie ongedaan wordt gemaakt (de bouwer heeft voorlopig geen bouwvergunning meer), en in theorie zelfs dat die verslechtert (als de verzoeker, als gevolg van de getroffen voorziening, alvast mag handelen als was hij in het bezit van een vergunning).

Een derde factor betreft het risico op onomkeerbare gevolgen. Zowel toe- als afwijzing van een verzoek om voorlopige voorziening kan er toe leiden dat onomkeerbare gevolgen intreden. Als een verzoek om schorsing van een kapvergunning wordt afgewezen, kan dat het onomkeerbare gevolg hebben dat de boom waar de vergunning betrekking op had, wordt gekapt. Andersom kan het toewijzen van het verzoek om behoud van een rijbewijs als gevolg hebben dat de bezitter van het rijbewijs, die dat was kwijtgeraakt vanwege een alcoholprobleem, een ernstig auto-ongeluk met onherstelbaar letsel bij een derde veroorzaakt.

Een vierde factor is de periode gedurende welke de – eventueel te treffen – voorlopige voorziening zal gaan gelden. Het maakt nogal wat uit of een bouwvergunning wordt geschorst voor de duur van de bezwaarprocedure (enkele weken) of voor de duur van de beroepsprocedure (vele maanden).

Hoewel het buiten twijfel is dat de impact die de toewijzing van een verzoek heeft, sterk kan verschillen, en van meer factoren afhankelijk is dan van de aard van het verzoek zelf, toont de inventarisatie van factoren die van invloed zijn op de grootte van de impact, dat de verschillende mogelijke verzoeken om voorlopige voorziening zich niet moeiteloos laten plaatsen op een schaal die loopt van 'geringe' naar 'grote' impact. In dit preadvies laat ik het dan ook bij de (spijtige) constatering dat zeker een verband kan worden verondersteld tussen de aard van de gevraagde voorziening en de kans op toewijzing, maar dat het onderzoeken daarvan voor een globale inventarisatie zoals hier aan de orde, iets te ver strekt.

3.3 Tijdsbeslag

Wie de bestuursrechter verzoekt een voorlopige voorziening te treffen, doet dat omdat hij vindt dat hij daar een spoedeisend belang bij heeft. Of dat daadwerkelijk het geval is, staat ter beoordeling van de voorzieningenrechter, maar die zal steeds, ongeacht de uitkomst van zijn beoordeling, er voor moeten zorgen dat de verzoeker zo snel mogelijk weet waar hij aan toe is. In deze paragraaf zal ik bekijken in hoeverre de rechter er in slaagt de bij het verzoek om voorlopige voorziening betrokken partijen op korte termijn duidelijkheid te bieden. Eerst richt ik echter mijn blik op de verzoekers.

Verzoekers

In hoeverre blijkt uit het handelen van verzoekers dat zij daadwerkelijk haast hebben? Een indicatie daarvoor is de tijd die er zit tussen de bekendmaking van het bestreden besluit enerzijds en het instellen van bezwaar of beroep en het verzoek om voorlopige voorziening anderzijds.

Uit ander onderzoek is bekend dat de tijd die bij beroepsprocedures verstrijkt tussen het moment van bekendmaking van het besluit en het moment van het instellen van beroep gemiddeld 31 dagen bedraagt.³⁰ Verzoekers om een voorlopige voorziening gaan na gemiddeld 23 dagen in bezwaar of beroep tegen het besluit ter zake waarvan zij een verzoek om voorlopige voorziening doen.³¹ Dat is sneller, maar niet heel veel sneller.

Hoe zit het met het tijdstip waarop het verzoek wordt gedaan? Het blijkt dat de helft van de verzoekers dat doet op dezelfde dag of een of twee dagen nadat zij bezwaar of beroep instellen. Maar lang niet iedereen is zo snel. Van de andere helft doet een op de twee het zelfs meer dan vijf weken nadat bezwaar of beroep is ingesteld. Anders gezegd: 25% van het totale aantal verzoekers doet zijn of haar verzoek vijf weken of langer na het instellen van bezwaar of beroep. Soms wordt het late indienen veroorzaakt door het feit dat pas tijdens de bezwaar- of beroepsprocedure een spoedeisend belang ontstaat. Dat kan echter niet verklaren waarom een aanzienlijk deel van de verzoekers zo lang wacht met het doen van het verzoek. In de over-

30. Marseille 2004, p. 50 (de mediaan, dat wil zeggen, het punt waarop de helft van de gevallen is afgehandeld: 35 dagen).

31. N = 108.

grote meerderheid van de bestudeerde zaken is het door de verzoekers gestelde spoedeisende belang namelijk van meet af aan aanwezig.

Uitzonderingen daargelaten is de snelheid waarmee verzoekers in actie komen, niet indrukwekkend. Als je geconfronteerd wordt met een besluit waarvan je vindt dat het niet alleen onacceptabel is, maar ook dat je er belang bij hebt dat zo snel mogelijk een voorziening wordt getroffen die de voor jou negatieve gevolgen van dat besluit – althans voorlopig – ongedaan maakt, waarom zou je dan meerdere weken de tijd nemen om te beslissen of je de voorzieningenrechter gaat vragen gepaste maatregelen te treffen?

De voorzieningenrechter

Hoe zit het met de snelheid van de voorzieningenrechter? Gemiddeld blijken er 25 dagen te liggen tussen het indienen van het verzoek en de behandeling ervan ter zitting.³² Tussen de zitting en de uitspraak zit gemiddeld precies een week.³³ De afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening duurt daarmee gemiddeld 33 dagen.³⁴ Het valt op dat de spreiding in de afhandelingsduur niet erg groot is. Uiteraard duurt de afhandeling bij het ene verzoek langer dan bij het andere, maar waar het gemiddelde op bijna vijf weken ligt en de helft van de verzoeken binnen vier weken wordt afgehandeld, blijkt dat 80% van de verzoeken om voorlopige voorziening binnen zes weken te zijn afgedaan. Dat wijst op een goed georganiseerde afhandeling van de verzoeken door de rechtbanken.

Voor de afhandelingsduur maakt het niet uit of het verzoek hangende bezwaar of hangende beroep is gedaan en evenmin wat de aard is van het geschil dat aan de orde is. Wat wel lijkt uit te maken, is de uitkomst van de procedure. Als de voorzieningenrechter een verzoek honoreert, heeft de procedure gemiddelde precies vier weken geduurd.³⁵ Wijst hij een verzoek af, dan duurt de procedure gemiddeld bijna een week langer.³⁶

Verschillen zijn er ook tussen rechtbanken. Worden de twee rechtbanken waar voldoende informatie over beschikbaar is, met elkaar vergeleken, dan is een aanzienlijk verschil te zien. De rechtbank Assen handelt verzoeken om voorlopige voorziening in gemiddeld 29 dagen af,³⁷ de rechtbank Den Haag doet er 37 dagen over.³⁸ Het verschil is nog duidelijker als wordt gekeken na hoeveel dagen de helft van de verzoeken om voorlopige voorziening is afgehandeld (de ‘mediaan’). In Assen staat de mediaan op 22 dagen, in Den Haag op 36 dagen.

Resterende termijn voor het bestuur na de uitspraak van de voorzieningenrechter

Er is nog een aspect van snelheid dat van belang is. Dat betreft – bij verzoeken hangende de bezwaarprocedure – de tijdsduur tussen het moment dat de voorzienin-

32. N = 148.

33. N = 192.

34. N = 157.

35. N = 39.

36. 34 dagen; N = 118.

37. N = 37.

38. N = 55.

genrechter uitspraak doet en het moment dat het bestuursorgaan het besluit op bezwaar moet nemen.

Een verzoek om voorlopige voorziening is erop gericht om de periode van onzekerheid tot aan een definitieve beslissing van bestuur of rechter over een geschil te overbruggen. Het belang bij het treffen van een voorlopige voorziening kan groter worden geacht, naarmate de te overbruggen periode langer duurt. Wordt een voorziening gevraagd hangende het beroep bij de rechter, dan is de lengte van de te overbruggen periode per definitie onzeker. De bestuursrechter is bij het afhandelen van beroepszaken nauwelijks gebonden aan termijnen. Wordt om een voorziening verzocht hangende bezwaar, dan is de te overbruggen periode in beginsel wel bekend, want het bestuur is verplicht binnen een bepaalde termijn te beslissen.

De termijn voor het nemen van een besluit op bezwaar is in beginsel zes weken. Laat het bestuursorgaan zich in het kader van de bezwaarprocedure adviseren door een 'externe commissie', dan is de beslistermijn tien weken. Het bestuursorgaan kan op eigen initiatief de beslistermijn met vier weken verlengen (van zes naar tien weken, of van tien naar veertien weken). Verdere verlenging is mogelijk, maar de instemming van de bezwaarmaker is daarvoor vereist. Op de algemene regeling over de beslistermijn in bezwaar, zoals neergelegd in de Awb, bestaan uitzonderingen. Zo is in vele sociale verzekeringswetten bepaald dat als een bezwaar is gericht tegen een besluit waar een medische beoordeling aan ten grondslag ligt, de beslistermijn op een bezwaarschrift langer is.

Hoeveel tijd ligt er in de praktijk tussen het moment dat de voorzieningenrechter uitspraak doet op een verzoek om voorlopige voorziening hangende een bezwaarprocedure, en het moment dat het bestuursorgaan een beslissing op bezwaar dient te nemen? Om die vraag zo nauwkeurig mogelijk te beantwoorden, zouden we moeten weten of (1) voor het bestuursorgaan de algemene termijnen van de Awb gelden, of de termijnen van een bijzondere wet, (2) of het bestuursorgaan zich in de bezwaarprocedure heeft laten adviseren door een externe commissie, (3) of het bestuursorgaan partijen heeft laten weten extra tijd te nemen voor de beslissing op bezwaar en (4) of partijen toestemming hebben gegeven voor een verdere verlenging van de beslistermijn.

De beschikbare gegevens geven op geen van deze vragen antwoord. Gemakshalve en bij gebrek aan beter bekijk ik daarom twee situaties. Bij de eerste wordt ervan uitgegaan dat bestuursorganen hoge eisen stellen aan de termijn waarbinnen ze op bezwaarschriften beslissen, maar zich wel laten bijstaan door een externe adviescommissie. De termijn voor het beslissen op bezwaar ligt dan op tien weken. In de tweede situatie wordt er eveneens van uitgegaan dat bestuursorganen zich laten bijstaan door een externe adviescommissie, maar zich meer tijd gunnen om op de ingediende bezwaren te beslissen. De termijn voor het beslissen op bezwaar ligt dan op veertien weken.

Als de termijn op tien weken wordt gesteld, hoeveel van die tien weken zijn dan verstreken op het moment dat de voorzieningenrechter uitspraak doet op het verzoek? Met andere woorden, als de voorzieningenrechter voor de vraag staat of hij het hangende bezwaar gedane verzoek om voorlopige voorziening moet toekennen, wat is dat de periode gedurende welke de eventueel te treffen voorziening zal gelden?

Het eerste dat opvalt als daar naar wordt gekeken, is dat voor een op de vier verzoeken om voorlopige voorziening geldt dat de beslistermijn voor het bestuur is verstreken op het moment dat de voorzieningenrechter uitspraak doet. In theorie zou voor al die procedures moeten gelden dat het verzoek om voorlopige voorziening is ingehaald door het besluit op bezwaar. In de praktijk is dat – wellicht niet verrassend – niet het geval. In geen van de procedures waar tussen het moment dat bezwaar is gemaakt en het moment dat de voorzieningenrechter zijn beslissing neemt, tien of meer weken zijn verstreken, is al sprake van een besluit op bezwaar. Maar voor al die procedures geldt wel dat, of er nu wel of geen voorziening is getroffen, het bestuursorgaan zo snel mogelijk een besluit op bezwaar zal moeten nemen; het is immers al te laat.

Voor de verzoeken om voorlopige voorziening waarin uitspraak wordt gedaan voordat de termijn van het bestuur om op het bezwaar te beslissen is verstreken, geldt dat het tijdstip van die uitspraak gemiddeld vijf weken ligt voordat het bestuur op het bezwaar dient te beslissen.³⁹ Anders gezegd: zou een voorziening worden getroffen, en zou het bestuur vervolgens op tijd op het bezwaar beslissen, dan zou de door de voorziening te overbruggen periode tot aan het besluit op bezwaar gemiddeld vijf weken bedragen.

Wordt de termijn van het bestuur om op het bezwaar te beslissen op veertien in plaats van op tien weken gesteld, dan heeft dat de volgende consequenties. In de eerste plaats geldt dan dat de overgrote meerderheid van de verzoeken (90%) wordt gedaan voordat de beslistermijn van het bestuur is verstreken. In de tweede plaats geldt dat de periode tussen de uitspraak van de voorzieningenrechter en het tijdstip dat het bestuur op het bezwaar moet beslissen, gemiddeld negen weken bedraagt.

3.4 Beoordeling van het verzoek: algemene aspecten

Beoordelingskader

Geen uitspraak van een voorzieningenrechter, of er staat in te lezen op grond van welke algemene criteria hij het verzoek om voorlopige voorziening beoordeelt. Wordt gekeken naar de overwegingen, zoals die bij voortduring in exact dezelfde bewoordingen voorkomen in uitspraken van voorzieningenrechters van de rechtbank, dan valt een aantal zaken op. In de eerste plaats zijn er geen verschillen tussen de standaardoverwegingen die worden gehanteerd voor de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening in bezwaar of beroep, in de tweede plaats verschillen de standaardoverwegingen per rechtbank en in de derde plaats lijkt een aantal van de gehanteerde standaardoverwegingen niet helemaal juist te verwoorden waar het bij de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening om zou moeten gaan.

In veel uitspraken waarin een verzoek om voorlopige voorziening wordt beoordeeld, komen overwegingen voor die een vals beeld schetsen van wat er in een voorlopige voorzieningsprocedure gebeurt. Ik geef twee voorbeelden:

39. N = 84.

‘Ter beoordeling van de voorzieningenrechter ligt de vraag of het bestreden besluit in rechte stand kan houden.’⁴⁰

‘De voorzieningenrechter dient de vraag te beantwoorden of het bestreden besluit na heroverweging in bezwaar stand zal houden.’⁴¹

Dat zijn eigenlijk net niet de vragen die de voorzieningenrechter moet beantwoorden, maar waar de gewone bestuursrechter zich over moet uitspreken, als die een reguliere beroepszaak beoordeelt.

Iets beter, maar te kort door de bocht, zijn de volgende twee formuleringen:

‘Voor het treffen van een voorlopige voorziening, zoals is gevraagd door verzoeker, is in beginsel aanleiding indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat een tegen een besluit ingediend bezwaar- of beroepschrift gegrond zal worden verklaard.’⁴²

‘De voorzieningenrechter dient de vraag te beantwoorden of het (bestreden besluit, ATM) naar verwachting na heroverweging in bezwaar stand zal houden.’⁴³

Door de woorden ‘in beginsel’ en ‘naar verwachting’ geeft de voorzieningenrechter aan dat wat er in de standaardoverweging staat, niet het hele verhaal is, maar wat de nuance waaraan gerefereerd wordt, precies inhoudt, wordt niet vermeld.

Een poging daartoe is te lezen in de volgende drie overwegingen:

‘Beoordeeld dient te worden of er voldoende aanknopingspunten zijn om te veronderstellen dat het (bestreden besluit, ATM) in de bodemprocedure in stand zal blijven en of verzoekers belang zwaarwegend genoeg is om op de uitkomst van de lopende procedure(s) vooruit te lopen.’⁴⁴

‘De voorzieningenrechter stelt voorop dat bij het nemen van een beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit een belangrijke rol speelt. Verder dient deze beslissing het resultaat te zijn van een belangenafweging, waarbij moet worden gezien of uitvoering van het bestreden besluit voor verzoeker een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van het besluit te dienen belang.’⁴⁵

‘Voor het treffen van een voorlopige voorziening (...) is slechts plaats indien sterke twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van het bestreden besluit en een zwaarwegend spoedeisend belang maakt dat het voor verzoekster onevenredig bezwaarlijk zou zijn de beslissing in de bodemprocedure te moeten afwachten.’⁴⁶

40. V.zr. Rb. Breda 25 maart 2005, 05/795 WWB VV.

41. V.zr. Rb. Den Haag 21 maart 2005, 05/01054 MAWKLU.

42. V.zr. Rb. Leeuwarden 8 februari 2005, 05/62 GEMWT.

43. V.zr. Rb. Den Haag 23 maart 2005, 05/706 WWB.

44. V.zr. Rb. Den Haag 18 februari 2005, 05/632 BESLU.

45. V.zr. Rb. Breda 3 maart 2005, 05/154 WW VV.

46. V.zr. Rb. Den Haag 22 maart 2005, 05/872 AW.

Uit alle drie de overwegingen komt naar voren dat de beoordeling door de voorzieningenrechter steeds een combinatie is van rechtmatigheidstoetsing en belangenafweging. De eerste twee overwegingen lijken te suggereren dat beide van even grote betekenis zijn. De derde overweging stelt dat twijfel aan de rechtmatigheid een noodzakelijke voorwaarde is voor een belangenafweging. Welke van de drie overwegingen het beste weergeeft hoe voorzieningenrechtters gemiddeld genomen tot hun beslissing komen, zullen we verderop in dit hoofdstuk zien.

Als in uitspraken overwegingen voorkomen waaruit kan worden opgemaakt dat de voorzieningenrechter vindt dat sprake is van een spoedeisend belang, wordt nogal eens volstaan met een korte standaardoverweging.

‘Voorts is genoegzaam aangetoond dat verzoekers een spoedeisend belang hebben bij de gevraagde voorlopige voorziening.’⁴⁷

‘Gelet op wat namens verzoekers is gesteld hebben verzoekers naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende spoedeisend belang bij de door hen gevraagde voorlopige voorziening.’⁴⁸

Waarom de voorzieningenrechter vindt dat sprake is van een spoedeisend belang, blijft veelal onvermeld.

Bij de afsluiting van de uitspraak zijn nogal eens overwegingen te vinden waarin in algemene bewoordingen tot uitdrukking wordt gebracht dat er geen aanleiding is voor het treffen van een voorlopige voorziening. Het komt regelmatig voor dat daarin niets is terug te vinden van het voorlopige karakter van de beoordeling van het bestreden besluit.

‘Gelet op hetgeen hierboven is overwogen komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het bestreden besluit in rechte houdbaar zal zijn (...).’⁴⁹

Standaardoverwegingen waarin het voorlopige karakter van het oordeel wel naar voren komt, zijn echter talrijker:

‘De voorzieningenrechter gaat er vooralsnog van uit dat [het bestreden besluit] in bezwaar en (eventueel) beroep stand zal kunnen houden.’⁵⁰

‘Het vorenstaande leidt tot het oordeel dat het bestreden besluit naar verwachting bij de beslissing op bezwaar in stand zal kunnen blijven.’

47. Vzr. Rb. Leeuwarden 8 april 2005, 05/91 WRO.

48. Vzr. Rb. Assen 15 juni 2005, 05/473 GEMWT.

49. Vzr. Rb. Breda 4 maart 2005, 05/131 NABW/WWB VV.

50. Vzr. Rb. Breda 10 maart 2005, 05/330 WET VV.

‘Mitsdien moet de houdbaarheid van het besluit in bezwaar overwegend positief worden ingeschat.’⁵¹

‘De voorzieningenrechter verwacht dat het bestreden besluit rechtens stand zal kunnen houden. Reeds hierom ziet hij geen aanleiding tot schorsing van het besluit.’

Die laatste overweging is welbeschouwd opmerkelijk. Voorzover de voorzieningenrechter met het uitspreken van zijn verwachting bedoelt: ‘Ik denk van wel, maar ik weet het niet zeker’, hoeft een dergelijke verwachting niet in de weg te staan aan het treffen van een voorlopige voorziening. Als het belang van de verzoeker maar groot genoeg is in verhouding tot dat van het bestuur en eventuele derde, is niet ondenkbaar dat de voorzieningenrechter het verzoek om voorlopige voorziening toewijst.

Op de vraag in hoeverre het door voorzieningenrechters geformuleerde beoordelingskader een juist beeld geeft van de feitelijke beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening, zal ik in paragraaf 3.5 uitvoerig terugkomen.

Verschillende stappen in de beoordeling

Net als bij een reguliere beroepszaak kan de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening vier uitkomsten hebben: de voorzieningenrechter kan zich onbevoegd verklaren, hij kan het verzoek niet-ontvankelijk verklaren, afwijzen of toewijzen. De voorzieningenrechter zal zich onbevoegd achten als het verzoek niet is gericht tegen een besluit ex artikel 1:3 Awb, of als de verkeerde bestuursrechtelijke instantie is benaderd. Voor het niet-ontvankelijk verklaren van het verzoek is aanleiding als het griffierecht niet op tijd is betaald (art. 8:82 Awb), als het verzoek niet voldoet aan de formele eisen die daaraan in artikel 8:81 lid 4 juncto artikel 6:5 Awb worden gesteld (zo moet het verzoek zijn ondertekend en gronden bevatten, en moet het bestreden besluit zijn bijgevoegd) of als het verzoek is ingediend zonder dat al bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld tegen het bestreden besluit (de ‘connexiteitseis’).⁵² De vraag naar de spoedeisendheid van het verzoek is geen ontvankelijkheidsvraag, maar maakt deel uit van de inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Een spoedeisend belang is een noodzakelijke voorwaarde voor de toewijzing van het verzoek. Ontbreekt het, dan zal de voorzieningenrechter het verzoek afwijzen.

Niet alleen als de voorzieningenrechter constateert dat hij onbevoegd is of dat het verzoek niet-ontvankelijk moet worden verklaard, blijft een beoordeling van het spoedeisend belang achterwege. De beoordeling daarvan is evenmin aan de orde als de voorzieningenrechter constateert dat de verzoeker in het geheel geen belang heeft bij het treffen van een voorlopige voorziening, of dat een verzoek moet worden afgewezen omdat het bestuursorgaan in de onderliggende bezwaarzaak de ontvankelijkheid van de verzoeker verkeerd heeft beoordeeld, bijvoorbeeld omdat die geen belanghebbende bij het bestreden besluit is, of omdat hij te laat bezwaar heeft gemaakt. In dat geval zal de voorzieningenrechter het verzoek afwijzen.

51. Vzm. Rb. Assen 7 februari 2005, 05/77 WWB.

52. Overigens wordt die laatste eis ook wel als bevoegdheidsvoorwaarde gezien. Zie daarover: L.J.A. Damen e.a., Bestuursrecht 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 291.

Hoe vaak strandt de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening om een van de hiervoor genoemde redenen? In de volgende tabel is dat te zien.⁵³

Tabel 3.7 Uitkomst beoordeling verzoeken om voorlopige voorziening

Uitkomst beoordeling verzoek voorlopige voorziening	Percentage van het totaal
Onbevoegd	1%
Niet-ontvankelijk	8%
Afwijzing vanwege 'geen belang' en 'bezwaar of beroep tegen onder-liggende besluit niet-ontvankelijk'	2%
Inhoudelijke beoordeling	89%
Totaal	100%
N	908

Uit de tabel blijkt dat van de verzoeken om voorlopige voorziening waar de voorzieningenrechter een oordeel over velt, hij in 11% van de gevallen niet aan een inhoudelijke beoordeling toekomt.⁵⁴ Dat is een lager percentage dan bij reguliere beroepszaken, waar het in ongeveer 20% van de gevallen niet tot een inhoudelijke beoordeling komt.⁵⁵

Als de voorzieningenrechter zich bevoegd acht en het bij hem ingediende verzoek ontvankelijk, dient hij te beoordelen of het verzoek moet worden toegewezen. Blijkens de tekst van artikel 8:81 Awb, alsmede de hiervoor vermelde standaardoverwegingen uit de uitspraken van voorzieningenrechters van rechtbanken, kunnen bij die beoordeling ten minste drie zaken een rol spelen: (1) de vraag of de verzoeker een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, (2) de rechtmatigheid van het bestreden besluit en (3) het belang van de verzoeker bij het treffen van een voorlopige voorziening ten opzichte van het belang van het bestuur en eventuele derden bij het achterwege blijven daarvan.

Hierna zal ik eerst ingaan op de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening die in het kader van een bezwaarprocedure zijn gedaan (par. 3.5), daarna op de beoordeling van de hangende beroep gevraagde voorlopige voorzieningen (par.3.6).

53. De tabel is gebaseerd op de excelbestanden van de vijf rechtbanken die aan het onderzoek hebben meegewerkt.

54. Tussen verzoeken die in bezwaar en in beroep zijn ingediend, bestaan op dit punt nauwelijks verschillen.

55. Marseille 2004, p. 119.

3.5 Beoordeling van verzoeken hangende bezwaar

Behandeling ter zitting

Van de in bezwaar gedane verzoeken om voorlopige voorziening wordt bijna 90% ter zitting behandeld. Als een zitting wordt gehouden, zijn partijen bijna altijd aanwezig. De verzoeker in 92% van de gevallen, het bestuur zelfs in 95% van de gevallen. Partijen zijn aanzienlijk vaker aanwezig bij de behandeling ter zitting van een verzoek om voorlopige voorziening dan bij de behandeling van een regulier beroep, waar zowel voor de indiener van het beroep als het verwerende bestuursorgaan geldt dat ze bij niet meer dan 80% van de zittingen aanwezig zijn.⁵⁶

Inhoudelijke beoordeling

Hoe komt de voorzieningenrechter tot een oordeel over de vraag of een verzoek (als het niet is gestrand op bevoegdheids- of ontvankelijkheidsproblemen) al dan niet moet worden toegewezen? Het blijkt dat de voorzieningenrechter zich in beginsel eerst over de vraag naar de spoedeisendheid buigt, dat hij vervolgens kijkt naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit en ten slotte naar het gewicht van de verschillende bij het besluit betrokken belangen. Daarbij geldt dat de vraag naar de rechtmatigheid van het besluit alleen aan de orde komt als de voorzieningenrechter vindt dat de verzoeker een spoedeisend belang heeft, en de vraag naar het gewicht van de belangen alleen als twijfel bestaat over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, en zelfs dan niet altijd.

De eerste stap: spoedeisendheid

Hoe vaak vormt de eis van spoedeisendheid een belemmering voor het treffen van een voorlopige voorziening? De spoedeisendheid blijkt niet vaak een probleem te zijn. In 90% van de gevallen wordt een spoedeisend belang aangenomen. Echter, als de voorzieningenrechter tot het oordeel komt dat er geen spoedeisend belang aanwezig is, kan dat op heel verschillende zaken duiden.

In het algemeen kan van een spoedeisend belang worden gesproken als de inbreuk die het bestreden besluit op het belang van de verzoeker maakt, zodanig groot is, dat de voorzieningenrechter het de moeite waard vindt te beoordelen of er aanleiding is een voorlopige voorziening te treffen. Als de voorzieningenrechter vindt dat van een spoedeisend belang *geen* sprake is, wil dat echter niet altijd zeggen dat hij de belangen aantasting niet groot of ingrijpend genoeg vindt. Tot het oordeel 'geen spoedeisend belang' zal hij eveneens komen als blijkt dat de gestelde inbreuk zich voorlopig nog niet zal voordoen (bijvoorbeeld: de vergunninghouder gaat pas op termijn bouwen) of al heeft plaatsgevonden (bijvoorbeeld: van de vergunning voor het kappen van een boom is al gebruik gemaakt). De situatie dat van een belangen aantasting nog geen sprake is of waarin de belangen aantasting al heeft plaatsgevonden, is onvergelijkbaar met die waarin de rechter de belangen aantasting niet wezenlijk genoeg vindt om te gaan kijken of er reden is een voorziening te treffen. Als de vraag aan de orde is hoe streng of soepel de rechter een verzoek om voorlo-

⁵⁶. Marseille 2004, p. 97.

pige voorziening toetst aan het spoedeisend belang-criterium, is derhalve alleen de categorie 'belangenaantasting niet wezenlijk genoeg' relevant.

De vraag is vervolgens bij hoeveel van de uitspraken waarin het verzoek is afgewezen vanwege 'geen spoedeisend belang', de afwijzing als reden heeft dat de voorzieningenrechter de belangenaantasting niet groot of ingrijpend genoeg vindt en bij hoe veel de rechter geen spoedeisend belang aanwezig acht omdat van een belangenaantasting voorlopig nog geen sprake is, of omdat de belangenaantasting al heeft plaatsgevonden.

De beide categorieën (tezamen gaat het om zestien uitspraken) blijken elkaar in evenwicht te houden. Acht keer werd geen spoedeisend belang aangenomen omdat de belangenaantasting niet groot of ingrijpend genoeg was. In twee van die acht zaken had de afwijzing als reden dat het spoedeisend belang onvoldoende was onderbouwd,⁵⁷ in zes zaken vond de afwijzing plaats op inhoudelijke gronden.⁵⁸ Steeds was een financieel belang gesteld, dat de voorzieningenrechter onvoldoende spoedeisend vond.

Eveneens acht keer werd geen spoedeisend belang aangenomen omdat de belangenaantasting nog niet aan de orde was, of juist al had plaatsgevonden. In zes gevallen kon van spoedige uitvoering van het besluit geen sprake zijn, hetzij vanwege procedurele belemmeringen, hetzij omdat de vergunninghouder of het bestuursorgaan kenbaar had gemaakt nog te zullen wachten met bouwen of handhaven.⁵⁹ In twee gevallen was sprake van een situatie van 'gedane zaken nemen geen keer' (het bouwwerk was al voltooid, de sanctie was al opgelegd).⁶⁰

Al met al komt het maar heel weinig voor dat de voorzieningenrechter niet bereid is een verzoek om voorlopige voorziening te beoordelen, omdat hij vindt dat het bestreden besluit een te geringe belangenaantasting inhoudt. In niet meer dan 5% van de verzoeken waarin de rechter zich over de vraag buigt of hij het verzoek zal toef of afwijzen, is dit reden voor afwijzing.

Het valt op dat als de voorzieningenrechter vindt dat de verzoeker een spoedeisend belang heeft, hij bijna nooit motiveert waarom hij dat vindt. Van de verzoeken waarin een spoedeisend belang wordt aangenomen, wordt maar in één op de twintig uitspraken gemotiveerd waarom een spoedeisend belang aanwezig wordt geacht.

De tweede en derde stap: rechtmatigheidstoetsing en belangenafweging

Als de voorzieningenrechter een spoedeisend belang aanwezig acht, is het vervolgens de vraag of het verzoek om voorlopige voorziening, gezien de inhoud van het bestreden besluit en de belangen van verzoeker, bestuur en eventuele derden, moet

57. V zr. Rb. Assen 7 juni 2005, 05/409 BESLU; V zr. Rb. Utrecht 27 juni 2005, 05/1416 VV.

58. V zr. Rb. Den Haag 14 maart 2005, 05/103 AW; V zr. Rb. Den Haag 22 maart 2005, 05/872 AW; V zr. Rb. Den Haag 30 maart 2005, 05/1484 ZW; V zr. Rb. Den Haag 24 maart 2005, 05/1026 ZW; V zr. Rb. Leeuwarden 15 februari 2005, 05/31 WWB; V zr. Rb. Utrecht 7 maart 2005, 05/187 VV.

59. V zr. Rb. Den Haag 24 februari 2005, 05/923 WW44; V zr. Rb. Den Haag 3 maart 2005, 05/850 WOW44; V zr. Rb. Den Haag 29 maart 2005, 05/616 WOB; V zr. Rb. Den Haag 9 maart 2005, 05/651 WW44; V zr. Rb. Breda 1 juni 2005, 05/6/1487 VV; V zr. Rb. Assen 7 februari 2005, 05/52 BSTPL.

60. V zr. Rb. Den Haag 28 februari 2005, 05/348 WWB; V zr. Rb. Leeuwarden 15 maart 2005, 05/95 WW44.

worden toe- of afgewezen. Bij die beoordeling is in beginsel zowel plaats voor een voorlopig rechtmatigheidsoordeel als voor een belangenafweging.

Als wordt gekeken naar de wijze waarop voorzieningenrechters in hun uitspraken verslag doen van hun zoektocht naar het antwoord op de vraag of het aan hen voorgelegde verzoek voor toewijzing in aanmerking komt, valt op dat in de overgrote meerderheid van de uitspraken nauwelijks of niet gewag wordt gemaakt van de voorlopigheid van die beoordeling. In zo'n 85% van de uitspraken is (afgezien van de aan het begin van de motivering te vinden standaardoverwegingen) uit de wijze waarop de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt getoetst, op geen enkele wijze te merken dat het om een voorlopig oordeel gaat. De inzet van de voorzieningenrechter lijkt in die uitspraken om tot een zo volledig mogelijke beoordeling van de rechtmatigheid van het aangevochten besluit te komen, als betrof het de beoordeling in beroep van een in bezwaar genomen besluit.

Meestal slaagt de voorzieningenrechter in die opzet, en komt hij – zonder dat hij enig voorbehoud maakt – tot de conclusie dat het bestreden besluit rechtmatig is en er dus geen reden is voor het treffen van de gevraagde voorziening. Ook als de voorzieningenrechter voor een voorzichtiger benadering kiest, is zijn conclusie meestal dat hij aan het bestreden besluit niets onrechtmatigs kan ontdekken. In beide gevallen zal hij het verzoek om voorlopige voorziening afwijzen.

Constateert de voorzieningenrechter – al dan niet met een slag om de arm – dat er gebreken aan het bestreden besluit zijn te onderkennen, dan is de vraag aan de orde of die aanleiding moeten zijn voor het treffen van een voorlopige voorziening. Die vraag wordt op drie manieren beantwoord.

Het eerste (en meest voorkomende) antwoord is duidelijk, maar eigenlijk te kort door de bocht. Het luidt: 'Omdat het bestreden besluit gebreken vertoont en om die reden niet rechtmatig is, zie ik aanleiding het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening te honoreren.' Bij lezing van een dergelijke overweging kan gemakkelijk de gedachte opkomen dat de betreffende voorzieningenrechter, zodra hij heeft geconstateerd dat het bestreden besluit gebreken vertoont, het honoreren van een verzoek om voorlopige voorziening ziet als een automatisme. Dat is het uiteraard niet.

De constatering dat het bestreden besluit gebreken vertoont, kan nooit meer zijn dan de eerste stap op weg naar de beslissing over het al dan niet treffen van een voorlopige voorziening. Steeds zal ook de vraag moeten worden gesteld of het gebrek in het door het bestuur nog te nemen besluit op bezwaar kan worden hersteld. Naarmate de voorzieningenrechter daar meer over twijfelt, en naarmate het belang van de verzoeker bij het treffen van de gevraagde voorziening groter is, zal er eerder aanleiding zijn de voorziening te treffen. De onrechtmatigheid van een primaire beslissing van het bestuur kan op zichzelf nooit een voldoende reden zijn voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Omdat voorzieningenrechters veelvuldig de beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening als automatisme laten volgen op de constatering dat het bestreden besluit gebreken vertoont, kan het bijna niet anders dan dat wel is nagedacht over de kans op herstel en de zwaarte van de belangen van verzoeker, maar dat de voorzieningenrechter ervoor kiest die overwegingen niet in zijn uitspraak op te nemen.

Het tweede mogelijke antwoord luidt dat de gebreken die het bestreden besluit vertoont, in het besluit op bezwaar kunnen worden hersteld, en dat er daarom geen reden is om een voorziening te treffen. Soms wordt dit oordeel onderbouwd, soms ook niet, maar steeds blijkt uit het feit dat de voorzieningenrechter tot die conclusie komt, dat hij zich een oordeel heeft gevormd over de vraag of de gebreken in het bestreden besluit hersteld kunnen worden in het besluit op bezwaar.

Het derde mogelijke antwoord is dat een belangenafweging nodig is om te bepalen of de gebreken die in het besluit zijn geconstateerd, al dan niet moeten leiden tot het treffen van een voorlopige voorziening. De belangenafweging kan tot twee uitkomsten leiden: toewijzing of afwijzing van het verzoek.

Hoe vaak worden de verschillende antwoorden gegeven, en welke consequenties worden er aan verbonden? In de volgende tabel is dat te zien.

Tabel 3.8 Beoordeling van gebrekkige besluiten door de voorzieningenrechter

Uitkomst	%
Besluit gebrekkig, leidt zonder meer tot een voorlopige voorziening	45%
Besluit gebrekkig, maar onvoldoende voor het treffen van een voorlopige voorziening	21%
Besluit gebrekkig, belangenafweging leidt tot conclusie: geen voorlopige voorziening	11%
Besluit gebrekkig, belangenafweging leidt tot een voorlopige voorziening	23%
Totaal	100%
N	53

Uit de tabel blijkt dat als de rechter constateert dat het ter discussie staande besluit gebreken vertoont, hij in bijna de helft van de gevallen daaraan zonder meer de conclusie verbindt dat een voorlopige voorziening moet worden getroffen. In een op de vijf gevallen komt hij tot de conclusie dat er onvoldoende aanleiding is voor het treffen van een voorziening. In één op de drie gevallen besluit hij dat een belangenafweging uitkomst moet bieden. Als het tot een belangenafweging komt, valt die twee keer zo vaak uit ten gunste van de verzoeker als ten gunste van het bestuur (en de eventuele derden).

Omdat de constatering dat een besluit van het bestuur gebreken vertoont, niet zonder meer als consequentie heeft dat een voorlopige voorziening wordt getroffen, kunnen de besluiten die de voorzieningenrechter beoordeelt, in drie categorieën worden verdeeld. De eerste categorie betreft de besluiten waaraan de voorzieningenrechter geen gebreken kan ontdekken, met als gevolg dat geen voorziening wordt getroffen. De tweede en derde categorie betreffen besluiten waarin de voorzieningenrechter wel gebreken ontwaart. De tweede categorie bevat de besluiten waar hij,

ondanks het gebrek, geen reden ziet tot het treffen van een voorlopige voorziening, de derde categorie bevat de gebrekkige besluiten waar een voorziening wordt getroffen. In de volgende tabel is te zien hoe vaak de drie uitkomsten zich voordoen bij de verschillende soorten besluiten waarover de voorzieningenrechter oordeelt.

Tabel 3.9 Uitkomst beoordeling besluiten door de voorzieningenrechter

Uitkomst	Aard van de zaak					
	Bouw	Hand- having	Sociale zkh	Ambte- naren	Overig	Totaal
Besluit rechtmatig, derhalve geen reden voor vv	52%	43%	67%	55%	76%	61%
Besluit vertoont gebreken, maar geen reden voor vv	24%	9%	12%	18%	4%	13%
Besluit vertoont gebreken, wel reden voor vv	24%	48%	21%	27%	20%	26%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	25	23	52	11	25	136

In de tabel is te zien dat in zes van de tien verzoeken die de voorzieningenrechter inhoudelijk beoordeelt, het verzoek wordt afgewezen omdat de rechter het besluit rechtmatig acht. In vier van de tien gevallen is hij niet overtuigd van de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Twijfel over de houdbaarheid van het bestreden besluit leidt twee van de drie keer tot het treffen van een voorlopige voorziening. In de tabel is al te zien dat er een verband is tussen de aard van het bestreden besluit en de vraag of bij twijfel al dan niet tot het treffen van een voorziening wordt besloten. Het verband wordt in de volgende tabel nog wat duidelijker naar voren gehaald.⁶¹

61. In de vergelijking tussen de verschillende soorten besluiten zijn de ambtenarenzaken en de categorie overige zaken niet meer opgenomen, omdat daar te weinig zaken waren waarin de voorzieningenrechter constateerde dat het besluit gebreken vertoonde (respectievelijk vijf en zes zaken) om een zinvolle vergelijking te kunnen maken.

Tabel 3.10 Hoe vaak leiden gebreken in besluiten tot het treffen van een voorlopige voorziening?

Leidt het in het besluit geconstateerde gebrek tot het treffen van een vv?	Aard van de zaak			
	Bouw	Handhaving	Sociale zekerheid	Totaal
Nee	50%	15%	36%	33%
Ja	50%	85%	64%	67%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	12	13	17	42

In de tabel komt het verband tussen de aard van het bestreden besluit en de kans dat bij twijfel aan de rechtmatigheid van het besluit een voorziening wordt getroffen, duidelijk naar voren. Bij bouwzaken is de kans één op één, bij socialezekerheidszaken één op twee, bij handhavingszaken één op zes. Voor handhavingszaken geldt dus dat twijfel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit sneller in het voordeel van de verzoeker uitvalt dan bij socialezekerheidszaken of bouwzaken.

Totaalbeeld uitkomst

Nu we hebben gezien welke stappen de voorzieningenrechter zet bij de beoordeling van de aan hem voorgelegde verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar, en tot welke uitkomsten dat leidt, kijken we ten slotte naar het totaalbeeld van de inhoudelijke beoordeling. De vraag die daarbij opkomt, is of er verschillen zijn tussen de voorzieningenrechters van verschillende rechtbanken, en of het voor de uitkomst van de beoordeling iets uitmaakt op wat voor soort besluit het verzoek om voorlopige voorziening betrekking heeft.

Tussen rechtbanken blijken zich in het geheel geen verschillen voor te doen. De kans dat een verzoek wordt toegekend, is voor alle vijf de rechtbanken gelijk. Ook maakt het nauwelijks uit of bij het geschil in het kader waarvan het verzoek is gedaan, twee of drie partijen zijn betrokken.⁶²

Verschillen zijn er wel voor wat betreft de aard van het besluit waar het verzoek betrekking op heeft, zoals in de volgende tabel is te zien.

62. Zijn er twee partijen bij betrokken, dan is de kans op toewijzing 28%, zijn er drie partijen bij betrokken, dan is de kans op toewijzing 24%.

Tabel 3.11 Uitkomst inhoudelijke beoordeling door de voorzieningenrechter

Uitkomst	Aard van de zaak					
	Bouw	Hand- having	Sociale zkh	Ambte- naren	Overig	Totaal
Verzoek afgewezen	73%	54%	76%	75%	79%	73%
Verzoek toegewezen	27%	46%	24%	25%	21%	27%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	26	24	52	12	25	139

Uit de tabel blijkt dat het voor de kans dat een verzoek om voorlopige voorziening wordt toegewezen nauwelijks uitmaakt wat voor soort besluit het betreft, met één uitzondering: als een verzoek is gericht tegen een handhavingsbesluit, is de kans dat het wordt toegewezen, aanzienlijk groter dan bij de andere categorieën besluiten. Dat doet vermoeden dat de aard en de impact van de gevraagde voorziening van invloed is op de kans op toekenning ervan; immers, de in handhavingszaken gevraagde voorziening is in de regel niet verstrekkelijk ('Wilt u nog een paar weken wachten met de toepassing van bestuursdwang?') en van de aanwezigheid van derden is zelden sprake.⁶³

Wat voor voorzieningen worden getroffen?

Eerder in dit hoofdstuk hebben we gezien dat, gemeten naar de inhoud van het verzoek, drie soorten verzoeken om voorlopige voorziening kunnen worden onderscheiden. Het verzoek kan inhouden: ergens een voorschot op nemen, zorgen voor behoud van de status quo of uitstel bewerkstelligen. Als wordt gekeken naar de gehonoreerde verzoeken,⁶⁴ dan blijkt dat het in 63% van de getroffen voorzieningen gaat om het verlenen van uitstel, in 21% om behoud van de status quo en dat in 11% van de voorzieningen ergens een voorschot op wordt genomen (de betreffende voorzieningen hielden in dat het circus mocht optreden, dat de uitkeringsgerechtigde met vakantie mocht, dat de geweigerde uitkering diende te worden toegekend en dat aan de aanvrager een voorschot van € 2000 moest worden verstrekt).⁶⁵ De overige 5% van de getroffen voorzieningen hield in dat het bestuur werd verplicht binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen.

63. In beginsel is het uiteraard heel goed mogelijk dat derden zijn betrokken in geschillen over handhaving, maar van de 24 in de tabel voorkomende uitspraken betreffende handhaving, zijn er slechts twee waarvoor geldt dat drie partijen bij het geschil zijn betrokken.

64. N = 38.

65. Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2005, 05/01719 BESLU; Vzr. Rb. Breda 13 juni 2005, 05/1631 WWB VV; Vzr. Rb. Den Haag 22 maart 2005, 05/681 WWB; Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2005, 05/1027 WW.

Duur van de getroffen voorziening

Als de voorzieningenrechter een verzoek honoreert, moet hij tevens beslissen voor hoe lang de voorziening duurt die hij treft. Als hij daarover niets in het dictum van zijn uitspraak vermeldt, geldt de getroffen voorziening totdat de termijn voor het instellen van beroep is verstreken (art. 8:85 lid 2 sub a Awb). Tot welk moment laten voorzieningenrechters de door hen getroffen voorzieningen voortduren? In de volgende tabel is dat te zien. Onderscheiden wordt tussen voorzieningen die duren tot maximaal twee weken nadat het bestuur de beslissing op het bezwaar heeft genomen, en voorzieningen die tot vier weken of langer doorlopen.⁶⁶

Tabel 3.12 Duur van de getroffen voorlopige voorziening

Duur van de getroffen voorziening	Rechtbank					
	Assen	Breda	Leeuwarden	Den Haag	Utrecht	Totaal
Tot ten hoogste 2 weken na besluit op bezwaar	0%	67%	87,5%	0%	0%	29%
Tot 4 weken of langer na het besluit op bezwaar	100%	33%	12,5%	100%	100%	71%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	6	6	8	10	8	38

In de tabel zijn voor het eerst aanzienlijke verschillen tussen rechtbanken te zien. Drie rechtbanken laten de voorzieningen die ze treffen altijd ten minste tot vier weken na het besluit op bezwaar doorlopen; bijna zonder uitzondering gaat het daarbij om voorzieningen die voor de duur van zes weken worden getroffen. De andere twee rechtbanken kiezen meestal voor een periode van twee weken. Worden alle rechtbanken tezamen genomen, dan is te zien dat in drie van de tien gevallen een voorziening van relatief beperkte duur wordt getroffen, en in zeven van de tien gevallen een voorziening met een relatief lange duur.

Het besluit op bezwaar van het bestuur

De uitspraak van de voorzieningenrechter vormt een markant punt in de bezwaarprocedure, maar doet er niet aan af dat het bestuur nog een beslissing op het bezwaar moet nemen. Hoe verloopt de bezwaarprocedure nadat de voorzieningenrechter een uitspraak heeft gedaan op een verzoek om voorlopige voorziening?

Die vraag is met name van belang voor die besluiten waarvoor geldt dat de voorzieningenrechter het verzoek heeft gehonoreerd. In hoeverre laat het bestuur zich bij

66. Onder de 38 getroffen voorzieningen was er geen met een duur van tussen de twee en vier weken.

het op het bezwaar te nemen besluit dan leiden door het feit dat het verzoek om voorlopige voorziening is toegewezen?

Onder de bij de vijf rechtbanken verzamelde uitspraken zijn er 38 die de toewijzing van een in het kader van de bezwaarprocedure gevraagde voorlopige voorziening inhouden. Van 27 van die uitspraken (afkomstig van de rechtbanken Assen, Den Haag, Leeuwarden en Utrecht) is een aantal gegevens verzameld over het vervolg van de bezwaarprocedure.⁶⁷ Daarnaast zijn gegevens verzameld over 20 van de 21 uitspraken van de Leeuwarder voorzieningenrechter die de afwijzing van het verzoek inhielden.⁶⁸ Wat komt uit die gegevens naar voren?

In de eerste plaats blijkt dat een toegewezen verzoek om voorlopige voorziening allerminst een garantie biedt voor de gegrondverklaring van het bezwaar. Voorzover het bestuursorgaan na de toewijzing van het verzoek de besluitvorming naar aanleiding van het bezwaar had afgerond,⁶⁹ werd het bezwaar elf keer ongegrond verklaard en tien keer gegrond. In één geval was vanwege de situatie die na de beslissing van de bestuursrechter was ontstaan, geen besluit op het bezwaar meer nodig.

In de tweede plaats volgt het besluit op bezwaar niet heel snel na de beslissing van de voorzieningenrechter. Waar tussen het bestreden besluit en de beslissing van de voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening te treffen gemiddeld ruim acht weken liggen,⁷⁰ verstrijken er vervolgens nog negen weken voordat het bestuursorgaan op het bezwaar beslist.⁷¹

Het valt op dat als het bestuur het bezwaar tegen een besluit ter zake waarvan een voorlopige voorziening is getroffen, ongegrond verklaart, tegen dat besluit nogal eens beroep wordt ingesteld. Van de twaalf ongegrondverklaringen leidden er zeven tot een beroepsprocedure. Dat doet vermoeden dat een bezwaarmaker die eerst een positief signaal van de voorzieningenrechter heeft gekregen, maar vervolgens van het bestuur nul op het rekest krijgt, minder snel bereid zal zijn de negatieve uitkomst van de bezwaarprocedure te accepteren dan iemand waarvoor geldt dat eerst zijn verzoek om voorlopige voorziening is afgewezen en vervolgens zijn bezwaar ongegrond is verklaard.

Of dat vermoeden juist is, kunnen we bekijken aan de hand van een vergelijking tussen enerzijds de situatie dat het verzoek is toegewezen en het bezwaar vervolgens ongegrond is verklaard, en anderzijds de situatie dat de ongegrondverklaring van het bezwaar volgt op de afwijzing van het verzoek om voorlopige voorziening. Een dergelijke vergelijking is mogelijk omdat voor één rechtbank (Leeuwarden) niet alleen het verloop van de bezwaarprocedure na de toewijzing van een verzoek om voorlopige voorziening is geanalyseerd, maar ook het verloop van de bezwaarprocedure na de afwijzing van het verzoek.

67. Assen: vijf van de zes; Breda: nul van de zes; Leeuwarden: zes van de acht; Den Haag: tien van de tien; Utrecht: zes van de acht.

68. De gegevens zijn verzameld middels telefonische interviews met de procesvertegenwoordiger van het betreffende bestuursorgaan.

69. Op het moment van onderzoek was dat voor 21 van de 27 afwijzingen het geval.

70. De mediaan is: 7 weken (N = 19).

71. De mediaan is: 7,5 weken (N = 20).

In de volgende tabel worden de twee situaties met elkaar vergeleken.

Tabel 3.13 Reactie op ongegrond bezwaar na voorlopige voorzieningsprocedure

Beroep ingesteld?	Uitkomst procedure	
	Verzoek afgewezen, bezwaar ongegrond	Verzoek toegewezen, bezwaar ongegrond
Nee	77%	42%
Ja	23%	58%
Totaal	100%	100%
N	13	12

$\text{Tau-b} = .36, p = .06^{72}$

Uit de tabel kan worden opgemaakt dat het ongegrond verklaren van een bezwaar nadat hangende de bezwaarprocedure een voorlopige voorziening is getroffen, een conflictopwekkend effect heeft. Waar de ongegrondverklaring van een bezwaar, als die volgt op de afwijzing van een verzoek om voorlopige voorziening, in minder dan 25% van de gevallen tot een beroepsprocedure leidt, zorgt de ongegrondverklaring van een bezwaar, volgend op de toewijzing van een verzoek om voorlopige voorziening, in ruim de helft van de gevallen voor een voortzetting van het geschil, in de vorm van een beroepsprocedure. Hoe succesvol de groep ‘teleurgestelde bezwaarmakers die het er niet bij laten zitten’ is, is niet bekend, maar als het bestuur de voorzieningenrechter in zijn besluit op bezwaar niet volgt, kan het er van op aan dat het in veel gevallen met een beroepsprocedure te maken krijgt.⁷³

3.6 Beoordeling van verzoeken hangende beroep

De behandeling en beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep vindt in beginsel op dezelfde wijze plaats als verzoeken die in het kader van

72. In tabellen waarin het verband tussen twee variabelen aan de orde is, kan de sterkte van het verband worden uitgedrukt met behulp van Kendalls Tau-b. Daarbij geldt dat het verband tussen de beide variabelen sterker is, naarmate de waarde van Tau-b dichter bij 1 ligt. De p-waarde zegt vervolgens iets over de vraag of het gevonden verband significant is. Daarbij geldt dat als $p < .10$, de kans dat het gevonden verband op toeval berust, kleiner is dan 10%. Als $p < .05$, is de kans dat het gevonden verband op toeval berust, kleiner dan 5% en als $p < .01$, is de kans dat het gevonden verband op toeval berust, kleiner dan 1%. Zie: W.P. van den Brink & P. Koele, Statistiek, deel 3, Toepassingen, Meppel: Boom 1998, p. 14-17 en p. 118.

73. Er is ten minste één relativering te maken bij dit verhaal. Die betreft de dertien zaken waarin het verzoek om voorlopige voorziening is afgewezen en het bezwaar ongegrond is verklaard. Het betreft uitsluitend zaken die afkomstig zijn van de rechtbank Leeuwarden. Vooronderstelling bij het bovenstaande verhaal is derhalve dat de reactie van justitiabelen die hebben geprocedeerd bij de rechtbank Leeuwarden niet noemenswaardig afwijkt van die van justitiabelen die bij andere rechtbanken hebben geprocedeerd. Overigens is het gevonden verband statistisch significant.

de bezwaarprocedure worden gedaan, maar er is een belangrijk verschil. Als de voorzieningenrechter een oordeel velt over een besluit waar een bezwaarprocedure tegen aanhangig is, betreft dat per definitie een voorlopig oordeel. Als de voorzieningenrechter wordt gevraagd een voorlopige voorziening te treffen ter zake van een besluit waar beroep tegen loopt, heeft hij de bevoegdheid om, op het moment dat hij beslist op het verzoek, ook te beslissen op het beroep. De bevoegdheid is neergelegd in artikel 8:86 Awb en wordt in het bestuursrechtelijke jargon 'kortsluiting' genoemd.

Behandeling ter zitting?

