

Ashley Terlouw – Ashley Terlouw is hoogleraar Rechtssociologie aan de Radboud Universiteit en voorzitter van de redactie van dit blad¹.

Commentaar op Verburg en Weber over 91(2)-praktijk

Het 91(2)-beleid van de ABRvS blijft problematisch

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft meer openheid gegeven over het beleid voor het ongemotiveerd buiten zitting afwijzen van zaken. Dit beleid werd in het vorige nummer toegelicht door Verburg en Weber, respectievelijk staatsraad en jurist bij de ABRvS. Ashley Terlouw waardeert het vergrote inzicht dat zij geven maar heeft ook kritiek. Ze bespreekt de motiveringsplicht in individuele zaken en de openheid van de Raad van State over het eigen beleid. Ze concludeert onder meer: ‘de ABRvS stelt zonder de verschillende belangen zichtbaar tegen elkaar af te wegen efficiëntie boven procedurele rechtvaardigheid en het belang van een inzichtelijke motivering’

In het vorige nummer van dit blad hebben Verburg en Weber, respectievelijk staatsraad en jurist bij de Raad van State, het beleid van de ABRvS omtrent de toepassing van artikel 91 lid 2 Vw uiteengezet.² Dit beleid is ook terug te vinden in een aantal uitspraken van 15 januari 2020, waarin voorbeelden zijn te vinden van de toelichtende zinnen die Verburg en Weber in hun artikel noemen.³ Over deze Vreemdelingenkamer

Verheij in dit blad,⁴ in de uitspraken van 3 april 2019⁵ en in een bijeenkomst voor genodigden op 15 mei 2019.⁶ Het commentaar van die genodigden is reden geweest om het 91(2)-beleid verder uit te werken. Op 27 november 2019 vond een tweede bijeenkomst van de ABRvS over artikel 91 lid 2 Vw plaats, waar het nieuwe 92(2)-beleid is toegelicht en bediscussieerd.

1 Met dank aan Carolus Grütters voor zijn commentaar op een eerdere versie en zijn informatie over de cijfers.

2 Verburg en Weber, ‘De ramen van de Afdeling’, *A&MR* 2020 nr. 2, p. 63-67.

3 Het betreft de uitspraken van 15 januari 2020 met de zaaknummers 201908292/1, 202000049/1, 202000049/2, 201909349/1 en 201901369/1.

4 Bram van Melle en Karen Geertsema, interview met Nico Verheij, voorzitter vreemdelingenkamer Afdeling: ‘Het vreemdelingenrecht is een beetje een gesloten wereldje’, *A&MR* 2017/3, p. 113-117.

5 ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060, JV 2019/115 m.nt. Scheers en ECLI:NL:RVS:2019:1061, AB 2019/451 m.nt. Reneman.

6 Zie hieromtrent Julien Luscuere, ‘Over verbanningsoordelen en zaaksoverstijgende belangen. Praten met de ABRvS over ongemotiveerde 91-2 afdoening’, *A&MR* 2019-5, p. 204-209.

1. Verkorte weergave van het nieuwe 91(2)-beleid

In de kern wijzen Verburg en Weber erop dat de ABRvS geen feitenrechter is en van de wetgever de taak heeft gekregen om de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin te bewaken. Met art. 91(2) Vw heeft de wetgever de ABRvS daarom de mogelijkheid gegeven om zaken die niet de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin betreffen buiten zitting met een verkorte motivering af te doen. Dat is ook nodig gezien het grote aantal vreemdelingenzaken dat met een betrekkelijk gering aantal staatsraden moet worden afgedaan. Maar de ABRvS komt nu tegemoet aan de kritiek die er vanuit de praktijk op de 91(2) afdoeningen is gekomen (ook nog na de uitspraken van 3 april 2019, waarin die praktijk is toegelicht), door met verschillende modaliteiten van verkorte afdoeningen te gaan werken en te beschrijven hoe die modaliteiten moeten worden begrepen.

Naast overzichtsuitspraken en uitgeschreven uitspraken (de gewoon gemotiveerde varianten), zijn er vier varianten. Uitspraken, waarin de ABRvS:

- vanuit het belang van individuele rechtsbescherming en de controlefunctie van het hoger beroep één grief uitschrijft ter voorlichting van de rechtspraktijk;
- de zaak met toepassing van artikel 91, tweede lid, Vw met een verkorte standaardmotivering afdoet;
- als dat kan, met korte standaardzinnen aanvullend toelicht waarom zij een uitspraak met toepassing van artikel 91, tweede lid, Vw verkort afdoet;
- het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaart, bijvoorbeeld omdat de appellante onvoldoende duidelijk maakt waarom hij het niet eens is met de rechtbankuitspraak.

De variant genoemd bij het derde punt is het meest interessant. De ABRvS geeft met vijf voorbeelden van standaardzinnen, die ook in de verschillende uitspraken van 15 januari en in het artikel van Verburg en Weber zijn terug te vinden, inzicht in de aard van de (uiterst) korte motivering die bij deze uitspraken wordt gegeven.

