

Uitspraak Uitgelicht

In deze rubriek een commentaar bij een actuele uitspraak.

Karen Geertsema – mr. K.E. Geertsema is redactiesecretaris van dit blad.

Nieuwe toetsingsmaatstaf bij verzoek bestuursorgaan om voorlopige voorziening

VZR. ABRVS 16 MAART 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, JV 2018/62 M.NT. MARSEILLE

Hoe beoordeelt de voorzieningenrechter van de Afdeling een verzoek om voorlopige voorziening van een bestuursorgaan om voorlopig geen uitvoering te hoeven geven aan de opdracht in de uitspraak in beroep? Uit een reeks uitspraken van 16 maart 2018¹ blijkt dat de Afdeling nu in vreemdelingenzaken aansluit bij de toetsingsmaatstaf van de voorzieningenrechter van de Afdeling in het algemene bestuursrecht: is het aannemelijk dat de aangevallen uitspraak in hoger beroep zal worden vernietigd?

Voor een vreemdelingenadvocaat is het gesprek met een cliënt over hoger beroep vaak weinig hoopgevend. Een gesimplificeerde uitleg werkt het duidelijkst: een hoger beroep van de vreemdeling wordt veelal ongegrond verklaard en een hoger beroep van de staatssecretaris veelal gegrond. Ook de bijbehorende verzoeken om voorlopige voorzieningen in hoger beroep resulteerden voor de vreemdeling meestal in een afwijzing, voor de staatssecretaris meestal in een toewijzing. Toch doet deze uitleg bij de vovo-verzoeken geen recht meer aan de werkelijkheid, want zowel verzoeken van de vreemdeling als die van de staatssecretaris worden niet meer standaard af- respectievelijk toegewezen. Zo worden verzoeken van vreemdelingen om de uitzetting op te schorten niet meer standaard afgewezen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang als nog geen uitzetdatum bekend is.² Naar aanleiding van het EHRM-arrest A.M. tegen Nederland³ wijzigde de Afdeling eind 2016 het schorsingscriterium in die zin dat de voorzieningenrechter:

'als hij daartoe wordt verzocht in zaken waarin een 'arguable claim' over artikel 3 van het EVRM voorligt, meer dan voorheen aanleiding

ziet de voorlopige voorziening te treffen dat een vreemdeling niet wordt uitgezet voordat op het door hem ingestelde hoger beroep is beslist, ook als nog geen concrete uitzetdatum bekend is. Die voorziening wordt echter in beginsel niet getroffen als op voorhand aannemelijk is dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure zal worden bevestigd.⁴

Voor het asielrecht speelt daarnaast de vraag of de Procedurerichtlijn niet verplicht tot het verlenen van automatische schorsende werking in hoger beroep.⁵

1. Anders

In deze Uitspraak Uitgelicht aandacht voor verzoeken van de staatssecretaris om hangende de hoger beroepsprocedure geen nieuw besluit te hoeven nemen. De voorzieningenrechter van de Afdeling oordeelde op 16 maart 2018 dat hij bij de beoordeling van de voorlopige rechtmatigheid van de rechtbankuitspraak en het vernietigde besluit *anders dan voorheen* als maatstaf hanteert of aannemelijk is dat de aangevallen uitspraak in hoger beroep zal worden vernietigd.⁶ Deze lijn gold al enige tijd voor andere deelgebieden van het bestuursrecht,⁷ maar wordt vanaf nu ook in het vreemdelingenrecht gehanteerd.

