

WETENSCHAPPELIJK

10. Termijnoverschrijding in het asielrecht: een kritische bespreking van de Afdelingsuitspraak van 6 juli en haar gevolgen

Mr. dr. A. Outhuijse, mr. M.C. Pakkert, mr. dr. V.M. Bex-Reimert¹

Op 6 juli 2022 oordeelde de ABRvS dat het ontbreken van het beroep niet tijdig beslissen in het asielrecht in strijd is met het Unierecht. Dit artikel is een kritische bespreking van de uitspraak en de consequenties van deze uitspraak voor de juridische mogelijkheden die asielzoekers hebben om tijdige besluitvorming af te dwingen. Deze bespreking is niet alleen relevant voor het asielrecht, maar ook voor andere gebieden van het bestuursrecht waar eveneens problemen spelen met het nemen van tijdige beslissingen.

1. Inleiding

Bestuurlijke beslistermijnen, we hebben ze niet voor niets.² Toch worden ze herhaaldelijk door bestuursorganen overschreden.³ De Awb-wetgever gaf individuen in 2009 twee instrumenten in handen om termijnenoverschrijdingen in bestuursrechtelijke procedures tegen te gaan: de bestuurlijke dwangsom en het beroep niet

tijdig beslissen.⁴ In diverse gebieden in het bestuursrecht zien we echter dat dit niet altijd leidt tot termijnnaleving.⁵ De Wet openbaarheid van bestuur – inmiddels de Wet open overheid – is een goed voorbeeld, maar ook het asielrecht.⁶ In maart 2020 berichtte NRC op basis van een intern memo van de Immigratie-

1 Deze bijdrage is afgerond op 20 oktober 2022.

2 'Dat de overheid wettelijke termijnen haalt is om een aantal redenen belangrijk, te weten: behoud van de democratische rechtsstaat, rechtszekerheid van de burger, geloofwaardigheid van de overheid, belang van bestuursorgaan zelf en belang van andere instanties', aldus *Beslistermijnen. Waar blijft de tijd?*, Rapport Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29495, nr. 2, p. 13.

3 Zo stelde de Nationale Ombudsman vast dat gebrek aan voortvarendheid bij bestuursorganen sinds het bestaan van de Nationale Ombudsman met afstand de meest voorkomende reden vormde om een klacht in te dienen (*Kamerstukken II* 2001/02, 28260, nrs. 1-2; *Toepassingen en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, verslag van de commissie evaluatie Awb, 18 december 1996; *Toepassingen en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, verslag van de commissie evaluatie Awb II, 18 december 2001).

4 Zie over de redenen voor invoering: *Kamerstukken II* 2005/06, 29934, nr. 16 (p. 8, onderdeel VI, onderdeel G) waar wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 2005/05, 30435, nr. 3 (bij het wetsvoorstel van de Wet beroep bij niet tijdig beslissen). Voor de volledigheid: het beroep niet tijdig beslissen kan leiden tot oplegging en betaling van een rechterlijke dwangsom, indien niet binnen een door de rechter gestelde termijn alsnog wordt beslist.

5 Recentelijk nog moest de rechtbank Midden-Nederland oordelen over een beroep niet tijdig beslissen waarbij het college van B&W van de gemeente Utrecht al € 918.000 aan verbeurde dwangsommen had openstaan bij een enkele burger vanwege het uitblijven van verschillende beslissingen. Zie *rb. Midden-Nederland* 22 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2943, AB 2022/294, m.nt. Stijnen.

6 *De praktijk van de Wob bij decentrale overheden – eindrapportage*, Rapport van de Nederlandse Vereniging van Rekenkamers en Rekenkamercommissies (NVRK), 23 februari 2022, p. 57.

en Naturalisatiedienst (IND) dat de verwachting was dat, als gevolg van opgelopen termijnoverschrijdingen bij het beslissen op aanvragen voor een verblijfsvergunning asiel, € 70 miljoen aan bestuurlijke dwangsommen zou moeten worden betaald.⁷ Uit jaarcijfers van de IND blijkt dat uiteindelijk in 2019 in totaal € 6,6 miljoen aan dwangsommen is uitbetaald, in 2020 € 13 miljoen en in 2021 € 17,9 miljoen.⁸ Hoewel dit beduidend minder is dan aanvankelijk werd verwacht, zijn dit forse bedragen die geen blijk geven van een effectieve financiële prikkel voor de overheid om tijdig te beslissen.

Toch bracht de grote betalingsverplichting wel wat teweeg: er werd in maart 2020 een taskforce ingesteld voor het wegwerken van de opgelopen achterstanden.⁹ Tegen de bedoeling van de dwangmiddelen in, werd tegelijkertijd ook voorgesteld om de stok achter de deur weg te halen. Het voorstel was om de bestuurlijke dwangsom en de mogelijkheid van het beroep niet tijdig beslissen (en dus ook de rechterlijke dwangsom ex art. 8:55d Awb) *tijdelijk* op te schorten in asielzaken.¹⁰ De rechterlijke dwangsom ex art. 8:72 lid 6 Awb bleef ongemoeid.

Ondanks de nodige kritiek,¹¹ trad op 21 juli 2020 de Tijdelijke wet opschorting dwangsommen IND (Tijdelijke wet) in werking voor de duur van een jaar.¹² Na een jaar werd het beroep niet tijdig beslissen weer automatisch mogelijk conform art. 5 Tijdelijke wet. Door het voorstel van de regering om de dwangsommenregeling definitief af te schaffen in het hele vreemdelingenrecht werd de rest van de Tijdelijke wet echter na 1 juli 2021 verlengd, met als belangrijkste toevoegingen de uitsluiting van de rechterlijke dwangsommen ex art. 8:55d Awb (door het buiten toepassing laten van titel 8.2.4a Awb) en art. 8:72 lid 6 Awb.¹³ De bestuurlijke dwangsom bleef ook onverkort uitgesloten.

Na een reeks uiteenlopende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van

7 NRC 1 maart 2020, 'De chaos bij de IND is amper meer te bestrijden.'

8 Jaarcijfers IND 2019, jaarcijfers-2019.pdf (ind.nl), Jaarcijfers IND 2020, jaarcijfers-2020.pdf (ind.nl), Jaarcijfers IND 2021, jaarcijfers2021-tabel-nl.pdf (ind.nl).

9 *Kamerstukken II* 2019/20, 19637, nr. 2598.

10 Ook bij de Wet open overheid is de stok achter de deur weggehaald. Art. 8.2 Woo bepaalt dat par. 4.1.3.2 Awb (de bestuurlijke dwangsom) niet van toepassing is op besluiten op grond van de Woo en op beslissingen op bezwaar tegen deze besluiten. Reden van afschaffing is daar het voorkomen van misbruik en het voorkomen van wantrouwen als bestuursorganen alleen onder financiële druk hun wettelijke verplichting nakomen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9.). Dit was overigens ook al het geval bij de Wet openbaarheid van bestuur.

11 Het ontwerpwetvoorstel kon in het wetgevingsproces rekenen op negatief commentaar van de Afdeling advisering van de Raad van State, de NOVA, de ACVZ, de Raad voor de Rechtspraak, de NVVR, Vluchtelingenwerk Nederland en de VAJN. Zie hierover H.U. Jesurun d'Oliveira, 'Geen dwangsommen bij het vreemdelingenrecht? Kom nou!', *NJB* 2021/982, p. 1072.

12 *Stb.* 2020, 242. Zie over de invoering: V.M. Bex-Reimert, 'Dwangsommen in het asielrecht. Nood breekt wet?', *A&MR* 2020/11, p. 321-326.

13 *Kamerstukken II* 2020/21, 35749, nr. 2. De toevoeging van art. 8:72 lid 6 Awb is waarschijnlijk te verklaren vanuit het idee dat na het wegvallen van art. 8:55d Awb ook niet teruggevallen moet kunnen worden op art. 8:72 lid 6 Awb. Dit vanwege art. 6:2 onder b Awb (gelijkstelling van het niet tijdig nemen van een besluit met een besluit voor bezwaar en beroep) en de mogelijkheid om dit gelijkgestelde te vernietigen op basis van art. 8:72 lid 2 Awb. De wetgever breidt met de toevoeging van art. 8:72 lid 6 Awb aan art. 1 de reikwijdte van de regeling uit naar het ook uitsluiten van rechterlijke dwangsommen voor inhoudelijke geschillen. In de definitieve wet geldt dit zelfs voor het gehele vreemdelingenrecht (zie hierover par. 7). Het zij opgemerkt dat art. 1 Tijdelijke wet niet uitblinkt in duidelijkheid – bijv. niet qua overgangsrecht en de gebruikte termen. Dit kan het gevolg zijn van een rommelig wetgevingsproces.

State (Afdeling) en rechtbanken over de Tijdelijke wet en de verlenging daarvan heeft de Afdeling op 6 juli 2022 geoordeeld dat het ontbreken van een beroep niet tijdig beslissen in het asielrecht in strijd is met het Unierecht.¹⁴ Het uitsluiten van de mogelijkheid om beroep in te stellen *bij de bestuursrechter* tegen het niet tijdig nemen van een besluit op een asielaanvraag leidt tot strijdigheid met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). De Afdeling verklaart de Tijdelijke wet voor dit gedeelte onverbindend. Zoals de Afdeling oordeelt in rechts-overweging 7.14, betekent dit dat de bestuursrechter wederom bevoegd is om kennis te nemen van een beroep niet tijdig beslissen en een dwangsom te stellen ex art. 8:55d en 8:72 lid 6 Awb. Deze zaak zag niet op de bestuurlijke dwangsom. De onverbindendheid van het ontbreken van rechterlijke dwangsommen is ook niet besproken. Voor art. 8:72 lid 6 Awb kon dit ook niet, aangezien deze bij de Tijdelijke wet voordat deze werd verlengd niet was uitgesloten.¹⁵ Het uitsluiten van de rechterlijke dwangsom ex art. 8:72 lid 6 Awb in de verlengingswet en de bestuurlijke dwangsom is wel al eerder dit jaar onverbindend verklaard door de rechtbank

Den Haag (zittingsplaats Arnhem respectievelijk 's-Hertogenbosch).¹⁶ Andere zittingsplaatsen kwamen echter tot een ander oordeel.¹⁷ Van een eenduidige lijn is dan ook nog geen sprake. Ook hierover zal de Afdeling de knoop uiteindelijk moeten doorhakken.

Dit artikel is een kritische bespreking van de uitspraak van de Afdeling van 6 juli en de consequenties van deze uitspraak voor de juridische mogelijkheden die asielzoekers hebben om tijdige besluitvorming af te dwingen. Om dat te kunnen doen, moet eerst de achtergrond en totstandkoming van de Tijdelijke wet worden besproken. In paragraaf 2 wordt daarom bondig ingegaan op de termijnen in het asielrecht en wordt geschetst welke mogelijkheden een vreemdeling heeft om, als de IND – namens de staatssecretaris – deze termijnen niet haalt, alsnog een besluit van de staatssecretaris op de aanvraag te krijgen. In paragraaf 3 en 4 worden de aanleiding en inhoud van de Tijdelijke wet en haar verlenging beschreven. Daarna wordt in paragraaf 5 ingegaan op de uitspraken die rechterlijke instanties eerder deden over de Tijdelijke wet, waarna de bespreking van de uitspraak van de Afdeling volgt. In paragraaf 6 wordt onze kritiek op de uitspraak uiteengezet. Om alvast een tipje van de sluier op te lichten: de kritische bespreking richt zich niet op de uitkomst van de uitspraak (daar hebben wij

14 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1810.

