

Ongemotiveerde uitspraken in het hoger beroep in vreemdelingen-zaken en de grenzen van behoorlijke rechtspleging

Bert Marseille, Marc Wever & Viola Bex-Reimert¹

Door bijna altijd gebruik te maken van de bevoegdheid neergelegd in artikel 91 lid 2 VW 2000 om bij een ongegrond hoger beroep af te zien van het motiveren van haar uitspraak heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak haar taak als hogerberoepsrechter in vreemdelingenzaken uiterst beperkt ingevuld. De verandering die is ingezet met de Pilot 91-2, die inhoudt dat steeds als toepassing wordt gegeven aan dat artikel wordt gekeken of door middel van een korte standaardmotivering partijen iets meer duidelijkheid kan worden geboden over de reden dat het hoger beroep ongegrond is, verdient het met kracht te worden uitgebouwd. Aldus de auteurs, die de pilot op verzoek van de Afdeling onderzochten. Uitgangspunt zou moeten zijn dat ongegronde hoger beroepen van een motivering worden voorzien. Zo kan recht worden gedaan aan het belang van de individuele rechtsbedeling in de vreemdelingenzaken waarin de Afdeling als hoogste rechter oordeelt.

1. Inleiding

De toeslagenaffaire kan worden gezien als een *wake-up call* voor het bestuursrecht in het algemeen en de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in het bijzonder.² Dat neemt niet weg dat in de periode voorafgaand aan de publicatie van het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragings-commissie kinderopvangtoeslagen op allerlei plaatsen in het bestuursrecht al werd nagedacht over de betekenis van maatwerk, procedurele rechtvaardigheid, proportionaliteit en responsiviteit bij besluitvorming door bestuurs-organen en geschilbeslechting door de bestuursrechter.³

Een voorbeeld biedt het vreemdelingenrecht, het deelgebied van het bestuursrecht waar de overheid zich van zijn meest geharnaste kant laat zien en de procedure bij de bestuursrechter – althans, in hoger beroep – een nogal minimalistisch karakter heeft, getuige het feit dat bijna geen enkele hogerberoepszaak ter zitting wordt behandeld en de rechter zijn oordeel in de overgrote meerderheid van de gevallen, met toepassing van artikel 91 lid 2 Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000), *niet* van een motivering voorziet.⁴

Sinds 2019 zoekt de Afdeling naar wegen om partijen en bij de procedure van hoger beroep vaker inzicht te bieden in de overwegingen die tot de uitspraak in het hoger beroep hebben geleid. Daartoe is een pilot gestart die – kort gezegd – inhoudt dat steeds als toepassing wordt

gegeven aan artikel 91 lid 2 Vw 2000, wordt gekeken of door middel van een korte standaardmotivering partijen iets meer duidelijkheid kan worden geboden over de reden dat het hoger beroep ongegrond is.⁵ Deze bijdrage doet verslag van het onderzoek dat wij in opdracht van de Afdeling hebben uitgevoerd naar die pilot.⁶ De vraag die daarbij centraal staat is wat de vier partijen die betrokken zijn bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken (rechtshulpverleners, IND, rechtbanken en de Afdeling zelf) van die nieuwe werkwijze vinden, en of de Afdeling de pilot zou moeten beëindigen, als vaste werkwijze zou moeten voortzetten of zou moeten uitbouwen.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 gaan we in op de bevoegdheid van de Afdeling om in vreemdelingenzaken af te zien van het motiveren van uitspraken waarin een hoger beroep ongegrond wordt verklaard. In paragraaf 3 beschrijven we wat de pilot bij de Afdeling inhoudt, paragraaf 4 gaat over de onderzoeksopzet. In de paragrafen 5 en 6 presenteren we de resultaten van ons onderzoek. Paragraaf 5 betreft de frequentie waarmee de verschillende uitspraakmodaliteiten worden toegepast. We richten ons daarbij in het bijzonder op een vergelijking tussen het hoger beroep van de staatssecretaris en dat van de vreemdeling. Paragraaf 6 behandelt de vraag hoe de verschillende bij de pilot betrokken partijen de nieuwe werkwijze waarderen. We concentreren ons daarbij op opvattingen binnen de vreemdelingenkamer van de Afdeling over

de vraag of de pilot zou moeten worden afgebouwd, bestemd of uitgebouwd. Paragraaf 7 bevat een korte conclusie.

2. De bevoegdheid om vreemdelingrechtelijke hogerberoepsuitspraken niet te motiveren

Rechtsbeschermingsprocedures over besluiten en handelingen op basis van de Vw 2000 wijken op een aantal punten af van de reguliere procedures die in de Algemene wet bestuursrecht zijn geregeld.

Een van de meest opvallende afwijkingen betreft de uitspraak in hoger beroep. Artikel 91 Vw 2000 bepaalt daarover het volgende:

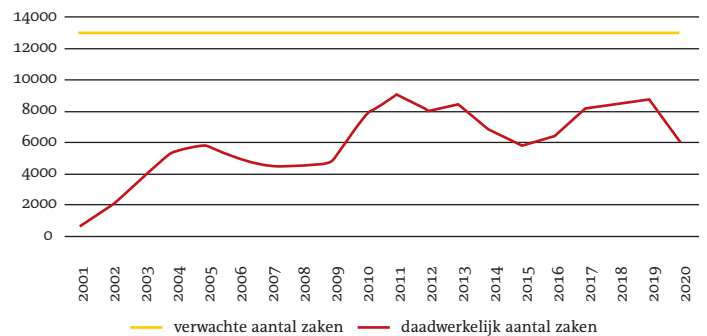
1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan zich bij haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven.
2. Indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel.