Er is een wezenlijk verschil tussen openheid over rechterlijk beleid in het algemeen en openheid in een individuele zaak. Beide dragen bij aan het functioneren van de rechtsstaat. Met het artikel van Verburg en Weber geeft de ABRvS geen openheid in een individuele zaak over de redenen van de uitspraak maar openheid over waarom de ABRvS in individuele zaken soms juist niet motiveert of met een ultrakorte standaardmotivering volstaat.

De openheid over het eigen beleid is te prijzen. Daarmee geeft de ABRvS niet alleen inzicht in de betekenis van de verschillende 91(2) modaliteiten die zij hanteert maar laat zij ook zien open te staan voor kritiek. In het onderstaande bespreek ik een aantal punten uit het artikel van Verburg en Weber waarover ik me zorgen maak.

2. Openheid in individuele zaken: de motiveringsplicht

Openheid in een individuele zaak, in de zin van transparantie over de redenen die ten grondslag liggen aan de uitspraak, is een essentieel kwaliteitselement van

rechtspraak. Daarover is ook al veel door anderen geschreven.⁷ En zoals het EHRM in de zaak *Harisch t. Duitsland* oordeelt:

‘The obligation for domestic courts to provide reasons for their judgements and decisions serves to enable the parties to understand the judicial decision that had been given; which is a vital safeguard against arbitrariness.’⁸

2.1 Geen verwijzing naar recente EHRM-jurisprudentie

Het is opmerkelijk dat Verburg en Weber dit arrest en dat in de zaak *Baltic Master t. Lithuania*⁹ niet noemen terwijl die toch dateren van kort na de 3-april uitspraken. Deze arresten betreffen de meest recente EHRM-rechtspraak over de plicht om uitspraken te motiveren, in het bijzonder de plicht om te motiveren waarom geen prejudiciële vragen worden gesteld hoewel daarom door een van de partijen was verzocht. Het is de vraag of het 91(2)-beleid van de ABRvS – althans voor wat betreft het ongemotiveerd afdoen van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen – hiermee in overeenstemming is.

Het EHRM voegt in de zaak *Harisch t. Duitsland* in die zin iets toe aan de uitspraak in de zaak *Baydar t. Nederland* door, na in punt 36 de *Baydar*-overwegingen samen te vatten, daaraan de punten 37-41 toe te voegen. In deze punten beargumenteert het Hof uitvoerig dat de hoogste Duitse federale rechter het verzoek om prejudiciële vragen aan het HvJ EU ‘verkort’ kon afdoen omdat de betreffende vragen zowel tijdens de mondelinge behandeling als in de uitspraak van de appelrechter in deze zaak uitvoerig waren besproken. Uit die extra overwegingen kan worden afgeleid dat volgens het EHRM tenminste in één instantie door een nationale rechter serieus moet zijn ingegaan op de vraag om prejudiciële vragen te stellen. Dat wil zeggen dat als eerder wel het verzoek om prejudiciële vragen te stellen serieus aan de orde is gesteld bij de rechtbank maar daarop niet gemotiveerd is gereageerd, de ABRvS niet verkort mag afdoen op grond van artikel 91 lid 2 Vw.

In de zaak *Baltic Master* oordeelt het EHRM dat een wettelijke grondslag voor de verkorte afdoening ontbreekt. Dat is bij 91(2)-afdoeningen geen probleem. Maar volgens Krommendijk was het al de vraag voor de Afdeling Bestuursrechtspraak of de mogelijkheid van verkort procederen op vreemdelingrechtelijk terrein die art. 91 lid 2 biedt, de meer procedurele *Baydar*-toets¹⁰ kan doorstaan en maakt *Baltic Master* het er niet makkelijker op voor Nederlandse rechters.¹¹ Bij 91(2)-zaken ontbreekt, anders dan bij prejudiciële verwijzingen van de Hoge Raad, een conclusie van de A-G en de ABRvS oordeelt bij 91(2)-afdoeningen, voor zover mij bekend, altijd enkelvoudig terwijl de Hoge Raad in *Baydar* met een raadkamer van vijf raadsheren had geoordeeld.

7 Zie met name Erik Scheers, ‘Afdeling speel open kaart en motiveer!’, *A&MR* 2018-4. Zijn artikel is volgens staatsraad Verheij de aanstichter geweest van de 3-april uitspraken.