15 Art. 1 Tijdelijke wet (voor verlenging) luidde namelijk als volgt: *'De artikelen 4:17 tot en met 4:19 en 6:2, aanhef en onderdeel b, van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing op besluiten op aanvragen tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000.'* Dit betekent dat de rechterlijke dwangsom niet was uitgesloten waardoor de Afdeling daar geen oordeel over hoefde te vellen. Wel was het door deze wet en het uitsluiten van beroep natuurlijk niet meer mogelijk om een rechterlijke dwangsom te verbeuren in een asielzaak. Er bestaat echter discussie over de vraag of de Afdeling een oordeel heeft gegeven over de rechterlijke dwangsom (ook tussen de auteurs van dit artikel), zie hierover voetnoot 69.

16 Voor de bestuurlijke dwangsom, zie onder andere rb. Den Haag (zp 's-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776. Er is een procedure aangehangig bij de Afdeling over de houdbaarheid van de bestuurlijke dwangsom. Daarover kan dus ook snel een oordeel worden verwacht. Voor de rechterlijke dwangsom, zie o.a. rb. Den Haag (zp Arnhem) 24 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641.

17 Zie bijv. rb. Den Haag (zp Middelburg) 15 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7399; rb. Den Haag (zp Haarlem) 21 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7454; rb. Den Haag (zp Rotterdam) 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8008.

wederom bij staan juichen¹⁸), maar op de juridische overwegingen waarmee de Afdeling deze uitkomst heeft bereikt. Opvallend is dat de Afdeling minder belang lijkt te hechten aan haar rechtsvormende taak door in de uitspraak belangrijke juridische vragen onbeantwoord te laten. Zo gaat de Afdeling in haar uitspraak niet in op de vraag of het Handvest eigenlijk wel van toepassing is op deze kwestie, terwijl dit is bediscussieerd tussen de rechtbanken en in de literatuur.¹⁹ Ook worden Europese concepten niet of niet eenduidig toegepast. Zo lijkt de Afdeling het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming op sommige plaatsen in de uitspraak als één concept te zien en gebruikt die beginselen op inwisselbare wijze in verschillende rechtsoverwegingen. In paragraaf 7 bespreken wij de gevolgen van deze uitspraak voor onder andere het voorstel van de regering om de bestuurlijke en rechterlijke dwangsom definitief af te schaffen in het hele vreemdelingenrecht. Tevens worden de gevolgen voor tijdige besluitvorming besproken en wordt de vraag gesteld of de herinvoering van het beroep niet tijdig beslissen zal leiden tot snellere besluitvorming of dat de individuele burger daar andere instrumenten voor nodig heeft. Wij denken dat laatste en delen in de slotparagraaf daarom enkele gedachten over mogelijke alternatieven. Deze bespreking is niet alleen relevant voor het asielrecht, maar ook voor andere gebieden van het bestuursrecht waar eveneens problemen spelen met het nemen van tijdige beslissingen. Een winstwaarschuwing: over deze alternatieven moet nog grondig worden nagedacht.

18 Dit is een referentie naar de annotatie bij rb. Den Haag (zp Arnhem) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776, AB 2022/183, m.nt. Pakkert & Outhuijse. In deze annotatie gaven Pakkert en Outhuijse aan te hebben staan juichen bij de uitspraak.

19 Zie hierover AB 2022/183, m.nt. Pakkert & Outhuijse, en «JV» 2022/88, m.nt. Bex-Reimert (annotaties bij rb. Den Haag (zp Arnhem) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776).

2. Een stok achter de deur: beslistermijnen en bestuurlijke en rechterlijke dwangsommen bij niet tijdig beslissen in het asielrecht

Bestuursorganen moeten op tijd beslissen, ook in het asielrecht. Art. 4:13 Awb bepaalt dat de beslistermijn van beschikkingen wordt bepaald door een bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn. Deze termijn is voor het beslissen op een aanvraag van een verblijfsvergunning asiel geregeld in art. 42 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 (Vreemdelingenwet). De staatssecretaris dient een besluit te nemen binnen een half jaar nadat de aanvraag is binnengekomen. De termijn kan met maximaal negen maanden worden verlengd als er complexe feitelijke of juridische kwesties aan de orde zijn, een groot aantal vreemdelingen tegelijk een aanvraag indient of de vertraging van de behandeling aan de vreemdeling is te wijten.²⁰ Dit artikel is een implementatie van art. 31 van de Europese Procedure richtlijn.²¹

Maar wat nu als de staatssecretaris de termijn niet haalt? Dan staan de asielaanvrager de algemene Awb-instrumenten ter beschikking. Als gevolg van trage besluitvorming in diverse gebieden van het bestuursrecht werd in 2009 de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen geïntroduceerd.²² Achterliggende gedachte was dat de burger een effectief middel in handen moest krijgen tegen te trage besluitvorming, namelijk een bestuurlijke dwangsom en

20 Art. 42 lid 4 sub a-c Vreemdelingenwet.

21 Richtlijn (EU) nr. 2013/32 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming. De richtlijn geeft overigens de mogelijkheid om een termijn van 21 maanden te hanteren. In het wetsvoorstel voor de definitieve wet wordt door een wijziging van art. 42 lid 5 Vreemdelingenwet de mogelijkheid gecreëerd om in bepaalde gevallen een termijn van 21 maanden te hanteren. Zie hierover par. 7.

22 *Stb.* 2009, 383, hierna: 'Wet dwangsom en beroep'.

daarnaast de mogelijkheid van beroep tegen het niet tijdig beslissen.²³ Een financiële prikkel zou bestuursorganen ertoe aanzetten binnen de geldende beslistermijnen te beslissen.²⁴ De mogelijkheid van de bestuurlijke dwangsom werkt als volgt. Indien het bestuursorgaan de termijn niet haalt, dan moet het orgaan conform paragraaf 4.1.3.2 Awb schriftelijk in gebreke worden gesteld. Neemt het bestuursorgaan niet binnen twee weken alsnog een besluit, dan verbeurt hij van rechtswege een dwangsom.²⁵ De dwangsom loopt op: de eerste veertien dagen betreft het € 23 euro per dag, de daaropvolgende veertien dagen € 35 per dag en de overige dagen € 45 per dag. Er is een maximum van 42 dagen.²⁶

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om op grond van art. 6:2 aanhef en onder b Awb beroep in te stellen bij de rechtbank tegen niet tijdig beslissen. Volgt na een ingebrekestelling binnen twee weken geen besluit, dan kan beroep worden ingesteld.²⁷ Bij een gegrond beroep dient het bestuursorgaan in principe

een termijn van twee weken te krijgen om alsnog een besluit te nemen.²⁸ Dit geldt uiteraard niet als het bestuursorgaan in de tussentijd al een besluit heeft genomen. Daarnaast dient de rechter ex art. 8:55d Awb een dwangsom op te leggen voor het geval de termijn niet wordt gehaald. De rechtspraak hanteert over het algemeen een norm van € 100 per dag met een maximum van € 15.000.²⁹ Er kan echter een hoger bedrag worden vastgesteld in geval van weigerachtigheid (€ 250 per dag met een maximum van € 37.500). Ook kan de rechtbank in plaats van twee weken een afwijkende termijn stellen.³⁰ Voor rechterlijke dwangsommen in het vreemdelingenrecht heeft de rechtspraak een apart beleidsdocument.³¹ Daarin staat dat in het vreemdelingenrecht in een uitspraak wordt opgenomen dat een dwangsom van € 100 per dag wordt verbeurd, maar slechts met een maximum van € 7500. De dwangsom wordt verdubbeld indien het een opvolgend beroep betreft waarbij de maximale dwangsom is volgelopen. Daarnaast krijgt de staatssecretaris een termijn van twee weken indien hij *niet* met een reactie komt op een ingesteld beroep niet tijdig beslissen. Verzoekt de staatssecretaris om een afwijkende termijn en gaat de vreemdeling daarmee akkoord, dan kan de staatssecretaris een termijn van acht weken worden gegund. De Afdeling hanteert in praktijk het zogenoemde 8+8 wekenmodel, wat betekent dat een termijn van zestien weken geldt.³²

23 In *Kamerstukken II* 2005/06, 29934, nr. 16 (p. 8, onderdeel VI, onderdeel G) wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 2005/06, 30435, nr. 3 (bij het wetsvoorstel van de Wet beroep bij niet tijdig beslissen).

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 29934, nr. 3, p. 3.

25 Zie voor een toelichting in asielzaken: Circulaire Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, BWBR0042026. De eerste dag waarop een dwangsom verschuldigd is, is de dag waarop de twee weken zijn verstreken na de dag waarop de beslistermijn is verstreken en het bestuursorgaan een schriftelijke ingebrekestelling van de aanvrager heeft ontvangen.

26 Art. 4:17 lid 1 Awb.

27 Art. 6:12 lid 2 sub a Awb. Hierbij moet worden geteld vanaf de dag na de mededeling aan het bestuursorgaan dat deze in gebreke is gesteld. Art. 6:12 sub b Awb. Wordt eerder beroep ingesteld, dan loopt de eiser kans dat dit beroep als prematuur wordt aangemerkt, tenzij van de belanghebbende niet kan worden verwacht dat deze het bestuursorgaan in gebreke stelt. Zie art. 6:12 lid 3 Awb.

28 Deze termijn begint te lopen op de dag na de dag waarop de uitspraak wordt verzonden. Zie art. 8:55d Awb.

29 De hoogte van de dwangsom is niet in de wet vastgelegd. Ook is deze niet aan een maximum gebonden. Op rechtspraak.nl is het beleid van de rechtspraak hierover te vinden.

30 Art. 8:55 lid 3 Awb.

31 'Beleid ten aanzien van de beroepen niet tijdig in het vreemdelingenrecht', 25 maart 2020.

32 Zie bijv. ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1560, r.o. 4.2.

Er bestaat dus afwijkend beleid voor het vreemdelingenrecht. Dit is een terugkerend fenomeen. Ten tijde van de invoering van de Wet dwangsom en beroep kampte de IND al met forse termijnoverschrijdingen.³³ Middels een amendement bij de Wet dwangsom en beroep werden beschikkingen op grond van de Vreemdelingenwet voor de eerste drie jaar van de inwerkingtreding van de Wet dwangsom en beroep uitgezonderd (1 oktober 2009 – 1 oktober 2012). Na deze drie jaar is de Wet dwangsom en beroep zonder uitzondering van toepassing verklaard op besluiten op grond van de Vreemdelingenwet. De termijn van drie jaar zou de IND en de staatssecretaris als verantwoordelijke de tijd geven om de organisatie te herschikken waar nodig.³⁴ Dit was echter niet voldoende, zoals uit de volgende paragraaf zal blijken.