Het tweede lid van artikel 91 Vw 2000 houdt in dat als de Afdeling een hoger beroep ongegrond verklaart, zij in haar uitspraak kan volstaan met die beslissing en dat ze niet verplicht is die te motiveren. Deze bevoegdheid vormt een uitzondering op het in rechterlijke procedures geldende uitgangspunt dat rechters hun uitspraken motiveren.⁷

Tot aan de inwerkingtreding van de Vw 2000 per 1 april 2001 was in het vreemdelingenrecht niet voorzien in

de mogelijkheid van hoger beroep. De procedure bestond uit beroep in eerste en enige aanleg bij de rechtbank. Met de invoering van de Vw 2000 is sprake van rechtspraak in twee instanties, met de Afdeling als hogerberoepsrechter.

Blijkens de memorie van toelichting op de Vw 2000 is artikel 91 lid 2 ingevoerd uit angst voor overbelasting van de Afdeling als hogerberoepsrechter in vreemdelingenzaken.⁸ In de memorie van toelichting wordt de verwachting uitgesproken dat de Afdeling jaarlijks zo'n 13.000 vreemdelingrechtelijke hogerberoepszaken zou moeten behandelen. Die verwachting is niet uitgekomen, zoals blijkt uit figuur 2.1.



Figuur 2.1 Verwachte en daadwerkelijk aantal vreemdelingenzaken bij de Afdeling

In de figuur is te zien dat tussen 2001 en 2005 het aantal jaarlijks afgedane zaken steeg van 643 naar 5825. Daarna werden vier jaar lang jaarlijks ruim 4000 zaken afgedaan, waarna het aantal afgedane zaken steeg naar 9050 in

Bij de toepassing van de bevoegdheid van artikel 91 lid 2 Vw 2000 voert de Afdeling het beleid dat als een hoger beroep ongegrond is, de uitspraak niet van een motivering wordt voorzien, tenzij het hoger beroep vragen bevat die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming beantwoord moeten worden

Auteurs

1. Prof. mr. dr. A.T. Marseille, mr. dr. M. Wever & mr. dr. V.M. Bex-Reimert zijn werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. Bart Jan van Ettekoven, "Tussen wet en recht". Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/100, en daarnaast onder meer vele andere bijdragen

in de eerste nummers van het *NJB* van 2021 en het themanummer (2021-3) van het *NTB*.

3. Zie onder meer: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-reeks 154, 2015, p. 7-58; Michiel Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat', *NTB* 2015/37; Sandra van Heukelom-Verhage & Frank van Tienen, *Maatwerk in de Awb*, Den Haag: Pels Rijcken 2019; André Verburg, *Bestuursrechtspraak in Balans. Bejegening, beslech-*

ting en bewijs (diss. Utrecht), Den Haag:

Boom juridisch 2019; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

4. Zie voor het eerste constatering: *Jaarverslag Raad van State 2020*, waaruit blijkt dat in 2020 slechts 1,3% van de vreemdelingenzaken ter zitting werd behandeld en tevens dat sprake is van een afname van het aantal ter zitting behandelde zaken met 33% sinds 2017, toen nog 1,9% van de vreemdelingenzaken ter zitting werd behandeld. Zie voor de tweede constatering: K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht* (diss. Amsterdam VU), Den

Haag: Boom juridisch 2018, p. 227.

5. Zie uitgebreid over de pilot: D.A. Verburg & T.W.A. Weber, 'De ramen van de Afdeling', *A&MR* 2020-2, p. 63-67.

6. Bert Marseille, Marc Wever & Viola Bex-Reimert, Het motiveren van uitspraken in het hoger beroep in het vreemdelingenrecht. Zie: https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/180078114/210830_Rapport_ABRvS_91_2_met_bijlagen.pdf

7. Zie voor het bestuursrecht art. 8:77 Awb.

8. *Kamerstukken II 1998/99*, 26 732, nr. 3, p. 10-12.

2011. Daarna daalde het tot 5853 in 2015, om vervolgens te stijgen naar 8788 in 2019. In 2020 deed de Afdeling 6003 vreemdelingenzaken af. Het in de periode 2011-2020 jaarlijkse gemiddelde ligt op 7600 zaken, derhalve ruim onder de 13.000 waar in de memorie van toelichting van werd uitgegaan.⁹

Bij de toepassing van de bevoegdheid van artikel 91 lid 2 Vw 2000 voert de Afdeling – kort gezegd – het beleid dat als een hoger beroep ongegrond is, de uitspraak niet van een motivering wordt voorzien, tenzij het hoger beroep vragen bevat die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming beantwoord moeten worden. In twee zeer uitvoerig gemotiveerde uitspraken van 3 april 2019 heeft de Afdeling haar beleid over de toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 toegelicht en daarnaast gereageerd op de kritiek op de toepassing van die bepaling,¹⁰ die met name ziet op de vraag in hoeverre die in overeenstemming is met de artikelen 6 en 13 EVRM en artikel 47 EU Handvest. De levendige discussie die daarover in de periode voorafgaand aan de uitspraken van 3 april 2019 werd gevoerd,¹¹ is met die uitspraken overigens niet ten einde gekomen.¹²

3. De Pilot 91-2

In 2020 startte de Afdeling de ‘Pilot 91-2’. Die pilot houdt in dat in bepaalde gevallen in uitspraken waarin toepassing wordt gegeven aan artikel 91 lid 2 Vw 2000, toch kort wordt gemotiveerd waarom het hoger beroep ongegrond is. De Afdeling heeft daartoe vijf korte standaardoverwegingen vastgesteld, waarvan de laatste twee alleen kunnen worden gebruikt als het hoger beroep afkomstig is van de staatssecretaris. Het betreft de volgende overwegingen:

1. ‘Het hoger beroep gaat namelijk over een rechtsvraag die eerder door de Afdeling is beantwoord (uitspraak van [datum], [ECLI-nummer] over ...). Het hoger beroep biedt geen reden hierover in dit geval anders te oordelen.’
2. ‘Een zelfstandig oordeel in de uitspraak van de rechtbank is namelijk niet met een grief bestreden, terwijl dit oordeel de uitspraak van de rechtbank alleen kan dragen.’
3. ‘Het hoger beroep bevat namelijk nauwelijks concrete kritiek op het oordeel van de rechtbank. Wat in hoger beroep is aangevoerd slaagt daarom evident niet.’
4. ‘De rechtbank heeft namelijk een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek geconstateerd. De staatssecretaris komt daartegen in hoger beroep op terwijl dat gebrek zich (los van de vraag wat de uitkomst van de nieuwe besluitvorming moet zijn) eenvoudig laat herstellen.’
5. ‘In hoger beroep probeert de staatssecretaris namelijk te herstellen wat hij bij de rechtbank had moeten doen. Daarvoor is het hoger beroep in de Vw 2000 niet bedoeld.’

