

Uitspraak Uitgelicht

In deze rubriek een commentaar bij een actuele uitspraak.

Carolus Grütters – mr. dr. C.A.F.M. Grütters is research fellow, Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit, Nijmegen¹

ABRvS 17 januari 2024, 202305663/1/V2, NL:RVS:2024:32

Een onrechtmatig cadeautje voor de staatssecretaris

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de beëindiging van tijdelijke bescherming van derdelanders zonder permanent verblijfsrecht in Oekraïne, is volgens Carolus Grütters innerlijk tegenstrijdig en onrechtmatig. En volgens hem treedt de ABRvS buiten de omvang van het geding. Hij acht het verdedigbaar dat het verblijfsrecht van deze derdelanders ook na 4 maart a.s. eenvoudig voortduurt.

1. Inleiding

Direct na de inval van Rusland in Oekraïne op 24 februari 2022, activeerde de Europese Raad de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (TBRi).² Het daartoe strekkende Raadsbesluit³ formuleert in artikel 2 de doelgroep van de tijdelijke bescherming: (a) Oekraïners; (b) personen met een vluchtelingenstatus in Oekraïne; (c) andere personen met een *permanente* verblijfsvergunning in Oekraïne. Voor de categorieën (a) en (b) geldt dat de bescherming ook van toepassing is op hun familieleden. Daarnaast geldt voor categorie (c) de

restrictie dat het alleen geldt voor personen die niet in staat zijn om in veilige en duurzame omstandigheden naar het land terug te keren waar ze oorspronkelijk vandaan komen. Ten slotte is er nog een bijzondere vierde categorie: (d) personen die *geen permanente* verblijfsvergunning in Oekraïne hebben en die ook niet in staat zijn om in veilige en duurzame omstandigheden naar het land terug te keren waar ze oorspronkelijk vandaan komen. Personen uit deze laatste categorie (d) vallen alleen onder de TBRi indien een lidstaat heeft verklaard de TBRi ook op deze categorie toe te passen.⁴ Deze vierde en laatste categorie staat in artikel 2(3) van het raadsbesluit als toepassing van de facultatieve bepaling van artikel 7 TBRi.

Personen uit categorie (a), (b) en (c) vallen dus in iedere lidstaat onder de TBRi; die uit categorie (d) alleen indien

1 Met zeer veel dank aan Kees Groenendijk voor zijn scherpe opmerkingen bij eerdere versies. Eerder schreef advocaat Sjoerd Thelosen over de onderhavige uitspraak: <https://ap.lc/QbwXx>.

2 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, *Pb EG* 2001, L 212, p. 12.

3 Uitvoeringsbesluit (EU) 2022/382 van de Raad van 4 maart 2022 tot vaststelling van het bestaan van een massale toestroom van ontheemden uit Oekraïne in de zin van artikel 5 van Richtlijn 2001/55/EG, en tot invoering van tijdelijke bescherming naar aanleiding daarvan.

4

De 21 EU-lidstaten die de facultatieve bepaling van toepassing hebben verklaard zijn: België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Finland, Frankrijk, Ierland, Kroatië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slowakije, Slovenië, Spanje en Tsjechië (EUAA, *Providing Temporary Protection to Displaced Persons from Ukraine. A Year in Review*, March 2023, p. 13).

een lidstaat daartoe heeft besloten. Categorie (d) wordt ook wel korthedshalve aangeduid met *derdelanders* (zonder permanent verblijfsrecht).

In zijn Kamerbrief van 30 maart 2022 meldt de staatssecretaris uitdrukkelijk dat de TBRI ruimhartig zal worden toegepast.⁵ Daarnaast staat er in die brief:

‘Voorts heeft het kabinet ten aanzien van derdelanders besloten om af te zien van de toets of veilige en duurzame terugkeer naar het land of de regio van herkomst mogelijk is. Naar het oordeel van het kabinet zou het hier gaan om een toets die elementen van een asielbeoordeling in zich heeft. Het uitvoeren van die toets zou het asielproces alsnog kunnen belasten en past niet in de ruimhartige toepassing die het kabinet voor ogen heeft.’

Dat betekent, kort gezegd, dat zowel voor de derdelander uit categorie (c) als (d) geldt, dat er niet getoetst zal worden of deze veilig terug kan naar het land waarvan deze wel een paspoort heeft. De doelgroep is daardoor – in Nederland – heel ruim maar ook helder omschreven. Feitelijk verklaart de Nederlandse overheid dat de bescherming op iedereen van toepassing is, als die maar uit Oekraïne is gevlucht ten gevolge van de inval van Rusland.

