

Over ongemotiveerde uitspraken in het vreemdelingenrecht

Afdeling: speel open kaart en motiveer!

Sinds de Vreemdelingenwet 2000 kan de Afdeling in het vreemdelingenrecht zaken zonder nadere motivering afdoen. Wat is de reden voor deze afwijking van een fundamenteel uitgangspunt van de bestuursrechtspraak, wat is de praktijk en hoe verhoudt een en ander zich tot de motiveringsplicht die voortvloeit uit artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest? Erik Scheers ziet nogal wat tekortkomingen, beschrijft waarom hij met andere advocaten hierover een klacht heeft ingediend bij de Europese Commissie en bepleit een zeer beperkte toepassing zolang de wetgever deze afwijking niet heeft afgeschaft.

1. Ongemotiveerde afdoening: artikel 91, lid 2, Vw

1.1 Achtergrond

Om een geschil met de standaardoverweging zonder nadere motivering af te doen, moet het hoger beroep aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen (zie kader): (i) het kan niet tot vernietiging van de uitspraak leiden én (ii) het werpt geen vragen op die moeten worden beantwoord in het belang van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling of rechtsbescherming. Als de Afdeling een zaak op grond van artikel 91, lid 2, Vw afdoet, betekent dit nog niet dat de overwegingen van de rechter in eerste aanleg volgens de Afdeling juist zijn. Het betekent enkel dat de grieven niet tot vernietiging van de uitspraak kunnen leiden. Deze afdoening wordt ook wel verkorte afdoening genoemd, maar gelet op het ontbreken van enige (dus ook verkorte) op de zaak toegespitste motivering, duid ik deze afdoeningswijze aan als ongemotiveerde afdoening.

Met de ongemotiveerde afdoening wordt afgeweken van een fundamenteel uitgangspunt van de bestuursrechtspraak (artikel 8:77, lid 1 onder b, Awb), namelijk dat rechterlijke uitspraken waaronder appel-uitspraken moeten worden gemotiveerd.³ Deze motivering dient een zodanig inzicht te geven

in de gedachtegang van de rechter dat zijn beslissing voor partijen en derden aanvaardbaar, controleerbaar en bestrijdbaar is.⁴ Op deze wijze wordt voor iedereen duidelijk hoe de rechter de grieven of gronden heeft beoordeeld en kan de praktijk van de overwegingen leren. De wetgever meende van dit algemeen bestuursrechtelijke uitgangspunt voor het vreemdelingenrecht te moeten afwijken op grond van de toenmalige inzichten omtrent de te verwachten hoge instroom vaasielzoekers en de vrees voor een zeer groot aantal appèlzaken.⁵ Een beperkte vorm van hoger beroep, zo was de gedachte, zou de werklast van de Afdeling en de duur van de procedure binnen aanvaardbare proporties houden.⁶

In veel asielzaken verwachtte men dezelfde grief, bijvoorbeeld over de situatie in het land van herkomst. Indien er eenmaal zou zijn vastgesteld of die situatie tot inwilliging van een asielverzoek noopt, zou dat gelden voor alle asielzaken die betrekking hebben op dat land, zodat een dergelijke grief verkort zou kunnen worden afgedaan.⁷

Zoals Nico Verheij, de huidige voorzitter van de Vreemdelingenkamer van de Afdeling, in 2017 in dit blad al

1 Spijkerboer, T.P., (2002) *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, SDU, Den Haag, p. 17-19.

2 Het is ook mogelijk dat in een zaak waarin verschillende grieven zijn aangevoerd, één grief gemotiveerd en de andere ongemotiveerd wordt afgedaan.

3 Baudoin, P.J.A.M. et al., (2001) *Vreemdelingenwet 2000. Gevolgen voor de rechtspraak*, Utrecht: OSR Juridische Opleidingen/ Stichting Studiecentrum Rechtspleging, p. 323.

4 Schreuder-Vlasblom, M. (2013) *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Wolters-Kluwer, p. 919.

5 Ook op andere punten werd van het algemeen bestuursrecht afgeweken, zoals het uitsluiten van de mogelijkheid tot het herstel van aan het hoger beroepschrift klevende formele gebreken – waarmee onder meer het pro forma op nadere aan te voeren gronden instellen van hoger beroep onmogelijk is gemaakt en sneller tot niet-ontvankelijkverklaring wordt gekomen; de mogelijkheid een zaak zonder zitting af te doen zonder dat tegen die uitspraak verzet mogelijk is; de mogelijkheid een zaak die bij de rechtbank door een meervoudige kamer is behandeld in hoger beroep door een enkelvoudige kamer af te doen; en de invoering van een grievenstelsel waarin kan worden volstaan met een beoordeling van de aangevoerde grieven.

6 Kamerstukken II 1998/99, 26 732, nr. 3, p. 11.

7 Kamerstukken II 1998/99, 26 732, nr. 3, p. 85.

zei, was de ratio van artikel 91, lid 2, Vw de politieke wens om het hoger beroep in vreemdelingrechtzaken geen substantiële verlenging van de procedure te laten zijn. Hij benadrukte dat de bepaling werd ingevoerd in een hele andere tijd dan de huidige: 'procedures duurden in de jaren negentig maanden tot jaren, terwijl het nu om weken gaat. De prognoses die de IND toen gaf voor de aantallen te voeren hoger beroepsprocedures waren het dubbele van wat we nu feitelijk krijgen.'⁸

Verschuiven auteurs achten de verkorte afdoening niet geschikt voor andere bestuursrechtelijke procedures. Zoals Schreuder-Vlasblom heeft opgemerkt⁹:

'Het stelsel vraagt van appellant in beginsel dat hij grieven tegen de uitspraak aanvoert. Heeft hij die moeite genomen, dan heeft hij toch recht op enig antwoord. Als dat eenvoudig te geven is, brengt het weinig belasting met zich, een beknopte instemmende uitspraak te schrijven. Artikel 91, tweede lid, van de Vw gaat verder, want impliceert geen instemming met de uitdrukkelijk bestreden overwegingen van de rechtbank. De boodschap is slechts dat hetgeen is aangevoerd, wat ervan zij, niet tot een ander dictum zal leiden. Voor hoger beroep moet voor zo'n mogelijkheid een noodzaak bestaan uit een oogpunt van werkbelasting, en die ontbreekt naar ik meen in het algemeen bestuursrecht vooralsnog.'

Hirsch Ballin, de toenmalige voorzitter van de Afdeling, volgt haar hierin¹⁰:

'Zoals Schreuder-Vlasblom aan het slot van haar bijdrage opmerkt, verdient het geen aanbeveling de mogelijkheid van een niet nader gemotiveerde einduitspraak (die in artikel 91, tweede lid, van de Vw is voorzien wegens de verwachtte aantallen zaken) in combinatie met het grievensysteem op andere terreinen van het bestuursrecht in te voeren. Als de aantallen zaken daartoe niet noodzaken kan de ordenende werking van het grievensysteem immers het beste tot haar recht komen via expliciete behandeling daarvan in een openbare uitspraak.'

