

# VU Research Portal

## De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht

Geertsema, K.E.; Groenewegen, F.T.

### **published in**

Asiel&Migrantenrecht  
2011

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Geertsema, K. E., & Groenewegen, F. T. (2011). De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht. *Asiel&Migrantenrecht*, 2011(10).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## *De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht*

Wat doet de bestuurlijke lus voor vreemdelingenrechtelijke zaken? Een analyse van de inmiddels verschenen uitspraken wijst uit: het mislukt nogal eens.

### 1. Inleiding

Procedures in het bestuursrecht duren vaak lang. Procedures in het vreemdelingenrecht duren vaak nog langer. Eén van de oorzaken daarvan is dat bestuursorganen regelmatig te laat een beslissing nemen. Dit probleem is echter niet het onderwerp van dit artikel. Een andere oorzaak voor de lange duur van de procedures is gelegen in het geringe vermogen van de bestuursrechter om geschillen definitief te beslechten.<sup>1</sup> Dat wordt in grote mate veroorzaakt door de aard van de bestuursrechtspraak zelf: de bestuursrechter toetst terughoudend, om te voorkomen dat hij de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan doorkruist. Als na de vernietiging van een besluit het bestuursorgaan nog beleids- of beoordelingsvrijheid rest, dan moet de rechter in de meeste gevallen volstaan met een enkele vernietiging. Het bestuursorgaan moet dan, als er een aanvraag aan het besluit ten grondslag ligt, een nieuw besluit nemen. Tegen dat nieuwe besluit is vervolgens ook weer beroep mogelijk, zodat een definitieve beslechting van het geschil nog ver weg is.

De laatste jaren is er steeds meer aandacht gekomen voor de vraag hoe de bestuursrechter beter tot een definitieve beslech-

ting kan komen.<sup>2</sup> In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld de toepassingsmogelijkheden van de artikelen 8:72, derde en vierde lid Awb verruimd.<sup>3</sup> Ook heeft de Afdeling als algemeen uitgangspunt geformuleerd dat de rechter zoveel mogelijk moet onderzoeken of finale geschilbeslechting mogelijk is.<sup>4</sup> In het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht is ditzelfde uitgangspunt geformuleerd in het voorgestelde artikel 8:41a.<sup>5</sup> Dit artikel luidt: "De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief."

In dat kader is sinds januari 2010 ook de bestuurlijke lus ingevoerd. Ook de bestuurlijke lus heeft tot doel het geschilbeslechtend vermogen van de rechter te vergroten. Deze lus zorgt voor een aantal veranderingen. Het wijzigt bijvoorbeeld de manier waarop een advocaat een zitting voorbereidt: rechtshulpverleners moeten zich afvragen of de gebreken die aan het besluit kleven eventueel geheeld zouden kunnen worden met toepassing van de bestuurlijke lus. In het verlengde daarvan moeten zij zich afvragen wat zij vinden van de toepassing van een lus in dat specifieke geval.

1 Zie hierover B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag 2007.

2 Jaarverslag Raad van State 2007, p. 80 e.v., ve08001196.

3 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2008, JB 2009/739 en ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224 m.nt Ortleb.

4 ABRvS 12 augustus 2009, AB 2009/368 m.nt. de Waard.

5 Kamerstukken TK 2010-2011, 32 450, nr. 8, p. 4.

In dit artikel bespreken we de vreemdelingrechtelijke jurisprudentie waarin deze lus wordt toegepast. Eerst volgt een uiteenzetting van de middelen die de rechter heeft om een geschil finaal te beslechten, waaronder dus de lus (paragraaf 2). Vervolgens wordt de vreemdelingrechtelijke jurisprudentie besproken in paragraaf 3. Daar komt de vraag aan de orde welk soort gebreken kan leiden tot het toepassen van de lus, waarom de lus soms mislukt en waarom de rechter soms bewust afziet van het toepassen van de lus. Ten slotte volgen enkele opmerkingen over de bestuurlijke lus in hoger beroep in het vreemdelingenrecht (paragraaf 4).

## 2. Instrumenten voor definitieve geschilbeslechting

### *Het zelf in de zaak voorzien*

De Awb kent vanaf de totstandkoming meerdere instrumenten om de rechter in staat te stellen het geschil vaker definitief te beslechten. De twee belangrijkste zijn het zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, vierde lid onder c) en het in stand laten van de rechtsgevolgen (artikel 8:72, derde lid). Bij het zelf in de zaak voorzien bepaalt de rechter dat zijn uitspraak in de plaats komt van het vernietigde besluit. Als hij dat bepaalt, is het geschil definitief beslecht. De rechter kan echter slechts spaarzaam gebruik maken van deze bevoegdheid, omdat hij de discretionaire bevoegdheden van het bestuur niet mag doorkruisen. In de Memorie van Toelichting en in de jurisprudentie werd in verband daarmee aanvankelijk het standpunt ingenomen dat deze bevoegdheid alleen kon worden aangewend, indien er na de vernietiging nog slechts één besluit mogelijk was.<sup>6</sup> Dat zal niet vaak het geval zijn, omdat die situatie zich alleen voordoet als er geen enkele beoordelings- of beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan over is gebleven en als er evenmin nader feitenonderzoek nodig is. Dit instrument werd dientengevolge zelden gebruikt.<sup>7</sup>

Recentere jurisprudentie is minder strikt; er wordt nu niet meer als criterium gehanteerd dat nog slechts één besluit mogelijk is.<sup>8</sup> Dat betekent echter niet dat de rechter wel de beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuursorgaan zal kunnen doorkruisen bij de toepassing van artikel 8:72, vierde lid. Al-

zen liggen is nog niet duidelijk, maar zeker is wel dat de rechter op dit punt grote terughoudendheid zal blijven betrachten.

### *Het in stand laten van de rechtsgevolgen*

Het derde lid van artikel 8:72 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een op zich gebrekkig besluit in stand te laten. Het geschil is dan definitief beslecht, omdat er geen noodzaak is een nieuw besluit te nemen. Ook hier werd aanvankelijk het standpunt ingenomen dat deze bevoegdheid alleen gebruikt kan worden als het bestuursorgaan geen enkele beoordelings- of beleidsvrijheid meer restte.<sup>10</sup> Deze strikte eis werd in de jurisprudentie echter al snel niet meer gesteld, ook al bleef de eis bestaan dat de vrijheden van het bestuur door het in stand laten van de rechtsgevolgen niet doorkruist mochten worden.<sup>11</sup> Bij het in stand laten van de rechtsgevolgen is dat risico echter minder groot dan bij het zelf in de zaak voorzien. Bij het zelf in de zaak voorzien neemt de rechter immers in feite zelf een besluit, terwijl bij het in stand laten van de rechtsgevolgen er al een besluit van het bestuur zelf ligt. Het derde lid van artikel 8:72 Awb kan dus vaker worden gebruikt dan het vierde lid.

### *De bestuurlijke lus*

De bestuurlijke lus stelt de rechter in staat om het bestuursorgaan tijdens de procedure een gebrek in het bestreden besluit te laten herstellen.<sup>12</sup> Als dat slaagt, is er geen noodzaak meer om een nieuw besluit te nemen en is daarmee het geschil definitief beslecht.