3. Een stok in het wiel: structurele organisatorische problemen bij de IND en structurele termijnoverschrijdingen

De IND heeft al meer dan een decennium moeite met tijdig beslissen. Deze problematiek is dan ook een terugkerend thema op de politieke agenda. Zo toonde de staatssecretaris zich in een brief aan de Tweede Kamer in 2019 al bezorgd over de lange doorlooptijden en de hoogte van de verbeurde dwangsommen; zij schatte de verbeurde dwangsommen in 2020 op 17 miljoen euro.³⁵ Ook werd in een kamerbrief van 2019 vermeld dat de verwachting was dat de doorlooptijden verder zouden oplopen.³⁶ In

mei 2019 werd een motie ingediend waarin de regering werd gevraagd zich maximaal in te spannen om de doorlooptijden uiterlijk in 2020 binnen de wettelijke termijn te brengen.³⁷

Terwijl de Tijdelijke wet al werd voorbereid (zie hierover de volgende paragraaf) werd er ook een taskforce in het leven geroepen om de achterstanden die de IND tot april 2020 had opgelopen bij het afhandelen van asielaanvragen goed te maken. De cijfers over de inzet van die taskforce werden door de staatssecretaris bij kamerbrief van 12 juli 2021 gepresenteerd.³⁸ Het leek de gouden oplossing: de taskforce had op dat moment 14.100 van de 15.350 zaken van voor 1 april 2020 afgedaan. In de brief van 14 december 2021 van de Inspectie Justitie en Veiligheid (Inspectie) aan de staatssecretaris werd echter weinig heel gelaten van de handwijze van de taskforce.³⁹ Volgens de Inspectie stond bij de inzet van de taskforce snelheid voorop en verdween zorgvuldigheid naar de achtergrond. Hierdoor bestond het risico dat asielaanvragen onterecht waren ingewilligd of afgewezen. Ook was de Tweede Kamer niet steeds (op de juiste wijze) geïnformeerd over knelpunten die speelden bij de taskforce bij het uitvoeren van de opdracht. Zo oordeelde de Inspectie dat ‘*terughoudend gecommuniceerd*’ was over de totale doorlooptijd van het behandelen van de achterstanden en werd niet met ‘*gepaste openheid*’ gerapporteerd over de problemen die zich voordeden bij het waarborgen

33 In de MvT bij de Wet dwangsom en beroep wordt zelfs verwezen naar een kamerstuk uit 1995 over achterstanden in het asielbeleid: *Asielbeleid*, ARK-rapport, *Kamerstukken II* 1995/96, 24440, nrs. 1-2.

34 *Kamerstukken II* 2004/05, 29934, nr. 21, p. 2. Art. IIB Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.

35 *Kamerstukken II* 2019/20, 19637, nr. 2534.

36 *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, nr. 2492. Zie voor een kritische beschouwing: M. Stronks, ‘Trage asielprocedures. In de wachtkamer’, *De Groene Amsterdammer*, 20 november 2019, nr. 47. Zie voor een beschouwing

over de kosten van de oplopende wachttijden: M. Reneman, ‘De kosten van lange asielprocedures’, *Verblijfblog* 21 november 2019. Zie voor een analyse van de jurisprudentie: V.M. Bex-Reimert & M. Adema, ‘Uitspraak uitgelicht. Wat als de staatssecretaris niet tijdig beslist?’, *A&MR* 2019/10, p. 454-457.

37 *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, nr. 2495.

38 Kamerbrief ‘Stand van zaken en afronding opdracht Taskforce’, kenmerk 337613.

39 Brief van de Inspectie van J&V van 14 december 2021, Taskforce IND, kenmerk 3707240, <https://open.overheid.nl/repository/bijlage-taskforce-ind.pdf>

van de kwaliteit van het handelen van de taskforce. Ook bleek de gouden oplossing toch niet zo goud te zijn. De taskforce kon namelijk niet voorkomen dat het aantal te betalen dwangsommen vanwege trage besluitvorming steeds meer opliep.⁴⁰

Daarnaast werd een andere vorm van overheidsongehoorzaamheid toegepast: het niet betalen van dwangsommen. De staatssecretaris weigerde in een zaak in 2020 de opgelegde rechterlijke dwangsommen te betalen, waarna beslag moest worden gelegd op de bankrekeningen van de Nederlandse Staat.⁴¹ De staatssecretaris had zich met een beroep op overmacht vanwege de coronacrisis op het standpunt gesteld dat hij hierdoor niet het gehele bedrag hoefde te betalen.⁴² De voorzieningenrechter ging hier niet mee akkoord. Dat het heeft moeten aankomen op beslaglegging op de schatkist is een van de vele dieptepunten in dit hoofd-pijndossier.

4. De stok achter de deur wordt weggehaald: invoering Tijdelijke wet opschorting dwangsommen IND

Om het tijdsbeslag van procedures niet tijdig beslissen en de financiële druk op de IND te laten afnemen werd de Tijdelijke wet voorbereid.⁴³ Op 9 april 2020 liet het kabinet een nieuwsbericht uitgaan waaruit bleek dat de Wet

dwangsom en beroep buiten werking zou worden gesteld voor asielzaken.⁴⁴ Overigens dienden rond dezelfde tijd twee Kamerleden een initiatiefwet in, getiteld 'Noodwet afschaffing dwangsomregeling ter voorkoming van misbruik door asielzoekers'.⁴⁵ Dit voorstel had, zoals de titel al doet vermoeden, een andere insteek dan het voorstel van de regering en legde de nadruk op het misbruik dat in de ogen van de beide leden werd gemaakt van de dwangsommenregeling. Dit bleek feitelijk onjuist. In de toelichting bij het wetsvoorstel is daarom benadrukt dat – anders dan bij bijvoorbeeld oneigenlijke Wob-verzoeken het geval was – in het asielrecht nauwelijks sprake is van misbruik van de dwangsommenregeling.⁴⁶

Er was de nodige kritiek op het wetsvoorstel.⁴⁷ Zo adviseerde de Afdeling advisering van de Raad van State (Afdeling advisering) om het wetsvoorstel nader te overwegen om onder meer de beroepsmogelijkheid tegen niet tijdig beslissen in stand te laten.⁴⁸ Dit mocht echter niet baten. Op 21 juli 2020 trad de Tijdelijke wet in werking.⁴⁹ Art. 4:17-4:19 Awb over de bestuurlijke dwangsom zijn hierdoor niet meer

joen aan dwangsommen uitbetaald, in 2020 in totaal 13 miljoen en in 2021 17,9 miljoen.

44 Kabinet schaft dwangsommen asielzaken af, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/09/kabinet-schaft-dwangsommen-asielzaken-af>

45 *Kamerstukken II* 2019/20, 35406, nrs. 1-6, voorstel van de leden Van Dijk en Wilders.

46 *Kamerstukken II* 2019/20, 35476, nr. 3, p. 4. Dit herhaalde de staatssecretaris nogmaals in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2019/20, 35476, nr. 9, p. 5).

47 Zie hierover meer uitgebreid Bex-Reimert, *A&MR* 2020/11, p. 321-326.

48 *Kamerstukken II* 2019/20, 35476, nr. 4.

49 In de Tweede Kamer stemden alleen DENK, SP, GroenLinks, PvdA en PvdD tegen. De Tijdelijke wet bracht geen wijzigingen in de Vreemdelingenwet of de Awb aan en is dus los van kracht. Dit is anders bij de definitieve wet die in de maak is. Zie hierover par. 7.

40 Zie hierover ook J. Hillary & V.M. Bex-Reimert, 'Kwantiteit boven kwaliteit bij de IND-taskforce', *blog Burger en Overheid* 15 februari 2022.

41 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:5251.

42 Zie hierover meer uitgebreid C.N.J. Kortmann & J. Tingen, 'De overheid betaalt een opgelegde dwangsom niet. Wat nu?', *Stibbe blog* 18 november 2020; T.C. Borman, 'Beslistermijn asielaanvragen met zes maanden verlengd wegens coronavirus', *NTB* 2020/147.

43 Wij merken op dat uit de jaarcijfers van de IND blijkt dat het uiteindelijk wel meeviel met de schade, althans in verhouding tot de verwachtingen die door de staatssecretaris werden geuit. In 2019 werd in totaal 6,6 mil-

van toepassing op aanvragen voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. Daarnaast is art. 6:2 aanhef en onder b Awb niet meer van toepassing op deze aanvragen. Een asielzoeker heeft dus niet meer de mogelijkheid om bij niet tijdig beslissen beroep bij de bestuursrechter in te stellen. Door afschaffing van het beroep is automatisch ook de rechterlijke dwangsom afgeschaft. Dit was dus niet in overeenstemming met het advies van de Afdeling advisering.⁵⁰

Wat – in ieder geval bij de invoering – wel in lijn was met het advies van de Afdeling advisering is dat de Tijdelijke wet tijdelijk was: slechts voor de duur van een jaar. De Afdeling advisering had echter een andere tijdelijkheid voor ogen en had geadviseerd te voorzien in een horizonbepaling op grond waarvan de Tijdelijke wet bijvoorbeeld op 1 april 2021 al zou vervallen.⁵¹ Hoewel in de Tijdelijke wet was bepaald dat deze na een jaar zou vervallen, was in de wet ook in een verlengingsmogelijkheid voorzien. Als binnen een jaar na inwerkingtreding van de Tijdelijke wet een wetsvoorstel zou worden ingediend voor een permanente versie van de wet, dan zou de Tijdelijke wet van kracht blijven totdat het wetsvoorstel voor de permanente wet zou worden verworpen of in werking zou treden.⁵² Zo geschiedde: op 22 december 2020 heeft de staatssecretaris een wetsvoorstel ingediend dat ziet op de definitieve afschaffing van dwangsommen in het gehele vreemdelingenrecht.⁵³ Hierdoor konden ook na 21 juli 2021 geen bestuurlijke of rechterlijke dwangsommen meer worden verbeurd in het asielrecht. De mogelijkheid om in beroep te gaan bij niet tijdig beslissen kwam ondanks de verlen-

ging wel terug.⁵⁴ De rechter kan dan een uitspraak doen en een termijn geven, maar nog steeds geen dwangsom aan die termijn verbinden. Ook op dit voorstel was de Afdeling advisering kritisch.⁵⁵ Zo vond de Afdeling advisering dat het wetsvoorstel beter moest worden gemotiveerd, aangezien de wet zou leiden tot een indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Ook biedt de toelichting bij het wetsvoorstel volgens de Afdeling advisering geen aanknopingspunten voor het oordeel dat zorgvuldige besluitvorming in vreemdelingenzaken structureel niet kan plaatsvinden binnen de daarvoor geldende termijnen. Waarom het definitief afschaffen van rechterlijke en bestuurlijke dwangsommen noodzakelijk is, is daarom voor de Afdeling advisering onduidelijk. Dit had echter maar weinig effect, zo blijkt uit de reactie van de regering.⁵⁶ Het wetsvoorstel bleef in de huidige vorm op tafel liggen.

5. We willen onze stok terug: gerechtelijke procedures tegen de Tijdelijke wet en haar verlenging

5.1 De uitspraken vóór de 6 juli ABRvS-uitspraak: een bonte verzameling

Gezien de weerstand van verschillende actoren in het asielrecht ten tijde van de invoering van de Tijdelijke wet, was het te verwachten dat er over de Tijdelijke wet zou worden geprocedeerd. De Tijdelijke wet is daardoor op meer-

50 *Stb* 2020, 29192.

51 *Ibid.*

52 Art. 4 lid 2 Tijdelijke wet.

53 *Kamerstukken II* 2020/21, 35749, nrs. 2-3. Bij ons weten ligt de voortgang van dit wetsvoorstel momenteel stil.

54 Zie art. 5 Tijdelijke wet, dat art. 1 van de Tijdelijke wet aanpast bij verlenging.

55 *Kamerstukken II* 2020/21, 35749, nr. 4. Naast de Afdeling advisering hadden ook de NOvA, de ACVZ, de Raad voor de Rechtspraak, de NVVR, Vluchtelingenwerk Nederland en de VAJN negatief commentaar geleverd op het definitief afschaffen van de bestuurlijke en rechterlijke dwangsom, zie d'Oliveira, *NJB* 2021/982.

