



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Annotatie bij: Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 20 december 2016, AB 2017/143 (Schorsende werking hoger beroep na A.M./Nederland)

Boogaard, G.; Uzman, J.

Citation

Boogaard, G., & Uzman, J. (2017). Annotatie bij: Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 20 december 2016, AB 2017/143 (Schorsende werking hoger beroep na A.M./Nederland). *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2017(17), 914-917. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57960>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57960>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

grond van art. 11 lid 1 Wob 1992 in beginsel beschermd zijn en ook blijven (r.o. 5.3, eerste alinea). Dit uitgangspunt, dat door de wetgever uitdrukkelijk wordt benoemd, dient de bescherming van de vrije meningsvorming, het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen brainstormen zonder vrees voor gezichtsverlies en het kunnen waarborgen dat bij de primaire vormgeving van beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten (*Kamerstukken II* 1986/87, 19859, 3, p. 14; zie ook ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:647, r.o. 6.1). Dat het bestuur op grond van art. 11 lid 2 Wob 1992 uit eigen beweging informatie over persoonlijke beleidsopvattingen kan verschaffen, doet aan het in het eerste lid vastgelegde uitgangspunt niets af (r.o. 5.3, eerste alinea). Indien het bestuur (toch) tot openbaarmaking mocht besluiten, dan mogen persoonlijke beleidsopvattingen slechts in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt indien de betrokkene daarmee heeft ingestemd. Hierbij geldt dat het bestuur gelet op zijn discretionaire bevoegdheid tot openbaarmaking in dit verband, ook indien instemming van betrokkenen is verkregen, bevoegd is om de informatie niet te verschaffen (r.o. 5.3, tweede alinea; zie ook *Kamerstukken II* 1986/87, 19859, 3, p. 38). Ook geanonimiseerde verstrekking van (een deel van) de verzochte informatie aan de stichting is derhalve niet mogelijk gebleken. M.A.J. West

AB 2017/143

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

20 december 2016, nr. 201609138/3/V2

(Mr. J.E.M. Polak)

m.nt. G. Boogaard en J. Uzman*

Art. 8:81, 8:87 Awb; art. 73, 82 Vw 2000; art. 3, 13, 35 EVRM

BA 2017/44

ECLI:NL:RVS:2016:3350

Naar aanleiding van EHRM-jurisprudentie (A.M./Nederland), ziet de voorzieningenrechter meer dan voorheen aanleiding om te bevelen dat vreemdelingen hangende het hoger beroep niet worden uitgezet, ook als geen concrete uitzetdatum bekend is, tenzij aannemelijk is dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure zal worden bevestigd.

* Universitair docenten staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.

In zijn arrest van 5 juli 2016, A.M. tegen Nederland, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409 (hierna: het arrest A.M.) heeft het EHRM opnieuw verwezen naar voormelde rechtspraak en overwogen dat het hoger beroep bij de Afdeling, in zaken waarin een gestelde schending van artikel 3 van het EVRM voorligt, geen effectief rechtsmiddel is als bedoeld in artikel 35 van het EVRM dat moet worden uitgeput voordat een vreemdeling zich tot het EHRM kan wenden. Daarvoor heeft het EHRM bepalend geacht dat de Nederlandse wet niet voorziet in een regeling waarmee aan het hoger beroep van rechtswege schorsende werking wordt toegekend. Dit betekent dat niet van een vreemdeling wordt vereist dat hij in asielzaken hoger beroep bij de Afdeling instelt alvorens zich tot het EHRM te wenden.

De voorzieningenrechter constateert dat het arrest A.M. dateert van na de in 3.2. vermelde keuzes van de wetgever. De voorzieningenrechter ziet zich daardoor geconfronteerd met de situatie waarin, enerzijds, de wetgever niet heeft voorzien in een wettelijke regeling die aan het hoger beroep in asielzaken van rechtswege schorsende werking toekent, en, anderzijds, het ontbreken van een dergelijke regeling ertoe kan leiden dat de Afdeling haar door de wetgever uitdrukkelijk opgedragen taak in vreemdelingenzaken – het bevorderen van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin – niet doeltreffend kan vervullen.

Het ontbreken van schorsende werking brengt immers het risico met zich dat een vreemdeling, anders dan het geval was vóór de vermelde rechtspraak, ervoor kiest zijn zaak niet in hoger beroep aan de Afdeling voor te leggen, maar zich in plaats daarvan direct tot het EHRM wendt.