Dat werkt als volgt. Als de rechtbank een gebrek in het bestreden besluit constateert kan hij op grond van artikel 8:51a Awb het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen om binnen een bepaalde termijn dat gebrek te herstellen. De rechtbank doet daartoe op grond van artikel 8:80a Awb een tussenuitspraak en vermeldt in die uitspraak zoveel mogelijk welke gebreken er zijn, en hoe de geconstateerde gebreken hersteld kunnen worden. De tussenuitspraak is overigens niet vatbaar voor hoger beroep. Wel kunnen in een hoger beroep tegen de einduitspraak grieven aangevoerd worden tegen de tussenuitspraak (art. 47, derde lid, aanhef en onder a Wet RvS).

Naar aanleiding van de tussenuitspraak kan het bestuursorgaan vervolgens het gebrek herstellen door, afhankelijk

## *De rechtbank kan oordelen dat het gebrek niet voldoende is hersteld. De bestuurlijke lus is dan in feite mislukt.*

leen als de overgebleven vrijheid betrekking heeft op een neutrale en inhoudelijk niet gevoelige afweging zal de rechter zelf kunnen voorzien. Polak noemt als voorbeeld de situatie waarin vast staat dat gehandhaafd moet worden, maar dat er alleen wat betreft de termijn waarbinnen gehandhaafd moet worden nog enige beslissingsruimte over blijft.<sup>9</sup> Waar precies de gren-

natuurlijk van de aard van het gebrek, bijvoorbeeld de motivering te verbeteren of alsnog nader onderzoek te verrichten. De nieuwe motivering of het nadere onderzoek worden alsnog door de rechter bij de beoordeling betrokken. De partijen krijgen op grond van artikel 8:51b, derde lid, Awb de mogelijkheid om in beginsel binnen vier weken hun zienswijze over de manier waarop het gebrek hersteld is naar voren te brengen.

6 PG Awb II, p. 460.

7 Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Den Haag 2007.

8 ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224 m.nt. Ortieb. Zie echter ook ABRvS 14 april 2010, JB 2010/135 m.nt. Bots, welke uitspraak van dat nieuwe uitgangspunt lijkt af te wijken.

9 J.E.M. Polak, Effectieve geschilbeslechting: bestuurlijke lus en andere instru-

menten, NTB 2011, p. 7.

10 Zie B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Den Haag 2007, p. 60.

11 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2008, JB 2009/739.

12 Zie over de bestuurlijke lus ook B.J. van Ettekoven en A.P. Klap, De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus, JBplus, 2010, p. 182-199.

Het bestuursorgaan is overigens niet verplicht om het gebrek na de tussenuitspraak van de rechtbank te herstellen: zie artikel 8:51b, eerste lid, Awb.<sup>13</sup> Geeft het bestuursorgaan geen gevolg aan de tussenuitspraak, dan zal de rechtbank het besluit vernietigen.

Als het bestuursorgaan wel gehoor geeft aan de tussenuitspraak zijn er verschillende mogelijkheden. In de eerste plaats kan de rechtbank oordelen dat het gebrek niet voldoende is hersteld. De bestuurlijke lus is dan in feite mislukt. De rechtbank zal het besluit moeten vernietigen en het bestuursorgaan zal een nieuw besluit moeten nemen.<sup>14</sup>

Een tweede uitkomst kan zijn dat het bestuursorgaan met toepassing van artikel 6:18 Awb een nieuw besluit neemt. Als dat gebeurt is op grond van artikel 6:19 Awb het beroep ook meteen gericht tegen dit nieuwe besluit. Als het gebrek met het nieuwe besluit geheeld is, zal de rechtbank dat besluit in stand laten en is in zoverre het geschil dus finaal beslecht.

Een derde mogelijkheid is dat op grond van artikel 8:72, vierde lid, de rechtbank zelf in de zaak voorziet. Daarvan zal sprake zijn als het dictum van het besluit gewijzigd moet worden om het gebrek te kunnen helen. Als uit de tussenuitspraak echter al blijkt dat het dictum van het besluit gewijzigd moet worden om het gebrek te helen, dan ligt het meer voor de hand dat het bestuursorgaan met toepassing van artikel 6:18 Awb een nieuw besluit neemt. Het zelf in de zaak voorzien door de rechter zal zich dus na toepassing van de bestuurlijke lus niet vaak voordoen.<sup>15</sup>

Ten slotte is er nog de mogelijkheid dat de rechtbank na het toepassen van de lus met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand laat. Het bestreden besluit kan bijvoorbeeld een motiveringsgebrek kennen, of er kan onzorgvuldig onderzoek aan ten grondslag liggen. Het bestuursorgaan kan dan naar aanleiding van de

verblijfsvergunning betreft, of een ongewenstverklaring inhoudt, dan kan een schorsing wel nut hebben.<sup>17</sup>

### 3. Toepassing van de bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht

Er zijn ons zo'n 25 gepubliceerde tussen- en einduitspraken bekend waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Niet bij alle tussenuitspraken is een einduitspraak bekend en van de einduitspraken is niet in alle gevallen de bijbehorende tussenuitspraak bekend. Het beeld is dus niet volledig, maar wel uitgebreid genoeg om enige conclusies te kunnen trekken.

Van de dertien door ons bekeken einduitspraken is het beroep in zeven gevallen gegrond verklaard, zonder dat daarbij de rechtsgevolgen in stand werden gelaten.<sup>18</sup> Dat betekent dat na het toepassen van de bestuurlijke lus alsnog een nieuw besluit moet worden genomen en dat daarom het geschil met de uitspraak nog niet definitief beslecht is. In die gevallen is de lus dus mislukt. In de zes overige gevallen zijn de rechtsgevolgen wel in stand gelaten of, als er een 6:18 besluit was, is het beroep daartegen ongegrond verklaard. Dat betekent dat in die gevallen geen nieuw besluit meer genomen hoeft te worden en dat het geschil met de einduitspraak definitief beslecht is.<sup>19</sup> In die gevallen is de lus dus wel gelukt.

Het gebrek dat aanleiding geeft tot het toepassen van de bestuurlijke lus betreft meestal een onzorgvuldig onderzoek of een ontoereikende motivering van het besluit. Deze gevallen zullen hieronder uitgebreider besproken worden. Daarna zal aandacht besteed worden aan de vraag hoe het komt dat de lus regelmatig mislukt. Vervolgens wordt de jurisprudentie besproken waarin de rechtbank bewust afziet van het toepassen van de lus.

## *Er zijn ons zo'n 25 gepubliceerde tussen- en einduitspraken bekend waarin de bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht is toegepast.*

tussenuitspraak alsnog een bevredigende motivering geven of op correcte wijze nader onderzoek verrichten. De rechtbank kan dan het bestreden besluit vernietigen, maar met het oog op de nadere motivering, of het verrichte onderzoek, de rechtsgevolgen in stand laten.<sup>16</sup>

Als de rechter een tussenuitspraak doet, kan hij bij die tussenuitspraak een voorlopige voorziening treffen (artikel 8:80b, tweede lid Awb). Het gebrekkige besluit kan in een tussenuitspraak niet vernietigd worden, dus soms kan het nodig zijn de werking van dat besluit te schorsen tot de einduitspraak wordt gedaan. Dat is niet altijd nodig of zinvol. Het heeft bijvoorbeeld niet altijd zin om de weigering een verblijfsvergunning te geven te schorsen. Als het besluit echter de intrekking van een

### *Soorten gebreken die leiden tot het toepassen van de bestuurlijke lus*

Soms betreft het gebrek een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit, omdat de minister niet aan de vergewisplicht heeft voldaan. De bestuurlijke lus kan dan toegepast worden om de minister in de gelegenheid te stellen opnieuw een deskundigenadvies in te winnen. In een asielzaak had de minister bijvoorbeeld bij de MOA-arts moeten informeren of de asielzoeker gehoord kon worden. De bestuurlijke lus geeft de

13 De rechter in eerste en enige aanleg en de hogerberoepsrechter kan die verplichting wel opleggen, zie voor zover het de Afdeling betreft artikel 49, zesde lid Wet RvS. Zie hierover verder onder 4.