Verzoeken om voorlopige voorziening die hangende beroep worden gedaan, worden in overgrote meerderheid ter zitting behandeld, zij het net iets minder talrijk dan verzoeken hangende bezwaar. Van de verzoeken die in beroep worden gedaan, is 79% ter zitting behandeld.⁷⁴ Net als bij verzoeken in bezwaar zijn ook in beroep partijen bijna altijd ter zitting aanwezig; het bestuursorgaan in 95% van de gevallen, de verzoeker zelfs in 97% van de gevallen.⁷⁵

Inhoudelijke beoordeling

De mogelijkheid om het verzoek om voorlopige voorziening en het beroep kort te sluiten, heeft als consequentie dat de voorzieningenrechter bij de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening in beroep een extra beslissing moet nemen: 'Zal ik van mijn kortsluitingsbevoegdheid gebruik maken?' Maar voordat hij aan die vraag toekomt, dient hij te beoordelen of de verzoeker een spoedeisend belang heeft bij het treffen van de gevraagde voorziening.

De eerste stap: spoedeisendheid

Net als bij verzoeken om voorlopige voorziening die in bezwaar worden gedaan, fungeert het spoedeisende belang als noodzakelijke voorwaarde voor een daadwerkelijke inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Nog vaker dan bij verzoeken die in het kader van een bezwaarprocedure worden ingediend, acht de voorzieningenrechter bij verzoeken hangende beroep een spoedeisend belang aanwezig. In maar liefst 95% van de verzoeken die hangende beroep worden gedaan, komt hij tot de conclusie dat sprake is van een spoedeisend belang.

Kijken we nader naar de 5% van de zaken waar de voorzieningenrechter geen spoedeisend belang aanneemt (het betreft overigens niet meer dan vier zaken), dan is te zien dat de reden dat geen spoedeisend belang wordt aangenomen, slechts één keer is dat de voorzieningenrechter de belangen aantasting niet groot genoeg vindt.⁷⁶ Daar tegenover staan drie gevallen waarvoor geldt dat geen spoedeisend belang wordt aangenomen omdat de verzoeker niet hoeft te vrezen dat zich op korte

74. Als art. 8:86 Awb wordt toegepast, heeft bijna altijd een behandeling ter zitting plaatsgevonden. Slechts in drie van de 58 uitspraken waarin werd kortgesloten, was dit niet het geval. Het betrof in alle drie de gevallen een beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2 sub b juncto 6:12 Awb; Vzr. Rb. Leeuwarden 23 februari 2005, 05/1 WWB en 05/02 WWB; Vzr. Rb. Leeuwarden 23 februari 2005, 05/42 WWB; Vzr. Rb. Leeuwarden 1 april 2005, 05/226 en 05/277).

75. N = 64.

76. Vzr. Rb. Assen 4 maart 2005, 05/114 AW: spoedeisend belang wordt uit het beroep- annex verzoekschrift niet duidelijk.

termijn een belangen aantasting zal voordoen.⁷⁷ De conclusie kan derhalve zijn dat de voorzieningenrechter zelden (in dit onderzoek: in 1% van de gevallen) een verzoek om voorlopige voorziening afwijst omdat hij vindt dat het besluit op bezwaar een te geringe belangen aantasting inhoudt.

De tweede stap: wel of niet kortsluiten?

Zoals gezegd bezit de voorzieningenrechter de bevoegdheid om een hangende beroep gedaan verzoek om voorlopige voorziening kort te sluiten met het daar mee samenhangende beroep. Hoe vaak maken voorzieningenrechters gebruik van hun kortsluitingsbevoegdheid? Voor de in eerste aanleg oordelende voorzieningenrechter geldt: toepassing van artikel 8:86 Awb is regel, afzien daarvan is uitzondering.

Voor een aantal van de ten behoeve van dit preadvies aangelegde verzameling van ruim 76 uitspraken, die een verzoek om voorlopige voorziening betreffen dat hangende beroep is gedaan en dat inhoudelijk door de voorzieningenrechter is beoordeeld, geldt dat de aard van het geschil of de uitkomst van de beoordeling van het verzoek uitsluit dat de voorzieningenrechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot kortsluiting. Het gaat om verzoeken waarover de voorzieningenrechter oordeelt dat van een spoedeisend belang geen sprake is, en om verzoeken die niet zijn gericht op de schorsing van een besluit van het bestuur, maar op de opheffing van de schorsende werking van het tegen dat besluit ingestelde beroep.

Worden die zaken buiten beschouwing gelaten, is de verdeling tussen zaken waarin wel en niet wordt kortgesloten: 87% versus 13%. Met andere woorden: in ongeveer zes van de zeven verzoeken om voorlopige voorziening die hangende een beroepsprocedure worden gedaan, besluit de voorzieningenrechter verzoek en beroep kort te sluiten.⁷⁸

De vraag die opkomt, is op grond van welke overwegingen de voorzieningenrechter beslist om wel of juist niet kort te sluiten. Opvallend is dat als de voorzieningenrechter besluit om kort te sluiten, hij die beslissing slechts motiveert met een verwijzing naar de tekst van artikel 8:86 Awb, waarin te lezen valt dat de voorzieningenrechter van die bevoegdheid gebruik kan maken als nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Dergelijke motiveringen hebben geen enkele informatieve waarde.

Als de bestuursrechter afziet van het gebruik van de kortsluitingsbevoegdheid, motiveert hij dat soms wel. Van de negen onderzochte zaken waarin niet werd kortgesloten, zijn er vijf waarin wordt aangegeven waarom van kortsluiting is afgezien. Twee keer is de reden dat partijen hebben aangegeven nog met stukken te willen komen,⁷⁹ drie keer wordt in de uitspraak heel in het algemeen gemeld dat er nog te

77. V zr. Rb. Assen 1 april 2005, 05/110 GEMWT: bestuursorgaan is bereid om hangende de beroepsprocedure af te zien van het toepassen van bestuursdwang; V zr. Rb. Assen 30 maart 2005, 05/227 WRO: bouwactiviteiten zullen nog niet worden gestart; V zr. Rb. Utrecht 3 maart 2005, 05/139 VV: bestreden besluit bevat noch een lastgeving, noch een begunstigingstermijn; aan het besluit wordt geen ander gevolg verbonden dan dat verzoeker in strijd heeft gehandeld met de Opiumwet.

78. N = 67.

79. V zr. Rb. Breda 25 maart 2005, 05/795 WWB VV; V zr. Rb. Breda 22 maart 2005, 05/585 WW VV.

veel onduidelijkheden zijn om tot een definitief oordeel te komen.⁸⁰ In vier van de negen zaken wordt niet gemotiveerd waarom geen gebruik is gemaakt van de kortsluitingsbevoegdheid.⁸¹

Als de voorzieningenrechter artikel 8:86 Awb toepast, resulteert de gezamenlijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening en het beroep in een uitspraak op het beroep. In 31% van de kortgesloten verzoeken luidt de uitspraak op het beroep: 'Gegrond', in 69%: 'Ongegrond'.⁸² Die verdeling wijkt nauwelijks af van de uitkomst van beroepsprocedures in het algemeen.⁸³ Voorzover er aanleiding zou kunnen zijn te veronderstellen dat een kortere behandelingsduur van een beroep gevolgen heeft voor de kans dat dat beroep gegrond of juist ongegrond wordt verklaard, is in de uitkomst van kortgesloten verzoeken om voorlopige voorziening daarvoor geen steun te vinden.

De derde en vierde stap: rechtmatigheidstoetsing en belangenafweging

Het zou interessant zijn te analyseren hoe de voorzieningenrechter tot een beslissing komt op de hangende beroep gedane verzoeken om voorlopige voorziening die hij niet kortsluit, en in hoeverre zijn oordeelsvorming afwijkt van die inzake verzoeken die hangende bezwaar zijn gedaan. Omdat voorzieningenrechters zo veelvuldig gebruik maken van hun kortsluitingsbevoegdheid, zijn slechts negen uitspraken voor analyse beschikbaar, bij lange na niet genoeg om daar enigszins betrouwbare uitspraken over te doen. De rechtmatigheidstoetsing en belangenafweging door de voorzieningenrechter inzake verzoeken die hangende beroep worden gedaan, blijft hier dan ook onbesproken.

3.7 Conclusie

Wat zijn de belangrijkste bevindingen die naar voren komen uit de beschrijving in dit hoofdstuk van de afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening door de voorzieningenrechters van de rechtbank?

Een eerste constatering is dat een substantieel deel van het werk van de in eerste aanleg oordelende bestuursrechter bestaat uit de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening. Een op de vijf zaken die hij te behandelen krijgt, betreft een verzoek om voorlopige voorziening. De wijze waarop rechtbanken omgaan met de verzoeken die bij hen binnenkomen, is daarmee een bepalende factor in het functioneren van de rechtsbescherming door de bestuursrechter.

De term die wellicht het beste omschrijft hoe voorzieningenrechters de aan hen voorgelegde verzoeken benaderen, is 'royaal'. Dat komt met name tot uitdrukking in de beoordeling van het voor het treffen van een voorlopige voorziening vereiste spoed-

80. Vzr. Breda 23 maart 2005, 05/501 WWB VV; Vzr. Rb. Breda 15 juni 2005, 05/1778 WWB VV; Vzr. Rb. Assen 24 juni 2005, 05/614 BESLU.

81. Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2005, 05/184 WW44; Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2005, 05/1028 WW44; Vzr. Rb. Breda 27 juni 2005, 05/1758 WRO VV; Vzr. Rb. Breda 30 juni 2005, 05/1483 WRO VV.

82. N = 18; N = 40.

83. Daar is de verdeling tussen gegronde en ongegronde beroepen 36% versus 64%. Zie Marseille 2004, p. 179.

eisende belang. Voorzieningenrechters vinden bijna nooit dat daar geen sprake van is, en verschaffen de verzoekers daarmee royaal toegang tot hun oordeel over de vraag of het verzoek voor inwilliging in aanmerking komt.

Royaal zijn voorzieningenrechters ook in andere opzichten. In een efficiënte afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening wordt veel tijd gestoken. Dat valt niet alleen af te leiden uit het feit dat voorzieningenrechters er meestal in slagen de verzoeken binnen (relatief) korte tijd af te handelen, maar ook uit het feit dat bijna elk verzoek dat een inhoudelijke beoordeling waard wordt geacht, ter zitting wordt behandeld en wordt voorzien van een uitvoerig gemotiveerde, op schrift gestelde uitspraak. En wordt een verzoek gehonoreerd, dan is de voorzieningenrechter ook royaal voor wat betreft de periode waarvoor de voorziening zal gelden. Verzoekers hoeven zich dan ook geen zorgen te maken over de status die hun verzoeken bij de rechtbank hebben, ten opzichte van die van reguliere beroepszaken. Voorzieningenrechters lijken in geen enkel opzicht geneigd zich minder serieus te verdiepen in een verzoek om voorlopige voorziening dan in een gewone beroepszaak.

Misschien graven ze zelfs wel iets te diep, of niet op de juiste plek. Want de wijze waarop de voorzieningenrechter beoordeelt of al dan niet een voorziening moet worden getroffen, wijkt nauwelijks af van de rechterlijke oordeelsvorming – in het kader van een reguliere beroepsprocedure – over de vraag of een besluit al dan niet moet worden vernietigd. Ook bij de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening concentreert de rechter zich vooral op de vraag of het bestreden besluit rechtmatig is. In zekere zin is dat verbazend, omdat in de voorlopige voorzieningsprocedure om iets heel anders wordt verzocht dan in de reguliere beroepsprocedure. Waar de rechter bij de beoordeling van een beroep kan volstaan met het stellen van één vraag ('Is het bestreden besluit al dan niet rechtmatig?') impliceert de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening dat nog een aantal andere vragen wordt gesteld (zoals: 'In welke mate maakt het bestreden besluit inbreuk op de belangen van de verzoeker?', 'In welke mate op eventuele belangen van derden?', 'Hoe groot is het belang van de verzoeker bij de voorziening?' en 'Hoe lang is de periode gedurende welke de eventueel te treffen voorziening zal gelden?'), en bovendien dat het antwoord op die vragen wordt afgewogen tegen de inschatting van de kans dat het bestreden besluit de bezwaar- of beroepsprocedure ongeschonden zal kunnen doorstaan.

In de manier waarop voorzieningenrechters verzoeken om voorlopige voorziening beoordelen, is nauwelijks te merken dat behalve de vraag naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit, ook andere vragen mede bepalend zijn voor de uitkomst van de beoordeling. Het oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit is, hoe voorlopig ook, in de meeste gevallen beslissend voor het antwoord op de vraag of een voorziening moet worden getroffen. Hoezeer de vraag van de verzoeker ook verschilt van de vraag die de indiener van een beroep aan de bestuursrechter voorlegt, de zoektocht naar een antwoord modelleert de voorzieningenrechter in hoge mate naar de beoordeling van een regulier beroep tegen een bestuursbesluit.

Die constatering geldt in de praktijk van de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening overigens voornamelijk de verzoeken die hangende de bezwaarprocedure worden gedaan. Kenmerkend voor de verzoeken die worden ingediend in het kader van een beroepsprocedure is namelijk dat ze bijna allemaal worden kortgeslo-

ten, zodat van een zelfstandige beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening geen sprake is.

Voor de verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar is er met name reden vraagtekens te plaatsen bij een beoordeling als betrof het een reguliere beroepszaak, wanneer te verwachten is dat de periode gedurende welke de – eventueel te treffen – voorlopige voorziening zal gelden, naar verwachting slechts een paar weken beslaat. In die gevallen, en dat zijn er nogal wat, is er voor de voorzieningenrechter alle reden om bij zijn oordeelsvorming meer vragen te betrekken dan alleen die naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit.

Tot slot nog iets over de in zekere zin meest verrassende karakteristiek van het optreden van de voorzieningenrechter. Dat is de consistentie van zijn handelen ten opzichte van dat van zijn collega voorzieningenrechters. Ondanks de afwezigheid van hoger beroep als consistentiebevorderend mechanisme, zijn er geen noemenswaardige verschillen tussen de manier waarop de voorzieningenrechters van de verschillende rechtbanken opereren. Ze toetsen de verzoeken op dezelfde manier en met dezelfde uitkomst, ze sluiten even vaak kort en ze zijn allemaal ongeveer even snel en royaal.

4 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

4.1 Inleiding

Net als in procedures van bezwaar en beroep bestaat ook in hoger-beroepsprocedures de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen. Wie hoger beroep heeft ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak, kan – als hij een spoedeisend belang heeft – de Voorzitter van de Afdeling verzoeken een voorlopige voorziening te treffen, in afwachting van de uitspraak op het hoger beroep.

In dit hoofdstuk wordt bekeken hoe de Afdeling bestuursrechtspraak verzoeken om voorlopige voorziening afhandelt. Nadat een algemeen beeld is geschetst van de hoeveelheid en de aard van de bij de Afdeling ingediende verzoeken, alsmede van de snelheid van afhandeling, zal worden stilgestaan bij de wijze waarop de Voorzitter van de Afdeling zich een oordeel vormt over de vraag of moet worden besloten tot toe- of afwijzing van het verzoek. Daarbij zal blijken dat er aanzienlijke verschillen zijn tussen de wijze waarop enerzijds rechtbanken en anderzijds de Afdeling tot een oordeel over de toewijsbaarheid van een verzoek komt, maar ook tussen de wijze waarop de Afdeling verzoeken van het bestuur beoordeelt, in vergelijking met verzoeken van burgers.

4.2 Algemeen beeld

Omvang van de activiteit van de Afdeling als voorzieningenrechter

Met enige regelmaat wordt de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak benaderd met het verzoek om een voorlopige voorziening te treffen. Zowel in 2003 als in 2004 werd in 13% van de hoger-beroepszaken een verzoek om voorlopige voorziening gedaan.⁸⁴ Dat is aanzienlijk meer dan het aantal verzoeken dat hangende beroepsprocedures bij de rechtbanken wordt gedaan. Daar wordt in ‘slechts’ 7% van de beroepszaken om een voorlopige voorziening verzocht. Eerder zagen we dat de mate waarin in beroepsprocedures voorlopige voorzieningen worden gevraagd, sterk verschilt per deelgebied van het bestuursrecht. Uit cijfers die over de rechtbank Breda beschikbaar waren, bleek dat gemiddeld in 5% van de beroepszaken een

84. Jaarverslag Raad van State 2004, p. 176-177.

verzoek om voorlopige voorziening werd gedaan, terwijl dit percentage voor de zogenaamde ex Arob-zaken het dubbele was. Wanneer derhalve rekening wordt gehouden met het soort zaken dat de Afdeling als hoger-beroepsrechter behandelt (de ex Arob-zaken), is er nauwelijks een verschil te zien tussen beroep en hoger beroep, voor wat betreft de mate waarin om voorlopige voorzieningen wordt verzocht.

Ook in een ander opzicht lijken de verzoeken om voorlopige voorziening in beroep bij de rechtbanken en in hoger beroep bij de Afdeling niet sterk van elkaar te verschillen. Waar van de hangende beroep bij de rechtbank ingediende verzoeken 22% werd ingetrokken, geldt voor de in hoger beroep bij de Afdeling ingediende verzoeken iets soortgelijks. In 2003 werd 19% van de ingediende verzoeken ingetrokken, een jaar later 20%.⁸⁵

Verskillende soorten verzoeken

Een essentieel verschil tussen de verzoeken om voorlopige voorziening die hangende bezwaar of beroep worden ingediend en verzoeken die worden gedaan gedurende de hoger-beroepsprocedure, is dat de verzoeker bij de rechtbank altijd een burger is die beroep heeft ingesteld, terwijl in hoger beroep behalve de burger ook het bestuursorgaan als verzoeker in beeld is, en de burger als verzoeker in nogal verschillende hoedanigheden voor kan komen.

Wanneer wordt gekeken naar het geheel van de verzoeken om voorlopige voorziening hangende hoger beroep, dan zijn ten minste vier soorten verzoekers te onderscheiden.

De eerste categorie wordt gevormd door bestuursorganen wier besluit, dat in beroep bij de rechtbank is aangevochten, door de rechtbank is vernietigd. Zij doen bij de Afdeling een poging die vernietiging ongedaan te maken en in het kader daarvan verzoeken zij de Voorzitter een voorlopige voorziening te treffen, die er bijna zonder uitzondering op is gericht om uitstel te verkrijgen van de verplichting om, als consequentie van de vernietiging van hun besluit en in opdracht van de rechtbank, een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

De andere drie categorieën betreffen alle burgers die zich niet kunnen vinden in de uitkomst van de procedure bij de rechtbank.

De tweede categorie verzoekers wordt gevormd door appellanten die het niet eens zijn met een besluit van het bestuur en wier beroep door de rechtbank ongegrond is verklaard. Zij doen bij de Afdeling een tweede poging om het besluit vernietigd te krijgen, en in het kader daarvan verzoeken zij de Voorzitter om een voorlopige voorziening.

De derde categorie betreft appellanten wier beroep bij de rechtbank tegen een besluit van het bestuur weliswaar gegrond is verklaard, maar voor wie geldt dat de procedure bij de rechtbank toch niet (helemaal) heeft gebracht wat ze er van verwachtten. Ondanks het gegrond verklaren van hun beroep, heeft de rechtbank hen niet op alle punten in het gelijk gesteld. Ze willen nog meer gelijk krijgen dan ze

85. Jaarverslag Raad van State 2004, p. 177.

van de rechtbank al hebben gekregen. Soms doen ze hun verzoek om voorlopige voorziening direct bij het instellen van het hoger beroep.

Een voorbeeld biedt de procedure waarin de vraag aan de orde was of het college van B&W van Hellevoetsluis handhavend diende op te treden tegen een inwoner die zonder vergunning een carport had gebouwd. Omwonenden hadden om handhaving gevraagd. Het besluit van B&W waarin dat werd geweigerd, was door de rechtbank vernietigd. De rechtbank vond dat B&W de mogelijkheid van legalisatie ten onrechte niet hadden onderzocht. De omwonenden gingen, ondanks dat hun beroep gegrond was verklaard, in hoger beroep, omdat zij vonden dat de rechtbank niet ver genoeg was gegaan. In hun tegelijk met het hoger beroep ingediende verzoek om voorlopige voorziening vragen zij de Voorzitter B&W te gelasten handhavend op te treden.⁸⁶

Maar het komt ook voor dat de appellant pas aanleiding ziet voor een verzoek om voorlopige voorziening op het moment dat het bestuursorgaan heeft voldaan aan de verplichting van de rechtbank om een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Een voorbeeld biedt de procedure waarin de vraag aan de orde was of het college van B&W van Lingewaard terecht een bouwvergunning had verleend. De rechtbank had het besluit tot verlening van de bouwvergunning vernietigd. De omwonenden gingen die uitspraak niet ver genoeg. Ze stelden hoger beroep in, maar deden geen verzoek om voorlopige voorziening. Nadat B&W (gehoor gevend aan de uitspraak van de rechtbank) echter een nieuw besluit op bezwaar hadden genomen, dat opnieuw het verlenen van de bouwvergunning inhield, verzochten appellanten (nadat ze veiligheidshalve tegen het nieuwe besluit zowel beroep als hoger beroep hadden ingesteld) de Voorzitter om ter zake van het nieuwe besluit een voorlopige voorziening te treffen.⁸⁷

Voor de derde categorie geldt dus steeds dat het gaat om appellanten voor wie de vernietiging van het door hen bestreden besluit niet ver genoeg gaat. Het moment waarop men het verzoek om voorlopige voorziening doet, verschilt: soms wordt het gedaan in het kader van het hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak, soms naar aanleiding van het nieuwe besluit van het bestuur.

De vierde categorie betreft personen die zich prima konden vinden in een besluit waartegen door anderen beroep was ingesteld, maar wier rechtspositie – ten gevolge van de gegrondverklaring van dat beroep door de rechtbank – er op achteruit is gegaan of dreigt te gaan. Met het instellen van hoger beroep en het verzoek om een voorlopige voorziening proberen ze de negatieve gevolgen van de rechtbankuitspraak te redresseren.

Welk aandeel hebben de verschillende soorten verzoeken in het totaal van de voorlopige voorzieningen? In de volgende tabel is dat te zien.

86. Vz. ABRvS 25 februari 2005, 20050036/2.

87. Vz. ABRvS 22 februari 2005, 20049662/2.

Tabel 4.1 Vier verschillende soorten verzoekers in hoger beroep

Verzoek	Percentage van het totaal
Bestuursorgaan wiens besluit door rechtbank is vernietigd	24%
Burger die bij rechtbank nul op rekest heeft gekregen	66%
Burger die meer van de rechtbank had gewild	6%
Burger die door de rechtbankuitspraak in een nadeliger positie is geraakt	4%
Totaal	100%
N	221

Uit de tabel blijkt dat tweederde van de verzoeken om voorlopige voorziening in hoger beroep bij de Afdeling wordt gedaan door burgers wier beroep door de rechtbank ongegrond is verklaard. Een kwart van de verzoeken is afkomstig van bestuursorganen, de rest van burgers voor wie het beroep bij de rechtbank niet heeft gebracht wat ze er van verwachtten of die er door de rechtbankuitspraak op achteruit zijn gegaan. Als hierna de verschillende categorieën verzoekers met elkaar zullen worden vergeleken, zullen de laatste twee categorieën veelal worden samengevoegd, niet alleen omdat ze qua aantal slechts van geringe betekenis zijn, maar ook omdat ze zich ten opzichte van de tweede categorie (de ‘Burgers die bij rechtbank nul op rekest hebben gekregen’) op eenzelfde manier onderscheiden: voor de tweede categorie geldt namelijk dat de rechtbankuitspraak geen wijziging heeft gebracht in de rechtspositie van de belanghebbenden bij het bestreden besluit, terwijl dat voor de derde en vierde categorie wel het geval is.

Wat uit de bovenstaande tabel niet naar voren komt, is of er een verschil is tussen burgers en bestuursorganen, voor wat betreft de frequentie waarmee zij in het kader van hun hoger beroep om een voorlopige voorziening verzoeken. Uit eerder onderzoek is bekend dat meer dan 80% van de uitspraken van de Afdeling het hoger beroep betreft van een burger die ontevreden is over de uitspraak van de rechtbank, en minder dan 20% het hoger beroep van het bestuur tegen de vernietiging van zijn besluit door de rechtbank.⁸⁸ Bestuursorganen die hoger beroep hebben ingesteld bij de Afdeling, doen dus relatief iets vaker een verzoek om voorlopige voorziening dan burgers die bij de Afdeling in hoger beroep zijn gegaan. De relatief actieve opstelling van bestuursorganen is echter gemakkelijk te verklaren: als een bestuursorgaan dat hoger beroep heeft ingesteld, uitstel wil van de door de rechtbank opgelegde verplichting een nieuw besluit te nemen, kan het dat alleen krijgen door een verzoek om voorlopige voorziening van die strekking tot de Voorzitter van de Afdeling te richten. Zo bezien is het aantal door bestuursorganen ingediende verzoeken om

88. A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, NJB 2003, p. 1062-1069.

voorlopige voorziening eerder klein dan groot te noemen. In naar schatting niet meer dan een op de zes door het bestuur aanhangig gemaakte hoger-beroepsprocedures wordt verzocht het nieuwe besluit op bezwaar te mogen uitstellen.⁸⁹ Of bestuursorganen in de overige hoger-beroepszaken keurig voldoen aan de verplichting een nieuw besluit op bezwaar te nemen, of dat ze die verplichting juist naast zich neerleggen, is niet bekend.

Op wat voor soort besluiten hebben de bij de Afdeling in hoger beroep ingediende verzoeken om voorlopige voorziening betrekking? De volgende tabel geeft daarvan een beeld, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen reguliere hoger-beroepszaken en verzoeken om voorlopige voorziening.⁹⁰

Tabel 4.2 Reguliere hoger-beroepszaken versus verzoeken om voorlopige voorziening

Aard van de zaak	Soort procedure	
	Reguliere hoger-beroepszaken	Verzoek vv in hoger beroep
Bouw	36%	39%
‘APV’	11%	17%
Handhaving	22%	30%
Schade	8%	3%
Overig	23%	11%
Totaal	100%	100%
N	276	206

Uit de tabel blijkt dat de verzoeken om voorlopige voorziening gedomineerd worden door beslissingen over bouwvergunningen en dat daarnaast veel verzoeken handhavingsbesluiten betreffen. Het opvallendste verschil met de reguliere beroepszaken betreft de categorie ‘overig’. Bij de reguliere hoger-beroepszaken bestaat die voor een groot deel uit geschillen over vergoedingen van kosten voor rechtsbijstand. Omdat ter zake van dat soort besluiten nauwelijks voorlopige voorzieningen worden gevraagd, is die categorie ‘overig’ bij verzoeken om voorlopige voorziening aanzienlijk kleiner.

Een volgende vraag betreft het aantal partijen dat bij de voorlopige voorzieningsprocedure is betrokken. In de volgende tabel is dat te zien.

89. De veronderstelling daarbij is: van de 1820 in 2004 afgedane hoger-beroepszaken betreffen er 364 (20%) het hoger beroep van een bestuursorgaan. Van de 254 afgedane verzoeken zijn 61 (24%) afkomstig van een bestuursorgaan.

90. De cijfers met betrekking tot de reguliere hoger-beroepszaken zijn ontleend aan: Marseille 2003, p. 1062-1069.

Tabel 4.3 Aanwezigheid van derden in voorlopige voorzieningsprocedures bij de Afdeling

Is er een derde bij de procedure betrokken?	Aard van de zaak					
	Bouw	'APV'	Handhaving	Schade	Overig	Totaal
Nee	13%	59%	85%	100%	100%	54%
Ja	87%	41%	15%	0%	0%	46%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	79	34	60	6	21	200

Uit de tabel blijkt dat in ruim de helft van de procedures meer dan twee partijen zijn betrokken. Wordt de voorlopige voorzieningsprocedure vergeleken met de reguliere hoger-beroepsprocedure, dan is te zien dat het aandeel van procedures met derden bij voorlopige voorzieningen een stuk groter is dan bij reguliere hoger-beroepsprocedures, waar het in 'slechts' 31% van de gevallen om meerpartijengeschillen gaat. De verhouding tussen procedures met twee en meerdere partijen verschilt sterk voor de verschillende categorieën zaken. In bouwzaken zijn er nauwelijks procedures met maar twee partijen, in handhavingszaken is het precies andersom. In de categorieën 'schade' en 'overig' zijn er zelfs in het geheel geen geschillen met meer dan twee partijen.

Tijdsbeslag

Hoeveel tijd is er gemoeid met de afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening in het kader van de hoger-beroepsprocedure bij de Afdeling? De uitspraken op de bij de Afdeling ingediende verzoeken geven daarvan een nauwkeurig beeld, omdat in elke uitspraak precies staat aangeven wanneer welke proceshandeling is verricht.

Uit al die cijfers blijkt in de eerste plaats dat de verzoekers hun hoger beroep gemiddeld vier weken na de uitspraak van de rechtbank indienen.⁹¹ Dat is minder snel dan bezwaarmakers of indieners van beroep bij de rechtbank die om een voorlopige voorziening vragen. Daar staat tegenover dat de verzoekers veel sneller na het indienen van hun hoger beroep met het verzoek om voorlopige voorziening komen: gemiddeld twee weken nadat het hoger beroep is ingesteld.⁹² Dat die periode korter is dan in bezwaar- en beroepsprocedures, kan met name worden toegeschreven aan het feit dat verzoekers veelvuldig hun verzoek tegelijkertijd met het hoger beroep doen. Maar liefst 63% van de verzoekers doet het verzoek om voorlopige voorziening tegelijkertijd met het indienen van het hoger beroep.

91. Om precies te zijn: 29,7 dagen (N = 204).

92. Om precies te zijn: 13,6 dagen (N = 190); bij de verzoeken die bij de rechtbank worden gedaan, is dat gemiddeld 26,6 dagen (N = 148).

Vervolgens is de Afdeling aan zet. Als het verzoek ter zitting wordt behandeld, wordt die gemiddeld iets meer dan drie weken na de indiening van het verzoek gehouden. Vervolgens duurt het nog elf dagen voordat er uitspraak wordt gedaan. De afhandeling van het verzoek neemt derhalve gemiddeld bijna vijf weken in beslag.⁹³ Net als geldt voor de afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening door de rechtbank, is de spreiding in de behandelingsduur niet bijzonder groot: zo'n 70% van de verzoeken wordt in een tijdsbeslag van tussen de drie en zeven weken afgehandeld.

Een interessant aspect van het tijdsverloop betreft de verhouding tussen enerzijds het moment waarop het bestuur het verzoek om voorlopige voorziening doet en het moment dat de Afdeling met haar uitspraak komt, en anderzijds het moment waarop het bestuur uiterlijk het door de rechtbank geëiste nieuwe besluit dient te nemen. Niet ondenkbaar is dat een bestuursorgaan dat streeft naar uitstel van de verplichting om het nieuwe besluit op bezwaar te nemen, en daartoe een verzoek om voorlopige voorziening bij de Voorzitter van de Afdeling doet, hoopt dat de uitspraak op het verzoek er is voordat de door de rechtbank gestelde termijn is verstreken. Immers, alleen dan heeft het bestuur, bij een afwijzende beslissing van de Voorzitter, nog kans om binnen de door de rechtbank gestelde termijn te voldoen aan de verplichting een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Wanneer wordt gekeken naar het moment dat het bestuursorgaan, middels een verzoek om voorlopige voorziening, een begin maakt met zijn uitstelpoging, dan is te zien dat dit gemiddeld genomen bijna acht weken ligt na het moment dat de rechtbank de voor het bestuur ongunstige uitspraak heeft gedaan.⁹⁴ Wanneer we voor het gemak uitgaan van een uniforme termijn voor het bestuur van tien weken om een nieuwe beslissing op het bezwaar te nemen,⁹⁵ valt uit het tijdstip waarop het bestuursorgaan gemiddeld genomen om een voorlopige voorziening verzoekt, al op te maken dat de kans dat het bestuur op tijd te weten komt of het het nemen van het nieuwe besluit op bezwaar mag uitstellen, heel erg klein is. En inderdaad, gemiddeld krijgt het bestuur bijna drie weken nadat de termijn voor het nemen van het nieuwe besluit op bezwaar is verstreken, te horen of het al dan niet uitstel krijgt van de door de rechtbank opgelegde verplichting.⁹⁶ Dat neemt niet weg dat het zo nu en dan voorkomt dat op het moment dat de voorzieningenrechter zijn uitspraak doet, de beslistermijn van het bestuur nog niet is verstreken. Die situatie doet zich echter bij niet meer dan één op de vier verzoeken voor.

Behandeling ter zitting

Van het totaal aantal verzoeken waarin de Voorzitter van de Afdeling tot een uitspraak komt, is 74% ter zitting behandeld.⁹⁷ Dat behandeling ter zitting achterwege blijft als een verzoek kennelijk niet-ontvankelijk is omdat het griffierecht niet is betaald of omdat het connexe hoger beroep kennelijk niet-ontvankelijk is, ligt

93. 33,9 dagen (N = 174). De niet ter zitting behandelde verzoeken zijn buiten beschouwing gelaten. Daar duurt de afhandeling overigens soms nogal lang, bijvoorbeeld als het verzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat het griffierecht niet tijdig is betaald.

94. Om precies te zijn: 54 dagen (N = 62); overigens wordt 25% van de verzoeken om voorlopige voorziening door het bestuur pas gedaan na het verstrijken van de beslistermijn.

95. Vgl. paragraaf 3.3.

96. Om precies te zijn: 19,5 dagen (N = 65).

97. 190 van de 225 verzoeken.

voor de hand. Het is daarom met name interessant om te kijken wanneer verzoeken die inhoudelijk worden behandeld (anders gezegd: waarin wordt beoordeeld of het verzoek dient te worden toe- of afgewezen) wel en niet ter zitting worden behandeld. In de volgende tabel is te zien in hoeverre de verzoeken van de vier onderscheiden categorieën verzoekers ter zitting worden behandeld (waarbij de derde en vierde categorie zijn samengevoegd).

Tabel 4.4 Behandeling ter zitting van inhoudelijk beoordeelde verzoeken

Is het verzoek ter zitting behandeld?	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Ja	67%	90%	100%	86%
Nee	33%	10%	0%	14%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	43	122	21	186

Bij het bekijken van de tabel valt met name op dat verzoeken van bestuursorganen wier besluit door de rechter in eerste aanleg is vernietigd, relatief vaak niet ter zitting worden behandeld. Waar verzoeken van burgers in meer dan 90% van de gevallen ter zitting worden behandeld, gebeurt dat bij verzoeken van het bestuur slechts in twee op de drie gevallen.

Als het verzoek om voorlopige voorziening ter zitting wordt behandeld, in hoeverre zijn partijen daar dan aanwezig? Verzoekers zijn in 90% van de gevallen ter zitting aanwezig, bestuursorganen nog vaker: in 96% van de gevallen. Ook op dit punt vertonen de verzoeken die door het bestuur worden gedaan, een afwijking. Zowel het bestuursorgaan als de belanghebbende burgers zijn minder vaak aanwezig bij zittingen waar een verzoek van het bestuur wordt behandeld: het bestuursorgaan in 93% van de gevallen, de belanghebbende burgers in 79% van de gevallen. Voor de verzoeken van bestuursorganen geldt dus niet alleen dat ze minder vaak ter zitting worden behandeld, maar ook dat, als ze ter zitting worden behandeld, partijen minder vaak aanwezig zijn dan bij de behandeling ter zitting van andere verzoeken.

4.3 Beoordeling van het verzoek

Algemeen

De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening is een stapsgewijs proces. Eerst kijkt de Voorzitter of hij bevoegd is over het verzoek te oordelen. Als hij die vraag bevestigend kan beantwoorden, gaat hij vervolgens na of de verzoeker

ontvankelijk is, en bij een positief antwoord beoordeelt hij ten slotte of het verzoek moet worden toe- of afgewezen.

Van de 225 verzoeken om voorlopige voorziening die in de periode waarover gegevens zijn verzameld, in een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling hebben geresulteerd, is in 84% sprake van een inhoudelijke beoordeling van het verzoek. De verzoeken waar de Voorzitter niet tot een inhoudelijke beoordeling komt, kunnen in twee groepen worden verdeeld. De eerste groep betreft verzoeken waar de Voorzitter zich onbevoegd acht of de verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard (9% van de verzoeken), de tweede groep betreft verzoeken die worden afgewezen omdat de Voorzitter constateert dat hij onbevoegd is ter zake van het connexe hoger beroep, of omdat de verzoeker in dat hoger beroep niet-ontvankelijk is (7% van de verzoeken).

Spoedeisend belang

Net als bij de inhoudelijke beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening door de rechtbank is de eerste vraag waar de Voorzitter zich over buigt, of sprake is van een spoedeisend belang. In 10% van de verzoeken om voorlopige voorziening die de Voorzitter van de Afdeling inhoudelijk beoordeelt, komt hij tot de conclusie dat van een spoedeisend belang geen sprake is.

In het vorige hoofdstuk is een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat geen spoedeisend belang wordt aangenomen omdat de voorzieningenrechter de belangen aantasting niet ingrijpend genoeg vindt, en de situatie dat een spoedeisend belang niet wordt aangenomen omdat de belangen aantasting nog niet aan de orde is, of juist al heeft plaatsgevonden. Hoe vaak acht de Voorzitter een van de beide situaties aan de orde? In de volgende tabel is dat te zien.

Tabel 4.5 Spoedeisend belang

Spoedeisend belang aangenomen?	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Ja	96%	87%	95%	89,7%
Nee, belangen aantasting niet ingrijpend genoeg	2%	4%	5%	3,8%
Nee, belangen aantasting nog niet aan de orde	2%	9%	0%	6,5%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	43	121	20	184

Uit de tabel blijkt dat het zelden voorkomt dat geen spoedeisend belang wordt aangenomen omdat de Afdeling vindt dat de belangen aantasting door het bestreden

besluit niet ingrijpend genoeg is. Er zijn geen aanwijzingen dat bij die beoordeling een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende categorieën verzoekers.

Kortsluiting

Een volgende vraag is of er reden is om gebruik te maken van de bevoegdheid het verzoek om voorlopige voorziening kort te sluiten met het daarmee samenhangende hoger beroep. Hoe vaak wordt tot kortsluiting besloten?

Tabel 4.6 Kortsluiting

Is het verzoek met het hoger beroep kortgesloten?	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Nee	80%	58%	94%	67%
Ja	20%	42%	6%	33%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	41	104	18	163

Het eerste dat opvalt in de tabel, is dat de Afdeling veel minder gebruik maakt van haar kortsluitingsbevoegdheid dan rechtbanken. Waar rechtbanken in bijna 90% van de verzoeken waar de vraag naar kortsluiting aan de orde is, van die bevoegdheid gebruik maken, wordt door de Afdeling slechts in een op de drie voorzieningen-procedures het verzoek met het hoger beroep kortgesloten. Voorts valt op dat de Voorzitter met name van zijn kortsluitingsbevoegdheid gebruik maakt bij verzoeken die afkomstig zijn van burgers wier beroep bij de rechtbank ongegrond is verklaard. Dat soort verzoeken wordt meer dan twee keer zo vaak kortgesloten als verzoeken die van het bestuur afkomstig zijn. Dat in van het bestuur afkomstige verzoeken maar zo weinig van de kortsluitingsbevoegdheid gebruik wordt gemaakt, heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de beoordeling van die verzoeken anders van karakter is dan de beoordeling van de verzoeken van burgers. Daarover hierna meer.

Het valt op dat in de uitspraken van de Voorzitter nooit wordt gemotiveerd waarom geen gebruik wordt gemaakt van de kortsluitingsbevoegdheid. Als wel wordt kortgesloten, blijft de motivering – als daar al sprake van is – beperkt tot een parafrase van het in artikel 8:86 Awb genoemde criterium.

*Inhoudelijke beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening*⁹⁸

Als de Voorzitter van de Afdeling zich bevoegd acht, de verzoeker ontvankelijk, verder van oordeel is dat sprake is van een spoedseisend belang en beslist dat gebruik van zijn kortsluitingsbevoegdheid niet aan de orde is, komt hij voor de vraag te staan of hij het verzoek zal moeten toe- of afwijzen. Voor de beantwoording van die vraag maakt het nogal wat uit wie het verzoek heeft ingediend.

Hierna wordt nader ingegaan op de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening die afkomstig zijn van bestuursorganen en van burgers die bij de rechtbank nul op het rekest hebben gekregen. De verzoeken van de twee andere onderscheiden categorieën verzoekers blijven onbesproken. De reden is dat ze een te gering deel uitmaken van de bestudeerde uitspraken (tezamen 10%) om de beoordeling ervan op een verantwoorde manier te kunnen karakteriseren en af te kunnen zetten tegen de beoordeling van de verzoeken van de eerste twee categorieën verzoekers.

Beoordeling van verzoeken van bestuursorganen

De overgrote meerderheid van de verzoeken om voorlopige voorziening die het bestuur doet, heeft als doel om uitstel te krijgen van de verplichting om in plaats van het door de rechtbank vernietigde besluit een nieuwe beslissing op het bezwaar te nemen.⁹⁹

Hoofregel in het bestuursrecht is dat bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben (art. 6:16 Awb). Hoger beroep doet dan ook niet af aan de werking van de uitspraak van de rechtbank. Als daaruit voortvloeit dat het bestuur een nieuw besluit moet nemen, dan is het gehouden dat te doen. Wenst het bestuur zich niet neer te leggen bij de vernietiging van zijn besluit door de rechter in eerste aanleg, en probeert het via het instellen van hoger beroep de uitspraak van de rechtbank ongedaan te maken, dan is het – vanuit het gezichtspunt van het bestuur – onhandig dat het op hetzelfde moment dat het de uitspraak van de rechtbank aanvecht, uitvoering aan die uitspraak moet geven. De enige manier om aan die verplichting te ontkomen, is om hangende het hoger beroep een voorlopige voorziening te vragen, inhoudende de opschorting van de verplichting om aan de opdracht van de rechtbank te voldoen.

De Afdeling stelt zich in het algemeen bijzonder welwillend op tegenover verzoeken van het bestuur om uitstel van de verplichting een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Met grote regelmaat worden ze zonder zitting toegewezen. De overweging waarmee de toewijzing wordt onderbouwd, luidt in de regel als volgt:

98. Veel van de bevindingen in dit gedeelte van dit hoofdstuk komen overeen met de analyse van Besselink over de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening in appél bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Zie: H.J. Besselink, *De beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening in appél*, JBplus 2005, p. 86-95.

99. Voorzover uit de uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling kon worden opgemaakt wat het bestuur met het verzoek beoogde, was dat steeds: uitstel krijgen voor het nemen van een nieuw besluit (als uit de uitspraak niet was op te maken waar het verzoek op was gericht, had dat hetzij als reden dat geen spoedseisend belang werd aangenomen, hetzij dat de Voorzitter van zijn kortsluitingsbevoegdheid gebruik had gemaakt).

‘Het verzoek dient als kennelijk gegrond te worden toegewezen. Daartoe wordt overwogen dat verzoeker de Voorzitter niet meer heeft verzocht dan bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat hij in afwachting van de uitspraak op het ingestelde hoger beroep niet opnieuw op het bezwaar hoeft te beslissen. Indien het verzoek niet wordt toegewezen, zullen onomkeerbare gevolgen optreden. Niet is gebleken van belangen die niettemin nopen tot een spoedige beslissing op het bezwaar.’¹⁰⁰

Het meest opmerkelijk aan de bovenstaande overweging zijn de woordjes ‘niet meer’. Het bestuursorgaan vraagt maar weinig, in de visie van de Afdeling: niet meer dan dat het de uitkomst van het hoger beroep mag afwachten zonder dat het een nieuw besluit hoeft te nemen. De gunst die wordt gevraagd is zo gering, aldus de Afdeling, dat die bijna niet kan worden geweigerd. Het gegeven dat de wetgever – blijkens de inhoud van artikel 6:16 Awb juncto artikel 6:24 – het belang van de uitvoering van rechtbankuitspraak van meer gewicht achtte dan het belang van het bestuur om de uitkomst van diens hoger beroep te mogen afwachten, is voor de Afdeling geen reden om dergelijke verzoeken indringend te beoordelen. In tegendeel, er moet iets bijzonders aan de hand zijn, wil de Voorzitter het uitstelverzoek weigeren.

De onderbouwing van de motivering is niet altijd zo beknopt als in het hiervoor weergegeven citaat. Soms wordt nog een enkel woord gewijd aan de belangen van de persoon wiens beroep door de rechtbank gegrond was verklaard, en die dacht op korte termijn een nieuw besluit van het bestuur te kunnen verwachten. Veel is het in de meeste gevallen niet.

‘Er is geen grond om aan te nemen dat dringende belangen van X. zich tegen inwilliging van dit verzoek (het verzoek van het bestuur, ATM) zouden verzetten.’¹⁰¹

Twijfel – hoe gering ook – over de vraag of de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep stand zal houden, vormt al snel reden om het verzoek van het bestuur te honoreren:

‘2.2. Niet zeker is dat de uitspraak van 6 oktober 2004 in hoger beroep onverkort bevestigd zal worden.’¹⁰²

Bij de belangenafweging lijkt het er daarnaast nogal eens op dat het belang van het bestuur om te mogen wachten bijna per definitie voorrang dient te krijgen boven het belang van de burger om snel een nieuw besluit op zijn bezwaar te krijgen, ter bekroning van de voor hem gunstige rechtbankuitspraak.

‘Tegenover het belang van verzoeker (het bestuursorgaan, ATM), zoals dat in het verzoek en ter zitting is toegelicht, staat het belang van [eiser] om reeds – al was het maar voorlopig – te kunnen beschikken over het bedrag, waarop hij aanspraak meent te kunnen maken. Dit belang is louter financieel van aard. Nu geen bijzondere omstandig-

100. Vz. ABRvS 30 september 2004, 200407551/2.

101. Vz. ABRvS 30 september 2005, 200506357/5.

102. Vz. ABRvS 10 maart 2005, 200409273/2.

heden zijn gesteld of gebleken, weegt het reeds om die reden als onvoldoende zwaarwegend niet op tegen de hiervoor bedoelde belangen van verzoeker.¹⁰³

In een overweging als hiervoor geciteerd, afkomstig uit een planschadezaak, valt niet alleen op dat het belang van het bestuur helemaal centraal wordt gesteld, maar trekt ook de toon waarop het belang van de burger wordt beschreven, de aandacht. Het belang van de burger is 'louter' financieel van aard (terwijl dat evenzeer geldt voor het belang van het bestuur) en betreft een bedrag waarop hij aanspraak 'meent' te kunnen maken (terwijl het gaat om een door de rechtbank bevestigde aanspraak). Opvallend is voorts dat het klaarblijkelijk aan de burger is om 'bijzondere omstandigheden' te stellen die de Voorzitter ervan moeten overtuigen dat het bestuur gewoon dient te voldoen aan zijn wettelijke plicht.

Ook als de betrokkene wel bijzondere omstandigheden stelt, wil dat niet zeggen dat de Afdeling vindt dat het bestuur gehouden is een nieuw besluit te nemen:

'Ter zitting hebben [wederpartijen] gesteld belang te hebben bij naleving van de uitspraak van de rechtbank, omdat zij hun inkomsten zien afnemen en voorts alleen een AOW-uitkering genieten. Niet valt in te zien dat dit belang als voldoende zwaarwegend opweegt tegen de hiervoor bedoelde belangen van verzoeker (gedoeld wordt op het gegeven dat als geen voorlopige voorziening wordt getroffen, het bestuursorgaan gehoor moet geven aan de uitspraak van de rechtbank, terwijl het die uitspraak in hoger beroep juist ten gronde aanvecht, ATM) (...).'¹⁰⁴

Zelfs de financiële nood van de AOW'er legt het af tegen de behoefte aan uitstel van het bestuur.

Zoals uit de hiervoor genoemde voorbeelden al blijkt, kenmerken de uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling inzake verzoeken om voorlopige voorziening die afkomstig zijn van bestuursorganen zich niet alleen door hun welwillendheid tegenover het bestuur, maar ook door de nogal karige motiveringen. Als wordt gekeken naar het geheel van de motiveringen die in de betreffende uitspraken te vinden zijn, zijn drie soorten uitspraken te onderscheiden. In de eerste plaats zijn er uitspraken waarin in het geheel geen motivering is te vinden, afgezien van de standaardopmerking dat afwijzing van het verzoek zal leiden tot onomkeerbare gevolgen en dat niet is gebleken van belangen die nopen tot afwijzing. Dan zijn er motiveringen waar aan die standaardoverweging nog een enkel woord of zinnetje is toegevoegd, maar die desondanks niet of nauwelijks inzicht geven in de weging van belangen door de Voorzitter. Ten slotte zijn er uitspraken waar uit de motivering, hoe beknopt soms ook, valt op te maken waarom het verzoek van het bestuur is toe- of afgewezen. Kort gezegd: uitspraken kunnen niet, ontoereikend en afdoende gemotiveerd zijn.

Hoeveel van de uitspraken van de Voorzitter waarin een verzoek van het bestuur wordt beoordeeld vallen in elk van die categorieën? Er zijn dertig uitspraken die er

103. Vz. ABRvS 10 juni 2005, 200503134/4.

104. Vz. ABRvS 10 juni 2005, 200503143/4.

wat dit betreft toe doen.¹⁰⁵ Drie daarvan betreffen de afwijzing van het verzoek van het bestuur. Alle drie zijn ze afdoende gemotiveerd. Voor de overige 27 uitspraken geldt dat er zeven zijn die afdoende zijn gemotiveerd, tien met een ontoereikende motivering en tien die niet zijn gemotiveerd.

Op zichzelf is denkbaar dat de uitvoerigheid of beknoptheid van de motivering van de uitspraak van de Voorzitter iets te maken heeft met het aantal en de overtuigingskracht van de door partijen naar voren gebrachte argumenten. Er zijn echter geen aanwijzingen dat uitspraken waarin het verzoek om voorlopige voorziening van het bestuursorgaan zonder motivering wordt toegewezen met name worden gedaan als de oorspronkelijke eiser heeft nagelaten naar voren te brengen waarom hij belang heeft bij een snel nieuw besluit van het bestuur. Wel komt het voor dat de oorspronkelijke eiser geacht wordt niet een zodanig belang te hebben, zonder dat hij de kans heeft gehad zijn standpunt op de een of andere wijze te bepleiten.¹⁰⁶

Beoordeling van verzoeken van burgers

Appellanten wier beroep door de rechtbank ongegrond is verklaard en die bij de Afdeling hopen op meer begrip, worden lang niet zo welwillend behandeld als het bestuur. Tekenend is de standaardoverweging waarmee de Afdeling haar beoordeling van het verzoek van de bij de rechtbank onfortuinlijke burger meestal begint:

‘Genomen besluiten zijn in het algemeen uitvoerbaar, ook als daartegen een rechtsmiddel is aangewend.’¹⁰⁷

Wat direct opvalt, is het contrast met de insteek die de Afdeling kiest bij de beoordeling van verzoeken die van het bestuur afkomstig zijn. Aan de burger wordt voorgehouden dat het instellen van een rechtsmiddel de werking van een besluit niet schorst, terwijl de Afdeling aan het bestuur laat weten dat de regel dat beslissingen van bestuur en rechter gelding hebben, genuanceerd dient te worden benaderd.

Het vervolg van de standaardoverweging van de Afdeling luidt:

‘Dit uitgangspunt geldt temeer, indien, zoals in dit geval, de rechter in eerste aanleg het tegen het besluit ingestelde beroep ongegrond heeft bevonden.’¹⁰⁸

Met die zin lijkt de Afdeling te verwoorden dat het feit dat een besluit door de rechter in eerste aanleg rechtmatig is geacht, er toe zou moeten leiden dat dat besluit in de beoordeling door de hoger-beroepsrechter het voordeel van de twijfel krijgt. Het is de vraag of dat een juist uitgangspunt is. De Afdeling moet als hoger-beroepsrechter

105. Van de 52 bestudeerde uitspraken inzake verzoeken die door het bestuur zijn ingediend, zijn er acht waarin geen inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden, negen waarin het verzoek is kortgesloten en twee waarin het verzoek is afgewezen omdat geen sprake was van een spoedeisend belang. Van de resterende 33 zaken waren er drie waarin de andere partij geen bezwaar had tegen uitstel van de besluitvorming.

106. Besselink 2005, p. 91-92.

107. Vz. ABRvS 3 januari 2005, 200410133/2.

108. Vz. ABRvS 3 januari 2005, 200410133/2.

toch gewoon kijken of de rechtbank terecht tot de conclusie is gekomen dat het besluit van het bestuur rechtmatig is?

In het licht van het door de Afdeling gekozen uitgangspunt verbaast het echter niet dat veel verzoeken met de volgende standaardoverweging worden afgedaan.

‘In hetgeen verzoekers naar voren hebben gebracht is geen aanleiding te vinden om op voorhand aan te nemen dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure niet in stand zal blijven.’¹⁰⁹

Die overweging legt de lat voor een verzoeker wel heel erg hoog. Reden om een voorziening te treffen is er in de visie van de Afdeling alleen dan, als de argumenten van de verzoeker onontkoombaar tot de conclusie leiden dat de uitspraak waar hij tegen ageert, geen stand zal kunnen houden.

Ook hier is het contrast met de overwegingen die een verzoek van het bestuur begeleiden weer enorm. Daar wordt het gegeven dat ‘niet op voorhand valt uit te sluiten dat de Afdeling, oordelend in hoger beroep, de uitspraak van de rechtbank zal vernietigen’ juist als argument gezien voor het treffen van de gevraagde voorziening.¹¹⁰ Anders gezegd: het feit dat *niet helemaal zeker* is dat de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep stand zal houden, vormt een indicatie voor het toekennen van de door het bestuur gevraagde voorlopige voorziening, terwijl de door de burger verzochte voorlopige voorziening alleen kan worden getroffen, als *al bijna helemaal zeker* is dat de uitspraak van de rechtbank geen stand zal houden.