Artikel 91, lid 2, Vw is, blijkens de wetsgeschiedenis, geïnspireerd door artikel 101a (oud) van de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO)¹¹, dat de Hoge Raad een soortgelijke bevoegdheid gaf indien de aangevoerde cassatiemiddelen niet tot cassatie konden leiden en evenmin noopten tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. In de wetenschappelijke literatuur is de overeenkomstige toepassing in het vreemdelingrecht bekritiseerd omdat de Hoge Raad in het strafrecht en het civiele recht geen appel maar een cassatierechter is en oordeelt over zaken die veelal reeds door twee feitelijke instanties zijn behandeld.¹²

Artikel 91, lid 2, Vw luidt: 'Indien de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel.'

Na aanvankelijk andere standaardoverwegingen,¹ is sinds 2002 de standaardoverweging van de Afdeling: 'Hetgeen in het hoger beroepschrift [of: in grief... of grieven...²] is aangevoerd en aan artikel 85, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 voldoet, kan niet tot vernietiging van de uitspraak leiden. Omdat het aldus aangevoerde geen vragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, wordt, gelet op artikel 91, tweede lid, van deze wet, met dat oordeel volstaan.'

1.2 Toepassing in de praktijk

Vanuit het oogpunt van vertrouwen in de rechtspraak werd in de literatuur de hoop uitgesproken dat de Afdeling de nieuwe bevoegdheid spaarzaam zou gebruiken,¹³ maar al snel bleek dat de Afdeling er juist ruim gebruik van maakte. Zo stelde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op 17 november 2014 dat de wettelijke middelen 'afdoen buiten zitting' en 'verkort motiveren' in zeker 85% van alle zaken door de Afdeling zijn ingezet.¹⁴ Bovendien bleek artikel 91, lid 2, Vw ook te worden gebruikt in zaken waarin de Afdeling niet eerder een inhoudelijk – gemotiveerd – oordeel heeft geveld over een grief en in zaken waarin gevraagd is om uitleg van het Unierecht.

Als voorbeeld geef ik de 'artikel 91, lid 2, Vw-afdoening' van verschillende zaken waarin de verblijfsvergunningen van de gezinsleden van werknemers zijn ingetrokken, omdat de verblijfsvergunning van de werknemer van wie zij hun verblijfsrecht afleiden wegens frauduleuze verkrijging was ingetrokken.¹⁵ Deze verblijfsvergunningen, waarvan een aantal al was omgezet in een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd als langdurig ingezetene, waren ingetrokken met een enkele verwijzing naar de samenhang tussen hun verblijfsvergunning en die van hun echtgenoot of vader. Het uitgebreid gemotiveerde verweer van de gezinsleden op het tegenwerpen van fraude door de IND op grond van een algemeen onderzoek en de bewijslastverdeling in dit kader, is door de Afdeling in deze en eerdere zaken ongemotiveerd afgedaan. Het betreft hier dus geen 'repeterende zaak', zodat onduidelijk is hoe de Afdeling de grieven heeft beoordeeld.

Inmiddels heeft de Afdeling in een recentere uitspraak prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de uitleg van het fraudebegrip in het licht van de Gezinsherenigingsrichtlijn (Richtlijn 2003/86/EG) en de Langdurig ingezetenenrichtlijn (richtlijn 2003/109/EG).¹⁶ De Afdeling vraagt naar de positie van de gezinsleden die niet bekend waren met de fraude, hetgeen

8 Van Melle, B., en Geertsema, K., 'Nico Verheij, nieuwe voorzitter van de vreemdelingenkamer van de Afdeling: 'Het vreemdelingenrecht is een beetje een gesloten wereldje' in: *A&MR* 2017- 3.

9 Schreuder-Vlasblom, M., 'Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappell aan de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrechtelijke hoger beroep', in: *Grieven in het bestuursprocesrecht. Het grievensysteem in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Raad van State 2006, p.98.

10 Hirsch Ballin, E.M.H., 'Nabeschouwing' in: *Grieven in het bestuursprocesrecht. Het grievensysteem in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Raad van State 2006, p. 103.

11 Thans artikel 81 Wet RO.

12 Baudoin (2001) p. 323, met verwijzing naar B. Olivier, aangehaald in R. Depping, 'De discussie'; in: P. Boeles (red.), *De Vreemdelingenwet 2000, analyses en kritiek*, SDU Den Haag 2000, p. 105.

13 Ibid.

14 Brief van 17 november 2014 met antwoorden op Kamer vragen van Kuiken over het krantenbericht dat de rechters bij de Raad van State zelden de kant van de vluchteling kiezen, ingezonden op 24 oktober 2014 met kenmerk 2014Z18814, Kenmerk brief 579955.

15 ABRvS 11 juli 2014, nrs. 201400874/1/V1, 201400884/1/V1 en 201400854/1, met betrekking tot de hoger beroepen gericht tegen de respectievelijke uitspraken van rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam, van 24 december 2013 AWB 13/10868, 13/10859 en 13/10863. Geen van deze uitspraken is gepubliceerd; ze zijn in geanonimiseerde vorm met een toelichting erop terug te vinden op Migratieweb.

16 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2492.

ook in de genoemde 'artikel 91, lid, 2, Vw-zaken' aan de Afdeling was gevraagd en daar zonder enige motivering als ongegrond werd afgedaan. De grieven blijken wel degelijk vragen op te roepen waarvan in het belang van de rechtsontwikkeling een beoordeling noodzakelijk was. Wat als het Hof de prejudiciële vragen in gunstige zin voor de gezinsleden beantwoordt: rechtvaardigt dit een nieuw onderzoek in de zaken die eerder op grond van artikel 91, lid 2, Vw ongemotiveerd zijn afgedaan? Stel dat de conclusie luidt dat het verblijfsrecht van de gezinsleden niet had mogen worden ingetrokken, dan kan het feit dat deze gezinsleden (vanwege de ongemotiveerde afdoening van hun zaak) Nederland hebben verlaten, niet meer worden teruggedraaid.