Het is in eerste instantie aan de wetgever – en niet aan de bestuursrechter – om te bepalen in welke gevallen en op welke wijze aan het instellen van hoger beroep bij de Afdeling in asielzaken schorsende werking wordt toegekend. Dat laat onverlet dat de voorzieningenrechter, binnen de mogelijkheden die de Awb en de Vw 2000 hem op dit moment bieden, aanleiding ziet zijn rechtspraak over verzoeken om een voorlopige voorziening nu al zoveel mogelijk in lijn te brengen met de blijkens de rechtspraak van het EHRM vereiste rechtsbescherming. Daarom zal de voorzieningenrechter thans, als hij daartoe wordt verzocht in zaken waarin een 'arguable claim' over art. 3 EVRM voorligt, meer dan voorheen aanleiding zien 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.

De vreemdeling en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

Procesverloop

Bij besluit van 31 oktober 2016 heeft de staatssecretaris een aanvraag van de vreemdeling om hem een verblijfsvergunning asiël voor bepaalde tijd te verlenen, afgewezen.

Bij uitspraak van 28 november 2016 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft de vreemdeling hoger beroep ingesteld.

Voorts heeft hij de voorzieningenrechter van de Afdeling (hierna: de voorzieningenrechter) verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Overwegingen

1. Aan zijn verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening heeft de vreemdeling ten grondslag gelegd dat uitzetting naar Uganda, in verband met zijn homoseksuele geaardheid, achterwege moet blijven. Hij stelt dat hij bij terugkeer een reëel risico loopt op een schending van artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM). De vreemdeling wijst erop dat hij tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep heeft ingesteld en dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) volgt dat een rechtsmiddel in asielzaken schorsende werking moet hebben.

2. Bij uitspraak van 9 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3352, heeft de voorzieningenrechter bij wijze van voorlopige voorziening bepaald dat uitzetting van de vreemdeling achterwege blijft. Daaraan heeft de voorzieningenrechter ten grondslag gelegd dat de beoordeling van wat in hoger beroep is voorgedragen nader onderzoek vergt, welk onderzoek onder de gegeven omstandigheden niet tijdig kon worden verricht. De voorzieningenrechter heeft aangekondigd op een later moment te beoordelen of er grond is om over te gaan tot ambtshalve opheffing of wijziging van de getroffen voorlopige voorziening.

3. De voorzieningenrechter overweegt over het verzoek, mede ten behoeve van toekomstige verzoeken van andere vreemdelingen, het volgende.

3.1. Bij de totstandkoming van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) heeft de wetgever de Afdeling een bijzondere taak opgedragen ter bevordering van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in al-

gemene zin (onder meer *Kamerstukken II 1998/99, 26732, 3, p. 10 en 11, en Kamerstukken II 1999/00, 26732, 7, p. 69*). De functie van het hoger beroep in vreemdelingenzaken is dan ook niet alleen gelegen in het bieden van rechtsbescherming, maar juist ook in het bewaken van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Daarom is in vrijwel alle verblijfsprocedures voorzien in hoger beroep bij de Afdeling.

3.2.2. Uit de geschiedenis van totstandkoming van de Vw 2000 blijkt dat er, mede gelet op de artikelen 6:16 en 6:24 van de Awb, van is afgezien om aan het hoger beroep bij de Afdeling van rechtswege schorsende werking toe te kennen (*Kamerstukken II 1998/99, 26732, 3, p. 11, 85 en 86*). Daartoe is er onder meer op gewezen dat de inrichting van het hoger beroep in overeenstemming is met het recht, waaronder artikel 6 van het EVRM, en dat de procedure in beroep bij de rechtbank voldoende waarborgt dat een daadwerkelijke uitzetting van een vreemdeling na een dergelijke procedure rechtmatig is. Slechts een door de voorzieningenrechter van de Afdeling toegewezen verzoek om een voorlopige voorziening kan in hoger beroep tot schorsende werking leiden, zo volgt uit de wetsgeschiedenis van de Vw 2000.

Ook de implementatie van Richtlijn 2013/32/EU (*PB 2013 L 180*; hierna: de *Procedurerichtlijn*) is geen aanleiding geweest om aan het hoger beroep bij de Afdeling schorsende werking toe te kennen, omdat een dergelijke maatregel buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel viel (*Kamerstukken II 2014/15, 34088, 3, p. 39*).

3.3. In zijn arrest van 26 april 2007, *Gebremedhin tegen Frankrijk*,

ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD002538905, heeft het EHRM overwogen dat, in zaken waarin een 'arguable claim' over artikel 3 van het EVRM voorligt, rechtsmiddelen die van rechtswege geen schorsende werking hebben, geen effectieve rechtsmiddelen zijn als bedoeld in artikel 13 van het EVRM. Het EHRM heeft deze rechtspraak sindsdien meermalen herhaald (in onder meer het arrest van de Grote Kamer van 23 februari 2012, *Hirsi Jamaa/Italië*,

ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, het arrest van de Grote Kamer van 13 december 2012, *De Souza Ribeiro/Frankrijk*,

ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, en het arrest van 23 juli 2013, *M.A./Cyprus*,

ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD004187210). In zijn beslissing van 3 februari 2015, *M.O.S.H./Nederland*, ECLI:CE:ECHR:2015:0203DECO06346909, heeft het EHRM verwezen naar de hiervoor vermelde rechtspraak en geconstateerd dat het instellen van hoger beroep bij de Afdeling, in zaken waarin een 'ar-

guable claim' over artikel 3 van het EVRM voorligt, geen van rechtswege schorsende werking heeft.