Voorzover de bovenstaande citaten suggereren dat de oordeelsvorming van de Afdeling over de vraag of een verzoek om voorlopige voorziening moet worden toegewezen, sterk leunt op een beoordeling van de juistheid van de aangevochten uitspraak of het aangevochten besluit, moet worden geconstateerd dat dit niet het geval is.

De beoordeling door de Afdeling verschilt wat dat betreft hemelsbreed van die van de voorzieningenrechtters van de rechtbank. Waar die in eerste instantie proberen een met zo min mogelijk mitsen en maren omgeven oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit te geven, om pas als dat niet lukt, belangen te gaan afwegen, is de benadering van de Afdeling een heel andere.

Er is bijna geen uitspraak op een verzoek van een burger die bij de rechtbank nul op het rekest heeft gekregen waarin de Voorzitter van de Afdeling *niet* de voorlopigheid van zijn oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit benadrukt.

‘In hetgeen verzoekers naar voren hebben gebracht is geen aanleiding te vinden voor het oordeel dat op voorhand moet worden aangenomen dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure niet in stand zal blijven, althans dat uiteindelijk zal blijken dat de vrijstelling en de bouwvergunning niet mochten worden verleend.’¹¹¹

109. Vz. ABRvS 3 januari 2005, 200410133/2.

110. Vz. ABRvS 18 augustus 2005, 200505050/2.

111. Vz. ABRvS 18 januari 2005, 200410152/2.

Uit het citaat lijkt een soort dubbele marginaliteit te spreken. Wat de Voorzitter van de Afdeling in feite zegt, is: 'Ik sluit niet uit dat de aangevallen uitspraak in stand blijft, en al zou die niet in stand blijven, dan sluit ik niet uit dat het bestuur uiteindelijk zal kunnen realiseren wat het met het besluit beoogt. En dat alles pleit er tegen de gevraagde voorziening te treffen.' Veel marginaler lijkt het niet te kunnen.

Daarnaast valt vaker dan in rechtbankuitspraken te lezen dat nader onderzoek nodig is voor een inhoudelijke beoordeling,¹¹² of dat een vraag in geschil is die zich niet leent voor beantwoording in het kader van de voorlopige voorzieningsprocedure.¹¹³

Omdat de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit – als die al plaatsvindt – zo marginaal gebeurt, komt in de uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling als vanzelf sterker de nadruk te liggen op de belangenafweging. Als een verzoek om voorlopige voorziening wordt toegewezen, ligt daaraan zo goed als altijd een belangenafweging ten grondslag. Maar ook voor verzoeken die worden afgewezen, geldt dat in meer dan een kwart van de gevallen aan een belangenafweging wordt gerefereerd.

Hoe vindt de belangenafweging plaats? Opvallend is dat de Voorzitter in zijn overwegingen over de bij het verzoek betrokken belangen vaak alleen maar iets zegt over het belang dat hij het zwaarst laat wegen, en niets over het belang dat het onderspit delft. Kenmerkend is de volgende overweging, gedaan in een uitspraak betreffende een verzoek om de aanleg van een weg in Almelo uit te stellen:

'Voorts betreft dit tracé, van 2,2 km, het sluitstuk van de, voor het overige reeds aangelegde, buitenste verkeersring rond Almelo ter oplossing van de knelpunten in de verkeersdoorstroming en ter verbetering van de verkeersveiligheid en van de leefbaarheid in Almelo-zuid. Met de onmiddellijke uitvoering van de vrijstelling is derhalve een groot algemeen belang gediend. Onder die omstandigheden en gelet op de betrokken belangen bestaat geen aanleiding voor het treffen van de gevraagde voorziening.'¹¹⁴

Het belang van de aanleg van de weg is kennelijk zo groot, dat de belangen die daar mogelijk tegenover staan, ongenoemd kunnen blijven. Evenzeer kenmerkend is de volgende overweging in een geschil over een bouwvergunning.

'Gelet hierop (gedoeld wordt op de verwachting van het bestuursorgaan dat de beoogde vergunning uiteindelijk verleend zal kunnen worden, ATM) en op het van de zijde van verzoekster gestelde spoedeisende belang bij het kunnen gebruik maken van de verleende vergunning, bestaat aanleiding voor het treffen van na te melden voorziening.'¹¹⁵

Soms worden overigens wel beide kanten van de medaille belicht, zoals blijkt uit de volgende overweging uit een uitspraak over een geschil over een kapvergunning.

112. Vz. ABRvS 10 mei 2005, 200410578/2.

113. Vz. ABRvS 29 maart 2005, 200501574/2.

114. Vz. ABRvS 10 februari 2005, 200500432/2.

115. Vz. ABRvS 1 maart 2005, 20040040/3.

‘Onder deze omstandigheden dient het belang van het dagelijks bestuur om thans een aanvang te kunnen maken met de realisering van de bouwplannen waarmede – naar ook door verzoekers niet wordt betwist – grote maatschappelijke belangen gemoeid zijn zwaarder te wegen dan het belang van verzoekers dat de bomen vooralsnog niet worden gekapt.’¹¹⁶

Maar vele malen vaker blijft het bij een zinspeling op een wellicht door de Voorzitter verrichte belangenafweging, in de vorm van de volgende standaardoverweging:

‘Gelet hierop en de betrokken belangen, bestaat geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening.’¹¹⁷

Op basis van een dergelijke formulering is niet te beoordelen of daadwerkelijk een belangenafweging heeft plaatsgevonden.

Maar het kan nog erger. Regelmatig worden uitspraken gedaan waarin de Voorzitter zijn oordeel in het geheel niet motiveert. Hier volgt een voorbeeld.

- ‘2.1. Besluiten zijn in het algemeen uitvoerbaar, ook als daartegen een rechtsmiddel is aangewend. Dit geldt temeer, indien, zoals in dit geval, de rechter in eerste aanleg het besluit heeft getoetst en het daartegen ingestelde beroep ongegrond heeft geoordeeld.
- 2.2. In hetgeen verzoekers naar voren hebben gebracht is geen aanleiding te vinden voor het oordeel dat op voorhand moet worden aangenomen dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure niet in stand zal blijven.
- 2.3. Gelet hierop, bestaat geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. Het verzoek dient derhalve te worden afgewezen.
- 2.4. Voor een proceskostenveroordeling bestaat evenmin aanleiding.’¹¹⁸

Dergelijke overwegingen zijn niet meer dan een samenraapsel van standaardzinnen. De enige toegevoegde waarde die ze hebben ten opzichte van een uitspraak zonder enige overweging en met alleen maar een dictum, is dat er uit naar voren komt dat de afwijzing is gebaseerd op het feit dat de Voorzitter niets ziet in de argumenten van de verzoeker. Maar waarom hij er niets in ziet, blijft volledig duister.

Ongemotiveerde uitspraken zijn geen uitzondering. Van de uitspraken waarin de Afdeling reageert op een verzoek om voorlopige voorziening van een appellant die in de procedure bij de rechtbank geen succes had, bevat maar liefst 20% geen enkele motivering.¹¹⁹

116. Vz. ABRvS 14 januari 2005, 200409211/2.

117. Vz. ABRvS 13 april 2005, 200501146/2.

118. Vz. ABRvS 16 juni 2005, 200504267/2.

119. Daarbij is gekeken naar de groep uitspraken waarin een spoedeisend belang is aangenomen en waarin geen toepassing is gegeven aan art. 8:86 Awb, alsmede naar de uitspraken in de categorie ‘beroep gegrond maar niet wat de burger er van verwachtte’.

Wanneer de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening die afkomstig zijn van appellanten wier beroep door de rechtbank ongegrond is verklaard en die bij de Afdeling hopen alsnog gehoor te krijgen, wordt vergeleken met de beoordeling door de voorzieningenrechters van de rechtbank, is het meest opvallende verschil de lengte van de uitspraken. Uitspraken van voorzieningenrechters van de rechtbank zijn in het algemeen vele malen langer dan die van de Voorzitter van de Afdeling, zelfs als de uitvoerige weergave van de feiten en de standpunten van partijen waar die uitspraken zich door kenmerken, buiten beschouwing wordt gelaten.

Het meest essentiële verschil tussen rechtbanken en Afdeling is echter de rol die de belangenafweging in de beoordeling van de verzoeken speelt. Waar bij de voorzieningenrechters van de rechtbanken een belangenafweging pas aan de orde is bij twijfel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, brengt de Afdeling de belangenafweging veel eerder in het spel. Het spreekt voor zich dat een belangenafweging deel uitmaakt van de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening, als twijfel bestaat over de juistheid van de aangevochten uitspraak of het bestreden besluit. Maar ook in uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling waarin niet blijkt van rechterlijke twijfel over de ter discussie staande beslissing van bestuur of rechter, zijn regelmatig belangenafwegingen te vinden. Op het eerste gezicht mag dat verrassend zijn, bij nader inzien is het dat allerminst. Immers, omdat de beoordeling door de Voorzitter van het bestreden besluit of de bestreden uitspraak in hoge mate een voorlopig en marginaal karakter heeft, is eigenlijk per definitie sprake van twijfel. Die wordt weliswaar niet steeds als zodanig verwoord, maar is voor de Afdeling wel regelmatig aanleiding om ook de verschillende bij het geschil betrokken belangen in ogenschouw te nemen. Anders gezegd: omdat de oordeelsvorming van de Voorzitter zich in mindere mate richt op de vraag of het bestreden besluit of de ter discussie staande uitspraak rechtmatig dan wel juist is, is er vaker aanleiding de belangen van de verschillende bij het geschil betrokken partijen in de overwegingen te betrekken. Dat dat gebeurt, is toe te juichen. Maar hoe het gebeurt, is nogal duister, en de uitkomst is tamelijk onthutsend.

Uitkomst van de beoordeling

We hebben hiervoor gezien op welke wijze de Afdeling verzoeken om voorlopige voorziening behandelt. Tot welke uitkomsten leidt die beoordeling? De uitkomsten kunnen op verschillende manieren worden beschreven. Op het eerste gezicht lijkt het het meest voor de hand te liggen om te kijken hoe vaak de Afdeling verzoeken toe- of afwijst. Ten behoeve van de vergelijkbaarheid van de uitkomsten tussen de verschillende categorieën verzoekers en tussen de wel en niet met toepassing van artikel 8:86 Awb (kortsluiting) afgehandelde verzoeken om voorlopige voorziening, is er echter voor gekozen alle dicta van de uitspraken te herleiden tot de vraag voor wie de uitkomst winst betekent: voor het bestuur, of voor de tegenover het bestuur staande burger.

Van winst voor het bestuur is sprake als diens verzoek wordt toegewezen, als het verzoek van de burger die door de uitspraak van de rechtbank in een nadeliger positie is geraakt, wordt toegewezen, en bij de afwijzing (of de niet-ontvankelijk- of onbevoegdverklaring) van de overige verzoeken van burgers. Van winst voor de burger is

sprake als diens verzoek wordt toegewezen, en bij de afwijzing (of de niet-ontvanke-lijk- of onbevoegdverklaring) van het verzoek van het bestuursorgaan.

Als we op die manier naar de uitkomsten van de voorlopige voorzieningsprocedu- res kijken, ontstaat het volgende beeld. Ik begin met de verzoeken waarin de Voorzit- ter van de Afdeling uitspraak heeft gedaan op het verzoek, zonder dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn kortsluitingsbevoegdheid.

Tabel 4.7 Uitkomst beoordeling voorlopige voorzieningen (geen kortsluiting toegepast)

Uitkomst van de procedure gunstig voor:	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Bestuur	88%	86%	78%	85%
Burger	12%	14%	22%	15%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	33	77	18	128

Uit de tabel komt naar voren dat wie ook de verzoeker is, het bestuur bijna steeds als winnaar uit de bus komt. De kans op succes is voor de burger als verzoeker bijna omgekeerd evenredig aan de kans op succes voor het bestuur als verzoeker. Als een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan door een burger, is de kans een op zes dat hij succes heeft. Wordt het verzoek gedaan door het bestuur, dan is de kans op succes voor het bestuur zeven op acht.

Liggen de verhoudingen anders als wordt gekeken naar de verzoeken om voorlo- pige voorziening waarin gebruik is gemaakt van de kortsluitingsbevoegdheid? In de volgende tabel is dat te zien.

Tabel 4.8 Uitkomst beoordeling voorlopige voorzieningen (wel kortsluiting toegepast)

Uitkomst van de procedure gunstig voor:	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Bestuur	62,5%	95%	0%	89%
Burger	37,5%	5%	100%	11%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	8	44	1	53

Een eerste opmerking bij de tabel is dat de aantallen bij de categorie ‘overige burgers’ te klein zijn om er enige conclusie aan te verbinden en dat de aantallen bij de categorie ‘bestuursorgaan wiens besluit door de rechtbank is vernietigd’ tot voorzichtigheid nopen. Voor de burgers die bij de rechtbank nul op rekest hebben gekregen, geldt dat – als hun verzoek wordt kortgesloten – de kans op succes nog kleiner is dan als de uitspraak alleen het verzoek om voorlopige voorziening betreft. Voor het bestuur geldt in zeker zin hetzelfde: waar het bijna steeds het voordeel van de twijfel krijgt als de uitspraak van de Afdeling slechts het verzoek betreft, is dat in mindere mate het geval als in reactie op het verzoek om voorlopige voorziening ook op het hoger beroep wordt beslist. Het algemene beeld verschilt echter weinig van dat van de uitspraken waarin alleen wordt beslist op het verzoek om voorlopige voorziening. Als er al een verschil valt te constateren, is het dat het bestuur bij kortsluiting nog vaker aan het langste eind trekt.

Wanneer we de uitkomsten van de wel en niet kortgesloten verzoeken in hun geheel beschouwen, ontstaat het volgende beeld.

Tabel 4.9 Uitkomst beoordeling voorlopige voorzieningen (totaal)

Uitkomst van de procedure gunstig voor:	Verzoeker is:			
	Bestuursorgaan wiens besluit door Rb is vernietigd	Burger die bij Rb nul op rekest heeft gekregen	Overige burgers	Totaal
Bestuur	83%	89%	79%	86%
Burger	17%	11%	21%	14%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	41	121	19	181

In het licht van de twee voorgaande tabellen levert het algemene beeld van de uitkomst van de voorlopige voorzieningsprocedures bij de Afdeling geen verrassingen meer op. Of je als verzoeker bij de Afdeling succes boekt, is vooral afhankelijk van de vraag of je wel of geen bestuursorgaan bent. Bestuursorganen boeken in vijf van de zes door hen geëntameerde procedures succes, burgers slechts in een op de zeven procedures.

Het verschil in uitkomst kan bijna volledig worden toegeschreven aan de aard van het verzoek. Is dat er op gericht de werking van een voor het bestuur negatieve uitspraak van de rechtbank te schorsen, dan is succes bijna altijd verzekerd. Dient het een ander doel, dan is de kans op succes zeer gering.

Afhandeling van de met het verzoek connexe hoger-beroepszaak

Als de Voorzitter van de Afdeling zich in reactie op een verzoek om voorlopige voorziening beperkt tot het geven van een voorlopig oordeel, volgt op zeker moment nog een definitief oordeel van de Afdeling. Van een aantal van de procedures waarin een

verzoek om voorlopige voorziening is gevraagd, zonder dat dat is kortgesloten met het hoger beroep, is bekend welke beslissing de Afdeling uiteindelijk op het hoger beroep heeft genomen. We kijken daarnaar voor twee categorieën verzoekers, de burgers die bij de rechtbank nul op het rekest hebben gekregen, en het bestuursorgaan dat in hoger beroep is gekomen tegen de uitspraak van de rechtbank.

In de volgende tabel zijn de procedures te zien waarin het verzoek afkomstig is van de burger die bij de rechtbank nul op het rekest heeft gekregen.

Tabel 4.10 Uitkomst procedure hoger beroep (procedures waarin burger verzoek vv heeft gedaan)

Uitkomst van de procedure van hoger beroep gunstig voor:	Uitkomst procedure voorlopige voorziening gunstig voor:		
	Burger	Bestuur	Totaal
Burger	75%	17%	27%
Bestuur	25%	83%	73%
Totaal	100%	100%	100%
N	8	41	49

In de tabel is te zien dat de uitkomst van de voorlopige voorzieningsprocedure een goede indicatie is voor de uitkomst van het hoger beroep. Als het verzoek van de burger is gehonoreerd, is de kans aanzienlijk dat hij ook het hoger beroep wint. Is het bestuursorgaan de winnaar van de voorlopige voorzieningsprocedure, dan is de kans dat de burger het hoger beroep uiteindelijk wint, minder dan 20%.

Vervolgens kijken we naar de procedures waarin het verzoek afkomstig is van het bestuursorgaan. Geldt ook daar dat de beslissing op het verzoek een goede indicatie is voor de uiteindelijke uitspraak in de hoger-beroepsprocedure? In de volgende tabel is dat te zien.

Tabel 4.11 Uitkomst procedure hoger beroep (procedures waarin bestuur verzoek vv heeft gedaan)

Uitkomst van de procedure van hoger beroep gunstig voor:	Uitkomst procedure voorlopige voorziening gunstig voor:		
	Bestuur	Burger	Totaal
Bestuur	41%	33%	39%
Burger	59%	67%	61%
Totaal	100%	100%	100%
N	22	6	28

Tussen deze tabel en de tabel hiervoor is een opmerkelijk verschil te zien. Anders dan bij de procedures die de burger is begonnen, geldt voor de hoger-beroepsprocedures die het bestuur in gang heeft gezet dat de beslissing op hun verzoek om een voorlopige voorziening allerminst een goede indicatie is voor de uitkomst van het hoger beroep. Of het bestuur nu wel of geen succes heeft met zijn verzoek om voorlopige voorziening, in beide gevallen is het waarschijnlijker dat het hoger beroep slecht dan goed voor hem afloopt. Er is geen verband tussen de uitkomst van het verzoek om voorlopige voorziening en de uiteindelijke uitkomst van het hoger beroep.

Opvallend bij de vergelijking van beide laatste tabellen is voorts dat van de enorme verschillen tussen de uitkomst van de beoordeling van verzoeken van burgers en bestuur weinig meer over is. De kans dat het bestuur zijn hoger beroep wint, is nog wel groter dan de kans dat de burger dit overkomt, maar die is niet meer zes à zeven keer zo groot, maar nog maar anderhalf keer zo groot.¹²⁰

De verschillen tussen de uitkomst van verzoeken en beroepen van burgers die bij de rechtbank nul op het rekest hebben gekregen enerzijds, en van die van het bestuur anderzijds, vormt een bevestiging van het beeld dat de Afdeling de beide categorieën verzoekers op geheel andere wijze (of, vanuit een ander oogpunt, op precies dezelfde wijze) benadert: voor allebei de categorieën geldt dat bij de beoordeling van hun respectievelijke verzoeken een belangenafweging plaatsvindt waarin aan het belang van het bestuur per definitie meer gewicht wordt toegekend dan aan het belang van de burger. Dat de uiteindelijke uitkomst van het hoger beroep vervolgens een zekere correctie aanbrengt op de beslissingen die op de verzoeken om voorlopige voorziening zijn genomen, is dan niet verbazend.

4.4 Conclusie

De beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening door de Afdeling bestuursrechtspraak heeft meerdere gezichten. Wordt gekeken naar de procedurele kant van de zaak, dan valt vooral de overeenkomst met de rechtbanken op. Zo wordt de Afdeling (verhoudingsgewijs) ongeveer even vaak als de rechtbanken benaderd met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen en verschilt de wijze waarop dat verzoek procedureel wordt afgehandeld, nauwelijks van de manier waarop dat bij de rechtbanken gebeurt. Verzoeken van burgers worden bij rechtbanken en Afdeling ongeveer even royaal ter zitting geagendeerd en ongeveer even snel afgedaan. Ook de betrokkenheid van burgers bij de procedure, tot uiting komend in de snelheid waarmee ze hun verzoek indienen en de mate waarin ze ter zitting aanwezig zijn, is in procedures bij de rechtbanken en de Afdeling ongeveer gelijk.

Voor de verzoeken die van het bestuur afkomstig zijn, is een vergelijking met de rechtbanken niet mogelijk (want daar komen ze niet voor), maar het valt op dat de manier waarop die verzoeken de procedure doorlopen, op een aantal punten afwijkt

120. De 27% kans op winst voor de burger (tabel 4.10), afgezet tegen de 39% kans op winst voor het bestuur (tabel 4.11).

van de verzoeken van burgers. In meerdere opzichten lijkt sprake van minder urgentie: het bestuur heeft niet zo veel haast bij het indienen van het verzoek, de Voorzitter vindt het nogal eens overbodig het verzoek ter zitting te behandelen, en als het verzoek van het bestuur wel ter zitting wordt geagendeerd, zijn partijen daar minder frequent aanwezig dan als het verzoek van een burger afkomstig is.

Als we van de procedure overstappen naar de inhoud, valt in de eerste plaats op dat het uitgangspunt dat de Afdeling bij de beoordeling van de verzoeken hanteert, meer recht doet aan het bijzondere karakter van een verzoek om voorlopige voorziening – ten opzichte van een regulier hoger beroep – dan de beoordeling door de voorzieningenrechters van de rechtbanken. De vraag of het bestreden besluit rechtmatig is (dan wel of de bestreden uitspraak correct is), staat minder op de voorgrond. De bij het besluit en het verzoek betrokken belangen en de aard van de gevraagde voorziening juist meer. Een kanttekening daarbij is wel dat uit de uitspraken van Voorzitter in veel gevallen niet of nauwelijks is op te maken hoe de bij het verzoek betrokken belangen zijn gewogen, en waarom aan het ene belang meer gewicht is toegekend dan aan het andere.

De karige motiveringen van de uitspraken van de Voorzitter gelden zowel de verzoeken die door het bestuur worden gedaan, als de verzoeken die van burgers afkomstig zijn. Maar ook al verdeelt de Afdeling haar summiere motiveringen gelijkelijk over uitspraken op verzoeken van bestuur en burger, het zijn vooral burgers die er last van hebben. Voor de uitspraken op verzoeken om voorlopige voorziening geldt: hoe kariger gemotiveerd, des te groter de kans dat het een afwijzing van een verzoek van een burger betreft, of de toewijzing van een verzoek van het bestuur. Als nader wordt gekeken naar de beslissingen die op verzoeken van bestuur en burger worden genomen, en naar de argumenten die daarvoor in de uitspraak te vinden zijn (of, met enige regelmaat, niet te vinden zijn) dan is het moeilijk om de opstelling van de Afdeling niet als partijdig te ervaren. Zo welwillend als verzoeken van het bestuur worden benaderd, als daarin wordt verzocht om uitstel van de – door de rechtbank opgelegde – verplichting een nieuw besluit te nemen, zo terughoudend is de Voorzitter als hij een verzoek van een burger moet beoordelen, met name als het een burger betreft wiens beroep bij de rechtbank ongegrond is verklaard. Het onderliggende beleid lijkt te zijn dat bij de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening een groter gewicht wordt toegekend aan de belangen van het bestuur dan aan die van de burger. Het resultaat is er naar: zeven van de acht verzoeken die het bestuur doet, worden toegewezen, vijf van de zes verzoeken die de burger doet, worden afgewezen.

5 De Centrale Raad van Beroep

5.1 Inleiding

Naast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft ook de Centrale Raad van Beroep een belangrijke taak als bestuursrechtelijke hoger-beroepsrechter, en net als in procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak bestaat ook in procedures van hoger beroep bij de Centrale Raad de mogelijkheid een verzoek om voorlopige voorziening te doen. Dit hoofdstuk gaat over de Centrale Raad van Beroep als voorzieningenrechter. Een globaal beeld zal worden geschetst van de hoeveelheid en de aard van de door de Centrale Raad behandelde zaken, en van de wijze waarop die worden beoordeeld. Daarbij komt met name de toetsing van het spoedeisend belang aan de orde, alsmede de beoordeling van verzoeken die afkomstig zijn van het bestuur. Het zal blijken dat er op dat laatste punt aanzienlijke verschillen zijn met de Afdeling bestuursrechtspraak.

5.2 Algemeen beeld

Omvang van de activiteit van de Centrale Raad als voorzieningenrechter

De activiteit van de Centrale Raad van Beroep als voorzieningenrechter is een stuk minder omvangrijk dan die van de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak. Twee oorzaken zijn daarvoor aan te wijzen. De ene is dat hoger beroep inzake sociale verzekeringszaken de werking van de uitspraak van de rechtbank schorst.¹²¹ Concreet betekent dit dat als de rechtbank een beroep tegen een besluit dat is genomen ter uitvoering van een van de vele sociale verzekeringswetten, gegrond verklaart, het hoger beroep van het bestuursorgaan er voor zorgt dat het bestuur geen uitvoering hoeft te geven aan de rechtbankuitspraak, en er voor het bestuur dus ook geen noodzaak is de Centrale Raad om een voorlopige voorziening te vragen. De andere oorzaak voor het geringe aantal verzoeken om voorlopige voorziening is dat de Centrale Raad vooral zaken op het terrein van de sociale zekerheid behandelt, een categorie zaken waarin burgers slechts bij uitzondering verzoeken om voorlopige voorziening doen.

Hoe gering het aantal verzoeken om voorlopige voorziening dat bij de Centrale Raad wordt ingediend, precies is, is niet bekend,¹²² maar afgaande op het totaal aantal zaken dat deze rechterlijke instantie in 2003 en 2004 afhandelde (respectieve-

¹²¹. Art. 19 juncto bijlage C, onder 1 tot en met 24, van de Beroepswet.

¹²². De jaarverslagen van Centrale Raad van Beroep (zie de website van de Raad voor de Rechtspraak: www.rechtspraak.nl) geven daarover geen uitsluitsel.

lijk 6670 en 7210),¹²³ en op het aantal uitspraken inzake verzoeken om voorlopige voorziening dat de Centrale Raad blijkens de website van de Raad voor de Rechtspraak tussen oktober 2004 en oktober 2005 deed (welgeteld 83), zijn het er relatief maar weinig. Ook als rekening wordt gehouden met het gegeven dat zich onder de duizenden afgehandelde hoger-beroepszaken een aanzienlijk aantal intrekkingen bevindt, kan de conclusie geen andere zijn dan dat verzoeken om voorlopige voorziening niet meer dan 2% van het totaal van de door de Centrale Raad afgehandelde procedures uitmaken.

Verschillende soorten verzoeken

De bij de Centrale Raad ingediende verzoeken om voorlopige voorziening kunnen op ten minste twee manieren worden gecategoriseerd. Een eerste categorisering kan worden gebaseerd op het soort procedure waarin het verzoek wordt gedaan, een tweede op de hoedanigheid van de verzoeker. In de volgende tabel zijn de beide mogelijkheden gecombineerd.

Tabel 5.1 Wie heeft in wat voor soort zaak een verzoek ingediend?

Verzoeker is:	Aard van de zaak			
	Sociale verzekeringen	Sociale voorzieningen	Ambtenaren	Totaal
Burger	100%	73%	32%	55%
Bestuursorgaan	0%	27%	68%	45%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	12	26	44	82

In de tabel is in de eerste plaats te zien dat ambtenarenzaken verantwoordelijk zijn voor meer dan de helft van de ingediende verzoeken. Voorts is te zien dat iets meer dan de helft van de verzoeken wordt gedaan door burgers, en iets minder dan de helft door het bestuur. Hoe verhoudt zich de activiteit van burgers en bestuur als verzoekers om voorlopige voorzieningen ten opzichte van die als indieners van hoger beroep? Over de mate waarin het bestuur, in vergelijking met burgers, bij de Centrale Raad hoger beroep instelt, is niets bekend. Als we ervan uitgaan dat het bestuur ongeveer even vaak hoger beroep instelt tegen uitspraken van de rechtbank waar de Centrale Raad de hoger-beroepsrechter is als tegen uitspraken waar de Afdeling als hoger-beroepsrechter fungeert (daar zorgt het bestuur voor ongeveer 20% van de hoger-beroepsprocedures), dan is het bestuur in vergelijking met burgers aanzienlijk actiever als verzoeker om voorlopige voorzieningen dan als indiener van hoger beroep.

123. Jaarverslag van de Rechtspraak 2004, p. 31 (zie: www.rechtspraak.nl).

Tijdsbeslag

Anders dan de uitspraken op de verzoeken die bij de Afdeling bestuursrechtspraak worden ingediend, bieden de uitspraken van de Centrale Raad slechts een beperkt beeld van het tijdsverloop van de afhandeling van de verzoeken om voorlopige voorziening. Uit de gegevens die wel beschikbaar zijn, kan (met de nodige slagen om de arm) worden opgemaakt dat de afhandeling van verzoeken om voorlopige voorziening bij de Centrale Raad meer tijd in beslag neemt dan bij de rechtbanken en de Afdeling. Gemiddeld duurt het zes weken voordat een verzoek ter zitting wordt behandeld;¹²⁴ tussen de zitting en de uitspraak liggen nog eens elf dagen.¹²⁵ Al met al duurt de afhandeling van verzoeken die ter zitting worden behandeld gemiddeld ruim zeven weken.¹²⁶ Er zijn geen aanwijzingen dat als het verzoek niet ter zitting wordt behandeld, de afhandeling minder tijd in beslag neemt.¹²⁷

Voor verzoeken die door het bestuur worden gedaan en beogen om uitstel te verkrijgen van de verplichting een nieuw besluit op bezwaar te nemen, geldt, net als bij de Afdeling, dat het bestuur die verzoeken vaak zo lang na de uitspraak van de rechtbank indient, dat het meestal uitgesloten is dat het bij een negatieve uitspraak van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad nog kan voldoen aan de verplichting om binnen de termijn een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Behandeling ter zitting

Hoe vaak worden de bij de Centrale Raad van Beroep ingediende verzoeken ter zitting behandeld? We kijken daarnaar voor die verzoeken waar de voorzieningenrechter van de Centrale Raad is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling. Het betreft 76 van de 83 zaken.

Tabel 5.2 Verzoek ter zitting behandeld?

Verzoek ter zitting behandeld?	Aard van de zaak			
	Sociale verzekeringen	Sociale voorzieningen	Ambtenaren	Totaal
Ja	66%	50%	79%	68%
Nee	33%	50%	21%	32%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	9	24	43	76

124. 43 dagen; N = 8.

125. N = 53.

126. 51 dagen; N = 19.

127. 54 dagen; N = 11.

Bij het bekijken van de tabel valt op dat verzoeken om voorlopige voorziening bij de Centrale Raad aanzienlijk minder vaak ter zitting worden behandeld dan bij de Afdeling. Daar werd 86% van de verzoeken ter zitting behandeld, tegen 68% van de bij de Centrale Raad ingediende verzoeken. Een tweede punt dat opvalt, is het verschil tussen ambtenarenzaken en socialezekerheidszaken. Ambtenarenzaken worden vaker ter zitting behandeld dan socialezekerheidszaken. Een ander verschil (niet in de vorenstaande tabel te zien) betreft burgers en bestuursorganen. Verzoeken van burgers worden vaker ter zitting behandeld (in 77% van de gevallen) dan die van het bestuur (in 59% van de gevallen).¹²⁸

Als het verzoek ter zitting wordt behandeld, zijn partijen zo goed als altijd aanwezig. De burger scoort 100%, het bestuur 96%.¹²⁹

5.3 Beoordeling van het verzoek

Algemeen

Van de 83 bestudeerde uitspraken betrof er één een verzoek om proceskostenvergoeding na de intrekking van een verzoek, en 82 de uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening. Van die 82 verzoeken zijn er 76 inhoudelijk door de voorzieningenrechter van de Centrale Raad beoordeeld. Als deze niet tot een inhoudelijke beoordeling van het verzoek kwam, had dat als reden dat het griffierecht niet op tijd was betaald (vier keer), dat niet was voldaan aan het connexiteitsvereiste (één keer) of dat geen machtiging was overgelegd (één keer). De andere verzoeken (ruim 90%) zijn inhoudelijk door de voorzieningenrechter beoordeeld.

Spoedeisend belang

Anders dan bij de rechtbanken en de Afdeling is het vereiste van spoed voor de Centrale Raad veelvuldig reden om verzoeken om voorlopige voorziening af te wijzen. De volgende tabel geeft daarvan een beeld.

Tabel 5.3 Spoedeisend belang aangenomen?

Spoedeisend belang aangenomen?	Verzoeker is:		
	Burger	Bestuur	Totaal
Ja	74%	46%	60%
Nee, belangenaantasting niet groot genoeg	21%	43%	32%
Nee, belangenaantasting nog niet aan de orde	5%	11%	8%
Totaal	100%	100%	100%
N	39	37	76

Tau-b = -.29, p = .01

128. N = 76; Tau-b = .19, p = .097.

129. N = 52.

Uit de tabel blijkt dat maar liefst 40% van de verzoeken om voorlopige voorziening wordt afgewezen omdat van een spoedeisend belang geen sprake is.

Ook als de zaken waarin wordt geoordeeld dat van een belangen aantasting voorlopig nog geen sprake is, buiten beschouwing worden gelaten, is bij de beoordeling door de Centrale Raad opvallend vaak sprake van een afwijzing van het verzoek vanwege het ontbreken van een spoedeisend belang. Dit geldt met name voor bestuursorganen. Die zien hun verzoeken in bijna de helft van de gevallen afgewezen omdat de voorzieningenrechter vindt dat de belangen aantasting ten gevolge van de rechtbankuitspraak niet groot genoeg is.

Het is de moeite waard om nader te kijken naar de wijze waarop de Centrale Raad de spoedeisendheid van verzoeken om voorlopige voorziening beoordeelt. We beginnen met de door het bestuur ingediende verzoeken. Dat zijn zonder uitzondering verzoeken om uitstel van de door de rechtbank opgelegde verplichting een nieuw besluit te nemen. In sociale verzekeringszaken komt dit soort verzoeken niet voor, vanwege het feit dat het hoger beroep van het bestuur daar schorsende werking heeft, maar in ambtenaren- en bijstandszaken wel. De verzoeken van het bestuur om uitstel worden aanzienlijk minder welwillend benaderd dan vergelijkbare verzoeken die het bestuur tot de Afdeling richt. Bij de beoordeling van uitstelverzoeken hanteert de Centrale Raad het volgende beoordelingskader:

‘4.1. Ingevolge artikel 21 van de Beroepswet in verbinding met artikel 8:81 van de Awb kan, indien tegen een uitspraak van de rechtbank hoger beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

4.2. Dienaangaande overweegt de voorzieningenrechter onder verwijzing naar zijn uitspraak van 27 augustus 1998, gepubliceerd in TAR 1998, 74, dat de enkele omstandigheid dat de aangevallen uitspraak naar het oordeel van verzoeker niet in stand zal kunnen blijven op zichzelf niet een voldoende grondslag vormt voor het oordeel dat een spoedeisend belang het treffen van een voorlopige voorziening vordert. De wetgever heeft immers aan het instellen van hoger beroep in zaken als de onderhavige uitdrukkelijk geen schorsende werking willen toekennen en daarmee het risico van mogelijke problemen bij de naleving van een in hoger beroep aangevochten uitspraak bij het betrokken bestuursorgaan gelegd. Weliswaar zijn er gevallen denkbaar waarin bij uitvoering van een uitspraak betrokken belangen dermate zwaarwegend zijn, dat aan de hand van een voorlopig oordeel omtrent de mate van waarschijnlijkheid dat die uitspraak in stand zal blijven wordt gezien of voor doorbreking van het door de wetgever gewenste stelsel in het concrete voorliggende geval aanleiding bestaat, doch daarvan is in dit geval geen sprake.’¹³⁰

Uit de geciteerde overweging blijkt dat de Centrale Raad zwaar tilt aan het gegeven dat hoger beroep geen schorsende werking heeft. Die keuze van de wetgever dient gerespecteerd te worden. Een verzoek om uitstel komt daarom in beginsel niet voor

¹³⁰. V.zr. CRvB 21 oktober 2004, 04/4978 AW-VV.

inwilliging in aanmerking. Het is aan het bestuur om duidelijk te maken dat zijn belang om te mogen wachten zo groot is, dat de voorzieningenrechter op grond daarvan een spoedeisend belang zou moeten aannemen.

‘4.5. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter leveren de door verzoeker (het bestuursorgaan, ATM) aangevoerde redenen niet een zwaarwegend (spoedeisend) belang op als hiervoor bedoeld. De door verzoeker geschetste gevolgen van onmiddellijke uitvoering van de aangevallen uitspraak gaan niet uit boven hetgeen in het algemeen, krachtens het wettelijk stelsel zoals onder 4.2. aangegeven, voor rekening van het betrokken bestuursorgaan dient te worden gelaten. Dat verzoeker daarbij voor onoverkomelijke problemen wordt gesteld, is door verzoeker niet aannemelijk gemaakt en is de voorzieningenrechter ook overigens niet kunnen blijken.’¹³¹

Ook los van het uitgangspunt van de Centrale Raad dat wanneer het hoger beroep de werking van een uitspraak niet schorst, er in beginsel geen reden is om het bestuur uitstel te gunnen, blijkt uit overwegingen van verschillende uitspraken dat de vraag of daadwerkelijk sprake is van spoed, niet marginaal, maar indringend wordt getoetst.

‘4.2. De voorzieningenrechter is van spoedeisend belang niet kunnen blijken. Het bestreden besluit is vernietigd omdat daaraan naar het oordeel van de rechtbank een motiveringsgebrek kleefde. Niet valt in te zien waarom verzoeker dit gebrek bij een nieuw te nemen beslissing op bezwaar niet zou kunnen herstellen. Zo moet het mogelijk worden geacht dat verzoeker, bijvoorbeeld aan de hand van een overzicht van de vacatures, dan wel personeelsmutaties die zich in de hier in geding zijnde periode binnen het gezagsbereik van de RDW (met vestigingen in Zoetermeer en Veendam) hebben voorgedaan, of op andere adequate wijze, aantoonde dat er geen passende functies voor gedaagde zijn geweest. Het handhaven van het ontslagbesluit is door de overwegingen van de rechtbank niet op voorhand uitgesloten of onmogelijk gemaakt.’¹³²

De beoordeling van het spoedeisend belang van burgers loopt langs andere lijnen. Opvallend is dat in veel uitspraken wordt benadrukt dat het niet de bedoeling is dat een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan met als doel om via kortsluiting snel een definitieve uitspraak van de rechter te verkrijgen.

‘Volgens – inmiddels – vaste rechtspraak van de Raad (vgl. de uitspraak van 2 december 2003, gepubliceerd in AB 2004, nr. 186) is de mogelijkheid om hangende (hoger) beroep een verzoek om voorlopige voorziening te doen, niet bedoeld om door middel van de zogenoemde ‘kortsluiting’ de behandeling van de hoofdzaak te bespoedigen. Indien van enig spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening voorafgaand aan de uitspraak in de hoofdzaak geen sprake is, is daarin een grond gelegen om geen gebruik te maken van de in artikel 8:86, eerste lid, van de Awb neergelegde bevoegdheid onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak, en het verzoek om voorlopige voorziening af te wijzen.’¹³³

131. V.zr. CRvB 27 juni 2005, 05/3566 AW-VV.

132. V.zr. CRvB 30 september 2005, 05/5494 AW-VV.

133. V.zr. CRvB 22 december 2004, 04/6260 WVG-VV.

De overwegingen waarin een verband wordt gelegd tussen een verzoek om voorlopige voorziening en de mogelijkheid van kortsluiting, zijn met name opvallend omdat in de desbetreffende uitspraken verder op geen enkele wijze blijkt dat een snelle uitspraak in het onderliggende hoger beroep het eigenlijke doel van het verzoek om voorlopige voorziening is. Het lijkt trouwens ook niet waarschijnlijk dat verzoekers ter motivering van hun verzoek expliciet melden dat het hen om kortsluiting te doen is. Overigens is het irrelevant of verzoekers met hun verzoek mede beogen middels kortsluiting een snelle definitieve uitspraak te verkrijgen. Als ze maar een spoedeisend belang hebben bij de door hen gevraagde voorziening, doen hun verdere bedoelingen niet terzake.

Kortsluiting

Net als de Afdeling bestuursrechtspraak maakt de Centrale Raad van Beroep minder vaak gebruik van zijn bevoegdheid om verzoek en hoger beroep kort te sluiten dan de rechtbanken. In de volgende tabel is dat te zien.

Tabel 5.4 Kortsluiting

Is het verzoek met het hoger beroep kortgesloten?	Aard van de zaak			
	Sociale verzekeringen	Sociale voorzieningen	Ambtenaren	Totaal
Nee	17%	36%	100%	70%
Ja	83%	64%	0%	30%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	6	14	26	46

Uit de tabel blijkt dat van de verzoeken waarin een spoedeisend belang wordt aangenomen, 30% wordt kortgesloten. De verschillen tussen de drie verschillende categorieën zaken zijn opmerkelijk. Waar van de socialezekerheidszaken meer dan de helft wordt kortgesloten, gebeurt het bij de ambtenarenzaken nooit.

Inhoudelijke beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening

Als de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep zich bevoegd acht, de verzoeker ontvankelijk, van oordeel is dat sprake is van een spoedeisend belang en beslist dat gebruik van zijn kortsluitingsbevoegdheid niet aan de orde is, komt hij voor de vraag te staan of hij het verzoek zal moeten toe- of afwijzen.

In 32 van de 83 bestudeerde uitspraken is die vraag aan de orde is. Van die 32 uitspraken zijn er 17 waar een verzoek van het bestuur wordt beoordeeld en 15 waarin een verzoek van een burger aan de orde is. Die aantallen zijn te klein om op basis daarvan iets te zeggen over het verband tussen de wijze van beoordeling van de verzoeken en de uiteindelijke beslissing van de Centrale Raad. Het enige wat op basis van de bestudering van de 32 uitspraken kan worden gezegd, is dat de voorzie-

ningenrechter van de Centrale Raad, anders dan de Voorzitter van de Afdeling, geen onderscheid lijkt te maken tussen de beoordeling van verzoeken die van het bestuur en verzoeken die van burgers afkomstig zijn.

Uitkomst

Ten behoeve van de beschrijving van de uitkomsten van de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening door de Centrale Raad van Beroep worden de dicta van de uitspraken, net zoals in het vorige hoofdstuk is gebeurd, herleid tot de vraag voor wie de uitkomst winst betekent: voor het bestuur, of voor de tegenover het bestuur staande burger.

We kijken eerst naar de zaken waarin de voorzieningenrechter van de Centrale Raad geen gebruik heeft gemaakt van zijn kortsluitingsbevoegdheid

Tabel 5.5 Uitkomst beoordeling voorlopige voorzieningen (geen kortsluiting)

Uitkomst van de procedure gunstig voor:	Verzoeker is:		
	Bestuur	Burger	Totaal
Bestuur	41%	73%	59%
Burger	59%	27%	41%
Totaal	100%	100%	100%
N	17	15	32

Tau-b = -.03, p = .079

Uit de tabel blijkt dat, net als bij de Afdeling, het bestuur vaker als winnaar van de procedure naar voren komt dan de burger. Voor zowel de verzoeken van het bestuur als van de burger geldt dat ze vaker worden afgewezen dan toegewezen, maar het bestuur heeft wel vaker succes dan de burger (het bestuur in 41% van zijn verzoeken, de burger in 23% van diens verzoeken). Een groot verschil met de Afdeling is dat de mate waarin bestuur en burger succes hebben, niet sterk uiteenloopt. Bij de Afdeling heeft het bestuur ongeveer zeven keer zo veel kans op succes, bij de Centrale Raad slechts anderhalf keer zo veel.

Als we naar de uitkomst van de procedure kijken, met inbegrip van de kortgesloten verzoeken om voorlopige voorziening, verandert het beeld nauwelijks. Het bestuur komt in 41% van de gevallen waarin het de verzoeker is, als winnaar uit de bus, de burger in 23% van de procedures waarin het verzoek van hem afkomstig was.

5.4 Conclusie

De Centrale Raad van Beroep komt in zijn hoedanigheid van voorzieningenrechter vooral naar voren als een principiële rechter. De principiële opstelling blijkt uit de wijze waarop de Centrale Raad het vereiste van een spoedeisend belang bij de verzoekers om een voorlopige voorziening toetst. Anders dan de voorzieningenrechters

van de rechtbanken en de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak is niet aan twijfel onderhevig dat de Centrale Raad daarvan serieus werk maakt.

De op dat punt principiële opstelling van de Centrale Raad blijkt uit de frequentie waarmee verzoeken worden afgewezen omdat van een spoedeisend belang geen sprake is, en uit de argumenten waarmee die afwijzingen worden onderbouwd. Zeer veel vaker dan bij de voorzieningenrechters van de andere bestuursrechtelijke colleges is het ontbreken van spoed reden voor afwijzing. De veelvuldige afwijzingen hebben weinig te maken met het feit dat bij de Centrale Raad relatief vaak verzoeken zouden worden gedaan door partijen die bij de voorzieningenrechter niets hebben te zoeken, maar alles met het feit dat de Centrale Raad niet zo snel vindt dat een verzoeker iets bij hem, in zijn hoedanigheid van voorzieningenrechter, heeft te zoeken.

Voorzover het bestuur principieel wordt benaderd ('Wij nemen als voorzieningenrechter artikel 6:16, in combinatie met artikel 6:24, van de Algemene wet bestuursrecht serieus: als de wet bepaalt dat hoger beroep schorsende werking heeft, ligt het niet in de rede dat wij verzoeken van het bestuur om op die regel een uitzondering te maken, massaal honoreren'), valt dat alleen maar toe te juichen. Voorzover de burger principieel wordt benaderd ('Een verzoek om voorlopige voorziening is niet bedoeld om door middel van kortsluiting een snellere behandeling van de hoofdzaak te bewerkstelligen') valt de indruk van overbodigheid van de principiële opstelling niet helemaal te vermijden.

Voor het overige valt, op basis van de in het kader van dit preadvies verzamelde gegevens, niet zo heel erg veel over de Centrale Raad van Beroep te concluderen. Zijn activiteit als voorzieningenrechter is daarvoor te beperkt.

6 Conclusie

In het eerste hoofdstuk van dit preadvies is een aantal vragen geformuleerd over het optreden van de bestuursrechter als beslisser op verzoeken om voorlopige voorziening. De vragen hadden betrekking op oordeelsvorming, consistentie en effectiviteit. In dit concluderende hoofdstuk komen al deze drie aspecten van de voorlopige voorzieningsprocedure aan de orde, zij het dat ik ze niet een voor een afloop. In plaats daarvan noem ik een aantal zaken die mij bij mijn rondgang door voorzieningenrechtshandelen in het bijzonder opvielen. Ik begin met de toetsing door de voorzieningenrechter van het spoedeisend belang.

De spoedeisendheid vormt een centraal punt in de beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening. Zonder spoed geen voorziening. De meeste voorzieningenrechtshandelen (de Centrale Raad van Beroep vormt de uitzondering) achten vrijwel altijd een spoedeisend belang aanwezig. In 95% van de zaken waar de voorzieningenrechter voor de vraag staat of hij een verzoek moet toe- of afwijzen, vindt hij de belangen-aantasting door het bestreden besluit dermate ingrijpend, dat hij bereid is te bekijken of die het treffen van een voorlopige voorziening rechtvaardigt. De ruimhartigheid van de voorzieningenrechtshandelen kan op twee zaken duiden. Het kan erop duiden dat het zelden voorkomt dat iemand zonder een spoedeisend belang een verzoek om voorlopige voorziening doet, maar ook dat voorzieningenrechtshandelen heel royaal zijn als ze moeten beslissen of een verzoeker een spoedeisend belang heeft.

Mijn vermoeden is dat de meeste voorzieningenrechtshandelen vooral heel royaal zijn. Dat vermoeden baseer ik op het feit dat de Centrale Raad van Beroep duidelijk veel minder vaak dan andere bestuursrechtshandelen een spoedeisend belang aanneemt. Mijn vermoeden is voorts dat de ruimhartigheid van de meerderheid van de voorzieningenrechtshandelen het gevolg is van een te marginale toetsing van het spoedeisend belang. Dat vermoeden baseer ik op het feit dat in uitspraken van voorzieningenrechtshandelen bijna nooit wordt gemotiveerd waarom een spoedeisend belang aanwezig wordt geacht.

De geringe aandacht voor de vraag of van een spoedeisend belang sprake is, past in een wijze van beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening waarbij de voorzieningenrechter de toetsing van een besluit zoals die plaatsvindt in de reguliere beroeps-procedure, als voorbeeld neemt. Het is opvallend hoe veel aandacht in uitspraken van voorzieningenrechtshandelen van rechtbanken uitgaat naar de vraag of het besluit ter zake waarvan een voorziening wordt gevraagd rechtmatig is, en hoe weinig aandacht naar de consequenties van het treffen van de gevraagde voorziening.

Als voorzieningenrechtshandelen het spoedeisend belang van de verzoeker indringender zouden toetsen, dan zou op de constatering dat een dergelijk belang aanwezig is,

direct de vraag kunnen volgen welke consequenties het honoreren van het verzoek om voorlopige voorziening heeft. In veel gevallen ben je als rechter dan snel klaar, zeker als de periode waarvoor de te treffen voorziening zou gelden, in tijd beperkt is. Als voorbeeld kunnen de kapvergunning en het rijbewijs dienen. Wanneer tussen het moment dat de voorzieningenrechter met zijn uitspraak komt en het moment dat – in het geval het verzoek hangende bezwaar is gedaan – het bestuursorgaan op het bezwaar moet beslissen, slechts enkele weken liggen, dan ligt het voor de hand de kapvergunning te schorsen en de intrekking van het rijbewijs te laten voor wat die is, tenzij de kapvergunning evident rechtmatig, en de intrekking van het rijbewijs evident onrechtmatig is. De reden is dat het voor de voorzieningenrechter vaak nogal omslachtig en tijdrovend is om te proberen volledige zekerheid te krijgen over de vraag of het bestreden besluit al dan niet rechtmatig is, ten behoeve van een beslissing op een verzoek om een ordemaatregel te nemen die ten hoogste enkele weken hoeft te gelden.

Ook bij de beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening die hangende beroep worden ingediend, zou de voorzieningenrechter er voor kunnen kiezen om, als hij heeft vastgesteld dat sprake is van een spoedeisend belang, direct te gaan kijken naar de consequenties die het treffen van de gevraagde voorziening heeft. Voor de uitkomst van zijn beoordeling zal dat echter minder uitmaken. Immers, als de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening treft waar hangende beroep om is verzocht, duurt de periode waarvoor de voorziening naar verwachting zal gelden, ten minste enkele maanden (in plaats van enkele weken). Omdat de consequenties van een hangende beroep getroffen voorlopige voorziening bijna altijd groter zijn dan die van een hangende bezwaar getroffen voorziening, zal de voorzieningenrechter, voor welk uitgangspunt of welke volgorde hij bij zijn beoordeling ook kiest, veel sneller ook naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit kijken. En dan is de stap naar kortsluiting snel gezet.

Er is dan ook alle reden om tegen voorzieningenrechters die moeten beslissen op verzoeken die hangende beroep worden gedaan en die massaal van hun kortsluitingsbevoegdheid gebruik maken, te zeggen: ‘Ga zo door!’ en tegen voorzieningenrechters die moeten beslissen op in het kader van bezwaarprocedures ingediende verzoeken en die zich behoorlijk fixeren op de rechtmatigheid van het besluit van het bestuur: ‘Doe het eens anders!’

Aan de suggestie om de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit het eindpunt in plaats van het startpunt van de besluitvorming over het verzoek te laten vormen, kunnen nog ten minste twee suggesties worden toegevoegd.

De ene suggestie is dat de voorzieningenrechter, voorzover hij oordeelt over verzoeken die hangende bezwaar zijn gedaan, in zijn beslissing in voorkomend geval ook aandacht zou moeten besteden aan de door het bestuur op het bezwaar te nemen beslissing. Dat hij een verzoek afwijst omdat hij het belang van de verzoeker bij de gevraagde voorziening niet groot genoeg vindt, hoeft hem er niet van te weerhouden het bestuur op termijn te stellen (als voorbeeld: de bijstandsontvanger wiens uitkering is ingetrokken, heeft een bijzonder belang snel te weten of het bestuur bij die beslissing blijft). En hetzelfde geldt als hij een verzoek toewijst (als voorbeeld: de vergunninghouder wiens bouwvergunning is geschorst, is er mee geholpen als de

uitspraak van de voorzieningenrechter hem de garantie biedt dat het bestuursorgaan zo snel mogelijk een besluit neemt op het bezwaar van zijn buurman).

De andere suggestie is dat de voorzieningenrechter, als hij een voorziening treft, niet als automatisme de termijn waarvoor die geldt op zes weken na de beslissing op bezwaar of de uitspraak stelt. Voorzieningenrechters zijn vaak geneigd dat te doen, en al getuigt dat van hoffelijkheid tegenover de verzoeker, die bij een voor hem ongunstig besluit op bezwaar of een ongunstige uitspraak nog zes weken rustig kan nadenken of hij wel of niet in (hoger) beroep zal gaan, het doet geen recht aan het belang van het bestuur en eventuele derden dat het besluit zo snel mogelijk weer gaat gelden.

Voorzieningenrechters bezitten een grote mate van vrijheid. Tegen hun beslissingen staat geen hoger beroep open. Dat hoeft hen er echter niet van te weerhouden zich bij hun oordeelsvorming te oriënteren op, of te laten inspireren door de manier waarop de verschillende hoger-beroepsinstanties als voorzieningenrechter opereren. Ze hebben daarbij nogal de keus, want de Afdeling bestuursrechtspraak behandelt verzoeken om voorlopige voorziening op een geheel andere wijze dan de Centrale Raad van Beroep.