8 EHRM 11 april 2019, no. 50053/16, *Harisch v. Germany*.

9 EHRM 16 april 2019, no. 55092/16, *Baltic Master Ltd v. Lithuania*.

10 EHRM 24 april 2018, no. 55385/14, *Baydar v. the Netherlands*.

11 Zie de verzamelnoot van Jasper Krommendijk onder deze uitspraak en die in de zaken *Harisch t. Duitsland* en *Repecevirág Szövetkezet t. Hongarije* in EHC-cases 2019 (EHRM 2019/30, 2019/133 en 2019/139) en J. Claassen, ‘Motivering bij niet-verwijzen prejudiciële vragen. Heeft Luxemburg de Straatsburgse dreiging afgewend?’ in: H. de Waele, K. Zwaan en J. Krommendijk, *10 jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment*. Deventer: Kluwer 2019

Op 13 februari 2020 deed het EHRM opnieuw uitspraak over het niet-motiveren van de afwijzing van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen, in de zaak *Sanofi Pasteur t. Frankrijk*. Het EHRM oordeelt in deze zaak dat daardoor artikel 6 EVRM is geschonden. Het Franse Cour de Cassation had met name niet verwezen naar de zogenoemde *Cilfit*-criteria:

‘La motivation de l’arrêt de la Cour de cassation ne permet donc pas d’établir si ces questions ont été examinées à l’aune des critères *Cilfit* et, le cas échéant, au regard duquel ou desquels de ces critères la haute juridiction a décidé de ne pas les transmettre à la CJEU.’¹²

De *Cilfit*-criteria zijn ontleend aan het arrest *Cilfit* van het HvJ EU over de uitleg van artikel 267 VWEU. Zij houden in dat geen prejudiciële vragen hoeven te worden gesteld als de opgeworpen vraag niet relevant is, de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het HvJ EU is uitgelegd, of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan.¹³ Het lijkt niet al te arbeidsintensief voor de ABRvS om bij de afwijzing van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen, zichtbaar aan de *Cilfit*-criteria te toetsen. Het is overigens niet duidelijk in hoeverre de EHRM-arresten over het motiveren van het afwijzen van verzoeken om prejudiciële vragen te stellen ook van toepassing zijn op de algemene motiveringsplicht.

Wie niet weet waarom een zaak het niet heeft gehaald, heeft alle redenen om het in een volgende vergelijkbare zaak opnieuw te proberen, met andere argumenten of andere klemtonen.

2.2 Efficiëntie?

Belangrijkste argument om de 91(2)-praktijk in te voeren was de vrees voor een te hoog oplopende werkdruk. Op het eerste gezicht valt daarvoor begrip op te brengen, maar bij beter kijken meen ik dat het deels een drogreden is. Het ongemotiveerd afdoen van zaken laat partijen (en eerstelijnsrechters) in het ongewisse. Wie niet weet waarom een zaak het niet heeft gehaald, heeft alle redenen om het in een volgende vergelijkbare zaak opnieuw te proberen met andere argumenten of andere klemtonen. Niet motiveren genereert vragen en dus zaken. Het motiveren van uitspraken dient naast andere belangen ook de rechtseenheid en rechtszekerheid. Beide zijn van belang voor het voorkomen van procedures (de ordenende functie van het recht).

Het grote aantal vreemdelingenzaken is natuurlijk een probleem, al wees Verheij er in het genoemde interview op dat de prognoses die de IND ten tijde van de totstandkoming van de Vw gaf voor de aantallen te voeren hoger beroepsprocedures, het dubbele waren van wat de ABRvS nu werkelijk krijgt.¹⁴ Verburg en Weber zien het grote aantal zaken echter

nog steeds als het belangrijkste argument voor de verkorte afdoeningen en wijzen erop dat het aantal staatsraden en juristen die deze zaken behandelen beperkt is.

Het meest recente jaarverslag van de Raad van State, dat over 2018, laat wat dat betreft interessante cijfers zien. In 2018 heeft de Raad van State in totaal 10356 hoofdzaken afgedaan (vovo’s laat ik buiten beschouwing). Van die zaken betrof 58% vreemdelingenzaken (6002 zaken). Van de 6002 vreemdelingenzaken is 2,2 % met zitting afgedaan (135 zaken). Van de overige 4354 afgedane zaken (Ruimtelijke Ordening en Algemeen) zijn er 2800 met zitting afgedaan: 58% van de Ruimtelijke Ordeningszaken¹⁵ en 68% van de Algemene Zaken. Van het totaal aantal zaken dat door de ABRvS met zitting is afgedaan (2995 zaken), is dus afgerond naar boven 5% door de Vreemdelingenkamer afgedaan.

ABRvS 2018	Hoofdzaken afgedaan	Met zitting	Staatsraden in fte	Juristen in fte
Totaal	10356	2995	35,4	208,7
Ruimtelijke Ordening	862	497	11,9	55,3
Algemeen	3492	2363	15,2	86,1
Vreemdelingen	6002	135	8,3	67,3

Vergelijken we dit met de ratio van het aantal staatsraden dat zich met de verschillende typen zaken bezighoudt, dan zien we iets opmerkelijks. Bij de Raad van State werkten in 2018 totaal 35,4 fte staatsraden waarvan 8,3 fte bij de vreemdelingenkamer, 15,2 fte bij Algemene Zaken en 11,9 fte bij Ruimtelijke Ordening (het aantal juristen is ook bekend maar om het overzichtelijk te houden, beperk ik me tot de staatsraden).