Een ander voorbeeld is een zaak waarin de Afdeling vragen zijn voorgelegd over het verblijfsrecht van een derdelander ex-partner van een Unieburger.¹⁷ De IND had vastgesteld dat de derdelander ex-partner na de verbreking van de relatie met de Unieburger in Nederland mocht blijven. Desalniettemin was een later ingediend verzoek voor afgifte van een nieuw EU-verblijfsdocument afgewezen, omdat niet zou zijn aangevoerd dat deze derdelander ex-partner over voldoende bestaansmiddelen beschikte. In hoger beroep is onder meer de principiële vraag aan de Afdeling voorgelegd of een verblijfsrecht dat eerder is vastgesteld en nooit per beschikking is beëindigd van rechtswege kan vervallen. Het hoger beroep is onderbouwd met een beroep op het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel, de Verblijfsrichtlijn (richtlijn 2004/38/EG) – waarin is bepaald dat een beroep op het sociale bijstandstelsel niet automatisch leidt tot een verwijderingsmaatregel¹⁸ en waarin procedures zijn neergelegd die moeten worden gevolgd bij beëindiging van het verblijfsrecht¹⁹ – en het beleid van de IND zelf,²⁰ waarin is vastgelegd dat bij beëindiging van het verblijfsrecht op grond van een beroep op de algemene middelen een belangenafweging dient plaats te vinden. De vraag lag voor hoe deze bepalingen zich verhouden tot een situatie waarin nooit een beroep was gedaan op het bijstandstelsel van de gastlidstaat en evenmin een belangenafweging had plaatsgevonden. Bij mijn weten zijn deze vragen niet eerder door de Afdeling of het Hof beantwoord. Niettemin is ook deze zaak ongemotiveerd afgedaan.

Nu er later wél prejudiciële vragen zijn gesteld over de positie van de gezinsleden die niet bekend waren met de fraude, iets wat in eerdere zaken was aangevoerd, moet een voor de gezinsleden gunstig antwoord dan leiden tot nieuw onderzoek?

De uitspraken die op grond van artikel 91, lid 2, Vw worden afgedaan worden niet alleen niet gemotiveerd, maar ook niet meer, zoals voorheen gebruikelijk, gepubliceerd.²¹ Hierdoor is niet inzichtelijk in hoeveel zaken de Afdeling artikel 91, lid 2, Vw toepast en kan niet worden gecontroleerd in welke zaken

de Afdeling gebruik maakt van deze bevoegdheid en of dit op juiste of oneigenlijke gronden is gebeurd.

Naast de vraag hoe dit zich verhoudt tot de wetsgeschiedenis, ligt ook de vraag voor hoe dit zich verhoudt tot de motiveringsplicht op grond van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest.

2. Motiveringsplicht op grond van artikel 6 EVRM

2.1 Artikel 6 EVRM

Het EHRM heeft zich in meerdere uitspraken uitgelaten over de motiveringsplicht voor rechters op grond van artikel 6, lid 1, EVRM. Hoewel beslissingen over binnenkomst, verblijf en uitzetting niet onder artikel 6 EVRM vallen, geldt dat de norm die artikel 6 EVRM stelt deel uitmaakt van de verplichting in artikel 47 van het Handvest van de EU op grond waarvan eenieder wiens Unierechten in het geding zijn recht heeft op een effectief rechtsmiddel. Artikel 47 EU Handvest is op grond van artikel 6 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie van toepassing in alle zaken waarin een lidstaat het Unierecht ten uitvoer brengt, dus ook in zaken waarin EU-instrumenten inzake asiel en migratie door de lidstaten ten uitvoer worden gelegd. Dit betekent dat in zaken die onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen, de rechtspraak van het EHRM over artikel 6, lid 1, EVRM en dus ook de motiveringsplicht van toepassing is.²²

In dit verband is ook artikel 52, lid 3, Handvest van belang, dat inhoudt dat bepalingen in het Handvest minimaal dezelfde bescherming bieden als daarmee corresponderende bepalingen van het EVRM. Op grond van deze bepaling zou artikel 47 van het Handvest minimaal dezelfde eisen moeten stellen aan de motivering als artikel 6 EVRM.²³

Ingevolge artikel 6, lid 1, EVRM heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Het EHRM heeft in 1994 in de zaak *Van de Hurk/Nederland*²⁴ hieruit een motiveringsplicht voor de rechter afgeleid. Een gemotiveerde beslissing is het bewijs

17 ABRvS 22 november 2017, nr. 201705764/1 met betrekking tot het hoger beroep tegen de uitspraak van rechtbank Den Haag, zittingsplaats Haarlem, van 3 juli 2017, AWB 16/28075. Ook deze uitspraak is niet gepubliceerd maar in geanonimiseerde vorm met een toelichting erop terug te vinden op Migratiweb.

18 Artikel 14 van de Verblijfsrichtlijn.

19 Artikel 15 lid 1 jo. artikelen 30 en 31 van de Verblijfsrichtlijn.

20 Vc B10/2.3 onder "beroep op de algemene middelen".

21 Zie het nieuwsbericht van 20 juli 2012 op de website van de Raad van State 'Werkwijze publicatie van vreemdelingenuitspraken veranderd', <https://bit.ly/2GLYaNA>. Zoals ik heb begrepen, geldt ook voor het belangrijkste jurisprudentietijdschrift op het gebied van het vreemdelingenrecht, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht (JV)*, dat hierin geen artikel 91, lid 2, Vw-uitspraken worden gepubliceerd.

22 Zie o.a. de annotatie van Groenendijk bij ABRvS 5 maart 2015, 201500670/1/V2, *JV* 2015/139.

23 Ortlep en Widdershoven, O&A 2017/35, zoals vermeld in de conclusie van A-G Wissink van 19 januari 2018, zaaknr. 17/00424, ECLI:NL:PHR:2018:54.

24 EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, *NJ* 1995, 462, m.nt. Alkema.

25 EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96, 21 januari 1999, punt 26.

rechter én de redenen voor zijn beslissing; dat geldt in elk geval voor één instantie in de procedure, of dat nu in eerste aanleg of in hoger beroep is, aangezien het EHRM de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel beoordeelt.²⁶

Het EHRM heeft een (gedeeltelijke) toepassing van artikel 81 Wet RO en artikel 80a Wet RO door de Hoge Raad niet strijdig geacht met artikel 6, lid 1, EVRM.²⁷ In dit verband heeft A-G Wattel bij de Hoge Raad en sinds 1 januari 2018 Staatsraad-A-G bij de Afdeling, in zijn conclusie van 18 juni 2015 opgemerkt dat in de zaak *Celik/Nederland* alleen was geklaagd over een schending van de redelijke termijn, er geen inhoudelijk verweer was waarin was geklaagd over de eerdere uitspraak en dat de beoordeling van de rechtsklacht onderdeel was van de conclusie van het parket. Hij concludeerde dat in zaken waarin wel is geklaagd over de eerdere gerechtelijke uitspraak en de beoordeling daarvan onduidelijk is, het oordeel van het EHRM wel eens anders zou kunnen luiden.²⁸

Het EVRM verplicht de nationale rechter om een voldoende gemotiveerd verzoek om prejudiciële verwijzing te vermelden in zijn uitspraak en een weigering van de verwijzing te motiveren.