14 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 1 juni 2010, LJN: BM8641.

15 Vergelijk B.J. van Ettekoven en A.P. Klap, De bestuurlijke lus als rechterlijke (k) lus, in JBplus, 2010, p. 191-192.

16 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2010, LJN: BM9687.

17 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle 17 december 2010, AWB 10/24838, LJN: BP6006, ve11000461.

18 Rechtbank Amsterdam 5 oktober 2010, LJN: BO8062, ve10002369; Rechtbank Den Bosch 4 november 2011, LJN: BU3365, ve11002787; Rechtbank Arnhem 21 oktober 2011, AWB 11/10174; Rechtbank Utrecht 28 oktober 2010, LJN: BO2937, ve10002013; Rechtbank Zwolle 17 december 2010, LJN: BP6006, ve11000461; Rechtbank Den Haag 12 november 2010, LJN: BP0911, ve11000091; Rechtbank Haarlem 6 juni 2011, LJN: BQ7661, ve11001533.

19 Rechtbank Amsterdam 21 september 2010, LJN: BO0959, ve10001841; Rechtbank Haarlem 27 augustus 2010, LJN: BO3308, ve10002014; Rechtbank Arnhem 22 februari 2011, AWB 10/7427; Rechtbank Arnhem 9 december 2010, AWB 10/7386; Rechtbank Den Haag 22 december 2010, AWB 09/47938; Rechtbank Den Bosch 14 oktober 2011, LJN: BT8302, ve11002489.

minister daar alsnog de gelegenheid toe.<sup>20</sup> Met betrekking tot een ongewenstverklaring had de minister de vergewisplicht geschonden, omdat hij niet voldoende had onderzocht of een ambtsbericht van de AIVD op onpartijdige en objectieve wijze informatie verschaftte.<sup>21</sup>

In een andere zaak met betrekking tot ongewenstverklaring was het besluit onder meer gebaseerd was op een strafrechtelijke veroordeling in het buitenland. De strafmaatvergelijking die was verricht was echter onzorgvuldig geschied. De lus strekt er in dit geval toe de minister in de gelegenheid te stellen zorgvuldig te onderzoeken welke straf er in Nederland opgelegd zou zijn, als het delict hier gepleegd was.<sup>22</sup> In weer een andere zaak ging het om een verzoek tot toepassing van artikel 64 Vw 2000. In het advies van het Bureau Medische Advisering werd niet gesproken over de reismogelijkheden van de vreemdeling, terwijl dat voor het nemen van het besluit wel relevant was. In de tussenuitspraak werd de IND verzocht alsnog navraag te doen bij het BMA over de eventuele reisvoorwaarden.<sup>23</sup> Motiveringsgebreken die via de bestuurlijke lus hersteld kun-

### *Mislukte bestuurlijke lus*

Hierboven werd al vermeld dat van de dertien ons bekende einduitspraken de lus in zeven gevallen mislukte. In die gevallen werd het besluit vernietigd, zonder dat de rechtsgevolgen in stand werden gelaten.

Valt er iets te zeggen over de vraag waarom de lus in het vreemdelingenrecht relatief vaak mislukt? Bij de mislukte lus ging het in vier gevallen om een gebrek dat volgens de rechtbank hersteld kon worden door een (hernieuwd) deskundigenadvies in te winnen.<sup>27</sup> Op zich zit het probleem er echter niet in dat een deskundigenadvies nodig was: in vijf van de zes gevallen waarin de lus wel slaagde betrof het herstel van het gebrek eveneens een nader deskundigenadvies.<sup>28</sup> Ook de termijn die de rechtbank de minister gunde om het gebrek te herstellen lijkt hier geen al te grote rol te spelen. Bij deze mislukte luszaken was, voor zover te achterhalen, de termijn twee keer zes weken, maar één keer vier weken. Bij de gelukte lus in deze zaken ging het één keer om een termijn van zes weken en een keer om een termijn van acht weken.

## *In een paar gevallen valt op dat het herstel van het gebrek met enige laksheid aangevat wordt.*

nen worden spelen ook regelmatig een rol. In een aantal besluiten was de motivering gebrekkig doordat het beroep van de vreemdeling op artikel 8 EVRM niet, of onvoldoende, was besproken.<sup>24</sup> In een ander besluit betrof het de vraag of er sprake was van klemmende redenen van humanitaire aard in de zin van artikel 29 lid 1 onder c Vw.<sup>25</sup> Die vraag kwam in de motivering niet expliciet aan de orde. Omdat de vreemdeling zelf gemotiveerd had aangegeven op grond van welk samenstel van omstandigheden zijns inziens wel sprake was van klemmende redenen van humanitaire aard, kon de minister daar niet aan voorbijgaan zonder deugdelijke motivering. Vandaar dat ook hier de bestuurlijke lus werd toegepast.

In een uitspraak van 22 maart 2010 kwam de hoorplicht aan de orde.<sup>26</sup> De minister had de vreemdeling naar aanleiding van het bezwaar niet gehoord, omdat het bezwaar kennelijk ongegrond was. Er waren nadere gronden van bezwaar toegezonden, maar die waren niet bij de beslissing op het bezwaar betrokken, ook al had de minister dit toegezegd. Gezien de nadere bezwaargronden was volgens de rechtbank niet vol te houden dat het bezwaar kennelijk ongegrond was en was dus ten onrechte afgezien van horen. Via de bestuurlijke lus wordt de minister in de gelegenheid gesteld dat alsnog te doen.

Als men inhoudelijk naar deze zaken kijkt, valt in een paar gevallen op dat het herstel van het gebrek met enige laksheid aangevat wordt. In de hierboven al genoemde zaak waar een AIVD ambtsbericht een rol speelde, kreeg de minister van de AIVD het aanbod om de onderliggende stukken in te zien, maar de minister maakte hiervan geen gebruik. De minister heeft, concludeert de rechtbank in de einduitspraak, aldus nog steeds niet voldaan aan zijn vergewisplicht.<sup>29</sup>

In een geval waarin een nader BMA-advies nodig was, had de minister volstaan met een telefoontje naar het BMA. In de einduitspraak overweegt de rechtbank dat de tussenuitspraak ertoe strekt “dat dit gebrek in de besluitvorming alleen kan worden geheeld door het standpunt van een arts van het Bureau Medische Advisering (BMA).” Uit het aanvullend verweerschrift van 1 juli 2010 blijkt dat verweerder telefonisch contact heeft gehad met het BMA en dat “het BMA” heeft verklaard dat de algemene nota van 27 augustus 2008 eveneens en zonder voorbehoud van toepassing is op de zaak van eiseres. De rechtbank overweegt dat hiermee niet kenbaar en controleerbaar is of dit standpunt afkomstig is van een BMA-arts die verweerder met kennis van het dossier van eiseres hierover heeft geadviseerd. De rechtbank is derhalve van oordeel dat verweerder hiermee geen uitvoering heeft gegeven aan “hetgeen in (...) de tussenuitspraak van 10 juni 2010 is overwogen.”<sup>30</sup>

