

1. De Afdeling geeft met deze overzichtsuitspraken gevolg aan mijn oproep in het, ook als voetnoot bij deze uitspraken aangehaalde, A&MR-artikel "*Afdeling: speel open kaart en motiveer!*" (A&MR 2018, nr. 4, ve18001022). Met deze uitspraken gaat de Afdeling uitgebreid in op de in artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000 (verder: artikel 91.2 Vw) geboden mogelijkheid vreemdelingenzaken zonder (nadere) motivering – in de woorden van de Afdeling: met verkorte motivering – af te doen. Met deze uitspraken speelt de Afdeling open kaart en motiveert waarom en in welke gevallen zij vindt dat zij niet hoeft te motiveren, waarbij een aantal al ingezette of nog in te zetten wijzigingen met betrekking tot deze afdoeningspraktijk wordt benoemd. Deze uitspraken leiden echter op zichzelf niet tot een beter of vaker motiveren, alhoewel ook dat - na de bespreking van deze uitspraken tijdens een bijeenkomst bij de Afdeling - mogelijk gaat veranderen.

2. Deze uitspraken volgen op een discussie die al veel langer in de rechtspraktijk wordt gevoerd, waarin het met name gaat over de verhouding van ongemotiveerde uitspraken tot de motiveringsplicht die volgt uit de artikelen 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het EU Handvest. Deze discussie wordt zowel gevoerd ten aanzien van de ongemotiveerde artikel 91.2 Vw-uitspraken van de Afdeling als ten aanzien van de ongemotiveerde artikel 80a van de Wet RO-arresten door de Hoge Raad, en niet alleen in de advocatuur, maar ook in de wetenschap<sup>1</sup> en de rechtspraak zelf<sup>2</sup>.

3. In deze uitspraken gaat de Afdeling nader in op artikel 91.2 Vw, de totstandkoming van die bepaling, het feit dat het hoger beroep in vreemdelingenzaken minder processuele waarborgen kent, de manier waarop zij deze bepaling al dan niet toepast en hoe de toepassing van deze bepaling zich verhoudt tot het Unierecht en het EVRM. In deze noot ga ik achtereenvolgens in op de lagere rechtsbescherming in vreemdelingenzaken dan in andere bestuursrechtelijke zaken (4-5), de verschillende motiveringen in het vreemdelingenrecht (6-8), de in de uitspraak genoemde categorieën waarin de Afdeling artikel 91.2 Vw al dan niet toepast (9-13), de wijzigingen in de 91.2 Vw-afdoening (14-18) en hoe deze afdoening zich verhoudt tot het Unierecht en het EVRM (19-24).

#### *Minder waarborgen vreemdelingenzaken*

4. Het vreemdelingenrecht wijkt in hoger beroep op verschillende punten ten nadele van de vreemdeling af van het algemene bestuursprocesrecht. Naast de mogelijkheid vreemdelingenzaken ongemotiveerd af te doen, geldt onder meer de mogelijkheid om deze zaken enkelvoudig en buiten zitting af te doen zonder dat daartegen verzet mogelijk is, het grievenstelsel en het uitsluiten van de mogelijkheid tot herstel van aan het hoger beroepschrift klevende formele gebreken (dus geen hoger beroep op nadere gronden). Verder worden de 91.2 Vw-uitspraken niet meer gepubliceerd en is ook in die zin voor het publiek niet inzichtelijk wat er is gebeurd. In deze uitspraken wordt het ontbreken van deze waarborgen gerechtvaardigd met de argumenten dat in vreemdelingenzaken in veel gevallen het indienen van een aanvraag reeds tot materiële (verblijfs)aanspraken leidt, dat in asielzaken de tijd veelal in het voordeel van de vreemdeling werkt en dat rechtsmiddelen in bijna 100% van de gevallen ook worden aangewend. Dit alles leidt tot zeer grote aantallen zaken – ook al wordt onderkend dat deze aantallen een stuk minder zijn dan bij de invoering van artikel 91.2 Vw werd verwacht - en daarmee tot een lange gemiddelde procedureduur.