In de uitspraak *Hansen/Noorwegen*,²⁹ die in de uitspraak van 5 maart 2015 ook door de Afdeling wordt aangehaald ter bevestiging van de ‘artikel 91 lid 2-Vw-praktijk’ (zie verder hieronder),³⁰ gaat het EHRM in op de specifieke rol van de hoger beroepsrechter in een Noorse filteringsprocedure; een procedure die wij in Nederland niet kennen. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat in deze specifieke procedure de hoger beroepsrechter niet verplicht is om de uitspraak gedetailleerd te motiveren, omdat een specifieke wettelijke bepaling van toepassing was verklaard op grond waarvan het beroep niet in behandeling hoefde te worden genomen. Het EHRM nam hierin wel een schending van artikel 6 EVRM aan, nu de Noorse hoger beroepsrechter die ook feitenrechter is, niet was ingegaan op de essentie van de zaak en de klager met deze afdoening werd beperkt in zijn mogelijkheden om tegen deze uitspraak in cassatie te gaan.

2.2 Motiveringsplicht 6 EVRM bij verzoeken om uitleg EU-recht

Het EHRM heeft zich ook uitgelaten over de specifieke motiveringsplicht in zaken waarin is verzocht om uitleg van het EU-recht en de verwijzingsplichtige rechter door een partij is verzocht prejudicieel te verwijzen. Hoewel een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie op verzoek van een procespartij geen recht is, kan een ongemotiveerde rechterlijke weigering om prejudicieel te verwijzen volgens het EHRM wel in strijd komen met artikel 6 EVRM. Dit kwam aan bod in de zaak *Ullens de Schooten en Rezabak/België*³¹ en werd door het

EHRM bevestigd in de zaken *Vergauwen/ België*,³² *Ferreira Santos Pardal/Portugal*³³ en *Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*.³⁴ In al deze zaken nam het EHRM een motiveringsplicht aan en oordeelde het dat een verwijzingsplichtige nationale rechter een niet-verwijzing moet motiveren aan de hand van de zogenoemde *Cilfit*-criteria.³⁵ Op grond van deze criteria hoeft de nationale rechter niet te verwijzen als de opgeworpen vraag voor de uitkomst van het geschil irrelevant is, of als sprake is van een *acte éclairé* (punt 13: ‘wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest’) of een *acte clair* (punt 14: ‘wanneer er al vaste rechtspraak van het Hof bestaat over het punt waarop het geding betrekking heeft’) en punt 16: ‘de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident [is], dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost’). In de eerdergenoemde EHRM-arresten had de nationale rechter

de niet-verwijzing wel gemotiveerd en kwam het EHRM tot het oordeel dat aan de motiveringsplicht was voldaan.

Op 18 april 2014 overwoog het EHRM in het arrest *Dhahbi/ Italië*³⁶ voor het eerst dat het ongemotiveerd weigeren door de Italiaanse hoogste rechter prejudiciële vragen te stellen een schending was van artikel 6 EVRM (alook artikel 8 juncto artikel 14 EVRM). In deze zaak ging het om de weigering een gezinstoeslag toe te kennen aan de heer Dhahbi, een Tunesische werknemer – welke toeslag wel aan Italiaanse werknemers op grond van gelijke inkomensomstandigheden werd verleend – en de uitleg van het discriminatieverbod in artikel 65 van de Euro-Mediterrane overeenkomst tussen de EU en Tunesië³⁷, dat bij sociale zekerheid discriminatie tussen Tunesische werknemers en EU-burgers verbiedt. Hoewel de hoogste Italiaanse rechter, het *Corta suprema di cassazione*, gemotiveerd had geoordeeld dat het discriminatieverbod alleen ‘social security’ en niet ‘social-assistance benefits’ betrof, overwoog het EHRM dat het *Corta suprema di cassazione* verplicht was om ook het niet-stellen van prejudiciële vragen te motiveren; dat het Italiaanse arrest geen melding maakte van Dhahbi’s gemotiveerde verzoek om een prejudiciële verwijzing; dat de Italiaanse rechter niet motiveerde waarom hij afzag van het stellen van prejudiciële vragen en dat hij ook niet verwees naar rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit dit arrest kon volgens het EHRM niet worden afgeleid of het *Corta suprema di cassazione* beantwoording van de voorgestelde prejudiciële vraag niet relevant achtte voor de beslissing van het geschil, een *acte clair* of *acte éclairé* aannam, of het verzoek gewoon had genegeerd.

26 Wenders, D.W.M. (2010), *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures*, p. 107, met verwijzing naar onder meer: EHRM, *Helle/Finland*, 19 december 1997, nr. 20772/92 en *Hirvisaari/ Finland*, 27 september 2001, nr. 49684/99.

27 EHRM 27 augustus 2013, nr. 15909/13 *Van der Putten/Nederland* en nr. 12810/13, *Celik/Nederland*.

28 Conclusie van 18 juni 2015 in zaken 14/06561 en 14/06562, ECLI:NL:PHR:2015:996. (Arrest HR 25 September 2015, ECLI:NL:HR:2015:2796, AB 2015/417 m.nt. Ortlep.

29 EHRM 2 oktober 2014, nr. 15319/09

30 ABRvS 5 maart 2015, 201500670/1/V2, JV 2015/139, m.nt. Groenendijk.

31 EHRM 20 september 2011, nrs. 3989/07 en 38353/07, NJ 2012/679 m.nt. Alkema, AB 2012/26 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, FED 2013/32 m.nt. Thomas.

32 EHRM 10 april 2012, nr. 4832/04.

33 EHRM 4 september 2012, nr. 30123/10.

34 EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12, AB 2014/25, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, EHRC 2014/152 m.nt. Van Harten en Beijer.

35 Deze criteria zijn door het Hof van Justitie ontwikkeld in het *Cilfit*-arrest, HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81, *Cilfit / Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335: zie hoofdtekst par. 2.2.

36 EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09, AB 2015/44, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, NJB 2014/969, FutD 2014/1110, EHRC 2014/152 m.nt. Van Harten en Beijer.

37 *Euro-mediterrane overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Tunesië, anderzijds*, Publicatieblad Nr. L 097 van 30/03/1998 blz. 0002 – 0183.