20 Rechtbank Roermond 21 mei 2010, AWB 10/2049, LJN: BM7570.

21 Rechtbank Amsterdam 28 mei 2010, JV 2010/329, ve10000892.

22 Rechtbank Zwolle, 17 december 2010, Awb 10/24838, BP6006, ve11000461.

23 Rechtbank Amsterdam 21 september 2010, LJN:BO0959, ve10001841. Zie voor andere BMA-zaken Rechtbank Utrecht 10 juni 2010, JV 2010/334, ve10000887; Rechtbank Arnhem 14 oktober 2010, AWB 10/7427; Rechtbank Arnhem 12 juli 2010, AWB 10/7390; Rechtbank Roermond 24 maart 2011, JV 2011/232; Rechtbank Utrecht 10 juni 2010, JV 2010/334, ve10000887.

24 Rb Amsterdam 12 november 2010, LJN: BP0911, ve11000091 en Rb Haarlem 21 februari 2011, LJN: BP5966, ve11000462.

25 Rb Roermond 22 maart 2011, AWB 10/32384, LJN:BP9311, ve11000718.

26 Rechtbank Haarlem, AWB 08/34778, LJN: BL9295, JV 2010/204, ve10000497.

27 Rechtbank Den Bosch 4 november 2011, LJN: BU3365, ve11002787;

Rechtbank Amsterdam 5 oktober 2010, LJN: BO8062, ve10002369;

Rechtbank Utrecht 28 oktober 2010, LJN: BO2937, ve10002013; Rechtbank Zwolle 17 december 2010, LJN: BP6006, ve11000461.

28 Rechtbank Den Bosch 14 oktober 2011, LJN: BT8302; Rechtbank Amsterdam 21 september 2010, LJN: BO0959, ve10001841; Rechtbank Arnhem 22 februari 2011, AWB 10/7427; Rechtbank Arnhem 9 december 2010, AWB 10/7386; Rechtbank Den Haag 22 december 2010, AWB 09/47938.

29 Rechtbank Amsterdam 5 oktober 2010, LJN:BO7157, ve10001775.

30 Rechtbank Utrecht 28 oktober 2010, AWB 09/45732, LJN:BO2937, ve10002013.

In een ander geval waarin een nader BMA-advies nodig was, had de minister het gebrek wel geheeld met een adequaat nader advies. De minister en de rechtbank werden echter ingehaald door het Europese Hof van Justitie. Na de tussenuitspraak, maar voor de einduitspraak, werd het Zambrano-arrest gewezen.<sup>31</sup> Het besluit van de minister was in strijd met dit arrest (althans, uit de motivering bleek niet waarom er geen strijd was met dit arrest), zodat nu in verband daarmee alsnog vernietigd moest worden, zonder de rechtsgevolgen in stand te laten. Het nadere BMA-advies was achteraf gezien eigenlijk niet meer relevant.<sup>32</sup> De lus is dus mislukt door externe omstandigheden waar de rechtbank of de minister geen invloed op hadden. Om toch nog wat uit het wrak te redden bespreekt de rechtbank uitgebreid alle overige beroepsgronden en geeft daar een oordeel over. Dat bevordert een definitieve beslechting van het geschil, omdat over deze punten nu duidelijkheid bestaat, zodat daartegen in een eventuele procedure naar aanleiding van het nieuwe besluit geen beroepsgronden meer hoeven te worden aangevoerd.

In drie gevallen van de mislukte lus betrof het gebrek de motivering.<sup>33</sup> In één van deze uitspraken speelt hetzelfde als in de hierboven besproken uitspraak van de rechtbank Haarlem van 4 november 2011. In de tussenuitspraak wordt een gebrek vastgesteld en dat gebrek wordt weliswaar geheeld, maar drie dagen voor de tussenuitspraak verschijnt er een arrest van het Europese Hof van Justitie over de Definitierichtlijn, waarmee de rechtbank ten tijde van de tussenuitspraak blijkbaar niet bekend was. Gelet op het arrest van het Hof is het besluit (achteraf gezien) onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd.<sup>34</sup> In dit geval bespreekt de rechtbank de overige beroepsgronden niet, omdat al duidelijk is dat het beroep gegrond verklaard moet worden. Strikt genomen is een bespreking van die gronden inderdaad niet meer nodig, maar met het oog op een voorspoedige definitieve beslechting van het geschil, is het beter om dat wel te doen.

Het kan overigens ook geen kwaad om er bij de einduitspraak voor te zorgen dat alle overgebleven gronden besproken zijn. De rechtbank Arnhem had bij een bestuurlijke lus de minister in de gelegenheid gesteld een gebrek te helen.<sup>35</sup> In de einduitspraak constateerde de rechtbank dat het gebrek inderdaad ge-

gelet op de uitspraak van de rechtbank, ook het besluit vernietigde, maar de rechtgevolgen daarvan in stand liet.

In andere gevallen waarin een motiveringsgebrek aanleiding was om de lus toe te passen lijkt een inhoudelijk meningsverschil tussen de rechtbank en de minister de oorzaak te vormen voor het mislukken van de lus. In een uitspraak met betrekking tot een ongewenstverklaring had de rechtbank in de tussenuitspraak vastgesteld dat er sprake was van inmenging op het gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.<sup>38</sup> In de heroverweging van de minister ten aanzien van het gebrek blijft hij zich primair op het standpunt stellen dat er geen sprake is van inmenging. Dat standpunt geeft de rechtbank uiteraard geen aanleiding de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Subsidiar voerde de minister aan dat als er wel sprake was van inmenging, het algemeen belang zwaarder woog dan het belang van de vreemdeling. Ook dit was echter niet voldoende, omdat uit de motivering niet blijkt welke persoonlijke belangen van de vreemdeling zijn meegewogen en hoe deze belangen zijn meegewogen.<sup>39</sup>

In dit soort gevallen, waarin de minister het inhoudelijk niet eens is met de tussenuitspraak, lijkt het ons beter als de minister de rechtbank zou melden dat hij geen gebruik zal maken van de gelegenheid om het gebrek te herstellen. De rechtbank kan dan meteen uitspraak doen, tegen welke uitspraak de minister zonder verder tijdsverlies hoger beroep kan instellen.