Op welke punten zouden de ‘lagere’ voorzieningenrechters, meer dan zij nu doen, zich kunnen oriënteren op de jurisprudentie van de ‘hoogste’ voorzieningenrechters, en aan welk aspecten daarvan zouden zij juist geen voorbeeld moeten nemen? Het punt waar de Centrale Raad als lichtend voorbeeld zou moeten gelden, is al aan de orde geweest: de toetsing van het spoedeisend belang. Als rechtbanken daar even serieus werk van zouden maken als de Centrale Raad, zou hen dat veel tijd opleveren voor andere onderdelen van hun taak.

De Afdeling verdient navolging voor wat betreft het uitgangspunt van haar toetsing, dat inhoudt dat niet het besluit centraal staat, maar het verzoek. Hoewel er veel kanttekeningen te plaatsen zijn bij de welwillende opstelling van de Afdeling ten aanzien van verzoeken van het bestuur om uitstel van de verplichting om – als consequentie van een voor het bestuur negatieve rechtbankuitspraak – een nieuw besluit te nemen, kan het uitgangspunt dat er aan ten grondslag ligt voor de voorzieningenrechters van de rechtbanken zonder meer als inspiratiebron dienen bij het beoordelen van verzoeken van burgers die in feite dezelfde strekking hebben: enig uitstel van een besluit waarvan de gevolgen moeilijk zijn terug te draaien. Wat het bestuur aan de Voorzitter van de Afdeling vraagt (‘Kunt u er zorg voor dragen dat ik nog enkele maanden mag wachten met uitvoering geven aan wat de rechtbank mij heeft opgedragen, gezien de mogelijkheid dat uw uitspraak als consequentie zal hebben dat ik dat sowieso niet hoeft te doen?’) lijkt heel erg veel op wat een aanzienlijk deel van de verzoekers aan de voorzieningenrechter van de rechtbank vraagt (‘Kunt u er voor zorgen dat het bestuur nog enkele weken wacht met uitvoering geven aan zijn besluit, gezien de mogelijkheid dat dat besluit in bezwaar wordt herroepen, met als consequentie dat er sowieso geen uitvoering meer aan hoeft te worden gegeven?’). Wellicht is het van voorzieningenrechters te veel gevraagd om zich even genereus op te stellen tegenover de uitstelverzoeken van burgers als de Afdeling dat doet ten aanzien van de uitstelverzoeken van het bestuur, maar enige mate van navolging lijkt zeker het overdenken waard.

Waar voorzieningenrechters van de rechtbank daarentegen geen voorbeeld aan zouden moeten nemen, is de wijze waarop de Afdeling beslissingen op verzoeken om voorlopige voorziening motiveert. De treurigste momenten bij mijn rondgang langs de uitspraken van de voorzieningenrechters betroffen de vele uiterst beknopte overwegingen van de Voorzitter van de Afdeling die in het geheel geen inzicht bieden in de beweegredenen om een verzoek toe- of af te wijzen, en die – toevallig of niet – allemaal uitmonden in een beslissing die gunstig is voor het bestuur en ongunstig voor de burger. Afgaande op die uitspraken lijkt het wel alsof de Afdeling regelmatig vergeet dat niet alleen het bestuur graag wil weten waarom zijn verzoek wordt afgewezen of het verzoek van een burger wordt toegewezen, maar dat ook de burger behoefte heeft aan die informatie.

Voorzover dit hoofdstuk aanbevelingen bevatte, waren die tot nu toe alleen maar gericht aan voorzieningenrechters. Tot slot wil ik ook de wetgever in beeld brengen. Zou die nog iets kunnen ondernemen om de voorlopige voorzieningsprocedure beter te laten verlopen? Als wordt gefilosofeerd over de reconstructie van die procedure, wordt aan ten minste twee zaken gedacht.

In de eerste plaats betreft het de mogelijkheid van hoger beroep tegen de uitspraken van voorzieningenrechters van de rechtbank. In het licht van de bevindingen van dit preadvies lijkt me het openstellen van hoger beroep tegen uitspraken van voorzieningenrechters deels onnodig en deels niet bezwaarlijk. De invoering lijkt me onnodig voorzover het uitspraken betreft die worden genomen op verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar. Voor die categorie uitspraken geldt dat ze per definitie een beperkte geldingsduur hebben, wat het onnodig maakt dat er hoger beroep tegen kan worden ingesteld. Wie grote problemen heeft met een door de voorzieningenrechter hangende bezwaar getroffen voorziening, hoeft in beginsel nooit lang te wachten totdat hij er iets tegen kan gaan ondernemen. Invoering van de mogelijkheid van hoger beroep is daarentegen niet bezwaarlijk voorzover het beslissingen betreft die de voorzieningenrechter neemt op verzoeken die hangende beroep worden gedaan. Vanwege het feit dat de overgrote meerderheid van die verzoeken wordt kortgesloten met het daarmee samenhangende beroep, geldt maar voor weinig uitspraken die de voorzieningenrechter doet naar aanleiding van een verzoek hangende beroep, dat ze niet in hoger beroep ter discussie kunnen worden gesteld. Er is dan ook geen enkele reden om bevreesd te zijn dat het openen van de mogelijkheid van hoger beroep tegen uitspraken van de voorzieningenrechter die zijn gedaan in het kader van een reguliere beroepsprocedure, tot een substantiële toename van het aantal hoger-beroepszaken zal leiden.

Een tweede aspect van de voorlopige voorzieningsprocedure waar niet iedereen eenstemmig tevreden over is, betreft het ontbreken van schorsende werking van het hoger beroep. Dat noodzaakt bestuursorganen, als die niet uit de voeten kunnen met de uitspraak van de rechtbank, om naast het instellen van hoger beroep ook een voorlopige voorziening te vragen, ten einde te ontkomen aan de verplichting hangende het hoger beroep een nieuw besluit te nemen. Hoewel het er vaak op lijkt dat de Afdeling, in haar hoedanigheid van voorzieningenrechter, lak heeft aan de wettelijke bepalingen waarin is vastgelegd dat hoger beroep de uitspraak van de rechtbank niet schorst, is die regel nog steeds in artikel 6:16 juncto artikel 6:24 Awb

te vinden. Voor een inventarisatie van de verschillende argumenten voor en tegen de invoering van schorsende werking van hoger beroep, verwijs ik naar het preadvies van De Waard. Ik volsta er mee daar nog een enkele observatie aan toe te voegen.

Die observatie is dat wie zijn gedachten laat gaan over de wenselijkheid van schorsende werking van het instellen van rechtsmiddelen, zich niet kan beperken tot het hoger beroep. Met name voor de bezwaarprocedure geldt dat er vele goede argumenten zijn te bedenken die het toekennen van schorsende werking het overwegen waard maken, misschien nog wel meer dan voor schorsende werking van het hoger beroep. Allereerst geldt dat het belang van een bezwaarmaker bij schorsende werking van zijn bezwaar niet minder groot is dan dat van het bestuur bij schorsende werking van diens hoger beroep. Echter, anders dan bij de schorsende werking van het hoger beroep van een bestuursorgaan is de duur van de schorsing als gevolg van een bezwaar beperkt, en te beïnvloeden door het bestuur. Bovendien geldt de schorsende werking van bezwaar – per definitie – alleen voor besluiten waarbij de rechtspositie van de bezwaarmaker verslechtert, niet voor besluiten waar een door hem beoogde verbetering van zijn rechtspositie uitblijft. Tot slot zou schorsende werking van bezwaar de rechtbanken in één klap van het merendeel van de door hen te behandelen verzoeken om voorlopige voorziening verlossen. Nader onderzoek naar de wenselijkheid van schorsende werking van het hoger beroep zou dan ook vergezeld moeten gaan van onderzoek naar de wenselijkheid van schorsende werking van bezwaar.

Stellingen

1. De beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar dient zich meer te concentreren op de belangen van partijen en op de consequenties van het treffen van de gevraagde voorziening, dan op de rechtmatigheid van het bestreden besluit.
2. Voorzieningenrechters (behalve die van de Centrale Raad van Beroep) gaan er te gemakkelijk vanuit dat verzoekers om een voorlopige voorziening een spoedeisend belang hebben.
3. Voorzover de Voorzitter van de Afdeling zich – in uitspraken op verzoeken van het bestuur – beperkt tot overwegingen als: ‘Indien het verzoek niet wordt toegevoegd, zullen onomkeerbare gevolgen optreden; niet is gebleken van belangen die er niettemin toe nopen dat het bestuur snel op het bezwaar beslist’, en – in uitspraken op verzoeken van een burger – tot overwegingen als: ‘De argumenten van verzoeker geven geen aanleiding voor het oordeel dat op voorhand moet worden aangenomen dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure niet in stand zal blijven, zodat er geen reden is om een voorlopige voorziening te treffen’, wordt niet voldaan aan de in artikel 8:77 lid 1 sub b Awb neergelegde eis dat de uitspraak de gronden van de beslissing vermeldt.
4. Invoering van enige vorm van hoger beroep tegen uitspraken op verzoeken om voorlopige voorziening verdient serieus overweging, maar
 - a. alleen voorzover het uitspraken betreft op verzoeken die hangende beroep zijn gedaan, en
 - b. pas als de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak verzoeken om voorlopige voorziening op minder uiteenlopende wijze beoordelen dan nu het geval is.
5. Als wordt overwogen schorsende werking toe te kennen aan het instellen van een rechtsmiddel, is ‘bezwaar’ een meer voor de hand liggende kandidaat dan ‘hoger beroep’.
6. Gezien de vele vragen die in dit preadvies onbeantwoord zijn gebleven, is nader onderzoek naar het functioneren van de voorlopige voorzieningsprocedure geboden.

Spoedprocedures vergeleken

Prof. mr. B.W.N. de Waard*

1	Introductie	169
1.1	Vragen	169
1.2	Keuze voor Frankrijk en Duitsland	169
1.3	Leesadvies	170
2	Spoedprocedures in Frankrijk	171
2.1	De context	171
2.1.1	Historie: voorlopige voorzieningen beperkt	171
2.1.2	Beginsel: instellen beroep heeft géén opschortende werking	171
2.1.3	Ook schorsing door rechter problematisch?	173
2.2	Het globale plaatje	174
2.2.1	Overzicht van référés	174
2.2.2	De spoed-référés in vogelvlucht	175
2.2.3	De gewone référés in vogelvlucht	176
2.3	Procedurele hoofdlijnen	177
2.3.1	Alleensprekende rechter; maar bij uitzondering een meervoudige kamer	177
2.3.2	Uitgangspunt: contradictoire behandeling, zij het niet altijd mondeling; in combinatie met mogelijke filterwerking via vereenvoudigde afdoening	178
2.3.3	Connexiteit	179
2.3.4	Verplichte procesvertegenwoordiging?	180
2.3.5	Hoger beroep of andere rechtsmiddelen	181
2.4	Criteria	183
2.4.1	Verschillen per référé	183
2.4.2	De eis van spoed	184
2.4.3	Serieuze twijfel aan de rechtmatigheid	186
2.4.4	Verhouding tussen de twee criteria	187
2.5	De mogelijke voorzieningen	188
2.5.1	Voorlopig karakter (geen beslissing in de hoofdzaak)	188
2.5.2	Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?	191
3	Spoedprocedures in Duitsland	192
3.1	De context	192
3.1.1	Historie: veel ruimte voor voorlopige voorzieningen	192
3.1.2	Uitgangspunt: instellen rechtsmiddel heeft opschortende werking	192
3.1.3	Belangrijke rol voor bestuur bij bepalen uitvoerbaarheid van besluiten	193
3.1.4	Verdringing van hoofdzaken door voorlopige rechtsbescherming	194

* Boudewijn de Waard is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg.

3.2	Het globale plaatje	195
3.2.1	Overzicht van voorlopige voorzieningen	195
3.2.2	Hoe werkt opschortende werking?	200
3.2.3	Ook opschortende werking bij niet-ontvankelijkheid van de indiener?	201
3.2.4	Opschortende werking en EG-recht	201
3.2.5	Einde van de opschortende werking	202
3.3	Procedurele hoofdlijnen	202
3.3.1	Het gerecht zelf is bevoegd, de voorzitter alleen bij uiterste spoed	202
3.3.2	Vereenvoudigde afdoening mogelijk?	203
3.3.3	Connexiteit	203
3.3.4	Verplichte procesvertegenwoordiging	205
3.3.5	Hoger beroep of andere rechtsmiddelen	205
3.4	Criteria	206
3.5	De mogelijke voorzieningen	209
3.5.1	Voorlopig karakter (geen beslissing in de hoofdzaak)	209
3.5.2	Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?	210
4	Vergelijking	211
4.1	De context: tegenstelling in uitgangspunten	211
4.2	Het globale plaatje	212
4.2.1	Diversiteit in vormen van voorlopige voorzieningen	212
4.2.2	Externe factor: EG-recht	214
4.2.3	Zou het instellen van een rechtsmiddel tegen een bestuursbeslissing opschortende werking moeten hebben?	214
4.2.4	Zou het vragen van een voorlopige voorziening altijd automatisch opschortende werking moeten hebben?	219
4.2.5	Zou het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de eerste bestuursrechter schorsende werking moeten hebben?	219
4.2.6	Zou het bestuur een expliciet wettelijk geregelde opschortingsbevoegdheid moeten krijgen?	222
4.2.7	Zou méér gebruik gemaakt moeten worden van de mogelijkheid een zaak versneld te behandelen?	223
4.2.8	Kortsluiting	224
4.3	Procedurele hoofdlijnen	224
4.3.1	Alleensprekende rechter	224
4.3.2	Vereenvoudigde afdoening (geen mondelinge behandeling)	225
4.3.3	Connexiteit	225
4.3.4	Verplichte procesvertegenwoordiging	230
4.3.5	Rechtsmiddelen	230
4.4	Criteria	234
4.5	De mogelijke voorzieningen	235
4.5.1	Voorlopig karakter	235
4.5.2	Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?	235
4.6	Conclusies	236
	Stellingen	241
	Literatuurlijst	242

I Introductie

I.1 Vragen

Vragen zijn er genoeg, over de spoedprocedures in het bestuursrecht. Dat blijkt bijvoorbeeld uit eerdere studies naar het bestuursrechtelijk kort geding, zoals de proefschriften van Bolt en Bots; het blijkt uit het recente themanummer van het tijdschrift *JBplus*; en natuurlijk uit de preadviezen van Simons en Marseille. Ook verschillende Awb-evaluaties hebben vraagpunten opgeleverd. Zou het bestuursrechtelijk kort geding verder losgekoppeld moeten worden van de hoofdzaak? Dient de rol van voorlopige voorzieningenprocedures teruggedrongen te worden, ten gunste van – snellere – procedures in de hoofdzaak? Is het wenselijk om mogelijkheden van hoger beroep te introduceren? Redenen genoeg om een blik over de grenzen van Nederland te richten.

I.2 Keuze voor Frankrijk en Duitsland

Voor de rechtsvergelijking is gekozen voor studie van het Franse en het Duitse recht. Traditioneel hebben die beide stelsels van alle buitenlandse rechtssystemen de grootste invloed gehad op het Nederlandse bestuursrecht. Tamelijk veel bestuursrechtelijk georiënteerde juristen in Nederland zijn inmiddels redelijk vertrouwd met hoofdlijnen van het Franse en/of het Duitse bestuursrecht. Dat geldt echter in veel mindere mate voor de spoedvoorzieningen. In Duitsland nemen de spoedprocedures in de praktijk traditioneel een belangrijke plaats in. Voor Frankrijk gold dat in het verleden niet, maar in Frankrijk is het stelsel van voorlopige voorzieningen een aantal jaren geleden ingrijpend herzien. Daarover is in Nederland nog nauwelijks geschreven, terwijl inmiddels al wel aardig wat ervaring met de nieuwe procedures is opgedaan. Aantrekkelijk om juist deze landen voor deze studie te kiezen is verder dat de landen met betrekking tot spoedvoorzieningen basaal tegengestelde vertrekpunten kennen.

Natuurlijk is in de landenonderzoeken de aandacht gericht op thema's die interessant zijn vanwege in Nederland opkomende vragen of discussiepunten. Maar een meer algemeen opgezet overzicht van de spoedprocedures mocht niet ontbreken. Geïsoleerde beschouwing van elementen van voorlopige voorzieningenprocedures zou geen verantwoord beeld geven. Om diezelfde reden is ook aandacht besteed aan de achtergrond waartegen de voorlopige voorzieningsprocedures zich afspelen: zijn er andere mechanismen aanwezig om opschortende werking van bestuursbesluiten te bewerkstelligen dan door een rechter uitgesproken voorlopige voorzieningen? Dat

betekent dat er is gekozen voor een algemeen – en dus enigszins globaal – overzicht, waarna in het vergelijkende hoofdstuk de aandacht specifiek wordt gericht op vraagpunten die ook in Nederland spelen.

Over de gevolgde methode kan verder het volgende worden opgemerkt. Ten behoeve van het onderzoek voor dit preadvies heeft de nadruk noodzakelijkerwijs gelegen op literatuuronderzoek. Jurisprudentie kon slechts in zeer bescheiden mate worden bestudeerd. Dossieronderzoek heeft al helemaal niet plaatsgevonden. Wel hebben in beide landen gesprekken plaatsgevonden met telkens één collega uit de academische wereld en één president van een bestuursrechtelijk rechterlijk college. Die gesprekken hadden vooral het karakter dat dezerzijds om verheldering van onduidelijkheden werd gevraagd, maar kunnen op zichzelf natuurlijk geen degelijke basis vormen voor een oordeel over de voorlopige voorzieningencultuur. Het preadvies berust dus vooral op een ‘boeken’-onderzoek. Dat betekent dat met name de antwoorden op de vraag naar de criteria (wanneer wordt er precies een voorlopige voorziening getroffen en wanneer niet?) tamelijk globaal moesten blijven. Ik heb me getroost met de gedachte dat het ook heel lastig is om dat voor de Nederlandse voorlopige voorzieningenpraktijk precies op papier te zetten.

1.3 Leesadvies

Het preadvies is verder opgebouwd uit drie onderdelen. Een hoofdstuk over het Franse recht (2) en een hoofdstuk over het Duitse recht (3). Deze onderdelen zijn vooral beschrijvend van aard. In de landendelen zijn weinig evaluerende of vergelijkende opmerkingen gemaakt. Om overlapping te voorkomen is bovendien niet met concluderende paragrafen gewerkt. Vergelijking en conclusies zijn bewaard voor het laatste hoofdstuk (4, ‘Vergelijking’), waarin de vraag centraal staat in hoeverre uit de studie van het Franse en Duitse recht lessen te trekken zijn voor Nederland. De opbouw van de drie delen is zoveel mogelijk gelijkgehouden, om heen en weer schakelen tussen de delen te vergemakkelijken.

Voor de lezer met te weinig tijd, of de lezer die eigenlijk alleen is geïnteresseerd in het Nederlandse recht, kan dan ook de suggestie worden gedaan te beginnen met deel 4, de vergelijking. Voor toelichting kan dan worden teruggebladerd naar de delen over de buitenlandse stelsels.

2 Speedprocedures in Frankrijk

2.1 De context

2.1.1 Historie: voorlopige voorzieningen beperkt

Het Franse bestuursprocesrecht kent traditioneel geen voorlopige voorzieningen-cultuur. De algemene spoedvoorzieningen waren erg beperkt, in twee opzichten. De criteria die golden voor toewijsbaarheid boden de rechter weinig ruimte, en de maatregelen die als voorlopige voorziening konden worden genomen waren beperkt. De wetgever heeft daarin lange tijd geen verandering willen brengen – mede vanwege verzet uit bestuurlijke kring – en zich beperkt tot het scheppen van voorlopige voorzieningenprocedures op bijzondere gebieden. Maar ook de bestuursrechter heeft zich weinig ‘vovo-minded’ betoond.¹ Dat is ingrijpend veranderd, door invoering van een nieuwe algemene regeling van voorlopige voorzieningenprocedures in de Code de justice administrative (CJA), per 1 januari 2001. Die vernieuwing is dan ook wel besproken in termen van een ‘revolutie’.² De regeling is ingegeven door bezorgdheid over efficiency, maar heeft twee evenzeer fundamentele beginselen van het Franse bestuursrecht verzwakt; namelijk het beginsel van de onmiddellijke uitvoerbaarheid van bestuursbeslissingen en het beginsel dat aan de rechter verbiedt bevelen tot het bestuur te richten waarbij wordt voorgeschreven wat de materiële uitkomst van het geschil dient te zijn (‘injonctions à titre principal’). Ondergraving van dat laatste beginsel doet zich voor, ook al hebben de uit te spreken voorzieningen een voorlopig karakter, aldus Chapus.³

2.1.2 Beginsel: instellen beroep heeft géén opschortende werking

De traditioneel grote terughoudendheid bij wetgever en rechter lijkt voornamelijk bepaald te worden door hoe men in Frankrijk pleegt aan te kijken tegen de verhouding tussen bestuur en bestuursrechter. Uitgangspunt voor die verhouding is dat de werking van door het bestuur uitgevaardigde besluiten niet gestuit hoort te worden. De hoofdregel in het Franse bestuursprocesrecht is, dat het instellen van rechtsmiddelen geen schorsende werking heeft.

Zoals bij elke hoofdregel, zijn er uitzonderingen. Soms heeft het instellen van rechtsmiddelen wel schorsende werking. Zoals in geval van uitzetting van vreemde-

1. Vgl. Dugrip 2002, p. 245, onder verwijzing naar CE Ass. 2 juli 1982, Huglo e.a.

2. Vgl. bijv. Vandermeeren 2000, p. 706-721.

3. Chapus 2004, p. 1283, Rn 1514. Dit punt wordt hierna nog nader toegelicht, zie par. 2.5.1.

lingen en bepaalde invorderingen.⁴ De meest algemeen voorkomende uitzondering lijkt te worden gevormd door de gevallen dat een vorm van administratief beroep verplicht is: meestal is er geen verplichting om eerst administratief beroep in te stellen, maar als die verplichting wel bestaat, is meestal ook bepaald dat het instellen ervan schorsende werking heeft.⁵

Dat is niet zomaar een (neutrale) hoofdregel, maar een regel met de status van een dragend beginsel. Die hoofdregel is wettelijk vastgelegd in artikel L. 4 CJA. Die bepaling luidt:

‘Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n’ont pas d’effet suspensif s’il n’en est autrement ordonné par la juridiction.’

(‘Het instellen van beroep heeft geen schorsende werking, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, of het bevoegd gezag schorsing heeft bevolen.’)

Het is een bepaling ‘ayant valeur de principe général’: een bepaling die een algemeen beginsel uitdrukt.⁶ Dat beginsel wordt uitgelegd met verwijzing naar de omstandigheid dat het bestuursorgaan nu eenmaal geacht moet worden in het algemeen belang te handelen. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan, via een beroep van een belanghebbende, een privé-belang in de weg staan aan dat algemene belang. Dat ‘in bedwang houden’ van het algemeen belang is bovendien in veel gevallen slechts een kwestie van uitstel van executie.⁷

Het beginsel dat het instellen van rechtsmiddelen geen schorsende werking heeft, geldt niet alleen voor het beroep tegen bestuursbesluiten, maar ook voor het instellen van hoger beroep tegen een uitspraak van een bestuursrechter. Dergelijke uitspraken zijn uitvoerbaar vanaf het moment van hun bekendmaking (notification⁸). Dit is de omgekeerde oplossing van hetgeen geldt in het civiele procesrecht. Waarom is dat zo? Soms wordt er op gewezen dat dit een transpositie is van een bepaling in een oude regeling, die inhield dat het instellen van beroep tegen een bestuursbesluit bij de Conseil d’Etat geen schorsende werking heeft. Debbasch en Ricci wijzen erop dat dit geen afdoende verklaring is. Men mag immers het instellen van beroep tegen een bestuursbesluit niet verwarren met het instellen van hoger beroep tegen een rechterlijke uitspraak.⁹ Volgens Debbasch en Ricci is in het bestuursprocesrecht voor deze oplossing gekozen, omdat men er alleen op deze wijze zeker van kan zijn dat aan een bestuursbesluit niet de werking ontnomen kan worden zonder dat een rechter zich daar expliciet over heeft uitgesproken. In het bestuursprocesrecht staat

4. Als in een dergelijk geval desondanks een verzoek om schorsing wordt gedaan dan is dat niet-ontvankelijk. Zie Chabanol 2004, p. 413.

5. Chabanol 2004, p. 414.

6. Debbasch & Ricci 2001, p. 489, Rn 533. De werkgroep die de wetwijziging van 30 juni 2000 voorbereidde, schrijft dat het uitvoerbaar karakter van bestuursbesluiten ‘constitue la règle fondamentale du droit public’ (RFDA 2000, p. 945, onder verwijzing naar het arrest CE Ass. 2 juli 1982, *Huglo e.a.*).

7. Aldus nog steeds Debbasch & Ricci, zie vorige noot.

8. De bekendmaking geschiedt door de griffie, per aangetekende brief, aan alle partijen op dezelfde dag, onverminderd het recht van partijen om de uitspraak door een deurwaarder aan een andere partij te doen betekenen (art. R. 751-3 CJA).

9. Debbasch & Ricci 2001, p. 526, Rn 567.

immers nooit vast dat een maatregel waarin *ex lege* is voorzien geen afbreuk zal doen aan het algemeen belang, aldus deze auteurs.

2.1.3 Ook schorsing door rechter problematisch?

Bestuursbesluiten horen uitgevoerd te kunnen worden. Het enkele instellen van een rechtsmiddel is in ieder geval niet voldoende om de uitvoering op te schorten. Maar het Franse bestuursprocesrecht heeft er traditioneel ook nog moeite mee dat een rechterlijke beslissing aan uitvoering van een bestuursbesluit in de weg zou kunnen staan.

Illustratief is bijvoorbeeld dat nog in de laatste druk uit 2001 van het handboek van Debbasch en Ricci wordt aangegeven dat een rechterlijke bevoegdheid tot schorsing van bestuursbesluiten principieel problematisch is. Deze auteurs schrijven, in een beschouwende paragraaf,¹⁰ dat het huidige concept van de rechterlijke schorsing van activiteiten van het bestuur – ook na de belangrijke wijzigingen door de wet van 30 juni 2000 – niet kan worden vergeleken met het civiele kort geding. Dat concept is, ‘au point de vue de la conception générale du contentieux administratif, assez critiquable’ (‘vanuit het algemene gezichtspunt van het bestuursprocesrecht, nogal voor kritiek vatbaar’).¹¹ Het boek vervolgt met de opmerking dat niet valt te ontkennen dat het mogelijk is dat de uitvoering van een bestuursbesluit een onherstelbaar nadeel oplevert voor een verzoeker. Maar, een bestuursbesluit mag alleen worden geschorst als daar zware gronden voor zijn, die aanleiding zijn om te denken dat het besluit door de bodemrechter vernietigd zal worden.

‘Il est “de la nature même” de la mesure de suspension d’être accordée de façon exceptionnelle.’

(‘Het hoort tot “het wezen” van schorsing door de rechter dat daarin alleen in uitzonderlijke gevallen wordt bewilligd.’)

En als de schorsing aldus een uitzonderlijk karakter blijft behouden, kan dit instrument het zich niet veroorloven alle onherstelbaar nadeel te vermijden. ‘Les droits des particuliers sont donc insuffisamment protégés par l’existence de cette voie de droit et cette insuffisance de protection découle de la nature même du référé administratif’ (‘De rechten van particulieren worden dientengevolge onvoldoende beschermd door het bestaan van deze rechtsgang, en die tekortkoming vloeit voort uit het wezen van het middel van de schorsingsprocedure’). Indien men in het algemeen belang een prerogatief toekent aan het bestuur dan is het normaal dat van een rechterlijke schorsingsbevoegdheid zeer terughoudend gebruik wordt gemaakt.

‘Le juge préfère naturellement respecter l’intérêt général plutôt que l’intérêt particulier, si respectable fût-il. En matière d’intérêt général, la solution provisoire ne se conçoit pas. Le référé-suspension, qui procède d’une telle conception, devrait donc être supprimé.’

10. Debbasch & Ricci 2001, p. 510 e.v., Rn 554 (onder het kopje: *Appréciation générale sur le référé-suspension*).

11. NB: in de 5e éd. van Debbasch & Ricci, uit 1990, p. 510, stond hier in plaats van ‘assez critiquable’ nog: ‘extrêmement critiquable’!

(‘Het is een natuurlijke zaak dat de rechter liever het algemeen belang wenst te respecteren dan het particuliere belang, hoe respectabel dat laatste ook zou mogen zijn. In kwesties van algemeen belang past het concept van een voorlopige oplossing niet. Het middel van de schorsing, dat wél uitgaat van een dergelijk concept, moet daarom worden onderdrukt.’)

Het betoog van Debbasch en Ricci mondt uit in een pleidooi voor versnelling van de bodemprocedures. Interessant is, dat zij toevoegen dat, als voldoende versnelling van de gewone procedure niet haalbaar is, de oplossing gevonden zou kunnen worden in een ‘kort geding’ dat leidt tot een uitspraak in het bodemgeschil. Dat zou dan dus een procedure zijn die vergelijkbaar is met de versnelde behandeling van Afdeling 8.2.3 van de Nederlandse Awb.

2.2 Het globale plaatje

2.2.1 Overzicht van *référés*

Het Franse bestuursrecht kent verschillende soorten *référés*. ‘*Référé*’ is een algemene benaming voor gedingen waarin niet de hoofdzaak zelf aan de orde is, maar het nemen van min of meer dringende maatregelen vooruitlopend op een (eventuele) hoofdzaak wordt behandeld. Er worden zes typen algemene *référés* onderscheiden. Drie daarvan kennen het vereiste van spoed als criterium. Deze drie¹² spoed-*référés* (*référés d’urgence*) zijn, in de volgorde waarin zij aan de orde komen in de artikelen L. 521-1 e.v. CJA:

- het *référé-suspension* (L. 521-1 CJA);
- het *référé-liberté* (L. 521-2 CJA); en
- het *référé conservatoire* (L. 521-3 CJA).

Deze *référés* zijn alle drie geregeld in de CJA, en wel in Livre V van die Code.¹³ De regeling is ingevoerd per 1 januari 2001¹⁴ en is aanzienlijk gewijzigd ten opzichte van hetgeen voordien bestond aan – beperktere – spoedprocedures. De CJA regelt, in hetzelfde boek V, nog een aantal bijzondere spoedprocedures, zoals een *référé* voor het belastingrecht en voor het telecommunicatierecht, alsook bijzondere schor-

12. Het vierde onderdeel van art. L. 521 CJA bevat de bevoegdheid voor de *référé*-rechter tot wijziging of beëindiging van de maatregelen die de rechter in het kader van een van de *référés* heeft genomen. Aan deze voorziening wordt soms een aparte naam gegeven: het *référé-réexamen* (of *référé-modification*). Zie Cassia 2003b, p. 1347-1352. Toch ziet ook deze auteur, blijkens diens boek (Cassia 2003a), het *référé-réexamen* niet als een vierde categorie van *référés d’urgence*.

13. Nadere regeling vindt plaats bij reglement. De formeel-wettelijke bepalingen worden aangeduid met de hoofdletter L vóór het artikelnummer. De nummering van de reglementsbepalingen sluit zoveel mogelijk aan bij die van de wet. De betreffende bepalingen worden aangeduid met de hoofdletter R. Zo bevatten zowel art. L. 522 CJA als art. R. 522 CJA procedurevoorschriften m.b.t. *référés*, en bevat art. L. 523 CJA net als art. R. 523 CJA bepalingen m.b.t. beroepsmogelijkheden.

14. Wet van 30 juni 2000, *relative au référé devant les juridictions administratives*.

singsregimes.¹⁵ Daarnaast kan het voorkomen dat afzonderlijke bijzondere wetgeving spoedvoorzieningen regelt, zoals het geval is in het milieurecht en voor het vreemdelingenrecht.

Bij de drie andere algemene *référé*s gaat het in beginsel eveneens om kwesties die als ‘voorlopige voorzieningen’ gekarakteriseerd kunnen worden. Onder omstandigheden kan ook bij deze *référé*s een bijzondere tijdsdruk voorkomen. Een principieel verschil is echter, dat bij deze drie voor toewijsbaarheid niet de eis van spoed geldt. Zij worden daarom wel aangeduid als de ‘gewone’ *référé*s (*référé ordinaires*). Het zijn:

- het *référé-constat*;
- het *référé-instruction*; en
- het *référé-provision*.

Aan deze gewone *référé*s zijn geen formeel-wettelijke bepalingen van de CJA gewijd. Zij zijn bij reglement geregeld.¹⁶

2.2.2 De spoed-*référé*s in vogelvlucht

Référé-suspension

Het *référé-suspension* is geregeld in artikel L. 521-1 CJA. Deze bepaling bevat de bevoegdheid voor de *référé-rechter* om bestuursbesluiten te schorsen. Het *référé-suspension* is de opvolger van het *sursis à l'exécution*. Mede omdat het instellen van rechtsmiddelen tegen bestuursbesluiten in Frankrijk geen schorsende werking heeft, is het *référé-suspension* kwantitatief de belangrijkste variant.

Référé-liberté (référé-sauvegarde; référé-injonction)

Référé-liberté is een korte naam voor het *référé* dat ook wel wordt genoemd het *référé-sauvegarde*, omdat het als expliciet doel heeft fundamentele vrijheden te beschermen (*sauvegarder*). Het is geregeld in artikel L. 521-2 CJA. Dit *référé* was de meest spectaculaire vernieuwing die de wet van 30 juni 2000 bracht. Het wordt ook wel *référé-injonction*¹⁷ genoemd,¹⁸ vanwege de voor het Franse bestuursrecht bijzondere aard van de maatregelen die de *référé-rechter* in dit geding kan nemen. Het *référé-liberté* maakt namelijk een rechterlijk gebod aan het bestuur mogelijk. Daarmee overschreed dit *référé* naar Franse maatstaven een soort magische grens. Want een

15. In totaal zijn er na de hervorming nog ongeveer 20 verschillende *référé*s (Dugrip 2002, p. 247). Chapus is kritisch over het feit dat zoveel van deze bijzondere procedures na de invoering van de wet van 30 juni 2000 zijn blijven bestaan. De helft van de bijzondere procedures beschouwt hij als nuttig. ‘Dans l'autre moitié, on est en présence de dispositions inutiles qui, peut-être pour satisfaire à des particularismes ministériels, encombrent l'état de droit et en troublent la lisibilité’ (‘Wat de andere helft betreft hebben we te maken met onnuttige voorzieningen die wellicht tegemoetkomen aan particularistische departementale behoeften, maar de wet overvoeren met juridische mogelijkheden en de leesbaarheid ervan vertroebelen’; Chapus 2004, p. 1404, Rn 1667).

16. Die reglementsbepalingen krijgen dan weer wél de toevoeging ‘CJA’. Zo is bijvoorbeeld het *référé-constat* geregeld in art. R. 531-1 CJA. Zie ook hiervoor, noot 13.

17. Een *injonction* is een gebod of bevel.

18. Zie bijv. Renaud Denoix de Saint Marc (vice-président du Conseil d'Etat), ‘Les procédures d'urgence: premier bilan’, in: AJDA 2002, p. 1.

gebod aan het bestuur werd tot de wijziging van de wet van 30 juni 2000 gezien als iets dat om principiële redenen buiten de bevoegdheden van de rechter lag.¹⁹

Het begrip 'fundamentele vrijheden' wordt tamelijk ruim opgevat. Daaronder valt bijvoorbeeld ook het recht van een eigenaar om over zijn zaken te beschikken,²⁰ terwijl bovendien ook lagere overheden 'fundamentele vrijheden' ten opzichte van de staat blijken te kunnen hebben: met name het recht op autonomie bij het bestuur van de lokale gemeenschap.²¹

Référé conservatoire

Het *référé conservatoire* kan worden gezien als een complement van het *référé-suspension*, doordat de *référé-rechter* in het kader van het *référé conservatoire* in geval van spoed alle 'overige' nuttige maatregelen kan opleggen (art. L. 521-3 CJA). Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan een bevel aan een bestuursorgaan om een dossier over te leggen. Maar de rechter kan ook aan anderen dan verweerders, aan particulieren, bevelen opleggen; bijvoorbeeld een met een dwangsom versterkt bevel om bouw- of ontgrondingswerkzaamheden te staken.

2.2.3 De gewone *référés* in vogelvlucht

Référé-constat

Het '*référé en contestation des faits*' (*référé-constat*) betreft de bevoegdheid van de *référé-rechter* om een deskundige te benoemen teneinde een feitenvaststelling te verrichten (art. R 531-1 CJA). De deskundige kan dan een feitelijke situatie opnemen om te voorkomen dat problemen ontstaan doordat een dergelijke feitenvaststelling later misschien niet meer goed mogelijk is. Bijvoorbeeld ter beschrijving van de toestand waarin het wegdek van een weg waar een ongeval heeft plaatsgevonden zich bevindt; of ter beschrijving van de omstandigheden waarin een zieke wordt verpleegd.

Référé-instruction

Het *référé-instruction* bevat, in vergelijking met het *référé-constat*, een meer algemene bevoegdheid om maatregelen van instructie te bevelen (art. R. 532-1 CJA). Alle vooronderzoeksmaatregelen die de bodemrechter kan voorschrijven staan ook ter

19. Althans: een dergelijk gebod mocht niet in de weg staan aan de uitvoering van welk bestuursbesluit dan ook, en bovendien mocht het op geen enkele wijze vooruitlopen op de hoofdzaak.

20. Zie bijv. Denoix de Saint Marc a.w. (zie vorige noot); Chapus 2004; en, over eigendom als fundamenteel recht in het kader van een *référé-liberté* uitgebreid: Jérôme Trémeau, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, AJDA 2003, p. 653-658. Zie CE 31 mei 2001, *Comm. d'Huères-les-Palmiers*, p. 253 en CE 29 maart 2002, *SCI Stephaur*, AJDA 2003, p. 345.

21. CE Sect. 18 januari 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, AJDA 2001, p. 153; GAJA 2001, p. 864. Kritisch over deze benadering: Gérard Marcou, *Le référé administratif et les collectivités territoriales, Les petites affiches*, 14 mei 2001, n° 95, p. 43-47. Ook in Nederland gold dat overheden geacht werden geen beroep te kunnen doen op 'mensenrechten' (ARAL-arrest, HR 6 februari 1986, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB). Inmiddels heeft de belastingkamer van de Hoge Raad zich echter op het standpunt gesteld dat – althans als aan een publiekrechtelijk lichaam een punitieve sanctie is opgelegd – ook publiekrechtelijke lichamen beschermd worden door art. 6 EVRM, nu die bepaling bescherming toekent aan 'een ieder' (naheffing Uden, HR 8 juli 2005, AB 2006, 17 m.nt. A.M.L. Jansen).

beschikking aan de *référé*-rechter. Aldus kan bijvoorbeeld een getuigenverhoor (*enquête*) worden voorgeschreven, of een door het bestuur te verrichten onderzoek (*vérification administrative*).

Een deskundigenonderzoek is de meest gevraagde (en opgedragen) maatregel. De aan de deskundige verstrekte opdracht zal in het algemeen veel uitgebreider zijn dan bij een *constat*. Vooral als het geschil een aansprakelijkheidskwestie betreft, kan het oordeel van de deskundige heel belangrijk zijn. Bijvoorbeeld als deze de schade aan een flatgebouw op moet nemen, kan hem worden opgedragen om niet alleen de aard en het belang van de schade te bezien, maar ook de oorzaak van de schade te onderzoeken, of de vraag te beantwoorden wat er gedaan moet worden om de schade te herstellen of verdere schade te voorkomen. Een deskundige kan bijvoorbeeld ook als opdracht krijgen om te onderzoeken of de rook van een fabriek gevaar oplevert voor de veiligheid en gezondheid van de omwonenden; en er kan bijvoorbeeld medisch onderzoek worden gelast, zoals een onderzoek naar de toestand van iemand die bij een ongeval betrokken is geweest.

Het onderscheid met hetgeen in een *référé*-*constat* gevraagd kan worden is al met al niet heel erg scherp. Het komt er op neer dat een maatregel in het kader van een *constat* beperkt dient te blijven tot het verkrijgen van een zuiver feitelijke vaststelling, zonder aanvullend onderzoek naar oorzaken of naar de vraag hoe de gevolgen zouden kunnen worden bestreden.²²

Référé-provision

Het *référé*-provision is een *référé* waarbij bij wijze van voorlopige voorziening een geldbedrag, een voorschot, kan worden toegekend (art. R. 541-1 CJA). De partij die het bedrag moet betalen kan binnen twee maanden aan de bodemrechter vragen om het definitieve bedrag van zijn schuld vast te stellen (art. R. 541-4 CJA).

2.3 Procedurele hoofdlijnen

2.3.1 Alleensprekende rechter; maar bij uitzondering een meervoudige kamer

Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt behandeld door de president van het college, of door een *fgd.* president, maar het is niet uitgesloten dat de zaak meervoudig wordt behandeld. De wet bevat een onmiskenbare aanwijzing dat de zaak naar een meervoudige kamer verwezen kan worden.²³ Er is inmiddels ook een aantal voorbeelden van afdoening door een meervoudige kamer, in de praktijk.²⁴ Zo zijn onder meer de belangrijke zaken ‘Commune de Venelles’,²⁵ en ‘Confédération

22. Chabanol 2004, p. 457.

23. Art. L 522-1 CJA, laatste volzin (‘sauf renvoi à une formation collégiale ...’). Vgl. ook art. R. 522-11 CJA, laatste volzin.

24. Paul Cassia schrijft in zijn uit 2003 daterende boek (Cassia 2003a, p. 77), dat zich zes gevallen van meervoudige behandeling door de CE hebben voorgedaan.

25. CE Sect. 18 januari 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, AJDA 2001, p. 153; GAJA 2001, p. 864.

nationale des radios libres',²⁶ meervoudig gedaan. Onder omstandigheden zou de president zelfs tot verwijzing verplicht zijn. Het is de wet van 30 juni 2000 die van de voorlopige voorzieningenrechter een *juge unique*, een alleensprekende rechter, heeft gemaakt. Voordien bestond méér meervoudigheid. Zo kon onder het oude recht de enkelvoudige kamer een schorsing afwijzen, maar alleen een meervoudige kamer kon een schorsingsverzoek toewijzen. In die oude regeling resoneert de traditionele gedachte dat de uitvoering van bestuursbesluiten eigenlijk niet gestuit behoort te worden.

2.3.2 *Uitgangspunt: contradictoire behandeling, zij het niet altijd mondeling; in combinatie met mogelijke filterwerking via vereenvoudigde afdoening*

Aan de behandeling worden lichtere formele eisen gesteld dan aan een behandeling van een bodemgeschil. Zo wordt, anders dan in een bodemgeschil, de zaak afgedaan zonder conclusie van de *commissaire du Gouvernement*.²⁷ Ondanks de lichtere eisen wordt benadrukt dat de behandeling een contradictoir karakter moet hebben. In beginsel is dat een mondelinge behandeling, maar een schriftelijke behandeling is mogelijk (art. L. 522-1 CJA, eerste twee alinea's). Overigens is mondelinge behandeling wel beschouwd als een 'offer', ten gunste van de snelheid. Want het werd in Frankrijk als een 'fundamentele traditie' van het bestuursprocesrecht gezien dat er schriftelijk wordt geprocedeerd. Hoewel een procedure soms enkele mondelinge elementen kende is het met de wijziging van 2001 voor het eerst dat een procedure geheel mondeling kan worden gevoerd.²⁸

De Code voorziet ook in een vereenvoudigde afdoening. De contradictoire procedure kan achterwege blijven als:

- de vereiste spoed niet naar voren komt uit het verzoek;
- het verzoek – oordelend op basis van hetgeen daarin is opgenomen – kennelijk niet behoort tot de competentie van de bestuursrechter;
- het verzoek kennelijk niet-ontvankelijk dan wel
- kennelijk ongegrond is.

In die vier gevallen, genoemd in artikel L. 522-3 CJA, kan het verzoek om voorlopige voorziening bij beschikking worden afgewezen. De rechter is dan zelfs niet verplicht de conclusies van de verzoeker aan verweerder te doen toekomen. Eventueel kan de rechter aan de verzoeker eerst nadere uitleg of documenten vragen, en vervolgens de zaak alsnog vereenvoudigd afdoen.²⁹ De bevoegdheid tot vereenvoudigde afdoening introduceert een mogelijkheid van filtering van verzoeken. Debbasch en Ricci noemen het om die reden het meest originele element van de nieuwe regeling van het *référé*.

26. CE Sect. 19 januari 2001, *Confédération nationale des radios libres*, AJDA 2001, p. 150, RFDA 2001, p. 378-390.

27. Dat is alleen anders, als de zaak wordt verwezen naar een meervoudige kamer. Zie de slotzin van art. L. 522-1 CJA.

28. Marjolaine Fouletier, *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, RFDA 2000, p. 963-983, p. 978.

29. Cassia 2003a, p. 60-61; Debbasch & Ricci 2001, p. 497, Rn 543.

Op het punt van de connexiteit moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende *référés d'urgence*. Bij het schorsingsverzoek, het *référé-suspension*, gaat de regelgeving ervan uit dat ten tijde van het verzoek een vernietigingsberoep of een verzoek om heroverweging aanhangig is. Artikel L. 521-1 CJA, dat het *référé-suspension* regelt, opent met de woorden: 'Quand une décision administrative (...) fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation ...' ('Indien een besluit voorwerp is van een verzoek om vernietiging of herziening ...'). Niet alleen deze formeel-wettelijke bepaling maar ook de nadere regeling gaat ervan uit dat een dergelijk verzoek aanhangig is, want artikel R. 522-1 CJA verlangt – op straffe van niet-ontvankelijkheid – overlegging van een kopie van dat beroepschrift of verzoek om heroverweging. Chapus is er stellig over: het schorsingsverzoek heeft een accessoir karakter en onderscheidt zich daarin van de andere *référés d'urgence*. Het schorsingsverzoek is alleen ontvankelijk als het een beroep in de hoofdzaak of een verzoek om heroverweging vergezelt.³⁰ Dat 'vergezellen' lijkt niet heel formalistisch te worden opgevat. Het zou voldoende zijn als het vernietigingsberoep binnen de daarvoor geldende termijn is ingesteld.³¹ Het beroep in de hoofdzaak moet wel zelf ontvankelijk zijn. En de rechter mag niet nalaten zich daarvan te vergewissen.³²

Echter, bij de andere *référés d'urgence*, het *référé-liberté* en het *référé-conservatoire*, ontbreekt de eis van connexiteit met een hoofdzaak. Met betrekking tot het *référé-conservatoire* is zelfs uitdrukkelijk bepaald dat de *référé-rechter* de gevraagde maatregelen ook kan nemen als er geen *décision préalable* is. Dat laatste geldt ook voor de gewone *référés*: het *référé-constat* (art. R. 531-1 CJA), en het *référé-instruction* (art. R. 532-1 CJA). Voor het *référé-provision* geldt een vergelijkbaar regime. Artikel R. 541-1 CJA bepaalt namelijk dat 'zelfs als er geen vordering in de hoofdzaak aanwezig is' de *référé-rechter* een voorziening kan toekennen aan een crediteur. Voor het geval die vordering in de hoofdzaak er niet komt, maar er wel bij *référé* een bedrag is toegewezen, is bepaald dat degene die veroordeeld is tot betaling van dat bedrag de rechter in de hoofdzaak kan verzoeken het definitieve bedrag van de schuld vast te stellen (art. R. 541-4 CJA).

Alleen in het geval van een *référé-suspension* geldt derhalve een connexiteitseis (als de hoofdzaak nog niet aanhangig is ten tijde van het indienen van het verzoek om voorlopige voorziening, dan dient dat binnen de beroepstermijn alsnog te gebeuren). Bij de andere algemene *référés* is het niet nodig dat een bodemgeschil aanhangig is. Volgens Chapus is het zelfs niet nodig dat sprake is van een 'actueel' geschil: het is voldoende dat het gaat om een zaak die, als het werkelijk tot een geschil komt, waarschijnlijk zal behoren tot de competentie van de bestuursrechter. Verder is alleen vereist dat de verzoeker in het uiteindelijke geschil niet kennelijk niet-ontvankelijk zou zijn.³³ Debasch

30. Chapus 2004, p. 1318, Rn 1561. Ook Chabanol 2004, p. 412: het verzoek moet 'être adossée à' (aanleunen tegen) een vernietigingsberoep of een zaak die in recours de pleine juridiction aanhangig is.

31. Chapus, t.a.p., onder verwijzing naar CE 22 juni 1992, Larcher, p. 1235.

32. CE 15 mei 2001, Comm. de Loches, RFDA 2001, p. 960.

33. Chapus 2004, p. 1288, Rn 1519.

en Ricci werken dit punt iets verder uit. Zij stellen voorop dat het van groot praktisch belang is dat geen voorafgaand besluit is vereist, omdat het anders zou kunnen voorkomen dat lang gewacht zou moeten worden op een standpunt van het bestuur. Maar vervolgens geven zij wel aan dat er wel degelijk een geschil of een geschil in wording (een 'situation pré-contentieuse') aanwezig moet zijn: er moeten serieuze moeilijkheden zijn ontstaan tussen de verzoeker en het bestuursorgaan. De maatregelen waar om wordt verzocht moeten het doel hebben om een procedure voor te bereiden of eventueel te voorkomen.³⁴

Beide handboeken verbinden aan de betreffende uiteenzettingen de opmerking dat de omstandigheid dat een verzoek om voorlopige voorziening in een dergelijk vroeg stadium gedaan kan worden niet wegneemt dat als een bodemgeschil eenmaal aanhangig is, nog steeds een verzoek om voorlopige voorziening gedaan kan worden.³⁵

2.3.4 Verplichte procesvertegenwoordiging?

Bij het *référé-liberté* is rechtsbijstand niet verplicht (art. R. 522-5 CJA). Ook in een hoger beroep tegen een uitspraak in een *référé-liberté* is rechtsbijstand niet verplicht (art. R. 523-3 CJA). Wat het hoger beroep betreft vormt het *référé-liberté* daarmee een uitzondering, want de hoofdregel is dat rechtsbijstand in hoger beroep en cassatie wel verplicht is. De laatste jaren is die verplichting steeds algemener gemaakt, om de hoger beroepscolleges te ontlasten.³⁶

Bij de andere *spood-référés* hangt het af van het bodemgeschil: is daar geen rechtsbijstand verplicht (zoals bij een vernietigingsberoep, in eerste aanleg), dan is dat ook bij het verzoek om voorlopige voorziening niet het geval (zie art. R. 522-5 CJA). Voor het *référé-instruction* geldt een dergelijke regel ook (art. R. 532-1). Voor het *référé-constat* bepaalt artikel R. 531-1 CJA expliciet dat geen rechtsbijstand verplicht is. De wet zwijgt over een verplichting van rechtsbijstand ingeval van een *référé-provision*. Aangenomen wordt dat daar hetzelfde mechanisme geldt als voor de andere *spood-référés* dan het *référé-liberté*: rechtsbijstand is verplicht, tenzij een uitdrukkelijke regel de verplichting terzijde stelt voor de bijpassende bodemprocedure.³⁷ Overigens geldt voor de Staat geen verplichting zich te doen vertegenwoordigen, ook niet als de Staat als eiser optreedt.³⁸

34. Debbasch & Ricci 2001, p. 501, Rn 547.

35. Chapus 2004, p. 1288, Rn 1520; en idem, p. 1320-1321, Rn 1564; Debbasch & Ricci 2001, p. 501, Rn 547. CE 28 mei 1965, Ep. Erbland, p. 1017, AJDA 1966, p. 380.

36. Décret n° 2003-543 van 24 juni 2003, art. 10, § III; Chapus 2004, p. 425, Rn 546; Chabanol 2004, p. 757.

37. Aldus Jean Barthélemy, *Les référés non subordonnés à la condition d'urgence*, RFDA 2002, p. 272-278, p. 277.

38. Art. R. 431-7; art. R. 432-4 en art. R. 811-10 CJA.

Référé d'urgence

Wat de *référé d'urgence* betreft is cassatieberoep mogelijk, maar hoger beroep is alleen opengesteld tegen uitspraken in *référé-libertés*.³⁹ Deze uitzondering is het gevolg van een amendement en is gemaakt ter bescherming, nu fundamentele vrijheden in het geding zijn.⁴⁰ Vermoedelijk heeft de extreme snelheid waarmee het oordeel in deze zaken tot stand dient te komen (binnen 48 uur) daarbij nog een rol gespeeld. Het hoger beroep kan worden ingesteld bij de president van de section du contentieux van de Conseil d'Etat. De gewone *appel*instantie, het Hof van *appel*, wordt dus overgeslagen. Rechtsbijstand is niet verplicht bij het *référé-liberté*: ook niet in het hoger beroep (art. R. 523-3). Hoger beroep verschilt van cassatieberoep. Het hoger beroep is een 'vol' beroep: '*plein et immédiat*'. Dat wil zeggen dat hetgeen kan worden aangevoerd niet beperkt is tot bepaalde cassatiegronden, en dat er niet wordt teruggewezen naar de eerste rechter.⁴¹ De (fgd.) president dient – net als de voorlopige voorzieningenrechter in eerste aanleg – binnen 48 uur uitspraak te doen. Eventueel kan later nog een verzoek om wijziging of opheffing worden gedaan (art. L. 523-1 CJA).