Bij de start van de pilot was de verwachting bij de Afdeling dat met name de categorieën 1 en 3 relatief frequent zouden worden gebruikt, categorie 1 omdat veel uitspraken van de Afdeling voortbouwen op eerdere rechtsvormende uitspraken, categorie 3 omdat een substantieel aantal hogerberoepschriften geen concrete kritiek op de rechtbankuitspraak bevat. Daarnaast werd onderkend dat

het werken met een beperkt aantal standaardoverwegingen als onbedoeld neveneffect kan hebben dat juist hoger beroepen die weliswaar ongegrond zijn maar waarin wel een aantal uitvoerig onderbouwde grieven zijn aangevoerd, nog steeds zonder enige motivering worden afgedaan.¹³

Naast de korte standaardtoelichtingen wordt in het kader van de pilot gebruikgemaakt van zogenoemde ‘verkorte uitschrijvers’. Dat wil zeggen dat in uitspraken waarin de uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd, hoewel een grief tegen de uitspraak terecht is voorgedragen, kort wordt gemotiveerd waarom het hoger beroep toch ongegrond is.¹⁴

Al met al is, sinds de pilot loopt, sprake van drie verschillende afdoeningsmodaliteiten als een hoger beroep ongegrond wordt verklaard: (1) een uitspraak waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast en die geen motivering bevat van het oordeel dat het hoger beroep ongegrond is, (2) een uitspraak waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast, maar die desondanks een (zeer) beknopte motivering bevat, in de vorm van een van de vijf door de Afdeling onderscheiden standaardoverwegingen of een ‘verkorte uitschrijver’ en (3) een uitspraak waarin geen toepassing wordt gegeven aan artikel 91 lid 2 Vw 2000 en die een volledige motivering bevat van het oordeel dat het hoger beroep ongegrond is.

4. Onderzoeksofzet

Om vast te stellen hoe vaak de Afdeling de verschillende afdoeningsmodaliteiten in vreemdelingenzaken toepast, hebben we in de eerste plaats gebruikgemaakt van de interne databank waarin zich alle uitspraken bevinden die de Afdeling in 2020 in vreemdelingenzaken heeft gedaan. Op basis daarvan hebben we geprobeerd vast te stellen hoe vaak de Afdeling in 2020, in uitspraken die de ongegrondverklaring van het hoger beroep inhielden, toepassing heeft gegeven aan artikel 91 lid 2 Vw 2000 en zo ja, hoe vaak dan voor welke van de onderscheiden motiveringsmodaliteiten is gekozen.

Daarnaast hebben we een zeer royale steekproef getrokken van de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken van de Afdeling in vreemdelingenzaken.¹⁵ Op basis van die steekproef hebben we een schatting gemaakt van het totaal aantal gepubliceerde uitspraken en de onderverdeling daarvan over de verschillende voor het onderzoek relevante categorieën.

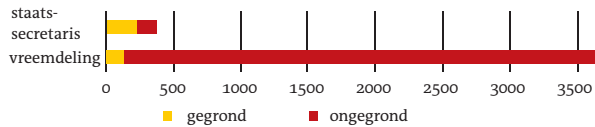
Om te weten te komen hoe de partijen die betrokken zijn bij de vreemdelingrechtelijke procedures bij de Afdeling de Pilot 91-2 waarderen, hebben we allereerst bij de vier partijen die bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken betrokken zijn (rechtshulpverleners, IND, rechtbanken en Afdeling) negentien kwalitatieve interviews afgenomen.¹⁶ Vervolgens hebben we een aantal web-enquêtes uitgezet. De web-enquêtes zijn door in totaal 259 personen ingevuld. Het betrof 98 rechtshulpverleners, 55 IND-medewerkers, 44 rechters en juristen bij de rechtbanken en 62 staatsraden en juristen bij de Afdeling.¹⁷

5. Frequentie van het gebruik van de verschillende afdoeningsmodaliteiten

Op basis van de informatie die we over de uitspraken heb-

ben verzameld is het mogelijk een beeld te schetsen van het gebruik van de verschillende afdoeningmodaliteiten die de Afdeling hanteert als zij een beroep in een vreemdelingszaak ongegrond verklaart.

In figuur 5.1 is te zien hoe veel van de hoger beroepen bij de Afdeling afkomstig zijn van de staatssecretaris en van een vreemdeling en hoe vaak elk van beiden succes boekt.

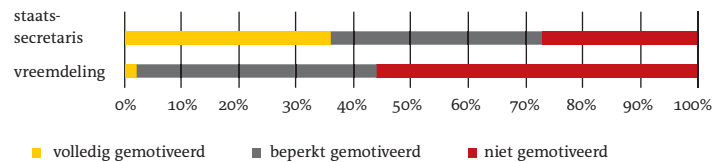


Figuur 5.1 Frequentie en resultaat hoger beroep

In de figuur is in de eerste plaats te zien dat de overgrote meerderheid van de zaken die de Afdeling als vreemdelingenrechter behandelt, een hoger beroep van de vreemdeling betreft. Van het totaal aantal hoger beroepen is 91% afkomstig van vreemdelingen, 9% van de staatssecretaris.¹⁸ In de tweede plaats is te zien dat de kans dat de staatssecretaris succes heeft, veel groter is dan de kans dat een vreemdeling succes heeft. Van de door de staatssecretaris ingestelde hoger beroepen is 62% gegrond, van de door vreemdelingen ingestelde hoger beroepen slechts 4%. Ten slotte is te zien dat als de Afdeling het oordeel van de rechtbank corrigeert, dat vaker gebeurt in reactie op een hoger beroep van de staatssecretaris dan in reactie op een beroep van de vreemdeling (63% van de gegrond verklaarde hoger beroepen betreft een hoger beroep van de staatssecretaris, 37% een hoger beroep van de vreemdeling).