Het EHRM oordeelde dat deze hoogste nationale rechter artikel 6, lid 1, van het EVRM had geschonden (alsook artikel 8 juncto artikel 14 EVRM, vanwege discriminatie op grond van nationaliteit tussen Dhahbi en werknemers van de lidstaten). Hieruit volgt dat het EVRM een verwijzingsplichtige nationale rechter verplicht om een voldoende gemotiveerd verzoek om een prejudiciële verwijzing te vermelden in zijn uitspraak en een weigering van de verwijzing te motiveren door in ieder geval aan te geven waarom verwijzing van de EU-vraag niet nodig is voor de beantwoording van de rechtsvraag, dan wel dat er sprake is van een *acte éclairé* of een *acte clair*.

In het arrest *Schipani/Italië*³⁸ kwam het EHRM eveneens, met verwijzing naar de *Dhahbi*-uitspraak, tot een schending van artikel 6 EVRM. Het EHRM stelde ten aanzien van één van de door de klagers voorgestelde en goed onderbouwde prejudiciële vragen vast, dat het niet uit de uitspraak van het Italiaanse Hof van Cassatie was af te leiden in hoeverre het had nagedacht over de relevantie van deze vraag voor de beoordeling van het geschil. Verder overwoog het EHRM dat het onduidelijk was of het Italiaans recht individuen voldoende mogelijkheden biedt om schadevergoeding te eisen wegens een nalaten van een rechter in laatste instantie een prejudiciële vraag te stellen. Krommendijk en Beijer merken hierover op dat zo'n schadevergoedingsprocedure binnen het Unierecht wel wordt gezien als een remedie voor de niet-naleving van de prejudiciële verwijzingsplicht door nationale rechters, maar dat deze procedure in de praktijk zelden door individuen is aangewend.³⁹

Sinds medio 2014 loopt nog een zaak bij het EHRM, waarin is geklaagd over de toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO door de Hoge Raad, die volgens klagers ten onrechte zou hebben nagelaten in te gaan op de voorgestelde prejudiciële vragen. In september 2015 stelde het EHRM in deze zaak aan de Nederlandse regering de volgende vraag:

'Was the Supreme Court's implicit refusal of the applicant's request – as contained in his written comments to the advisory opinion of the Advocate General – to seek a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union, in the specific procedural context and/or with a view to the reasoning underlying the request, compatible with the requirement to give reasons for judgments under Article 6 § 1 of the Convention?'⁴⁰

Gezien de samenhang tussen artikel 81 lid 1 RO en artikel 91, lid 2, Vw, zal het oordeel van het EHRM ook van belang zijn voor het vreemdelingenrecht.

2.3 EU-recht en motiveringsplicht bij verzoeken om uitleg

Het andere Europese Hof, het Hof van Justitie in Luxemburg, heeft herhaaldelijk geoordeeld dat rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen een verplichting hebben om prejudiciële vragen te stellen over de uitlegging van de voor het geschil relevante bepalingen van het Unierecht, onder voorbehoud van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende uitzonderingen (zie de hiervoor bij paragraaf 2.2 besproken

Cilfit-uitsonderingen). Op grond van deze rechtspraak geldt dat een regel van nationaal recht een nationale rechterlijke instantie niet mag beletten om gebruik te maken van die mogelijkheid en te voldoen aan die verplichting.⁴¹ De vraag of een nationale rechter bij het niet-verwijzen ook op grond van het EU-recht – artikel 267 VWEU en artikel 47 van het Handvest – dient te motiveren waarom – op z'n minst op basis van welke *Cilfit*-uitsondering – er niet wordt verwezen, heeft het HvJ EU nog niet zo expliciet beantwoord.⁴²

A-G bij het Hof van Justitie Bot concludeerde in de zaak *Ferreira-Da Silva*⁴³ dat het arrest *Cilfit* in ieder geval op de nationale rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen een verzwaard motiveringsvereiste legt wanneer zij ervan afzien om het Hof van Justitie een prejudiciële vraag voor te leggen.⁴⁴ Deze visie lijkt te worden gedeeld door het Hof van Justitie in de zaak *Association France Nature Environnement (AFNE)*⁴⁵, waarin dat Hof conform het *Cilfit*-arrest oordeelde dat de nationale rechter 'slechts van de plicht om een prejudiciële vraag te stellen is vrijgesteld indien zij ervan overtuigd is, *hetgeen zij uitvoerig moet aantonen* [curs. ES], dat over de uitvoering en toepassing van de voorwaarden die volgen uit het arrest van 28 februari 2012, *Inter-Environnement Wallonie en Terrewallonne (C-41/11)* *geen enkele twijfel* [curs. ES] bestaat.' Hoewel deze zaak specifiek ziet op de vraag of nationaal recht dat in strijd is met het Unierecht tijdelijk gehandhaafd kan worden (welke beoordeling aan het Hof van Justitie moet worden overgelaten), is in de wetenschappelijke literatuur wel betoogd dat deze motiveringsplicht als algemene verplichting geldt.⁴⁶

In de zaak *Aquino*⁴⁷, een verwijzing van de Belgische Raad van State, lag onder meer de vraag voor of een hoogste rechter een verzoek om prejudiciële vragen te stellen mag verwerpen op de enkele grond dat dit verzoek niet tijdig was ingediend en als enige reden voor het niet stellen van een prejudiciële vraag mag geven 'aangezien de middelen niet-ontvankelijk zijn wegens een aan de rechtspleging voor het Hof eigen reden'. Het Hof van Justitie is in haar uitspraak echter niet toegekomen aan de beantwoording van de vraag over de motivering van de afwijzing van een verzoek om een prejudiciële vraag te stellen, omdat de betreffende Belgische rechterlijke instantie niet in laatste aanleg rechtspraak en daarom niet verwijzingsplichtig was. Het Hof van Justitie overwoog wel dat een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie het Hof van Justitie geen prejudiciële vraag hoeft te stellen wanneer een cassatieberoep wordt verworpen op grond van niet-ontvankelijkheid, mits het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit zegt echter nog niets over wel ontvankelijke beroepen en evenmin over de plicht om te motiveren waarom er geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie wordt gesteld. Hiervoor zullen we vooralsnog te rade moeten gaan bij hetgeen het EHRM hierover zegt. Op grond van het eerdergenoemde artikel 52 lid 3 Handvest, zal het Hof van Justitie naar mijn idee niet een heel andere, minder beschermende, koers kunnen varen dan het EHRM.

38 EHRM 21 juli 2015, nr. 38369/09, EHRC 2015/203, nt. Beijer en Krommendijk onder EHRC 2015/209. Zie ook Krommendijk, "Open sesame!", Improving access to the ECJ by requiring national courts to reason their refusals to refer" in *European Law Review* 2017, 42(1), p. 46-62.

39 Krommendijk en Beijer, noot bij: EHRM 21 april 2015, 38044/12, EHRC 2015/209.

40 Klacht ingediend op 1 augustus 2014, EHRM 55385/14, *Baydar-Nederland*. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-158075>, n.a.v. HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:479.