Artikel L. 523-1 CJA bepaalt verder, dat uitspraken in een *référé-suspension*, een *référé-conservatoire*, dan wel een uitspraak op een verzoek om wijziging of opheffing van een voorlopige voorziening, worden gedaan 'en *dernier ressort*'. Hetzelfde geldt voor het geval een verzoek om voorlopige voorziening vereenvoudigd is afgedaan. Dat deze uitspraken worden gedaan en *dernier ressort* mag niet aldus worden begrepen, dat geen cassatie mogelijk is. Een cassatieberoep kan wel degelijk worden ingesteld, en dan bij de Conseil d'Etat; niet bij de president van dat college. Het cassatieberoep dient binnen twee weken na de betekening van de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening te worden ingesteld (art. R. 523-1). In het geval van een vereenvoudigd afgedaan verzoek om voorlopige voorziening dient de Conseil d'Etat binnen een maand op het beroep te beslissen (art. R. 523-2 CJA). Overigens staat de omstandigheid dat cassatie is ingesteld niet in de weg aan het vragen om opheffing of wijziging aan de eerste rechter.⁴²

Wat verzoeken om voorlopige voorziening in een *référé-liberté* betreft die vereenvoudigd zijn afgedaan, deed zich de vraag voor of tegen die beschikking dan hoger beroep mogelijk is – omdat het nu eenmaal een *référé-liberté* betrof – dan wel alleen cassatie, vanwege de bepaling dat vereenvoudigd afgedane verzoeken om voorlopige voorziening uitspraken 'in laatste instantie' zijn. De Conseil d'Etat heeft uitgemaakt dat alleen cassatie mogelijk is.⁴³ Eenzelfde vraag doet zich voor met betrekking tot een beslissing naar aanleiding van een verzoek om opheffing of wijziging van een voorziening in een *référé-liberté*. Debbasch en Ricci gaan ervan uit dat dan geen hoger beroep

39. Afgezien van de voor bijzondere rechtsgebieden geregelde *référés*. Het hoger beroep in *référés-libertés* is geregeld naar het voorbeeld van het hoger beroep tegen het bijzondere *référé* in geval van uitzetting van vreemdelingen (art. R. 776-19 CJA).

40. Chapus 2004, p. 1361, Rn 1609.

41. Chapus 2004 p. 1307, Rn 1544.

42. Chabanol 2004, commentaar bij art. L. 523-1 CJA, p. 454.

43. CE Sect. 28 februari 2001, *Casanovas*. Zie Chabanol 2004, p. 454.

mogelijk is (omdat art. L. 523-1 CJA bepaalt dat uitspraken op een verzoek om opheffing of wijziging ‘en dernier ressort’ worden gedaan). Volgens hen heeft de wettelijke regeling waar het gaat om de afwijkende beroepsmogelijkheden tegen een *référé-liberté* een element van betreurenswaardige complexiteit geïntroduceerd.⁴⁴

In het algemeen past bij cassatie dat de cassatierechter terugwijst als hij vernietigt. Maar onder omstandigheden kan de cassatierechter de zaak zelf afdoen. Soms is hij daartoe zelfs verplicht. De Conseil d’Etat heeft in cassatie een algemene bevoegdheid om zaken zelf af te doen als ‘een goede rechtspleging dat rechtvaardigt’. Volgens Chapus maakt de Conseil d’Etat in spoedzaken zoveel mogelijk gebruik van die algemene bevoegdheid. In spoedzaken zal dit immers ook dikwijls in het belang van een goede rechtspleging zijn.⁴⁵

De gewone référés

Tegen de beschikking van de rechter van eerste aanleg naar aanleiding van een *référé-instruction* kan hoger beroep worden ingesteld bij het *cour administrative d’appel*, het administratief gerechtshof (art. R. 533-1 CJA). Hetzelfde geldt voor het *référé-provision*, de geldvordering in bestuursrechtelijk kort geding (art. R. 541-3 CJA). Bovendien is voor de voorlopige toekenning van een geldbedrag uitdrukkelijk bepaald dat de beschikking van de president geschorst kan worden door de *appel-rechter* of de cassatierechter (art. R. 541-6 CJA). Nieuw is, dat het *appel* door een alleensprekende rechter wordt behandeld.

Een heel ander verhaal geldt voor het *référé-constat*. Bij de korte beschrijving van de *référés* is al aangegeven dat het *référé-constat* nergens anders op gericht mag zijn dan louter een ‘eenvoudige’ feitenvaststelling: geen onderzoek naar verklaringen of naar hetgeen ondernomen kan worden om de gevolgen van het gesteldelijk onrechtmatige bestuurshandelen te bestrijden. Een succesvol verzoek kan ‘dus’ niet raken aan de rechten van derden of de positie van het bestuursorgaan. Bij dat eenvoudige karakter van het *référé-constat* sluit aan dat de regelgeving niet voorziet in een mogelijkheid van hoger beroep. Het enige rechtsmiddel is dat derden binnen twee weken in verzet kunnen komen (art. R. 531-1 CJA, laatste alinea).

Als het verzoek om een maatregel in het kader van een *référé-constat* wordt afgewezen (of anderszins onregelmatig zou zijn afgedaan) is er voor de verzoeker in beginsel wel een mogelijkheid van beroep bij het *cour administrative d’appel*, maar de verweerder of derden worden bij het *référé-constat* niet als partij aangemerkt en zijn dan ook uitgesloten van beroep. Dat geldt zelfs als een vertegenwoordiger van verweerder aanwezig is geweest bij de uitvoering van de bij het *constat* bevolen feitelijke onderzoek.⁴⁶

44. Debbasch & Ricci 2001, p. 500.

45. Chapus 2004, p. 1308, Rn 1544: ‘Saisi de recours en cassation, le Conseil d’Etat peut faire usage de son pouvoir général de “régler l’affaire au fond”. Il en use effectivement, aussi largement possible, conformément à ce qu’est, en matière d’urgence, “l’intérêt d’une bonne administration de la justice” (CJA, art. L 821-2; n° 1464)’ (‘In een cassatieberoep kan de Conseil d’Etat gebruik maken van zijn algemene bevoegdheid om “de zaak zelf af te doen”. Hij doet dat in de praktijk zo veel mogelijk, in overeenstemming met hetgeen in spoedzaken “het belang van een goede rechtsbedeling” is’).

46. Zie Chabanol 2004, p. 458.

2.4 Criteria

2.4.1 Verschillen per *référé*

Het référé-suspension

Wat de ontvankelijkheid betreft, gelden drie eisen. Er moet – vanzelfsprekend – een besluit, een beslissing (*décision*) liggen: anders valt er niets te schorsen. In de tweede plaats dient tegen dat besluit een rechtsmiddel te zijn ingezet (of binnen de beroepstermijn alsnog te worden ingezet; zie hiervoor, in par. 2.3.3). Ten slotte mag het schorsingsverzoek niet zonder voorwerp raken. Globaal gezien komt deze eis er op neer dat er procesbelang moet zijn bij het schorsingsverzoek. Dat ontbreekt bijvoorbeeld als het besluit al is uitgevoerd.

Wat de toewijsbaarheid betreft noemt de CJA twee criteria. De schorsing kan worden uitgesproken ‘als dat door spoed wordt gerechtvaardigd’. Interessant is, dat het voorheen geldende criterium ‘moeilijk te herstellen nadeel’ is vervangen door dit spoedcriterium, en dus lijkt te zijn vervallen. Het vereiste van spoed wordt hierna behandeld in paragraaf 2.4.2. Het tweede criterium houdt in dat een middel dient te zijn aangevoerd dat ‘ernstige twijfel’ (*doute sérieux*) doet rijzen met betrekking tot de rechtmatigheid van het besluit. Ook op dit punt bestaat een wijziging ten opzichte van het verleden. Daarop wordt hierna nog nader ingegaan (paragraaf 2.4.3).

Référé-liberté

Het *référé-liberté* kent als bijzonder criterium de vraag of een fundamentele vrijheid wordt aangetast. Zoals in paragraaf 2.1.2 al werd opgemerkt, wordt het begrip fundamentele vrijheid in dit kader ruim uitgelegd.⁴⁷ In het licht van de criteria is verder van belang dat de CJA eist dat sprake is van dreiging van een ‘ernstige en kennelijk onrechtmatige aantasting’ (*‘une atteinte grave et manifestement illégale’*). Op basis van de wettekst, en gelet op het feit dat de *référé*-rechter nu eenmaal niet geroepen is tot een oordeel ten gronde, zou men kunnen denken dat voldoende is dat zulk een schending het gevolg zou kunnen zijn van het gewraakte besluit of handelen (door het gebruik van het woord ‘*aurait*’). Maar zo is het blijkens de jurisprudentie niet. Het criterium is zwaarder dan dat van ‘ernstige twijfel aan de rechtmatigheid’ dat geldt bij het *référé-suspension*, want het moet gaan om kennelijke onrechtmatigheid. Dus, waar de rechter bij een *référé-suspension* kan oordelen dat onrechtmatigheid ‘waarschijnlijk’, of zelfs ‘niet onmogelijk’ is, dient het bij het *référé-liberté* om een ‘in het oog springende’ onrechtmatigheid te gaan.⁴⁸ Daarom treft men in verschillende uitspraken een formulering aan waarin de voorziening uitdrukkelijk wordt gekoppeld aan een schending van een recht.⁴⁹

Zo geldt ook wat het criterium ‘spoed’ betreft een zwaardere eis bij het *référé-liberté*. Dat dit zo is, is al af te leiden uit de extreem korte tijd waarbinnen de *référé*-rechter zich zou moeten uitspreken (48 uur). Chapus noemt het *référé-liberté* dan ook méér dan een spoedprocedure: een procedure van extreme spoed.⁵⁰

47. Zie ook Braibant/Stirn 2005, p. 610. Cassia 2003a, p. 110 e.v.; Chabanol 2004, p. 428 e.v.

48. Cassia 2003a, p. 121.

49. Aldus nog steeds Cassia 2003a, p. 121, met voorbeelden uit de jurisprudentie.

50. Chapus 2004, p. 1344, Rn 1592.

Ten slotte: de dreiging van aantasting van een fundamenteel recht moet het gevolg zijn van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid ('dans l'exercice d'un de ces pouvoirs'). Met die toevoeging beoogt de bepaling uit het vaarwater van de zogenaamde *voie de fait*-jurisprudentie te blijven. Want zo'n *voie de fait*⁵¹ wordt weliswaar evenzeer geformuleerd als een aantasting van een fundamenteel recht, maar dan juist als een aantasting die niet in verband gebracht kán worden met uitoefening van een door de wet aan het bestuur gegeven bevoegdheid. De beoordeling van een *voie de fait* behoort traditioneel en principieel tot de bevoegdheid van de civiele rechter.

2.4.2 De eis van spoed

De rechter kan een verzoek om schorsing alleen honoreren als 'spoed' de gevraagde schorsing rechtvaardigt (CJA, art. L. 521-1). Deze eis is de opvolger van de eis van 'gevaar voor een moeilijk herstelbaar nadeel'. De Conseil d'Etat vergelijkt in het arrest 'Radios libres' de nieuwe bepaling met de voorheen geldende regelingen, en overweegt dat aan de voorwaarde van spoed is voldaan:

'lorsque la décision administrative contestée préjudice de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre'

('indien het bestreden bestuursbesluit op voldoende ernstige en onmiddellijke wijze nadeel toebrengt aan een openbaar belang, aan de situatie van de verzoeker of aan de belangen waar de verzoeker voor op wenst te komen').⁵²

Korte tijd daarop volgde het arrest *Préfet des Alpes-Maritimes c. Soc. Sud-Est Assainissement*.⁵³ In die zaak was eigenlijk niet betwist dat sprake was van een spoedbelang. Eerder was sprake van concurrerende spoedbelangen. De zaak betrof een vergunning voor de exploitatie van een afvalstortplaats. De vergunning was geschorst door de president van het Tribunal Administratif van Nice, die de beslissing had gemotiveerd door erop te wijzen dat de stortplaats grensde aan een beschermd bosgebied en dat er gevaar van verontreiniging van ondergrondse waterbekkens dreigde. De Conseil d'Etat oordeelde echter, dat de president ten onrechte niet was ingegaan op de argumentatie van de kant van de préfet. Deze had er op gewezen dat er binnen het betreffende departement geen mogelijkheid bestond de betreffende hoeveelheid afval (ongeveer 270.000 ton per jaar) kwijt te raken. De Conseil d'Etat oordeelde dat de motivering van de president tekort schoot. De Conseil d'Etat deed de zaak vervolgens zelf af. De belangenafweging pakte anders uit dan die van de president van het Tribunal Administratif. De Conseil d'Etat overwoog:

51. Een *voie de fait* is een zeer ernstige rechtsschending, die vanwege het flagrante karakter ervan ('dit heeft met uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden of taken niets meer te maken') niet tot de competentie van de bestuursrechter gerekend wordt. Zie A.J. Bok, in De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 42-43.

52. CE Sect. 19 januari 2001, *Confédération nationale des radios libres*, p. 29, AJDA 2001, p. 150.

53. CE Sect. 28 februari 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Soc. Sud-Est Assainissement*, p. 109, AJDA 2001, p. 464. Zie onder meer Braibant & Stirn 2005, p. 610; Chapus 2004, p. 1324, Rn 1568.

‘Considérant (...), qu’à défaut de toute autre solution permettant, à court terme, de stocker une telle quantité de déchets dans le département, les autorités compétentes se trouveraient, en cas de suspension, dans l’obligation de faire transporter les déchets dans un département voisin afin de les y éliminer;

Considérant que dans ces conditions il n’apparaît pas, (...) que l’urgence, qui, ainsi qu’il a été dit, doit s’apprécier objectivement et globalement, justifie la suspension de l’exécution de l’arrêté du 17 octobre 2000; qu’il en résulte que la demande de suspension doit être rejetée’.

(‘Overwegende (...) dat bij gebrek aan enige andere oplossing die het mogelijk maakt, op korte termijn, een dergelijke hoeveelheid afval in het departement op te slaan, de bevoegde autoriteiten, ingeval van een schorsing, verplicht zouden zijn het afval naar een aangrenzend departement te doen vervoeren om zich ervan te ontdoen;

Overwegende dat onder die omstandigheden niet blijkt (...) dat het vereiste van spoed, dat, zoals eerder overwogen, objectief en globaal moet worden bepaald, de schorsing van de uitvoering van het besluit van 17 oktober 2000 rechtvaardigt; dat daaruit volgt dat het verzoek om schorsing dient te worden afgewezen.’)

Chapus geeft de kern van het arrest als volgt weer:

‘l’urgence s’apprécie objectivement et compte tenu de l’ensemble des circonstances de chaque espèce;’

(‘het vereiste van spoed moet objectief worden bepaald, en wel: rekening houdend met het samenstel van omstandigheden van welke aard dan ook’).⁵⁴

Uit het arrest blijkt dat de vraag of sprake is van voldoende spoed om een schorsing te rechtvaardigen wordt gezien als een kwestie van appreciatie en afweging van de verschillende betrokken belangen.

Aldus komt toch ook een schaduw terug van het criterium ‘moeilijk te herstellen nadeel’. Zo moet bijvoorbeeld als een bepaald financieel belang aan de orde is, worden uitgemaakt hoe ernstig het voor de verzoeker is om het betreffende bedrag te moeten missen. Als een ambtenaar gedurende drie maanden zijn salaris niet ontvangt, dan is dat in het algemeen een ernstiger nadeel dan als een gezond bedrijf een vordering ten belope van hetzelfde bedrag niet tot zijn beschikking heeft. En ook voor een bedrijf kan het van wezenlijk belang zijn om op een bepaald moment over een geldbedrag te kunnen beschikken. (De franc die men op de ene dag moet missen, is niet dezelfde als de franc die men op een later moment terugkrijgt, zelfs niet als er rente wordt vergoed.)⁵⁵ Een financieel nadeel is bijvoorbeeld ernstig als betrokkene gedwongen is zijn levenswijze aan te passen, of af te zien van projecten die belangrijk zijn voor zijn toekomst; of een deel van zijn ouderlijk erfdeel moet afstaan, of zijn verplichtingen niet meer kan nakomen, enz.⁵⁶

54. CE 28 februari 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Soc. Sud-Est Assainissement*, p. 109, AJDA 2001, p. 464.

55. Aldus Chabanol 2004, p. 417 (geldt ook voor euro’s, maar is wellicht een staande uitdrukking met ‘francs’).

56. Chapus 2004, p. 1326, Rn 1573.

De ernst van het nadeel dat dreigt te worden geleden bij uitvoering van het bestuursbesluit – of juist bij schorsing van dat besluit – is dus een factor die invloed heeft op de vraag of spoed schorsing rechtvaardigt. Toch ziet Chapus een zekere breuk met de periode waarin het criterium ‘moeilijk te herstellen nadeel’ gold: de eis gaat nu niet verder dan dat sprake is van een ernstig nadeel.⁵⁷

In het algemeen moet van de rechter verlangd worden dat deze in zijn beslissing alle juridische en feitelijke elementen aangeeft die hem, rekening houdend met de stellingen van partijen, ertoe gebracht hebben te overwegen dat de gevraagde schorsing een spoedeisend karakter had.⁵⁸ Soms echter is een dergelijke explicitering niet nodig, omdat het spoedbelang evident is, gelet op de aard van het betreffende besluit. Bijvoorbeeld bij een besluit tot uitzetting van een vreemdeling.⁵⁹

2.4.3 Serieuze twijfel aan de rechtmatigheid

Hetgeen is aangevoerd moet serieuze twijfel oproepen aan de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Voorheen was de eis iets anders geformuleerd: er moest een serieuze klacht, een *moyen sérieux*, zijn aangevoerd. Volgens Chapus was die eis volstrekt gerechtvaardigd. Niet is immers in te zien waarom er plaats zou zijn voor schorsing van een besluit als de rechtmatigheid van dat besluit niet serieus in twijfel is getrokken door datgene wat wordt aangevoerd. Maar de oude terminologie leidde er toch toe dat het instituut van de schorsing zijn functie niet goed heeft vervuld.⁶⁰ In de jurisprudentie is de eis van een *moyen sérieux* te zeer opgevat als een eis die inhield dat de klacht ook werkelijk gegrond diende te zijn. De nieuwe formulering uit de wet van 30 juni 2000 probeert dan ook afstand van die jurisprudentie te nemen. De werkgroep uit de Conseil d'Etat die de wetswijziging voorbereidde, wenste er de aandacht voor te vragen dat de *référé*-rechter ook zonder zekerheid over de onrechtmatigheid kan schorsen en dus vaker tot schorsing van aan hem voorgelegde besluiten kan overgaan.⁶¹ Chabanol spreekt zelfs van een aanzienlijke wijziging van de schorsingscultuur. Na deze wijziging volstaat de enkele twijfel aan de rechtmatigheid, al dient dat een serieuze twijfel te zijn. De benadering waartoe de nieuwe regeling de rechter uitnodigt is ongeveer: ‘op basis van de informatie die mij op dit moment ter

57. Chapus 2004, p. 1325, Rn 1572: ‘le préjudice doit être grave, sans plus’.

58. CE Sect. 25 april 2001, *Assoc. des habitants du littoral du Morbihan*, p. 220, RDP 2002, p. 765.

59. Chapus 2004, p. 1328, Rn 1577.

60. Chapus 2004, p. 1314, Rn 1555 en p. 1331, Rn 1580. In dezelfde zin: Cassia 2003a, p. 123: de nieuwe terminologie lijkt geen enkele verandering te brengen, maar de geschiedenis van de bepaling leert dat het de bedoeling was het criterium te versoepelen. Debbasch en Ricci schrijven dat het beter was geweest de criteria te beperken tot ‘spoed’. Want de eis van een serieuze twijfel is in de praktijk vaak moeilijk toe te passen. De eis brengt een keurslijf aan dat in het kader van een *référé* moeilijk te rechtvaardigen is. Het verplicht de rechter de juridische argumentatie te onderzoeken zonder dat een oplossing in de hoofdzaak wordt geboden. Een mogelijkheid van versnelde behandeling zou beter zijn, waardoor er minder plaats zou zijn voor het *référé*-suspension (Debbasch & Ricci 2001, p. 509).

61. Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, RFDA 2000, p. 941-953, p. 945-946. Overigens maakten van die werkgroep – naast leden van TA's en CAA's – ook twee hoogleraren deel uit: René Chapus en Bernard Pacteau (zie Daniel Labetoulle, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA 1999, p. 79-80).

beschikking staat komt mij het besluit onrechtmatig voor. Wellicht kan het verdere onderzoek de twijfel aan de rechtmatigheid wegnemen. Dan zou kunnen worden gezien of de uitgesproken schorsing nog steeds op zijn plaats is'.⁶² Dit sluit aan bij een opmerking bij Debbasch en Ricci. Zij noemen de omkeerbaarheid van de schorsing een belangrijke procedurele vernieuwing en wijzen op de mogelijkheden van gedeeltelijke schorsing.

'Cette extrême souplesse, expression d'une volonté de réalisme et d'efficacité, facilitera sans doute et l'utilisation de la procédure par les plaideurs potentiels, et l'acceptation, par le juge, d'une prononcé plus libéral de suspensions.'

(‘Deze extreme flexibiliteit, die uitdrukking geeft aan realiteitszin en een verlangen naar efficiency, zal zonder twijfel bevorderend werken voor zowel het gebruik van de procedure door potentiële verzoekers als de acceptatie door de rechter dat ruimhartiger schorsingen worden uitgesproken’).⁶³

Duidelijk is in ieder geval dat (ook) de wijziging in formulering, van ‘serieus middel’ naar ‘serieuze twijfel’, ten doel had de rechter ertoe te brengen minder terughoudend te zijn met het uitspreken van schorsingen.

2.4.4 Verhouding tussen de twee criteria

Aan beide criteria – ‘spoed’ en ‘serieuze twijfel’ – dient voldaan te zijn om tot schorsing te kunnen besluiten. Maar zelfs als dit het geval is, kan de rechter in bijzondere gevallen ervan afzien een schorsing uit te spreken: de schorsingsbevoegdheid heeft een discretionair karakter. In de parlementaire geschiedenis is er discussie geweest waarin er op is aangedrongen de rechter te onderwerpen aan een verplichting tot schorsing. Zonder succes, want ook na de wijziging als gevolg van de wet van 30 juni 2000 kan de rechter ook als beide criteria zijn vervuld afzien van schorsing. Dat is volgens de Conseil d’Etat mogelijk op basis van overwegingen aan het algemeen belang ontleend en bovendien alleen in uitzonderlijke gevallen.⁶⁴

De Franse rechtspraak en literatuur lijken enigszins te worstelen met de vraag in hoeverre een wisselwerking tussen beide criteria aanvaardbaar is.⁶⁵ Mag de vaststelling dat geen sprake lijkt te zijn van een (ernstig) rechtmatigheidsgebrek ertoe leiden dat wordt aangenomen dat er onvoldoende spoed bestaat om tot schorsing over te gaan? Of, andersom, dat een (ernstig) rechtmatigheidsgebrek meebrengt dat (ook) het criterium van de spoed is vervuld? In de rechtspraak wordt benadrukt dat de twee criteria afzonderlijk beoordeeld behoren te worden. Zo overweegt de Conseil d’Etat in de zaak Manigold, dat de voorwaarden die artikel L. 521-2 CJA noemt afzonderlijk beoordeeld dienen te worden: de onrechtmatigheid van de vestiging van het bouw-

62. Chabanol 2004, p. 419-420.

63. Debbasch & Ricci 2001, p. 510.

64. CE 12 februari 2001, Assoc. France Nature Environnement; CE 15 juni 2001, Société Robert Nioche, een bevestiging van CE Ass. 13 februari 1976, Ass. de sauvegarde du quartier Notre-Dame. Zie Chapus 2004, p. 1334, Rn 1582. Vgl. verder Cassia 2003a, p. 128 en Debbasch & Ricci 2001, p. 510-511.

65. Cassia 2003a, p. 99 e.v.

werk kan niet op zichzelf voldoende reden zijn om de voorwaarde van spoed als vervuld te beschouwen.⁶⁶

Maar met name in het geval van het *référé-liberté* lijkt een dergelijke wisselwerking desondanks dikwijls bijna onontkoombaar. En dat wordt in de rechtspraak ook wel erkend. Zo bijvoorbeeld in de zaak Hadda: de weigering om een verzoek om erkenning als vluchteling in te schrijven, in strijd met de geldende voorschriften, brengt op zichzelf een voldoende ernstige en onmiddellijke aantasting van de positie van betrokkene mee, waardoor aan de voorwaarde van spoed, behoudens bijzondere omstandigheden, is voldaan.⁶⁷

En ook in bouwzaken lijkt het zo, dat de vraag naar de rechtmatigheid het spoedcriterium overheerst. De discussie lijkt enigszins overtrokken. Zo zou men kunnen zeggen dat bij bouwvergunningen aan het spoedcriterium in beginsel reeds is vervuld door de aard van het betreffende besluit. Het lijkt dan een kwestie van formuleren of voldoende wordt benadrukt dat de beslissing om al dan niet te schorsen – naast van een afweging tegen eventuele andere belangen – voornamelijk afhangt van het voorlopig oordeel omtrent de rechtmatigheid.

2.5 De mogelijke voorzieningen

2.5.1 Voorlopig karakter (geen beslissing in de hoofdzaak)

De traditionele randvoorwaarde aan een voorlopige voorziening was, dat niet vooruitgelopen mag worden op de hoofdzaak. In het arrest Mme Cosquer is dat als volgt onder woorden gebracht:

‘il n’appartient pas au juge des référés administratifs de se prononcer sur la légalité d’un acte administratif;’

(‘het past de voorlopige voorzieningenrechter niet uitspraak te doen over de rechtmatigheid van een besluit’).⁶⁸

Op die klassieke formule liet men dan volgen dat geen maatregelen geoorloofd zijn die een positiebepaling over het geschil in de hoofdzaak impliceren. Debbasch en Ricci beschrijven de problemen om in de praktijk een goede afbakening te maken tussen maatregelen die wel en maatregelen die niet onder dit verbod vielen. Er zijn onder het oude regime al voorbeelden voorhanden waarvan men kan betogen dat zij strikt genomen wel degelijk vooruit liepen op de beslissing in de hoofdzaak.⁶⁹ Het verbod om maatregelen te treffen waarmee vooruit zou worden gelopen op de hoofdzaak was met zoveel woorden opgenomen in het oude artikel R. 130 van de Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel. In de per 1 januari 2001 in werking getreden nieuw regeling is het verbod niet teruggekomen.

66. CE 21 augustus 2001, Manigold.

67. CE 15 februari 2002, Hadda.

68. CE 9 december 1991, Mme Cosquer, RFDA 1992, p. 151.

69. Debbasch & Ricci 2001, p. 502, Rn 549.

Gebleven is echter de eis dat de voorziening een voorlopig karakter moet hebben. In sommige gevallen wordt echter toch een ordemaatregel opgelegd die niet een louter conserverend karakter heeft en niet goed terug te draaien is. Bijvoorbeeld een bevel aan een burgemeester om binnen 48 uur de gemeenteraad bijeen te roepen om over een bepaald punt te overleggen.⁷⁰ Als vuistregel wordt echter toch wel aangehouden dat de voorziening geen onomkeerbaar karakter mag hebben. Dat zou het geval zijn als een maatregel een effect heeft dat identiek is aan dat van een vernietiging, bijvoorbeeld doordat de voorlopige voorziening een verblijfstitel zou opleveren of een betrekking vacant zou verklaren; of hetzelfde effect hebben als een intrekking van een besluit, aldus Chapus.⁷¹ Interessant is, dat Chapus verder het voorbeeld geeft van een gebod de inhoud van een document prijs te geven. Het voorbeeld roept vragen op, omdat elders nu juist wordt gezegd dat in het kader van een *référé-instruction* bevolen kan worden een dossier over te leggen. Dat zou zich dan dus niet uitstrekken tot zaken waarin de inzet van het hoofdgeding nu juist is of een bepaald stuk geheim gehouden mag worden. De uitspraak waar Chapus naar verwijst is de uitspraak in de zaak *Paturel*.

Paturel had aan de *Commission nationale d'informatique et libertés* het verzoek gedaan om te bepalen dat de *Service des renseignements généraux* hem de informatie zou verschaffen die die dienst over hem onder zich had. Uit de reactie op dit verzoek bleek dat de minister van binnenlandse zaken zich verzette tegen het verschaffen van de informatie, om redenen van openbare veiligheid. Daarop spande *Paturel* een *référé-liberté* aan. Hij vroeg de rechter om de weigering van de minister te vernietigen, en onder dwangsom te bepalen dat de minister hem het betreffende dossier ter beschikking diende te stellen. De *référé-rechter* wees het verzoek af, waarop *Paturel* de zaak in hoger beroep voorlegde aan de *Conseil d'Etat*. Deze oordeelde als volgt:

‘Considérant que si, pour le cas où l’ensemble des conditions posées par l’article L.521-2 du code de justice administrative sont remplies, le juge des référés peut prescrire “toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale”, de telles mesures doivent, ainsi que l’impose l’article L.511-1 du même code, présenter un “caractère provisoire”; qu’il suit de là que le juge des référés ne peut, sans excéder sa compétence, prononcer l’annulation d’une décision administrative; que, par suite, les conclusions à fin d’annulation présentées dans le cadre de l’instance en *référé* sont manifestement irrecevables.’

(‘Overwegende dat als, in het geval is voldaan aan het geheel van voorwaarden gesteld door artikel L. 521-2 CJA, de *référé-rechter* bevoegd is “alle noodzakelijke maatregelen ter bescherming van een fundamentele vrijheid” te bevelen, dergelijke maatregelen, zoals artikel L. 511-1 CJA voorschrijft, een “voorlopig karakter” dienen te hebben; daaruit volgt dat de *référé-rechter* niet de vernietiging van een bestuursbesluit kan uitspreken zonder daarbij zijn bevoegdheid te buiten te gaan; dat, diensengevolge, de conclusies die strekken tot vernietiging in het kader van de voorlopige voorzieningsprocedure kennelijk niet-ontvankelijk zijn’).⁷²

70. CE 5 maart 2001, *Saez*. Zie Cassia 2003a, p. 143.

71. Chapus 2004, p. 1287, Rn 1518.

72. CE ord. 1 maart 2001, *Paturel*, N° 230794.

Ook afwijzende beslissingen kunnen worden geschorst

Afwijzende besluiten konden niet worden geschorst. De nieuwe regeling van het *référé*-suspension heeft daar verandering in gebracht. Artikel L.521-1 CJA geeft uitdrukkelijk de bevoegdheid om bestuursbeslissingen '*même de rejet*' ('zelfs afwijzende') te schorsen. Maar: wat moet men zich voorstellen bij de schorsing van een negatief besluit? In de oude Nederlandse rechtspraak heette het, dat een verzoeker geen belang had bij schorsing van een negatief besluit, omdat schorsing van een weigering nog geen positief besluit oplevert, en de verzoeker met zo'n schorsing dus niets zou opschieten. Op basis van een dergelijke regeling gaat men in Frankrijk daarom een stapje verder, als men het heeft over schorsing van een afwijzend besluit: wil de verzoeker er iets mee opschieten dan moet de rechter iets méér doen dan louter terzijde stellen van de weigering. Hij zal een aanwijzing moeten geven van hetgeen hij van het bestuursorgaan verwacht. En dat lag in Frankrijk problematisch, omdat het neerkomt op een bevoegdheid om aan het bestuur een gebod op te leggen. Voor een dergelijke bevoegdheid was men in Frankrijk bijzonder huiverig, vóór de wijzigingen die op 1 januari 2001 zijn ingegaan. Voordien gold, dat afwijzende beslissingen niet konden worden geschorst. Dat gold bijvoorbeeld voor de weigering van een bouwvergunning of andere publiekrechtelijke toestemmingen; de weigering om een ambtenaar te detacheren; of de weigering om aan studenten aan een ziekenhuisopleiding een bepaalde status toe te kennen en hun opleidingsresultaten kenbaar te maken.⁷³ Op die hoofdregel werden wel subtiele uitzonderingen gemaakt voor gevallen waarin de afwijzing geacht moest worden in te grijpen in voordien reeds bestaande rechten.⁷⁴ Om die reden konden wel worden geschorst: de weigering om een rijbewijs terug te geven, en de weigering om een verblijfsvergunning te verlengen.⁷⁵

De Conseil d'Etat heeft die nieuwe leer al toegepast enkele dagen voordat de wet van 30 juni 2000 in werking trad, in het arrest Ouatah.⁷⁶ De *référé*-rechter kan ambtshalve bepalen welke verplichtingen voor het bestuur uit de schorsing voortvloeien. Als voorbeeld kan worden gewezen op een geval waarin een minister impliciet had geweigerd om een bepaald besluit aan de Raad van State te zenden. Dat voorleggen aan de Conseil d'Etat was een noodzakelijke voorwaarde om de betreffende regeling in werking te doen treden. De *référé*-rechter schorste de weigering en bepaalde, onder oplegging van een dwangsom, dat het ontwerp-besluit binnen drie maanden na de bekendmaking van de schorsingsuitspraak bij de Conseil d'Etat moest zijn ingediend.⁷⁷ Een ander voorbeeld was het gebod van de Conseil d'Etat aan een burgemeester om binnen 48 uur de gemeenteraad bijeen te roepen voor besluitvorming over een bepaald agendapunt.⁷⁸ Bij dergelijke gevallen ligt er overi-

73. Chapus 2004, p. 1312, Rn 1552. Het laatstgenoemde voorbeeld is ontleend aan de veelgeciteerde uitspraak CE ass. 23 januari 1970, *Amoros*.

74. Het criterium is ontleend aan het arrest *Amoros* e.a., zie vorige noot.

75. Chapus 2004, idem.

76. CE sect. 20 december 2000, *Ouatah*. Debbasch & Ricci 2001, p. 508; Chabanol 2004, p. 414.

77. CE réf. 24 december 2001, *Assoc. AIDOP*; Cassia 2003a, p. 133.

78. CE 5 maart 2001, *Saez*. Cassia 2003a, p. 143 schrijft naar aanleiding van die laatste casus: 'Ici, les mesures provisoires présentent des caractères définitifs...' ('Hier laten voorlopige maatregelen een definitieve aard zien'). Toch houdt de rechter dan natuurlijk nog steeds afstand tot hetgeen de bestuursorganen zouden moeten beslissen.

gens wel een afbakeningsprobleem met de gevallen waarin een gebod niet toewijsbaar wordt geacht vanwege het ontbreken van een voorlopig karakter. Zo oordeelde de Conseil d'Etat dat de référé-rechter, gevraagd om schorsing van een weigering van een inschrijving bij een schoolopleiding, niet aan het bestuursorgaan mocht gelasten tot de inschrijving over te gaan.⁷⁹

2.5.2 Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?

Aan het bestuur kan een dwangsom worden opgelegd. Dat is echter nog niet zo lang het geval. In de traditionele verhouding tussen bestuur en rechter paste het niet. De Conseil d'Etat beschikt over een dwangsommogelijkheid vanaf 1980. De overige bestuursrechters pas sinds 1995.⁸⁰ Sinds laatstgenoemde wet kunnen de bestuursrechters ook geboden richten tot het bestuur, om binnen een bepaalde termijn de door de uitspraak van de rechter geïmpliceerde maatregelen te nemen. Daarmee werd een klassiek taboe doorbroken: het hiervoor in paragraaf 2.1.1 al genoemde voor de rechter geldende verbod om bevelen (*injonctions*) tot het bestuur te richten. Dat uitgangspunt was neergelegd in een uitspraak van de Conseil d'Etat uit 1993.⁸¹ Traditioneel bestonden twee mogelijkheden om enigszins te ontsnappen aan de beperkingen die er uit voortvloeiden. De ene was de weg naar de civiele rechter in gevallen die konden worden aangemerkt als een 'voie de fait' (zie hiervoor, par. 2.4.1). De civiele rechter kon in het kader van een dergelijke actie wél verplichtingen opleggen aan het bestuur. De tweede ontsnappingsmogelijkheid was dat de aanlegger van de procedure niet vroeg om een gebod aan het bestuur, maar een gebod aan de buiten het bestuur staande persoon of organisatie die uitvoering gaf aan publieke werken.⁸²

Vermoedelijk is het tegen deze achtergrond dat men er in Frankrijk geen probleem in ziet dat Franse voorlopige voorzieningenrechters geboden kunnen richten tot procedurele derden, in het kader van een référé-conservatoire. Volgens Chapus zijn dergelijke maatregelen zelfs het meest gebruikelijk.⁸³ Aan de maatregel kan een dwangsom worden verbonden.⁸⁴ Voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn: een gebod aan een bouwer om bepaalde werkzaamheden te staken; of om materialen terug te brengen naar de plaats waar zij werden weggehaald; of juist geboden om bepaalde werkzaamheden – bijvoorbeeld bepaalde dienstverlening die een openbaar belang dient – voort te zetten; of de ontruiming te gelasten van personen die zonder recht of titel verblijven in woonruimte die onderdeel uitmaakt van het publiek domein.⁸⁵

79. CE réf. 9 juli 2001, *Boc. Cassia* 2003a, p. 140.

80. Wet van 16 juli 1980, resp. van 8 februari 1995. Debbasch & Ricci 2001, p. 619 e.v., Rn 696 e.v.

81. CE 27 januari 1933, *Le Loir*.

82. CE 13 juli 1956, *Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine*; Braibant/Stirn 2005, p. 596.

83. Chapus 2004, p. 1362, Rn 1614.

84. Chapus 2004, p. 1364, Rn 1617.

85. Voorbeelden ontleend aan Chapus 2004, p. 1362-1363, Rn 1615, met verwijzing naar jurisprudentie.

3 Spoedprocedures in Duitsland

3.1 De context

3.1.1 Historie: veel ruimte voor voorlopige voorzieningen

Het bestaan van mogelijkheden van voorlopige voorzieningen wordt in Duitsland als onmisbaar bestanddeel van het systeem van rechtsbescherming gezien. In literatuur en rechtspraak wordt het verband gelegd met de grondwettelijke rechtsbeschermingsgarantie (art. 19, Abs 4 GG), met de rechtsstaatsgedachte en met de noodzaak dat de in een geschil betrokken grondrechten veiliggesteld kunnen worden. In het licht van die eisen is het nodig om te voorkomen dat bestuursbesluiten voldongen feiten scheppen of schade toebrengen aan rechten zonder dat betrokkenen de mogelijkheid van een effectieve rechtsbescherming hebben gehad.⁸⁶ Naast de rechtsbescherming wordt als tweede rechtsstatelijke basisfunctie ook de ‘objectieve’ functie van (‘externe’) controle of het bestuur zich aan het recht houdt genoemd; een functie in het licht van artikel 20 Abs 3 GG.⁸⁷

Weliswaar is in Duitsland – net als in Nederland – de hoofdregel dat een besluit ‘werkzaam’ is zodra het is bekendgemaakt, maar het mag toch niet altijd zonder meer worden uitgevoerd, althans het bestuur mag niet zonder meer overgaan tot handhaving ervan. Aan de potentiële appellant moet de kans worden gegeven een rechtsmiddel in te stellen voordat een besluit wordt uitgevoerd. De belanghebbende moet zelfs de gelegenheid krijgen om gedurende de bezwaar- of beroepstermijn af te wegen óf hij van die mogelijkheid gebruik wenst te maken. Hij mag daarom in beginsel niet met handhavingsbesluiten worden besprongen voordat het onderliggende besluit formele rechtskracht heeft gekregen.⁸⁸

3.1.2 Uitgangspunt: instellen rechtsmiddel heeft opschortende werking

Het belang dat aan de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursprocesrecht wordt gehecht, is dus groot. Dat komt ook tot uitdrukking in de omstandigheid dat in Duitsland hoofdregel is, dat het instellen van een rechtsmiddel opschortende werking heeft. Die hoofdregel geldt in het kader van een vernietigingsberoep;⁸⁹ dat wil zeggen, opschortende werking ontstaat zowel door het instellen van een derge-

86. Kopp/Schenke 2005, p. 925-926 Rn 1, en p. 928, Rn 9; met vermelding van jurisprudentie.

87. Expliciet dan in het in de vorige noot genoemde werk: Hufen 2005, p. 502, Rn 1.

88. Schmitt Glaeser 1997, p. 164 e.v., Rn 254 e.v. Als het orgaan een besluit toch uitvoert voordat het onberoepbaar is geworden, dan handelt het op eigen risico.

lijk beroep bij de bestuursrechter als door het vragen van een voorziening bij het bestuur (Widerspruchsverfahren), in het geval dat die voorziening voorafgaat aan een eventueel vernietigingsberoep.⁹⁰ Die hoofdregel is niet zomaar een hoofdregel, maar een hoofdregel met beginselkarakter (men vindt dat het zo hoort). Iedere herziening die afbreuk doet aan de hoofdregel door daarop een uitzondering te maken is staatsrechtelijk op zijn minst bedenkelijk, schrijft Hufen.⁹¹

Men erkent dat in de gevallen waarin de wet dergelijke schorsende werking toekent een omkering plaatsvindt van het voor het overige wél geldende ‘vermoeden van rechtmatigheid’ (‘Rechtsgültigkeitsvermutung’). Het wordt dan als het ware vervangen door een ‘vermoeden van vrijheid’: ingrepen door de staat in het vrijheidsbereik van het individu mogen, ingeval zij worden aangevochten, in beginsel pas dan werkzaam worden als de ‘Freiheitsvermutung’ door een rechterlijke beslissing is weerlegd.⁹²

3.1.3 Belangrijke rol voor bestuur bij bepalen uitvoerbaarheid van besluiten

Aan die hoofdregel dat het instellen van beroep schorsende werking heeft is gekoppeld dat het bestuursorgaan de schorsende werking in het algemeen voor individuele gevallen kan doorbreken. Dat kan, door bij het nemen van een besluit te bepalen dat het betreffende besluit uitgevoerd kan worden, ook al wordt daartegen een rechtsmiddel ingediend. Ik noem dat een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring, naar analogie van het burgerlijk procesrecht. In het Duits wordt een dergelijke beslissing een *Vollziehungsanordnung* genoemd. Een tweede mogelijkheid van een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring doet zich voor bij besluiten waarbij derden betrokken zijn. Het orgaan kan dan ná het instellen van het rechtsmiddel alsnog een (afzonderlijke) beslissing nemen over al dan niet onmiddellijke uitvoerbaarheid. Als het bestuur een besluit niet uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard dan kan het bestuursorgaan⁹³ op verzoek van de begunstigde van het besluit alsnog bepalen dat het besluit direct uitvoerbaar is. In gevallen waarin een besluit wel direct uitgevoerd mag worden kan het orgaan op verzoek van een derde bepalen dat de werking van een besluit alsnog wordt opgeschort, en eventuele andere voorlopige maatregelen treffen ter bescherming van de rechten van de derde.

Een tweede bijzonderheid aan het Duitse bestuursrecht is dan ook, dat het bestuur zelf – veel meer dan in Frankrijk of Nederland – een expliciete rol heeft bij het bepalen of een bestuursbesluit onmiddellijk uitgevoerd mag worden, ook al is daartegen een rechtsmiddel ingesteld. In meerpartijen-geschillen bestaat dus zelfs een soort voorlopige voorzieningsprocedure bij het bestuur zelf.

89. Dus alleen bij de *Anfechtungsklage* (een op vernietiging gericht beroep) of een *Widerspruch* (een bestuurlijke voorprocedure) dat daaraan voorafgaat. Zie Schmitt Glaeser 1997, p. 157, Rn 246.

90. § 80 Abs 1 VwGO bepaalt: ‘*Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung*’ (“bezwaar” en vernietigingsberoep hebben opschortende werking”).

91. Hufen 2005, p. 504, Rn 7.

92. Aldus Schmitt Glaeser 1997, p. 169, Rn 260.

93. Het orgaan dat het primaire besluit nam en het orgaan dat op een ingesteld administratief beroep mag beslissen, zijn daartoe beide bevoegd.

Voor enkele soorten besluiten is in de Verwaltungsgerichtsordnung⁹⁴ (hierna: VwGO) zelf al een uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat het instellen van beroep schorsende werking heeft. Met name voor de invordering van heffingen en andere publiekrechtelijke geldschulden.⁹⁵ Daarnaast kunnen bijzondere Bonds- of Landswetten uitzonderingen bevatten. Een van de belangrijkste betreft de bouwvergunning. In de bouwwetgeving is bepaald dat het instellen van een rechtsmiddel tegen een bouwvergunning geen schorsende werking heeft (§ 212a I BauGB).⁹⁶ Wat de uitzonderingen bij Landswet betreft: bijna alle Landen schijnen handhavingsbesluiten te hebben uitgezonderd.⁹⁷

Ook in Duitsland bestaat dan ook nogal eens behoefte aan een mogelijkheid tot rechterlijke 'schorsing' van besluiten, omdat er uitzonderingen zijn op de hoofdregel dat het instellen van beroep schorsende werking heeft, en daarnaast omdat een 'herstel' van de schorsende werking bevolen moet kunnen worden in gevallen dat een besluit door een bestuursorgaan uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Verder kent het Duitse recht mogelijkheden van andere voorlopige voorzieningen dan schorsing. In het kader van een vernietigingsberoep kan zo'n voorlopige voorziening bestaan in een bevel om een eenmaal aangevangen uitvoering ongedaan te maken (bijvoorbeeld: teruggave van een in beslag genomen voorwerp). Bij beroepen die niet gericht zijn op louter vernietiging, maar bijvoorbeeld ten doel hebben een bestuurlijke toestemming te verkrijgen, is een ruim scala aan voorlopige voorzieningen mogelijk; voorzieningen die de rechtspositie van de verzoeker beogen veilig te stellen, of een voorlopige toestemming verlenen.

3.1.4 Verdringing van hoofdzaken door voorlopige rechtsbescherming

Verschillende schrijvers wijzen er op dat het praktisch belang van de voorlopige rechtsbescherming nauwelijks overschat kan worden. In verschillende rechtsgebieden is de gewone procedure verregaand verdrongen door de voorlopige rechtsbescherming.⁹⁸ In sterk tijdgebonden zaken (de demonstratie die voor de volgende week gepland is) ligt dat voor de hand. Maar ook in bouwzaken is dit aan de orde. Als een schorsing van een besluit tot verlening van een bouwvergunning wordt geweigerd, heeft de hoofdzaak niet veel zin meer als er al gebouwd is. Als een schorsing wordt verleend duurt het wachten op de hoofdzaak vaak te lang. Wie kan vier of meer jaren wachten?⁹⁹ Schoch wijst het Bundesverfassungsgericht (BVerfG; het constitutionele gerechtshof) aan als medeverantwoordelijk, doordat de jurispruden-

94. Dat is de Duitse algemene bestuursprocesrechtelijke wet op het niveau van de bondsstaat. NB: als hierna §-nummers zijn vermeld zonder nadere aanduiding van de regeling, dan betreft het artikelen uit de VwGO.

95. § 80 Abs 2, Nr. 1 VwGO. NB: het zijn met name gemeentelijke belastingen en andere heffingen (bijv. hondenbelasting; afvalheffing; onroerende zaakbelasting) die onder de competentie van de algemene bestuursrechter vallen, en niet onder die van de belastingrechter.

96. Zie daarover Huber 2004, en hierna, par. 4.

97. Hufen 2005, p. 514, Rn 13.

98. Zie bijv. Schoch 2002a, p. 38. Hufen 2005, p. 505, Rn 10 en 11.

99. Redeker 1991.

tie van deze rechter prikkels verschaft om de voorlopige rechtsbescherming te zoeken. De rechtsgang bij het constitutionele hof kent namelijk ook een voorlopige voorzieningsprocedure (§ 32 BVerfGG). Die kan zonodig worden gebruikt als de spoedprocedure bij de bestuursrechter niet voldoende heeft opgeleverd. De effecten van een en ander worden versterkt doordat in spoedzaken niet nodig is om verlof te vragen voor het instellen van hoger beroep en het Oberverwaltungsgericht dus ‘toelatingsvrij’ benaderd kan worden, aldus Schoch (t.a.p.). Dat is anders dan in de hoofdzaak, want daar bestaat alleen toegang tot de hoger beroepsrechter als positief wordt beslist op een verzoek om toelating.

3.2 Het globale plaatje

3.2.1 Overzicht van voorlopige voorzieningen

Globaal gezien zijn er drie typen voorlopige voorzieningen.¹⁰⁰ Daarbij moeten ook de mogelijkheden om bij het bestuur zelf een voorziening te verkrijgen worden behandeld, vanwege de verbondenheid met de eventueel door de rechter te behandelen verzoeken om voorlopige voorzieningen, en omdat de figuur van de bestuurlijke beslissing omtrent opschorting dan wel uitvoerbaarheid ondanks het instellen van een rechtsmiddel qua effect vergelijkbaar is met dat van voorlopige voorzieningenprocedures bij de rechter. De drie typen zijn:

- opschorting door het bestuur (§ 80 Abs 4, en § 80a Abs 1 nr. 2);¹⁰¹
- schorsing door de rechter (§ 80 Abs 5 en § 80a Abs 3);¹⁰²
en, buiten het kader van een vernietigingsberoep;
- voorlopige maatregel (*einstweilige Anordnung*), (§ 123 en § 47 Abs 6)
te onderscheiden in twee vormen:
 - de *Sicherungsanordnung*;
 - de *Regelungsanordnung*.

Er zijn voor bijzondere delen van het bestuursrecht afwijkende regimes van voorlopige rechtsbescherming.¹⁰³ En er bestaat een mogelijkheid van het treffen van voorlopige voorzieningen bij het doen van uitspraak in de hoofdzaak. Indien de rechter in de hoofdzaak bijvoorbeeld oordeelt dat een belastend besluit vernietigd dient te worden op formele gronden, dan kan het zo zijn dat het bestuursorgaan vervolgens

100. Daarnaast kent het Duitse recht nog de al genoemde voorlopige voorziening in het kader van het beroep bij het Bundesverfassungsgericht (§ 32 BVerfGG).

101. Aussetzung van de Vollziehung (opschorting van de uitvoerbaarheid).

102. Het gaat dan om het geheel of gedeeltelijk anordnen dan wel wieder herstellen van de aufschiebende Wirkung.

103. Schoch 2001 klaagt daarover: ‘Die beklagenswerte Atomisierung des Verwaltungsprozessrechts hat dazu geführt, dass zum Beispiel im Asylrecht ein nur schwer durchschaubares Subsystem entstanden ist’ (‘De beklagenswaardige atomisering van het bestuursprocesrecht heeft ertoe geleid dat bijvoorbeeld in het asielrecht een slechts met moeite te doorzien subsysteem is ontstaan’, p. 673). Dat subsysteem heeft overigens een basis in de Grondwet, die in art. 16a IV (GG) bepaalt dat er een voorlopige voorzieningsmogelijkheid dient te zijn voor vreemdelingen die uitgezet dreigen te worden.

alsnog een besluit met dezelfde inhoud wenst te nemen. De voorlopige voorzieningsmogelijkheid van § 113 Abs 3 stelt de rechter in staat desgevraagd bepaalde voorlopige maatregelen te treffen om veilig te stellen dat er intussen geen dingen gebeuren die een dergelijk nieuw te nemen besluit zouden kunnen frustreren. Deze voorlopige voorzieningsbevoegdheid – vergelijkbaar met de bevoegdheid van het vijfde lid van artikel 8:72 van de Nederlandse Awb – blijft hier verder buiten bespreking.¹⁰⁴

a *Opschorting door het bestuur*

In verschillende situaties kan het bestuur zelf bepalen dat een besluit niet zal worden uitgevoerd als er beroep tegen wordt ingesteld. Bijvoorbeeld bij de al genoemde invorderingen van geldbedragen. In geval van dergelijke invordering heeft het instellen van beroep geen schorsende werking. Het bestuur kan echter bepalen dat de uitvoering desondanks wordt opgeschort. Het kan daarbij als voorwaarde stellen dat een waarborgsom wordt gestort. Het bestuursorgaan is verplicht de uitvoering op te schorten als er (bij nader inzien) ernstige twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van het besluit of als de uitvoering voor de betrokkene een onbillijke hardheid zou opleveren die niet door zwaarder wegende openbare belangen wordt geboden (§ 80a Abs 4).

In meerpartijengeschillen kan het bestuursorgaan méér dan alleen opschorten of juist de onmiddellijke uitvoerbaarheid bevelen: dan kunnen ook andere voorlopige maatregelen worden getroffen om de rechten van derden te beschermen (§ 80a Abs 1, Nr. 2).

b *Schorsing door de rechter*

In het kader van een *Anfechtungsklage* (een op vernietiging gericht beroep) kan het gerecht dat bevoegd is in de hoofdzaak een besluit schorsen. Daarnaast kan het gerecht een bestuurlijke uitvoerbaar bij voorraadverklaring geheel of gedeeltelijk ongedaan maken, dan wel een door het bestuur terzijde gestelde opschortende werking herstellen (*gerichtliche Entscheidung über den Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung*). Het verzoek om schorsing kan al worden ingediend voordat het vernietigingsberoep is ingesteld. Als het besluit al is uitgevoerd kan het gerecht de opheffing van de uitvoering gelasten. De rechter kan bij de schorsing als voorwaarde stellen dat een waarborg wordt gesteld, of een andere voorwaarde aan schorsing verbinden. De schorsing kan voor een bepaalde termijn worden verleend.

De bevoegde rechter is het gerecht dat bevoegd is in de hoofdzaak. In het algemeen zal dat het Verwaltungsgericht zijn, maar het kan ook voorkomen dat het Oberverwaltungsgericht (OVG) of het Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) de rechter in de hoofdzaak zijn. Het BVerwG kan dat zijn, als de hoofdzaak (of bezwaar tegen een weigering van verlof om beroep in te stellen bij het BVerwG) al bij het BVerwG aanhangig is. Daarnaast is het BVerwG bevoegd als die rechter optreedt als rechter van eerste aanleg, maar dat komt heel weinig voor.¹⁰⁵

104. Zie de gebruikelijke commentaren, waaronder Redeker/Von Oertzen 2004, p. 817 e.v., Rn 24 e.v.

105. Redeker e.a. 2004, p. 578, Rn 57. Een blik op recente statistische gegevens leert bijv. dat een dergelijke zaak in 2003 niet voorkwam.