5. Hier tegenover dient naar mijn mening echter te worden geplaatst dat het in het vreemdelingenrecht vaak meer dan in andere bestuursrechtelijke zaken gaat over eerbiediging van fundamentele mensenrechten, waarin adequate rechtsbescherming een nog fundamentele rol vervult dan in menig andere bestuursrechtelijke zaak. Het belang bij een gemotiveerde uitspraak is in vreemdelingenzaken minstens even groot en wellicht, gelet op de voorgaande fundamentele aspecten, zelfs nog meer gerechtvaardigd. De interessante vraag of dit onderscheid, dat ziet op het soort zaken en niet direct op de hoedanigheid van vreemdeling, ook objectief gerechtvaardigd is, dan

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld Jasper Krommendijk "Open Sesamel!": Improving acces tot he ECJ by requiring national courts to reason their refusals to refer', *European Law Review* 2017, Jesse Claassen 'De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?', *NTM/NJCM-bull.* 2017/9, Martijn Snoep & Laura Di Bella 'Hof van Justitie neemt motiveringsplicht aan bij het niet-stellen van prejudiciële vragen', *NJB 44, 16 december 2016* en specifiek voor het vreemdelingenrecht het rapport van de Migration Law Clinic '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?', juli 2016, en Marcelle Reneman 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken om prejudiciële vragen', *JNVR* 2015-4, p. 26-35.

<sup>2</sup> Zie de conclusie van AG Wattel van 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2304, waarin de Hoge Raad wordt geadviseerd prejudiciële vragen over deze ongemotiveerde afdoening in verhouding tot art. 267 VwEU en/of art. 47 van het Handvest te stellen.

wel neerkomt op een verboden indirecte discriminatie, gaat de reikwijdte van deze noot te buiten en zal ik niet verder behandelen. Ik ga in deze noot wel in op de vraag of de in deze uitspraken aangevoerde werklastbeheersing voldoende reden is om af te wijken van de motiveringsplicht die volgt uit het Unierecht en het EVRM.

#### *Artikel 91.2 Vw-motivering vs. uitgebreide motivering*

6. De Afdeling plaatst in deze uitspraken het verkort motiveren – waarmee zij doelt op het enkel opnemen van de standaard artikel 91.2 Vw-overweging – tegenover het uitgebreide(re) motiveren en oordeelt dat deze ten dienste van elkaar staan (r.o. 10.2). De rechtspraak is er volgens de Afdeling bij gebaat dat het aantal zaken waarin de Afdeling uitvoerig motiveert beperkt blijft, zodat daarmee het belang van die uitspraken voor de rechtspraak op voorhand duidelijk is (r.o. 10.4).

7. Ik meen allereerst dat de artikel 91.2 Vw-motivering in deze uitspraken ten onrechte als “verkorte motivering” wordt geduid. Nu hieruit op geen enkele wijze blijkt hoe de zaak is beoordeeld, waarom de grieven niet kunnen leiden tot vernietiging van de uitspraak (en geen sprake is van vragen in het belang van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming) en zelfs niet blijkt dat alle grieven zijn gezien, wordt deze motivering – in de woorden van Feteris<sup>3</sup> – eufemistisch verkort motiveren genoemd, terwijl inhoudelijk gezien eigenlijk geen motivering wordt gegeven. In de woorden van de NOvA komt dit neer op “non-motivering”, “een ernstige en principiële inbreuk op de motiveringsplicht als waarborg voor goede rechtspraak”<sup>4</sup>.

8. Verder merk ik op dat het naast elkaar zetten van een artikel 91.2 Vw-motivering en een uitgebreide motivering miskent dat er ook genoeg gevallen zijn waarin wel met een korte motivering, dus tussen artikel 91.2 Vw en uitgebreid motiveren in, kan worden volstaan. Ik denk aan een uitspraak waarin wordt volstaan met een verwijzing naar een andere uitspraak waarin de grief al gemotiveerd is behandeld of wordt volstaan met de opmerking dat de andere, niet bestreden, gronden de afwijzing reeds kunnen dragen. Ook dit maakt duidelijk welke zaken, namelijk de wel uitgebreid gemotiveerde zaken, zaaksoverstijgend zijn. De vraag is of deze wijze van motivering met de uitgebreide notities die volgens deze uitspraken aan elke uitspraak, ook de artikel 91.2 Vw-uitspraken, ten grondslag liggen, zoveel meerwerk oplevert, terwijl het wel meer kwaliteit – inzicht in de beoordeling en het vast kunnen stellen dat de grieven ook gezien en beoordeeld zijn – oplevert. Op de bijeenkomst bij de Afdeling over deze uitspraken leek de Afdeling welwillend dit punt op te pakken. De Afdeling gaat nu onderzoeken of zij ook in artikel 91.2 Vw-uitspraken wat meer inzicht kan gaan geven met een (echte) verkorte motivering en/of bijvoorbeeld vermelding van de categorie waarin de artikel 91.2 Vw-afdoeing valt (zie punten 11 en 18 van deze noot).