Voorheen wees de voorzieningenrechter vrij gemakkelijk een verzoek van de staatssecretaris toe, met een overweging als:

'Gelet op hetgeen in het hogerberoepschrift is aangevoerd, valt niet uit te sluiten dat de aangevallen uitspraak niet in stand zal blijven. Gelet hierop en nu de schriftelijke uiteenzetting geen blijk geeft van bijzondere belangen die er thans toe nopen dat aan de aangevallen uitspraak gevolg wordt gegeven voordat op het hoger beroep is beslist, ziet de voorzieningenrechter aanleiding de na te melden voorlopige voorziening te treffen.⁸

Dat wordt na de hier uitgelichte uitspraak anders, omdat de voorzieningenrechter actiever zal beoordelen of het waarschijnlijk is dat de rechtbankuitspraak stand zal houden. Wat is er precies veranderd ten opzichte van de vroegere toetsingsmaatstaf en wat betekent dit voor het formuleren van, dan wel verweren tegen een verzoek van de staatssecretaris om een voorlopige voorziening te treffen?

1 Behalve de hier uitgelichte uitspraak ook VZR. ABRVS 16 maart 2018, 201801439/2/V1, ECLI:NL:RVS:2018:920, VZR. ABRVS 16 maart 2018, 201801558/1/V2, ECLI:NL:RVS:2018:923, VZR. ABRVS 16 maart 2018, 201801570/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:924 en VZR. ABRVS 16 maart 2018, 201801731/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:922.

2 Voor een bespreking van deze ontwikkeling in de jurisprudentie zie J. Janssen, 'De rechterlijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening in het vreemdelingenrecht' in: *JNVR* 2013 nr. 3/27.

3 EHRM 5 juli 2016 (*A.M. tegen Nederland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409, AB 2016/435, m.nt. M. Reneman, EHRC 2016/228, m.nt. Uzman.

4 VZR. ABRVS 20 december 2016, 201609138/3/V2, JV 2017/50, JB 2017/26, BA 2017/44, AB 2017/143 m.nt. Boogaard en Uzman, r.o. 4.

5 ABRVS 29 maart 2017, 201609659/3, JV 2017/103, geregistreerd bij het HvJ EU onder C-180/17 (X.Y.), Conclusie van A-G Bot van 24 januari 2018.

6 VZR. ABRVS 16 maart 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, r.o. 6.2.

7 Zie bv. VZR. ABRVS 31 maart 2016, AB 2016/362, m.nt. Marseille en Wever.

8 VZR. 23 november 2017, 201708580/2/V2, ECLI:NL:RVS:2017:3624, r.o. 2.

2. Wettelijk kader

Net als in het algemene bestuursrecht heeft het instellen van hoger beroep in vreemdelingenzaken geen schorsende werking.⁹ De staatssecretaris moet de opdracht van de rechtbank uitvoeren, ook al wordt hoger beroep ingesteld tegen die uitspraak. Nieuw in de toetsingsmaatstaf is dat de voorzieningenrechter als uitgangspunt hanteert dat in het belang van efficiënte en finale geschilbeslechting uitspraken van de rechtbank moeten worden uitgevoerd. Als de staatssecretaris tijdens de hoger beroepsprocedure een nieuw besluit neemt, kan dit op grond van artikel 6:19 jo. 6:24 Awb worden betrokken bij het hoger beroep,¹⁰ zo is de gedachte. Als de staatssecretaris desondanks verzoekt de uitspraak van de rechtbank nog niet uit te voeren, in afwachting van de uitkomst van het hoger beroep,¹¹ toetst de voorzieningenrechter een dergelijk verzoek aan de hand van artikel 8:81 Awb, in rechtsoverweging 5 van de hier besproken uitspraak als volgt weergegeven:

‘Ingevolge artikel 8:81, eerste lid, van de Awb kan de voorzieningenrechter op verzoek een voorlopige voorziening treffen als onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. De beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening vergt daarom, als spoedeisendheid [van het] belang niet geheel ontbreekt, in de regel een voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van de aangevallen uitspraak en het daarmee vernietigde besluit en, voor zover aangewezen, een afweging van de betrokken belangen.’

Hierin zijn drie stappen te onderscheiden:

1. Is sprake van een spoedeisend belang? Zo ja, dan volgt:
2. een voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van de aangevallen uitspraak en het daarmee vernietigde besluit, en:
3. als de voorlopige voorziening zich leent voor een voorlopige rechtmatigheidsbeoordeling, een afweging van de betrokken belangen.