3.4. In zijn arrest van 5 juli 2016, A.M. tegen Nederland, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409 (hierna: het arrest A.M.) heeft het EHRM opnieuw verwezen naar voormelde rechtspraak en overwogen dat het hoger beroep bij de Afdeling, in zaken waarin een gestelde schending van artikel 3 van het EVRM voorligt, geen effectief rechtsmiddel is als bedoeld in artikel 35 van het EVRM dat moet worden uitgeput voordat een vreemdeling zich tot het EHRM kan wenden. Daarvoor heeft het EHRM bepalend geacht dat de Nederlandse wet niet voorziet in een regeling waarmee aan het hoger beroep van rechtswege schorsende werking wordt toegekend. Dit betekent dat niet van een vreemdeling wordt vereist dat hij in asielzaken hoger beroep bij de Afdeling instelt alvorens zich tot het EHRM te wenden.

3.5. De voorzieningenrechter constateert dat het arrest A.M. dateert van na de in 3.2. vermelde keuzes van de wetgever. De voorzieningenrechter ziet zich daardoor geconfronteerd met de situatie waarin, enerzijds, de wetgever niet heeft voorzien in een wettelijke regeling die aan het hoger beroep in asielzaken van rechtswege schorsende werking toekent, en, anderzijds, het ontbreken van een dergelijke regeling ertoe kan leiden dat de Afdeling haar door de wetgever uitdrukkelijk opgedragen taak in vreemdelingenzaken – het bevorderen van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin – niet doeltreffend kan vervullen. Het ontbreken van schorsende werking brengt immers het risico met zich dat een vreemdeling, anders dan het geval was vóór de in 3.3. en 3.4. vermelde rechtspraak, ervoor kiest zijn zaak niet in hoger beroep aan de Afdeling voor te leggen, maar zich in plaats daarvan direct tot het EHRM wendt. Dat laatste is, gelet op de door de wetgever voorziene taak van de Afdeling, niet de bedoeling van de wetgever geweest.

3.6. Het gaat vooralsnog de rechtsvormende taak van de Afdeling en haar voorzieningenrechter te buiten om, in afwijking van de door de wetgever gemaakte keuzes, aan het hoger beroep bij de Afdeling in asielzaken van rechtswege schorsende werking toe te kennen. Het vaststellen van een dergelijke regeling vergt immers een afwijking van de voor- en nadelen van het huidige Nederlandse systeem van vreemdelingenrechtelijke rechtsbescherming en behelst beleidsmatige, organisatorische en financiële keuzes die aan de wetgever zijn (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1786 en het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4874). Zo zal de wetgever zich bij invoering van schorsende werking in asielzaken moeten afvragen of en in hoeverre

daarop uitzonderingen kunnen of moeten worden gemaakt en hoe dit overigens in het systeem van rechtsbescherming in het kader van het vreemdelingenrecht past. Ook zal de wetgever zich moeten beraden op het antwoord op de vraag of aan het recht om de uitkomst van het hoger beroep in Nederland af te wachten ook aanspraken op opvang of andere voorzieningen moeten worden verbonden. Over deze vragen heeft het EHRM zich niet uitgelaten.

3.7. Dat betekent dat het in eerste instantie aan de wetgever – en niet aan de bestuursrechter – is om te bepalen in welke gevallen en op welke wijze aan het instellen van hoger beroep bij de Afdeling in asielzaken schorsende werking wordt toegekend (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770). Dat laat onverlet dat de voorzieningenrechter, binnen de mogelijkheden die de Awb en de Vw 2000 hem op dit moment bieden, aanleiding ziet zijn rechtspraak over verzoeken om een voorlopige voorziening nu al zoveel mogelijk in lijn te brengen met de blijkens de rechtspraak van het EHRM vereiste rechtsbescherming.

4. Daarom zal de voorzieningenrechter thans, als hij daartoe wordt verzocht in zaken waarin een 'arguable claim' over artikel 3 van het EVRM voorligt, meer dan voorheen aanleiding zien 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 aanvallen uitspraak in de bodemprocedure zal worden bevestigd. Die omstandigheid kan zich onder meer voordoen als de vreemdeling afkomstig is uit een veilig land van herkomst (zie de uitspraak van de Afdeling van 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474).

4.1. Toewijzing van een verzoek als hiervoor omschreven laat overigens onverlet dat de staatssecretaris, indien hij voornemens is een vreemdeling uit te zetten, de voorzieningenrechter krachtens artikel 8:87 van de Awb kan verzoeken een getroffen voorlopige voorziening op te heffen.