56 *Kamerstukken II* 2020/21, 35749, nr. 4. Zie ook V.M. Bex-Reimert, 'Hoe de afschaffing van de dwangsommen in het vreemdelingenrecht ongelijkheid in de hand werkt', *A&MR* 2021/5, p. 306-311. Zie ook d'Oliveira, *NJB* 2021/982.

dere gelegenheden in meerdere rechtszalen juridisch getoetst. Veelal werd aangevoerd dat de Tijdelijke wet in strijd is met het Handvest en de uit het Unierecht voortvloeiende grenzen van procedurele autonomie: het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel (de zogenaemde Rewe-criteria).⁵⁷

Het resultaat? Een grote verscheidenheid aan uitspraken waarin een scala aan onderwerpen de revue heeft gepasseerd, zoals de bevoegdheid van de rechter, het relevante toetsingskader en de toepassing van de overgangsregeling. Opvallend is dat de uitspraken nogal verschillen in uitkomst. Zo achtte de Afdeling zichzelf in een uitspraak van 12 mei 2021 onbevoegd om te oordelen over een beroep niet tijdig beslissen ten tijde van de Tijdelijke wet.⁵⁸ De Afdeling oordeelde dat de wetgever met de Tijdelijke wet uitdrukkelijk heeft geregeld dat het in een zaak als die van de vreemdeling niet mogelijk is beroep in te stellen bij de bestuursrechter. Dit betekent dat de vreemdeling, voor de periode dat de Tijdelijke wet art. 6:2 Awb buiten toepassing stelt in asielzaken, uitsluitend nog een vordering bij de burgerlijke rechter kan instellen en de Afdeling dus onbevoegd is.

Diverse zittingsplaatsen van de rechtbank Den Haag kwamen niet uit op (directe) onbevoegdheid. Zittingsplaats Rotterdam beoordeelde eerst of de Tijdelijke wet onverbindend moest worden verklaard door het uitsluiten van beroep voordat zij tot de conclusie van onbevoegdheid kwam.⁵⁹ Andere zittingsplaatsen

liepen niet tegen onbevoegdheid aan omdat zij uitspraken mochten doen over een beroep niet tijdig beslissen ten tijde van de verlenging van de Tijdelijke wet (na 1 juli 2021). In die uitspraken werd ook een beoordeling van mogelijke onverbindendheid verricht – maar dan vanwege uitsluiting van de bestuurlijke en rechterlijke dwangsom in asielzaken. Bij de beoordeling van de onverbindendheid was er verdeeldheid over de vraag of het Handvest van toepassing is in deze kwestie. De zittingsplaats Rotterdam oordeelde dat een beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit een nationaalrechtelijk rechtsmiddel is, waardoor de rechtbank niet aan toetsing aan het Handvest toekwam.⁶⁰ Zittingsplaats 's-Hertogenbosch kwam tot een tegenovergesteld oordeel voor de bestuurlijke dwangsom, namelijk dat het opleggen van een bestuurlijke dwangsom bij niet tijdig beslissen in asielzaken 'zonder twijfel onder de werkingssfeer van deze Unierechtelijke Procedurerichtlijn' valt, waardoor 'een band met het Unierecht' bestaat.⁶¹ Deze zittingsplaats oordeelde vervolgens dat de Tijdelijke wet in strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Deze uitkomst was weer tegengesteld aan een andere uitspraak, waarin de zittingsplaats Arnhem eerder oordeelde dat het afschaffen van de dwangsommenregeling niet in strijd was met het gelijkwaardigheidsbeginsel, maar wel met het doeltreffendheidsbeginsel.⁶² Een prejudiciële vraag leek hier op zijn plek vanwege de verscheidenheid aan uitspraken. Een zittingsplaats die de Afdeling volgde in directe onbevoegdheid wegens het ontbreken van de mogelijkheid van een beroep niet tijdig beslissen onder de Tijdelijke wet (van voor 1 juli 2021) overwoog een vraag te stellen, maar achtte dit niet nodig gelet op het tijdelijke karakter van de Tijdelijke wet en gelet op de te verwachten duur van een

57 Een andere grond die werd aangevoerd is dat de Tijdelijke wet in strijd was met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Zie bijv. rb. Den Haag (zp Arnhem) 24 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641, «JV» 2022/85, m.nt. Bex-Reimert, AB 2022/184, m.nt. Outhuijse & Pakkert.

58 ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1027, AB 2021/192, m.nt. Bex-Reimert.

59 Zie bijv. rb. Den Haag (zp Rotterdam) 22 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:402.

60 Ibid.

61 Rb. Den Haag (zp 's-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776.

62 Rb. Den Haag (zp Arnhem) 24 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641.

verwijzing.⁶³ Kortom, het was een bonte verzameling uitspraken en hoog tijd voor een verhelderende uitspraak van de Afdeling.

5.2 De Afdelingsuitspraak van 6 juli 2022

Op 29 juli 2020 had de vreemdeling in deze zaak de staatssecretaris in gebreke gesteld vanwege het niet tijdig nemen van een besluit en heeft vervolgens beroep ingesteld. In beroep oordeelde de rechtbank dat er geen grond was om de Tijdelijke wet onverbindend te verklaren, omdat het aan de lidstaten is om hun nationale recht vorm te geven.⁶⁴ Hoewel de rechtbank met eiser van oordeel was dat de werking van de Procedurerichtlijn alleen voldoende verzekerd is als bij de rechter kan worden opgekomen tegen niet-naleving daarvan, verplicht de Procedurerichtlijn niet tot het openstellen van een rechtsgang bij de bestuursrechter tegen niet tijdig beslissen en staat nog steeds een rechtsgang bij de burgerlijke rechter open. De rechtbank verklaarde het beroep dan ook niet-ontvankelijk.

De Afdeling komt wel tot een inhoudelijke beoordeling en overweegt via een opvallende redenering waarom zij bevoegd is in deze zaak. In rechtsoverweging 5 overweegt de Afdeling dat zij als gevolg van de Tijdelijke wet onbevoegd is om kennis te nemen van een beroep niet tijdig beslissen, tenzij de Tijdelijke wet voor dit aspect onverbindend moet worden geacht. De Afdeling lijkt in deze uitspraak vervolgens andersom te redeneren: zij oordeelt dat de Tijdelijke wet onverbindend is en zij dus bevoegd is.⁶⁵ Het aannemen van de bevoegdheid staat

haaks op de eerdergenoemde uitspraak van 12 mei 2021.⁶⁶

Inhoudelijk voerde de vreemdeling aan dat de Tijdelijke wet afbreuk doet aan het nuttig effect van de Procedurerichtlijn. De Afdeling gaat daar niet in mee, omdat het Unierecht zich niet verzet tegen de omstandigheid dat een lidstaat na verstrijking van de implementatietermijn een nationale maatregel met een hoger beschermingsniveau dan de Europese richtlijn vereist ongedaan maakt. Nu de Procedurerichtlijn geen verplichtingen bevat voor het afdwingen van termijnen, staat het Nederland dus vrij het hogere beschermingsniveau in de vorm van beroep niet tijdig beslissen 'af te schalen'. Bij die afschaling dient een lidstaat echter wel bepaalde randvoorwaarden in acht te nemen, aldus de Afdeling. Als er geen Unierechtelijke procedurevoorschriften zijn, is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) dat het op grond van het beginsel van procedurele autonomie een zaak van de interne rechtsorde van de lidstaten is om procedurevoorschriften vast te stellen. Deze voorschriften mogen echter niet ongunstiger zijn dan de voorschriften die voor soortgelijke situaties naar nationaal recht gelden (het gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (het doeltreffendheidsbeginsel).⁶⁷ Daarnaast geldt het uit art. 47 Handvest

verklaard. Dan had de Afdeling namelijk eerst moeten oordelen dat de Tijdelijke wet niet in strijd is met Unierecht, om zichzelf vervolgens pas onbevoegd te verklaren.

63 Rb. Den Haag (zp 's-Hertogenbosch) 31 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5493.

64 Hoewel de rechtbankuitspraak niet is gepubliceerd is de advocaat van de vreemdeling, mr. E.J.L. van de Glind, zo vriendelijk geweest de uitspraak en gedingstukken met de auteurs te delen, waarvoor zij hem zeer erkentelijk zijn.

65 Het volgen van deze lijn had tot gekke resultaten geleid als de Tijdelijke wet niet onverbindend moest worden

66 ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1027. In de uitspraak van 12 mei wordt geen oordeel gegeven over de verbindendheid van de Tijdelijke wet. Wij vermoeden dat de vreemdeling ook niet had aangevoerd dat de Tijdelijke wet onverbindend had moeten worden verklaard. Dit verklaart waarschijnlijk het verschil.

67 De zogenoemde Rewe-criteria of Rewe-riedel. De Afdeling verwijst hiervoor naar HvJ EU 27 juni

voortvloeiende beginsel van effectieve rechtsbescherming als het Handvest van toepassing is. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming brengt mee dat de nationale rechter de mogelijkheid moet hebben om de aan het Unierecht ontleende rechten doeltreffend te beschermen.

Volgens de Afdeling sluit de Tijdelijke wet de rechtsgang bij de bestuursrechter bij niet tijdig beslissen in asielprocedures uit en stelt de wet daarvoor geen ander doeltreffend rechtsmiddel in de plaats. De Afdeling acht de rechtsgang bij de burgerlijke rechter – die niet is afgesloten en die de rechtbank nog voldoende achtte – niet doeltreffend om tijdige besluitvorming af te dwingen in de asielprocedure. Hiervoor sluit de Afdeling aan bij de wetsgeschiedenis van de Wet dwangsom en beroep, waarin is overwogen dat het beroep niet tijdig beslissen ‘*een effectiever rechtsmiddel is*’.⁶⁸ Hieruit leidt de Afdeling af dat de wetgever de gang naar de bestuursrechter doeltreffender acht voor het tegengaan van trage besluitvorming dan de gang naar de burgerlijke rechter. Door de rechtsgang bij de bestuursrechter weg te nemen ontnemt de Tijdelijke wet de asielaanvrager dan ook het (enige) doeltreffende rechtsmiddel tegen trage besluitvorming.