#### *Geen bestuurlijke lus*

Er is een aantal uitspraken waarin door de minister gevraagd werd een lus toe te passen, maar de rechtbank weigerde dit te doen. In een drietal zaken was een advies van de Minister van Economische Zaken aan de orde over de vraag of met toelating een wezenlijk Nederlands economisch belang wordt gediend.<sup>40</sup> Na een uitspraak van de Afdeling in een andere zaak (gedaan nadat in deze zaken op het bezwaar was beslist), bleek dat de criteria die de Minister van Economische Zaken hanteerde onjuist waren.<sup>41</sup> Om die reden verzocht de minister in de gelegenheid gesteld te worden dit gebrek te herstellen. Het herstel zou dan plaats vinden middels een nieuw advies van de Minister van Economische Zaken. De rechtbank weigert die mogelijkheid echter te geven onder verwijzing naar de Memorie van

### *Toepassing van de lus verdient niet de voorkeur als niet duidelijk is of het gebrek binnen een redelijke termijn hersteld kan worden.*

heeld was en liet vervolgens de rechtsgevolgen van het besluit in stand.<sup>36</sup> Tegen die uitspraak werd door de vreemdeling hoger beroep ingesteld, met als grief dat één van de beroepsgronden niet besproken was. Dat bleek inderdaad het geval, zodat de Afdeling de uitspraak van de rechtbank diende te vernietigen.<sup>37</sup> Het geschil was in dit geval toch nog definitief beslecht, omdat de Afdeling de uitspraak van de rechtbank vernietigde, en,

Toelichting bij de Wet bestuurlijke lus. Daar valt te lezen dat toepassing van de lus niet de voorkeur verdient als niet duidelijk is of het gebrek binnen een redelijke termijn hersteld kan worden.<sup>42</sup> Dat was in casu het geval. Het uitbrengen van het advies zal minstens drie maanden vergen. Dat is te lang. Een extra factor hierbij is dat nog niet bekend is op basis van welke criteria de minister van Economische Zaken het advies

31 Hof van Justitie EU 8 maart 2011, JV 2011/146 m.nt. Boeles, ve11000568.

32 Rechtbank Den Bosch 4 november 2011, LJN: BU3365, ve11002787.

33 Rechtbank Arnhem 21 oktober 2011, AWB 11/10174; Rechtbank Haarlem 6 juni 2011, LJN: BQ7661, ve11001533; Rechtbank Amsterdam 12 november 2010, LJN: BP0911, ve11000091.

34 Rechtbank Amsterdam 12 november 2010, LJN: BP0911, ve11000091.

35 Rechtbank Arnhem 12 juli 2010, AWB 10/7390.

36 Rechtbank Arnhem 9 december 2010, AWB 10/7390.

37 ABRvS 29 september 2011, 201100195/1/V1.

38 Rechtbank Haarlem 6 juni 2011, LJN: BQ7661, ve11001533.

39 Zie ook Rechtbank Arnhem 21 oktober 2011, AWB 11/10174, voor een geval waarin een motiveringsgebrek aanleiding gaf tot toepassing van de bestuurlijke lus, die uiteindelijk mislukte.

40 Rechtbank Den Haag 23 februari 2011, JV 2011/198, ve11000506; Rechtbank Zutphen 17 november 2010, LJN: BO4648, ve10002121; Rechtbank Zutphen 17 november 2010, LJN: BO4651, ve10002120.

41 ABRvS 29 september 2010, 200908205/1, LJN: BN9181, JV 2010/459 nt M. Tjebbes, ve10001621.

42 Kamerstukken II 2007-2008, 31352, nr 3, p. 11.

zal uitbrengen, hetgeen een extra onzekerheid met zich mee brengt.<sup>43</sup> In een soortgelijke zaak voegt de Rechtbank Den Haag daar nog aan toe dat het nieuwe advies aanleiding kan vormen voor een geheel nieuw besluit, "hetgeen een nadere behandeling in de bezwaarfase passender maakt dan toepassing van de bestuurlijke lus."<sup>44</sup>

Verder is de bestuurlijke lus niet altijd het meest geëigende instrument als er sprake is van een bevoegdheidsgebrek. Als een dergelijk gebrek zich voor doet, is vaak sprake van een gebrekig mandaat. In die gevallen is een bestuurlijke lus overbodig, omdat dergelijke gebreken meestal kunnen worden geheeld door een directe toepassing van artikel 8:72, derde lid Awb. Dat is echter niet mogelijk als het besluit is genomen door (of namens) een geheel ander bestuursorgaan dan het werkelijk bevoegde orgaan. In een uitspraak van de rechtbank Den Bosch ging het om een besluit dat genomen was door de Minister van Immigratie en Asiel, terwijl de Minister van Buitenlandse Zaken bevoegd was.<sup>45</sup> Toepassing van de bestuurlijke lus is dan zinloos. In dat geval zou namelijk de verweerder, dus de Minister van Immigratie en Asiel, in de gelegenheid gesteld worden het gebrek te herstellen, terwijl alleen de Minister van Buitenlandse Zaken dit gebrek kan herstellen. Dergelijke gevallen kunnen beter via artikel 6:15 Awb worden hersteld: doorzending van het bezwaarschrift naar het bevoegde bestuursorgaan, dat dan alsnog beslist op het bezwaar.

In twee uitspraken wilde de minister op eigen initiatief de motivering wijzigen in verband met een tussentijdse beleidswijziging en verzocht hij om die reden de rechtbank een bestuurlijke lus toe te passen. Dat kan echter niet volgens de rechtbank, "reeds omdat de gewijzigde motivering die is vermeld in verweerders brief niet is opgesteld in antwoord op een verzoek van de rechtbank het bestreden besluit te herstellen".<sup>46</sup> Volgens de rechtbank Amsterdam ligt in die omstandigheden een herstel door het nemen van een artikel 6:18-besluit meer voor de hand.<sup>47</sup>

In een dergelijke geval is, in die fase van de procedure, toepassing van de bestuurlijke lus echter ook niet nodig, omdat naar aanleiding van de nieuwe motivering direct onderzocht kan worden of er reden is de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. In beide uitspraken doet de rechtbank dat ook, maar in beide gevallen wordt geconcludeerd dat daar geen reden toe is, omdat ook de nieuwe motivering ontoereikend is. Naar aanleiding van *die* constatering zou natuurlijk wel gelegenheid geboden kunnen worden om het gebrek te herstellen. Dat gebeurt echter niet, zonder dat daarvoor een reden gegeven wordt.

Mag de rechtbank eigenlijk ongemotiveerd voorbijgaan aan een verzoek om toepassing van de bestuurlijke lus? De minister stelt dat aan de orde in een grief gericht tegen een uitspraak van een rechtbank. De Afdeling verklaart dat hoger be-

roep echter kennelijk ongegrond, met toepassing van artikel 91, tweede lid, Vw.<sup>48</sup> Die vraag blijft dus onbeantwoord.

Een laatste reden die wij hier bespreken voor het niet toepassen van de bestuurlijke lus betreft de aard van de gevolgde asielprocedure. De rechtbank Den Bosch oordeelde dat de nieuwe asielprocedure, de algemene asielprocedure, zich niet leent voor toepassing van de bestuurlijke lus. "De rechtbank stelt voorop dat het op de weg van verweerder had gelegen om het nader onderzoek uit te voeren voorafgaand aan het bestreden besluit. Verweerder heeft er voor gekozen om de aanvraag van eiseres af te doen in de algemene asielprocedure binnen de termijn van 8 dagen, genoemd in artikel 3.110, eerste lid, van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000). Nu nader onderzoek (...) kennelijk nodig is geweest, had het op de weg van verweerder gelegen om gebruik te maken van de bevoegdheid de termijn te verlengen dan wel de zaak af te doen middels de verlengde asielprocedure, teneinde het nader onderzoek te kunnen uitvoeren voorafgaand aan het bestreden besluit. De beroepsfase leent zich hier niet voor."<sup>49</sup>

De rechtbank vraagt zich vervolgens af of een nieuwe door de minister aangedragen motivering wel kan worden meegenomen in het kader van artikel 83 Vw, maar beantwoordt die vraag ontkennend, omdat de goede procesorde zich daar tegen verzet. De rechtbank stelt vervolgens gelet op het bovenstaande vast dat er dus geen aanleiding is de bestuurlijke lus toe te passen.