41 HvJ EU 5 april 2016, zaak C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA – Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, pt. 32.

42 Van Harten en Beijer, noot bij EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09 (*Dhahbi-Italië*), EHRC 2014/152.

43 Conclusie van 11 juni 2015 in zaak C-160/14, ECLI:EU:C:2015:390, PARA. 90.

44 Zie uitgebreid H. Sevenster en C. Wissels, 'Laveren tussen Ferreira en Van Dijk', in: M. Bosma (e.a.) *Graag nog even bespreken*, Den Haag: Raad van State 2016, p. 83-93.

45 HvJ EU 28 juli 2016, C-379/15, AFNE, ECLI:EU:C:2016:603.

46 Zie onder meer Snoep, M. en Di Bella, L. 'Hof van Justitie neemt motiveringsplicht aan bij het niet-stellen van prejudiciële vragen' in *NJB* 2016/44.

47 HvJ EU 15 maart 2017 zaak C-3/16, *Aquino*, ECLI:EU:C:2017:209.

De verwijzing van het Hof naar het gelijkwaardigheidsbeginsel is relevant voor de wijze waarop de Nederlandse wetgever met artikel 91, lid 2, Vw specifiek het migratierecht uitzondert van het algemene bestuursrecht. In niet-vreemdelingenzaken worden procedures wel door twee rechterlijke (feiten)instanties gemotiveerd beoordeeld, terwijl derdelanders – waaronder ook Unieburgers – in vreemdelingenzaken dit recht op grond van artikel 91, lid 2, Vw niet hebben. Het is daarom de vraag of toepassing van artikel 91, lid 2, Vw niet in strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel. In dit verband is tevens van belang dat op grond van het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming hogere eisen worden gesteld aan het nationale procesrecht in zaken waarin het EU-recht in geschil is, dan in zaken betreffende het nationale recht.⁴⁸

3. Afdeling en Hoge Raad over Europese motiveringsplicht

De Afdeling heeft in een uitspraak van 5 maart 2015⁴⁹ geoordeeld over de motiveringsplicht bij verzoeken om prejudiciële verwijzing. De Afdeling leidt uit de EHRM-arresten *Ullens de Schooten en Rezabek/België, Vergauwen/België, Ferreira/Portugal* en *Dhahbi* af dat de verplichting om een afwijzing van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen, te motiveren een specifiek onderdeel is van de algemene plicht van rechters ingevolge artikel 6, eerste lid, van het EVRM om hun beslissingen te motiveren. In het kader van deze algemene motiveringsplicht verwijst de Afdeling naar het arrest *Hansen/Noorwegen*, waarin het EHRM heeft overwogen dat een (hoger) beroepsrechter niet verplicht is zijn uitspraak gedetailleerd te motiveren indien een (hoger) beroep met toepassing van een specifieke wettelijke bepaling wordt verworpen omdat het geen kans van slagen heeft. De Afdeling oordeelde dat dit arrest ook van toepassing is op een uitspraak op de voet van artikel 91, lid 2, Vw. Net als het Noorse stelsel dat in de zaak *Hansen* centraal stond, oordeelde de Afdeling dat bij een artikel 91, lid 2, Vw-afdoening de hoger beroepsrechter de zaak zelf onderzoekt en dat deze kan volstaan met de overweging dat het verzoek om prejudiciële vragen te stellen geen kans van slagen heeft, respectievelijk dat het hoger beroep niet kan leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.

De Afdeling zoekt ten onrechte aansluiting bij een arrest over de algemene motiveringsplicht en niet bij de door het EHRM ontwikkelde, specifieke motiveringsplicht bij vragen over uitleg van EU-recht.

De Afdeling oordeelde vervolgens dat de motiveringsplicht ten aanzien van verzoeken om prejudiciële vragen te stellen een specifiek onderdeel vormt van de algemene motiveringsplicht. Artikel 6, lid 1, van het EVRM zou zich ook niet verzetten tegen het afwijzen van een dergelijk verzoek met toepassing van een wettelijke bepaling. De vaststelling dat er geen sprake is van prejudiciële vragen waarvan beantwoording in het belang is van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin, zou impliceren dat zich in de

betreffende zaak een van de *Cifit*-situaties voordoet, waarmee vaststaat dat van het stellen van prejudiciële vragen kan worden afgezien. De Afdeling ziet geen aanleiding om in een artikel 91, lid 2, Vw-uitspraak te vermelden dat is verzocht om prejudiciële vragen te stellen en afzonderlijk te motiveren waarom een dergelijk verzoek is afgewezen en handhaaft deze afdoeningswijze.

Met een vergelijkbare motivering heeft de Hoge Raad zich in het arrest van 26 mei 2015 bij het oordeel van de Afdeling aangesloten, zij het toegespitst op artikel 80a Wet RO.⁵⁰ Nadien heeft A-G Wattel in een conclusie van 18 juni 2015 de Hoge Raad nog geprobeerd te verleiden een prejudiciële vraag te stellen, namelijk of:

'artikel 267 VwEU en/of artikel 47 van het Handvest zich ertegen verzet, gezien de EHRM-arresten *Celik, Ullens de Schooten, Vergauwen* en *Dhahbi*, dat een nationale hoogste rechter in een zaak waarin (een van) de partijen hem uitdrukkelijk heeft verzocht om prejudiciële vragen over de uitleg van het EU-recht te verwijzen, maar zulke vragen zijns inziens geen zin hebben, in verband met noodzakelijke werklastbeheersing dat verzoek ongemotiveerd passeert dan wel alle klachten in die zaak ineens vereenvoudigd afdoet met slechts één van de volgende [in artikel 80a of artikel 81 lid 1 Wet RO] wettelijke formules.⁵¹

De Hoge Raad heeft echter ook deze zaak bij uitspraak van 25 september 2015 ongemotiveerd afgedaan.⁵²

4. Kritiek op uitleg door Afdeling en Hoge Raad

De wijze waarop de Afdeling en de Hoge Raad beargumenteren dat verkorte afdoening op grond van artikel 91, lid 2, Vw dan wel artikel 81 RO niet in strijd is met de motiveringsplicht zoals volgt uit artikel 6 EVRM en het Unierecht, getuigt van een te restrictieve uitleg van het EVRM en van willekeur.

4.1 Restrictieve uitleg

De Afdeling overweegt op grond van het arrest *Hansen* dat 'een (hoger)beroepsrechter niet verplicht is zijn uitspraak *gedetailleerd te motiveren* [curs. ES], indien met toepassing van

een specifiek wettelijke bepaling een (hoger) beroep wordt verworpen (...) omdat het geen kans van slagen heeft.⁵³ Naar mijn mening geeft de Afdeling een te restrictieve uitleg aan de uit artikel 6 EVRM volgende motiveringsplicht. Dat een rechter niet verplicht is zijn uitspraak *gedetailleerd te motiveren*, betekent uiteraard nog niet dat een rechter een op de zaak toegespitste motivering geheel achterwege kan laten, zoals in artikel 91, lid 2, Vw-uitspraken gebeurt.