De nieuwe toetsingsmaatstaf ziet op de tweede stap: de voorlopige beoordeling van de rechtbankuitspraak. Simons liet in een bijdrage uit 2005 zien dat de wijze waarop verschillende voorzieningenrechters de drie stappen uitvoeren, nogal uiteen kon lopen.¹² De Afdeling is de afgelopen jaren bezig daarin lijn aan te brengen.¹³ De uitgelichte uitspraak past bij die aanpak, om ook het vreemdelingenrecht in lijn te brengen met het algemene bestuursrecht.

3. De drie stappen

De Afdeling heeft het verzoek van de staatssecretaris aangegrepen om het gehele juridische kader bij verzoeken om voorlopige voorzieningen nog eens uiteen te zetten. De casus

die daaraan ten grondslag lag betrof de afwijzing van een verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM en humane redenen. De rechtbank vernietigde die afwijzing op grond van een gebrek in de motivering over de belangenafweging conform artikel 8 EVRM.¹⁴ Voor de behandeling van het verzoek hield de Afdeling zelfs een zitting, hetgeen verre van gebruikelijk is. In de uitgelichte uitspraak licht de Afdeling de drie stappen in de rechterlijke beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening uitgebreid toe.

3.1. Spoedeisend belang

De voorzieningenrechter beoordeelt allereerst of sprake is van een spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening. In rechtsoverweging 6.1 en 6.2 van de hier besproken uitspraak overweegt de voorzieningenrechter daarover:

‘De voorzieningenrechter wijst een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening af als er duidelijk geen spoedeisend belang is. Dat kan het geval zijn als het door de rechtbank vernietigde besluit geen besluit op bezwaar of op aanvraag genomen besluit is, zodat uit de enkele vernietiging daarvan niet volgt dat de staatssecretaris opnieuw moet beslissen. Een spoedeisend belang kan, afhankelijk van de door de rechtbank gehanteerde vernietigingsgrond en de voor de staatssecretaris geldende beslistermijn, aanwezig zijn als door de vernietiging van het besluit op de staatssecretaris een verplichting rust opnieuw te beslissen.’

De Afdeling verduidelijkt hiermee slechts de al bestaande jurisprudentielijn. Alleen als evident is dat een spoedeisend belang ontbreekt, wordt het verzoek om voorlopige voorzieningen afgewezen. Zo is geen sprake van een spoedeisend belang voor de staatssecretaris als de rechtbank een ambtshalve genomen besluit heeft vernietigd, bijvoorbeeld een intrekking van een verblijfsvergunning.¹⁵ Er moet sprake zijn van een verplichting opnieuw te beslissen binnen een bepaalde termijn. Als de rechtbank heeft bepaald dat die termijn zes weken nadat de uitspraak gezag van gewijsde heeft gekregen begint te lopen, ontbreekt eveneens het spoedeisend belang omdat de rechtbankuitspraak pas gezag van gewijsde krijgt als de termijn om hoger beroep in te stellen ongebruikt is verstreken, of indien hoger beroep is ingesteld, nadat op het hoger beroep is beslist.¹⁶

Als de rechtbank geen beslistermijn heeft opgelegd, maar de uitspraak in hoger beroep eerder wordt verwacht dan het nieuwe besluit dat dan op grond van de dan geldende wettelijke beslistermijn moet worden genomen, ontbreekt volgens de Afdeling eveneens het spoedeisend belang.¹⁷

‘Mede gelet op artikel 42, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000, moet de staatssecretaris binnen zes maanden na de dag van verzending van de uitspraak van 6 februari 2018 een nieuw besluit op de aanvraag nemen. Omdat voor afloop van die termijn een uitspraak op het hoger beroep wordt verwacht en de staatssecretaris geen andere spoedeisende omstandigheden heeft gesteld, is er (...) op dit moment geen spoedeisend belang dat het treffen van de verzochte voorziening rechtvaardigt.’