Hoe is de verdeling tot stand gekomen? Er is geen sprake van dat meer zaken, ook meer fte aan staatsraden betekent. Immers, de Vreemdelingenkamer heeft meer dan de helft van het aantal zaken te behandelen maar daarvoor slechts een kwart van de fte aan staatsraden ter beschikking. Een andere verklaring voor de toedeling van staatsraden aan de verschillende kamers, zou kunnen zitten in de moeilijkheidsgraad van de zaken. We kunnen ervan uitgaan dat de zaken die met zitting worden afgedaan de moeilijke zaken zijn. Bijna 80% van alle zaken die op zitting worden afgedaan, worden behandeld in de Algemene Kamer. Daarvoor heeft die Algemene Kamer echter niet 80% van de fte’s staatsraden ter beschikking maar slechts 43%. Voor de Vreemdelingenkamer die slechts 5% van alle zittingszaken behandelt, geldt dat er 23% van de fte’s aan staatsraden ter beschikking is. Bij de Algemene Kamer wordt per fte staatsraad tien keer zoveel zaken afgedaan met zitting in vergelijking met de Vreemdelingenkamer. Bij de Vreemdelingenkamer wordt tien keer zoveel zaken per fte staatsraad zonder zitting afgedaan in vergelijking met de Algemene Kamer.

De scheve verhouding tussen staatsraden en zaken is raadselachtig.¹⁶ De conclusie is wat mij betreft dat er nog eens moet

12 EHRM 13 februari 2020, no. 25137/16, *Sanofi Pasteur t. Frankrijk*, punt 78.

13 HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81, *Cilfit*.

14 Bram van Melle en Karen Geertsema interview met Nico Verheij, voorzitter vreemdelingenkamer Afdeling: ‘Het vreemdelingenrecht is een beetje een gesloten wereldje’, *A&MR* 2017-3, p. 115.

15 Hierbij moet worden opgemerkt dat de ABRvS in Ruimtelijke Ordeningszaken vaak als eerstelijnsrechter optreedt.

16 Er is kennelijk een aantal factoren dat een rol speelt bij het bepalen van de omvang (in fte’s) van de verschillende kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak, zoals het aantal zaken, zittingen, de wijze van afdoening en de omvang van de zaak.

worden gekeken naar de verhouding tussen het aantal vreemdelingenzaken en andere zaken die de Raad van State moet behandelen. Het zou logisch zijn om de verhouding tussen het aantal staatsraden en juristen die zich met vreemdelingenzaken en andere zaken bezighouden meer in evenwicht te brengen.

Scheers merkt in zijn noot bij de 3 april-uitspraken op dat in de EHRM-jurisprudentie werklastbeheersing niet als voldoende reden wordt aangenomen om niet te hoeven motiveren.¹⁷ Maar uit het accepteren van verkort motiveren blijkt dat het EHRM de werklastbeheersing wel (impliciet) meeweegt in het oordeel. Niettemin, hoewel efficiëntie belangrijk is, het is niet het hoogste goed. Er staan andere belangen tegenover, zoals dat van de individuele rechtvaardigheid.

Verwijzen naar eerdere uitspraken kan wel een goed middel zijn om onnodige herhaling van zetten te voorkomen, maar dat is dan ook een vorm van motiveren. Het toevoegen van dergelijke verwijzingen is daarom een toe te juichen nieuwe modaliteit van het 91(2)-beleid.¹⁸

Het zou logisch zijn om de verhouding tussen het aantal staatsraden en juristen die zich met vreemdelingenzaken en andere zaken bezighouden meer in evenwicht te brengen.

2.3 Individuele rechtsbescherming

Hoewel de ABRvS als hoger beroepsrechter in vreemdelingenzaken de specifieke taak heeft de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin te bewaken, is het zowel uit de uitspraken van 3 april 2019 als uit het artikel van Verburg en Weber duidelijk dat de ABRvS ook nog rechtsbescherming in het individuele geval wil blijven bieden. Kennelijk is de gedachte niet dat de individuele rechtvaardigheid voldoende wordt bediend door de rechtbank. Bij lezing van de uitspraken van 3 april 2019 werd mij niet goed duidelijk welke rechtsbescherming in het individuele geval de ABRvS toch nog biedt of wil bieden en wat de ABRvS daarvoor precies verstaat.