4.2. Voor de goede orde voegt de voorzieningenrechter aan het vorenstaande toe dat ingrijpen van de wetgever niet overbodig is geworden, omdat niet vaststaat dat deze praktijk voldoet aan de vereisten die het EHRM in het arrest A.M. stelt.

5. Met inachtneming van het voormelde ziet de voorzieningenrechter in deze zaak aanleiding de voorlopige voorziening, getroffen bij uitspraak van 9 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3352, te handhaven.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

handhaaft de voorlopige voorziening, getroffen bij uitspraak van 9 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3352.

Noot

1. Deze uitspraak is de volgende zet in de dialoog tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en het EHRM over (het ontbreken van) automatisch schorsende werking van hoger beroep in het vreemdelingenrecht. Het Straatsburgse Hof oordeelde vorig jaar dat het ontbreken van schorsende werking in asielzaken betekende dat het instellen van hoger beroep bij de Afdeling niet beschouwd kon worden als een voldoende effectieve remedie (zie het arrest *A.M./Nederland*, EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409, AB 2016/435, m.nt. M. Reneman; *EHRC* 2016/228, m.nt. Uzman). Het gevolg daarvan is dat de vreemdeling, na een uitspraak van de rechtbank, direct de gang naar Straatsburg kan maken zonder dat van hem verwacht wordt zich eerst tot de Afdeling te wenden. Deze zet van het Straatsburgse Hof deed in Nederland nogal wat wenkbrauwen fronsen. Het arrest kan immers vergaande gevolgen hebben voor de rol van de Afdeling bij het bevorderen van de eenheid en de ontwikkeling van het Nederlandse vreemdelingenrecht. Met de hier afgedrukte uitspraak, doet de voorzitter van de Afdeling zijn tegenzet in wat inmiddels een gecompliceerd potje simultaan schaken is geworden tussen het Straatsburgse Hof, de Afdeling en de wetgever. Voor een goed begrip van wat er op het spel staat, schetsen we onder nummer 2 en 3 eerst de algemene achtergrond. Aantekening 4 analyseert de uitspraak zelf, waarna we ingaan op wat deze zet betekent voor de wetgever (nummer 5) en voor het EHRM (nummer 6). De nummers 7 t/m 10 gaan ten slotte over de vraag of nieuwe zetten denkbaar zijn dan wel dat de absolute grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter hier zijn bereikt.

2. Het verhaal begint bij de hoofdregel dat het aanwenden van rechtsmiddelen in het bestuursrecht doorgaans geen automatisch schorsende werking heeft (art. 6:16 jo. 6:24 Awb). Het vreemdelingenrecht maakt op deze hoofdregel enkel een uitzondering voor de bezwaar- en de beroepsfase (art. 73 en 82 VVW 2000). Wel is het uiteraard mogelijk een voorlopige voorziening tegen een eventuele uitzetting hangende het hoger beroep te verzoeken bij de voorzieningenrechter van de Afdeling. Tot dusver hanteerde deze echter de regel dat alleen wie, bij wijze van spreken, een brief met een vluchtnummer had gekregen, aan het door art. 8:81 Awb voor een voorlopige voorziening vereiste van 'onverwijld spoed' voldeed (ABRVS 26 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0628). Het had dus weinig

zinnig om zekerheidshalve een voorlopige voorziening tegen de enkele dreiging van uitzetting te vragen. Die werkwijze paste bij het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de Vreemdelingenwet 2000. De wetgever vond automatisch schorsende werking in hoger beroep destijds, gelet op de functie van hoger beroep en de mogelijkheid om incidenteel om een voorlopige voorziening te verzoeken, onnodig. Schorsende werking in eerste aanleg achtte men wel voldoende voor de rechtsbescherming. Deze politieke inschatting is, wat ons betreft, op zichzelf niet evident onrechtmatig. Zij is het resultaat van een afweging tussen enerzijds het belang van vreemdelingen om niet ten onrechte te worden uitgezet, en anderzijds het belang bij het minimaliseren van de kans op onzinnige hoger beroepen enkel om het verblijf te rekken.