In zaken waarin de invordering van heffingen aan de orde is, moet eerst aan het bestuur worden gevraagd de werking op te schorten. Pas als zo'n verzoek is afgewezen kan de rechter met een verzoek om schorsing worden benaderd. Op die regel geldt een uitzondering in het geval het bestuursorgaan niet tijdig reageert op een verzoek om opschorting, of als tenuitvoerlegging van het besluit dreigt (§ 80 Abs 6). De achtergrond van de verplichting om eerst opschorting aan het bestuur te vragen houdt verband met de grote kwantiteit van het aantal heffingsbesluiten en moet worden gezocht in overwegingen van efficiency. Het bestuursorgaan is verplicht de zaak eerst zelf te onderzoeken: is er wellicht een fout gemaakt, of zijn er goede gronden voor uitstel? De verplichting zich eerst tot het bestuur te wenden kan het aantal schorsingsverzoeken in zaken waarin rechterlijke bemoeienis niet nodig is terugdringen.¹⁰⁶ Overigens mag een verzoek om toepassing van § 80 in een geval waarin het bestuur een verzoek om opschorting heeft afgewezen niet worden gezien als een 'beroep' tegen die bestuursbeslissing. Als dat zo was, zou de rechter een rechtmatigheidscontrole van die beslissing moeten verrichten. Dat is echter niet het geval: de rechter moet (ook dan) de gebruikelijke criteria toepassen om de vraag te beantwoorden of hij zelf aanleiding ziet tot schorsing. Ook na een eerdere beslissing van het bestuur moet de rechter derhalve een belangenafweging verrichten op basis van zijn eigen discretionaire bevoegdheid uit Abs 5 van § 80.¹⁰⁷

De rechter kan uitspraken die naar aanleiding van een schorsingsverzoek zijn gedaan te allen tijde veranderen of opheffen. Belanghebbenden kunnen om opheffing of wijziging van de voorziening verzoeken in geval van veranderde omstandigheden (§ 80 Abs 7).

c *Einstweilige Anordnung (§ 123 en § 47 Abs 6)*

De voorlopige maatregel ('einstweilige Anordnung') van § 123 is bedoeld voor alle andere beroepen dan een Anfechtungsklage.¹⁰⁸ De regeling van § 123 geldt derhalve voor de Verpflichtungsklage, de allgemeine Leistungsklage en de allgemeine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, dat wil zeggen voor andere vormen van beroep dan de op vernietiging van een besluit gerichte Anfechtungsklage. Als een opschorting in de zin van § 80/80a mogelijk is, dan kan géén voorlopige maatregel worden gevraagd. Anders gezegd: de opschorting gaat vóór op de voorlopige maatregel. Daar staat tegenover dat de voorlopige maatregel een soort 'opvangfunctie' heeft: altijd als de regeling van § 80/80a géén uitkomst biedt kan een verzoek om toepassing van § 123 worden gedaan.¹⁰⁹

106. Schenke noemt als achtergrond 'verwaltungsinterne Kontrolle und Entlastung der Gerichte' ('interne bestuurlijke controle en ontlasting van de gerechten'; Schenke 2004, Rn 998). Daarom kan een verzuim op dit punt ook niet worden hersteld, aldus Schenke.

107. Proppe 2004, p. 325.

108. Nog even afgezien van het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, het *Normenkontrollverfahren*, dat ook een aparte spoedprocedure kent die hierna nog aan de orde komt. § 123 Abs 5 bepaalt dat § 123, Abs 1 tot en met 3 niet geldt voor de gevallen, bedoeld in de §§ 80 en 80a. Beide voorzieningen sluiten elkaar dus uit, en § 80-80a heeft voorrang. Zie o.a. Hufen, p. 506, Rn 13.

109. Schoch 2002b, p. 320; Hufen 2005, p. 532, Rn 1.

Het is dus ófóf, en de keuze is niet altijd gemakkelijk. Hoe wordt in de praktijk met verkeerde keuzen, of het risico van een verkeerde keuze omgegaan? De oplossing ligt in § 86 Abs 3 VwGO, dat de voorzitter de plicht oplegt erop aan te sturen dat vormfouten terzijde gesteld worden, onduidelijke verzoeken worden verhelderd, e.d. Bij een verkeerde keuze zal de voorzitter dat aangeven en berichten dat (zonder tegenbericht) het verzoek wordt opgevat als een verzoek om de in zijn ogen juiste voorziening. ‘Umdeuten’, noemt men dat.¹¹⁰ De verzoeker die in onzekerheid verkeert over de juiste keus kan daar op anticiperen, door al bij zijn verzoek, bijvoorbeeld om toepassing van § 80/80a, te vragen dat het zonodig wordt opgevat als een verzoek in de zin van § 123.¹¹¹

Er worden twee vormen van voorlopige maatregel onderscheiden: de *Sicherungsanordnung* en de *Regelungsanordnung*. Hoofregel: bij de *Sicherungsanordnung* gaat het om het veiligstellen van een bestaande toestand, terwijl het bij de *Regelungsanordnung* gaat om maatregelen die verder gaan dan de bestaande status quo. De afgrenzing tussen beide levert volgens Schenke aanzienlijke problemen op.¹¹² De criteria die voor ‘regeling’ van een voorlopige toestand gelden zijn iets anders geformuleerd dan in de voorafgaande zin van de bepaling.¹¹³ Hoewel het onderscheid derhalve wordt ingegeven door de tekst van § 123 zelf (Abs 1, tweede zin), lijken de afbakeningsproblemen tamelijk academisch van aard.

Voorbeelden van voorlopige maatregelen met bevestigingskarakter (‘*Sicherungsanordnung*’): een verbod om gevonden voorwerpen te veilen; of om een ander te benoemen in een functie waar de verzoeker recht op meent te hebben; een verbod om een school te sluiten voordat de rechter uitspraak heeft gedaan over een gewijzigde indeling van districten.

Voorbeelden van *Regelungsanordnungen* zijn: betaling van voorlopige bijstand; voorlopige toelating tot een hogere schoolklas.

Het juridisch kader van de voorlopige maatregel is sterk vergelijkbaar met het kader van § 80 en § 80a. Zo kan een voorlopige maatregel ex § 123 evenmin rechtstreeks tot een derde worden gericht,¹¹⁴ en dienen de maatregelen een voorlopig karakter te hebben.¹¹⁵ Opvallend is echter, dat – anders dan in het kader van § 80/80a – niet is voorzien in een bevoegdheid tot wijziging van een voorlopige maatregel. Er is dus enige strijd over de vraag of wijziging mogelijk is.¹¹⁶ Wel kan een voorlopige maatregel

110. Volgens Redeker/Von Oertzen 2004, p. 669, Rn 1, is dergelijk ‘umdeuten’ in voorlopige voorzieningszaken ‘niet zelden noodzakelijk’.

111. Tettinger/Wahrendorf 2005, p. 239.

112. Schenke 2004, Rn 1025. Hufen 2005, p. 533, Rn 2: veel neutraler: ‘zij overlappen elkaar dikwijls en zijn vaak niet te onderscheiden’.

113. Zie nader hierna, in par. 3.4.

114. Schenke 2004, Rn 1034. Zie ook hierna, par. 3.5.2.

115. Zie over het voorlopig karakter verder hierna, par. 3.5.1.

116. Ook m.b.t. de voorlopige voorziening in het kader van het Normenkontrollverfahren geldt dat geen expliciete wettelijke wijzigingsbevoegdheid is gegeven. Daarover zegt Hufen echter zonder commentaar dat wijziging mogelijk is en onder omstandigheden zelfs ambtshalve verricht dient te worden (Hufen 2005, p. 548, Rn 15). Vermoedelijk is die wijzigingsbevoegdheid onomstreden, omdat geen rechtsmiddelen tegen de in het kader van § 47 gegeven voorlopige voorziening openstaan.

in bijzondere omstandigheden worden opgeheven tegen zekerheidstelling (§ 123 Abs 3).

Belangrijk is nog, dat als komt vast te staan (bijvoorbeeld doordat dit in de hoofdzaak onherroepelijk wordt vastgesteld) dat een voorlopige maatregel van het begin af onrechtmatig was, de aanvrager van de maatregel schadeplichtig is jegens degenen die schade hebben geleden door de maatregel. Over die schadevergoeding moet zonodig via civielrechtelijke weg worden geprocedeerd (§ 123 Abs 3 verwijst expliciet naar § 945 ZPO). Dit is anders dan bij de automatisch schorsende werking of bij schorsingsuitspraken op basis van § 80 e.v.¹¹⁷

Een ander verschil met situaties die zich lenen voor een Anfechtungsklage is dat in het kader van § 123 geen bestuurlijke voorlopige voorzieningen mogelijk zijn: dergelijke voorzieningen kunnen alleen aan de rechter worden gevraagd.

De systematiek van het procesrecht brengt mee dat aan de verschillende acties een verschillende vorm van voorlopige rechtsbescherming is gekoppeld. Om te weten hoe het staat met eventuele voorlopige rechtsbescherming is dus nodig dat men weet of de actie waarmee men tegen een beslissing op kan komen een Anfechtungsklage zou moeten zijn of een Verpflichtungsklage. Dat hangt weer af van de vraag of de beslissing het karakter heeft van een besluit ('Verwaltungsakt') of niet. Schoch noemt het voorbeeld van een lerares die van het schoolhoofd de opdracht krijgt aan hem onverwijld haar leerplan voor een bepaalde klas over te leggen. De lerares ziet daar een onrechtmatige inmenging in haar pedagogische vrijheid in en vraagt zich af hoe zij opschorting van de opdracht van het schoolhoofd kan bereiken, in afwachting van een rechterlijke uitspraak in de hoofdzaak. Het antwoord komt er kort gezegd op neer dat hier geen sprake is van een Verwaltungsakt en dat een bezwaar dus geen schorsende werking oplevert. Zij zal een verzoek om toepassing van § 123 moeten doen.¹¹⁸

Aparte vermelding verdient de voorlopige voorzieningsmogelijkheid in het kader van het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (het zogenaamde Normenkontrollverfahren). Een dergelijk beroep kan bij het Oberverwaltungsgericht worden ingesteld (§ 47). Het gerecht kan in het kader van een Normenkontrollverfahren een voorlopige voorziening uitspreken 'wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist' ('als dit ter afwending van ernstige nadelen of andere zwaarwegende redenen dringend geboden is'; Abs 6 van § 47). Méér is over deze bevoegdheid niet bepaald. Volgens Kopp/Schenke is de regeling dan ook incompleet. Ter aanvulling moet daarom gekeken worden naar andere, verwante bepalingen, zoals § 32 BVerfGG, en de uitgangspunten van de §§ 80 en 123 VwGO.¹¹⁹

Hoewel het ook hier gaat om een accessoire actie is voor de ontvankelijkheid niet nodig dat de regel al in werking is getreden.¹²⁰ Omstreden is in hoeverre de voorlopige voorziening een algemene werking kan hebben, dan wel slechts een individuele

117. Redeker e.a. 2004, p. 585, Rn 71 en p. 908-909, Rn 30 e.v.

118. Schoch 2001, p. 674 en 675.

119. Kopp/Schenke 2005, § 47, Rn 148, p. 589.

120. Schenke 2004, Rn 1944.

(de verzoeker betreffende) werking. Een voorziening met algemene werking wordt in ieder geval mogelijk geacht als alleen op die wijze bescherming geboden kan worden.¹²¹

3.2.2 Hoe werkt opschortende werking?

Stel dat een bestuursorgaan een handhavingsbesluit neemt omdat de geadresseerde iets onderneemt dat verboden is. Het instellen van een rechtsmiddel schorst dan de werking van het handhavingsbesluit. Maar het doet (uiteraard) niet méér dan dat: het is niet zo dat het gedrag waarvoor betrokkene is aangeschreven toegestaan zou zijn.¹²²

Als slechts een deel van een besluit wordt aangevochten, bijvoorbeeld een belastend voorschrift, dan treedt in beginsel alleen voor dat deel opschortende werking in. In bijzondere gevallen moet echter het gehele besluit geacht worden door de opschortende werking getroffen te zijn, namelijk als het bestuursorgaan het betreffende begunstigende besluit niet zou hebben afgegeven zonder het belastende voorschrift.¹²³

Als tegen een vergunning administratief beroep wordt ingesteld door een derde, en dat beroep wordt gegrond verklaard en de vergunning ingetrokken, dan kan de (ex-) vergunninghouder beroep instellen. Dat beroep schort de werking van de in beroep gegeven beslissing op. Maar de opschorting van de vergunning wordt daardoor niet ongedaan gemaakt. Want door het beroep van de vergunninghouder keert de zaak als het ware terug in de stand van vóórdát op het administratief beroep werd beslist. Toen was het primaire besluit geschorst, doordat de derde daartegen was opgekomen. Stel dat het primaire besluit een horecavergunning was, die is aangevochten door een buurman. Wordt de vergunning in beroep alsnog geweigerd en komt de ex-vergunninghouder tegen die beslissing op, dan blijft de vergunning geschorst.¹²⁴

Er is theorieënstrijd over de vraag wat de effecten van een opschorting precies zijn. ‘Werkt’ een opgeschort besluit in het geheel niet? Of mag het alleen niet door bestuursorganen worden ‘uitgevoerd’? Als ik het goed zie, ziet het verschil in de kern op de vraag tot wie een opschorting zich richt. Het Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) gaat uit van de Vollziehungstheorie, die erop neerkomt dat een besluit niet mag worden uitgevoerd, en dus, dat de opschorting zich richt tot het bestuur. Voor een in de praktijk belangrijke categorie besluiten, namelijk die met derdenwerking, oordeelt echter ook het BVerwG dat de opschortende werking meebrengt dat de opschorting zich niet alleen tot het bestuur, maar tevens tot de processuele derde richt: de begunstigde van een opgeschort besluit mag van dat besluit geen gebruik maken. Dit wordt afgeleid uit de omstandigheid dat – sinds een per 1 januari 1991 in werking getreden wijziging van § 80 Abs 1 – de wet besluiten met derdenwerking expliciet noemt als besluiten waarvan de werking wordt opgeschort.¹²⁵ Bij andersoortige besluiten

121. Schenke 2004, Rn 1048 en 1049.

122. Schenke 2004, p. 323, Rn 946.

123. Schenke 2004, p. 323, Rn 948.

124. Schenke 2004, p. 323-324, Rn 948.

oordeelt het BVerwG echter dat alleen overheidsorganen geen uitvoering mogen geven aan een opgeschort besluit. Volgens Schenke is dat niet juist.¹²⁶

3.2.3 Ook opschortende werking bij niet-ontvankelijkheid van de indiener?

In beginsel treedt de opschortende werking ook in bij niet-ontvankelijkheid van de indiener. Want die niet-ontvankelijkheid moet eerst behoorlijk worden vastgesteld. Maar er zijn wel uitzonderingen: bijvoorbeeld bij onbetwistbare termijnoverschrijding, en als ondenkbaar is dat de indiener als belanghebbende aangemerkt zou kunnen worden.¹²⁷

3.2.4 Opschortende werking en EG-recht

Het nationale Duitse staats- en bestuursrecht neemt de bescherming van individuele rechten als uitgangspunt. Het gemeenschapsrecht kent een uitgangspunt dat daar bijna dwars op staat: het moet bij voorrang worden uitgevoerd, en de voorlopige rechtsbescherming mag daar niet aan in de weg staan. Dit kan tot botsingen leiden.

Schoch noemt het voorbeeld waarin de Europese Commissie destillatie van een grote hoeveelheid wijn had gelast. In Duitsland zou 68.000 hectoliter wijn gedestilleerd hebben moeten worden. Het besluit moest worden uitgevoerd door Duitse bestuursorganen. Deze verleenden de nodige vergunningen. Tegen de meeste daarvan werd bezwaar gemaakt. Conform het uitgangspunt van het Duitse nationale recht werd de werking van de uitvoeringsbesluiten aldus opgeschort. Uiteindelijk werd in Duitsland slechts 9.000 hectoliter tafelwijn gedestilleerd. De betreffende bestuursorganen hadden de opschortende werking ongedaan kunnen maken (vgl. § 80 Abs 2, Nr. 4), maar hadden dit niet gedaan. Duitsland schond daardoor zijn EG-rechtelijke verplichtingen.¹²⁸

125. Zie bijv. Hufen, p. 507, Rn 15. Tot die wijziging, door het 4. VwGO-Änderungsgesetz van 17 december 1990 (BGBl I, 2809), was de rechtspraak ernstig verdeeld, zie bijv. Redeker 1991, p. 527.

126. Schenke hangt de 'ingeschränkten Wirksamkeitstheorie' aan. Het verschil tussen de 'Wirksamkeitstheorie' en de 'ingeschränkten' (ingeperkte) variant betreft de vraag naar welk moment de opschortende werking vervalt. De Wirksamkeitstheorie houdt in dat de werkzaamheid pas intreedt vanaf het moment van het vervallen van de opschortende werking. Een dergelijke theorie wordt algemeen verworpen. In de 'ingeschränkten' variant is de consequentie van het vervallen van de opschortende werking, dat het betreffende besluit geacht wordt alsnog vanaf het moment van bekendmaken van het besluit in werking getreden te zijn. (Schenke 2004, p. 325, Rn 953. Zie ook Hufen 2005, p. 509 e.v., Rn 2-4; Schmitt Glaeser 1997, p. 160, Rn 250.) Dankzij de genoemde wijziging van § 80 bestaan er in de praktijk nog nauwelijks verschillen tussen de 'ingeschränkten Wirksamkeitstheorie' en de 'Vollziehbarkeitstheorie', aldus ook Detterbeck 2005, p. 547, Rn 1478. Dit is temeer het geval, doordat soms een zeer ruime definitie van 'Vollziehung' wordt gegeven, die ook het gebruik van het besluit door burgers omvat (bijv. Kirste 2001, p. 397). Zie ook P.A. Willemsen 2005, p. 57-58. Volgens Willemsen behoort de richtingenstrijd tot het verleden. Schenke blijft echter volhouden dat er nog verschillen zijn en spreekt zelfs van een 'praxis-relevante Kontroverse' (Schenke 2004, p. 324, Rn 951). Voor ons onderwerp kan echter worden vastgesteld dat het belangrijkste punt in ieder geval is opgelost: bij besluiten met derdenwerking heeft de schorsing betekenis voor de processuele derde.

127. Hufen 2005, p. 510-511, Rn 5.

128. Schoch 2001, p. 672 e.v. HvJ EG 10 juli 1990, Rs C-217/88, EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 1990, p. 384-387.

Uit andere uitspraken van het Hof van Justitie blijkt dat het – ook als een rechter twijfelt aan de geldigheid van een EG-verordening – alleen onder zeer bijzondere omstandigheden is toegestaan om de toepassing van gemeenschapsrecht op te schorten.¹²⁹

3.2.5 Einde van de opschortende werking

De schorsende werking eindigt als het besluit onherroepelijk is geworden. Bij afwijzing van de Anfechtungsklage in eerste aanleg geldt, dat dan binnen een maand na bekendmaking van de uitspraak in de hoofdzaak hoger beroep mogelijk is, als de rechter van eerste aanleg verlof tot dat beroep verleent (vgl. § 124a VwGO). Het hoger beroep dient binnen twee maanden van gronden te zijn voorzien. In § 80b is bepaald dat de opschortende werking duurt tot drie maanden na afloop van de termijn voor het aanvoeren van de gronden voor het hoger beroep (tenzij het bestuursorgaan de uitvoerbaarheid heeft opgeschort totdat het besluit onherroepelijk is geworden).¹³⁰ De hoger beroepsrechter kan op verzoek bepalen dat de opschortende werking voortduurt (§ 80b Abs 2).

3.3 Procedurele hoofdlijnen

3.3.1 Het gerecht zelf is bevoegd, de voorzitter alleen bij uiterste spoed¹³¹

Het uitgangspunt is dat het gerecht zelf beslist, en niet de voorzitter.

Ook als het gerecht een zaak nog niet volledig kan overzien, kan het een voorlopige beslissing nemen, tot er meer duidelijkheid bestaat. Dit zijn de zogenaamde Hängebeschlüsse (ook wel ‘Zwischenregelungen’ of ‘Zwischenverfügungen’ genoemd). Het gaat dan om maatregelen die vooruitlopen op een behandeling van een schorsingsverzoek, om te voorkomen dat een dergelijk verzoek zijn zin verliest. Dergelijke Hängebeschlüsse worden bijvoorbeeld wel genomen in ambtenarenzaken, om een benoeming van een ander dan de verzoeker om voorlopige voorziening te voorkomen. De bevoegdheid tot het nemen van dergelijke maatregelen kan in de VwGO niet gevonden worden en wordt dus teruggevoerd tot de algemene rechtsbeschermingsbepaling in artikel 19 IV GG.¹³² Zij kunnen ambtshalve worden gegeven, bijvoorbeeld als blijkt dat de verweerder niet bereid is de uitvoering van het bestreden besluit uit te stellen.

129. HvJ EG 21 februari 1991, zaak C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken Süderdithmarschen en Soest, AB 1991, 328 m.nt. FHvdB), NVwZ 1991, 460. Zie daarover ook Jans e.a. 2002, p. 333, waar naast ‘Süderdithmarschen’ ook de zaak C-465/93, Atlanta, wordt genoemd. Vgl. ook Hufen 2005, p. 504, Rn 9.

130. Kirste 2001, p. 397. Schenke 2004, p. 327, Rn 962.

131. § 80 Abs 8. Kopp/Schenke 2005, § 80, Rn 145, p. 985.

132. Kopp/Schenke 2005, p. 986 en p. 999-1000, Rn 170; Guckelberger 2001.

3.3.2 Vereenvoudigde afdoening mogelijk?

Een mondelinge behandeling is niet zonder meer nodig. Dit geldt zowel voor de schorsing als voor de voorlopige voorziening.¹³³ Gerechtelijke beslissingen die geen einduitspraken zijn kunnen zonder mondelinge behandeling worden gedaan, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, zo zegt § 101 Abs 3. De Grondwet bepaalt dat verzoekers moeten worden gehoord (art. 103 I GG), maar daar kan bij wijze van uitzondering van worden afgezien als een effectieve rechtsbescherming dat noodzakelijk maakt. En in voorlopige voorzieningszaken is die uitzondering tot regel verheven: een mondelinge behandeling is niet uitgesloten, maar ongebruikelijk.¹³⁴ Volgens Tettinger/Wahrendorf komt mondelinge behandeling alleen voor bij ingewikkelde zaken en beperkt het gerecht zich in het algemeen tot het opvragen van het dossier bij het bestuur. Wel zal het regelmatig voorkomen dat de verzoeker – die aannemelijk moet maken dat de feiten tot een voorlopige voorziening nopen – wordt opgeroepen.¹³⁵

De zogenaamde Hängebeschlüsse (zie hiervoor, par. 3.3.1) worden meestal uitgevaardigd zonder dat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden.¹³⁶ Maar vereenvoudigde afdoeningen zijn dat eigenlijk niet: zij worden nog gevolgd door behandeling van het schorsingsverzoek.

3.3.3 Connexiteit

De VwGO bepaalt in § 80 Abs 5, tweede volzin uitdrukkelijk dat een verzoek om schorsing aan de rechter al gedaan kan worden voordat de Anfechtungsklage is ingediend. Het kan ook al worden ingediend vóórdat bezwaar is gemaakt.¹³⁷ Ook op dit punt leggen literatuur en rechtspraak¹³⁸ een verband met de rechtsbeschermingsgarantie van artikel 19 Abs 4 GG. Deze gebiedt dat rechterlijke rechtsbescherming niet pas dan intreedt wanneer een rechtsmiddel in de hoofdzaak is ingediend. Deze garantie is van grote principiële betekenis. Maar in de praktijk geldt voor veel doorsnee gevallen toch dat een belang om de bescherming van de rechter in te roepen geacht wordt te ontbreken, namelijk als de verlangde schorsende werking eenvoudig kan worden verkregen door het instellen van beroep.¹³⁹

Wel geldt bij de toepassing van § 80/80a een zekere eis van connexiteit in de zin dat er een besluit aanwezig dient te zijn. Dat ligt volstrekt voor de hand, want anders valt er

133. Wat § 123 betreft: Hufen 2005, p. 541, Rn 19.

134. Loos 2001b, p. 874, noot 26. Dit stemt overeen met mondelinge informatie die mij werd verstrekt door Ulrich Schwenke, president van het Verwaltungsgericht te Osnabrück.

135. Tettinger/Wahrendorf 2005, p. 256.

136. Guckelberger 2001, p. 277.

137. Schenke 2004, Rn 993; Kopp/Schenke 2005, p. 982, Rn 139; Tettinger/Wahrendorf 2005, p. 232, Rn 5.

138. BVerfG NJW 1993, 3190.

139. Een harde algemene regel dat men zich eerst tot het bestuur dient te wenden, is er niet – ook niet in de jurisprudentie – juist omdat de wet zo'n voorrang wel expliciet regelt, maar alleen voor bepaalde besluiten (voor de 'Abgaben' en 'Kosten', vgl. § 80 Abs 6). Kopp/Schenke 2005, p. 983, Rn 139; Hufen 2005, p. 523, Rn 37.

niets te schorsen. De gevallen waarin daarover strijd kan ontstaan zijn – naast de gevallen waarin de vraag is of bijvoorbeeld een bepaalde mededeling een besluit is – de gevallen waarin zich de vraag voordoet of sprake is van een fictief besluit. Zo kent het Duitse recht een fictieve verlening van bouwvergunningen (*fingierte Genehmigung*). Als een fictief besluit eenmaal tot stand is gekomen moet het ook voor het schorsingsregime met een besluit gelijk gesteld worden.¹⁴⁰

En er zijn wel een paar voor de hand liggende beperkingen aan de mogelijkheid om schorsing van een besluit te verkrijgen, die samenhangen met een potentieel bodemgeskil. Zo mag het niet zo zijn dat de beroepstermijnen tegen het besluit verstreken zijn, en komt voorlopige bescherming alleen toe aan personen die als belanghebbende zijn aan te merken.¹⁴¹ De voorlopige rechtsbescherming wordt gezien als *accessoir* aan het bodemgeskil: als men niet-ontvankelijk is in het bodemgeskil, kan ook geen voorlopige rechtsbescherming worden gevraagd.¹⁴²

Ook voor de *einstweilige Anordnung* geldt géén eis van connexiteit met een bodemgeskil.¹⁴³ Nodig is slechts dat als een dergelijk geschil aanhangig gemaakt zou worden, die zaak tot de competentie van de bestuursrechter behoort. Het gerecht waar die hoofdzaak zou kunnen dienen is het gerecht dat bevoegd is te beslissen over de voorlopige voorziening. Opvallend is overigens dat Abs 2 van § 123 alleen het gerecht van eerste aanleg en de hoger beroepsinstantie noemt als instanties die voorlopige voorzieningen kunnen uitspreken. Het BVerwG kan dan ook – anders dan bij de schorsingssituaties van § 80/80a – geen voorlopige voorzieningen uitspreken.¹⁴⁴

Bij verzoeken om een voorlopige voorziening is er geen verbinding met een besluit waarvan vernietiging gevraagd kan worden (want als dat wel zo is geldt het regime van § 80/80a). Die omstandigheid brengt mee dat veel meer open is in welke situaties een voorlopige voorziening gevraagd kan worden dan als het gaat om een verzoek om schorsing. Aan die openheid is wel een grens. In het Duitse bestuursrecht geldt dat *Verfahrunghandlungen* niet vatbaar zijn voor zelfstandig beroep (§ 44a VwGO). Dat is vergelijkbaar met de regeling van artikel 6:3 van de Nederlandse Awb: voorbereidingshandelingen zijn niet vatbaar voor bezwaar en beroep, tenzij zij de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treffen. In beginsel geldt dezelfde beperking in het kader van § 123 VwGO. Maar de afgrenzing met ontvankelijke verzoeken om voorlopige voorziening is in de praktijk lastig.¹⁴⁵

140. Hufen 2005, p. 522, Rn 34.

141. Schenke 2004, p. 326-327, Rn 959; Hufen 2005, p. 522 e.v., Rn 33 e.v.

142. Schenke 2004, Rn 994.

143. Een dergelijke eis geldt evenmin bij de voorlopige voorziening in het kader van het Normenkontrollverfahren. Hufen 2005, p. 545, Rn 6.

144. Welk gerecht zonodig dan wel een voorlopige voorziening kan uitspreken is enigszins omstreden. Aangenomen moet worden dat dit de laatst benaderde instantie is, in het algemeen dus het Oberverwaltungsgericht. Hufen 2005, p. 534, Rn 5.

145. Hufen 2005, p. 538, Rn 12.

3.3.4 Verplichte procesvertegenwoordiging

Bij het Verwaltungsgericht is rechtskundige procesvertegenwoordiging niet verplicht, maar bij het Oberverwaltungsgericht en het Bundesverwaltungsgericht is dat wel het geval. Waar procesvertegenwoordiging verplicht is kunnen, naast advocaten, ook docenten aan juridische opleidingen als zodanig optreden, mits zij voldoen aan de eisen voor benoembaarheid als rechter. Iets lichtere eisen gelden voor bestuursorganen en publiekrechtelijke rechtspersonen: deze kunnen zich laten vertegenwoordigen door juristen die bij de betreffende instantie in dienst zijn. De eis van verplichte procesvertegenwoordiging geldt uitdrukkelijk ook voor procedures over verlof om rechtsmiddelen in te dienen, en voor ‘Beschwerden und sonstige Nebenverfahren’ (“bezwaren” en vergelijkbare nevenvorderingen). Tot die laatste categorie moeten ook worden gerekend de ‘bezwaren’ als bedoeld in § 146, tegen beslissingen van gerecht of voorzitter in het kader van de voorlopige rechtsbescherming (§ 67 VwGO).

3.3.5 Hoger beroep of andere rechtsmiddelen

Tegen een beslissing van een bestuursorgaan om een besluit uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en tegen een besluit omtrent opschortende werking (in het geval het instellen van het rechtsmiddel niet zelf al opschortende werking heeft), staat administratief beroep open. Tegen de beslissing van de instantie die bevoegd is om op dat administratief beroep te beslissen is geen nader rechtsmiddel gegeven. Wel kan in die situatie aan de rechter om schorsing (c.q. het ongedaan maken daarvan) worden gevraagd.¹⁴⁶

Tegen een beslissing van een Verwaltungsgericht of de voorzitter ingevolge § 80 Abs 5 of § 80a Abs 3 is voor de belanghebbende ‘Beschwerde’ bij het Oberverwaltungsgericht mogelijk, op de voet van § 146 Abs 4.¹⁴⁷ Hetzelfde geldt met betrekking tot een beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening ex § 123.¹⁴⁸ Daarna kan geen verder rechtsmiddel worden ingediend. Onder omstandigheden kan natuurlijk wel om opheffing of wijziging worden verzocht.¹⁴⁹ En, als een schending van grondrechten dreigt, kan aan het Bundesverfassungsgericht voorziening worden gevraagd (§ 32 VerfGG). Daarvan kan bijvoorbeeld in geval van demonstratieverboden gebruik worden gemaakt.¹⁵⁰

Van belang is nog dat, anders dan bij een hoger beroep tegen een gewone uitspraak van de eerste rechter, géén verlof nodig is voor het instellen van hoger beroep.¹⁵¹ En, de gronden voor de Beschwerde moeten worden ingediend bij het Oberverwaltungsgericht. Dat is een uitzondering op de algemene regel. Normaal gesproken (d.w.z.

146. Kopp/Schenke 2005, p. 973, Rn 119.

147. Sinds een wetswijziging die op 1 januari 2002 in werking is getreden, is voor dit ‘bezwaar’ geen verlof meer nodig. Zie Kienemund 2002, p. 1234.

148. Een beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening in het kader van het Normenkontrollverfahren is echter niet aanvechtbaar.

149. Kopp/Schenke 2005, p. 1010.

150. Vgl. bijv. Schoch 2001, p. 672, die in noot 3 noemt: BVerfG, DVBl 2001, 721 = NJW 2001, 1407.

151. Schoch 2002a, p. 38.

buiten de sfeer van de voorlopige rechtsbescherming) moeten de gronden voor de ‘Beschwerde’ bij de rechter van eerste aanleg worden ingediend. Die kan het bezwaar eventueel zelf gegrond verklaren. Zo niet, dan worden de stukken door de rechter doorgestuurd naar het Oberverwaltungsgericht. Maar bij beslissingen van het Verwaltungsgericht in het kader van de voorlopige rechtsbescherming is het anders. Dan kan het Verwaltungsgericht de bezwaren niet eerst zelf beoordelen en gegrond verklaren, want § 146 Abs 4 sluit § 148 Abs 1 uit.

Er geldt een verzwaarde motiveringsplicht: het ‘bezwaar’ moet binnen een maand worden ingediend en (eveneens binnen die termijn) van gronden zijn voorzien. Die gronden moeten uitdrukkelijk ingaan op de vraag waarom de aangevochten beslissing gewijzigd of opgeheven zou moeten worden (§ 146 Abs 4).

In de praktijk doet zich nog het bijzondere fenomeen van de zogenaamde Hängebeschlüsse voor. Die worden genomen in gevallen waarin de rechter in (zeer) spoedeisende gevallen een voorlopige maatregel neemt zonder dat hij de mogelijkheid heeft gehad zich een voorlopig rechtmatigheidsoordeel te vormen.¹⁵² Omdat een dergelijk oordeel bij Hängebeschlüsse ontbreekt – de zaak is daar nog niet rijp voor – kan zo’n besluit niet worden gezien als een beslissing die op de schorsingsbevoegdheid is gebaseerd. Een voorlopige voorziening in de zin van § 123 kan het ook niet zijn want daartoe is een verzoek om een veiligstellende maatregel nodig.¹⁵³ Tegen Hängebeschlüsse is in beginsel geen rechtsmiddel gegeven. Een dergelijke ‘tussenbeslissing’ wordt aangemerkt als ‘prozeßleitende Verfügung’ in de zin van Abs 2 van § 146. Een uitzondering geldt voor het geval de beslissing in wezen het karakter heeft van een gewone beslissing op een schorsingsverzoek, en dus ten onrechte is aangemerkt als een tussenbeslissing.

3.4 Criteria

Wat de *schorsingszaken* betreft ligt het accent in het Duitse recht op een voorlopig rechtmatigheidsoordeel. Er heeft zich in de praktijk een stappenschema ontwikkeld, waarbij in de eerste stap gekeken wordt naar de succeschansen van het rechtsmiddel.¹⁵⁴ Als het aangevochten besluit duidelijk onrechtmatig is en het de rechten van de verzoeker schaadt, dan heeft een verzoek om schorsing succes. Het algemeen belang kan niet gebaat zijn bij onmiddellijke uitvoerbaarheid van een onrechtmatig besluit. Andersom wordt het verzoek afgewezen als het besluit duidelijk rechtmatig is. Als het vormen van een voorlopig rechtmatigheidsoordeel onvoldoende oplevert volgt een belangenafweging, waarbij de belangen van de verzoeker en die van andere belanghebbenden met tegengestelde belangen, alsook alle andere bij de zaak betrokken algemene en bijzondere belangen tegen elkaar worden afgewogen.

Interessant is dus, dat het criterium ‘moeilijk te herstellen nadeel’ minder gewichtig lijkt te zijn dan in Frankrijk of Nederland.

152. Zie ook hiervoor, in par. 3.3.1.

153. Guckelberger 2001, p. 276.

154. Huber 2004, p. 918.

In voorlopige voorzieningszaken in de zin van § 123 lijkt op het eerste gezicht een beoordeling op een criterium als ‘onherstelbaar nadeel’ een prominentere plaats in te nemen. Dat heeft te maken met de criteria die in de bepaling zelf worden genoemd. Een voorlopige maatregel kan gevraagd worden als het gevaar bestaat dat door een verandering in de bestaande toestand de verwezenlijking van een recht van de verzoeker onmogelijk gemaakt of wezenlijk verzwaard zou worden, aldus § 123 Abs 1, eerste zin. In de tweede zin van de bepaling wordt daaraan toegevoegd dat ‘regeling’ van een voorlopige toestand mogelijk is, als een dergelijke regeling nodig lijkt om wezenlijke nadelen af te wenden of dreigende machtsuitoefening (*Gewalt*) te verhinderen, dan wel om andere redenen. Overigens wijst Schoch er op dat § 123 geen ‘onomkeerbaarheid’ eist, en dat er dus lichtere criteria gehanteerd mogen worden.¹⁵⁵

Bij nadere beschouwing ligt echter toch ook bij de einstweilige Anordnung het accent op een voorlopig rechtmatigheidsoordeel. Dat komt doordat men voor een gegrond verzoek eist dat er niet alleen een ‘Anordnungsgrund’ bestaat, maar daarnaast ook een ‘Anordnungsanspruch’. Met ‘Anordnungsgrund’ wordt bedoeld op de vraag of reden is voor een voorlopige maatregel. Dat is, kort gezegd, het vereiste van spoed, bijvoorbeeld doordat gevaar bestaat voor voldongen feiten. Maar de ‘Anordnungsanspruch’ houdt in dat er een aanspraak moet zijn, een materieelrechtelijke basis voor het verzoek om voorlopige voorziening.¹⁵⁶ Weliswaar wordt in de literatuur gezegd dat er (in ieder geval) aanleiding bestaat voor een voorlopige voorziening als de klacht na summier onderzoek kennelijk ontvankelijk en gegrond is; maar er wordt ook op gewezen dat de betreffende lichte eisen die worden gesteld aan het ‘aannemelijk maken’ van de gronden voor het verzoek alleen gelden voor de feiten, en niet voor de rechtsvragen.¹⁵⁷

Anders is het bij de toepassing van § 32 VerfGG door het Bundesverfassungsgericht, het constitutionele hof. Daar speelt een criterium als ‘onherstelbaar nadeel’ een belangrijker rol dan in de rechtspraak van de bestuursrechter over schorsing of voorlopige voorziening. Het afweren van ernstig nadeel staat in de tekst van § 32 voorop. En aan het hof worden nu eenmaal vragen voorgelegd die te maken hebben met tekortschieten van de bescherming van (grond)rechten. Het hof overweegt dan, dat artikel 19 IV 1 GG ‘jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz [verlangt], wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre’ (‘in ieder geval dan voorlopige rechtsbescherming [eist], als anders niet te vermijden nadelen zouden ontstaan, die door de beslissing in de hoofdzaak naderhand niet meer terzijde gesteld zouden kunnen worden’).¹⁵⁸

Bij het bepalen of in een concreet geval een voorlopige voorziening getroffen dient te worden kan ook het algemeen belang gewicht in de schaal leggen. Volgens het BVerfG dient voorlopige rechtsbescherming plaats te vinden op de grondslag van ‘einer

155. Schoch 2002b, p. 319.

156. Hufen 2005, p. 540, Rn 15.

157. Loos 2001b, p. 873.

158. Schoch 2002b, p. 319, noemt BVerfGE 79, 69 (77).

Abwägung der öffentlichen und der jeweils beteiligten privaten Interessen' ('een afweging van de openbare en de in het betreffende geval betrokken individuele belangen').¹⁵⁹ Hoe het algemeen belang soms een bijzondere rol kan spelen kan worden toegelicht door in te gaan op de situatie bij bouwvergunningen.

Waarom is met betrekking tot bouwvergunningen een afwijking van de hoofdregel dat het instellen van bezwaar of beroep schorsende werking heeft gemaakt? De overwegende mening in de commentaren bij de betreffende bepaling is, dat de wetgever met deze regeling geen inhoudelijk oordeel over de betrokken belangen voor ogen had, maar alleen de procedurele lasten anders heeft willen verdelen. Ook de rechtspraak verschaft niet veel duidelijkheid. Soms wordt het oordeel 'louter procedureel voorschrift' gehanteerd, soms wordt het standpunt ingenomen dat de wetgever door deze regeling als het ware zelf een belangenafweging ten gunste van de bouwer heeft verricht. Alleen als de kansen op succes in de hoofdzaak de overhand hebben mag de opschortende werking hersteld worden. Een middenpositie is, dat deze regeling het nodig maakt dat de kansen op succes intensiever worden onderzocht. Bestudering van de wetsgeschiedenis van de bijzondere regeling levert weinig op.¹⁶⁰ Wel kan een argument worden gevonden in § 80 Abs 2, Nr. 3. Daarin wordt afwijking van de hoofdregel bij bijzondere wet mogelijk gemaakt 'in het bijzonder voor bezwaren van derden tegen besluiten die investeringen of de verschaffing van arbeidsplaatsen betreffen'. Volgens Kopp/Schenke¹⁶¹ zou men kunnen zeggen dat de wetgever in de gevallen van Abs 2 van § 80 heeft gekozen voor een voorrang voor het belang van uitvoering van het besluit, en dat er daarom bijzondere omstandigheden nodig zijn om, in afwijking daarvan, een opschorting te rechtvaardigen. Inderdaad heeft blijkens de parlementaire geschiedenis van de wijziging van § 80 de regering nogal de nadruk gelegd op het doel van dejuridisering; het wegnemen van juridische barrières voor het bedrijfsleven.¹⁶² Toverwoorden waren daarbij 'Verfahrensbeschleunigung' ('versnelling van procedures') en 'Stärkung des Standortes Deutschlands' ('versterking van Duitsland als investeringsplaats').¹⁶³ Huber concludeert dan ook dat de derde die schorsing van een bouwvergunning wenst te bewerkstelligen regelmatig niet meer kan volstaan met een enkele verwijzing naar het voorkomen van voldongen feiten, omdat de wetgever voorrang heeft gegeven aan uitvoering, terwijl de wetgever zich toch bewust is geweest van het gegeven dat bouwvergunningen naar hun aard moeilijk terug te draaien gevolgen hebben (a.w., p. 919).

Naar welke criteria geoordeeld moet worden in geval van besluiten met derdenwerking, is helaas niet geregeld in het 4. VwGO-Änderungsgesetz, aldus Redeker.¹⁶⁴

159. BVerfG (K) NVwZ-RR 1999, 217 (218).

160. Hufen 2005, p. 503 spreekt van een 'geradezu "überfallartig" beschlossenen Wegfall der aufschiebende Wirkung im Baunachbarstreit' ('wegvallen van de opschortende werking in burenruzies, waartoe welhaast bij wijze van "overval" is besloten'). Volgens Hufen doet het absurd aan dat de wetgever die pas in 1991 eindelijk had duidelijk gemaakt dat schorsing ook betekent dat een begunstigde geen gebruik mag maken van een geschorst besluit nu juist voor het belangrijkste geval waar dat van belang is, de bouwvergunning, een uitzondering maakt (a.w., p. 506-507).

161. Kopp/Schenke 2005, p. 971, Rn 114 met verwijzing naar jurisprudentie.

162. Wijziging vond plaats bij de 6. VwGO-Novelle, in werking getreden per 1 januari 1997, die sterk in het teken stond van versnelling van procedures en vermindering van het aantal procedures.

163. Huber 2004, p. 917-918.

Wel geeft § 80a Abs 2 een schamele¹⁶⁵ verwijzing naar § 80 Abs 2, Nr. 4, dat spreekt van öffentlichen Interessen of überwiegenden Interessen eines Beteiligten. Interessant is dat men onderkent dat hier de grondrechtelijke achtergrond, die reden is om uitstel van uitvoering te gelasten, niet veel uitkomst biedt. Tegenover de rechten van degene die door het besluit wordt belast staan die van de begunstigde. Ook voor de begunstigde staan veelal grondrechten op het spel. Dat hier het principe van de opschortende werking een zekere relativisering ondervinden moet, omdat het niet zo kan zijn dat de belaste principieel voordeel boven de begunstigde verkrijgt, heeft het BVerfG al in 1985 vastgesteld, aldus Redeker.¹⁶⁶

3.5 De mogelijke voorzieningen

3.5.1 Voorlopig karakter (*geen beslissing in de hoofdzaak*)

De voorlopige voorziening mag niet neerkomen op een beslissing in de hoofdzaak (*Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*). Bij wege van voorlopige voorziening mag niet iets toegestaan worden dat alleen met een beslissing in de hoofdzaak zou kunnen worden bereikt. Bijvoorbeeld: het verlenen van een vergunning, zoals een bouwvergunning of een kapvergunning. Als de effecten van een vergunning tijdelijk zijn, kan wel een voorlopige vergunning worden verleend. Dat is ook mogelijk als het materiële recht een dergelijke figuur niet kent.¹⁶⁷

Een feitelijk vooruitlopen op de uitkomst van het bodemgeschil is bij wege van uitzondering echter toch mogelijk. Die uitzondering wordt gebaseerd op de staatsrechtelijk gegarandeerde 'effectiviteit van de rechtsbescherming'. Een dergelijke voorlopige voorziening moet toegelaten worden als zonder de voorziening voor de verzoeker nadelen zouden ontstaan die voor hem ook met inachtneming van het belang van degenen met een aan het belang van de verzoeker tegengesteld belang ronduit onredelijk zouden zijn, en de verzoeker bovendien overwegende kansen op succes in de hoofdzaak bezit.¹⁶⁸ Als voorbeeld wordt gewezen op de toestemming om een straatfeest te houden en het verzoek om een leerling hangende het bodemgeschil toegang te geven tot een school of hogeschool.

Maar voor het overige dient het voorlopig karakter overeind te blijven. Met name mogen geen maatregelen worden getroffen die verder zouden reiken dan hetgeen de bodemzaak bieden kan. Zo is het toestaan van een begunstiging van de verzoeker niet mogelijk als deze slechts een aanspraak op een ermessensfehlerfreie Entscheidung heeft, en al helemaal niet als daardoor voldongen feiten zouden ontstaan. Uitzondering is dan weer de situatie dat een voorlopige maatregel zonder al te veel bezwaar later geheel ongedaan gemaakt kan worden. Voorbeeld: een lening tegen gunstige voorwaarden. Bij het beslissen over toekenning daarvan bestaat voor het

164. Redeker 1991, p. 527.

165. Aldus Redeker 1991, p. 530.

166. Redeker 1991, p. 530.

167. Schoch 2002b, p. 326.

168. Hufen 2005, p. 540, Rn 16 e.v., met verwijzing naar BVerwG, NVwZ 1999, 650; NVwZ 2000, 160.

bestuursorgaan discretionaire ruimte, maar een voorlopige maatregel om deze voorwaarden toe te passen kan, als de hoofdzaak zonder succes is, ongedaan worden gemaakt.¹⁶⁹

Schoch is principieel kritisch over het verbod om vooruit te lopen op het bodemgeschil. Als 'dogma' is het onjuist. Iedere voorlopige voorziening loopt (tijdelijk) vooruit op de uitkomst van het bodemgeschil. Voor de periode tot aan de beslissing in de hoofdzaak kunnen de feitelijke gevolgen niet worden teruggedraaid: dat kan alleen nog voor de toekomst. Het verbod om vooruit te lopen op de hoofdzaak zou alleen gehanteerd moeten worden in gevallen waarin de gevolgen voor de toekomst niet meer terug te draaien zijn. En zelfs dan kan het nodig zijn toch de voorlopige voorziening uit te spreken, omdat anders een niet terug te draaien grondrechtenschending zou ontstaan, zoals bijvoorbeeld bij een verbod om een demonstratie te houden.¹⁷⁰

3.5.2 Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?

De derde moet zich aan een schorsing houden. Doet hij dit niet, dan kan bescherming gezocht worden via het regime van § 80/80a (en niet via dat van § 123). De rechter kan niet rechtstreeks maatregelen tegen de derde nemen, maar kan wel aan het bestuur opdragen om dat te doen.¹⁷¹ Schenke zegt expliciet dat dit ook het geval is als de vergunninghouder als belanghebbende deelneemt aan de door een derde aanhangig gemaakte procedure. De vergunninghouder maakt niet 'onmiddellijk' deel uit van de rechtsbetrekking tussen bestuur en verzoeker, die in het geding aan de orde is.¹⁷² Aan het bestuur kan zonodig een dwangsom worden opgelegd (§ 172 VwGO).

169. Schenke 2004, Rn 1038.

170. Schoch 2002b, p. 326-327.

171. Kopp/Schenke 2005, p. 1005, Rn 179 en p. 1025, Rn 17; Wolff/Decker 2005, p. 278-279; Loos 2001b, p. 877.

172. Schenke 2004, p. 347-348, Rn 1016.

4 Vergelijking

De vergelijking die hier op basis van de beschrijving van spoedprocedures in Frankrijk en Duitsland wordt gemaakt, zal primair gericht zijn op beantwoording van de voor de Nederlandse lezer voor de hand liggende vraag: hebben wij daar iets aan?

Langs twee wegen wil ik proberen punten te identificeren waar dat het geval zou kunnen zijn. De eerste weg bestaat in het volgen van de beschrijvingen van het Franse en het Duitse stelsel: welke elementen zijn opvallend anders, en zou wijziging van het Nederlandse bestuursprocesrecht in die zin aanbeveling verdienen? Voor de overzichtelijkheid van de vergelijking wordt zoveel mogelijk de structuur gevolgd die ook in de landenhoofdstukken werd gehanteerd. Ter controle of geen belangrijke onderwerpen over het hoofd werden gezien, is daarnaast een tweede weg gevolgd, aan de hand van de vraag: bevat het Nederlandse regime van bestuursrechtelijke spoedvoorzieningen knelpunten, en zou een van beide onderzochte systemen kunnen bijdragen aan het wegnemen daarvan? In de structuur van deze vergelijking komt die vraag niet expliciet tot uitdrukking. Voor de evenwichtigheid is het eigenlijk nodig om niet alleen naar knelpunten in het Nederlandse stelsel te kijken, maar ook naar succesverhalen. Wat dat betreft volsta ik met het noemen van één element dat ik niet aantrof in het Franse en Duitse recht, maar dat wel bestaat in het Nederlandse: de zogenaamde 'kortsluiting', dat wil zeggen het in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening afdoen van de hoofdzaak.

4.1 De context: tegenstelling in uitgangspunten

Juist waar het betreft het vertrekpunt van een eventuele spoedvoorziening verschillen de hoofdregels in Duitsland en Frankrijk van elkaar. Waar in Duitsland als hoofdregel geldt dat het instellen van 'bezwaar' of beroep schorsende werking heeft en hoort te hebben, geldt in Frankrijk het omgekeerde. Geen schorsende werking – omdat dat niet zo hoort – en tot voor kort ook weinig ruimte voor rechterlijke schorsingen, in Frankrijk. Die Franse hoofdregel heeft te maken met de wens om een zo gering mogelijke aantasting toe te staan van het gezag van het openbaar bestuur en de continuïteit van het besturen.¹⁷³ De Duitse hoofdregel heeft te maken met het grote belang dat in Duitsland wordt gehecht aan bescherming van de burger, door een

173. Vgl. voor België, waar men op dit punt traditioneel een 'Franse' benadering heeft, Lanckswertd 1993, p. 10-11. Lanckswertd noemt het 'privilège du préalable' (vrij vertaald: het vermoeden van rechtmatigheid), dat ik overigens in de moderne Franse handboeken niet meer tegenkwam.

onafhankelijke rechter, tegen ingrepen door het bestuurlijk gezag die tekort zouden doen aan grondrechten (in ruime zin).

Men zou de tegenstelling tussen de uitgangspunten van het Franse en Duitse stelsel dan ook wel in verband kunnen brengen met de bekende onderscheiding tussen contentieux objectif, een procesrecht dat primair gericht is op de vraag of het bestuur het geldende recht goed heeft nageleefd, en contentieux subjectif, een procesrecht dat primair gericht is op bescherming van individuele rechten.¹⁷⁴ Daarbij wordt dan het Franse bestuursprocesrecht (althans wat het vernietigingsberoep betreft) globaal gekarakteriseerd als contentieux objectif, en het Duitse bestuursprocesrecht als contentieux subjectif.¹⁷⁵

4.2 Het globale plaatje

4.2.1 Diversiteit in vormen van voorlopige voorzieningen

In het oog springend is het grote aantal vormen van voorlopige voorzieningen, zowel in Frankrijk als in Duitsland. Naast verschillende algemene vormen komen in beide landen bijzondere regelingen voor waarin nog weer afwijkende systemen zijn opgenomen. Het vinden van de juiste variant kan erg lastig zijn. De literatuur die voorbereidt op examens getuigt daarvan. Zo kan in Duitsland de vraag of een schorsing dan wel een voorlopige maatregel gevraagd dient te worden onder omstandigheden een echte breinbreker zijn.

Overigens kende het Nederlandse bestuursrecht van vóór de Awb een zwakke variant van die keuzeproblematiek. Onder 'AROB'¹⁷⁶ werd onderscheid gemaakt. De voorzitter kon een 'schorsing' uitspreken, dan wel een 'voorlopige voorziening'. Werd alleen om schorsing gevraagd in een zaak die zich daar niet toe leende, dan werd het verzoek afgewezen. Zo konden negatieve besluiten niet worden geschorst.¹⁷⁷ Later werd soepeler gereageerd op hetgeen een verzoeker had gevraagd, en werd in plaats van (of naast) een schorsing een voorlopige voorziening uitgesproken, ook als dat niet in die woorden was gevraagd. En nog weer later werden negatieve besluiten desgevraagd gewoon wél geschorst, maar – omdat de verzoeker daarmee op zichzelf nog niets opschieft –

174. Vgl. A.J. Bok, in Allewijn e.a. 1999, p. 156 e.v., en dezelfde, in De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 53-54 en p. 106-107.

175. Zie nader over het onderscheid, dat teruggaat tot Duguit: J.-M. Auby & R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Parijs: Editions Litec, 1992, p. 123 e.v. en p. 623 e.v.; P.H. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, par. 3.3.2.2.2 en par. 5.3.4.1; en Schreuder-Vlasblom 2006, p. 22.

176. Dat wil zeggen: dit deel van het procesrecht was geregeld in de Wet op de Raad van State, aanvankelijk in art. 80, later in art. 107.