48 Claassen, 'De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?' in *NTM/NJCM-bull.* 2017/9, par. 4.3.

49 ABRvS 5 maart 2015, nr. 201500670/1/V2, m.nt. Groenendijk in *JV* 1015/139, *noot Pechler* in *FED* 2015/51 en *noot Barkhuysen* en *Van Emmerik* in *AB* 2015/305. Ook gepubliceerd in *NJB* 2015/610 en *JB* 2015/71.

50 Hoge Raad 26 mei 2015, nr. 14/02274, *NJB* 2015/1103.

51 Conclusie van 18 juni 2015 in zaken 14/06561 en 14/06562, ECLI:NL:PHR:2015:996.

52 HR 25 September 2015, ECLI:NL:HR:2015:2796, AB 2015/417 m.nt. Ortlep.

53 ABRvS 5 maart 2015, r.o. 1.5.

Ten tweede is het te beperkt om voor de uitleg van de motiveringsplicht alleen het arrest *Hansen* aan te halen. Dit arrest gaat namelijk niet over de motiveringsplicht bij verzoeken om prejudiciële vragen te stellen – er was in dat arrest ook geen verwijzingsplichtige rechter.⁵⁴ Dit arrest ziet op de algemene motiveringsplicht op grond van artikel 6 EVRM, zoals hiervoor beschreven in 2.1, en niet op de in 2.2. beschreven, ook in de EHRM-jurisprudentie ontwikkelde, specifieke motiveringsplicht ten aanzien van de uitleg van het EU-recht. Op geen enkele wijze blijkt dat het EHRM met het arrest *Hansen* een andere koers heeft ingezet inzake de specifieke motiveringsplicht. In dit arrest worden de eerdere arresten over de motiveringsplicht bij zaken waarin het Unierecht speelt niet genoemd, laat staan dat uit dit arrest kan worden opgemaakt dat het EHRM zijn lijn heeft verlaten.

Een minimumverplichting uit artikel 6 EVRM zou niet wegens werkbelasting opzij mogen worden gezet.

Pechler merkt op dat de nationale rechter bij afwijzing van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen nog steeds, ook na het arrest *Hansen*, de reden voor deze afwijzing moet aangeven, te weten: een prejudiciële vraag is niet noodzakelijk voor de beslechting van het geschil; of er is sprake van een acte éclairé of acte clair. Totdat het EHRM ondubbelzinnig anders beslist, ziet hij de *Cilfit*-verplichting als een bijzondere motiveringsplicht, met haar eigen eisen.⁵⁵ Reneman verwijst in dit verband naar het arrest *Dhahbi* waaruit blijkt dat het EHRM eist dat in een uitspraak expliciet op de *Cilfit*-criteria wordt ingegaan.⁵⁶ Dat er ook ten aanzien van de specifieke EU-motiveringsplicht dient te worden aangesloten bij de algemene motiveringsplicht, zoals de Afdeling overweegt, kan niet worden gevolgd. Immers, hiermee miskent de Afdeling dat het EHRM met betrekking tot de EU-motiveringsplicht juist een specifieke motivering vereist. Deze specifieke motiveringsplicht betekent dat uit de motivering van de rechter in ieder geval moet blijken dat is verzocht om uitleg van het EU-recht en, met eventuele verwijzing naar de toepasselijke *Cilfit*-grond, waarom dit verzoek wordt gepasseerd. De Afdelingsuitspraak van 5 maart 2015 heeft derhalve veel weg van het, mogelijk tegen beter weten in, opzetten van een doelredenering, gericht op de gewenste voortzetting van een praktijk die blijkens de (wel) relevante EHRM-jurisprudentie niet kan worden gehandhaafd. Nu uit een ongemotiveerde artikel 91, lid 2, Vw-afdoening niet eens blijkt dat een dergelijk verzoek is gedaan, laat staan dat blijkt waarom dit verzoek wordt gepasseerd, kan deze afdoening de toets aan artikel 6, lid 1, EVRM mijns inziens niet doorstaan. De restrictieve uitleg van artikel 6 EVRM blijkt ook uit het feit dat de Afdeling ten onrechte alleen maar verwijst naar de rechtspraak van het EHRM en, afgezien van de vermelding van artikel 47 Handvest, artikel 267 VWEU en het arrest *Cilfit*, dat niet gaat over de motiveringsplicht, in het geheel niet naar het Unierecht verwijst.⁵⁷ Groenendijk verwijst ook naar de ruimere

bescherming die artikel 47 van het Handvest op het punt van effectieve rechtsbescherming biedt dan het EVRM en de motiveringsplicht in het kader van het Unierecht.

De in paragraaf 2.3. beschreven Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en effectieve rechtsbescherming zijn van belang bij de vraag of toepassing van artikel 91, lid 2, Vw in zaken waarin door partijen is verzocht om een prejudiciële verwijzing, in overeenstemming is met het Unierecht.

4.2 Willekeur

De Migration Law Clinic benadrukt dat de Afdeling in sommige zaken wel uitgebreid motiveert waarom geen prejudiciële vraag wordt gesteld, terwijl andere zaken worden afgedaan met verwijzing naar artikel 91, lid 2, Vw.⁵⁸ Dit leidt tot een door artikel 6 van het EVRM verboden willekeur. De hiervoor aange-

haalde zaken, die de Afdeling op grond van artikel 91, lid 2, Vw afdoet, terwijl het in latere zaken wel oordeelt dat er prejudiciële vragen moeten worden gesteld, zijn voorbeelden van deze willekeur. De Migration Law Clinic concludeert ook dat de hoogste nationale rechters een plicht hebben om te motiveren op grond waarvan zij verzoeken om een prejudiciële verwijzing afwijzen en dat dit, ook in het kader van mogelijke schadelclaims op grond van schending van het Unierecht door de hoogste nationale rechters, essentieel is voor klagers. Bovendien achten constitutionele hoven van verschillende lidstaten het ongemotiveerd niet-verwijzen door hoogste rechters in strijd met hun respectievelijke constituties, die een inspiratiebron zijn voor de invulling van 'effectief rechtsmiddel' van artikel 47 van het Handvest.⁵⁹

5. Hoe nu verder met de ongemotiveerde uitspraken?

Nu zowel de Afdeling als de Hoge Raad geen prejudiciële vraag over mogelijke strijd tussen het Unierecht en het ongemotiveerd afdoen van zaken op grond van artikel 91, lid 2, Vw dan wel artikel 81 RO aan het HvJ EU voorleggen, blijft onduidelijk hoe het Hof van Justitie hierover zou hebben geoordeeld. Met drie andere advocaten die werkzaam zijn in het fiscaal recht en strafrecht heb ik daarom een klacht ingediend bij de Europese Commissie en deze verzocht een inbreukprocedure tegen Nederland in te leiden.⁶⁰ Ten tijde van het afronden van dit artikel loopt deze klacht nog en is het onbekend of de Europese Commissie inderdaad een inbreukprocedure tegen de Nederlandse staat zal inleiden.