De Afdeling concludeert dat het een vreemde-ling daarmee uiterst moeilijk wordt gemaakt om zijn aan het Unierecht ontleende recht op een tijdig besluit (de termijn uit de Procedure-richtlijn) doeltreffend in rechte te doen beschermen. Het betoog van de vreemde-ling dat het buiten werking stellen van de rechtsgang bij de bestuursrechter afbreuk doet aan het nuttig effect van het Unierecht, namelijk aan de termijnen die art. 31 van de Procedure-richtlijn stelt, slaagt dan ook gelet op het doeltreffend-

heidsbeginsel en art. 47 Handvest. De Tijdelijke wet moet derhalve onverbindend worden geacht, voor zover dit de mogelijkheid uitsluit om beroep in te stellen tegen het niet tijdig nemen van een besluit op een asielaanvraag. Zoals de Afdeling oordeelt in rechtsoverweging 7.14, betekent dit dat de bestuursrechter wederom bevoegd is om kennis te nemen van een beroep niet tijdig beslissen en een dwangsom te stellen ex art. 8:55d Awb. Ook benoemt de Afdeling de rechterlijke dwangsom ex art. 8:72 lid 6 Awb als mogelijkheid voor de bestuursrechter – deze was niet uitgesloten door de Tijdelijke wet zoals die gold voor 11 juli 2021. Net als geldt voor de bestuurlijke dwangsom, heeft de Afdeling hierdoor (nog) geen oordeel hoeven geven over de uitsluiting van de rechterlijke dwangsommen zoals neergelegd in de huidige versie van de Tijdelijke wet.⁶⁹

⁶⁹ Hierover bestaat discussie. De rechtbank Den Haag (zp Zwolle) gaat ervan uit dat de overwegingen van de Afdeling op beide typen rechterlijke dwangsom kunnen worden toegepast. Zie rb. Den Haag (zp Zwolle) 20 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7388, r.o. 3. Ook de staatssecretaris lijkt hiervan uit te gaan, zo blijkt uit het Informatiebericht SUA, IB 2022/64, Afdelingsuitspraak inzake de Wet Tijdelijke dwangsom 2, die de voorlopige werkwijze in asielen vastlegt. In dit informatiebericht wordt gesteld dat wordt verwacht dat de Afdeling in een uitspraak over de Tijdelijke wet zoals deze na 11 juli 2021 luidt, tot dezelfde conclusie zal komen en dat het oordeel ‘*in ieder geval t.a.v. rechterlijke dwangsommen, van eenzelfde strekking zal zijn*’. Onze derde auteur vindt dat de Afdeling ook een oordeel heeft gegeven over de rechterlijke dwangsommen (zie tekst bij voetnoot 81), maar de eerste twee auteurs zien dit anders. We zijn het er wel over eens dat het frappant is dat de Afdeling art. 8:72 lid 6 Awb expliciet benoemt in r.o. 7.14, terwijl er geen directe noodzaak tot noemen was voor de beoordeling van de zaak en dat dit wellicht niet zonder betekenis is. Art. 8:72 lid 6 Awb was immers niet uitgesloten en wat is de toegevoegde waarde van de *lex generalis* van art. 8:72 lid 6 Awb als de *lex specialis* van art. 8:55d Awb weer mogelijk is?

⁶⁸ 2018, zaak C-246/17, ECLI:EU:C:2018:499 (*Diallo*), punt 59, en HvJ EU 7 november 2018, zaak C-380/17, ECLI:EU:C:2018:877 (*K. en B.*), punt 56.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30435, nr. 3, p. 1.

6. Drie kritische punten ten aanzien van de 6 juli-uitspraak

Zoals opgemerkt in de inleiding zijn wij gelukkig met de uitkomst, maar minder met de juridische overwegingen waarmee de Afdeling deze uitkomst bereikt. Onze kritiek ziet op drie punten, die wij hieronder toelichten.

6.1 Kritiekpunt 1: geen overwegingen over toepassingsfeer Handvest, terwijl de uitspraken bij de rechtbanken en opvattingen in de literatuur hierover uiteenlopen

Het is allereerst opvallend dat de Afdeling in de uitspraak niets zegt over het al dan niet van toepassing zijn van het Handvest, ondanks dat art. 47 Handvest – in combinatie met het doeltreffendheidsbeginsel – de basis is voor de onverbindendverklaring en de rechtbanken hier uitgebreid en met wisselende uitkomsten bij hebben stilgestaan. Wij beschreven dit reeds in paragraaf 5.1. Bovendien had de staatssecretaris in zijn verweerschrift aangevoerd dat de in de zaak aan de orde zijnde materie – te weten de Tijdelijke wet – niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel.⁷⁰ Mogelijk heeft de Afdeling met de overweging ‘Dit neemt niet weg dat een lidstaat die gebruikmaakt van zijn nationale bevoegdheid om verdergaande bescherming later ongedaan te maken, wel het volgende in acht moet nemen’ willen zeggen dat door de invoering van de Tijdelijke wet binnen de werkingssfeer van het Unierecht wordt gehandeld. Bij gebrek aan expliciete overwegingen blijft dit echter giswerk.

Aan het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling lijkt minder belang te worden gehecht in deze uitspraak. Hierdoor blijven de rechtbanken, maar ook ondergetekenden achter met de vraag waarom hier dan sprake is van een onderwerp dat binnen de werkingssfeer van Unierecht valt en of dit voor alle

⁷⁰ Wij hebben begrepen dat de staatssecretaris dit punt later weer heeft verlaten. Waarom weten wij niet.

onderdelen van de Tijdelijke wet geldt. De auteurs zijn ook onderling verdeeld.

Twee van ons betoogden eerder in een annotatie bij een van de rechtbankuitspraken dat het Handvest niet van toepassing is.⁷¹ Om de lijn bondig uiteen te zetten: het Handvest is uitsluitend van toepassing wanneer lidstaten het recht van de Unie ten uitvoer brengen.⁷² In de literatuur zijn op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie drie situaties onderscheiden wanneer sprake is van het ten uitvoer brengen van Unierecht, te weten i) het implementeren van het Unierecht, ii) het afwijken van een van de vier verkeersvrijheden van het Unierecht, en iii) het handhaven, effectueren of sanctioneren van het Unierecht.⁷³ In het geval van de Tijdelijke wet gaat het mogelijk om situatie nr. iii, waarbij op basis van de jurisprudentie sprake moet zijn van een voldoende nauw verband. Zie hierover bijvoorbeeld rechtsoverweging 24 van het arrest *Siragusa*.⁷⁴

‘24. Evenwel dient in herinnering te worden gebracht dat het begrip “ten uitvoer brengen van het Unierecht” in de zin van artikel 51 van het Handvest vereist dat er een zekere mate van een verband bestaat dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere (zie in die zin arrest van 29 mei 1997, Kremzow, C-299/95, Jurispr. blz. I-2629, punt 16).’

Er is slechts een indirect verband tussen de dwangsommenregeling en het beroep niet tij-

⁷¹ Voor een uitgebreide bespreking van dit argument verwijzen wij naar de annotatie van Pakkert & Outhuijs bij rb. Den Haag (zp ’s-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776, AB 2022/183.

⁷² Art. 51 lid 1 Handvest.

⁷³ Zie o.m. T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Åkerberg Fransson’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2022.

⁷⁴ HvJ EU 6 maart 2014, zaak C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 24.

dig beslissen enerzijds en de Procedurerichtlijn anderzijds. Het betreft ook een wezenlijk andere situatie dan bijvoorbeeld in het arrest *Åkerberg Fransson* het geval was.⁷⁵ De Procedurerichtlijn schrijft voor dat de procedure voor het behandelen van verzoeken om internationale bescherming binnen zes maanden moet zijn afgerond.⁷⁶ In sommige gevallen mag dit worden verlengd, maar er moet in ieder geval altijd binnen 21 maanden na indiening van het verzoek een beslissing liggen.⁷⁷ Verder verplicht de Procedurerichtlijn lidstaten om een daadwerkelijk rechtsmiddel open te stellen bij een rechterlijke instantie tegen besluiten op verzoeken om internationale bescherming.⁷⁸ De Procedurerichtlijn bevat geen verplichting voor lidstaten om een dwangmiddel te hebben bij niet tijdige beslissingen, zoals een dwangsom of een beroep niet tijdig beslissen. Ook bestaat er geen algemene Europese verplichting om bij niet tijdige besluitvorming een dwangsom als financiële prikkel op te leggen. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet dwangsom en beroep volgt dat er voor zover bekend geen andere EU-lidstaten zijn waar dwangsommen worden verbeurd op de wijze zoals dat nu in Nederland plaatsvindt.⁷⁹ Voorgaande maakt

dat er sprake is van een onvoldoende nauw verband, waardoor het Handvest niet van toepassing is. Volgens de eerste twee auteurs had deze uitkomst moeten gelden voor de Afdelingsuitspraak van 6 juli.

Met de andere twee auteurs is de derde ondergetekende het eens dat de Afdeling onvoldoende beargumenteert waarom sprake zou zijn van een voldoende nauw verband. Toch zijn er wel argumenten waarom deze materie binnen de werkingssfeer van het Handvest valt.⁸⁰ Art. 31 van de Procedurerichtlijn bevat termijnen voor het beslissen op een aanvraag. Hoewel zowel de mogelijkheid om beroep tegen niet tijdig beslissen in te stellen als de mogelijkheid van een rechterlijke dwangsom, om ervoor te zorgen dat het bestuursorgaan alsnog beslist binnen de termijn die door de rechter is opgelegd, nationaalrechtelijke regelingen zijn, hebben beide regelingen, net als de bestuurlijke dwangsom, tot doel om het bestuur binnen deze wettelijke termijn te laten beslissen en indien dit niet gebeurt, de burger een effectieve rechtsgang te geven om alsnog een besluit af te dwingen middels art. 6:2 aanhef en onder b Awb. Afschaffing van deze mogelijkheid levert strijd op met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in art. 47 Handvest, ook nu de wetgever de andere mogelijkheid om alsnog besluitvorming via de rechter af te dwingen – de gang naar de burgerlijke rechter – als niet effectief heeft aangemerkt. De Afdeling heeft daarnaast in de 6 juli-uitspraak gesteld dat de rechterlijke dwangsom ook noodzakelijk is omdat er anders geen mogelijkheid is om de

75 Het handhaven van de belastingheffing toegevoegde waarde (BTW), zoals aan de orde in *Åkerberg Fransson*, is namelijk rechtstreeks te herleiden tot het Unierecht. In art. 273 VWEU staat dat lidstaten verplichtingen kunnen voorschrijven die zij noodzakelijk achten ter waarborging van de juiste inning van de BTW en ter voorkoming van fraude. Art. 325 VWEU schrijft daarnaast voor dat de lidstaten fraude en alle andere onwettige activiteiten bestrijden waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad.

76 Art. 31 lid 3 Procedurerichtlijn.

77 Ibid.

78 Art. 46 Procedurerichtlijn.

79 *Kamerstukken II 2019/20, 35476*, nr. 9, p. 3. Duitsland kent wel rechterlijke dwangsommen, maar deze zijn geen echte financiële prikkel omdat de uitbetaling niet aan de particulier is. Het leidt daarom niet tot vermogensverlies bij de overheid. Zie hierover A. Outhuijse

en S.B. Bothof, 'Milieuzaken, overheidsongehoorzaamheid en de rol van ngo's: een reis door de tijd en mogelijkheden', in: K.J. de Graaf e.a. (red), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening: Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen: Paris 2021, p. 311-322, en HvJ EU 19 december 2019, zaak C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*), m.nt. Outhuijse & Bothof, AB 2020/427.

80 Rb. Den Haag (zp Arnhem) 18 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641.

termijn, zoals gesteld door de rechter, om alsnog te beslissen, effectief te handhaven.⁸¹

6.2 Kritiekpunt 2: geen overwegingen over het gelijkwaardigheidsbeginsel, terwijl hierover veel onduidelijkheid bestaat (wat te vergelijken (claim of procedures) en wat zou de uitkomst zijn geweest?)