9 Artikel 6:16 jo. 6:24 Awb.

10 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, r.o. 4.1.

11 Voor het leesgemak beschrijf ik hier de situatie dat een nieuw besluit moet worden genomen. In bewaringszaken kan de staatssecretaris ook verzoeken de bewaring voorlopig niet op te heffen en in Dublinzaken bijvoorbeeld kan verzocht worden de vreemdeling nog niet te moeten overdragen.

12 Th. Simons ‘De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening’ in: *JBplus* 2005, p.56- 72.

13 Zie de drie bijdragen van D.A. Verburg, M.M. van Driel en A.T. Marseille in *JBplus* 2017, nr. 4 naar aanleiding van het symposium op 12 september 2017 ‘Hoezo voorlopig’ ter gelegenheid van het afscheid van mr. D. Slump als voorzitter van de Algemene kamer van de ABRvS.

14 Rechtbank Den Haag, z.p. Amsterdam, 12 januari 2018, AWB 17/14102 en 17/14103, ECLI:NL:RBDHA:2018:1683.

15 Bijv. V.zr. ABRvS 13 november 2012, nr. 201209676/2/V2 en 4 februari 2010, nr. 201000405/2/V3, JV2010/152 m.nt. Reurs.

16 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201801558/1/V2, ECLI:NL:RVS:2018:923.

17 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201801731/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:922.

Opvallend is dat in de hier besproken uitspraak de voorzieningenrechter het spoedeisend belang niet expliciet beoordeelt. De rechtbank vernietigt het besluit op grond van een motiveringsgebrek, omdat de staatssecretaris niet alle omstandigheden kenbaar had meegewogen in de belangenafweging op grond van artikel 8 EVRM. We moeten er maar van uitgaan dat de rechtbank de staatssecretaris heeft opgelegd binnen een bepaalde termijn een nieuw besluit te nemen, waarmee de spoedeisendheid van het verzoek is aangetoond.¹⁸

3.2 Voorlopig rechtmatigheidsoordeel

De gewijzigde lijn van de Afdeling ziet op de tweede stap van de rechterlijke toets, het voorlopige rechtmatigheidsoordeel van de aangevallen uitspraak en de daarin vernietigde beslissing. De voorzieningenrechter beoordeelt of het aannemelijk is of die uitspraak in stand zal blijven. Dit oordeel is een voorlopig oordeel dat geen gevolgen heeft voor de bodemprocedure. Als niet aannemelijk is dat de uitspraak in stand zal blijven, wordt het verzoek toegewezen.

Voorheen hanteerde de Afdeling als toetsingsmaatstaf voor het voorlopig rechtmatigheidsoordeel de standaardformulering: 'Gelet op hetgeen in het hogerberoepschrift is aangevoerd, valt niet uit te sluiten dat de aangevallen uitspraak niet in stand zal blijven.'¹⁹

Jansen beschrijft hoe deze maatstaf in het vreemdelingenrecht soepel werd toegepast.²⁰ De Afdeling nam vrij snel aan dat aan deze maatstaf was voldaan. De nieuwe formulering van de voorzieningenrechter bij toewijzingen van een verzoek is als volgt: 'Gelet op wat is aangevoerd, is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet aannemelijk dat de aangevallen uitspraak in hoger beroep in stand zal blijven.'²¹

3.3 Belangenafweging

De derde stap in de beoordeling hangt nauw samen met het voorlopig rechtmatigheidsoordeel. De voorzieningenrechter moet de belangen afwegen om te beoordelen of de voorlopige voorziening zich wel leent voor een voorlopig rechtmatigheidsoordeel van de aangevallen uitspraak:

'Bij die belangenafweging wordt het belang van de staatssecretaris om niet met inachtneming van de aangevallen uitspraak opnieuw te hoeven beslissen voordat op het hoger beroep is beslist, afgewogen tegen het belang van de vreemdeling dat aan die uitspraak uitvoering wordt gegeven. Het resultaat van deze belangenafweging kan mede afhangen van het hiervoor vermelde rechtmatigheidsoordeel van de voorzieningenrechter.'²²