Wij vragen ons af of deze redenering wel overtuigend is. Op zich genomen is het natuurlijk waar dat de minister voldoende zorgvuldig onderzoek moet verrichten voordat hij het besluit neemt. Maar dat geldt voor ieder besluit. De ratio van de bestuurlijke lus is nu juist om, teneinde sneller tot de definitieve beslechting van het geschil te komen, het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen een gebrek te repareren, ook al rustte op het bestuursorgaan reeds de verplichting dat gebrek te vermijden bij het nemen van het besluit.

Iets anders is het als de keuze voor de algemene (en dus kortere) asielprocedure in een specifiek geval onjuist was, omdat het vereiste onderzoek onmogelijk binnen het tijdsbestek die deze procedure laat verricht zou kunnen worden en als dat onderzoek bovendien nog niet verricht is op het moment dat de rechtbank uitspraak doet. In die situatie zou het duidelijk zijn dat het gebrek niet binnen een redelijke termijn gerepareerd zou kunnen worden en is de lus dus inderdaad niet op zijn plaats.<sup>50</sup> Bij deze uitspraak was dat echter niet aan de orde, omdat de minister na het besluit, maar voor de zitting, reeds het benodigde nader onderzoek had verricht. Overigens had de rechtbank in dit geval ook direct kunnen onderzoeken of naar aanleiding van het door de minister na het besluit verrichte onderzoek de rechtsgevolgen in stand gelaten konden worden.

#### *Proceskosten na de bestuurlijke lus*

Toepassing van de bestuurlijke lus kan er toe leiden dat het beroep uiteindelijk ongegrond wordt verklaard, ook al kende het

43 Rechtbank Zutphen 17 november 2010, LJN: BO4648; Rechtbank Zutphen 17 november 2010, LJN: BO4651, ve10002120.

44 Rechtbank Den Haag 23 februari 2011, AWB 10/25608, JV 2011/198, ve11000506.

45 Rechtbank Den Bosch 29 april 2011, AWB 11/2086, ve11001073.

46 Rechtbank Haarlem 4 mei 2005, LJN: BQ4382, ve11001123.

47 Rechtbank Amsterdam 11 februari 2011, JV 2011/195, ve11000659.

48 ABRvS 29 juni 2011, 201101014/1/V1.

49 Rechtbank Den Bosch 19 oktober 2010, LJN: BO1251. Deze uitspraak is vernietigd in hoger beroep omdat de rechter het besluit niet op alle argumenten had getoetst: ABRvS 29 april 2011, 201010327/1/V2.

50 Vergelijk Kamerstukken II 2007-2008, 31352, nr. 3, p. 11.

bestreden besluit een gebrek. Het lijkt dan redelijk om de minister toch in de proceskosten te veroordelen, ook al is het beroep ongegrond. In die lijn oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat het geconstateerde gebrek in de tussenuitspraak inderdaad reden is om de vreemdeling een vergoeding van de proceskosten toe te kennen, ook al was het beroep zelf na herstel van het besluit ongegrond.<sup>51</sup> Niet alle rechtbanken doen dat echter. De rechtbank Haarlem oordeelt in die situatie dat er geen grond is één van de partijen te veroordelen in de door de andere partij gemaakte proceskosten.<sup>52</sup> Naar aanleiding van het door de vreemdeling ingestelde hoger beroep was overigens een grief over de proceskostenveroordeling geformuleerd, maar de Afdeling heeft het hoger beroep kennelijk ongegrond verklaard met toepassing van artikel 91, tweede lid, Vw.<sup>53</sup>

#### 4. De bestuurlijke lus en hoger beroep

In het algemene bestuursrecht wordt de bestuurlijke lus door de Afdeling regelmatig in hoger beroep toegepast. Tot nu toe zijn er echter geen uitspraken waarin dat in vreemdelingenzaken is gebeurd. Een aantal specifieke bepalingen uit de Vreemdelingenwet maakt het toepassen van de lus in het hoger beroep in vreemdelingenzaken problematisch of minder voor de hand liggend, maar niet volledig onmogelijk. Deze bepalingen zullen hieronder besproken worden.

### *Een aantal bepalingen uit de Vreemdelingenwet maakt het toepassen van de lus in het hoger beroep problematisch.*

#### *De bestuurlijke lus en artikel 88, tweede lid, Vw*

In artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State is bepaald dat de Afdeling in het kader van toepassing van de bestuurlijke lus het bestuursorgaan kan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen. In artikel 88, tweede lid, Vw is echter bepaald dat artikel 49 van de Wet op de Raad van State niet van toepassing is. Betekent dit dat toepassing van de bestuurlijke lus in hoger beroep in vreemdelingenzaken niet mogelijk is? Nee, dat betekent het niet. De mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen en de lus toe te passen is geregeld in de artikelen 8:80a en b Awb en de artikelen 8:51a tot en met c Awb. En artikel 88, eerste lid, Vw verklaart, behoudens enkele uitzonderingen die hier niet ter zake doen, hoofdstuk 8 van de Awb van overeenkomstige toepassing op de procedure in hoger beroep. De Awb-regeling van de bestuurlijke lus is op grond van artikel 88, eerste lid, Vw dus ook van overeenkomstige toepassing op het hoger beroep in vreemdelingenzaken. Artikel 88, tweede lid Vw brengt derhalve met zich mee dat de Afdeling het bestuursorgaan niet kan *opdragen*, maar wel kan verzoeken, een gebrek in een besluit te herstellen.

Dit is echter vrijwel zeker een onbedoeld neveneffect van artikel 88, tweede lid, Vw. Uit de Memorie van Toelichting bij het

Wetsvoorstel bestuurlijke lus blijkt uitdrukkelijk dat beoogd was dat een rechter in hoogste instantie een bestuursorgaan kon opdragen, in plaats van verzoeken, een gebrek te herstellen.<sup>54</sup> Met betrekking tot een tussenuitspraak van de rechtbank kan in hoger beroep nog blijken dat die tussenuitspraak onjuist was. Het is dus denkbaar dat een bestuursorgaan een tussenuitspraak gedaan door de rechtbank uiteindelijk niet hoeft na te leven. Bij een tussenuitspraak in hoger beroep is dat echter niet denkbaar.<sup>55</sup> Om die reden is het niet zinvol het bestuursorgaan de mogelijkheid te laten de tussenuitspraak van de hogerberoepsrechter niet uit te voeren.<sup>56</sup>

Vandaar ook dat in artikel 49, eerste lid, Wet RvS bepaald is dat in hoger beroep artikel 8:51a, eerste lid Awb, niet van toepassing is en dat in het zesde lid van dat artikel geregeld is dat de Afdeling kan opdragen een gebrek te herstellen. Maar zoals gezegd, artikel 88, tweede lid Vw bepaalt dat artikel 49 Wet RvS niet van toepassing is, terwijl het eerste lid van artikel 88 Vw de toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, Awb, niet uitsluit. Het gevolg hiervan is dat de Afdeling in vreemdelingenzaken de minister wel kan verzoeken, maar niet kan opdragen, een gebrek te herstellen. De ratio voor de bevoegdheid van de hogerberoepsrechter een bestuursorgaan op te dragen een gebrek te herstellen, namelijk dat de tussenuitspraak van de hogerberoepsrechter niet meer aangetast kan worden, doet zich natuurlijk evenzeer in het vreemdelingenrecht voelen. Dat artikel 88, derde lid Vw het gevolg heeft dat die mogelijkheid in

vreemdelingenzaken ontbreekt, is door de wetgever dan ook kennelijk over het hoofd gezien.