Hoe vaak kiest de Afdeling voor elk van de drie mogelijke afdoeningsmodaliteiten bij een ongegrond hoger beroep? In 97% van de gevallen past zij artikel 91 lid 2 Vw 2000 toe, in 3% van de gevallen wordt de uitspraak volledig gemotiveerd. Van de uitspraken waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast, bevat 43% een beperkte motivering, 57% in het geheel geen motivering.

In figuur 5.2 wordt een vergelijking gemaakt tussen uitspraken waarin het hoger beroep van de staatssecretaris ongegrond wordt verklaard en uitspraken waarin het hoger beroep van een vreemdeling ongegrond wordt verklaard.



Figuur 5.2 Hoger beroep ongegrond: in hoeverre is de uitspraak gemotiveerd?

In de figuur is in de eerste plaats te zien dat als een hoger beroep van de staatssecretaris ongegrond wordt verklaard, de Afdeling in 36% van de gevallen afziet van toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 en de uitspraak toch van een volledige motivering voorziet. Is het hoger beroep van een vreemdeling ongegrond, dan wordt slechts in 2% van de gevallen afgezien van toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000. De kans dat de Afdeling de uitspraak, ondanks dat het hoger beroep ongegrond is, toch motiveert, is bij een ongegrond hoger beroep van de staatssecretaris bijna twintig keer zo groot als bij een ongegrond hoger beroep van een vreemdeling.

Daarnaast is in de figuur te zien hoe vaak bij een ongegrond hoger beroep waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast de uitspraak toch enigszins wordt gemotiveerd. In hoger beroepen van de staatssecretaris waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast gebeurt dat relatief vaker (in 58% van die gevallen) dan in hoger beroepen van vreemdelingen waarin artikel 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast (daar gebeurt het in 43% van die gevallen). Al met al is bij hoger beroepen van de vreemdelingen twee keer zo vaak sprake van een 'kale' artikel 91 lid 2 Vw 2000-uitspraak (56% van de hoger beroepen van vreemdelingen tegen 27% van de hoger beroepen van de staatssecretaris).

De staatssecretaris krijgt bijna twintig keer vaker dan de vreemdeling te horen waarom het hoger beroep ongegrond is

9. Zie de jaarverslagen van de Raad van State over de jaren 2001 tot en met 2020.

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

11. Onder meer: T.P. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014; Geertsema 2018; Erik Scheers, 'Over ongemotiveerde uitspraken in het vreemdelingenrecht. Afdeling: speel open kaart en motiveer!', *A&MR* 2018, nr. 4, p. 172-179; Marcelle Reneman, 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken

om prejudiciële vragen', *JNVR* 2015 (4).

12. Zie, behalve de in de vorige noot genoemde annotaties, Ashley Terlouw, 'Het 91(2)-beleid van de ABRvS blijft problematisch', *A&MR* 2020, nr. 3, p. 96-101.

13. Verburg & Weber 2020.

14. Zie voor een voorbeeld: ABRvS 5 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3063.

15. We hebben ten behoeve van de steekproef alle gepubliceerde uitspraken van januari, april, juli en oktober 2020 geselecteerd, en daarnaast de uitspraken uit de periode van 24 februari-6 maart 2020, 25 mei-5 juni 2020, 24 augustus-4 september 2020 en 23 november-4 december 2020.

De selectie betrof daarmee bijna 26 van de 52 weken van 2020 (de maanden januari, april, juli en oktober bevatten samen 17 weken, de andere samen 8 weken, in totaal 25 weken). Af en toe worden ook uitspraken gepubliceerd waarin art. 91 lid 2 Vw 2000 wordt toegepast. Die hebben we niet meegenomen in de selectie op basis van de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken, omdat ze al in de selectie op basis van de interne databank van de Afdeling waren meegenomen. Uitspraken in reactie op verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening hebben we buiten beschouwing gelaten, tenzij ze met toepassing van

art. 8:86 Awb waren kortgesloten met de bodemzaak.

16. Vier met rechtshulpverleners, vier bij de IND, vier bij rechtbanken en zeven bij de Afdeling.

17. De respons verschilde sterk tussen de vier bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken betrokken partijen. Bij de rechtshulpverleners bedroeg die 74%, bij de rechtbanken 16%, bij de Afdeling 70%. Het responspercentage bij de IND is onbekend, omdat onbekend is onder hoeveel personen bij de IND de web-enquête is verspreid.

18. De bovenste balk vergeleken met de onderste balk.

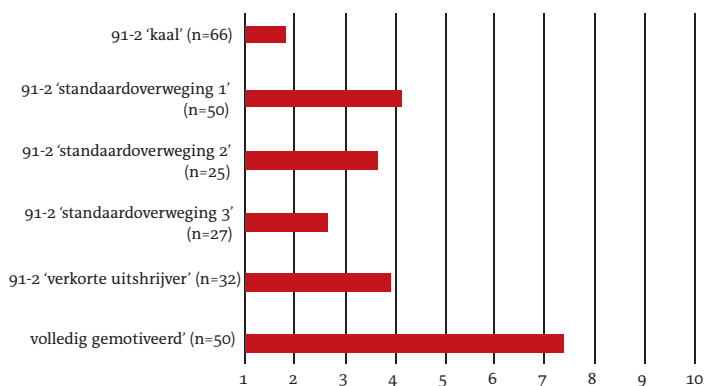
Over de rechtshulpverleners kunnen we kort zijn: die zijn uitgesproken negatief over de Afdeling als vreemdelingenrechter

6. Waardering van de Pilot 91-2

In deze paragraaf is de vraag aan de orde hoe de partijen die bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken zijn betrokken de Pilot 91-2 waarderen.