Het is duidelijk dat met de invoering van artikel 91, lid 2, Vw voor het vreemdelingenrecht wordt afgeweken van de motiveringsplicht, een fundamenteel uitgangspunt in de bestuursrechtspraak. Waar binnen het bestuursrecht het recht bestaat op een gemotiveerde rechterlijke beslissing in twee instanties, geldt dit niet voor vreemdelingen, waaronder

54 Zie ook Pechler in FED 2015/51. Hij wijst erop dat in *Hansen* geen verwijzing is opgenomen naar *Dhahbi* en gelijksoortige arresten.

55 Noot in FED 2015/51 van Pechler.

56 M. Reneman, 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken om prejudiciële vragen in JNVR 2015/4. Zo ook Claassen in De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?' in: *NTM/NJCM-bull.* 2017/9.

57 Groenendijk in de annotatie bij ABRvS 5 maart 2015, nr. 201500670/1/V2, JV 1015/139.

58 Zie Migration Law Clinic, expert-opinie van juli 2016: 'In the light of the unity and development of law and legal protection. Does the Dutch Council of State violate EU law if it fails to state the reasons for a rejection of a request for a preliminary reference?', <https://bit.ly/2GNSHd8>.

59 Zie ook: Claassen (2017), 3.2.

60 Zie <http://www.advocatenblad.nl/2017/03/28/klacht-bij-europese-commissie-door-ongemotiveerde-uitspraken-rechters/>.

ook Unieburgers uit andere lidstaten, die procederen over het vreemdelingenrecht. Dit schuurt met het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel.

Een minimumverplichting uit artikel 6 EVRM zou mijns inziens niet op grond van argumenten die zien op het managen van de werkbelasting opzij mogen worden gezet. Het is bovendien de vraag of de artikel 91, lid 2, Vw-afdoening tot veel minder werkbelasting leidt. Nog daargelaten dat sprake is van veel minder procedures dan bij de invoering van artikel 91, lid 2, Vw was voorzien, liggen aan de afdoening van die zaken bovendien inhoudelijke notities ten grondslag die worden beoordeeld door meerdere Staatsraden. Levert het dan zoveel meerwerk op deze notities om te zetten in een uitspraak, waarin de betreffende punten, eventueel zeer kort met verwijzing naar eerdere jurisprudentie, worden afgedaan? Nu beheersing van de werkbelasting van rechters in het vreemdelingenrecht minder een rol lijkt te spelen, kan afschaffing van de mogelijkheid van het ongemotiveerd afdoen worden overwogen.

Met het afschaffen van artikel 91, lid 2, Vw zou het vreemdelingenrecht in lijn worden gebracht met het algemeen bestuursrecht. Bovendien zou het recht van partijen om te weten waarom ze in het ongelijk zijn gesteld worden gewaarborgd, de acceptatie van de uitspraak verhoogd, en de rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsontwikkeling gediend. Ook wordt hiermee voorkomen dat er mogelijk fouten sluipen in de afdoening van zaken, doordat de Afdeling bepaalde grieven niet heeft gezien, en wordt de schijn tegengegaan dat zij zich over bepaalde grieven niet heeft willen uitlaten. Hiermee wordt de afdoening van uitspraken ook in lijn gebracht met Europese eisen en wordt voorkomen dat het EHRM en het HvJ EU Nederland veroordelen wegens strijd met art. 47 van het EU Handvest, zoals ook procedures over onrechtmatige rechtspraak worden voorkomen.⁶¹

61 Dit zijn de zogenoemde *Köbler*-procedures: op basis van de *Köbler*-uitspraak (HvJ EU 30 september 2003, C-224/01) kunnen individuen schadevergoeding krijgen op grond van staatsaansprakelijkheid, wanneer een nationale rechter ten onrechte besluit geen prejudiciële vragen te verwijzen. Zie hierover Claassen (2017), 2.2, waarbij ook wordt verwezen naar de recente zaak die is ingediend door het *Public Interest Litigation Project* (PILP) van het NJCM over Afghaanse 1F'ers, zie <https://bit.ly/2qmfQO>.

Zolang de wetgever artikel 91, lid 2, Vw niet afschaft, pleit ik ervoor om deze bepaling zeer beperkt toe te passen – en enkel in zaken waarin vragen spelen die de Afdeling reeds in een eerdere uitspraak uitgebreid gemotiveerd heeft behandeld. Indien uitleg is gevraagd van het EU-recht, dient de Afdeling in ieder geval te motiveren waarom de betreffende regel van EU-recht niet van toepassing, dan wel een acte éclairé of acte clair is. Dit kan eventueel door een eenvoudige verwijzing naar de uitleg in een eerdere uitspraak van de Afdeling of het HvJ EU. Naar mijn mening handelt de Afdeling met deze werkwijze niet in strijd met de wet, meer in het bijzonder met artikel 91, lid 2, Vw, maar juist in lijn met de wetsgeschiedenis en ratio hiervan en wordt een mogelijk nieuwe veroordeling door het EHRM dan wel het HvJ EU voorkomen.

Baydar – art. 81 Wet RO niet in strijd met art. 6 EVRM

Bij het ter perse gaan van dit nummer werd bekend dat het EHRM op 24 april jl. uitspraak heeft gedaan in de zaak Baydar tegen Nederland (zaaknr. 55385/14). Het EHRM oordeelt dat artikel 81 Wet RO niet in strijd is met artikel 6 lid 1 EVRM. Omdat het gaat om een cassatieberoep dat wordt beoordeeld door drie leden van de Hoge Raad, die niet alleen de beroepsgronden met het prejudiciële verzoek maar ook de conclusie van de A-G en de reactie van de klager hebben betrokken, neemt het EHRM geen schending van artikel 6 EVRM aan.

Dit betekent naar mijn mening niet dat ook de artikel 91 lid 2-afdoening door de Afdeling de artikel 6 EVRM-toets zal doorstaan, want hierin gaat het niet om een cassatierechter, wordt enkel door één staatsraad uitspraak gedaan en is geen conclusie van een A-G betrokken.

(ES)