In rechtsoverweging 6.4 en 6.5 licht de Afdeling de belangenafweging nader toe. Een belang van de staatssecretaris waaraan de voorzieningenrechter gewicht toekent is er bijvoorbeeld in gelegen als de uitvoering van de aangevallen uitspraak een onevenredige inspanning vergt van de staatssecretaris, bijvoorbeeld als hem is opgedragen verstrekkend nader onderzoek te verrichten. Ook kent de voorzieningenrechter gewicht toe aan het belang dat de uitvoering van de uitspraak tot gevolgen leidt die zich slechts bezwaarlijk laten herstellen. Bijvoorbeeld als de aangevallen uitspraak de staatssecretaris geen andere keuze laat dan een aanvraag in te willigen. Een latere vernietiging van die uitspraak leidt er dan toe dat de grondslag van dat nadere besluit vervalft,²³ dat ook gevolgen heeft voor al toegekende verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen. Dat zou in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid. De opdracht van de rechtbank is hierbij

Is met de nieuwe lijn behalve de finale geschilbeslechting ook de rechtszekerheid gediend, nu een inwilliging van zeer korte duur kan zijn?

De toegewezen verzoeken zijn zeer summier en geven geen achtergrondinformatie over de casus. Het is daarom niet duidelijk in hoeverre de voorlopige beoordeling van de aangevallen rechtbankuitspraak is gewijzigd sinds de hier uitgelichte uitspraak van 16 maart en of de maatstaf nog steeds soepel wordt toegepast. De uitgelichte uitspraak is echter een voorbeeld van een actievore beoordeling van de rechtbankuitspraak door de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de rechtbankuitspraak in stand zal blijven en geeft daarmee een voorlopig inhoudelijk oordeel over de overwegingen van de rechtbank dat het besluit van de staatssecretaris ondeugdelijk is gemotiveerd.

blijkbaar richtinggevend. In de hier uitgelichte uitspraak heeft de staatssecretaris ter zitting te kennen gegeven dat een nieuw te nemen besluit al snel tot gegronde verklaring van het bezwaarschrift zal leiden en dus tot inwilliging van de aanvraag. Volgens de Afdeling volgt uit de rechtbankuitspraak slechts dat een nieuwe motivering moet worden gegeven, in dat geval weegt het belang van de vreemdeling op duidelijkheid over de verblijfsstatus in Nederland zwaarder.²⁴ In een van de andere uitspraken van 16 maart 2018 kent de voorzieningenrechter gewicht toe aan het belang van het COA om geen nieuw besluit te nemen naar aanleiding van de uitspraak waarbij artikel 5 Rva onverbindend is verklaard, omdat van die uitspraak een signaalwerking kan uitgaan:²⁵

18 Simons wijst in zijn verhelderende bijdrage uit 2005 er al op dat als voldoende spoedeisendheid wordt aangenomen, dit aspect in de uitspraak vaak onbesproken blijft. Th. Simons 'De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening' in: *JBplus* 2005, p.56- 72.

19 V.zr. ABRvS 23 november 2017, 201708580/2/V2, ECLI:NL:RVS:2017:3624.

20 Zie J. Janssen, 'De rechterlijke beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening in het vreemdelingenrecht' in: *JNVR* 2013 nr. 3/27, met verwijzing naar V.zr. ABRvS 18 maart 2013, nr. 201301709/2/V4.

21 V.zr. ABRvS 16 maart 2018 201801570/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:924, zie daarna ook V.zr. 22 maart 2018, 201801901/2/V1 en 201801901/3/V1, ECLI:NL:RVS:2018:1019 en V.zr. ABRvS 28 maart 2018, 201801368/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:1072.

22 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, JV 2018/62 m.nt. Marseille, r.o. 6.3.