6.1 Rechtshulpverleners

Over de rechtshulpverleners kunnen we kort zijn: die zijn uitgesproken negatief over de Afdeling als vreemdelingenrechter. De Pilot 91-2 heeft daar nauwelijks verandering in gebracht. De negatieve waardering is in de eerste plaats zichtbaar in de reactie op de vraag om verschillende categorieën uitspraken met een cijfer te waarderen, zoals te zien is in figuur 6.1.



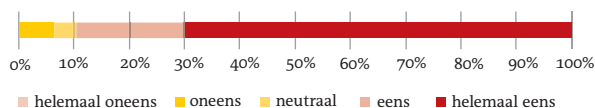
Figuur 6.1 Waardering van rechtshulpverleners voor verschillende soorten uitspraken (cijfer 1-10)

In de figuur is te zien dat de 'kale' 91-2 uitspraak een 1,8 scoort, de drie categorieën standaardmotiveringen een 4,1, 3,7 en 2,7 en de 'verkorte uitschrijver' een 3,9. Alleen de volledig gemotiveerde uitspraak scoort bij de rechtshulpverleners een voldoende: een 7,4.

Ook de reactie op vragen over de kwaliteit van de motivering van de 'verkorte uitschrijvers', over de consistentie van de keuze van de Afdeling tussen de verschillende uitspraakmodaliteiten en over de mate waarin de gewijzigde werkwijze tegemoet komt aan de kritiek uit het 'veld' op het ontbreken van een motivering bij uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond wordt verklaard, is gemiddeld genomen (zeer) negatief.¹⁹ Verder ervaren rechtshulpverleners niet meer procedurele rechtvaardigheid door de pilot en scoort het *overall* optreden van de Afdeling als vreemdelingenrechter bij deze groep zowel voor de periode voorafgaand aan de pilot als voor die vanaf de pilot een duidelijke onvoldoende, zij het dat de waardering wel iets stijgt, van een 3,6 naar een 4,4.

De negatieve houding van de rechtshulpverleners – en een potentiële verklaring voor de antwoorden op zo goed als alle vragen die hun zijn voorgelegd – komt het meest pregnant tot uiting in de reactie op de stelling dat een uit-

spraak met toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 geen recht doet aan de belangen en fundamentele rechten van de vreemdeling. In figuur 6.2 is dat in beeld gebracht.



Figuur 6.2 Stelling: 91-2 uitspraak doet geen recht aan belangen/fundamentele rechten vreemdeling (n=76)

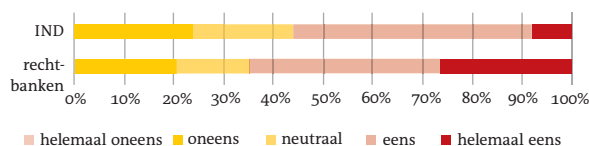
Bijna 90% van de respondenten is het (helemaal) eens met die stelling.

Geconcludeerd kan worden dat de rechtshulpverleners door de pilot wel iets minder negatief zijn over het optreden van de Afdeling, maar dat het in hun ogen een slechts zeer geringe verbetering betreft ten opzichte van de situatie voorafgaand aan de pilot.

6.2 IND en rechtbanken

Medewerkers van de IND en rechters en juristen van de rechtbanken zijn in alle opzichten positiever dan de rechtshulpverleners. Zo geven medewerkers van de IND een duidelijk hogere score aan de verschillende categorieën uitspraken (zij het dat ook zij de 'kale' 91-2 uitspraak met een 3,3 als zwaar onvoldoende kwalificeren) en kennen zij aan het algehele functioneren van de Afdeling veel hogere cijfers toe dan de rechtshulpverleners. Het functioneren van de Afdeling voorafgaand aan de pilot scoort bij de IND-ers een 7,1, vanaf de pilot een 7,5. Bij de rechtbanken is de waardering voor de Afdeling als vreemdelingenrechter iets lager dan bij de IND (voorafgaand aan de pilot: 6,5, vanaf de pilot: 7), maar net als bij de IND aanzienlijk hoger dan bij de rechtshulpverleners.

Opvallend is voorts dat zowel bij de IND als bij de rechtbanken behoorlijk wat steun is voor de stelling dat een uitspraak met toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 geen recht doet aan de belangen en fundamentele rechten van de vreemdeling. De reactie op de stelling is in figuur 6.3 is te zien.



Figuur 6.3 Stelling: 91-2 uitspraak doet geen recht aan belangen/fundamentele rechten vreemdeling

Van de IND-ers is 56% het met de stelling (helemaal) eens, van de rechters en juristen van de rechtbank 65%. Bij beide categorieën respondenten is maar een beperkte groep het met de stelling oneens, en niemand helemaal oneens.

6.3 Afdeling

Van de vier partijen die betrokken zijn bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken zijn de reacties van staatsraden en juristen bij de Afdeling op vragen over het functioneren van de Afdeling als vreemdelingenrechter over de Pilot 91-2 het meest positief. De respondenten bij de Afdeling waarderen het functioneren van de Afdeling als

vreemdelingenrechter voorafgaand aan de pilot met een 7,4 en vanaf de pilot met een 7,6. Ook is men bij de Afdeling aanzienlijk positiever over de consistentie in de keuze om een uitspraak niet, beperkt of volledig te motiveren. Minder dan 20% van de rechtshulpverleners was het (helemaal) eens met die stelling, tegen meer dan 70% van de respondenten bij de Afdeling. Ten slotte wordt ook duidelijk anders gereageerd op de stelling dat een 91-2 uitspraak geen recht doet aan de belangen en fundamentele rechten van de vreemdeling. Bijna 90% van rechtshulpver-

Bij de Afdeling is men aanzienlijk positiever over de consistentie in de keuze om een uitspraak niet, beperkt of volledig te motiveren

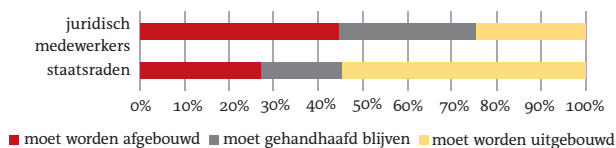
leners was het (helemaal) eens (en meer dan de helft van de respondenten bij de IND en de rechtbanken), terwijl 65% van de respondenten bij de Afdeling het met die stelling (helemaal) oneens was.