177. Zie bijv. Vz. ARRVs 3 februari 1977, tB/S VII, nr. 17, p. 42, m.a. Van Maarseveen (die spreekt van een 'formalistische redenering'). Een fraai – in de zin van duidelijk – voorbeeld is ook Vz. ARRVs 29 september 1977, tB/S XI, nr. 10 m.a. tB/S ('Stichting Wonderland'; Besluit tot beëindiging van subsidie. Het voortzetten van de subsidie totdat in de hoofdzaak is beslist kan slechts worden bereikt door het treffen van een voorlopige voorziening. Door verzoekster is echter slechts gevraagd om schorsing. Verzoek afgewezen).

gecombineerd met een voorlopige voorziening.¹⁷⁸ Onder de Awb is dat probleem naar de achtergrond verdwenen. ‘Schorsing’ is een species van het genus ‘voorlopige voorziening’. Een voorlopige voorziening kan dus bestaan in schorsing en/of andere voorlopige maatregelen. Doordat de betreffende bepaling (art. 8:81 Awb) alleen spreekt van een ‘voorlopige voorziening’ worden verzoekers er niet toe verleid een keuze te maken tussen schorsing en/of een andere voorlopige maatregel.

In beide landen is wel kritiek op de diversiteit. In Frankrijk is die kritiek het sterkst (en lijkt er ook méér aanleiding toe), maar worden aan de andere kant sommige verschillen verdedigd, op gronden die een buitenstaander niet aanstonds kunnen overtuigen.¹⁷⁹

Ook heeft men geprobeerd tot een meer uniforme regeling te komen. In beide landen is dit echter mislukt. De praktijk lijkt zich te redden, vooral omdat foute keuzen in principe niet fataal zijn, al kunnen zij tot tijdverlies leiden. Alles went; zeker als je deskundige bent.

Intussen lijkt er in ieder geval geen goede reden om uit de buitenlandse stelsels de les te trekken dat diversificatie van voorlopige voorzieningen gewenst is. Integendeel, de vereenvoudiging die de introductie van de Awb op dit punt heeft gebracht kan worden toegejuicht.

Voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenonderzoek

Er is echter één punt dat nog aandacht verdient. Dat is het *référé*-instruction, dat wil zeggen, het *référé* waarbij informatie wordt verzameld omdat deze later mogelijk verloren zou kunnen gaan. In Duitsland kent men zoiets ook, maar schaarst men deze mogelijkheid niet onder de voorlopige voorzieningen. Het heet ‘selbständiges Beweissicherungsverfahren’ en komt uit § 485 ZPO. Die ZPO, de burgerlijke rechtsvorderingswet is via een soort schakelbepaling in de VwGO, § 173, van overeenkomstige toepassing in het bestuursrecht. Een mogelijke toepassing doet zich voor als sprake is van bouwschade die spoedig hersteld moet worden. Een expert wordt benoemd en die rapporteert aan het gerecht. Er hoeft geen hoofdzaak op te volgen. In het Duitse bestuursprocesrecht neemt deze figuur geen grote plaats in. Dat kan mede verklaard worden doordat schadekwesies – ook als het bestuursrechtelijke geschillen betreft – in Duitsland in beginsel tot de competentie van de civiele rechter behoren. In het Nederlandse bestuursprocesrecht kan men een heel eind uit de voeten met de bepalingen omtrent het vooronderzoek in de Awb. Maar daarin is bijvoorbeeld niet voorzien in een procedurele inbedding van een snel schadevaststellend oordeel door een deskundige. En: er is niet in voorzien dat een partij om een dergelijke voorlopige vaststelling kan vragen. Omdat dit enigszins buiten de sfeer van de voorlopige voorzieningen valt zoals deze in Nederland worden verstaan, wordt dit punt hier niet verder uitgewerkt, maar misschien is dit een aandachtspunt voor de toekomst, als er nog meer schadezaken via de bestuursrechter worden afgedaan.

178. Vz. ARrvS 2 mei 1985, tB/S XI, nr. 129 m.a. tB.

179. Dat geldt voor het argument dat verschil nodig is omdat de beroepsmogelijkheden en -termijnen verschillen.

Het Duitse uitgangspunt, uitstellen van uitvoering ingeval van beroep, staat haaks op het uitgangspunt van het EG-recht. Het EG-recht gaat uit van een plicht tot uitvoering, die slechts onder strikte voorwaarden en in bijzondere omstandigheden tijdelijk terzijde kan worden gesteld. Het Duitse recht inzake voorlopige rechtsbescherming is zeker niet onverenigbaar met het EG-recht, maar goede naleving van het EG-recht vraagt daardoor wel bijzondere aandacht.

De 'andere kant' van de invloed van het EG-recht is, dat EG-recht soms juist eist dat nationale besluiten snel terzijde gesteld kunnen worden, namelijk als zij aan volle werking van EG-recht in de weg staan. Effectieve rechtsbescherming kan het nodig maken dat onmiddellijke rechtsbescherming beschikbaar is. De nationale voorlopige voorzieningenrechter dient dan bevoegd te zijn in te grijpen. Dit is vastgesteld in het arrest *Factortame*.¹⁸⁰ Deze zijde van invloed van het EG-recht werd nog niet genoemd, omdat de voorlopige voorzieningenprocedures in het Franse en Duitse recht dergelijke onmiddellijke rechtsbescherming in beginsel kunnen bieden. Ook het Nederlandse bestuursprocesrecht voldoet aan de EG-rechtelijke eisen, op één punt na. In het *Zuckerfabriken*-arrest¹⁸¹ heeft het Hof van Justitie bepaald dat de nationale rechter de bevoegdheid dient te hebben om van degene die opschorting van een gemeenschapshandeling vraagt toereikende zekerheden te verlangen, als die opschorting financiële risico's voor de gemeenschap met zich kan brengen. Een dergelijke bevoegdheid kent het Nederlandse bestuursprocesrecht niet. Die leemte is bekend,¹⁸² maar nog niet opgeheven.

4.2.3 Zou het instellen van een rechtsmiddel tegen een bestuursbeslissing opschortende werking moeten hebben?¹⁸³

In Duitsland kent men als hoofdregel de opschortende werking van het instellen van een rechtsmiddel, in het kader van een vernietigingsberoep. Dat systeem lijkt belangrijke praktische problemen op te leveren, die maken dat dikwijls alsnog een rechterlijk oordeel nodig is: soms om de opschortende werking ongedaan te maken als deze door wet of bestuursbesluit is ontstaan; soms om alsnog een schorsing uit te spreken als de wet of een bestuursbesluit bepaalt dat er geen opschortende werking is; en soms zelfs over de vraag of er in het concrete geval nu wel of geen opschortende werking is ingetreden.

Die problemen hebben voor een deel ermee te maken dat de regel het niet goed kan stellen zonder wettelijke, categoriale uitzonderingen. De eerste uitzondering in § 80 VwGO is gemaakt voor belastingen en andere heffingen. Waarschijnlijk heeft daarbij een rol gespeeld dat de wetgever het ongewenst achtte als de belastingplicht-

¹⁸⁰. HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433. Zie Jans e.a. 2002, p. 330 e.v.

¹⁸¹. HvJ EG 21 februari 1991, zaak C-143/88 en C-92/89 (*Zuckerfabriken Süderdithmarschen* en *Soest*, AB 1991, 328 m.nt. FHvdB); zie ook hiervoor, het hoofdstuk over Duitsland, par. 3.2.4.

¹⁸². Zie Jans e.a. 2002, p. 336. En Vermeulen, p. 305.

¹⁸³. Gemakshalve wordt hier, in navolging van art. 6:16 Awb, soms gesproken van 'schorsende werking', hoewel het wellicht beter zou zijn de term 'opschortende werking' te gebruiken. Vgl. Hennekens 1992, p. 190.

tige enkel door het instellen van rechtsmiddelen de betalingsverplichting voor lange tijd zou kunnen opschuiven. Maar de overweging die ik in de literatuur aantrof, is een andere; namelijk dat, dankzij het feit dat in deze gevallen aan het bestuur om opschorting gevraagd moet worden als men betaling wil uitstellen tot na de beslissing in de hoofdzaak, het bestuur de kans krijgt fouten te herstellen en de rechterlijke colleges aldus ontlast worden.¹⁸⁴

Mede doordat de hoofdregel van opschortende werking uitzonderingen kent, blijkt het in een aantal gevallen nog behoorlijk lastig om te bepalen of de schorsende werking werkelijk is ingetreden: is § 80 VwGO werkelijk van toepassing; is sprake van een algemene of bijzondere uitzondering; is het ingestelde rechtsmiddel kennelijk niet-ontvankelijk of is sprake van misbruik van het rechtsmiddel? Wilde het bestuur de werking van het besluit opschorten, maar is die beslissing tot opschorting wel geldig, of is daarmee iets anders misgegaan? De mogelijke twijfel over dergelijke vragen maakt dat de Duitse voorlopige voorzieningenrechter soms een soort verklaring voor recht moet doen, namelijk vaststellen dat de schorsende werking al dan niet is ingetreden.¹⁸⁵ Het heeft er verder toe geleid dat een afzonderlijk leerstuk is ontstaan, dat van de ‘faktischer Vollzug’, over de thematiek van uitvoering van besluiten die, anders dan het bestuur kennelijk meende, geschorst waren. Het leerstuk is een geliefd thema in examenopgaven.¹⁸⁶ En dat levert op zich al een signaal op dat het overnemen van de betreffende systematiek geen aanbeveling verdient.

Concluderend: ook als men niet uit principiële redenen een voorkeur heeft voor een systeem als het Franse, zijn er goede praktische gronden om te kiezen voor de systematiek die ook nu al ten grondslag ligt aan artikel 6:16 Awb: het instellen van bezwaar of beroep zou – althans in het algemeen – géén schorsende werking moeten hebben.

Redenen voor uitzondering op de hoofdregel

Zijn er categorieën van gevallen waarvoor aanleiding bestaat om in afwijking van de hoofdregel wél schorsende werking toe te kennen aan het instellen van bezwaar of beroep? Het moet dan gaan om soorten zaken waarin uitvoering van het besluit praktisch onomkeerbare – of in ieder geval: moeilijk te herstellen – effecten heeft, en bovendien die uitvoering zo snel kan plaatsvinden dat er wel eens te weinig tijd zou kunnen zijn om de beslissing van de voorzieningenrechter af te wachten. De meest evidente voorbeelden zijn vergunningen waarbij wordt toegestaan te kappen of te slopen, dan wel iets levensbedreigends te ondernemen. De uitzetting van personen komt er dicht bij. De bouwvergunning ligt alweer iets verder af, want het duurt meestal even voordat praktisch onherstelbare bouwwerkzaamheden zijn verricht.

184. Verder kan het *bestuursorgaan* bepalen dat in het concrete geval géén opschortende werking bestaat (of juist wel, voor de uitzonderingsgevallen waarin de wet géén opschortende werking kent). Die mogelijkheid komt hierna in een afzonderlijke subparagraaf (4.2.5) nog aan de orde.

185. Vgl. het voorbeeld in Wolff/Decker 2005, p. 278: een geval waarin het bestuur er ten onrechte van uitging dat sprake was van termijnoverschrijding. En over de vraag wat wel en niet valt onder ‘Abgaben und Kosten’, bestaat ook nogal wat rechtspraak. Zie Redeker e.a. 1997, p. 489 e.v., Rn 15 e.v. Vgl. ook Kriste.

186. Proppe 2004, p. 327.

Het criterium dat een zo snelle uitvoering dreigt dat het oordeel van de voorzieningenrechter niet kan worden afgewacht, is belangrijk. Want zelfs in gevallen waarin uitvoering van een besluit evident moeilijk te herstellen gevolgen heeft (zoals bij de bouwvergunning), staan dikwijls tegenover de belangen die pleiten voor uitstel zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen uitstel. Ik herinner eraan dat in Duitsland juist de bouwvergunning hoort tot de uitzonderingen op de regel dat het aanvechten van het besluit schorsende werking heeft.

Daarnaast kan iets worden gezegd over het type zaken waarin het toekennen van schorsende werking aan het enkele instellen van bezwaar of beroep in ieder geval géén aantrekkelijke optie is. Namelijk die gevallen waarin de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel dreigt op oneigenlijke wijze gehanteerd te worden, bijvoorbeeld ter verkrijging van uitstel van uitvoering, in gevallen waarin de rechtmatigheid van het bestreden besluit niet werkelijk omstreden is. Als men er met de Franse leer – en de Nederlandse ervaringsgegevens over aantallen vernietigingen – van uit mag gaan dat aan de overgrote meerderheid van de bestuursbesluiten geen rechtmatigheidsgebreken kleven, dan is de hoofdregel: geen schorsende werking, de beste regel. Een en ander neemt niet weg dat wij kunnen leren van de achter het Duitse systeem liggende gedachte. Ik zou die willen beschrijven als: geen uitvoering van een besluit dat ingrijpt in de rechten van de burger, als die burger niet de gelegenheid heeft gehad ten minste een voorlopig rechterlijk oordeel te verkrijgen over de rechtmatigheid van dat besluit.

Drie typen van methoden voor het toekennen van opschortende werking

Er komen in de Nederlandse wetgeving verschillende technieken voor, om opschortende werking van besluiten te regelen. Een eerste verschil is, dat sommige bepalingen die gelegenheid scheppen door te zeggen dat het betreffende besluit gedurende een bepaalde periode niet ‘in werking treedt’,¹⁸⁷ terwijl andere bepalingen zeggen dat in die wachtperiode van het besluit ‘geen gebruik mag worden gemaakt’.¹⁸⁸ Dit verschil in formulering doet meteen denken aan de Duitse theorieënstrijd tussen de ‘eingeschränkten Wirksamkeitstheorie’ en de ‘Vollziehbarkeitstheorie’.¹⁸⁹ Laten wij ons niet in die discussie doen meeslepen, maar vaststellen dat beide varianten ongetwijfeld iets bedoelen dat in doorsnee omstandigheden duidelijk moet zijn en op hetzelfde neerkomt: bestuur noch geadresseerde van een in de wacht gezet besluit mag in de wachttijd ‘uitvoering geven aan’ het besluit; dat besluit mag in de wachtperiode niet gebruikt worden en niet gehandhaafd worden. Negeren wij het onderscheid tussen ‘in werking treden’ en ‘mogen gebruiken’, dan zijn drie hoofdtypen te onderscheiden, naar de methode waarop de wachttermijn wordt bepaald.

Bij het eerste type wordt gewerkt met wat ik zou willen noemen een *kale wachttermijn*. Een termijn waarvan de wetgever kennelijk meent dat die voldoende is om zonodig voorlopige rechtsbescherming te verkrijgen. Zo bepaalt artikel 44, vierde lid Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) dat een aanlegvergunning in werking treedt met ingang van de zevende week na de dag waarop zij is verleend. Hier lijkt sprake van

¹⁸⁷ Bijvoorbeeld in art. 16 Ontgrondingenwet.

¹⁸⁸ Vgl. het hierna te noemen voorbeeld uit par. 4, tweede lid van de APV Rotterdam.

¹⁸⁹ Zie par. 3.2.2 van het hoofdstuk over Duitsland.

een impliciete koppeling met de zes weken-termijn voor bezwaar en beroep uit de Awb.¹⁹⁰ Soms is die koppeling wel geëxpliciteerd, zoals in artikel 28 WRO (... 'treedt in werking met ingang van de dag na die waarop de beroepstermijn afloopt').¹⁹¹ Andere wettelijke regelingen kennen eveneens een kale wachttermijn voordat een besluit in werking treedt, maar daarbij spelen vermoedelijk ook andere achtergronden dan een mogelijke behoefte aan rechtsbescherming.¹⁹² Soms komt men een variant tegen die er op neerkomt dat een besluit voorafgegaan dient te worden door een 'voornemen', en pas na een bepaalde termijn dat voornemen door het eigenlijke besluit gevolgd mag worden.¹⁹³ Meestal echter, wordt gekozen voor een termijn die nadrukkelijk is gekoppeld aan voorzieningsmogelijkheden. Daarbij doen zich twee varianten voor die principieel van elkaar verschillen: opschorting hangende bezwaar of beroep, dan wel opschorting met gelegenheid om voorlopige rechtsbescherming te vragen. Die twee varianten worden hier beschouwd als het tweede en derde type.

Het tweede type is dan het type dat net zo werkt als de Duitse hoofdregel: opschorting hangende bezwaar of beroep. Bij dit type is meestal bepaald dat de werking van het besluit wordt opgeschort gedurende de termijn van bezwaar of beroep, en dat de opschortende werking voortduurt totdat op een ingesteld bezwaar of beroep is beslist. Voorbeelden zijn artikel 7 Wet giraal effectenverkeer, artikel 48r Wet toezicht effectenverkeer 1995, artikel 16, zesde lid, Monumentenwet 1988,¹⁹⁴ en artikel 19 (oud) Natuurbeschermingswet. Ook de Vreemdelingenwet 2000 kent voorbeelden van dit type, in artikel 73 (voor de reguliere vergunning)¹⁹⁵ en artikel 82 (voor asielvergunningen).

Dan het derde type. Tussen het ene uiterste (géén opschortende werking) en het andere uiterste (automatisch opschortende werking die in beginsel aanhoudt gedurende de gehele periode dat een bezwaar of beroep hangende is) vormt dit derde type een middenweg. De middenweg bestaat erin dat een belanghebbende de gelegenheid krijgt om schorsing te vragen – en, uiteraard, zonodig ook te verkrijgen – voordat uitvoering gegeven mag worden aan een besluit. Het derde type komt er meestal op neer dat het besluit gedurende de bezwaar- of beroepstermijn nog niet in werking treedt, maar het typerende kenmerk van dit derde type is dat het besluit evenmin in

190. Waarom is niet gekozen voor het moment van 'bekendmaking', in plaats van 'verlening'? Dat lijkt zuiverder (de bekendmaking is immers het startmoment voor bezwaar- en beroepstermijnen) en duidelijker!

191. Deze variant lijkt daardoor op het hierna te bespreken derde type, maar mist het kenmerkende van het derde type; namelijk dat expliciet de ruimte wordt gegeven voor het vragen van een voorlopige voorziening.

192. Zo kent de Wet personenvervoer 2000 een wachttermijn van dertien weken voor een besluit waarbij een concessie wordt ingetrokken in werking treedt (art. 43). Dat is waarschijnlijk omdat ook een oplossing gevonden moet worden voor de consequenties van de intrekking.

193. Art. 31, vierde lid, Drank- en Horecawet (intrekking niet eerder dan een maand na schriftelijke mededeling van het voornemen daartoe).

194. In het zesde lid van art. 16 Monumentenwet vindt men de expliciete toevoeging dat de vergunninghouder om opheffing van de opschortende werking kan verzoeken.

195. Art. 73 Vw 2000 kent onder meer de expliciete nuancering dat, om opschortende werking te bewerkstelligen, het rechtsmiddel binnen de daarvoor geldende termijn dient te zijn ingediend en geen afwijzing van een herhaalde aanvraag mag betreffen. Interessant is verder nog artikel 78 Vreemdelingenwet 2000, dat bepaalt dat als een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan ten einde uitzetting te voorkomen voordat is beslist op het bezwaar of het administratief beroep, de voorzieningenrechter zoveel mogelijk tevens op dat bezwaar of administratief beroep beslist.

werking treedt zolang nog niet is beslist op een binnen de bezwaar- of beroepstermijn ingediend verzoek om voorlopige voorziening.¹⁹⁶ Een nadere variant is, dat het besluit wél in werking treedt, maar indien binnen de bezwaar- of beroepstermijn om een voorlopige voorziening wordt gevraagd, de indiening van dat verzoek opschortende werking heeft.¹⁹⁷ Ten slotte worden dergelijke regelingen soms gecompliceerd door een ontsnappingsmogelijkheid, als onmiddellijke uitvoering in het bijzondere geval uitvoering toch dringend nodig wordt geoordeeld. Zie bijvoorbeeld artikel 20.5 Wet milieubeheer (Wm), ter completering van het regime van artikel 20.3 Wm. Een mooi voorbeeld van een dergelijke van 'alle opties' voorziene regeling biedt ook artikel 4.4.2 uit de 'bomenparagraaf' (par. 4) van de APV Rotterdam:

'2. Van een kapvergunning mag pas gebruik worden gemaakt:

a. nadat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift als bedoeld in artikel 6.7 van de Algemene wet bestuursrecht is verstreken zonder dat een verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8.81 van die wet is ingediend; dan wel,
b. nadat binnen de onder a. bedoelde termijn op een verzoek om een voorlopige voorziening is beslist.

3. Burgemeester en wethouders kunnen, indien er sprake is van een spoedeisend belang, afwijken van het bepaalde in het tweede lid.¹⁹⁸

Ook tussen voorbeelden van het derde type bestaan onnodige verschillen. Maar de positieve zijde is, dat de betreffende regelingen in staat zijn te voorkomen dat belanghebbenden voor voldongen feiten worden geplaagd zonder dat een vorm van rechtsbescherming door de onafhankelijke rechter plaats heeft kunnen vinden. Het is dan ook een heel aantrekkelijk type. Het doet recht aan de rechtsstatelijke gedachte achter de in Duitsland geldende hoofdregel van schorsende werking, maar heeft niet het nadeel dat een bezwaar of beroep ongeacht de kansen of achterliggende belangen leidt tot langdurig opschortende werking. Dit type leidt er bovendien toe dat het initiatief tot het inschakelen van de voorzieningenrechter ligt bij degene die het besluit wenst aan te vechten. Als we ervan uit mogen gaan dat er meer rechtmatige dan onrechtmatige besluiten worden genomen, dan lijkt dit in het algemeen te verkiezen boven de situatie die bij het tweede type ontstaat. Daarbij is het in de praktijk immers degene die door het besluit wordt begunstigd die moet vragen of het besluit uitgevoerd mag worden, ondanks een daartegen ingesteld rechtsmiddel.

In principe lenen regelingen van het middenwegtype zich in zoverre om als algemene regel te worden ingevoerd. Toch bepleit ik dat niet, omdat de algemene regel dat de werking van een besluit niet wordt opgeschort het voordeel heeft dat in het gewone geval, waarin een besluit niet bestreden wordt, of die bestrijding niet ernstig lijdt onder uitvoeringsactiviteiten, geen wachttijd nodig is en zich minder procedu-

196. Bijv. art. 20.3 Wet milieubeheer; art. 16 Ontgrondingenwet. Art. 28, zevende lid, WRO; gekoppeld aan schorsende werking van het vragen van voorlopige voorziening (art. 56b WRO).

197. Zie daarover ook de volgende subparagraaf.

198. Art. 4.5.2, derde lid, APV Eindhoven kent een vergelijkbare regeling. Mogelijk zijn deze formuleringen mede geïnspireerd door een modelbepaling van de VNG. In ieder geval bestond er in de pre-Awb-periode een dergelijke modelbepaling, geciteerd door Hennekens 1992, p. 188.

rele complicaties voordoen. Als algemene regel kan daarom wat mij betreft de met het Franse systeem overeenkomende hoofdregel overeind blijven: het instellen van een rechtsmiddel heeft geen opschortende werking.

4.2.4 *Zou het vragen van een voorlopige voorziening altijd automatisch opschortende werking moeten hebben?*

Sommige voorzieningen van vóór de Awb kenden de regeling dat het indienen van een verzoek om voorlopige voorziening zelf al schorsende werking had.¹⁹⁹ In de parlementaire geschiedenis van de Awb is dit systeem als mogelijk algemeen in te voeren systeem nog even aan de orde geweest. Dat idee is verworpen, vanwege vrees voor aanzuigende werking. Ook mij lijkt dat een dergelijk systeem, als algemene regel (dus buiten de in vorige subparagraaf besproken bijzondere categorieën besluiten ten aanzien waarvan een vorm van opschortende werking gewenst is), niet veel voordelen heeft boven de huidige regeling. De praktijk lijkt zich aardig te redden zonder 'automatische' schorsing als een verzoek tot schorsing wordt ingediend, doordat de voorzieningenrechter tijdig zijn stem kan laten horen.²⁰⁰ Het grootste risico van voortijdige uitvoering van een besluit lijkt zich voor te doen in gevallen waarin begunstigen over kunnen gaan tot moeilijk omkeerbare uitvoering. Waar dat in bepaalde typen zaken dreigt, kunnen categoriale oplossingen worden getroffen zoals bij de in de vorige subparagraaf besproken figuur van de kapvergunning.

4.2.5 *Zou het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de eerste bestuursrechter schorsende werking moeten hebben?*

De Evaluatiecommissie Awb II, de Commissie Boukema, heeft aandacht besteed aan de mogelijkheid van schorsende werking door het instellen van hoger beroep. Hangende het hoger beroep hoeft dan geen uitvoering gegeven te worden aan de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Dit zou tot minder processuele complicaties leiden. Na te hebben gezegd dat er thans onvoldoende materiaal voorhanden is om een keuze te maken, schrijft de commissie:

'Maar de Commissie onderschrijft wel het oordeel van de onderzoekers dat het nuttig zou zijn om dat materiaal alsnog te verzamelen en de voor- en nadelen van schorsende werking eens goed in kaart te brengen. Duidelijk is immers wel, dat schorsende werking het procesrecht op een aantal punten eenvoudiger zou kunnen maken.'²⁰¹

199. Art. 102 Aw 1929 en art. 119a (oud) Wet op de studiefinanciering. Zie Bots 1995, p. 19.

200. Zo nodig telefonisch schorsen als een bestuursorgaan niet bereid blijkt het oordeel van de voorzieningenrechter af te wachten. Zie recentelijk Daalder & Heinrich 2005, p. 48-49. In uitzonderlijke gevallen wordt kennelijk ook wel eens via schriftelijke beslissing geschorst, in afwachting van de mondelinge behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening. Vgl. ook Pres. Rb. Roermond 22 maart 1994, RSV 1994, 220 (aangetroffen bij Verbeek, Praktijkboek bestuursrecht, XI, slot par. 6.2.2). Dat heeft iets van de Duitse Hängebeschlüsse (vgl. hiervoor, par. 3.3.1).

201. Rapport Commissie Boukema 2001, Toepassing en effecten van de Awb 1997-2001, p. 41.

Volgens de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken zal het ook *nadelen* opleveren, als gedurende het hoger beroep geen uitvoering kan worden gegeven aan de bestreden uitspraak. Onderzoek naar de mogelijkheden van invoering heeft voor het kabinet geen hoge prioriteit.²⁰²

Echter, ook zonder uitgebreid empirisch onderzoek valt er toch wel het een en ander te zeggen over dit vraagstuk. Als de eerste rechter het beroep in de hoofdzaak verwerpt dan maakt het niet uit of het instellen van hoger beroep de werking van de uitspraak schorst of niet. Verschil is er alleen als de uitspraak van de eerste rechter een verandering teweegbrengt. De keuze van de wetgever, tussen het al dan niet verlenen van schorsende werking aan het instellen van hoger beroep, moet dus worden bepaald door de situatie te bezien die ontstaat als de eerste rechter een vernietiging van het bestreden bestuursbesluit heeft uitgesproken. Bovendien moet die keuze zijn gebaseerd op min of meer standaardsituaties die niet al te complex zijn, want in andere gevallen zal veelal maatwerk (dus: een voorlopige voorziening hangende het hoger beroep) nodig zijn, bij welke hoofdregel dan ook. In tweepartijen-geschillen is de standaardsituatie dat degene die het hoger beroep instelt dan het bestuursorgaan is.²⁰³ In méér-partijen-geschillen kan het ook voorkomen dat een andere belanghebbende dan de oorspronkelijke eiser of het bestuursorgaan in hoger beroep komt. Complicaties doen zich na een vernietiging door de eerste rechter vooral voor als het bestuursorgaan van oordeel is dat de uitspraak dwingt tot het nemen van een inhoudelijk ander vervangend besluit en het bestuursorgaan hoger beroep instelt omdat het niet door de uitspraak is overtuigd. Onder het huidige systeem moet het bestuursorgaan dan toch een vervangend besluit nemen waarmee gevolg wordt gegeven aan de rechterlijke uitspraak. Het mag de uitkomst van het hoger beroep niet afwachten. Die situatie kan ongelukkig uitpakken.²⁰⁴

In tweepartijen-geschillen is de standaardsituatie dus dat het bestuursorgaan het hoger beroep instelt. Schorsende werking door het instellen van hoger beroep ligt dan ook in ieder geval duidelijker voor de hand in tweepartijengeschillen dan in méér-partijengeschillen. Het is daarom niet verwonderlijk dat juist in het belastingrecht en het sociale voorzieningenrecht regel is dat het instellen van hoger beroep de uitspraak van de eerste rechter schorst.²⁰⁵ Mijn stellige indruk is dat het meer voor-

202. Brief in het kader van 'Rechtsstaat en Rechtsorde', d.d. 19 juli 2004, Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 16, p. II.

203. Het kan ook zijn dat (ook) degene die het beroep bij de eerste rechter instelde in hoger beroep komt, omdat de vernietiging hem nog niet voldoende tevreden heeft gesteld. Maar dat is niet de standaardsituatie en het lijkt mij dat het voor die situatie niet veel verschil maakt of de hoofdregel inhoudt dat het hoger beroep de uitspraak schorst of niet.

204. Het leidt bij bestuursorganen en belanghebbenden nogal eens tot misverstanden en onzekerheden: is het orgaan werkelijk verplicht direct opnieuw te voorzien? Wat moet er gebeuren als het orgaan die plicht niet naleeft? Als wél opnieuw wordt voorzien kunnen ook onzekerheden ontstaan: heeft het orgaan de uitspraak van de rechtbank wel goed begrepen, of gaat de beslissing verder of minder ver dan de rechtbank verlangde? Blijft er na de nieuwe bestuursbeslissing nog procesbelang bij het hoger beroep? Zal de nieuwe beslissing standhouden in het hoger beroep?

205. Voor het belastingrecht geldt dat niet alleen het instellen van hoger beroep schorsende werking heeft (art. 27h, vijfde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen, AWR) maar ook het instellen van cassatie (art. 28, zevende lid, AWR). Art. 19 Beroepswet brengt schorsende werking door het instellen van hoger beroep mee, als het gaat om een groot aantal wetten in de sfeer van de sociale voorzieningen, genoemd in bijlage C bij de Beroepswet.

delen dan nadelen biedt als over de hele linie schorsende werking van hoger beroep zou worden ingevoerd. Het argument dat het gezag van de eerste rechter door een dergelijke oplossing zou worden ondergraven vind ik niet overtuigend. Daar staat immers tegenover dat als het bestuur hoger beroep tegen die uitspraak instelt het gezag van rechter én bestuur schade oploopt als belanghebbenden te maken krijgen met 'knipperlicht-besluiten': eerst een bestuursbesluit dat door de rechter wordt vernietigd; dan een nieuw (tegengesteld?) besluit ter uitvoering van de rechterlijke uitspraak, waar het bestuursorgaan kennelijk zelf niet achter staat, en vervolgens mogelijk een ander oordeel van de hoger beroepsrechter, te volgen door een nieuw (weer andersluidend?) bestuursbesluit. Het lijkt erop dat de hoger beroepsrechter vrij snel bereid is het bestuursorgaan te ontslaan van zijn verplichting om opnieuw op het bezwaar te beslissen, indien de uitspraak van de eerste rechter dwingt tot een inhoudelijk ander besluit.²⁰⁶ Dat is ook niet zo vreemd, want in het algemeen zal een bestuursorgaan professioneel genoeg zijn om zich alleen dán tegen het oordeel van de rechtbank te verzetten als sprake is van een zakelijk en serieus verschil van inzicht.

Ik meen dat de hoofdregel zou moeten zijn, dat het instellen van hoger beroep tegen een uitspraak van de bestuursrechter schorsende werking heeft. Anderen hebben dat eerder betoogd,²⁰⁷ en ik zelf ook.²⁰⁸ Voor het instellen van bezwaar of beroep tegen een bestuursbesluit onderschreef ik hiervoor, in paragraaf 4.2.3 dat de hoofdregel juist moest zijn: géén opschortende werking. Wat maakt de situatie na een rechterlijke uitspraak zo anders, dat een tegengestelde hoofdregel in die situatie aanbeveling verdient? Een belangrijk verschil is dat het na een rechterlijke uitspraak dikwijls het bestuursorgaan is dat het rechtsmiddel instelt. Dan hebben we de situa-

206. Vgl. bijv. Vz. ABRvS 8 augustus 1996, RAwb 1997, 15 m.a. P.A. Willemsen. Volgens Schreuder-Vlasblom 2006, p. 267, is er thans geen sprake meer van een 'soepele weging' bij de beoordeling van een verzoek van een bestuursorgaan om te worden ontlast van de plicht om opnieuw in de zaak te voorzien, zeker niet als de uitspraak van de rechtbank slechts een vernietiging op formele gronden behelsde. Op basis van de door Schreuder-Vlasblom genoemde uitspraken kan ik dat niet bevestigen. Zij noemt één ongepubliceerde uitspraak van de Vz. ABRvS van 28 juni 2002, 200202486 met vermelding '(www.raadvanstate.nl)', maar de website van de Raad van State maakt het niet mogelijk te zoeken op uitspraken in voorlopige voorzieningen van vóór 1 juni 2003. De genoemde uitspraken van de CRvB overtuigen mij nog niet. In Pres. CRvB 9 november 2000, AB 2001, 57 m.nt. HH was weliswaar wellicht geen sprake van een 'soepele weging', maar werd de aangevallen uitspraak op verzoek van het bestuursorgaan wél geschorst; in Pres. CRvB 3 januari 2001, NJB 2001, p. 405 ging het niet om een verzoek van een bestuursorgaan en had de eerste rechter het beroep van betrokkene bovendien ongegrond verklaard; Vzr. CRvB 11 november 2002, KG 2003, 30 was, net als die van 9 november 2000, een ambtenarenontslag-zaak. In dat soort zaken kan de voorlopige voorzieningenrechter vaak niet goed volstaan met een oppervlakkige beoordeling, zeker niet als de betrokkene, zoals in de laatstgenoemde zaak, zelf – via een zijnerzijds ingediend verzoek om voorlopige voorziening – juist heeft aangedrongen op uitvoering van de uitspraak van de eerste rechter.

207. Een verklaard tegenstander van de hoofdregel dat het instellen van hoger beroep geen schorsende werking heeft is H.Ph.J.A.M. Hennekens. Zie bijv. diens noten bij Pres. CRvB 9 november 2000, AB 2001, 57 en Pres. CRvB 13 mei 1998, AB 1998, 243 met nadere verwijzingen, onder meer naar Hennekens 1996, met name p. 131-132, waar hij spreekt van een 'monstrum'. Hennekens wijst er onder meer op dat deze regel afwijkt van het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht van vóór de Awb (Ambtenarenwet 1929 en Beroepswet). Recent, maar minder uitgesproken, De Poorter 2006, p. 13-14.

208. Met Langbroek en Wulffraat-van Dijk, zie De Waard e.a. 1994, p. 75 e.v.

tie dat kennelijk twee verschillende autoriteiten tot een verschillend oordeel komen, en dat de eerste autoriteit zich niet bij het oordeel van de tweede neerlegt. We weten dan praktisch²⁰⁹ zeker dat we te maken hebben met een serieus verschil van inzicht. Dat is een andere situatie dan als alleen nog maar een bestuursbesluit wordt aangevochten. Over die situatie kan bij voorbaat niet veel gezegd worden over het gewicht van de aangevoerde gronden. Misschien zijn die volslagen uit de lucht gegrepen, of juridisch irrelevant; misschien is het bezwaar of beroep alleen ingesteld om uitstel te krijgen of een ander dwars te zitten.

4.2.6 *Zou het bestuur een expliciet wettelijk geregelde opschortingsbevoegdheid moeten krijgen?*

Bij de vraag of het bestuur een expliciete algemene wettelijke bevoegdheid zou moeten krijgen om de werking van besluiten op te schorten, is een voor de hand liggende reactie dat 'Duitse toestanden' zouden moeten worden vermeden. Want het Duitse procesrecht maakt een buitengewoon gecompliceerde indruk doordat het een dergelijke – algemene en wettelijk geregelde – bestuursbevoegdheid kent. Dat lijkt niet alleen op papier zo, doordat het aantal beslis- en rechtsbeschermingsmomenten erdoor toeneemt, maar ook de praktijk laat complicaties zien, doordat nogal eens onzeker is in welke gevallen bestuursorganen op een verzoek om de betreffende bevoegdheid te gebruiken zouden moeten ingaan.

Overigens kan het ook nu al voorkomen dat ook in Nederland bestuursorganen een dergelijke bevoegdheid hebben. Volgens de memorie van toelichting bij de Awb kan de wetgever aan een bestuursorgaan dat bevoegd is bepaalde besluiten te nemen de bevoegdheid verlenen om in bepaalde gevallen in de beschikking aan te geven dat de hoofdregel van artikel 6:16 Awb niet geldt.²¹⁰ Als een dergelijke bevoegdheid niet is verleend, zou een bestuursorgaan dan bijvoorbeeld kunnen bepalen dat een besluit niet direct in werking treedt? Als het gaat om een louter belastend besluit, zonder 'begunstigde' derden-belanghebbenden, dan lijkt dat niet problematisch. Maar bij een begunstigend besluit zal een dergelijke clause gezien moeten worden als een 'voorwaarde' of 'beperking' die zeker niet zonder meer geoorloofd is te achten. Dat geldt voor gebonden besluiten, maar bijvoorbeeld ook het specialiteitsbeginsel kan aan een dergelijke clause in de weg staan. Dat laatste komt naar voren in een uitspraak van de rechtbank Den Haag, die een kapvergunning onrechtmatig oordeelde omdat daarin was bepaald dat van de kapvergunning pas gebruik mocht worden gemaakt als de bouwvergunning (voor het bouwwerk waarvoor ook de kapvergunning nodig was) onherroepelijk zou zijn geworden.²¹¹

209. Niet helemaal. Er zou, met name bij de confectie uit beschikkingenfabrieken, een praktijk kunnen ontstaan dat bestuursorganen praktisch zonder de uitspraak gezien te hebben 'standaard' hoger beroep instellen op nader aan te voeren gronden. Maar er zij aan herinnerd dat juist op terreinen waar die karikatuur relevant voor zou kunnen zijn (sociale voorzieningen en belastingen) de wetgever nu al heeft gekozen voor schorsende werking als hoofdregel.

210. PG Awb I, p. 306. Zie voor een kritische bespreking van de regeling: Hennekens 1992. Vgl. ook Bots 1995, p. 17.

211. Vgl. Rb. Den Haag 23 juli 1998, Gst. 1999, 7097, 4 m.nt. C.P.J. Goorden.

Conclusie: een expliciete regeling die het bestuursorganen mogelijk maakt de werking van een besluit op te schorten levert vermoedelijk meer procedures en andere problemen op dan voordelen.

4.2.7 Zou méér gebruik gemaakt moeten worden van de mogelijkheid een zaak versneld te behandelen?

In de Franse literatuur wordt door verschillende auteurs het standpunt ingenomen dat een snellere afdoening van bodemzaken in beginsel de voorkeur verdient boven voorlopige voorzieningenprocedures.²¹² En in Duitsland wordt door verschillende auteurs benadrukt dat het gebruik van voorlopige voorzieningenprocedures in de praktijk dikwijls meebrengt dat de hoofdzaak niet wordt doorgezet. Het Nederlandse bestuursprocesrecht kent een algemene mogelijkheid een zaak versneld te behandelen (art. 8:52 Awb). Zou het wenselijk zijn als van dat instrument méér gebruik zou worden gemaakt, als alternatief voor een voorlopige voorzieningsprocedure?²¹³

Een bevestigend antwoord ligt minder voor de hand dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken. Vooropgesteld moet worden, dat versnelde behandeling alleen mogelijk is als de zaak al in de fase van de rechtspraak is beland, terwijl de behoefte aan een voorlopige voorziening zich dikwijls al in de bestuurlijke fase voordoet. De versnelde behandeling kan dan niet in de plaats van de voorlopige voorzieningsprocedure treden. In zaken die al wel bij de rechter liggen doet zich het bekende dilemma voor dat, hoe méér versnelde behandeling wordt toegestaan, des te moeilijker het wordt om te onderscheiden tussen zaken die voor dergelijke behandeling in aanmerking komen. Tekenend is, dat de – doorgaans uiterst beknopte – motivering van beslissingen om al dan niet versneld te behandelen tot weinig inzicht heeft geleid in het rechterlijk beleid terzake.²¹⁴ Het is begrijpelijk dat rechterlijke colleges willen voorkomen dat de indruk ontstaat dat partijen zouden kunnen 'voordringen'. Het lijkt daarom wenselijker om de aandacht voor grotere snelheid van procederen te richten op in beginsel alle (hoofd)zaken, en de versnelde behandeling te reserveren voor bijzondere gevallen; bijvoorbeeld gevallen waarin het belang bij een spoedige beslissing evident is, maar die zich niet goed lenen om in voorlopige voorziening te worden beslist. Daar komt bij, dat het instrument van de 'kortsluiting' – het afdoen van de hoofdzaak, naar aanleiding van een verzoek om voorlopige voorziening – een goed alternatief lijkt te zijn gebleken.

212. Zie vooral Debbasch & Ricci 2001, p. 511, die invoering van een spoedprocedure gericht op het snel beslissen van de hoofdzaak bepleiten, een 'référé au fond'.

213. Dit wordt bepleit door Tak 2005, p. 924. Verder bepalen enkele wettelijke regelingen, zoals de Huisvestingswet, art. 44, dat ten aanzien van bepaalde besluiten (in casu een woonruimtevoorziening) geen voorlopige voorzieningen mogelijk zijn (lid 2), maar standaard de versnelde behandeling (lid 4). Vergelijkbaar: art. D 9 Kieswet.

214. Zie daarover ook al Ten Berge e.a. 1996, p. 322 e.v.

Zou mogelijk gemaakt moeten worden dat ook tijdens bezwaar al wordt kortgesloten? Artikel 78 Vw 2000 voorziet in die mogelijkheid. Daalder en Heinrich bepleiten dat die mogelijkheid algemeen wordt ingevoerd, zij het, dat zij verwachten dat er alleen bij uitzondering gebruik van gemaakt zou kunnen worden.²¹⁵

Ik denk dat ‘doorpakken’ vooral een goede oplossing zou zijn in zaken die definitief afgedaan zouden kunnen worden door de rechter (dus zonder dat nog een nieuw bestuursbesluit nodig is). Dat zijn in de praktijk waarschijnlijk bijna altijd zaken met een negatieve uitkomst voor de appellant/verzoeker. Zaken waarin bijvoorbeeld sprake is van een niet-ontvankelijkheid die net niet zó ‘kennelijk’ is dat de zaak zonder mondelinge behandeling kan worden afgedaan. Dan zou de zaak ook meteen moeten (kunnen) worden afgedaan doordat de rechter zelf in de zaak voorziet, zodat ook geen nieuwe beslissing op bezwaar meer nodig is. Dus bijvoorbeeld doordat de rechter zelf een bezwaar ‘alsnog’ niet-ontvankelijk verklaart. Natuurlijk zou de rechter de bevoegdheid niet mogen gebruiken als nog een nadere standpuntbepaling door het bestuursorgaan nodig is. Daarnaast kunnen zich gevallen voordoen waarin weliswaar evident is hoe juridisch gezien geoordeeld moet worden over het bestreden besluit, maar waar de omstandigheden van het geval zich lijken te lenen voor nader overleg tussen bestuur en belanghebbenden (zijn er wellicht andere opties dan het aangevraagde besluit, of zijn er anderszins mogelijkheden voor een schikking?). Ook dan zou het beter zijn als de voorzieningenrechter terughoudend gebruik maakt van zijn bevoegdheden om de zaak af te doen.

Opvallend was, dat bij de eerste Awb-evaluatie de geïnterviewden erg terughoudend waren over invoering van een mogelijkheid om kort te sluiten vóórdat de fase van het beroep op de rechter is ingetreden. Met name de rechters onder de geïnterviewden reageerden afwijzend.²¹⁶ Het is niet ondenkbaar dat de stemming veranderd is, na ruim tien jaar Awb-ervaring. Ik zie zelf meer voordelen dan nadelen van verruiming van de kortsluitingsmogelijkheden.

4.3 Procedurele hoofdlijnen

4.3.1 Alleensprekende rechter

In Nederland zijn wij gewend aan een alleensprekende kortgedingrechter. Dat werkt efficiënt. Ook bodemzaken worden als regel enkelvoudig behandeld. In de meeste gevallen wordt dat vermoedelijk niet bezwaarlijk gevonden; ook niet door de rechters. In Frankrijk bestaat echter de mogelijkheid dat verzoeken om voorlopige voorziening worden behandeld door meervoudige kamers. Van die mogelijkheid wordt in de praktijk ook gebruik gemaakt. In Duitsland is – althans op papier – het uitgangspunt geheel anders dan het Nederlandse: voorlopige voorzieningen kunnen zonodig

215. Daalder & Heinrich 2005, p. 53; Daalder 2004, p. 55.

216. Zie Ten Berge e.a. 1996, p. 28 en p. 346.

(bijvoorbeeld bij extreme spoed) enkelvoudig worden behandeld. De tendens is ook in Frankrijk en Duitsland overigens wel dat steeds meer zaken enkelvoudig worden behandeld. Een en ander neemt niet weg dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin behandeling door een meervoudige kamer aantrekkelijk zou kunnen zijn. Als aan de wettelijke regelingen van de voorlopige voorzieningenprocedures wordt gesleuteld, zou dit punt gemakkelijk kunnen worden meegenomen.

Afgaande op de wetteksten is verdedigbaar dat verwijzing naar een meervoudige kamer op basis van artikel 8:10 Awb ook nu al mogelijk is, omdat artikel 8:10 deel uitmaakt van de ‘Algemene bepalingen’ van hoofdstuk 8. Het hoeft daarom – anders dan bepalingen uit titel 8.2, de bepalingen over de ‘behandeling van het beroep’ – niet uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op de behandeling van verzoeken om voorlopige voorziening. Men zou daaraan kunnen toevoegen dat nergens is bepaald wat onder ‘voorzieningenrechter’ verstaan moet worden. Daar staat echter het volgende tegenover. De opbouw van hoofdstuk laat zien dat de overige bepalingen van titel 8.1 allemaal uitsluitend gericht zijn op de behandeling van de hoofdzaak. Daarnaast leert de wetsgeschiedenis, dat met ‘voorzieningenrechter’ bedoeld wordt op de (fungerend) president of voorzitter, en niet op een ‘willekeurige’ enkelvoudige kamer. In de regelingen van de hoger beroepsrechtbanken zijn daar nog min of meer impliciete overblijfselen van terug te vinden. Zo spreken artikel 41, vierde lid, Wet RvS en artikel 23, vierde lid, Beroepswet nog wel van ‘voorzitter’, resp. ‘president’.

4.3.2 Vereenvoudigde afdoening (geen mondelinge behandeling)

Afdoening van verzoeken om voorlopige voorziening zonder dat een mondelinge behandeling plaatsvindt is zowel in Frankrijk als in Duitsland mogelijk. De Franse regeling lijkt, sinds de vernieuwing van 2001, op de Nederlandse. Naar Franse maatstaven is echter opvallender dat men sinds die vernieuwing in beginsel mondeling procedeert, dan dat die mondelinge behandeling onder omstandigheden achterwege mag blijven. In Duitsland lijken de meeste verzoeken om voorlopige voorziening schriftelijk te worden afgedaan, soms na een uiterst summiere procedure.

4.3.3 Connexiteit

In Frankrijk geldt de eis dat de hoofdzaak aanhangig dient te zijn alleen in de voorlopige voorzieningenprocedures waarin schorsing wordt gevraagd, dus alleen bij het *référé-suspension* en niet bij de andere spoedvoorzieningen of de algemene *référés*. Maar ook dan lijkt de eis niet streng te worden opgevat, doordat het voldoende zou zijn als binnen de daarvoor geldende termijn beroep is ingesteld (par. 2.3.3). In Duitsland geldt geen connexiteitseis waar het een verzoek om een voorlopige maatregel in de zin van § 123 VwGO betreft. Met betrekking tot een verzoek om schorsing (§ 80 VwGO) geldt slechts de eis dat er een – te schorsen – besluit dient te zijn.

De eis van *connexiteit*, opgevat als de procestechnische eis dat er een hoofdzaak aanhangig dient te zijn als men een voorlopige voorziening wenst te verkrijgen, is in het Nederlandse bestuursprocesrecht derhalve veel nadrukkelijker gesteld dan in het Franse of Duitse. Als men *connexiteit* wat ruimer opvat, namelijk in de zin dat een

voorlopige voorzieningsprocedure geen zelfstandige procedure is, maar een accessoire procedure, dan zijn de verschillen veel kleiner. Zo wordt zowel in Frankrijk als in Duitsland – net als in Nederland – in het kader van een verzoek om schorsing beoordeeld of het beroep in de hoofdzaak ontvankelijk geacht moet worden. Daalder en Heinrich noemen in hun al genoemde JBplus-artikel enkele consequenties van het connexiteitsvereiste.²¹⁷ En het lijkt dat zij niet erg gelukkig zijn met die consequenties. Het zijn: ten eerste de omstandigheid dat de voorlopige voorzieningenrechter zich zonodig een oordeel dient te vormen over de vraag of wel sprake is van een door een belanghebbende aangespannen procedure tegen een besluit, genomen door een bestuursorgaan. Ten tweede de mogelijkheid dat de voorzieningenrechter uit eigen beweging gebreken in het besluit vaststelt. En ten derde de omstandigheid dat de voorlopige voorzieningenrechter gebonden is aan de begrenzing van het geschil in de bodemprocedure. Dat laatste brengt bijvoorbeeld mee dat de voorzieningenrechter geen maatregelen kan gelasten die in het onderliggende besluit niet aan de orde waren (dus bijvoorbeeld: in een procedure tegen een bouwvergunning kan in beginsel niet worden bepaald dat met bestuursdwang opgetreden dient te worden tegen hetgeen reeds met gebruikmaking van de vergunning is gebouwd).²¹⁸ Al dergelijke beperkingen gelden in Frankrijk en Duitsland ongeveer ook. Het punt waarop het Nederlandse systeem het duidelijkst afwijkt is het procestechnische vereiste dat het hoofdgeschil ‘aanhangig’ dient te zijn.

Ik vermijd derhalve diepgaande beschouwingen over de vraag of het Nederlandse bestuursrechtelijk kort geding verder verzelfstandigd zou moeten worden.²¹⁹ Ik moet mij enigszins beperken en zoek die beperking hier, omdat de Franse en Duitse voorbeelden mijns inziens niet te beschouwen zijn als echt zelfstandige procedures. Met het oog op de mogelijke toekomstige ontwikkeling dat de competentie van de Nederlandse bestuursrechter zich zou uitbreiden tot buiten een beroep waarbij de vernietiging van een ‘besluit’ centraal staat, merk ik wel op dat de Franse en Duitse voorbeelden laten zien dat de voorlopige voorzieningsprocedures ook buiten het kader van een vernietigingsberoep goed zouden kunnen functioneren.

Zou een versoepeling van de zojuist genoemde procestechnische connexiteitseis in Nederland overwogen moeten worden? Een vraag vooraf is dan, of de eis aanleiding geeft tot problemen.

In het verleden (kort na de invoering van de eerste en tweede tranche van de Awb) waren er vooral problemen in de regelmatig voorkomende situatie dat een voorlopige voorziening werd gevraagd hangende bezwaar, maar kort vóór de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening een beslissing op het bezwaar werd

217. Daalder & Heinrich 2005, p. 45-46.

218. Men kan ook denken aan een casus als die in ‘woonwagen Neele’ (Vz. ARRvS 22 mei 1981, tB/S XI, nr. 44): als het hoofdgeschil gaat over de vraag of de aanzegging aan een woonwageneigenaar dat deze een terrein dient te verlaten rechtmatig was, dan kan in de voorlopige voorzieningsprocedure niet worden gevraagd dat het bestuursorgaan ervoor zorgt dat de woonwagen wordt aangesloten op toiletfaciliteiten e.d.

219. Langbroek 1996, p. 37 e.v., noemt een hele rij auteurs die voorstanders zijn van loskoppeling van voorlopige voorziening en hoofdzaak (maar hoort daar zelf niet bij).

genomen en tegen die beslissing op bezwaar nog geen beroep bij de rechtbank was ingesteld. Daarmee is dan vooralsnog een einde gekomen aan de hoofdzaak en dus de connexiteit weggefallen. Aan dit technische probleem is tegemoetgekomen doordat aan artikel 8:81 Awb een vijfde lid is toegevoegd, dat het mogelijk maakt om op eenvoudige wijze het vereiste beroep alsnog in te stellen. Die bepaling beoogde derhalve een antwoord te geven op een specifieke situatie.

Is het nodig die oplossing veel algemener te maken, voor die gevallen waarin degene die de voorlopige voorziening wil vragen wel een bodemgeschil aanhangig kan maken maar dit (nog) niet heeft gedaan?²²⁰ Regelmatig wordt in de literatuur het standpunt ingenomen dat, op straffe van niet-ontvankelijkheid, de hoofdzaak op zijn laatst tegelijk met het verzoek om voorlopige voorziening aanhangig gemaakt moet worden. De betreffende schrijvers achten derhalve het moment waarop het verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan bepalend.²²¹ De opvatting van deze auteurs past bij de formulering van met name het tweede en derde lid van artikel 8:81 Awb. Die kennen immers een recht toe om een voorlopige voorziening te vragen als het geding in de hoofdzaak aanhangig 'is' gemaakt. Andere schrijvers stellen echter, dat het voldoende is dat de hoofdzaak aanhangig is op het moment van de beslissing op het verzoek om voorlopige voorziening.²²² Deze auteurs kunnen zich beroepen op de wijze waarop in artikel 8:81, eerste lid, Awb de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om een voorziening te treffen is omschreven (dat kan namelijk, als de hoofdzaak aanhangig 'is' gemaakt). Laatstgenoemde auteurs wijzen onveranderlijk op één bepaalde beslissing van de President van de CRvB, waarin deze overweegt:

'Hoewel voor onze bevoegdheid tot het treffen van een voorlopige voorziening voldoende is dat er op enig moment [mijn cursief, BdeW] hoger beroep is ingesteld, dient deze voorwaarde (...) aldus te worden verstaan dat er een hoger beroep aanhangig moet zijn, wil er een voorlopige voorziening kunnen worden getroffen.'²²³

Geluiden uit kringen van de rechtbanken leren dat gevallen waarin de hoofdzaak nog niet aanhangig is gemaakt in de praktijk meestal soepel worden opgevangen

220. Mogelijk komt het niet (meer) zo vaak voor dat men een voorlopige voorziening vraagt zonder ook de bodemzaak aanhangig gemaakt te hebben, doordat de rechtsmiddelverwijzing op het bestreden besluit voldoende duidelijkheid verschaft. Marseille en Oldenzell 1997 constateerden dat die rechtsmiddelverwijzing in een aantal gevallen de bron was waaruit men van de voorlopige voorzieningsmogelijkheid wist (p. 247). Zij bevelen aan dat bestuursorganen verplicht worden de mogelijkheid tot het verzoeken van een voorlopige voorziening in de rechtsmiddelverwijzing te vermelden (p. 253).