#### *Het al dan niet toepassen van artikel 91.2 Vw*

9. Artikel 91.2 Vw wordt toegepast in zaken waarin de grieven niet tot vernietiging van de uitspraak kunnen leiden én geen vragen bevatten die in het kader van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven. Als de grieven dus wel kunnen slagen én tot vernietiging van de uitspraak leiden, dan wel de grieven niet slagen, maar er wel vragen zijn die vallen in voornoemde kaders en beantwoording behoeven, wordt artikel 91.2 Vw niet toegepast. De Afdeling geeft in deze uitspraken (r.o. 11–16.4) aan wat er wordt bedoeld met ‘rechtseenheid’, ‘rechtsontwikkeling’ en ‘rechtsbescherming in algemene zin’ en geeft verschillende voorbeelden van zaken die daaronder vallen en uitgebreider worden gemotiveerd.

10. De enige kanttekening die ik hierbij plaats is dat het mij niet duidelijk is wat de Afdeling bedoelt met de opmerking dat met de term ‘rechtsbescherming in algemene zin’ wordt bedoeld op zaaksoverstijgende kwesties – vragen moeten niet alleen voor een concreet geval van belang zijn, maar zich ook in veel andere zaken voor (kunnen) doen (r.o. 11.3) -, maar dat dit niet betekent dat de Afdeling geen oog heeft voor individuele rechtsbescherming (r.o. 12). De Afdeling vervolgt met de opmerking dat artikel 91.2 Vw niet wordt toegepast als de individuele rechtsbescherming in gevaar komt (r.o. 13). In het voorbeeld dat de Afdeling hierbij geeft (uitspraak van 5 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2706) komt de Afdeling nu juist tot het oordeel dat de grieven slagen en leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak. In dat geval kom je dus niet eens toe aan een beoordeling van de rechtsbescherming, in algemene noch in individuele zin. De overige in de uitspraken aangehaalde voorbeelden zien voor zover ik kan beoordelen evenmin op de individuele

3 ‘Beroep in cassatie in belastingzaken, Kluwer 2014, p. 42.

4 Advocatenblad 1986, p. 387 e.v.

rechtsbescherming en het is mij niet duidelijk wanneer specifiek de individuele rechtsbescherming ondanks dat de grieven niet kunnen slagen voor de Afdeling toch tot een gemotiveerde uitspraak leidt.

11. Als voorbeelden van zaken waarin de Afdeling artikel 91.2 Vw juist wel toepast worden de zaken genoemd met zwakke argumenten, met grieven die al in een andere uitspraak gemotiveerd zijn beantwoord, met grieven die niet afdoen aan gronden die de afwijzing/bewaring zelfstandig kunnen dragen en grieven waarin niet is geconcretiseerd wat er mis is met de overwegingen van de rechtbank. Een andere 91.2 Vw-categorie betreft de zaken waarin klachten weliswaar wél terecht zijn voorgedragen, maar niet tot een andere uitkomst of een voor de vreemdeling materieel beter resultaat kunnen leiden. Dit laatste geldt bijvoorbeeld bij een onjuist dictum in de rechtbank-uitspraak – het beroep niet-ontvankelijk in plaats van ongegrond is -, maar ook als terecht wordt geklaagd over de motivering van de rechtbank en als de rechtbank inmiddels verlaten rechtspraak heeft toegepast, terwijl de nieuwe lijn of een andere motivering geen gunstiger resultaat oplevert.