Omdat de Afdeling moet beslissen of men de pilot wil afbouwen, bestendigen of uitbouwen, hebben we de respondenten ook een aantal vragen voorgelegd om meer te weten te komen over de mate van steun voor elk van die opties en de factoren die daarbij een rol spelen.

Voortzetting van de pilot?

Om te weten te komen hoe de staatsraden en juristen bij de Afdeling de toekomst van de pilot voor zich zien, hebben we hun gevraagd in welke van de volgende drie stellingen zij zich het meest konden vinden: de Pilot 91-2 moet worden afgebouwd; de Pilot 91-2 moet in de huidige vorm worden gehandhaafd; de Pilot 91-2 moet worden uitgebouwd.

Van de respondenten koos 42% voor afbouwen, 28% voor handhaven en 30% voor uitbouwen. In figuur 6.4 is te zien dat juridische medewerkers en staatsraden daar verschillend over denken.



Figuur 6.4 Pilot 91-2 afbouwen, handhaven of uitbouwen? (juridische medewerkers versus staatsraden)

19. Met de stelling dat de toepassing van de verschillende uitspraakmodaliteiten consistent gebeurt, is 17% het (helemaal) eens en 53% het (helemaal) oneens, met de stelling dat met de pilot voldoende tege-

moet wordt gekomen aan de kritiek uit het 'veld' is 15% het (helemaal) eens en 79% het (helemaal) oneens.

20. Spearman's $r = -.497$, $p < .05$.

21. 41 van de 51 juridisch medewerkers en

Uit de figuur blijkt dat bijna de helft van de juridische medewerkers kiest voor het afbouwen van de pilot, terwijl meer dan de helft van de staatsraden opteert voor het uitbouwen ervan. Daarnaast blijkt de werkervaring van belang. Van degenen die relatief kort in de vreemdelingenkamer van de Afdeling werkzaam zijn, is 47% voorstander van het uitbouwen van de pilot, terwijl 57% van degenen die relatief langer in de vreemdelingenkamer werkzaam zijn, juist voorstander is van het afbouwen van de pilot. De steun voor uitbouwen is het grootst bij de staatsraden die korter dan vijf jaar in de vreemdelingenkamer werkzaam zijn (5 van de 5) en het kleinst bij juridisch medewerkers die daar vijf jaar of langer werken (2 van de 27). Er is ook een significant verband tussen ervaren werklust en steun voor het uitbouwen van de pilot: hoe hoger de ervaren werklust, hoe geringer de steun voor het uitbouwen van de pilot.²⁰

Reflectie van de respondenten over de vraag: afbouwen, voortzetten of uitbouwen?

We hebben de respondenten de gelegenheid gegeven hun antwoord op de vraag of de pilot zou moeten worden afgebouwd, voortgezet of uitgebouwd, te voorzien van een toelichting.²¹

Sceptis over de noodzaak van de pilot

Uit de toelichtingen blijkt allereerst dat heel verschillend wordt gedacht over nut en noodzaak van de pilot. Een deel van de respondenten ziet die niet heel sterk:

'Ik denk niet dat vreemdelingen onevenredig zwaar worden benadeeld door een 91-2, omdat dat alleen maar betekent dat de rechtbank het werk goed heeft gedaan.'

Sceptis over de zin van de pilot wordt nogal eens gekoppeld aan de wens van de wetgever:

'De verkorte uitspraak was een expliciete keuze van de wetgever om aan de grote aantallen hogerberoepszaken het hoofd te bieden en scherp te onderscheiden welke zaken zich wel of niet lenen voor een gemotiveerde uitspraak in het belang van de rechts-eenheid en rechtsontwikkeling. Bij dit concept past geen tussenvorm.'²²

Regelmatig wordt opgemerkt dat bij de beslissing om te stoppen of door te gaan met de pilot de wensen van de bij de hogerberoepsprocedure betrokken partijen cruciaal zijn.

'Alleen handhaven als de buitenwacht er over te spreken is.'

Er zijn ook tegengeluiden, die hierna, bij het behandelen van suggesties voor verbeteringen, aan de orde komen.

alle 11 staatsraden die de web-enquête hebben ingevuld, hebben van die mogelijkheid gebruikgemaakt.

22. De respondent van wie dit laatste citaat afkomstig is, voegt hier overigens aan toe:

'De oplossing ligt eerder bij het meer uitschrijven en het vaker zitting houden. Daarvoor is versterking van de capaciteit nodig.'

Problemen bij de uitvoering

Los van de principiële vraag hoe de pilot zich verhoudt tot de taak van de hogerberoepsrechter in vreemdelingenzaken, wordt in de antwoorden veelvuldig gereflecteerd op hoe de pilot in de praktijk functioneert en wat er beter zou kunnen. Een aantal respondenten signaleert problemen bij de toepassing.