221. Bots 1995, p. 31; Damen e.a. 2002, p. 263, Rn 807; De Poorter 2006, p. 14. T. Damsteegt schrijft in Allevijn e.a. 1999, p. 880: 'Is er geen bodemprocedure aanhangig dan zal verzoeker in zijn verzoek niet ontvankelijk worden verklaard', met verwijzing naar Pres. Rb. Utrecht 12 maart 1998, Awb-katern 1998, 41.

222. Daalder & Heinrich 2005, p. 45; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 645, en Schreuder-Vlasblom 2006, p. 261, schrijven dat ten tijde van de uitspraak moet zijn voldaan aan de connexiteitseis, onder verwijzing naar dezelfde uitspraak (Pres. CRvB 11 juli 1994, RSV 1995, 17).

223. Pres. CRvB 11 juli 1994, RSV 1995, 17. Het betrof overigens een zaak waarin niet de vraag wanneer de hoofdzaak precies aanhangig gemaakt diende te zijn gemaakt aan de orde was, maar de vraag of nog een voorlopige voorziening kon worden uitgesproken nadat het hoger beroep was ingetrokken. Schreuder-Vlasblom verwijst daarnaast naar Vzr. CRvB 17 januari 2003, KG 2003, 70 (met identieke casus, en identieke overweging).

doordat er vóór de zitting van de zijde van de rechtbank contact wordt opgenomen met de verzoeker om te wijzen op het vereiste dat de hoofdzaak aanhangig is. Als pas ter zitting aan het licht komt dat de hoofdzaak niet aanhangig is, dan kan dat vaak via het alsnog indienen van een pro forma bezwaar of beroep worden opgelost. Dat is niet alleen maar klantvriendelijk: men zou kunnen stellen dat het onder de geldende Awb-regels al zo is dat een verzoek om voorlopige voorziening van een verzoeker die gerechtigd is tot het aanhangig maken van de hoofdzaak niet niet-ontvankelijk verklaard mag worden om de reden dat geen hoofdzaak aanhangig is gemaakt, zonder dat de verzoeker in de gelegenheid is gesteld dit alsnog te doen. Het vierde lid van artikel 8:81 verklaart immers onder andere artikel 6:6 Awb van overeenkomstige toepassing. Artikel 6:6 Awb is de bepaling die verplicht tot het bieden van gelegenheid tot herstel van procedurele verzuimen.²²⁴ Kortom, het lijkt er op dat het connexiteitsvereiste niet problematisch is voor verzoekers die het recht hebben om de hoofdzaak (alsnog) aanhangig te maken.

Een volgende vraag is of dat anders ligt voor iemand die de hoofdzaak niet aanhangig kan maken, omdat hij daartoe niet (meer) gerechtigd is of bij de beslissing in de hoofdzaak geen procesbelang heeft. Een dergelijke situatie hoeft niet altijd een probleem op te leveren. Bijvoorbeeld in een type casus zoals die van de al genoemde zaak waarin de President van de CRvB op 11 juli 1994 besliste (RSV 1995, 17): de President achtte het verzoek niet-ontvankelijk, omdat het (door het uitvoeringsorgaan ingestelde) hoger beroep werd ingetrokken. Een probleem ligt daar dan niet. Want weliswaar is een niet-ontvankelijkverklaring altijd katterig, maar de verzoeker – die zelf geen hoger beroep had ingesteld – heeft dan qua resultaat toch bereikt waar hij kennelijk vrede mee had.

Maar in andere casus ligt dat anders. Dat is bijvoorbeeld zo, als een vergunning een wachtermijn kent die langer duurt dan het moment waarop de vergunning gebruikt zou moeten worden, en het bestuur niet bevoegd is te bepalen dat wachtermijn in het betreffende geval terzijde gesteld wordt. De Poorter noemt een dergelijk (uitzonderlijk) geval.²²⁵

Aan de Stichting Circuit van Drenthe was op basis van de Natuurbeschermingswet een vergunning verleend voor het houden van het zogenaamde 'Truckstarfestival'. Tegen de vergunning werd bezwaar gemaakt. Die bezwaren werden verworpen. De Natuurbeschermingswet kende echter een (inmiddels, per 1 oktober 2005, vervallen) bepaling die inhield dat de werking van de vergunning gedurende de beroepstermijn werd opgeschort. Het festival voor 2005 was gepland in een periode dat de beroepstermijn nog liep, en dus dreigde de situatie te ontstaan dat de stichting geen gebruik zou kunnen

224. Overigens is zelfs uit de Arob-periode nog wel een enkele van een deformaliseringsgedachte getuigende uitspraak bekend. Zie Vz. ARvS 6 april 1990, Gst. 1991, 6926, 6 m.nt. M.M. Bense. De Voorzitter vatte het verzoek om voorlopige voorziening zo op dat het tevens beoogde beroepsschrift te zijn en zond het door om als bezwaarschrift te worden behandeld.

225. ABRvS 8 juli 2005, nr. 200505158/1 ('Truckstarfestival'), AB 2006, 66 m.nt. BdeW. De Poorter 2006, p. 15. Hij noemt ook het al lang bekende, maar nog niet opgeloste probleem van de belanghebbende die in een vorm van administratief beroep niet beroepsgerechtigd is, en dus voor het aanhangig maken van de zaak ervan afhankelijk is of een wél beroepsgerechtigde daartoe overgaat.

maken van de vergunning, ook al waren de bezwaren verworpen en hadden de bezwaardes (nog) geen beroep ingesteld. De stichting had nog vóórdat de beslissing op bezwaar werd genomen een voorlopige voorziening gevraagd. Enkele dagen na de beslissing op bezwaar stelde zij beroep in. Welbeschouwd had de stichting geen procesbelang bij de hoofdzaak, het beroep tegen de beslissing op bezwaar. Want met een vernietiging van het bestreden besluit zou de stichting niets opschieten. Toch was dat beroep nodig, om de weggefallen connexiteit te herstellen. De Voorzitter ging daarin mee en bepaalde dat het festival van 2005 doorgang mocht vinden. In een geval als dit zou het veel zuiverder geweest zijn als de vergunninghouder niet verplicht was een bodemgeschil aanhangig te maken tegen een beslissing waar hij zich geheel mee kon verenigen. In het Duitse recht zou dit zeker mogelijk zijn geweest.²²⁶ Ik sluit niet uit dat het in het Franse recht ook mogelijk zou zijn geweest. Dat is zeker het geval als een *référé-liberté* mogelijk is, maar ook als men is aangewezen op een *référé-suspension* is het niet uitgesloten, omdat soepel omgegaan schijnt te worden met de eis dat een hoofdzaak aanhangig is.²²⁷

Het probleem dat de vergunning nog opgeschort is op het moment dat deze gebruikt zou moeten worden, kan zich in Nederland ook voordoen onder andere regimes die een opschortende werking (of een kale wachttermijn) kennen. In veel gevallen heeft het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen dan de bevoegdheid te bepalen dat het besluit toch alvast in werking treedt (zoals in het geval van een aantal kapvergunningstelsels). Een dergelijke bevoegdheid kende de Natuurbeschermingswet niet. Wets-technisch is het 'gat' in de rechtsbescherming gedicht, als een dergelijke bevoegdheid wél bestaat. Het is dan aan degenen die de vergunning willen bestrijden om (snel) in actie te komen. Maar vanuit rechtsstatelijk oogpunt levert het een minder fraai resultaat op: het is dan niet gegarandeerd dat degenen die de vergunning willen aanvechten het oordeel van de onafhankelijke rechter kunnen verkrijgen voordat de vergunning wordt gebruikt. Het zou dus beter zijn als voor een geval als dit niet de eis bestond dat de hoofdzaak aanhangig is.

Een ander connexiteitsprobleem doet zich voor als de zaak die aanhangig is niet wordt beschouwd als een 'beroep bij de rechtbank' (of een daaraan voorafgaand bezwaar of administratief beroep), in de zin van het eerste lid van artikel 8:81 Awb. Zo kan hangende verzet geen voorlopige voorziening gevraagd worden.²²⁸ Tijdens een herzieningsverzoek kan dit wel.²²⁹

Een en ander leidt mij tot de conclusie dat het connexiteitsvereiste als procestechnisch vereiste in het algemeen geen grote problemen oplevert. Wel werden twee kleinere problemen signaleerd. Het eerste is dat uit de Awb niet duidelijk blijkt op welk moment de hoofdzaak precies aanhangig gemaakt moet zijn. En het tweede is een probleem dat zich zelden voordoet, maar dat wel vervelend is als het zich voordoet:

226. Vgl. § 80 Abs 5 VwGO, zie hiervoor, par. 3.3.3.

227. Vgl. hiervoor, par. 2.3.3.

228. Marseille & Oldenziel 1997, p. 251 en p. 254.

229. Vgl. Vz. ABRvS 4 augustus 2000, AB 2000, 351 m.nt. AvH en Pres. CRvB 3 december 1998, JB 1999/31 m.nt. EvdL.

sommige belanghebbenden hebben geen recht de hoofdzaak aanhangig te maken, terwijl zij toch belang kunnen hebben bij het vragen van voorlopige voorziening. Enige verduidelijking en versoepeling van de procestechnische eis van connexiteit met een hoofdzaak verdient daarom aanbeveling. Die versoepeling zou niet zo ver moeten gaan dat de band met de competentie van de bestuursrechter wordt doorgesneden.²³⁰ Ik denk aan regeling waarbij het eerste lid van artikel 8:81 Awb ongewijzigd zou blijven, terwijl het tweede en derde lid van dat artikel zouden kunnen worden vervangen door leden met de volgende strekking:

2. Een verzoek om voorlopige voorziening kan worden gedaan door een belanghebbende bij het besluit in de hoofdzaak.
3. Indien de belanghebbende geen recht heeft tot het maken van bezwaar of het instellen van beroep kan een voorlopige voorziening als bedoeld in het eerste lid op diens verzoek ook worden getroffen zonder dat bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld.

4.3.4 Verplichte procesvertegenwoordiging

Het aandachtspunt van de verplichte procesvertegenwoordiging is opgenomen omdat zowel het Franse als het Duitse bestuursprocesrecht voor een aantal procedures verplichte procesvertegenwoordiging kent. In Frankrijk is in de voorlopige voorzieningenprocedures meestal géén sprake van een dergelijke verplichting. In Duitsland ook niet, in eerste aanleg, maar wél als het gaat om het ‘hoger beroep’ tegen voorlopige voorzieningsuitspraken. En verder geldt in Duitsland verplichte procesvertegenwoordiging in verloffprocedures. Omdat van tijd tot tijd ook in Nederland de gedachte aan een dergelijke verplichting opkomt, soms juist voor een hoger beroep,²³¹ kunnen de buitenlandse ervaringen wel relevant zijn. Dat geldt ook voor het geval in Nederland een vorm van een verlofstelsel zou worden overwogen.²³² Dan zou ook nog eens gekeken kunnen worden hoe in Frankrijk en Duitsland is omschreven welke deskundigen als procesvertegenwoordiger kunnen optreden. In beide landen is het zo geregeld dat het niet altijd hoeft te gaan om advocaten.

4.3.5 Rechtsmiddelen

In Frankrijk bestaat met betrekking tot de voorlopige voorzieningen een stelsel van rechtsmiddelen dat niet heel sterk afwijkt van dat in de hoofdzaken. In de recente periode van ingrijpende vernieuwingen aan de voorlopige voorzieningsprocedures kwam de aantrekkelijke kant daarvan sterk naar voren. Er was sprake van richtinggevende rechtspraak door één hoogste rechter, de Conseil d’Etat.

230. Daarnaast laat ik, zoals hiervoor al gezegd, principiële ontkoppeling van de hoofdzaak buiten beschouwing, omdat bespreking van de implicaties van een dergelijke ontkoppeling het bestek van de onderhavige studie te buiten zouden gaan.

231. Zie Koopman 2003 en De Waard 2003.

232. Zie ook hierna, de volgende subparagraaf.

In Duitsland ontbreekt dat. Weliswaar geldt in voorlopige rechtsbeschermingszaken als regel dat voorziening gevraagd kan worden tegen beslissingen van de eerste rechter, maar er is geen mogelijkheid van (cassatie)beroep bij het BVerwG. Er zijn tamelijk veel vragen waarover divergerende rechtspraak bestaat. Die vragen zijn soms van vrij technische aard, maar daarom niet minder belangrijk voor de praktijk. Zoals de vraag naar de begrenzingen van het begrip 'Abgaben und Kosten' uit § 80 Abs 2, Nr. 1. De functie van richtingaangever in principiële kwesties wordt enigszins overgenomen door het Bundesverfassungsgericht.

Niettemin is de hoofdregel ook in Duitsland dat er een hogere voorziening bestaat tegen uitspraken op verzoeken om voorlopige voorzieningen. Als het nodig is kan dat heel snel. De president van het Verwaltungsgericht in Osnabrück gaf mij het voorbeeld van een rechts-radical groepering die in een openbare gelegenheid een oudejaarsavond-festiviteit wilde houden. Het feest werd verboden. Op 30 december 's morgens kwam het verzoek om voorlopige voorziening bij het Verwaltungsgericht binnen. 's Middags gaf de president zijn oordeel. Direct daarop werd het Oberverwaltungsgericht benaderd met bezwaren. De hoger beroepsrechter besliste dezelfde avond om 21.30 uur.

Dit is een voorbeeld van een geval waarin extreme haast nodig was. Maar er zijn meer zaken waarin de uitspraak van de voorzieningenrechter *de facto* definitief kan zijn, doordat de tijd verstrijkt, en een uitspraak in de hoofdzaak na een bepaald moment geen praktische betekenis meer kan hebben.²³³

In Nederland ontbreken rechtsmiddelen tegen beslissingen op verzoeken om voorlopige voorziening (daargelaten de gevallen waarin door de voorzieningenrechter tevens in de hoofdzaak werd beslist). In uitzonderlijke gevallen ziet de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding een doorbreking van het appèlverbod toe te staan. Een voorbeeld is een vreemdelingenzaak waarin de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank er toe leidde dat de betreffende vreemdeling hangende de procedure rechtmatig verblijf had, en om die reden uit vreemdelingenbewaring zou moeten worden vrijgelaten. Dat was in casu des te ongelukkiger, nu het een persoon betrof tegen wie onderzoek gaande was in verband met mogelijke terroristische activiteiten.²³⁴

De vraag is dan ook opportuun of er reden is om een vorm van hoger beroep tegen uitspraken op verzoeken om voorlopige voorziening mogelijk te maken. De Evaluatiecommissie Awb II, de Commissie Boukema, heeft de regering in overweging gegeven in nader onderzoek aandacht te besteden aan het ontbreken van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen uitspraken inzake voorlopige voorzieningen.²³⁵ Het kabinet wilde die aanbeveling echter niet overnemen. Volgens de ministers zal een dergelijke mogelijkheid een procedure bij de bestuursrechter onnodig compliceren, doordat er een tweetal procedures, over eenzelfde besluit, naast elkaar kan worden gevoerd. Daarnaast verwacht het kabinet door het openstellen van deze mogelijkheid een stijging van het aantal te behandelen zaken en wijst

233. Daalder en Heinrich 2005 noemen dit type voorbeelden, en nog enkele andere, p. 51-52.

234. Vz. ABRvS 19 november 2004, JV 2005, 27 m.nt. TS; ABRvS 11 februari 2005, AB 2005, 181 m.nt. BdeW; JB 2005/99 m.nt. A.M.L. J.

235. Cie. Boukema, p. 5.

het kabinet op de mogelijkheid om opheffing of wijziging van de voorlopige voorziening te vragen (of zelfs ambtshalve uit te spreken).²³⁶

Wat die mogelijkheid tot het vragen van opheffing of wijziging betreft, moet worden opgemerkt dat die weg niet altijd zuiver is en bovendien niet in alle gevallen uitkomst biedt. Die weg is niet zuiver als zich in de zaak na de beslissing van de voorzieningenrechter geen nieuwe feiten hebben voorgedaan en ook geen feiten of omstandigheden aan het licht zijn getreden die eerder bij partijen en de voorzieningenrechter niet bekend waren. In veel gevallen waarin behoefte bestaat aan een hoger beroep zijn geen nieuwe gegevens aan de orde, maar is een van partijen het gewoon niet met die beslissing eens. Ook kan het voorkomen dat de voorzieningenrechter zich wellicht niet ten volle heeft gerealiseerd welke de consequenties van de uitgesproken voorzieningsbeslissing zouden kunnen zijn.²³⁷ Daarnaast biedt het vragen van wijziging ook geen oplossing in het door Simons genoemde geval, dat een voorzieningenrechter onbevoegd uitspraak heeft gedaan. Want die rechter is dan evenmin bevoegd tot het nemen van een beslissing tot opheffing of wijziging.²³⁸

Van de drie door de ministers genoemde bezwaren lijkt mij de te verwachten toename van het aantal te behandelen zaken het ernstigste bezwaar. Procedurele complicaties kunnen zich wel voordoen,²³⁹ maar men klaagt er in Frankrijk en Duitsland niet over. Bedacht moet worden dat de afwikkeling snel zou moeten kunnen worden gedaan. Dat vermindert de complicaties, maar legt natuurlijk wel beslag op capaciteit van rechterlijke en bestuurlijke instanties.

Er lijken (afgezien van: niets veranderen) dan ook drie opties voorhanden:

- a. overlaten aan de rechtspraak, in het kader van de doorbrekingsjurisprudentie;
- b. openstellen van hoger beroep, wettelijk te regelen; en
- c. beperkt openstellen van hoger beroep, eveneens: wettelijk te regelen.

Ad a. Twee belangrijke nadelen van deze optie springen in het oog. In de eerste plaats is dat de omstandigheid dat er geen wettelijke basis voor deze mogelijkheid bestaat. Dat betekent, naast het principiële bezwaar dat de rechter zich dan een bevoegdheid aanmeet, dat die mogelijkheid alleen bekend is bij ingewijde professionals. Een praktisch bezwaar dat voortvloeit uit de omstandigheid dat een en ander niet wordt bestreken door een wettelijke regeling is, dat niet is geregeld hoe de gang van de procedure moet zijn. In de eerder besproken casus leidde dit ertoe dat de voorzitter van de Afdeling zich bevoegd achtte, en dat daarna door de Afdeling zelf nog uitspraak werd gedaan in het geschil in de 'hoofdzaak': namelijk het hoger beroep tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank. Dat is wel erg dubbelop.

236. Aldus de brief in het kader van 'Rechtsstaat en Rechtsorde', d.d. 19 juli 2004, Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 16, p. 11.

237. Vgl. de zojuist besproken casus van ABRvS 11 februari 2005, AB 2005, 181 m.nt. BdeW.

238. Simons 2005, p. 59.

239. En dan waarschijnlijk niet zozeer als inderdaad, zoals de ministers het zeggen, twee procedures tegen hetzelfde besluit lopen, maar als het bestuur het bestreden besluit intussen gaat wijzigen.

In de tweede plaats geldt de doorbrekingsjurisprudentie alleen voor zaken waarin – kort gezegd – beginselen van behoorlijke rechtspleging (vgl. art. 6 EVRM) geschonden zijn. Dat helpt soms wel. Maar niet voor alle gevallen waarin dringende behoefte bestaat een herbeoordeling van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank. Stel bijvoorbeeld, dat in de genoemde vreemdelingenzaak de voorzieningenrechter van de rechtbank niet de beginselen zoals neergelegd in artikel 6 EVRM geschonden zou hebben, maar wel de ongewenstverklaring zou hebben geschorst (mogelijk zonder zich bewust te zijn geweest van de effecten voor de vreemdelingenbewaring). En het helpt ook niet ingeval de voorzieningenrechter onbevoegd uitspraak heeft gedaan.²⁴⁰

Ad b. Tegen het zonder meer algemeen openstellen van hoger beroep wordt meestal een aantal bezwaren genoemd, waarvan, zoals zojuist betoogd, het bezwaar dat het aantal te behandelen zaken ongetwijfeld zal toenemen waarschijnlijk het ernstigste bezwaar vormt. De wetgever zou ervoor kunnen kiezen dit nadeel voor lief te nemen.

Daarbij zou het rechtseenheidsargument gewicht in de schaal kunnen leggen; zelfs voor een land als Nederland, waar vier of vijf verschillende hoogste bestuursrechters voor rechtseenheid moeten zorgen. Het beslissen in voorlopige voorzieningszaken mag dan in veel gevallen een tamelijk casuïstisch karakter hebben, er kunnen ook belangrijke vragen van rechtseenheid of eenheid van rechterlijk beleid rijzen. Het Franse voorbeeld – waar een duidelijke rechtseenheidsinstantie figureert – heeft dat in positieve zin laten zien. In Duitsland daarentegen leidt de omstandigheid dat de hoogste rechterlijke instantie, het Bundesverwaltungsgericht, in voorlopige voorzieningszaken niet als ‘cassatierechter’ fungeert (en ook overigens slechts zelden voorlopige voorzieningsbeslissingen neemt) er toe, dat in de commentaren over veel kwesties verwezen moet worden naar uiteenlopende rechtspraak van Oberverwaltungsgerichte.

Ad c. Een beperkte openstelling op basis van een wettelijke grondslag lijkt mij voor Nederland voorsnog het meest aantrekkelijk. Een wettelijke regeling met die strekking zou dan wat mij betreft een ruimer bereik moeten hebben dan alleen de gevallen waarin artikel 6 EVRM dan wel beginselen van behoorlijke rechtspleging geschonden zijn (zoals hiervoor betoogd, zie Ad a).

Men zou kunnen trachten een formulering te vinden die alle gevallen waarin een reële behoefte aan een hoger voorziening bestaat kan dekken. Als die formulering te eng bemeten is blijft de regeling onbevredigend, en als de formulering te ruim is dan levert de beperking nauwelijks winst op ten opzichte van het algemeen openstellen van hoger beroep. Daarbij komt, dat een beperkende formule, hoe men die ook kiest, zal meebrengen dat er veel tijd en energie zal moeten worden gestoken in strijd over de grenzen van die formulering. Mij lijkt daarom dat de beperking beter gezocht zou kunnen worden in het in stand laten van het ‘appèlverbod’, maar dat een opening wordt gecreëerd in de vorm van een *verlofsysteem*, met een tamelijk open rechterlijke toets. Het uitgangspunt blijft dan dat verbod alleen bij hoge uitzondering kan worden

240. Zie hiervoor, bij noot 238.

doorbroken. Hovens heeft voor het civiele recht voorgesteld om de rechtsmiddelenverboden in de materiële wetgeving te vervangen door een verlofsysteem.²⁴¹

‘De partij die bezwaren heeft tegen een beslissing van de kantonrechter kan de appèlrechter verzoeken appèl te mogen instellen onder – eventueel summiere – vermelding van de gronden daarvoor. Dit kan binnen redelijk korte termijn. Aan de hand van dat verzoek kan de appèlrechter – eventueel enkelvoudig – beoordelen of er redenen zijn het verlot te geven. Weigert hij dat, dan is daarmee de zaak ten einde.’

Een dergelijk systeem komt mij heel aantrekkelijk voor.

Om aantal en aard van de ingestelde verzoeken om verlof in de hand te houden en de kwaliteit te bevorderen zou nog overwogen kunnen worden om te bepalen dat de verzoeken alleen kunnen worden ingediend door juridisch deskundigen die bevoegd zijn om op te treden als procesvertegenwoordiger (zie hiervoor, par. 4.3.4).

4.4 Criteria

Er moet een dringende aanleiding zijn voor het vragen van een voorlopige voorziening, ter voorkoming van voldongen feiten; en er mag worden vooruitgekeken naar de uitkomst in de hoofdzaak. In zowel Frankrijk als Duitsland lijkt dat voorlopig rechtmatigheidsoordeel zelfs nog belangrijker dan in Nederland. In beide landen worstelen praktijk en leer (net als in Nederland)²⁴² enigszins met de vraag hoe die twee benaderingswijzen in elkaar gepast moeten worden. De Duitse benadering lijkt wat meer op de Nederlandse, in de zin dat erkend wordt dat er een wisselwerking tussen beide bestaat: hoe duidelijker de onrechtmatigheid, des te groter het belang dat onherstelbaar nadeel wordt voorkomen. In Frankrijk lijkt men zich – mede op basis van de formulering van de wettelijke voorschriften – formeel op het standpunt te stellen dat met betrekking tot de spoed-référé’s sprake is van twee afzonderlijke criteria, en dat aan beide voldaan dient te zijn. In de rechtspraak blijkt een dergelijke scheiding echter niet altijd vol te houden.

Zoals al in de introductie (hiervoor, hoofdstuk 1) is aangekondigd, is het moeilijk om een betrouwbare indruk te geven van de mate waarin de rechter bereid is tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Op basis van de globale uitgangspunten in de beide onderzochte rechtstelsels verwacht men dat de Duitse voorlopige voorzieningenrechter eerder over zal gaan tot schorsing of voorlopige maatregelen dan de Franse.²⁴³ Immers, in Frankrijk bestaat traditioneel het uitgangspunt dat grote rechterlijke terughoudendheid past, voorzover ingrijpen in de uitvoering van bestuursbesluiten al toelaatbaar moet worden geacht, terwijl in Duitsland traditioneel de

241. F.J.H. Hovens, Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken (diss. Tilburg), 2005, p. 304, Rn 403.

242. Zie voor Nederland Simons 2005, par. 4.1, met een beschrijving van de door Simons voorgestane aanpak vanaf p. 66.

243. Zie ook Bok 1999, p. 156 e.v.

nadruk wordt gelegd op de bescherming van individuele rechten (geen onherroepelijke ingreep zonder mogelijkheid van rechterlijke toetsing). Wat Frankrijk betreft kan worden gezegd dat de wijzigingen die per 1 januari 2001 zijn ingevoerd belangrijke versoepelingen hebben bewerkstelligd in de criteria die vervuld moeten zijn voor het verkrijgen van een voorlopige spoedvoorziening. Daar staat tegenover dat de Conseil d'Etat blijft benadrukken dat ook als een besluit duidelijk onrechtmatig is en de verzoeker een spoedbelang heeft, het algemeen belang zich tegen het opleggen van een schorsing kan verzetten. Wat Duitsland betreft moet worden opgemerkt dat aandacht voor bescherming van rechtsposities niet altijd leidt tot grote bereidheid tot het uitspreken van voorlopige voorzieningen. In meerpartijen-geschillen biedt de rechtsbeschermingsoptiek niet bij voorbaat een handvat. Zoals in bouwzaken, waar de wetgever ervoor heeft gekozen dat het instellen van rechtsmiddelen géén opschortende werking heeft. Het is juist in die geschillen dat de rechter in 'het algemeen belang' en in 'de wil van de wetgever' (die kennelijk voorrang heeft willen geven aan de belangen die de bouwer vertegenwoordigt) een factor ziet die pleit tegen het nemen van conserverende maatregelen.

4.5 De mogelijke voorzieningen

4.5.1 Voorlopig karakter

In beide onderzochte stelsels heeft de voorlopige voorzieningenrechter niet alleen de mogelijkheid om besluiten te schorsen, maar ook om andere voorlopige maatregelen te treffen. De aard van die maatregelen lijkt sterk op de maatregelen die ook de Nederlandse voorlopige voorzieningenrechter kan opleggen.

Uit een oogpunt van vergelijking is wellicht het meest interessante punt aan de normatieve begrenzing van de voorlopige voorzieningen, dat zowel in Duitsland als in Frankrijk in jurisprudentie en literatuur wordt benadrukt dat voorlopige voorzieningen niet mogen neerkomen op een beslissing in de hoofdzaak. Dat is ook in Nederland het uitgangspunt, en de worsteling met gevallen waarin het niet mogelijk is bescherming te bieden zonder *de facto* vooruit te lopen op de beslissing in de hoofdzaak is dezelfde. Maar de uitkomst van die worsteling is dat niet helemaal. In Duitsland is het verbod om vooruit te lopen op de hoofdzaak vergaand gerelativeerd, evenals in Nederland. In Frankrijk is dat eveneens het geval, maar in ieder geval voor een bepaalde belangrijke categorie gevallen blijft het verbod vooralsnog in de weg staan aan toewijzing van een voorlopige voorziening, namelijk gevallen waarin inzage in een document is geweigerd.

4.5.2 Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?

De Duitse leer stemt overeen met de in Nederland geldende opvatting, dat de rechter bij voorlopige voorziening geen maatregelen mag opleggen aan 'derden', particulie-

ren, zoals de houder van een geschorste vergunning.²⁴⁴ In Frankrijk vindt men het echter heel gewoon dat dit wel mag en in de praktijk ook veel gebeurt, inclusief oplegging van een dwangsom waar dat nodig lijkt. Het scheelt de omweg via het bestuur,²⁴⁵ die in Nederland en Duitsland nodig is als de 'derde' (bijvoorbeeld een vergunninghouder) zich niet naar de gevolgen van de voorlopige voorzieningsuitspraak wenst te richten.

Is die Franse aanpak ook iets voor Nederland? Het is begrijpelijk als men tegenstander is van een bevoegdheid voor de rechter om in het kader van een spoedprocedure maatregelen tegen de vergunninghouder te treffen die mogelijk nog een bestuurlijke keuze vergen, zoals bijvoorbeeld over de vraag of aan een vergunninghouder een plicht opgelegd moet worden tot herstel in de vorige toestand; en, zo ja, in hoeverre, of op welke wijze dat dient te geschieden. Maar, is het Nederlandse recht hier wellicht te rigide? Een processuele derde, zoals de houder van een vergunning waarvan de schorsing is verzocht, moet worden uitgenodigd om als partij deel te nemen aan het geding. Als wij – net als in Duitsland – aanvaarden dat een rechterlijke schorsing kan ingrijpen in de rechten en plichten van een vergunninghouder, doordat deze de vergunning niet meer mag gebruiken, waarom aanvaarden wij dan niet dat in dezelfde rechterlijke beslissing aanvullende, conserverende, maatregelen jegens de vergunninghouder worden getroffen; zoals versterking van de schorsing door oplegging van een dwangsom?

4.6 Conclusies

Uitgangspunten

Frankrijk en Duitsland kennen veel meer verschillende vormen van bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningenprocedures dan Nederland. Voor een deel hangt dat samen met de grotere diversiteit aan acties in hoofdzaken, voor een ander deel vallen die verschillen onder de noemer 'historisch verklaarbaar'. In ieder geval is die diversiteit niet iets om jaloers op te zijn (par. 4.2.1).

Zou het instellen van een rechtsmiddel tegen een bestuursbeslissing opschortende werking moeten hebben?

In Duitsland is de hoofdregel dat het instellen van een rechtsmiddel tegen een bestuursbesluit opschortende werking heeft. In Frankrijk geldt de omgekeerde hoofdregel, net als in Nederland. Het verdient aanbeveling de in Nederland geldende hoofdregel te handhaven.

Zoals er in Duitsland uitzonderingen bestaan op de daar geldende hoofdregel, bestaan er in Nederland uitzonderingen op de Nederlandse hoofdregel. Voor die uitzonderingen in Nederland is plaats als de effecten van onmiddellijke uitvoering

244. Bijv. reeds Vz. ARRvS 7 januari 1977, tB/S VII, p. 19. Praktijkboek Bestuursrecht (Deventer: Kluwer, losbladig), XI, p. 434. De auteur van het betreffende onderdeel, J.L. Verbeek, noemt Pres. Rb. Utrecht 10 november 1994, KG 1995, 27 als voorbeeld van een voorziening die 'via' het bestuursorgaan liep.

245. Of via een civielrechtelijk kort geding van een derde tegen de houder van een geschorste vergunning.

ingrijpend en moeilijk te herstellen zijn, en die uitvoering bovendien zó snel gedaan kan worden dat het risico dreigt dat men voor voldongen feiten komt te staan zonder dat er gelegenheid is geweest de onafhankelijke rechter om een voorlopige voorziening te vragen.

Wat betreft de bestaande regelingen die een wachttermijn kennen voordat een genomen besluit in werking treedt, is de diversiteit aan technieken waarmee de wachttermijn wordt gecreëerd opvallend. In het voorgaande is onderscheid gemaakt tussen drie typen van dergelijke technieken:

- 1^e nog geen werking gedurende een bepaalde, vaste termijn ('kale wachttermijn');
- 2^e opschorting gedurende de gehele termijn van bezwaar of beroep;
- 3^e opschorting zolang de voorlopige voorzieningenrechter niet heeft gesproken.

Het eerste type kent een 'kale wachttermijn', bij de andere twee is de wachttermijn expliciet gekoppeld aan het vragen van een voorziening tegen het besluit. Voor het onderscheid tussen de laatste twee typen is bepalend of de opschortende werking geldt voor de gehele periode dat een rechtsmiddel aanhangig is, dan wel alleen (gedurende de bezwaar- of beroepstermijn en) totdat de voorzieningenrechter zich heeft uitgesproken. Voor het geval rechtsbeschermingsoverwegingen bepalend zijn voor het opnemen van een wachttermijn is in het voorgaande een voorkeur uitgesproken voor regelingen van het laatste type. Dat wil zeggen, voor het type waarin de opschorting alleen geldt zolang nog geen oordeel van de voorzieningenrechter is verkregen. Dat lijkt de beste regel, omdat de opschorting dan niet onnodig lang duurt. Men denke aan die gevallen waarin de belangen die degene die het besluit aanvecht heeft bij uitgestelde werking niet zwaarwichtig zijn, en/of de in het bezwaar of beroep aangevoerde gronden niet steekhoudend zijn. De begunstigde van het opgeschorte besluit zou de voorzieningenrechter dan om voorlopige inwerkingtreding kunnen vragen, maar het lijkt in het algemeen redelijker om het initiatief tot het vragen van een voorlopige voorziening te leggen bij degene die het besluit aanvecht, in plaats van bij de begunstigde van het besluit of bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (par. 4.2.2).

Zou het vragen van een voorlopige voorziening automatisch opschortende werking moeten hebben?

Het lijkt niet nodig om te bepalen dat het enkele vragen van een voorlopige voorziening opschortende werking heeft, buiten de zojuist besproken gevallen waarvoor een bijzonder opschortingsregime op zijn plaats is (par. 4.2.3).

Zou het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de eerste bestuursrechter schorsende werking moeten hebben?

Het is, zoals gezegd, niet aan te bevelen dat een hoofdregel wordt ingevoerd die inhoudt dat het indienen van een bezwaar- of beroepschrift tegen een bestuursbesluit opschortende werking heeft. Maar voor het instellen van hoger beroep zou wél moeten gelden dat daardoor de werking van de uitspraak van de eerste rechter wordt geschorst. Daarvoor pleiten argumenten die bestempeld zouden kunnen worden als van min of meer academische aard (harmonisatie met civiel recht, strafrecht en belastingrecht; rechtsstatelijke gedachten). Er zijn echter ook goede praktische

gronden om te betogen dat een dergelijke regel in het algemeen de meest overzichtelijke en ook overigens de gunstigste resultaten oplevert. Op die praktische argumenten is het accent gelegd (in par. 4.2.4). Het ongelukkigste element van het bestaande systeem is, dat als een bestuursorgaan hoger beroep instelt, het desondanks gevolg dient te geven aan de uitspraak van de eerste rechter. Dat 'gevolg geven aan' is normaal gesproken geen passieve kwestie, maar moet gebeuren doordat het orgaan een nieuw besluit neemt. Als de uitspraak van de eerste rechter dwingt tot een inhoudelijk ander resultaat, dan is dat een besluit waar het orgaan kennelijk niet achter kan staan, terwijl de kans bestaat dat het orgaan in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld. Dat is voor de belanghebbenden verwarrend, en het doet afbreuk aan het gezag van bestuur én rechter, nog afgezien van de fouten en misverstanden die een en ander kan veroorzaken.

Zou het bestuur een expliciet wettelijke geregelde opschortingsbevoegdheid moeten krijgen?

Het Duitse recht kent een algemene wettelijke bevoegdheid voor bestuursorganen om te bepalen dat besluiten waarvan de werking is opgeschort toch uitgevoerd mogen worden en, omgekeerd – voor het geval de werking van een besluit door het instellen van een rechtsmiddel niet wordt opgeschort – om te bepalen dat de werking van besluit alsnog wordt opgeschort. Aan een dergelijke bestuursbevoegdheid kan behoefte bestaan voor de uitzonderingsgevallen waarvoor het instellen van bezwaar of beroep tegen een bestuursbesluit opschortende werking heeft (zie par. 4.2.2). Maar een algemene bepaling met dergelijke bevoegdheden lijkt niet aanbevelenswaardig. Het vergroot het aantal potentiële besluitvormingsmomenten en kan verwarring geven over tot wie men zich het beste kan richten: het bestuursorgaan of de voorlopige voorzieningenrechter (par. 4.2.5).

Zou méér gebruik gemaakt moeten worden van de mogelijkheid een zaak versneld te behandelen?

In sommige regelingen is bepaald dat geen voorlopige voorziening gevraagd kan worden, maar standaard een versnelde procedure gehanteerd dient te worden. Een meer algemeen terugdringen van mogelijkheden tot het vragen van voorlopige voorzieningen, ten gunste van de versnelde behandeling, is niet gewenst. Ook overigens is niet heel veel te verwachten van de mogelijkheid tot versnelde behandeling, als het gaat om alternatieven voor een voorlopige voorzieningsprocedure. De versnelde behandeling lijkt een instrument dat alleen voor bijzondere gevallen (de beste) uitkomst biedt (par. 4.2.6).

Kortsluiting

Wat de 'kortsluiting' betreft is vanuit een oogpunt van efficiency waarschijnlijk nog wel enige winst te behalen, als de mogelijkheid van kortsluiting wordt uitgebreid tot de bezwaarfase. Daarvan zou uiteraard een terughoudend gebruik gemaakt moeten worden, maar het kan onder omstandigheden een bekorting van de procedures opleveren (par. 4.2.7).

Alleensprekende rechter

In Nederland is de voorzieningenrechter een 'enkelvoudig college'. In Frankrijk geldt enkelvoudige behandeling wel als uitgangspunt, maar kan naar een meervoudige

kamer worden verwezen, en dat gebeurt ook. In Duitsland is het wettelijke uitgangspunt omgekeerd aan dat van het Nederlandse, al worden in de praktijk de meeste verzoeken om voorlopige voorzieningen enkelvoudig afgedaan. De buitenlandse voorbeelden zijn wel aanleiding om te suggereren dat het beter zou zijn als ook in Nederland ten minste de – uitdrukkelijk erkende – mogelijkheid zou bestaan om meervoudig te oordelen over verzoeken om voorlopige voorzieningen (par. 4.3.1).

Connexiteit

Het Franse en Duitse bestuursrecht stellen de eis dat de hoofdzaak aanhangig dient te zijn in veel mindere mate dan het Nederlandse. Wat de procestechnische connexiteit in Nederland betreft, werd in paragraaf 4.3.3 de conclusie getrokken dat dit vereiste in het algemeen geen grote problemen oplevert. Wel werden twee kleinere problemen gesignaleerd: uit de Awb blijkt niet duidelijk op welk moment de hoofdzaak precies aanhangig gemaakt moet zijn; en in uitzonderlijke gevallen ontbreekt voor belanghebbenden de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen. Dat kan zich voordoen bij belanghebbenden die geen recht hebben de hoofdzaak aanhangig te maken. Dat kan het geval zijn als zij geen procesbelang hebben bij het aanhangig maken van de hoofdzaak of doordat het wettelijk beroepsrecht is beperkt (in administratief beroep). Enige verduidelijking en versoepeling van de procestechnische eis van connexiteit met een hoofdzaak verdient daarom aanbeveling (par. 4.3.3).

Rechtsmiddelen (eventueel met verplichte procesvertegenwoordiging)

In het voorgaande is verder gepleit voor het – in beperkte mate – wettelijk mogelijk maken van hoger beroep tegen uitspraken van de voorzieningenrechter. Daarbij zou een verlostelsel kunnen worden geïntroduceerd. Dat lijkt zuiverder en fraaier dan de thans bestaande buitenwettelijke mogelijkheid om in uitzonderlijke omstandigheden aan te sturen op doorbreking van het appèlverbod. Bedoelde wettelijk geregelde uitzondering op het appèlverbod zou hoger beroep ook buiten het geval dat beginselen van behoorlijke rechtspleging zijn geschonden mogelijk moeten maken (par. 4.3.5).

Criteria

Wat de criteria voor voorlopige voorzieningen betreft kan worden geconcludeerd dat zowel in het Franse als in het Duitse recht de voorzieningenrechter geacht wordt over de voorlopige voorziening heen te kijken naar de te verwachten uitkomst in de hoofdzaak. Met name het Franse recht lijkt strengere condities te behelzen dan het Nederlandse, om in te grijpen in de werking van een bestuursbesluit. Maar ook in het Duitse recht geldt dat, vanwege het belang van voorlopig rechtmatigheidsoordeel, de bereidheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen op de grond dat moeilijk te herstellen nadelen dreigen niet altijd zo groot is. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de bouwvergunning (die hoort tot de uitzonderingen op de hoofdregel dat het instellen van een rechtsmiddel opschortende werking heeft).

Voorlopig karakter van voorzieningen

Voorlopige voorzieningen dienen een voorlopig karakter te hebben. Dat is ook wat men in Frankrijk en Duitsland zegt. Maar, net als in Nederland, komt het in de

onderzochte landen regelmatig voor dat voorlopige voorzieningen *de facto* vooruitlopen op de beslissing in de hoofdzaak (par. 4.5.1).

Tegen wie kunnen de maatregelen zich richten?

Wat de vraag betreft of een voorziening zich ook mag richten tot een ander dan het bestuur (of de aanvrager van de voorziening) is opvallend, dat in Frankrijk voorzieningen mogelijk maakt tegen processuele derden (zoals degene die het bestuursbesluit in opdracht van het bestuur uitvoert, maar ook: de vergunninghouder). In het voorgaande is het standpunt ingenomen dat de Nederlandse (en Duitse) leer op dit punt te voorzichtig is. Bepleit is dat bijvoorbeeld aan een vergunninghouder een dwangsom opgelegd zou moeten kunnen worden ter versterking van een voorziening die inhoudt dat hij van de vergunning geen gebruik mag maken (par. 4.5.2).

Stellingen

1. Het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de eerste bestuursrechter zou schorsende werking dienen te hebben (par. 4.2.5).
2. Het verdient aanbeveling de bevoegdheid van de voorlopige voorzieningenrechter om in de hoofdzaak te voorzien uit te breiden tot de fase waarin een bezwaarschriftprocedure hangende is (par. 4.2.7).
3. Het zou een goed idee zijn als verzoeken om voorlopige voorziening, ter behandeling konden worden verwezen naar een meervoudige kamer (zulks op de voet van de regeling van artikel 8:10 Awb, maar in het midden gelaten of daarvoor een wijziging van de Awb nodig is of niet (par. 4.3.1)).
- 4.a. Hoger beroep tegen beslissingen op verzoeken om voorlopige voorziening zou bij expliciete wettelijke regeling mogelijk dienen te worden gemaakt.
- b. Het recht van hoger beroep dient beperkt te zijn tot uitzonderlijke gevallen.
- c. Ter toetsing of in een dergelijk uitzonderlijk geval een recht van hoger beroep bestaat zou het beste gebruik gemaakt kunnen worden van een verlofstelsel (par. 4.3.5).
5. Het zou mogelijk moeten zijn dat de voorzieningenrechter, als deze schorsing van een besluit uitspreekt, tevens een gebod of dwangsom oplegt (rechtstreeks) aan de begunstigde van het geschorste besluit (par. 4.5.2).

Literatuurlijst

Franstalige literatuur

AJDA	Actualité Juridique droit administratif
JCP	Jurisclasseur périodique (= La Semaine juridique)
RFDA	Revue française de droit administratif

J.-M. Auby & R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Parijs: Editions Litec 1992.

G. Bachelier, 'Le référé-liberté', RFDA 2002, p. 261-268.

Jean Barthélemy, 'Les référés non subordonnés à la condition d'urgence', RFDA 2002, p. 272-278.

C. Botoko-Claeysen, 'Le référé-liberté vu par les juges du fond. Analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs', AJDA 2002, p. 1046-1055.

Braibant/Stirn 2005

Guy Braibant & Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, Parijs: Presses de sciences PO et Dalloz, 7e éd., 2005.

P. Cassia 2003a

P. Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, Parijs: L.G.D.J. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) 2003.

P. Cassia 2003b

P. Cassia, 'Le référé-réexamen devant le juge administratif', JCP 2003, p. 1347-1352.

Paul Cassia, 'Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité', *Recueil Dalloz*, 2005, no. 18, p. 1182-1191 en 1252-1256.

Chabanol 2004

Daniel Chabanol, *Code de justice administrative. Annotations Commentaires Jurisprudence*, Parijs: Le Moniteur, 2e éd., 2004.

Chapus 2004

René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parijs: Montchrestien, 11e éd., 2004.

Debbasch/Ricci 2001

Charles Debbasch & Claude Ricci, *Contentieux administratif*, Parijs: Dalloz, 8e éd., 2001.

R. Denoix de Saint Marc, 'Les procédures d'urgence: premier bilan', AJDA 2002, p. 1.

Olivier Dugrip, 'Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme', RFDA 2002, p. 245-249.

- Pascale Fombeur, 'Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire. (Conclusions sur CE Sect. 12 octobre 2001, Société Produits Roche)', RFDA 2002, p. 315-324.
- Marjolaine Fouletier, 'La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives', RFDA 2000, p. 963-983.
- Christian Gabolde, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, Dalloz, 6e éd., 1997.
- Daniel Laboutelle, 'Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif', AJDA 1999, p. 79-80.
- D. Laboutelle, 'Le référé nouveau est arrivé', AJDA 2001, p. 211.
- Jean-Pierre Musso, 'L'administration face à la justice de l'urgence', AJDA 1999, p. 77-78.
- J. Trémeau, 'Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété', AJDA 2003, p. 653-658.
- R. Vandermeeren, 'La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif', AJDA 2000, p. 706-721.
- R. Vandermeeren, 'Le référé-suspension', RFDA 2002, p. 250-260.

Duitstalige literatuur

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Detterbeck 2005

Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, 2005.

Guckelberger 2001

Annette Guckelberger, 'Zulässigkeit und Anfechtbarkeit verwaltungsgerichtlicher Hängebeschlüsse', NVwZ 2001, p. 275-280.

Huber 2004

Huber, '§ 212a Abs 1 BauGB und die Auswirkungen auf den einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs 5 VwGO', NVwZ 2004, p. 915.

Hufen 2005

Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2005.

Kienemund 2002

Beate Kienemund, 'Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess', NJW 2002, p. 1231-1237.

Kirste 2001

Stephan Kirste, 'Rechtsschutz bei faktischer vollziehung', DÖV 2001, 397-406.

v. Komorowski 2003

Alexis v. Komorowski, 'Die Beiladung im Normenkontrollverfahren', NVwZ 2003, p. 1458-1463.

- Kopp/Schenke 2005
Ferdinand Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck, 14. Auflage, 2005.
- Loos 2001a
Claus Loos, 'Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 80 Abs 5, VwGO', JA 2001, p. 698-705.
- Loos 2001b
Claus Loos, 'Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: Das Verfahren nach § 123 VwGO', JA 2001, p. 871-877.
- Maurer 2004
Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2004.
- Proppe 2004
Günter Proppe, 'Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 Abs 5 VwGO', JA 2004, p. 324-328.
- Redeker 1991
Redeker, 'Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der VwGO-Novelle', NVwZ 1991, p. 526-531.
- Redeker/Von Oertzen 2004
Konrad Redeker, Hans-Joachim von Oertzen & Martin Redeker, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, Verlag W. Kohlhammer, 14. Auflage, 2004.
- Schenke 2004
Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 9. Auflage, 2004.
- Schoch 2001
Friedrich Schoch, 'Der Verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I): Aufschiebende Wirkung und Anordnung der sofortigen Vollziehung', Jura 2001, p. 671-680.
- Schoch 2002a
Friedrich Schoch, 'Der Verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II): Das gerichtliche Aussetzungsverfahren', Jura 2002, p. 37-47.
- Schoch 2002b
Friedrich Schoch, 'Der Verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung', Jura 2002, p. 318.
- Seibert, 'Änderungen der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts', NVwZ 2002, p. 265, 270f.
- Schmitt Glaeser 1997
Walter Schmitt Glaeser, m.m.v. Hans-Detlef Horn (oorspronkelijk in samenwerking met wijlen Oskar Tschira), *Verwaltungsprozeßrecht*, Boorberg Verlag, 14. Auflage, 1997.
- Tettinger/Wahrendorf 2005
Peter J. Tettinger/Volker Wahrendorf, *Verwaltungsprozeßrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage, 2005.
- Wolff/Decker 2005
Heinrich Amadeus Wolff/Andreas Decker, *VwGO/VwVfG Studienkommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2005.

Nederlandstalige literatuur

Gst.	De Gemeentestem
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

Allewijn e.a. 1999

D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt, P.J.J. van Buuren, J.W. IJssink, N.S.J. Koeman, M. Scheltema & B.J. Schueler (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

P.H. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Ten Berge e.a. 1996

J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bok 1999

A.J. Bok, 'Rechtsvergelijkende notities', in: Allewijn e.a. 1999, p. 135-178.

Bolt 1986

H. Bolt, *De voorlopige voorzieningsprocedure* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986.

Bots 1995

A.M.M.M. Bots, *Op weg naar een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding? De regeling van de voorlopige voorzieningsprocedure in de Awb en het vraagstuk van de verzelfstandiging* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995.

Commissie: zie Rapport

Daalder 2004

E.J. Daalder, 'Enkele gedachten bij tien jaar bestuurlijke voorlopige voorziening', *TCR* 2004, p. 49-55.

Daalder & Heinrich 2005

E.J. Daalder & J.P. Heinrich, 'De bestuursrechtelijke voorlopige voorziening: overzicht en enige ontwikkelingen', *JBplus* 2005, p. 43-55.

Damen e.a. 2002

L.J.A. Damen, H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolaï, B.J. Schueler & H.B. Winter, *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Hennekens 1992

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De gemeenteraad en de rechtsbescherming van de burger. Schorsing van besluiten nu en in de toekomst', *Gst.* 1992, 6941, p. 185-192.

Hennekens 1996

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Vernietiging door de administratieve rechter van een besluit: enkele knellende punten belicht', *Gst.* 1996, 7027, p. 125-133.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2e dr., 2002.

Koopman 2003

R.J. Koopman, 'Verplichte procesvertegenwoordiging? Hou er over op!', in: R.H. Happé, J. de Hullu, L.H.A.M. Kemperman-Boeren, A.J.C. de Moor-van Vugt & J.B.M. Vranken (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 155-161.

Lanckswaert 1993

E. Lanckswaert, *Het administratief kort geding*, Deurne: Kluwer rechtswetenschappen België 1993.

P.M. Langbroek, *Het bestuursrechtelijk kort geding*, Den Haag: VUGA 1996.

Marseille & Oldenziel 1997

A.T. Marseille & H. Oldenziel, 'De Awb als hoeder van het spoedeisend belang: het functioneren van de voorlopige-voorzieningsprocedure', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 245-255.

De Poorter 2006

J.C.A. de Poorter, 'De voorlopige voorzieningsprocedure: is een herbezinning vereist op de wettelijke regeling van de voorlopige rechtsbescherming?', *NTB* 2006, p. 12-20.

Rapport Commissie Boukema 2001

Commissie Evaluatie Awb, *Toepassing en effecten van de Awb 1997-2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Schreuder-Vlasblom 2006

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer, 2e dr., 2006.

Simons 2005

Th.G.M. Simons, 'De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening', *JBplus* 2005, p. 56-72.

Tak 2005

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Waard e.a. 1994

B.W.N. de Waard, P.M. Langbroek & M.S.E. Wulffraat-van Dijk, 'De voorlopige voorzieningsprocedure ingevolge de Awb', in: *De Algemene wet bestuursrecht nader beschouwd. Tien jaar Tijdschrift voor ambtenarenrecht*, Deventer: VUGA/Kluwer 1994, p. 69-77.

De Waard, Bok & Gilhuis 2001

B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Waard 2003

B.W.N. de Waard, 'Verplichte rechtsbijstand en het bestuursprocesrecht', in: R.H. Happé, J. de Hullu, L.H.A.M. Kemperman-Boeren, A.J.C. de Moor-van Vugt

& J.B.M. Vranken (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 163-169.

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005

H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male, Den Haag: Elsevier juridisch, 13e herz. dr., 2005.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. E.C. Drexhage (secretaris)
Mw. mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Mr. H.J.M. Havekes
Prof. dr. M. Herweijer
Mw. mr. M.G. Hordijk
Mr. B.C. Knieriem
Mw. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Mw. mr. W. den Ouden
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mw. mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Prof. mr. P.J. Wattel

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)

XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)

XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)

LXXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwettmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)

z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolai mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)