12. De Afdeling ziet ook in dat over met name de 91.2 Vw-zaken waarin wel sprake is van een onjuistheid in de rechtbank-uitspraak onvrede kan bestaan. De Afdeling rechtvaardigt dit met de argumenten dat de vreemdeling materieel niet beter wordt van een correctie en het ook voor de rechtspraak geen toegevoegde waarde heeft, omdat moet worden aangenomen dat die in het algemeen bekend is met de geldende rechtspraaklijnen van de Afdeling (r.o. 27.2). De Afdeling merkt verder op dat uit een 91.2 Vw-uitspraak niet kan worden afgeleid dat de Afdeling een door de rechtbank geformuleerde lijn, conclusie of overweging deelt en dat die oordelen alleen kunnen worden ontleend aan Afdelingsuitspraken met een daarop toegespitste motivering (r.o. 29). De Afdeling eindigt met de opmerking dat de 91.2 Vw-toepassing weinig zegt over de inhoudelijke kwaliteit van het ingediende hogerberoepschrift, van de bestuurlijke besluitvorming of de verleende rechtsbijstand, maar wel veel zegt over het niveau van rechtsbescherming dat de rechtbanken bieden (r.o. 29.1).

13. De overweging dat de vreemdeling materieel niet beter wordt van een correctie van een onjuiste uitspraak overtuigt naar mijn mening niet, omdat het niet alleen gaat om een materieel beter resultaat, maar ook om het kunnen begrijpen waarom de uitkomst van het geschil is zoals deze is, temeer als deze negatief is. Ook de rechtspraak kan hiermee op een dwaalspoor worden gezet, omdat nog altijd bij velen de idee leeft dat de rechtbank-uitspraak in stand is gelaten en daarom wel juist zal zijn. In ieder geval is in deze situatie de rechtbank die de bestreden uitspraak heeft gedaan kennelijk niet bekend met de geldende rechtspraaklijnen – ondanks de in de overzichtsuitspraken vermelde hoge kwaliteit van de rechtbank-uitspraken - en is het ook voor deze rechtbank leerzaam om te weten waar het fout is gegaan, zodat dit in de toekomst kan worden voorkomen. Dit is naar mijn mening ook in het belang van de rechtszekerheid en rechtseenheid.

#### *Wijzigingen in de 91.2 Vw-afdoening*

14. In deze uitspraken wordt gememoreerd dat de Afdeling een ontwikkeling heeft doorgemaakt, onder meer door minder streng te zijn waar het gaat om artikel 85 Vw en de eisen waaraan het hoger beroep moet voldoen. Hoger beroepschriften die maar net de ontvankelijkheidsdrempel halen, zullen wel eerder worden afgedaan met toepassing van artikel 91.2 Vw (r.o. 7.4). Ik meen dat deze laatste situatie in ieder geval niet als winst in de zin van rechtsbescherming is aan te merken, nu in beide gevallen – toepassing artikel 85 Vw en toepassing artikel 91.2 Vw – geen inhoudelijke motivering wordt gegeven.

15. Een andere in de uitspraken vermelde recente positieve ontwikkeling is dat door de staatssecretaris ingestelde hoger beroepen, vooral recent, strenger worden beoordeeld. Toepassing van artikel 91.2 Vw ligt in de rede wanneer de staatssecretaris in beroep geen verweerschrift heeft ingediend en ook niet ter zitting bij de rechtbank is verschenen en in hoger beroep argumenten aanvoert die hij ook al bij de rechtbank had kunnen en dus had moeten aanvoeren (r.o. 26). Dit geldt ook voor het geval dat de staatssecretaris geen gebruik maakt van een door de rechtbank uitdrukkelijk geboden gelegenheid om een geconstateerd gebrek in het besluit te herstellen, maar in plaats daarvan probeert het gebrek in hoger beroep alsnog te herstellen. Hiermee gaat de staatssecretaris voorbij aan de plicht om zorgvuldig en doelmatig om te gaan met rechtsmiddelen en zo min mogelijk een beroep te doen op schaarse rechterlijke capaciteit, wat door de Afdeling onwenselijk wordt geacht en in welke situaties nu vaker artikel 91.2 Vw wordt toegepast (r.o. 26.1).

16. Tot slot geeft de Afdeling - om aan de rechtspraak tegemoet te komen - aan dat met ingang van deze overzichtsuitspraken in gevallen waarin klachten over een onjuistheid in een uitspraak

terecht zijn voorgedragen, maar de Afdeling toch artikel 91.2 Vw toepast, per geval gaat beoordelen of vergoeding van proceskosten voor het instellen van hoger beroep is aangewezen (r.o. 27.3). Nog daargelaten dat onduidelijk is op basis van welke nadere criteria dit “per geval” wordt beoordeeld, is dit naar mijn mening slechts een hele kleine pleister op een grote wond. Immers, ook in die gevallen blijft het bij het enkel opnemen van de artikel 91.2 Vw-motivering onduidelijk over welke onjuistheid terecht is geklaagd – temeer als over meerdere onjuistheden is geklaagd – en waarom ondanks deze onjuistheid het hoger beroep toch niet slaagt en leidt tot vernietiging van de uitspraak. Zoals eerder aangegeven lijkt het mij in deze gevallen juist in het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid dat duidelijk wordt wat er fout en het liefst ook wat er goed is gegaan in de bestreden uitspraak, waarover terecht en het liefst ook waarover ten onrechte wordt geklaagd.