Individuele rechtsbescherming betreft in mijn ogen verschillende aspecten, zoals het bieden van een effectief rechtsmiddel, het zorgvuldig op zijn individuele merites beoordelen van een zaak, het adequaat motiveren van de uitspraak, maar ook het bieden van een *day in court*: het horen van partijen en in het openbaar met hen van gedachten wisselen. Die laatste aspecten zijn met name in het belang met het oog op de procedurele rechtvaardigheid.¹⁹ Het artikel van Verburg en Weber heeft mij op dit punt nauwelijks verder geholpen. Kennelijk hebben zij niet de procedurele rechtvaardigheid op het oog. Wellicht menen zij dat die voldoende

wordt geboden door de eerste lijn en dat het geen taak is van de hoger beroepsrechter om procedurele rechtvaardigheid te bieden. Toch oordeelt de ABRvS in de uitspraken van 3 april 2019 dat de individuele rechtsbescherming is gewaarborgd en zegt daar zelf ook oog voor te hebben.²⁰

De ABRvS schrijft enerzijds de belangen van de rechtspraktijk als geheel mee te wegen en anderzijds de belangen van individuele procespartijen (r.o. 10).²¹ Zoals boven beschreven gaan Verburg en Weber uitvoerig in op de wijze waarop de ABRvS individuele rechtsbescherming zal bieden. Dat gaat zij doen door middel van de ‘verkorte uitschrijvers’. Op zich is alle extra informatie die wordt gegeven bij 91(2)-afdoeningen zeer welkom. Of dit werkelijk bijdraagt aan de individuele rechtsbescherming staat nog te bezien, temeer daar het nieuwe 91(2)beleid onmiskenbaar laat zien dat de ABRvS alleen pilotzaken uitvoerig wil behandelen en motiveren. De individuele vreemdeling komt er nog steeds bekaaid van af als zijn zaak buiten zitting met een verkorte motivering wordt afgedaan. Ik ben het eens met Scheers waar hij schrijft: ‘Ook wellicht meer casuïstische zaken zonder zaaksoverstijgende belangen hebben recht op een gemotiveerde uitspraak.’²²

2.4 Beroepsethiek?

In de bijdrage van Verburg en Weber komt de individuele vreemdeling niet voor. Ik geef een aantal voorbeelden. Verburg en Weber schrijven: ‘Natuurlijk is het nooit fijn om in je eigen zaken een verkorte motivering te krijgen, maar als professional in de praktijk ben je uiteindelijk waarschijnlijk wel blij met een beperkt aantal uitvoerig gemotiveerde uitspraken waarop je je kunt richten.’ Ik lees dit als een volledige miskennis van de betekenis van een motivering voor de individuele vreemdeling. ‘Je’ in deze zinnen is de advocaat, de professional. Maar hoe moet de advocaat de uitspraak aan zijn cliënt uitleggen? Ook in de zin ‘De hoop is dat deze extra inspanning van de Afdeling in haar vreemdelingenrecht spraak leidt tot relevante extra informatie voor rechtbanken, de advocatuur en de IND’, komt de vreemdeling niet voor.

Verburg en Weber schrijven voorts ‘Als advocaat of IND’er moet je bereid zijn om te zeggen: “die zaak houd ik nog even uit de wind, maar deze zaak schuif ik naar voren.”’ Kennelijk verwacht de ABRvS dat de advocatuur zelf de pilot-zaken gaat selecteren. Kan van een advocaat worden verlangd dat hij tegen zijn cliënt zegt: ‘Ach, in uw zaak procedeer ik maar niet want ik wacht op een zaak die interessanter is voor de rechtsontwikkeling?’ Mag een advocaat dat doen? Vergeten wordt daarbij dat de advocaat een beroepsethiek heeft die hem ertoe verplicht het belang van de individuele vreemdeling voorop te stellen.²³ Hij is in het Nederlandse systeem geen *officer of the court*.²⁴

De Afdeling bestuursrechtspraak behandelt met enige regelmaat grote zaken waarbij 50-80 bezwaarmakers zijn betrokken. Zulke zaken vergen in de regel meer (voorbereidings)tijd.

17 Scheers, noot bij ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060, JV 2019/115, p. 794.

18 Zie bijvoorbeeld de uitspraak ABRvS 15 januari 2020 ECLI:NL:RVS:2020:62.

19 Het idee dat het veeleer de procedure is dan de uitkomst van die procedure die rechtvaardigheid brengt en rechterlijke beslissingen legitimeert, is oorspronkelijk afkomstig van de Duitse socioloog Niklas Luhmann *Legitimation durch Verfahren*, 1969 6. Auflage, Surkamp, Frankfurt am Main 2011. Uitvoerig over door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid Hilke Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts* (diss. cum laude Utrecht), <https://bit.ly/2Q77x0H>, 2018.

20 ABRvS, 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061, r.o. 6.3, 12 en 13.

21 Als voorbeeld in wordt één van de uitspraken over verwesterde vrouwen gegeven (r.o. 10.2). Een ander voorbeeld dat de ABRvS noemt is dat van de uitspraak over de veiligheidssituatie in Afghanistan (r.o. 10.3). Beide gevallen betreffen uitspraken waarin de ABRvS een algemene les geeft over een soortgelijke zaken. Maar zijn dit nu voorbeelden van individuele rechtsbescherming? Het lijken mij overwegingen van rechtsbescherming in algemene zin. En ook de voorbeelden van de Yezidi vrouw (r.o. 12) en de LHBTI (r.o. 13) betreffen rechtsbescherming in algemene zin.