3. Het EHRM kiest sinds 2007 voor een wezenlijk andere benadering, tenminste als het gaat om zaken waarin de vreemdeling een 'arguable claim' op tafel legt dat hem een wisse dood of een onmenselijke behandeling wacht. Het arrest *Gebremedhin/Frankrijk* zette in dit verband de toon (EHRM 26 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA6628, AB 2007/227, m.nt. Battjes; *JV* 2007/252, m.nt. Spijkerboer; *EHRC* 2007/75, m.nt. Woltjer). 'Better safe than sorry' luidt het Straatsburgse devies sindsdien, zeker bij het martelverbod. Daarmee divergeert de Straatsburgse lijn van de hiervoor geschetste afweging die ten grondslag ligt aan de Vreemdelingenwet. Tot dusver leidde dat niet tot een wetswijziging. Daardoor werd 5 juli 2016 een beetje de dag die je wist dat zou komen: een confrontatie tussen Nederland en Straatsburg wegens het ontbreken van de automatisch schorsende werking van het hoger beroep in het asielrecht. In het hiervoor genoemde arrest *A.M./Nederland* maakt het EHRM twee dingen duidelijk: nee, Nederland is, op de voet van art. 13 EVRM, niet verplicht om schorsende werking van hoger beroep in te voeren – hoger beroep is onder art. 13 geen vereiste. Het betekent echter wel dat elke vreemdeling met een 'arguable claim' gedurende het hoger beroep in Straatsburg altijd ook ontvankelijk is met een klacht over de schending van art. 2 of 3 EVRM. Een pijnlijke herinnering aan de *Salah Sheekh*-saga van tien jaar geleden (vgl. EHRM 11 januari 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA5147, AB 2007/76, m.nt. B.P. Vermeulen). Zie daarover verder de annotaties van Reneman in AB 2016/435 en Uzman in *EHRC* 2016/228. Hoewel het nu niet de Afdeling zelf is die een gevoelige tik op de vingers krijgt – het ontbreken van schorsende werking valt niet haar, maar de wetgever aan te rekenen – wordt met het arrest, eigenlijk nog duidelijker dan in *Salah Sheekh*, een forumkeuze in het leven geroepen tussen het EHRM en de Vreemdelingenkamer van de Afdeling. Dat zette het functioneren

van de laatste stevig onder druk en noopte de Afdeling tot een noodverband.

4. Dat noodverband komt met de hier afgedrukte uitspraak. De zaak zelf werd ingesteld door een homoseksuele Ugandees die meent dat hij niet naar Uganda terug kan omdat hij daar een reëel risico loopt op een door art. 3 EVRM verboden behandeling. Bezwaar en beroep bij de rechtbank werden ongegrond verklaard en hij wendde zich tot de Afdeling. Omdat het hoger beroep, zoals gezegd, geen automatisch schorsende werking heeft, vroeg hij om een voorlopige voorziening tegen een eventuele uitzetting hangende zijn hoger beroep. Normaal gesproken zou hij dan met concreet bewijs van die naderende uitzetting moeten komen. Maar in dit geval is het ontstaan van de forumkeuze tussen het EHRM en de Vreemdelingenkamer van de Afdeling voldoende voor de laatste om in beweging te komen. Dat het nu om de knikkers gaat, illustreert alleen al het feit dat de voorzieningenrechter van dienst 'toevalligerwijs' ook voorzitter van de Afdeling is. Een gelijktijdige zaak op dezelfde dag, werd afgedaan door de voorzitter van de Vreemdelingenkamer (ABRVs (vz.) 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3352). Daarnaast vallen de bewoordingen op die de koerswijziging moeten stutten. De rechtsvormende taak wordt van stal gehaald, waarbij de voorzitter zelfs verwijst naar jurisprudentie daaromtrent van de Hoge Raad. Dat gebeurde, voor zover wij kunnen overzien, nog slechts één keer eerder (ABRVs (vz.) 29 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2212). Die verwijzing naar de Hoge Raad is in dit verband, strikt genomen, niet nodig. De voorzitter had ook naar vergelijkbare uitspraken van de Afdeling kunnen verwijzen (zie bijv. de zaak *Eman & Sevinger* over het kiesrecht voor het EP op Aruba, ABRV's 21 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ3202, AB 2007/80, m.nt. PJS; *NJCM-Bulletin* 2007, m.nt. Uzman, p. 635). Een gelukkige ontwikkeling is het wat ons betreft echter wel: de hoogste bestuursrechter maakt zo duidelijk dat hij hier gelijk optrekt met de Hoge Raad.

5. De verwijzing naar de grenzen van de rechtsvormende taak van de Afdeling markeert tevens dat de uitspraak niet alleen het vervolg is van het schaakspel tussen Straatsburg en de Afdeling, maar dat zij ook de openingszet vormt in een tweede schaakspel, deze keer met de wetgever. Want de Afdeling lijkt zich door die wetgever in de steek gelaten te voelen, een beetje zoals dat ook het geval was toen de strafkamer van de Hoge Raad met de Straatsburgse *Salduz*-jurisprudentie werd geconfronteerd (vgl. o.a. HR 1 april 2014 ECLI:NL:HR2014:770). De Afdeling kiest nu voor een vergelijkbare oplossing. Zij roept de hulp van de wetgever in en legt een tijdelijk noodverband aan. Daarbij legt zij in de motivering van de uitspraak relatief dwingend en con-