23 De Afdeling verwijst ter illustratie naar ABRvS 7 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2435.

24 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, JV 2018/62 m.nt. Marseille, r.o. 8.3. De Afdeling verwijst ter illustratie van dit belang van de vreemdeling naar ABRvS 17 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4815.

25 V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201801439/2/V1, ECLI:NL:RVS:2018:920. Zie over de aanleiding van deze uitspraak het redactioneel van Stijn Smulders in *A&MR* 2018, nr. 3; overigens was ten tijde van het schrijven van het redactioneel niet bekend dat hoger beroep was ingesteld.

'Het COa heeft er belang bij dat het de artikelen 5 en 7, aanhef en onder h, van de Rva 2005 kan toepassen, zolang nog niet vaststaat dat de aangevallen uitspraak in stand blijft. Dat belang ziet op alle gevallen waarin het COa deze artikelen van toepassing acht.'

'De vreemdeling heeft in zijn schriftelijke uiteenzetting slechts een algemene, niet op zichzelf toegespitste reactie gegeven op het verzoek van het COa, waarbij hij niet is ingegaan op zijn eigen situatie of zijn persoonlijk belang.'²⁸

Overigens ziet de Afdeling het risico op de verbeuring van een dwangsom niet als een belang van de staatssecretaris waaraan gewicht toekomt.²⁶ Ook het belang van de staatssecretaris bij gedwongen uitzetting van vreemdelingen wiens paspoorten binnen afzienbare tijd verlopen, weegt volgens de Afdeling minder zwaar dan het belang van die vreemdelingen bij afwachting van de uitkomst in hoger beroep, te meer als de Afdeling verwacht dat die uitspraak er zal zijn voordat de paspoorten verlopen.²⁷

Ook moeten partijen aanvoeren waarom aannemelijk is dat de aangevallen uitspraak in stand blijft dan wel zal worden vernietigd. Het enkele stellen zal niet voldoende zijn. Hieruit volgt dat de voorzieningenrechter actiever is dan voorheen, omdat inhoudelijke argumenten uit de bodemprocedure een grotere rol zijn gaan spelen bij de beoordeling van het verzoek.

4. Wat moeten partijen aanvoeren?

5. Finaal – voor korte tijd

De Afdeling maakt duidelijk dat het aan partijen is om de omstandigheden waaruit hun belang bij toe- of afwijzing van de voorlopige voorziening blijkt, te stellen en aannemelijk te maken. De uitspraak van de voorzieningenrechter over het verzoek van het COA laat goed zien wat de Afdeling daarbij van belang acht. De vreemdeling moet onderbouwen waarom afwijzing van het verzoek zijn persoonlijke belang schaadt:

Voor een vreemdelingenadvocaat is het gesprek met een cliënt ter verduidelijking van het hoger beroep er niet makkelijker op geworden. Een door de vreemdeling gewonnen beroep bij de rechtbank kan nu tot gevolg hebben dat de staatssecretaris een nieuw besluit neemt waarin een vergunning wordt toegekend en tegelijkertijd een hoger beroepschrift indient tegen de rechtbankuitspraak. Van rechtswege richt het hoger beroepschrift zich dan ook tegen de inwilliging. Met de nieuwe Afdelingslijn moge de finale geschilbeslechting gediend zijn, het is de vraag of dit ook geldt voor de rechtszekerheid. Want leg maar eens uit aan uw cliënt dat die inwilliging wel eens van zeer korte duur kan zijn.

²⁶ V.zr. ABRvS 16 maart 2018, 201800946/2/V2, ECLI:RVS:2018:875, JV 2018/62 m.nt. Marseille, r.o.6.5.

²⁷ V.zr. ABRvS 28 maart 2018, 201801368/2/V2, ECLI:NL:RVS:2018:1072, r.o. 2.2.

²⁸ V.zr. ABRvS 16 maart, 2018 201801439/2/V1, ECLI:NL:RVS:2018:920, r.o. 3.