Dat blijkt trouwens ook uit de geschiedenis van artikel 88 Vw zelf, dat altijd al bepaalde dat artikel 49 van de Wet op de Raad van State niet van toepassing is.<sup>57</sup> Van een bestuurlijke lus was tijdens de invoering van artikel 88 Vw nog lang geen sprake. Toen met de invoering van de bestuurlijke lus het zesde lid werd toegevoegd aan artikel 49 Wet RvS, bracht het al bestaande artikel 88 Vw derhalve automatisch, maar onbedoeld, met zich mee dat het zesde lid van artikel 49 Wet RvS op het hoger beroep bij vreemdelingenzaken niet van toepassing is.

Dat de niet-toepasselijkheid van het bepaalde in artikel 49, zesde lid, Wet RvS onbedoeld is blijkt ten slotte ook uit de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.<sup>58</sup> Daar wordt voorgesteld het bepaalde in het huidige artikel 49, zesde lid Wet RvS op te nemen in het nieuwe artikel 8:51d Awb. De toepasselijkheid van artikel 8:51d is in artikel 88 Vw niet uitgesloten. Evenmin is er een wijzigingsvoorstel met die strekking aanhangig. Deze wetswijziging zou dus tot gevolg hebben dat de regel die nu

54 Kamerstukken II 2007-2008, 31 352, nr. 6, p. 9.

55 Tenzij er aanleiding is tot herziening te komen: zie artikel 8:80a, derde lid en artikel 8:88 Awb.

56 Kamerstukken II 2007-2008, 31 352, nr. 6, p. 23.

57 Aanvankelijk bepaalde artikel 88 Vw dat het toenmalige artikel 39 Wet RvS niet van toepassing was. Later is artikel 39 Wet RvS vernummerd naar artikel 49 en is artikel 88 Vw op dat punt ook aangepast: zie Kamerstukken II 2005-2006, 30 585, nr. 2, p. 11 en 13.

58 Kamerstukken II 2009-2010, 32 450, nr.2.

51 Rechtbank Amsterdam 21 september 2010, LJN: BO0959, ve10001841.

52 Rechtbank Haarlem 27 augustus 2010, AWB 08/34778, ve10002014.

53 ABRvS 11 mei 2011, 201009038/1/V3.



verwoord is in het huidige artikel 49, zesde lid, weer wel van toepassing is op het hoger beroep in het vreemdelingenrecht.

#### *De bestuurlijke lus en het grievenstelsel*

In artikel 85 Vw is een grievenstelsel vastgelegd. Dit artikel bepaalt onder andere dat het beroepschrift één of meer grieven bevat tegen de uitspraak van de rechtbank of de voorzieningenrechter. Dit brengt met zich mee dat in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank (of voorzieningenrechter), en niet het besluit van de minister, het object is van de toets in hoger beroep. De grieven moeten daarom gericht zijn tegen de uitspraak van de rechtbank. Dat betekent dat in het hoger beroep geen nieuwe gronden kunnen worden aangevoerd die bij de rechtbank niet aan de orde zijn geweest, tenzij het kwesies betreft die de rechtbank ambtshalve aan de orde had moeten stellen.<sup>59</sup> "De grieven in hoger beroep dienen te blijven binnen de beoordeling van het bestreden besluit die de rechtbank, getuigd op de daartegen voor haar aangevoerde gronden en de door haar te verrichten ambtshalve toetsing, behoorde te geven."<sup>60</sup> Dit grievenstelsel kan voor de toepassing van de lus in hoger beroep op het eerste gezicht een probleem zijn, omdat de Afdeling na toepassing daarvan het verbeterde *besluit* zou moeten beoordelen, terwijl artikel 85 Vw voorschrijft dat de grieven tegen de *uitspraak* van de rechtbank beoordeeld moeten worden. Of het echt een probleem is hangt echter af van de situatie.

In het geval waarin de Afdeling het hoger beroep gegrond verklaart en de uitspraak van de rechtbank vernietigt, is het grievenstelsel geen probleem voor de toepassing van de lus. Als dat gebeurt doet de Afdeling namelijk in veruit de meeste gevallen de zaak zelf af (zie de artikelen 55 en 56 Wet op de Raad van State). In dit zogenaamde devolutieve traject oefent de hogerberoepsrechter de bevoegdheden van de rechtbank uit. Dat betekent dat hij doet wat de rechtbank behoorde te doen. De Afdeling beoordeelt dan de oorspronkelijke voor de rechtbank aangevoerde *beroepsgronden* gericht tegen het *besluit*, voor zover deze nog relevant kunnen zijn. In deze gevallen is dus niet langer de uitspraak van de rechtbank het object van beoordeling, maar het besluit. Als de Afdeling bij de beoordeling van het beroep aanleiding ziet de bestuurlijke lus toe te passen, spelen de eventuele belemmeringen van het grievenstelsel bij de toepassing van de lus dus geen rol.<sup>61</sup>

Dat kan anders liggen als de rechtbank het beroep gegrond verklaard heeft en het daartegen gerichte hoger beroep ongegrond is. De Afdeling kan dan aanleiding zien, in het belang van de definitieve beslechting van het geschil, om de bestuurlijke lus toe te passen, ook als de rechtbank daar van heeft afgezien.<sup>62</sup> Er kunnen dan, voor zover hier relevant, twee dingen gebeuren. In de eerste plaats kan het bestuursorgaan naar aanleiding van de tussenuitspraak het besluit herstellen door een 6:18-besluit te nemen. Als dat gebeurt is door overeenkomstige toepassing van artikel 6:19 Awb, eerste lid, het hoger beroep te-

vens een beroep tegen het nieuwe besluit.<sup>63</sup> Dat besluit is daardoor het object van het beroep en dus vormt het grievenstelsel ook hier geen belemmering daaraan te toetsen.

In de tweede plaats echter kan het bestuursorgaan het gebrek herstellen zonder een vervangend 6:18 besluit te nemen, maar door zich te beperken tot een verbeterde motivering, of door nader onderzoek te verrichten, afhankelijk van de aard van het gebrek. In dat geval moet het (aangevulde) oorspronkelijke besluit dus getoetst worden en tegen dat besluit is het hoger beroep niet gericht. In die situatie kan het grievenstelsel dus aan toepassing van de bestuurlijke lus in de weg staan. Een dergelijke belemmering is overigens makkelijk te voorkomen door in de tussenuitspraak het bestuursorgaan te verzoeken om het gebrek te herstellen door het nemen van een 6:18 besluit.<sup>64</sup> Ook dit is dus niet echt een reëel probleem.