creet vast dat de wetgever in actie moet komen. Die dwingendheid is opmerkelijk. De Afdeling gaat ervan uit dat de wetgever zich verplicht voelt om via wetwijziging een vorm van schorsende werking te introduceren. De Afdeling wijst erop dat bij de vormgeving daarvan allerhande keuzes te maken zijn die zij *vooralsnog* aan de wetgever overlaat. Zij gaat er dus impliciet vanuit dat het hoger beroep in asielzaken schorsende werking moet en zal krijgen. Die verplichting volgt echter niet zonder meer uit de jurisprudentie van het EHRM. Die jurisprudentie houdt immers enkel in dat het Hof klagers niet houdt aan de verplichting om alle nationale rechtsmiddelen (waaronder hoger beroep bij de Afdeling) uit te putten alvorens men bij het Hof terecht kan. Voor de conclusie dat het ontbreken van schorsende werking in hoger beroep ook daadwerkelijk tot een schending van art. 13 EVRM zou leiden, deinsde het Hof terug. Het was voldoende dat de procedure in eerste aanleg op orde was. Strikt genomen voldoet de Staat daarmee aan de verdragsverplichtingen. Dat de wetgever toch in actie moet komen, heeft dus meer te maken met het functioneren van de Afdeling als waakhond voor, onder meer, de rechtseenheid. Dat is uiteraard van het grootste belang, maar of het – zoals de voorzitter lijkt te veronderstellen – ook om een rechtsplicht gaat, is de vraag. Of hier sprake is van een materieel wetgevingsbevel is dus een kwestie van inschatting: confronteert de voorzitter van de Afdeling de wetgever hier inderdaad met een rechtsplicht, of moet men zijn bewoordingen vooral lezen als een pragmatische noodkreet? Dat die vraag meer is dan slechts van academisch belang, blijkt trouwens uit de eerste reacties op het Binnenhof. Onlangs meldde de verantwoordelijke staatssecretaris tijdens een algemeen overleg van de vaste Kamercommissie voor V&J dat hij geen aanleiding zag om 'iets verder te veruimen'. Sterker nog: hij sprak er zijn teleurstelling over uit dat hij de nieuwe koers van de Afdeling niet zelf ongedaan kon maken (zie *Kamerstukken II* 2016/17, 19637, 2287, p. 47). Genoeg stof dus, voor een interessante confrontatie.

6. Het noodverband dat de voorzitter van de Afdeling aanlegt, bestaat uit de aankondiging dat alle vreemdelingen met een pleitbare claim over art. 3 EVRM in beginsel een voorlopige voorziening kunnen komen ophalen, ook als de daadwerkelijke uitzetting nog niet concreet is. Pas als de voorzieningenrechter ervan overtuigd is dat de bodemprocedure kansloos is, bijvoorbeeld omdat sprake is van een veilig land van herkomst, wordt het verzoek afgewezen. Vanuit Straatsburgs perspectief lijkt dat op het eerste gezicht niet voldoende. De voorzieningenrechter zelf houdt daarmee, getuige r.o. 4.2, ook rekening. In

diverse uitspraken maakte het EHRM duidelijk dat het de bescherming van de rechten onder art. 3 EVRM van zodanig fundamenteel belang acht, dat het moet gaan om *automatisch* schorsende werking (zie voor verwijzingen, de reeds genoemde annotaties van Reneman en Uzman). Van enige discretie bij een voorzieningenrechter mag geen sprake zijn en dat is hier wel het geval. Deze beoordeelt immers of 'aannemelijk' is dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure wordt bevestigd. Hoewel die zet ons begrijpelijk voorkomt, vanuit de vrees om het al te gemakkelijk te maken voor vreemdelingen om het verblijf in Nederland te rekken, blijft het mogelijk dat de inschatting van de voorzieningenrechter achteraf onjuist blijkt te zijn en dat de Afdeling in de bodemprocedure wel tot vernietiging overgaat. Het is die situatie die het EHRM – terecht of onterecht – koste wat kost wil vermijden. Daar komt bij dat schorsende werking nu nog altijd een extra handeling, het verzoek om een voorlopige voorziening, vergt. Ook dat kan, in theorie, problematisch zijn als de vreemdeling daarvan niet op de hoogte is. Belangrijker lijkt ons echter dat de vreemdeling tussen het moment van de uitspraak in eerste aanleg en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling, zonder mankeren kan worden uitgezet. Zou men écht tegemoet willen komen aan de Straatsburgse zorgen, dan ligt schorsende werking niet slechts vanaf het moment van instellen van hoger beroep, maar ook reeds gedurende de beroepstermijn, voor de hand. Desalniettemin verdient de nieuwe koers van de Afdeling wat ons betreft serieuze aandacht in Straatsburg. Het is bepaald niet onmogelijk dat het Hof er aanleiding in ziet om de met *A.M./Nederland* ingeslagen weg te nuanceren. De Afdeling maakt met deze uitspraak immers duidelijk dat zij bereid is de grenzen van haar constitutionele mandaat op te zoeken om het Hof tegemoet te komen. Het EHRM op zijn beurt kan, gelet op de beruchte Straatsburgse werklust, niet zitten te wachten op de positie van een quasi hoger beroepsrechter. Daar komt bij dat het Nederlandse model, na de bijsturing van de Afdeling, materieel een heel eind in de richting komt van wat het EHRM beoogt. Het is bovendien niet de eerste keer dat men zich in Straatsburg gedeeltelijk laat overtuigen en een bestaande jurisprudentielijn nuanceert. Zie bijvoorbeeld het arrest *Al Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk* (Grote kamer, 15 december 2011, 2222/06, *EHRC* 2012/56, m.nt. Spronken). Men mag bij het EHRM in dat verband graag spreken van een waardevolle dialoog met de nationale gerechten. Dit is een uitgelezen kans om dat te demonstrenen.