22 Scheers, noot bij ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060, JV 2019/115, p. 792.

23 De kernwaarden van de advocatuur zijn te vinden op de website van de Orde van advocaten. <https://www.advocatenorde.nl/over-de-nova/kernwaarden> en volgen uit artikel 10a Advocatenwet (<http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/artikel-10a>).

24 Vgl. Tamara Butter, *Asylum Legal Aid Lawyers' Professional Ethics in Practice*, (diss. Nijmegen 2018), Eleven International Publishing.

Bevreemdend is ook de zin:

‘Dat betekent dat als je als procespartij een 91-2 uitspraak terugkrijgt die *niet* van een nadere motivering is voorzien, dat eigenlijk een compliment is. We moesten er wat langer over nadenken, maar uiteindelijk wordt het toch een bevestiging van de uitspraak van de rechtbank én concluderen we dat er toch geen vragen van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin zijn en dus doen wij de zaak verkort af. Maar de zaak was ook weer niet zo klip en klaar dat wij hem van een toelichting konden voorzien.’

Een ongerijmd compliment, met name voor de verliezer van het hoger beroep. Wellicht is het bedoeld als een compliment aan de rechtbank? Als de zaak niet klip en klaar is, zou de ABRvS toch enig inzicht kunnen en moeten geven in haar denkproces. Temeer daar er kennelijk toch bij iedere 91(2)-uitspraak een nota zit met een onderbouwing voor de verkorte afdoening.²⁵ Ik begrijp dat dergelijke nota niet als motivering van de uitspraak kunnen dienen, maar het zal toch niet al te veel werk zijn om op basis van de nota een korte motivering te geven.

Voor de rechtsontwikkeling in algemene zin zou het buitengewoon nuttig zijn als althans de grieven openbaar worden gemaakt.

2.5 En de rechtbank?

En wordt de rechtbank hier echt wijzer van? Wel iets, de verkorte uitspraken geven toch iets meer inzicht in de reden van de afwijzing en met name de verwijzing naar eerdere jurisprudentie is verhelderend. Maar het is onvoldoende. Ook de vreemdelingenkamers van de rechtbanken kennen de beroepsgronden niet, al schijnt het wel de bedoeling te zijn van de ABRvS om de onderliggende stukken weer aan de rechtbanken ter beschikking te gaan stellen. Dat zou winst zijn voor de rechtbanken maar nog steeds onvoldoende, ook partijen zouden daarvan kennis moeten kunnen nemen, althans van de grieven. Dat was ook de oude praktijk. Tot 20 juli 2012 waren standaard alle stukken in te zien (inclusief de grieven in het hoger beroepschrift).²⁶ Het doen herleven van die oude praktijk zou enorm helpen voor het inzicht in de 91(2)-praktijk.

Niet vergeten moet bovendien worden dat het motiveren van uitspraken ook van belang is voor de reflexwerking van uitspraken op eerstelijns rechters. Het zal bevorderen dat zij zich aan de lijn van de ABRvS zullen houden. Daarbij zouden eerstelijns vreemdelingenrechters als aan hen wordt verzocht een prejudiciële vraag te stellen die verzoeken extra serieus moeten nemen, wetende dat het risico aannemelijk is dat de

ABRvS dergelijke verzoeken met een verkorte motivering ex art. 91 lid 2 Vw buiten zitting afdoet.

3. Openheid in het algemeen

Tijdens de bijeenkomst van 15 mei 2019 heb ik betoogd dat het beleid beter in een openbare notitie neergelegd had kunnen worden dan in een uitspraak. Op dat punt heb ik nu dus helemaal mijn zin gekregen. Het beleid is zowel terug te vinden in de voorbeelduitspraken als uitgelegd in het artikel van Verburg en Weber. Veel dank daarvoor. De reden dat ik dat beter vond, was dat de ABRvS met de 3 april-uitspraken geheel buiten de omvang van het geschil trad. In feite lag er helemaal geen geschil tussen partijen over het wel of niet toepassen van artikel 91 lid 2 Vw aan ten grondslag. Hun geschil was een heel ander: wel of geen recht op verblijf. Er bestond wel een algemene behoefte aan uitleg, maar niet specifiek bij deze individuele partijen maar bij allen die procederen in vreemdelingenzaken.