17. Met deze overzichtsuitspraken is de discussie en bestaande onvrede in de rechtspraak nog niet beslecht. De voorzitter van de Afdeling heeft hierin aanleiding gezien om mensen uit de advocatuur, rechterlijke macht, wetenschap en IND uit te nodigen om hierover op 15 mei jl. het gesprek aan te gaan. Op deze bijeenkomst bleek dat de onvrede over de 91.2 Vw-praktijk zich nog steeds en niet alleen binnen de advocatuur, maar ook binnen de rechterlijke macht, wetenschap en IND, manifesteert. Er werd door de voorzitter verwezen naar andere rechtsstelsels binnen de EU, waarin bijvoorbeeld geen sprake was van twee rechterlijke instanties of een verlofstelsel, waarin soms nog minder rechtsbescherming wordt geboden. Dit laat naar mijn mening onverlet dat, in tegenstelling tot die rechtsstelsels en bijvoorbeeld ook de cassatierechtspraak, de Nederlandse wetgever voor vreemdelingenzaken uitdrukkelijk heeft gekozen voor een hoger beroep met een *full jurisdiction*-hoger beroepsrechter. De Afdeling is dan ook verplicht om alle hoger beroepszaken volledig aan de hand van de grieven, inclusief de feiten, te beoordelen en heeft niet het recht gekregen alleen zaken die zij van belang acht voor de rechtseenheid, -ontwikkeling en -bescherming te selecteren en alleen in die geselecteerde zaken gemotiveerd uitspraak te doen. Ook alle wellicht meer casuïstische zaken zonder zaaksoverstijgende belangen hebben recht op een gemotiveerde uitspraak. Met een gemotiveerde uitspraak voorkom je ook het gevoel dat de Afdeling zich om oneigenlijke redenen, bijvoorbeeld door de grote hoeveelheid zaken en productiedruk – een belangrijke reden voor het invoeren van artikel 91.2 Vw! – of bij ingewikkelde zaken het kiezen van de makkelijke weg, de zaak zonder motivering afdoet. Dit alles neemt niet weg dat het naar mijn mening lovenswaardig is dat de Afdeling haar maatschappelijke positie onderkent en dat de eerste positieve stappen zijn gezet met deze overzichtsuitspraken en de bereidheid ook daarna, in de hier vermelde bijeenkomst, de discussie hierover aan te gaan.

18. De voorzitter gaf bij het afronden van deze – al dan niet toevallig op Verantwoordingsdag voor de Rijksoverheid - gehouden bijeenkomst aan dat wordt nagedacht over de vraag of aan de geuite wensen tot bijstelling van de 91.2 Vw-praktijk tegemoet kan worden gekomen. Meer concreet werd aangegeven dat gekeken wordt naar mogelijkheden ook 91.2 Vw-zaken iets van motivering mee te geven, althans duidelijk te maken in welke categorie de afdoening moet worden geplaatst. Dit zou een goede stap zijn in de richting van het beter motiveren van zaken die zich daar nu volgens de Afdeling nog niet voor lenen en meer begrip en vertrouwen in de rechtspraak opleveren.