Dan een ander onderwerp dat slechts minimaal wordt besproken: het gelijkwaardigheidsbeginsel. *‘Daargelaten of de Tijdelijke wet in strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel’* is helaas waar we het mee moeten doen. Dit is jammer, gezien de onduidelijkheid die bestaat over de vraag wat in dit geval moet worden vergeleken voor de toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en wat de uitkomst zou zijn geweest.⁸² Het unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel vereist een gelijke behandeling van vergelijkbare vorderingen die zijn gebaseerd op een schending van het nationale recht enerzijds en van het Unierecht anderzijds. Om toe te kunnen komen aan een toetsing van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet eerst worden beoordeeld of een vordering vergelijkbaar is qua voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken. Als sprake is van vergelijkbare vorderingen moet vervolgens worden beoordeeld of de vordering die is gebaseerd op het Unierecht ongunstiger wordt behandeld dan een vordering of vorderingen die zijn gebaseerd op nationaal recht.⁸³

Verschillende zittingsplaatsen van de rechtbank Den Haag behandelden deze vraag wel, met zeer uiteenlopende analyses en uitkomsten

tot gevolg. Zo vergeleek de zittingsplaats Arnhem in de uitspraak van 18 maart 2022 de asielprocedure met bestuursrechtelijke procedures, zonder een specifieke procedure te kiezen, en oordeelde dat geen sprake was van vergelijkbare procedures.⁸⁴ De rechtbank overweegt dat het doel (het verkrijgen van internationale bescherming), de voornaamste kenmerken (bijvoorbeeld een specifieke bewijsproblematiek), dynamiek en rechtsgrondslag van asielprocedures op een aantal essentiële punten wezenlijk verschillen.

Zittingsplaats Den Bosch kiest in de uitspraak van 22 april 2022 een andere route.⁸⁵ Waar zittingsplaats Arnhem het verkrijgen van internationale bescherming als doel identificeerde, kiest zittingsplaats Den Bosch voor het verkrijgen van rechtmatig verblijf en kiest ervoor om de aanvraag van een verblijfsvergunning asielprocedure te vergelijken met een aanvraag van een verblijfsvergunning regulier wegens een medische behandeling. De rechtbank komt tot de conclusie dat de procedures vergelijkbaar zijn, bijvoorbeeld omdat beide vergunningen in hoofdstuk 3 van de Vreemdelingenwet zijn opgenomen en beide een van de Awb afwijkende procesregeling kennen. De volgende stap – wordt de unierechtelijke vordering ongunstiger behandeld? – beantwoordt zij bevestigend, met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wet dwangsom en beroep en het feit dat daarin specifiek is gekozen het vreemdelingenrecht niet uit te zonderen. Zittingsplaats Roermond komt tot een vergelijkbare conclusie.⁸⁶ Zittingsplaats Rotterdam stelt daarentegen dat de asielprocedure en de procedure verblijfsvergunning regulier vanwege een medische behandeling verschillend zijn in oorzaak en in

81 Hier bestaat discussie over, zie voetnoot 69 en de hoofdtekst bij deze voetnoot.

82 Zie bijv. de verschillen tussen de uitspraken van de rb. Den Haag (zp Arnhem) 18 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641 en rb. Den Haag (zp 's-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776.

83 S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2017, p. 46.

84 Rb. Den Haag (zp Arnhem) 18 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2641.

85 Rb. Den Haag (zp 's-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776.

86 Rb. Den Haag (zp Roermond) 10 augustus 2022, nr. NL22.3074.

kenmerken en komt daarmee expliciet tot een ander oordeel dan zittingsplaats Den Bosch.⁸⁷

Kortom, de zittingsplaatsen zijn het niet met elkaar eens. Juist daarom had de Afdeling het voortouw moeten nemen en dit criterium moeten bespreken. Hoewel de beantwoording van de vraag of vorderingen vergelijkbaar zijn in de praktijk bij evident vergelijkbare procedures misschien goed uitpakt, wordt het bij minder evidente gevallen al snel ingewikkeld om procedures te vergelijken. Een belangrijke vraag om bovenstaande te analyseren is: wat moet worden verstaan onder 'de vordering'? In bovengenoemde uitspraken komen zowel het verkrijgen van internationale bescherming als het verkrijgen van rechtmatig verblijf voorbij. De vraag is echter of het onderwerp van de vordering in deze gevallen niet eigenlijk het verkrijgen van tijdige besluitvorming is. Het voorwerp van de vordering is immers het afdwingen van tijdige besluitvorming, zoals voorgeschreven in de specifieke onderliggende regeling, door middel van beroep en de bestuurlijke en rechterlijke dwangsom. Als dit juist is, dan zijn de procedures om rechtsmiddelen in te stellen tegen niet tijdige besluitvorming bij het asielrecht, de reguliere vreemdelingenprocedures en al het andere bestuursrecht in principe vergelijkbaar. De Afdeling lijkt ook open te staan voor deze lijn.⁸⁸ Er is een termijn die moet worden nageleefd en bij niet naleving staan er procedures open die qua voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken vergelijkbaar zijn. Alle andere genoemde kenmerken spelen geen rol. Op het eerste gezicht kan dan ook snel tot strijdigheid met het gelijkwaardigheidsbeginsel worden gekomen. De procedures voor naleving van Europese termijnen mogen niet

ongunstiger zijn dan naleving van nationale termijnen.

Toch, als we focussen op inhoudelijke besluitvormingsprocedures conform bovenstaande asieljurisprudentie, welke procedures moet je dan vergelijken en waar leidt dat toe? Het doel van de asielprocedure is het verkrijgen van internationale bescherming. Er zijn voor zover te overzien geen nationaalrechtelijke equivalenten van een dergelijke procedure. Er is namelijk geen nationale grondslag voor internationale bescherming, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij andere rechtsgebieden. Om een voorbeeld te noemen, als de ACM besluit te handhaven op het Europese kartelverbod in plaats van het Nederlandse kartelverbod en daarvoor andere – voor kartellisten – minder gunstige verdedigingsprocedures toepast, dan is het evident dat deze vorderingen vergelijkbaar zijn en minder gunstige procedures niet zijn toegestaan. Terug naar het vreemdelingenrecht: omdat er voor de vreemdeling geen vergelijkbare nationale claim is, kan er ook geen strijd zijn met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Een verdere bespreking van kenmerken is dan niet nodig.

Als de toets moet worden gedaan op de procedure en niet de claim, dan leidt dit, kortom, tot de conclusie dat er geen sprake is van een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel omdat er geen vergelijkbare nationale procedure voorhanden is. Wij vragen ons echter sterk af of de onderliggende procedures wel centraal moeten staan en niet de claim. Ook daarom was de wijsheid van de Afdeling op dit punt zo zeer gewenst.

6.3 Kritiekpunt 3: Doeltreffendheidsbeginsel is niet hetzelfde als beginsel van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid is ook niet hetzelfde als afdoen aan nuttig effect⁸⁹

Ons derde punt van kritiek ziet op de samengestelde toepassing van het doeltreffendheids-

87 Rb. Den Haag (zp Rotterdam) 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8007.

88 Zie bijv. ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4275. De Afdeling vergelijkt procedures voor beoordeling van verschoonbare termijnoverschrijding.

89 De auteurs danken Laura Hanrath – die ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam was als student-sta-

beginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Handvest). De Afdeling lijkt het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming op sommige plaatsen in de uitspraak als één concept te zien en gebruikt die beginselen op inwisselbare wijze in verschillende rechtsoverwegingen. Ook wordt het nuttig effect erbij gepakt. Het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat nationaal (proces)recht de uitoefening van aan het Unierecht ontleende rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk maakt.⁹⁰ Art. 47 Handvest – het recht op effectieve rechtsbescherming – beschermt het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. De Afdeling komt op basis van dezelfde overwegingen tot de conclusie dat *beide* beginselen zijn geschonden. Gezien de wisselende jurisprudentie van het Hof die ook in de literatuur is gesignaleerd en beschreven is dit misschien ook wel te verklaren.⁹¹ Dit lichten wij nader toe.

Er is een aantal verschillen te onderscheiden tussen beide beginselen. Waar het beginsel van effectieve rechtsbescherming over fundamentele rechten gaat en zo ook verplichtingen schept voor lidstaten, bakent het doeltreffendheidsbeginsel vooral de grenzen van de procedurele autonomie van lidstaten af.⁹² Het beginsel van effectieve rechtsbescherming ziet

daarnaast op aspecten waar het doeltreffendheidsbeginsel niet op ziet: het recht op een onafhankelijke rechter wordt bijvoorbeeld niet gewaarborgd door het doeltreffendheidsbeginsel.⁹³ Daarnaast wordt de verplichting tot effectieve handhaving door middel van effectieve handhavingsprocedures bestreken door het doeltreffendheidsbeginsel en niet door effectieve rechtsbescherming.⁹⁴ De beginselen kennen ook een ander toetsingskader indien de inperking van beide rechten moet worden getoetst. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming kent de inbreuktoets uit art. 52 lid 1 Handvest, terwijl een procedurele *Rule of Reason*-toets is ontwikkeld voor het beperken van het doeltreffendheidsbeginsel.⁹⁵ Dit betekent natuurlijk niet dat er geen overlap kan bestaan. Een doeltreffende voorziening in rechte kan er immers ook voor zorgen dat de uitoefening van een aan het Unierecht ontleend recht wordt gefaciliteerd. Dat rechten kunnen overlappen betekent echter niet dat zij gezamenlijk kunnen worden getoetst op dezelfde manier. Er zijn dan ook wel degelijk zaken waarin de rechterlijke instantie de beginselen los toetst of maar één van de beginselen toetst.⁹⁶

Als gezegd kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie moeilijk worden afgeleid hoe de toetsing aan beide beginselen precies in zijn

giaire bij Stibbe – voor haar bijdrage aan deze paragraaf.
90 HvJ EU 16 december 1976, zaak C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), r.o. 5; HvJ EU 16 december 1976, zaak C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), r.o. 12-16.

91 Zie bijv. L.Y.M. Parret, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel', *NER* 2012/5, p. 157-168; M. Eliantonio & E. Muir, 'The Principle of Effectiveness; under Strain?', *ReaLaw* 2019/12, p. 255-265.

92 J. Krommendijk, 'Is there light on the horizon? On the distinction between Rewe-effectiveness and the principle of effective judicial protection in article 47 after Orrizone', *Common Market Law Review* 2016, p. 1395-1418.

93 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between "Rewe-Effectiveness" and Effective Judicial Protection', *REALaw* 2011/2, p. 40.

94 HvJ EU 21 september 1989, zaak C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*).

95 J. Krommendijk, 'Is there light on the horizon? On the distinction between Rewe-effectiveness and the principle of effective judicial protection in article 47 after Orrizone', *Common Market Law Review* 2016, p. 1406; HvJ EU 14 december 1995, zaak C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*).