In het algemene bestuursrecht is het eveneens vaste jurisprudentie van de Afdeling dat het hoger beroep gericht is tegen de uitspraak van de rechtbank en niet tegen het besluit.<sup>65</sup> Dus ook daar zou de toepassing van de lus een probleem moeten zijn in het geval van een ongegrond hoger beroep, waarbij het gebrek niet hersteld wordt door een nieuw besluit, maar slechts door een aanvullende motivering of een nieuw onderzoek. Toch komt het ook daar voor dat na een ongegrond hoger beroep de lus wordt toegepast. In een zaak met betrekking tot nadeelcompensatie bijvoorbeeld had de rechtbank de beslissing op bezwaar vernietigd in verband met onder andere een motiveringsgebrek. De rechtbank had echter niet de bestuurlijke lus toegepast, maar volstond met een vernietiging. In hoger beroep constateerde de Afdeling dat de uitspraak van de rechtbank juist was en droeg zij in een tussenuitspraak het bestuursorgaan op het door de rechtbank geconstateerde gebrek alsnog te herstellen. Het bestuursorgaan deed dat door een nieuwe motivering te schrijven, maar nam geen 6:18-besluit. De Afdeling constateerde vervolgens dat met de nieuwe motivering het gebrek in de beslissing op bezwaar geheeld is.<sup>66</sup> De Afdeling toetst dus het besluit, terwijl het hoger beroep gericht was tegen de uitspraak van de rechtbank. De reden dat dit gebeurt is ongetwijfeld dat de Afdeling de in dit geval puur theoretische belemmering van het uitgangspunt dat het hoger beroep gericht is tegen de uitspraak van de rechtbank, hier minder zwaar vindt wegen dan het belang van definitieve geschilbeslechting.<sup>67</sup> In ieder geval is gezien het bovenstaande de conclusie gerechtvaardigd dat het grievenstelsel geen belemmering hoeft te vormen voor de toepassing van de bestuurlijke lus in hoger beroep in het vreemdelingenrecht.

#### *De bestuurlijke lus en artikel 89 Vw*

Artikel 89, eerste lid, Vw bepaalt dat afdeling 8.2.3 van de Awb op het hoger beroep van toepassing is. Afdeling 8.2.3 regelt de versnelde behandeling, waarbij een aantal termijnen binnen

59 H.G. Lubberdink, Het grievenstelsel in de rechtspraak van de ABRvS<sup>in</sup>: Grieven in het bestuursprocesrecht- Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vw 2000 en het algemeen bestuursrecht<sup>in</sup>, 2006.

60 ABRvS 7 juni 2002, JB 2002/271.

61 Zie voor een voorbeeld van toepassing van de lus in het devolutieve traject in het algemene bestuursrecht ABRvS 22 september 2010, 200907067/1/H1.

62 Bijvoorbeeld ABRvS 11 mei 2011, JB 2011/153.

63 Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 20 oktober 2010, JB 2010/258.

64 Zie voor een voorbeeld daarvan ABRvS 22 december 2010, 200908415/1/T1/H2.

65 ABRvS 12 juli 2006, AB 2006, 338 m.nt. Widdershoven.

66 ABRvS 11 mei 2011, JB 2011/153.

67 In het algemene bestuursrecht is er overigens geen wettelijke basis voor het uitgangspunt dat het object van de toets in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank is, waar het vreemdelingenrecht wel zo'n wettelijke basis kent in artikel 85 Vw.

de procedure verkort worden. Het tweede lid van artikel 89 bepaalt dat de Afdeling binnen 23 weken na ontvangst van het beroepschrift uitspraak doet. Dit artikel vormt wel een praktische belemmering voor het toepassen van de lus in hoger beroep, omdat het niet makkelijk zal zijn om met toepassing daarvan binnen 23 weken na de ontvangst van het beroepschrift een uitspraak te doen.

met de wijze van herstel die uit de tussenuitspraak voortvloeit. Soms mislukt de lus door externe factoren, zoals nieuwe jurisprudentie van het Europese Hof, die er toe leidt dat de uitgangspunten zoals geformuleerd in de tussenuitspraak achterhaald zijn of niet volledig meer zijn.

In een aantal gevallen ziet de rechter bewust af van het toepassen van een bestuurlijke lus. Soms omdat de verwachting is

## *Het grievenstelsel hoeft geen belemmering te vormen.*

De stukken moeten bestudeerd worden, het bestuursorgaan moet een termijn krijgen om het gebrek te herstellen, het gebrek moet vervolgens daadwerkelijk hersteld worden (al dan niet na raadpleging van een arts of een andere expert), de vreemdeling moet in staat gesteld worden te reageren op het verbeterde besluit en daarna moet er nog een beslissing komen met betrekking tot de vraag of het gebrek geheeld is. Het zal niet meevallen om dit binnen 23 weken te doen. Bij de vreemdelingenkamers van de rechtbanken volgt de einduitspraak gemiddeld tussen de vier en veertien maanden na de *tussenuitspraak*. Dat is niet helemaal te vergelijken met de Afdeling, die bovendien altijd uitspraak doet met toepassing van afdeling 8.2.3, maar het geeft wel aan dat toepassing van de lus enige tijd vergt.

Net zoals het geval was bij artikel 88, tweede lid, Vw, heeft de wetgever bij het opstellen van het Wetsvoorstel bestuurlijke lus ook met betrekking tot dit punt de Vreemdelingenwet blijkbaar over het hoofd gezien. De designaleerde moeilijkheid kan namelijk betrekkelijk eenvoudig door de wetgever opgelost worden. Bij de Crisis- en herstelwet, ook bedoeld om procedures te versnellen, speelde een soortgelijk probleem met de bestuurlijke lus. Artikel 1.6, vierde lid van die wet bepaalt dat uitspraak gedaan wordt binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn. Ook die bepaling maakt het moeilijk de bestuurlijke lus toe te passen. Met het oog op de invoering van de bestuurlijke lus is door de wetgever dan ook een artikel 1.7 aan de Crisis- en herstelwet toegevoegd. Dat artikel bepaalt dat als de bestuurlijke lus wordt toegepast, de rechter binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn een tussenuitspraak doet en zes maanden na de tussenuitspraak een einduitspraak.

dat het gebrek niet binnen een redelijke termijn hersteld zal zijn. In een uitspraak stelt de rechtbank zich op het standpunt dat als een besluit in de kortere, algemene, asielprocedure is afgehandeld, de bestuurlijke lus niet het meest geëigende instrument is om een gebrek in het besluit te herstellen.

In het hoger beroep is de lus in het vreemdelingenrecht nog niet toegepast. Artikel 88, tweede lid, Vw vormt geen echte belemmering voor het toepassen van de lus in hoger beroep. Artikel 89 Vw, dat voorschrijft dat de Afdeling binnen 23 weken na ontvangst van het beroepschrift uitspraak doet, maakt het toepassen van de lus echter moeilijk.

## 5. Conclusie

De bestuurlijke lus wordt met enige regelmaat in het vreemdelingenrecht toegepast. Vaak naar aanleiding van een gebrek dat betrekking heeft op een deskundigenadvies, vaak ook in verband met een motiveringsgebrek, soms in verband met een formeel gebrek, zoals het ten onrechte niet horen.

De toepassing van de bestuurlijke lus mislukt opvallend vaak, in die zin dat na het toepassen van de lus, de rechter het geschil nog niet definitief kan beslechten. Dat de lus mislukt is soms te wijten aan het feit dat de minister het herstel van het gebrek niet al te voortvarend ter hand neemt. Soms is het mislukken te wijten aan de omstandigheid dat de minister het eigenlijk niet eens is met de tussenuitspraak en het besluit herstelt op een zodanige wijze dat dit herstel niet volledig overeenkomt