3.1 Buiten de omvang van het geschil treden

Buiten de omvang van het geschil treden, staat op gespannen voet met art. 8:69 lid 1 Awb. *De bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.* Dat de ABRvS er toch voor koos om buiten de omvang van het geschil te treden, vond ik merkwaardig en ook onwenselijk. Merkwaardig omdat de ABRvS over het algemeen strikt vasthoudt aan de omvang van het geschil en de rechtbank veelvuldig corrigeert op dit punt. In de Memorie van Toelichting bij art. 8:69 lid 1 Awb staat dat er gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, geen reden voor de rechter is om buiten de vordering te treden. Daarnaast zou het uit het oogpunt van de rechtszekerheid van de bij het besluit betrokken partijen bepaald ongelukkig zijn als de rechter buiten de grenzen van het aan hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden. Uit het bovenstaande vloeit in de eerste plaats voort dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten. Ik ben zelf niet zo strak in de leer wat betreft buiten de omvang van het geschil treden. Maar in dit geval vond ik het wel onwenselijk en wel omdat de individuele zaken hier slechts als kapstok fungeerden. Voor de vreemdelingen in kwestie lijkt het me moeilijk te verteren om zo'n uitvoerige motivering te krijgen over de vraag waarom hun zaken ongemotiveerd worden afgedaan en dan ook nog een motivering die niet op hun zaken is toegespitst.

Ik had daarom tijdens de bijeenkomst in mei een paar vragen over het buiten de omvang van het geschil treden in de 91(2)-uitspraken: Hebben procespartijen er invloed op kunnen uitoefenen? Wisten zij van tevoren dat deze uitspraak zou worden aangegrepen om een 91(2) uitleg te geven? In het Jaarverslag van de Raad van State²⁷ staat dat zij anderen laat meedenken als *amicus curiae*, maar kennelijk niet voor het vraagstuk van de toepassing van art. 91(2). Waarom niet? Inmiddels is er wel (beperkte) ruimte geweest om mee te denken (voor een beperkte groep genodigden) en de Raad van State lijkt zich iets van de opmerkingen die zijn gemaakt te hebben aangetrokken. Dat is te prijzen.

25 Aldus Verheij; Bram van Melle en Karen Geertsema interview met Nico Verheij, voorzitter vreemdelingenkamer Afdeling: 'Het vreemdelingenrecht is een beetje een gesloten wereldje', *A&MR* 2017-3, p. 115.

26 In een persbericht van 20 juli 2012 berichtte de ABRvS dat het vanaf dat moment niet langer de uitspraken zal publiceren die zijn afgedaan op grond van artikel 91 lid 2 Vw. Ook zijn bij de publicatie vanaf dat moment niet langer de onderliggende stukken gevoegd, zoals het hoger beroepschrift en de uitspraak van de rechtbank waartegen het hoger beroepschrift is ingediend. Alle uitspraken waarin de ABRvS het geschil inhoudelijk gemotiveerd afdoet, worden nog wel gepubliceerd op de website. Zie hieromtrent Karen Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015*, (diss. VU), Boom juridisch 2018, p. 221.

27 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 28.

3.2 Het onmiddellijkheidsbeginsel

Er is tegelijkertijd ook kritiek mogelijk op het formuleren van rechterlijk beleid buiten uitspraken om. Art. 12 AB luidt: ‘Geen rechter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of regelement uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.’ Deze bepaling staat niet in de weg aan rechtsvorming en het doen van richtinggevend uitspraken. Tegenwoordig is algemeen geaccepteerd dat rechters ook aan rechtsvorming mogen en zelfs moeten doen. Artikel 12 AB staat in mijn ogen ook niet in de weg aan het neerleggen van een algemene regel in rechterlijk beleid. Als dit beleid openbaar wordt gemaakt is er op zich geen probleem.

Het formuleren van rechterlijk beleid staat wel op gespannen voet met het onmiddellijkheidsbeginsel. Het idee dat *the one who decides must hear*. Het recht op een *day in court*. Daarvan wordt hoe dan ook al afgeweken als zaken buiten zitting worden afgedaan, maar de ABRvS gaat verder. Het nu openbaar gemaakte rechterlijk beleid laat zien hoe er allerlei overleg is tussen rechters en rechters bij de uitspraak worden betrokken die zelfs het dossier niet hebben gezien.²⁸ De vraag is of dit in overeenstemming is met het *Kress*-arrest van het EHRM.²⁹ Het EHRM oordeelde in die zaak dat er strijd is met art. 6 EVRM als aan de beraadslagingen anderen deelnemen dan de rechters die verantwoordelijk zijn voor de uitspraak. Is rechtspreken een individuele of collectieve bezigheid? En is dit anders als het een hoogste instantie betreft die verantwoordelijk is voor de rechtseenheid, zoals de ABRvS? Ik schreef er mijn proefschrift over.³⁰ Samenwerking tussen rechters heeft veel voordelen, het is onder andere een waarborg voor kwaliteit. Maar het heeft ook nadelen. Het kan bijvoorbeeld in strijd komen met het *ius de non evocando*: art. 17 Gw: ieder heeft recht op de rechter die de wet hem toekent.³¹ Samenwerking tussen rechters kan ertoe leiden dat individuele rechters hun verantwoordelijkheid minder voelen en nemen. Partijen hebben niet altijd voldoende zicht op de samenwerking en de resultaten en het gezag ervan. Samenwerkende rechters kunnen primair naar hun collega's gaan luisteren en het luisteren naar partijen van secundair belang gaan vinden, zodat partijen buiten zicht raken. Dat laatste was in de uitspraken van 3 april 2019 in mijn ogen het geval. De publicatie van Verburg en Weber neemt deze bezwaren niet weg.