7. Tegelijkertijd probeert de voorzitter druk op de wetgevende ketel te houden. Hij overweegt

dat het 'vooralnag' de rechtsvormende taak van de Afdeling en haar voorzieningenrechter te buiten gaat om aan het hoger beroep bij de Afdeling in asielzaken van rechtswege schorsende werking toe te kennen. Dat suggereert dat zulke rechtsvorming ooit wél binnen het bereik van de Afdeling kan komen en dat dan mogelijk wordt doorgepakt. Ook daarin volgt de Afdeling het voorbeeld van de Hoge Raad, die dezelfde suggestie van uitgestelde daadkracht inzette in het *Arbeidskostenforfait*-arrest (HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *BNB* 1999/271, m.nt. Wattel). Het roept echter wel de vraag op of de voorzieningenrechter zijn dreigement waar kan maken. Hijzelf overweegt om te beginnen al dat met het noodverband de mogelijkheden van de Awb en de VW 2000 'zoveel mogelijk' worden benut. Valt het ooit binnen de rechtsvormende taak van de rechter om, in weerwil van de uitdrukkelijke bewoordingen van het geschreven procesrecht, aan een rechtsmiddel van rechtswege schorsende werking toe te kennen? Dat zal nooit kunnen als de Afdeling hier op de absolute grenzen van de rechtsvormende taak stuit. Een Nederlandse rechter is nooit bevoegd nieuwe strafbaarheden te creëren of een compleet vergunningstelsel op te tuigen. Anders ligt het, als hier sprake is van de relatieve grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. De rechter acht zich dan op zichzelf wel bevoegd tot rechtsvorming, maar vindt dat, om praktische of rechtspolitieke redenen voorlopig minder wenselijk. In zo'n geval is het wel mogelijk dat de rechter zijn abtineren dreigend clauseleert.

8. Zijn bij het 'van rechtswege toekennen van schorsende werking' aan het hoger beroep nu de absolute of de relatieve grenzen van de rechtsvormende taak in het geding? Daarover is verschil van mening mogelijk. In het verleden leek de Afdeling het scheppen van een compleet nieuw rechtsmiddel te beschouwen als een absolute *no-go* (vgl. *ABRvS* 22 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD9276, *AB* 2002/112, m.nt. Sewandono). Minder eenduidig was de Hoge Raad (zie HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2281, *JB* 2004/75, m.nt. Nissen-Cobben). Het creëren van een bestuursrechtelijke rechtsingang voor schadevergoeding wegens overschrijden van de redelijke termijn bleek daarentegen wel weer mogelijk (*ABRvS* 4 juni 2008, *AB* 2008/229, m.nt. Widdershoven). De centrale vraag is daarbij of de rechter een wettelijk kader heeft dat hij, enigszins creatief uitgelegd, of door gebruikmaking van zijn bevoegdheid ex art. 94 Gw om buiten toepassing te laten, als basis kan gebruiken. Zelf een dergelijk kader integraal uit de grond stampen kan hij niet. Nu is een dergelijk kader in dit geval wel voorhanden. De moeilijkheid is in dit geval dat het buiten toepassing laten van een voorschrift alleen

kan als rechtstreeks werkend internationaal recht daartoe dwingt (zie onlangs nog HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.3). Nu het EHRM zo duidelijk heeft overwogen dat het ontbreken van schorsende werking in hoger beroep géén schending van art. 13 EVRM oplevert, is het sterk de vraag of de Nederlandse rechter de zaak *A.M./Nederland* kan gebruiken voor het buiten toepassing laten (of vergaand creatief interpreteren) van art. 6:16 jo. 6:24 Awb en art. 73, 82 VV 2000. In zoverre lijken ons de grenzen van de rechtsvormende taak hier behoorlijk absoluut.