96 In bijv. rb. Den Haag (zp's-Hertogenbosch) 22 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3776, beschouwt de rechtbank de twee beginselen wel als losstaand, evenals de Hoge Raad in HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:966.

werk had moeten gaan in dit individuele geval. Dit is in de literatuur dan ook vaak bekritiseerd. Krommendijk heeft een grote hoeveelheid Europese jurisprudentie op dit gebied bestudeerd en beschrijft in zijn artikel een smakenpalet van maar liefst tien smaken.⁹⁷ Parret sprak eerder, nog sterker uitgedrukt, over *‘een ongeleid projectiel’*.⁹⁸ Hoewel Widdershoven in 2016 in zijn annotatie onder het arrest *Toma* nog stelde dat het Hof nu eindelijk duidelijk had gemaakt *‘dat bij de beoordeling van een nationale regeling van rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken onderscheid moet worden gemaakt tussen de toetsing aan artikel 47 Handvest en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming enerzijds, en die aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid anderzijds’*,⁹⁹ lijkt die storm dus helaas nog steeds niet te zijn gaan liggen.¹⁰⁰

De Afdeling gaat in de 6 juli-uitspraak vooral in op de vraag of de rechtsgang bij de burgerlijke rechter doeltreffend is om tijdige besluitvorming af te dwingen in de asielprocedure. Toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel zou blijkens bovenstaande echter moeten neerkomen op de vraag of de effectuering van een aan het Unierecht ontleend recht onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt door nationale procesregels. De eerste vraag is of je kunt stellen dat de zinsnede uit de Procedurerichtlijn *‘[d]e lidstaten zorgen ervoor dat de behandelingsprocedure binnen zes maanden na de indiening van het verzoek wordt afgerond’* een ‘aan het unierecht ontleend recht’ is. Daarnaast is het de vraag of de constatering dat de gang naar de bestuursrechter doeltreffender is dan de gang naar de burgerlijke rechter en het schrappen van de procedure afdoet aan het nuttig effect

97 Krommendijk 2016, p. 1395-1418.

98 Parret 2012, p. 157-168.

99 HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, AB 2016/321.

100 Zie bijv. de annotatie van Van Zanten bij HvJ EU 21 november 2019, ECLI:EU:C:2019:1000.

van Europees recht (zoals de Afdeling doet), terecht kwalificeert als ‘onmogelijk of uiterst moeilijk’. Deze laatste toets is een hogere drempel. Bij de toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming dient te worden nagegaan of het ontbreken van een mogelijkheid tot het instellen van een beroep niet tijdig beslissen, de asielzoeker het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel ontzegt.¹⁰¹ De vraag is ten aanzien waarvan de asielzoeker een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel wordt ontzegd. Is dit ten aanzien van de gehele asielprocedure, dan is het wegvallen van een beroep niet tijdig beslissen niet in strijd met art. 47 Handvest; de asielzoeker kan immers in beroep tegen de beslissing op zijn aanvraag. Gaat het om een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen niet tijdig beslissen, dan kom je wel op strijd met art. 47 Handvest uit. Betoogd kan worden dat de Procedurerichtlijn een dergelijk recht op tijdige besluitvorming borgt, door een beslistermijn voor te schrijven. De eerste twee auteurs achten dit echter te vergaand, omdat de Procedure-richtlijn niet tevens voorschrijft dat een rechtsmiddel moet openstaan tegen niet tijdig beslissen. Bovendien geldt ook hier dat de gang naar de burgerlijke rechter nog openstaat.

Hoewel wij begrijpen dat de Afdeling de wetgever een spiegel wil voorhouden – de wetgever overwoog immers zelf dat de bestuursrechter geschikter was om over het vreemdelingenrecht te oordelen – levert dit onduidelijke overwegingen over het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming op.

6.4 Tussenconclusie kritiekpunten

Onze conclusie is dat de Afdeling in de 6 juli-uitspraak veel vragen onbeantwoord heeft gelaten die impliciet dan wel expliciet wel degelijk gesteld zijn, al dan niet in het kader van de Tijdelijke wet. Dit is een gemiste kans. De

101 Vgl. HvJ EU 28 juli 2011, zaak C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524 (*Samba Diouf*), r.o. 50.

rechtsontwikkeling blijft nu achter op drie punten die van wezenlijk belang zijn voor de rechtspraktijk. Drie vragen zijn onbeantwoord:

1. Vallen nationale regels gericht op de naleving van door het Unierecht opgelegde termijnen binnen de werkingssfeer van het Unierecht?
2. Wat is de vordering die vergeleken moet worden voor de toetsing van het gelijkwaardigheidsbeginsel?
3. Hoe dient de rechter nationale procedureregels aan het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming ex art. 47 Handvest te toetsen?

Het had ons goed geleken als de Afdeling uitgebreid had stilgestaan bij deze vragen of (één of meerdere van) de vragen naar Luxemburg had verwezen. Dit laatste is overigens geen nieuwe oproep.¹⁰²

7. Afsluiting – de gevolgen van de 6 juli-uitspraak

7.1 Voor het wetsvoorstel definitieve afschaffing dwangsommen in het vreemdelingenrecht

Op 22 december 2020 heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel ingediend tot definitieve afschaffing van alle dwangsommen in het hele vreemdelingenrecht. Het instellen van een beroep niet tijdig beslissen is nog mogelijk, maar er kunnen geen bestuurlijke of rechterlijke dwangsommen meer worden afgedwongen.¹⁰³ Het wetsvoorstel verruimt ook de termijn om te beslissen op een asielaanvraag. Op dit moment mag een beslistermijn op basis van de Vreemdelingenwet maximaal – na alle verlengingen – 18 maanden duren. Dit wordt verlengd naar de door de Procedurerichtlijn maximaal toegestane 21 maanden. Tot slot wordt een driemaandelijkse rapportageplicht opge-

legd aan de minister. Voor categorieën aanvragen die in het Vreemdelingenbesluit 2000 aangewezen worden – het is nog onbekend welke dit worden – moet aan de Staten-Generaal worden gerapporteerd in hoeverre binnen de wettelijke beslistermijn wordt beslist. De keuze voor het vastleggen van de categorieën aanvragen in een algemene maatregel van bestuur en niet in een wet in formele zin is ingegeven door de wens om flexibel te zijn in het bepalen van de categorieën, zo blijkt uit de toelichting.¹⁰⁴

De vraag is welke gevolgen de uitspraak van de Afdeling van 6 juli heeft voor het wetsvoorstel. De afschaffing van het beroep niet tijdig beslissen is niet terug te vinden in het nieuwe wetsvoorstel. In zoverre is het wetsvoorstel in overeenstemming met de Afdelingsuitspraak van 6 juli. De afschaffing van de rechterlijke dwangsom zal onzes inziens echter geen stand kunnen houden na de uitspraak van de Afdeling van 6 juli. Onzes inziens moet in navolging van de uitspraak van zittingsplaats Zwolle worden geoordeeld dat de afschaffing van de rechterlijke dwangsommen in dit wetsvoorstel in strijd is met wat de Afdeling heeft geoordeeld in haar uitspraak van 6 juli.¹⁰⁵ De rechtbank leidt uit die uitspraak namelijk af dat van een doeltreffend rechtsmiddel geen sprake is als slechts beroep kan worden ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit, maar de bestuursrechter geen mogelijkheid heeft aan de termijn die hij verweerder stelt om (alsnog) een besluit te nemen een dwangsom te verbinden. Dit oordeel lijkt de staatssecretaris, gelet op het informatiebericht SUA naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling, ook toegedaan.¹⁰⁶ Het lijkt er dan ook op dat het wetsvoorstel op dit punt zal worden aangepast en dwangsommen

102 M. Reneman, 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken om prejudiciële vragen', *JNVR* 2015/5.

103 Zie voor een gedetailleerde beschrijving Bex-Reimert 2021, p. 306-311.

104 *Kamerstukken II* 2020/21, 35749, nr. 3, p. 19-20.

105 Rb. Den Haag (zp Zwolle) 20 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7388, r.o. 3.

106 Informatiebericht SUA, IB 2022/64, Afdelingsuitspraak inzake de Tijdelijke wet dwangsom 2.

ex art. 8:55d en 8:72 lid 6 Awb niet langer buiten toepassing zullen worden gelaten.

Het wetsvoorstel bevat echter ook de uitsluiting van de bestuurlijke dwangsom. Welk oordeel de Afdeling daarover zal vellen is nog niet duidelijk. Binnenkort zullen we dit wel weten, nu hierover een procedure aanhangig is bij de Afdeling. Eerder hebben wij betoogd dat er geen strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel voor zover het gaat om de asielprocedure en het de procedures zijn die met elkaar moeten worden vergeleken. De wetgever heeft er echter voor gekozen de bestuurlijke dwangsom voor het gehele vreemdelingenrecht af te schaffen. De vraag is hoe een toets aan het vergelijkbaarheidsmodel dan uitpakt. Wij verwachten daar ook weinig problemen als de focus moet liggen op procedures – er zijn immers geen vergelijkbare procedures.¹⁰⁷ Dan blijft de vraag over of het afschaffen van de bestuurlijke dwangsom in strijd is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel. Betoogd kan worden dat de afschaffing van de bestuurlijke dwangsom geen invloed heeft op effectieve rechtsbescherming. Ook zonder de bestuurlijke dwangsom is de gang naar de rechter immers gewaarborgd. Ook maakt deze beperking de uitoefening van het Unierecht niet uiterst moeilijk of onmogelijk en dus is er geen strijd met het doeltreffendheidsbeginsel. Het lijkt er dan ook op dat het afschaffen van de bestuurlijke dwangsom wel houdbaar is in het licht van de waarborgen die het Unierecht biedt.

De staatssecretaris heeft in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd de Kamer na het reces te informeren over de gevolgen van deze uitspraak voor de uitvoering van de Tijdelijke

¹⁰⁷ Indien dit juist is, dan is het volledig uitsluiten van een rechtsgebied wel een effectieve manier om een mogelijke toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel te ontwijken.

wet en het aanhangige wetsvoorstel.¹⁰⁸ Mogelijk wacht de staatssecretaris momenteel het oordeel van de Afdeling over de bestuurlijke dwangsom af. Art. 5 van de Tijdelijke wet stelt dat, nu er een wetsvoorstel is ingediend, de Tijdelijke wet pas vervalt als het voorstel wordt ingetrokken of als het voorstel tot wet wordt verheven. Wordt het voorstel ingetrokken dan is de Tijdelijke wet, kortom, ook van tafel.¹⁰⁹

7.2 Voor tijdige besluitvorming – tijd voor een echte stok?

Wij hopen dat het wetsvoorstel geen stand houdt en dat de dwangsommen weer terugkeren in het asielrecht. Dit leidt dan waarschijnlijk weer tot financiële vergoedingen. Maar leidt dit ook tot tijdige beslissingen? Waarschijnlijk niet. Uiteindelijk is het natuurlijk de tijdige beslissing waar de asielzoeker en de Nederlandse staat het meest bij gebaat zijn, niet de milde financiële vergoeding die tegenover het eindeloze wachten wordt gezet. De mensonterende situaties in asielzoekerscentra liegen er niet om: hoe langer iemand in een centrum als Ter Apel moet verblijven, hoe groter de kans op psychische schade.¹¹⁰ Daarnaast leidt niet tijdige besluitvorming tot een verstopping in de gehele asielketen.

Wij geloven niet dat een herinvoering van de dwangsommenregeling in het asielrecht de achterstanden bij de IND zal oplossen. Ook vóór de invoering van de Tijdelijke wet, toen de bestuurlijke dwangsom in asielzaken nog wel

¹⁰⁸ Brief van 11 juli 2022, Uitspraak van de Afdeling over de Tijdelijke wet opschorting dwangsommen IND, kenmerk 4099049.

¹⁰⁹ Art. 4 lid 2 sub a Tijdelijke wet.