3.3 Ketenpartners

Het veelvuldig gebruik van het woord ‘ketenpartners’ geeft niet de indruk van onafhankelijke rechtspraak, maar van visie op de eigen rol van de rechter als onderdeel van een keten, stevig vastgeklonken aan andere actoren. Het gebruik van die term miskent de controletaak die de ABRvS heeft. Het miskent ook dat elke actor een eigen functie heeft. Opmerkelijk is bovendien dat onder ‘ketenpartners’ kennelijk ook de advocatuur wordt verstaan. Mijn kritiek op het woord wil

niet zeggen dat samenwerking niet nuttig is. Maar stelselmatige input van anderen is wel risicovol. De discussie met procespartijen moet ter zitting plaatsvinden. Discussie met procespartijen (met name als zij ook ketenpartner zijn) daar buitenom kan de onafhankelijkheid aantasten en kan ertoe leiden dat anderen dan die daartoe door de wet zijn aangewezen zich met de uitspraak gaan bemoeien.

De justitiabelen, de advocaten, de IND en de rechtbanken zijn door het artikel van Verburg en Weber meer te weten gekomen over het rechterlijk beleid maar ook over hoe weinig oog de ABRvS heeft voor de individuele vreemdeling.

4. Tot slot

Entrouvert: de deur van de ABRvS staat halfopen. We hebben door het artikel van Verburg en Weber inzicht gekregen in het beleid van de ABRvS met betrekking tot artikel 91 lid 2 Vw. De verkorte motiveringen, met name de toevoeging van de verwijzing naar eerdere jurisprudentie, zijn winst. Toch blijft de deur naar de redenen van afwijzing van het hoger beroep in veel gevallen gesloten.

En ook de verkorte 91(2)-motiveringen blijven problematisch, het zijn in de meeste gevallen standaardzinnen die weinig inzicht geven in de gronden voor afwijzing van het hoger beroep. Zonder de grieven te kennen zegt dit de rechtspraak weinig. Niet direct bij de zaak betrokkenen, kunnen nauwelijks lessen uit de uitspraken trekken als niet tenminste de grieven openbaar worden gemaakt. Ook dat laatste is een cruciaal onderdeel van het vereiste van openbaarheid van rechtspraak.

De ABRvS stelt zonder de verschillende belangen zichtbaar tegen elkaar af te wegen efficiëntie boven procedurele rechtvaardigheid en het belang van een inzichtelijke motivering. Zij gaat er daarbij vanuit dat het motiveren van uitspraken ten koste gaat van de efficiëntie, wat niet noodzakelijk het geval is. Wellicht zijn er andere mogelijkheden om efficiënter te werken of kunnen er meer staatsraden en juristen worden ingezet voor vreemdelingenzaken. Bovendien stelt de ABRvS het overleg buiten zitting boven de discussie tussen partijen ter zitting.

In de meer dan 95 procent van alle vreemdelingenzaken die in hoger beroep buiten zitting worden afgedaan, wordt de vreemdeling niet gezien en gehoord. Ondanks de bijzondere rol van de ABRvS en hoewel de vreemdeling wel is gezien en gehoord door de rechtbank, blijft dit een structureel manco in de individuele rechtsbescherming, dat niet wordt weggenomen door meer variëteit in standaardafdoeningen. De justitiabelen, de advocaten, de IND en de rechtbanken zijn door het artikel van Verburg en Weber meer te weten gekomen over het rechterlijk beleid maar ook over hoe weinig oog de ABRvS heeft voor de individuele vreemdeling. In de meeste individuele zaken zullen zij zonder daadwerkelijke motivering in het duister blijven tasten over de redenen van de uitspraak in hoger beroep. ◀

28 Eerder liet Verheij daar al geen misverstand over bestaan: ‘Ook al is een zaak enkelvoudig afgedaan, dan is er wel meervoudig naar gekeken. Vaak zijn er veel mensen betrokken bij een uitspraak (...)’ Bram van Melle en Karen Geertsema interview met Nico Verheij, voorzitter vreemdelingenkamer Afdeling: ‘Het vreemdelingenrecht is een beetje een gesloten wereldje’, *A&MR* 2017-3, p. 115.

29 EHRM 7 juni 2001, *Kress t. Frankrijk*, 39594/98, NJCM-Bulletin, jrg. 27 (2002), nr. 6, m.nt. A.J. Bok.

30 Ashley Terlouw, *Uitspraak en afspraak. Samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken van hoger beroep* (diss. 2003 Nijmegen), Boom uitgeverij.

31 Uitvoerig hierover: Jessurun d'Oliveira, *Een boekje open over de Hoge Raad en zijn reservisten. Een fundamenteel recht gedeukt, de rechtsstaat aangetast*. Ars Aequi juridische uitgeverij 2019.