‘De toepassingsregels zijn erg star. Zo falen veel hoger beroepen vanwege de feitelijke omstandigheden in een individuele zaak. Dan ligt een “kale” 91-2 voor de hand, maar daar mag je pas voor kiezen als je eerst hebt toegelicht waarom géén van de categorieën van toepassing is. (...) Omdat je bij categorie 1²³ maar naar één uitspraak mag verwijzen, kost het (veel) tijd om toe te lichten welke uitspraak dan het meest passend/opportuun is. En als meerdere Afdelingsuitspraken in samenhang moeten worden gelezen, dan wordt het alsnog een “kale” 91-2, omdat je maar naar één uitspraak mag verwijzen. Als deze toepassingsregels minder star zouden zijn, zou dat in veel gevallen tijd schelen.’

In dit citaat wordt een drietal problemen zichtbaar: de regels zijn star, besluitvorming over de vraag of, en zo ja welke standaardoverweging aan een 91-2 uitspraak moet worden toegevoegd is daardoor tijdrovend en het resultaat van die procedure is lang niet altijd van meerwaarde voor partijen. Daar komt bij...

‘... dat de verkorte toelichting doorgaans niet betrekking heeft op alle grieven; de jurist/staatsraad kiest de belangrijkste uit. Ook wordt de toelichting vooral gegeven in zaken die op voorhand kansloos zijn (...). Juist zaken waarin het hogerberoepschrift van betere kwaliteit is (maar de klacht niet terecht is voorgedragen) worden afgedaan met een ‘kale’ 91-2. Dat is de omgekeerde wereld. We zouden eerder meer toelichting moeten geven in zaken die in de rechtspraktijk wel vragen kunnen oproepen.’

Ook zijn er twijfels over de consistentie in de toepassing van de verschillende categorieën.

‘Door het project is er minder consistentie: zowel juristen als staatsraden passen de bouwstenen verschillend toe. (...) We leggen aan de slechte advocaat uit waarom het 91-2 gaat (zij kennen de jurisprudentie niet, bestrijden niet alles of reageren amper). (...) Het zijn juist de betere hogerberoepschriften, waarbij er echt iets bijzonders aan de hand is in hoger beroep en het debat wordt voortgezet, of in gevallen waarin de rechtbank zich principieel uitlaat over een onderwerp, waarbij ik mij kan voorstellen dat er teleurstelling is bij een “kale” 91-2.’

Mogelijke oplossingen

Een van de voorgestelde oplossingen voor de gesignaleerde problemen is om af te stappen van het gebruik van standaardmotiveringen bij 91-2 uitspraken. In plaats daarvan zouden vaker overwegingen verkort moeten worden uitgeschreven.

‘De categorieën hebben nauwelijks meerwaarde als er een goede uitspraak van de rechtbank voorligt. Het is zinvoller om kort uit te schrijven als een of meer overwegingen van de rechtbank onjuist zijn, maar het dictum van de rechtbank uitspraak wel juist is. De rechtbank heeft er meer aan en het laat ook zien dat wat in hoger beroep is aangevoerd hout snijdt.’

Sommige respondenten willen nog een stap verder gaan. De Afdeling zou meer uitspraken volledig moeten motiveren. Verschillende redenen worden daarvoor genoemd:

‘Ik vind de 91-2 afdoening voor alleen migratierechtzaken terwijl deze afdoening niet bestaat voor andere bestuursrechtelijke zaken fundamenteel oneerlijk. Het behelst een beperkter hoger beroepsprocesrecht voor migranten inclusief EU-burgers uit andere lidstaten ten opzichte van Nederlandse justitiabelen.’

‘Ik vind het instrument niet passen bij de huidige tijd waarin burgers niet meer vanzelfsprekend alleen een ja of nee woord zonder motivering op papier accepteren als gezaghebbende beslissing.’

Daarbij wordt gedacht aan het beter benutten van de ‘eindnoten’, de door de juridisch medewerkers op schrift gestelde analyse van de hogerberoepszaak.²⁴

‘Gekozen moet worden voor een andere radicale vorm die neerkomt op het in (zeer) verkorte vorm opnemen in de uitspraak van het gedeelte van de eindnoot dat ziet op de belangrijkste grief van het hogerberoepschrift.’

Werklast

Bij veel observaties en suggesties in reactie op de open vraag speelt de werklast een rol – en niet alleen als wordt gereflecteerd op de mogelijkheid de pilot uit te bouwen, maar ook bij observaties over de huidige werkwijze.

‘De pilot leidt tot een aanmerkelijke verzwaring van de werklast, met name vanwege de verplichting bepaalde categorieën langs de unitcoördinator te sturen en de verplichting om in de eindnoot alle categorieën langs te gaan voordat tot de conclusie mag worden gekomen welke categorie van toepassing is.’

Uit het citaat kan worden opgemaakt dat de werklast mede wordt bepaald door het feit dat voor de besluitvorming over de toepassing van de categorieën een nogal fors geprotocolleerd werkproces moet worden doorlopen.

Al met al kan worden geconcludeerd dat door veel staatsraden en juristen bij de Afdeling wordt nagedacht over wat de ervaringen van de pilot zouden moeten betekenen voor de wijze van afdoening van ongegronde hoger beroepen. Steun voor de gedachte dat de pilot een eerste stap is in het vaker en uitvoeriger motiveren van uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond wordt verklaard, is meer te vinden bij staatsraden dan bij juristen, en meer bij personen die relatief kort vreemdelingenzaken behandelen.

7. Conclusie

De Afdeling heeft op grond van artikel 91 lid 2 Vw 2000 de bevoegdheid om hoger beroepen die zij ongegrond verklaart, af te doen met een uitspraak zonder enige motivering. Bevoegdheden dienen te allen tijde te worden uitgeoefend binnen de grenzen van het redelijke.²⁵ Bij het bepalen van die grenzen is van belang dat de bevoegdheid van artikel 91 lid 2 Vw 2000 aan de Afdeling is toegekend in de veronderstelling dat zij als vreemdelingenrechter jaarlijks zo'n 13.000 hogerberoepszaken zou moeten afdoen en tevens dat een wezenskenmerk van rechtspraak is dat rechters hun uitspraken motiveren.²⁶ Zo bezien vraagt de bevoegdheid van artikel 91 lid 2 Vw 2000 om een terughoudende toepassing, zeker nu de aantallen zaken waarvoor die voorzien was, zich nogal anders hebben ontwikkeld dan verwacht. Het verbaast dan ook niet dat de Afdeling is gaan zoeken naar wegen om meer dan in het verleden recht te doen aan het belang van partijen in vreemdelingrechtelijke procedures om van de rechter te vernemen waarom hun hoger beroep ongegrond is.