¹¹⁰ Luister over de gevolgen van het moeten doorlopen van een (te) lange procedure het interview met Tamar de Waal in *Spraakmakers* op NPO Radio 1 van 11 augustus 2022, 9:30-11:30, <https://www.nporadio1.nl/fragmenten/spraakmakers/5538c561-0132-4122-8e32-8ecbe88c5de3/2022-08-11-tamar-de-waal-over-het-inburgeren-van-asielzoekers>

van toepassing was, stonden de zaken er immers al erbarmelijk voor. De verwachting is ook niet dat de vluchtelingenstroom de komende tijd zal afnemen. De Afdeling oordeelde bovendien recent dat de IND vaker vreemdelingen moet horen in bezwaar, wat ook meer tijd in beslag zal nemen.¹¹¹

Biedt de stap naar de rechter dan de uitkomst? Recentelijk zag de rechtbank zich nog genoodzaakt zelf in de zaak te voorzien en de staatssecretaris op te dragen een verblijfsvergunning voor gezinshereniging toe te wijzen. Terugverwijzen van de beslissing naar de staatssecretaris – drie jaar na het indienen van een aanvraag om gezinshereniging – was volgens de rechtbank geen optie, omdat dit ‘naar de stellige overtuiging van de rechtbank (...) tot (ernstige) verdere schade [zou] kunnen leiden van de psychische situatie van referente die al zeer slecht is.’¹¹² Referente was een 21 jaar oude vrouw uit Syrië die wilde worden herenigd met haar moeder en halfbroertje. Hoewel de staatssecretaris hiertegen hoger beroep instelde werd dat hoger beroep binnen vier maanden na de rechtbankuitspraak door de Afdeling ongegrond verklaard.¹¹³ Het had de staatsraden duidelijk lang genoeg geduurd; en terecht. Hoewel de rechter en staatsraden hier een duidelijk signaal afgeven, zal ook dit de problemen niet oplossen. Als een zaak bij de rechter verschijnt is de termijn immers vaak al voldoende overschreden. De bestuursrechter kan in die situatie enkel een procedure die al te lang duurt, proberen niet nog langer te laten duren.

¹¹¹ ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1918. Zie ook ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2564, AB 2022/139, m.nt. Bex-Reimert.

¹¹² Rb. Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3679. Zie ook ABRvS 24 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:895, «JB» 2022/88, m.nt. Seijsener, «JV» 2022/135, m.nt. Bex-Reimert.

¹¹³ ABRvS 18 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2413.

Als we echt toe willen naar snellere besluitvorming, dan lijkt het wenselijk om zwaarder geschat te worden ter beschikking te hebben. Wat te denken van de *lex silencio positivo* in het vreemdelingenrecht? De *lex silencio positivo* – ook wel positieve fictieve beschikking – zorgt ervoor dat indien op bij wet aangewezen besluiten niet op tijd wordt beslist, hetgeen is aangevraagd van rechtswege wordt verleend.¹¹⁴ Dit is bijvoorbeeld mogelijk bij bepaalde omgevingsvergunningen. De preventieve werking van de *lex silencio positivo* is wel beschreven als ‘vrij sterk’ omdat men bang is dat er vergunningen worden verleend in strijd met het gevoerde beleid, hetgeen versnelling in de besluitvorming ten goede komt.¹¹⁵ Een dergelijk systeem kan echter ook nadelen hebben: asielvergunningen kunnen op deze manier immers ook ten onrechte automatisch worden verleend.

Het Europese *Deutsche Umwelthilfe*-arrest¹¹⁶ biedt een ander alternatief voor de uitbreiding van het bevoegdheidsarsenaal: als het nationale recht hierin voorziet dan bestaat er een verplichting voor de nationale rechter om tot lijfswang te gelasten van regeringsfunctionarissen in geval van niet-naleving van Europees recht.¹¹⁷ Het Nederlandse recht voorziet hierin

¹¹⁴ Par. 4.1.3.3 Awb.

¹¹⁵ R. Ortlep e.a., ‘De praktijk en werking van drie versnellingsinstrumenten uit de Awb’, *JBplus* 2014/11, p. 178.

¹¹⁶ Zie meer uitgebreid over dit arrest Outhuijse en Bothof 2021, p. 311-322, en HvJ EU 19 december 2019, zaak C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*).

¹¹⁷ Dit geldt enkel als andere instrumenten voor de doorwerking van Europees recht geen soelaas bieden, zoals het buiten toepassing laten van het nationale recht en de conforme interpretatie, en tevens dient aan enkele grondrechtelijke vereisten te worden voldaan. Aanleiding voor deze zaak was de aanhoudende weigering van een Duitse deelstaat om, ter uitvoering van Richtlijn (EG) nr. 2008/50 betreffende de luchtkwaliteit, de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de grenswaarden voor stikstofdioxide (NO₂) in Mün-

in art. 585 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Conform art. 587 Rv mag gijzeling als *ultimum remedium* door de rechter worden opgelegd. Het Nederlandse rechtssysteem bevat dus de mogelijkheid om premier Rutte, de staatssecretaris of een andere bewindspersoon een tijdje te gijzelen ter nakoming van een rechterlijke uitspraak.¹¹⁸ Een dergelijke sanctie moet wel concreet worden opgelegd in een rechterlijke uitspraak – de verplichting moet uitvoerbaar worden verklaard bij voorraad. Ook deze oplossing komt dus een stap te laat, de rechtzoekende is al bij de rechter. Maar er zal zonder twijfel een afschrikwekkende werking van uitgaan.

In de literatuur worden ook alternatieve mogelijkheden verkend voor structurele overheids-ongehoorzaamheid, als alternatief naast de toepassing van de gebruikelijke dwangsom. Zo noemt Marjan Peeters in haar annotatie bij het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest de optie om bestuurders tijdelijk (gedeeltelijk) te ontheffen uit hun functie, waarbij de rechter een zaak-waarnemer benoemt die de opgelegde maatregel neemt.¹¹⁹ Deze optie, die zijn oorsprong kent in het Amerikaanse recht, is enkel een

chen in acht werden genomen. De Freistaat Bayern was veroordeeld tot aanpassing van zijn actieplan voor de luchtkwaliteit voor München en is op straffe van een dwangsom veroordeeld om zijn verplichtingen na te komen. De aanpassing van het actieplan werd vervolgens meermaals geweigerd. In reactie hierop vorderde Deutsche Umwelthilfe niet alleen een nieuwe dwangsom van € 4000, maar ook oplegging van lijfswang jegens de minister van Milieu en Consumentenbescherming of de minister-president. Dit laatste werd afgewezen en leidde tot hoger beroep en de prejudiciële vraag aan het Europese Hof.

¹¹⁸Zie hierover ook T. Barkhuysen, 'Lijfswang tegen autoriteiten die weigeren milieumaatregelen te nemen', *NJB* 2020/123, afl. 2.

¹¹⁹HvJ EU 19 december 2019, zaak C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*), *M en R* 2020/21, m.nt. Peeters.

optie als de te nemen beslissing eenduidig is, geen bijzondere beleidsafwegingen vraagt en de juistheid ervan buiten kijf staat. Over deze genoemde alternatieven moet langer worden nagedacht.

Afsluitend wijzen wij op het volgende. Het is goed om op zoek te gaan naar juridische alternatieven voor de dwangsommenregeling om te zorgen dat ongehoorzame overheidsorganen wel tijdig besluiten nemen. Het is echter veel beter om op zoek te gaan naar de oorzaak van de vertraagde besluitvorming. De regering zou er goed aan doen om over te gaan tot structurele oplossingen, waaronder structurele financiering van de IND, zodat pieken binnen de organisatie kunnen worden opgevangen in plaats van structureel tot crisismanagement over te gaan. Crisismanagement is niet alleen ineffectief, het leidt ook tot slechte besluitvorming, zoals onder andere de Inspectie van J&V heeft geconstateerd bij de taskforce. Dit punt geldt niet alleen voor de IND: ook andere overheidsorganen zijn onderbemand waardoor tijdige beslissingen achterwege blijven. Voorbeelden hiervan gaven wij al in de inleiding. Voor het vreemdelingenrecht is het inmiddels dwalen met de kraan open. Wij hopen dat er snel een structurele oplossing komt, zodat de kraan kan worden gemaakt, en dat dit een waarschuwing is voor andere takken van het bestuursrecht waar de waterleiding op springen staat.

Over de auteurs

Mr. dr. A. (Annalies) Outhuijse
Advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht.

Mr. M.C. (Meike) Pakkert
Advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht.

Mr. dr. V.M. (Viola) Bex-Reimert
Universitair docent bestuursrecht bij de Universiteit Utrecht.

11. De privaatrechtelijk vormgegeven ROM's als doorgeefluik van publiek geld

De Wgr als publiekrechtelijk alternatief?

Prof. mr. J.E. van den Brink, mr. D.K. Jongkind, mr. V.A. van Waarde

Waar de regionale ontwikkelingsmaatschappijen ooit in het leven zijn geroepen om de regionale economische achterstanden weg te werken, verstrekken zij vandaag de dag aanzienlijke sommen publiek geld aan ondernemingen. Dit doen de ROM's in een privaatrechtelijk jasje. Worden de regionale ontwikkelingsmaatschappijen bij het verstrekken van leningen en garanties en het aangaan van deelnemingen publiekrechtelijk genormeerd? En zo nee, bestaat er een publiekrechtelijk alternatief?

1. Inleiding

Op 15 juli 2022 verscheen de meest recente evaluatie van het functioneren van de regionale ontwikkelingsmaatschappijen (hierna: 'ROM's'). Deze evaluatie vindt iedere vijf jaar plaats in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (hierna: 'het ministerie van EZK' of 'het ministerie').¹ De onderzoekers concluderen onder meer dat de ROM's een belangrijke uitvoeringspartner zijn op het vlak van financiering van het innovatieve MKB.² Zij bevelen om die reden het ministerie van EZK aan om te overwegen de ROM's een plek te geven in de uitvoering van grote nationale en Europese subsidieprogramma's.³ Of deze aanbeveling wordt overgenomen, moet worden afgewacht. Feit is wel dat met het van start gaan van ROM InWest op 8 oktober 2021 het netwerk van de ROM's landelijke dekking heeft.⁴ Dit betekent dat het voor het ministerie gemakkelijker wordt om de ROM's als uitvoeringsorganisatie breder in te zetten. Zo spelen de ROM's al een belangrijke rol bij de uitvoering van de coronasteunmaatregelen,

namelijk de Corona-Overbruggingslening (hierna: 'COL'). Met een subsidie van het ministerie van EZK verstrekten zij deze leningen aan *startups*, *scale-ups* en innovatieve MKB'ers die werden getroffen door de coronacrisis.⁵

Naar de ROM's is maar weinig juridisch onderzoek gedaan.⁶ Dit is opvallend omdat de ROM's aanzienlijke sommen publiek geld verstrekken

⁵ Coronaoverbruggingslening, raadpleegbaar via: rom-nederland.nl/corona-overbruggingslening/ en zie Techleap.nl en ROM Nederland, *COL Final Data report. A collective approach to supporting innovative entrepreneurs during COVID-19*, 2021. Zie over de COL ook J.E. van den Brink & M.J. Jacobs, 'De beschikking-ervangende subsidieovereenkomst: alive and kicking in de schemerzone van de Awb', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 15-28, p. 17-22.

⁶ De Ru en Damen besteden wel aandacht aan de ROM's in hun proefschriften. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid*, Nijmegen: Ars Aequi 1981 (diss. Utrecht), p. 103-107, en L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, Deventer: Kluwer 1987 (diss. Groningen), p. 203-213. Een recent voorbeeld waarin de ROM's als casusvoorbeeld worden gebruikt is Van den Brink & Jacobs 2021, p. 15-28, p. 17-22.

¹ Buck Consultants International, *Evaluatie ROM's 2016-2020 Eindrapport*, Nijmegen: 2022, p. 14.

² Buck Consultants International 2022, p. 10.

³ Buck Consultants International 2022, p. 10.

⁴ F. Gersdorf & M. Pols, 'Na corona heeft ook het rijke Noord-Holland een ontwikkelingsmaatschappij nodig', *FD* 5 september 2021.