#### *De motiveringsplicht op grond van het Unierecht en het EVRM*

19. De Afdeling heeft eerder<sup>5</sup>, evenals de Hoge Raad<sup>6</sup>, al geoordeeld dat artikel 6 van het EVRM, gelezen in samenhang met artikel 13 van het EVRM en artikel 47 van het EU Handvest, er niet toe verplicht dat zij een afwijzing van een verzoek prejudiciële vragen te stellen aan het EU Hof van Justitie (verder: het Hof) motiveert. In deze uitspraken wordt erkend dat artikel 6 van het EVRM rechters verplicht tot het motiveren van hun beslissingen, alhoewel de mate waarin kan verschillen. Verder wordt met verwijzing naar verschillende EHRM-arresten (*Ullens de Schooten en Rezabak, Vergauwen, Ferreira en Dhahbi, ve14000739*) bovendien erkend dat de weigering een prejudiciële vraag te stellen gemotiveerd moet worden aan de hand van de toepasselijke (*Cifit, ve06001411*) normen op grond waarvan van het stellen van zo'n vraag kan worden afgezien. De afwijzing van zo'n verzoek om uitleg van het Unierecht is volgens de Afdeling een specifiek onderdeel van de algemene motiveringsplicht voor rechters. Vervolgens wordt verwezen naar een arrest over de algemene motiveringsplicht, *Hansen*, dat betrekking heeft op het Noorse verlofstelsel. In dit arrest oordeelt het EHRM dat een verzoek om verlof met toepassing van een wettelijke bepaling kan worden verworpen. Nu dit volgens de Afdeling overeenkomt met het stelsel van hoger beroep in vreemdelingenzaken, is

5 Uitspraak van 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:785, JV 2015/139 m.nt. C.A. Groenendijk, ve15000461.

6 Arresten van 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1332 en 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2796.

dit volgens de Afdeling ook van toepassing op een 91.2 Vw-uitspraak en kan ook in vreemdelingenzaken worden volstaan met een beknopte motivering.

20. Ondanks de vele – in mijn ogen goed onderbouwde en terechte – kritiek op deze benadering door de Afdeling en Hoge Raad handhaaft de Afdeling deze lijn. Mijn kritiek ziet erop dat de Afdeling weliswaar aangeeft dat voor de afwijzing van een prejudicieel verzoek een specifiek onderdeel van de algemene motiveringsplicht geldt, maar dat vervolgens ten onrechte niet aan deze specifieke EU-motiveringsplicht – zoals is uitgelegd in de verschillende hiervoor genoemde EHRM-arresten – wordt getoetst, maar enkel aan één arrest (*Hansen*), dat juist niet gaat over deze specifieke motiveringsplicht (want geen toepassing van EU-recht). Voorts oordeelt het EHRM in dit arrest zelfs dat, nu het daar gaat om een feiten (*full jurisdiction*) rechter – evenals de Afdeling –, het EHRM er niet van overtuigd is dat *the High Court's reasoning did address the essence of the issue to be decided by it in a manner that adequately reflected its role at the relevant procedural stage as an appellate court entrusted with full jurisdiction and that it did so with due regard to the applicant's interests* en zelfs een schending van artikel 6 van het EVRM aanneemt. Na dit arrest heeft Noorwegen voor deze zaken alsnog een motiveringsplicht in de nationale wetgeving opgenomen. Het is derhalve bijna ironisch te noemen dat juist dit arrest, waarin op grond van een motiveringsgebrek zelfs tot een schending van artikel 6 EVRM wordt gekomen, door de Afdeling wordt gebruikt om de bestaande rechtspraak van niet-motiveren te verdedigen.

21. De Afdeling verwijst in de hier besproken overzichtsuitspraken verder ter rechtvaardiging van de artikel 91.2 Vw-afdoening naar een arrest van het Luxemburgse Hof, *Aquino*. Echter, nog daargelaten dat het Hof zich in die zaak niet heeft uitgelaten over de motiveringsplicht door de hoogste nationale rechter, ging het in die zaak om een niet-ontvankelijk beroep – in die zaak vanwege een na het verstrijken van de termijn ingediend processtuk –. Evenals in het Nederlandse recht wordt bij niet-ontvankelijkheid niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de grieven en hoeft de afdoening van de grieven dus ook niet inhoudelijk gemotiveerd te worden. Bij toepassing van artikel 91.2 Vw worden de grieven nu juist wel beoordeeld en geldt de motiveringsplicht dus onverkort. Verder gaat de Afdeling niet in op een ander arrest van het Hof van 28 juli 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, waarin het Hof oordeelt dat het ontbreken van twijfel over de uitleg of juiste toepassing van het Unierecht door de nationale rechter uitvoerig moet worden aangetoond. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of deze uitgebreide motiveringsplicht alleen geldt voor de situatie als daar aan de orde – voorlopige handhaving van bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met het Unierecht –, of breder geldt. In ieder geval lijkt mij het antwoord op de vraag naar de reikwijdte van dit arrest niet buiten redelijke twijfel en ligt het in de rede ook dit arrest te betrekken bij de vraag naar de motiveringsplicht bij het niet stellen van prejudiciële vragen.