9. Daar komt bij dat de Afdeling een algemene automatisch schorsende werking, gelet op haar uitspraakbevoegdheden niet *de jure* kan bewerkstelligen. Weliswaar biedt art. 8:72 lid 3 sub b Awb de mogelijkheid om *erga omnes* in de zaak te voorzien, maar daaraan zal de Afdeling niet kunnen toekomen nu tegen de gewraakte regels (art. 6:16 jo. 6:24 Awb en art. 73, 82 VV 2000) geen beroep open staat bij de bestuursrechter (art. 8:3 Awb). Ook het in een voorkomend geval bij wijze van 'overige handeling' in de zin van art. 8:72 lid 4 onder b Awb bevelen van de staatssecretaris om iedereen die hoger beroep heeft ingesteld niet uit te zetten, is vanwege de koppeling van de uitspraakbevoegdheden aan het object van geschil geen optie. (Zie verder: G. Boogaard, 'Ver van het bed of dicht bij huis. Wetgevingsbevelen in het civiele en bestuursprocesrecht', *Ars Aequi* 2013/885). Terzijde zij opgemerkt dat de civiele rechter op dit punt iets beter is toegerust. Deze zou een algemeen geformuleerd verbod aan de Staat kunnen geven om iedereen die in het vreemdelingenrecht hoger beroep instelt uit te zetten. Dit verbod wordt weliswaar toegewezen jegens degene die erom vraagt, maar roept voor de Staat een algemene verplichting in het leven om niemand meer uit te zetten. Een dergelijke niet onmiddellijk afdwingbare maar desalniettemin wel juridische verplichting zou er, *arguably*, voor zorgen dat Nederland voldoet aan het Straatsburgse vereiste van een *automatisch* schorsende werking van het hoger beroep. Overigens heeft de civiele rechter hiervoor wel een onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 BW nodig. Die conclusie ligt niet zonder meer voor de hand, nu het EHRM die schorsende werking in hoger beroep weliswaar zeer wenselijk vindt, maar niet spreekt van een verdragsverplichting onder art. 13 EVRM.

10. Terug naar de bestuursrechter. Wat kan de Afdeling zelf nog doen? Een directe mogelijkheid om van rechtswege schorsende werking te creëren zien wij, zoals gezegd, niet. Wel kan de Afdeling de toegang tot de voorlopige voorziening verder maximaliseren, waardoor iedereen die hoger beroep heeft ingesteld per definitie

schorsende werking kan komen ophalen bij de voorzieningenrechter. Een andere optie, die vreemdelingen ook beter beschermt tegen de situatie dat de staatssecretaris al direct na de uitspraak van de rechtbank met het busje klaarstaat, is dat de rechtbanken er zelf toe overgaan om bij wijze van voorlopige voorziening schorsende werking toe te kennen zolang de termijn voor hoger beroep nog loopt. Daartoe zou gebruik kunnen worden gemaakt van art. 8:72 lid 5 Awb. De Afdeling kan rechtbanken daartoe oproepen door rechtbankuitspraken te vernietigen zolang het afwijzen van een beroep niet gepaard gaat met een dergelijke voorziening. Ook daarmee zou, *arguably*, aan de Straatsburgse eisen voldaan zijn, zij het niet door de wetgever en evenmin door de Afdeling zelf. Een meervoudige dialoog tussen rechters in *optima forma*. Of gewoon nóg een schaaqbord erbij. Hopelijk is de nieuwe voorzitter een grootmeester.

G. Boogaard en J. Uzman

AB 2017/144

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

1 februari 2017, nr. 15/7921 ZW

(Mrs. B.M. van Dun, J.S. van der Kolk, A.T. de Kwaasteniet)
m.nt. F.P. Krijnen*

Art. 45, 19aa ZW

ABkort 2017/43

NJB 2017/438

ECLI:NL:CRVB:2017:350

Benadelingshandeling ZW. Het opleggen van een maatregel tast recht op ZW-uitkering niet aan.

Appellant wordt gevolgd in het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat als gevolg van het besluit van 4 maart 2014 geen rechtsverhouding tussen hem en betrokkene is ontstaan. Op grond van artikel 45, eerste lid, aanhef en onder j, van de ZW weigert het Uvv ziekengeld geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend, indien de verzekerde door zijn doen of laten het Algemeen Werkloosheidsfonds benadeelt of zou kunnen benadelen. Het besluit van 4 maart 2014 behelst naar zijn bewoording en strekking een maatregel, als bedoeld in artikel 45 van de ZW, inhoudende dat, nu betrokkene haar loonaanspraken op haar werkgever heeft prijsgegeven, zij daarom ten onrechte een beroep doet op de ZW en aan haar dus geen ziekengeld

* Stafjurist sociale verzekering bij de Rechtbank Den Haag.