Hoe zou die zoektocht moeten worden voortgezet, mede gezien de bevindingen van dit onderzoek? Terug naar de situatie zoals die voorafgaand aan de pilot was, is wat ons betreft om twee redenen geen optie. De eerste reden is dat, gezien het aantal zaken dat de Afdeling als vreemdelingenrechter behandelt, niet kan worden gezegd dat zij de bevoegdheid van artikel 91 lid 2 Vw 2000 binnen de grenzen van het redelijke uitoefent, nu slechts in 3% van de ongegronde hoger beroepen een gemotiveerde uitspraak wordt gedaan. In de tweede plaats blijkt uit het onderzoek dat bij de externe partijen die bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken zijn betrokken, een sterke behoefte bestaat aan meer en uitvoeriger gemotiveerde uitspraken.

Voortzetting van de pilot in de huidige vorm is wat ons betreft evenmin een optie. Reden is in de eerste plaats dat door de inflexibele toepassing van de standaardoverwegingen waarvan 91-2 uitspraken worden voorzien, de informatiewaarde van die uitspraken veel geringer is dan mogelijk zou zijn, terwijl het doel van de strakke toepassing van de motiveringsmodaliteiten – consistentie – in de ogen van de belangrijkste categorie gebruikers – de rechtshulpverleners van vreemdelingen wier hoger beroep ongegrond is verklaard – niet wordt bereikt. Een tweede reden is dat juist de hoger beroepen die, vanwege de kwaliteit van de daarin tegen de rechtbankuitspraak naar voren gebrachte grieven, een gemotiveerde uitspraak het meest verdienen, nu veelal nog steeds worden afgedaan met een 'kale' 91-2 uitspraak, omdat ze niet passen in een van de beschikbare standaardoverwegingen. Een derde reden is de ongelijkheid tussen de staatssecretaris en de vreemdeling in de afdoening van de ongegrond verklaarde hoger beroepen. De kans dat in een ongegrond hoger beroep van een vreemdeling een volledig gemotiveerde uitspraak wordt

Het motiveren van uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond is zou in plaats van uitzondering de regel moeten zijn

gedaan, is bijna twintig keer zo klein als wanneer een hoger beroep van de staatssecretaris ongegrond wordt verklaard. Het is niet uitgesloten dat uitspraken waarin het hoger beroep van de staatssecretaris ongegrond wordt verklaard, vergeleken met de ongegrond verklaarde hoger beroepen van de vreemdeling, bijna twintig keer zo vaak voldoen aan de criteria die de Afdeling blijkens haar uitspraken van 3 april 2019 hanteert om zo'n uitspraak van een motivering te voorzien. Maar zelfs al zou dat zo zijn, dan is dat verschil in behandeling tussen vreemdeling en staatssecretaris uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid onacceptabel.

De uitkomsten van dit onderzoek leiden ons tot de conclusie dat de pilot zou moeten worden uitgebouwd. De Afdeling zou dat moeten doen door bij de toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 precies het omgekeerde uitgangspunt te hanteren als waar ze nu vanuit gaat: het motiveren van uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond wordt verklaard zou de regel moeten zijn, in plaats van de uitzondering.

We hebben de stellige indruk dat die omslag, gezien het zaakaanbod en de capaciteit van de vreemdelingenkamer, realiseerbaar is, zij het dat die wel zal vergen dat in de zaaksbehandeling een minder sterk accent op het (op dit moment soms schijnbaar allesoverheersende) streven naar consistentie wordt gelegd en dat op een slimme manier gebruik wordt gemaakt van de grondige 'eindnoten' die ten behoeve van de afdoening van de hogerberoepszaken worden geschreven, als bouwstenen voor de motivering van de uitspraken.

Door bijna zonder uitzondering gebruik te maken van de bevoegdheid om bij een ongegrond hoger beroep af te zien van het motiveren van haar uitspraak heeft de Afdeling haar taak als hogerberoepsrechter in vreemdelingenzaken op onvoldoende overtuigende gronden uiterst beperkt ingevuld. De verandering die is ingezet met de Pilot 91-2 verdient het daarom met kracht te worden uitgebouwd. Uitgangspunt zou moeten zijn dat ongegronde hoger beroepen van een motivering worden voorzien. Zo kan, meer dan op dit moment gebeurt, recht worden gedaan aan het belang van de individuele rechtsbedeling in de vreemdelingenzaken waarin de Afdeling als hoogste rechter oordeelt. •

23. Categorie 1: 'Het hoger beroep gaat namelijk over een rechtsvraag die eerder door de Afdeling is beantwoord (uitspraak van [datum], [ECLI-nummer] over ...). Het hoger beroep biedt geen reden hierover in dit geval anders te oordelen.'

24. Een van de respondenten verzucht daar-

over: 'Voor wie zit ik in hemelsnaam al deze achterliggende interne notities achter de 91-2 uitspraken zo grondig te bekijken, voor mij en de jurist? Dat is geen goed gevoel.'

25. Voor bestuursorganen is deze norm neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb en er is wat ons betreft geen enkele reden waarom

diezelfde norm niet ook zou gelden voor rechters. Immers, nu het motiveren van de beslissing door de rechter een van de beginselen van behoorlijke rechtspleging is (zie: B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987), kan van de

rechter worden verlangd dat als de wetgever hem de bevoegdheid geeft af te zien van het motiveren van uitspraken, hij het gebruik van die bevoegdheid baseert op een afweging van de daarbij betrokken belangen.

26. Zie opnieuw De Waard 1987.