22. Tot slot verwijst de Afdeling naar de EHRM-arresten *Baydar* en *Somorjai*, waarin het EHRM een verkorte motivering gerechtvaardigd achtte. Het EHRM achtte in de context van die specifieke zaken een uitgebreidere motivering inderdaad niet nodig. Het EHRM betrok in de *Baydar*-zaak, die gaat over de ongemotiveerde afdoening door de Nederlandse Hoge Raad, van belang dat het gaat om een cassatiezaak – na beoordeling door twee rechterlijke instanties – die door drie leden van de Hoge Raad is beoordeeld en dat de AG uitdrukkelijk is ingegaan op de door appellant aangekaarte aspecten. *“In these circumstances the Court is satisfied that the Supreme Court has duly examined the grounds of the applicant's appeal on points of law.”* Met dit arrest kan mijns inziens dan ook niet worden geoordeeld dat een niet-cassatierechter als de Afdeling, die in een groot deel van de zaken met slechts één staatsraad uitspraak doet en waarin niet een dergelijke conclusie van de AG ligt, zaken ongemotiveerd kan afdoen. In de zaak *Somorjai*, waarin twee *dissenting* rechters wel tot een schending van artikel 6 EVRM kwamen, werd door het EHRM van belang geacht dat de verzoeker niet had gevraagd om een prejudiciële verwijzing en niet had gemotiveerd dat sprake was van een schending van het Unierecht. *Under these circumstances and in connection with these aspects* was volgens de meerderheid van de EHRM-rechters geen sprake van schending van artikel 6 EVRM.

23. Met de in de overzichtsuitspraken aangehaalde jurisprudentie van de Europese Hoven kan niet worden geoordeeld dat de eerder in de EHRM-arresten *Ullens de Schooten en Rezabak*, *Vergauwen*, *Ferreira en Dhahbi* uitgezette lijn is verlaten. In tegendeel, deze arresten en de betreffende lijn worden ook in de latere EHRM-arresten, waaronder de twee hiervoor genoemde door de Afdeling aangehaalde arresten, inclusief de betreffende relevante overwegingen, geciteerd. Alhoewel het erop lijkt dat het EHRM wel van de klager verwacht dat hij vragen over de toepassing van het Unierecht stelt en onderbouwt, dient hij als dit is gebeurd wel een inhoudelijke reactie daarop

te krijgen. Deze inhoudelijke reactie kan blijkens de EHRM-arresten ook komen van bijvoorbeeld de AG (*Baydar*) of van een lagere rechter die hier uitgebreid op in is gegaan (zie het recente arrest *Harisch* van 11 april 2019, 50053/16). Inmiddels heeft het EHRM in het arrest *Baltic Master Ltd* van 16 april 2019, 55092/16, met verwijzing naar zowel *Dhahbi* als *Baydar*, geoordeeld dat *it is not clear from the reasoning of the Supreme Administrative Court on what specific legal grounds that court considered the application of the EU law to be so obvious that no doubts could arise* en komt opnieuw tot een schending van artikel 6 EVRM. In geen van deze zaken is de werklastbeheersing als voldoende reden aangenomen om niet te hoeven motiveren.

24. Gelet op het voorgaande meen ik dat niet gezegd kan worden – en al helemaal niet “zo evident is dat redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel” bestaat (vgl. HvJ EU 4 oktober 2018, *Précompte*, C-416/17) -, dat de artikel 91.2 Vw-afdoening voldoet aan het Unierecht en het EVRM. Nu de Nederlandse hoogste rechters hier zeer waarschijnlijk zelf geen prejudiciële vragen over zullen stellen, dient bekeken te worden of er andere manieren zijn, via een klacht bij het EHRM, opnieuw via de Europese Commissie of middels prejudiciële vragen door een lagere rechter, deze vragen door één van de Europese rechters beantwoord te krijgen. Het is echter te hopen dat de Afdeling de toepassing van artikel 91.2 Vw in de toekomst dusdanig weet te beperken tot evidente zaken, dat de mogelijkheid tot het indienen van zo'n klacht of het starten van zo'n procedure niet meer mogelijk en nodig zal zijn.

**mr. E.T.P. Scheers, advocaat bij Scheers advocatuur**