Er valt nog veel meer te zeggen over de totstandkoming van de richtlijn en de deels onjuiste implementatie van de TBRI in de Nederlandse regelgeving.⁶ Het belangrijkste euvel is dat ontheemden in de Nederlandse vreemdelingenwet worden gezien en behandeld als asielzoekers waarvan het asielverzoek vooralsnog niet inhoudelijk wordt behandeld. Dat klopt niet omdat ontheemden hun verblijfsrecht direct aan de TBRI ontlenden. Voor de bespreking van de uitspraak van de ABRvS van 17 januari 2024 volstaat echter deze summere inleiding.⁷

2. Boevenstreken

Amper drie maanden na de verklaring van ruimhartigheid door de staatssecretaris, doen geruchten de ronde dat er misbruik wordt gemaakt van de voorzieningen die beschikbaar zijn voor de ontheemden uit Oekraïne, door mensen die helemaal niet uit Oekraïne komen, laat staan dat ze zijn gevlucht vanwege de inval door Rusland. Los van de vraag of dit juist is, reageert de politiek luidruchtig en resoluut. In een Tweede Kamermotie wordt de regering gevraagd om de doelgroep in te perken waarbij met name wordt gewezen op categorie (d): derdelanders met een tijdelijk verblijfsrecht in Oekraïne.⁸ Die zouden alleen nog bescherming geboden moeten worden indien daartoe voldoende noodzaak bestaat. Gesteld wordt dat de meesten van deze derdelanders gewoon terug kunnen naar het land waarvan ze (wel) een paspoort hebben.

In mijn artikel in *A&MR* van begin 2023 beschrijf ik de juridische boevenstreken die het Ministerie van Justitie en Veiligheid vervolgens uithaalt.⁹ Te midden van alle verwarring onder de in Nederland verblijvende derdelanders (zonder permanente verblijfsvergunning in Oekraïne), wordt geleidelijk aan duidelijk dat de staatssecretaris probeert om personen die tot categorie (d) behoren met terugwerkende kracht de bescherming op grond van de TBRI te ontzeggen. Hiertoe wordt tijdens het Kamerreces een nieuw artikel 3.9a VV (Voorschrift Vreemdelingen) ingevoerd dat met terugwerkende kracht geldig is vanaf het moment van de Russische inval (4 maart 2022).¹⁰ De bedoeling daarvan is: (1) het niet meer toelaten van nieuwe gevallen, en (2) het beperken van de looptijd van de bescherming op grond van de TBRI van ‘oude’ gevallen. Dat eerste is mogelijk.¹¹ Het tweede echter niet. De looptijd van de TBRI is geregeld in artikel 4 van de richtlijn zelf en de staatssecretaris heeft niet de bevoegdheid om die looptijd zelfstandig in te korten. Daar denkt de staatssecretaris echter anders over. En het is precies die bevoegdheid die centraal staat in de onderhavige uitspraak.

Terwijl de werking van de TBRI na het eerste jaar automatisch¹² met zes maanden wordt verlengd van 4 maart 2023 tot 4 september 2023, en vervolgens nogmaals met zes maanden tot 4 maart 2024, bericht de staatssecretaris op 24 november 2022 aan de derdelanders uit categorie (d) dat hun tijdelijke bescherming eindigt op 4 maart 2023.¹³ Kort daarop (10 februari 2023) wordt die beëindigingsdatum weer gewijzigd, nu in 4 september 2023.¹⁴ De onduidelijkheid die dit oproept, zorgt onder meer voor een aantal rechtszaken waarbij de vreemdelingenrechter wordt gevraagd zich uit te spreken over de rechtmatigheid van de handelwijze van de staatssecretaris. Tien van deze zaken worden als pilot door zes verschillende vreemdelingenkamers (Den Bosch, Rotterdam, Roermond, Amsterdam, Haarlem en Utrecht) tussen 14 juli en 7 september 2023 op zitting behandeld.¹⁵ Deze pilot-zaken verschillen op individueel niveau en variëren van een student die pas een paar maanden in Oekraïne studeerde, tot de directeur-eigenaar van een bedrijf die al enkele decennia in Oekraïne woonde en werkte.¹⁶ De centrale vraag is echter dezelfde: heeft de staatssecretaris de zelfstandige bevoegdheid om de tijdelijke bescherming van deze derdelanders te beëindigen?

De afspraak was om na de uitspraken in de pilotzaken zo snel mogelijk hoger beroep in te doen laten stellen en al

5 Brief van de Staatssecretaris van J&V, 30 maart 2022, *TK* 19367, 2839.

6 Wet van 16 december 2004 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ten implementatie van richtlijn nr. 2001/55, *Stb* 2004/691 28 december 2004, *Kamerstukken I & II*, 29031.

7 Zie nader: Karina Franssen (2011), *Tijdelijke Bescherming van asielzoekers in de EU*, diss. Nijmegen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Karina Franssen (2016), ‘Richtlijn tijdelijke bescherming. Een vergeten richtlijn’, *A&MR* 2016-6/7, p. 322-327. Carolus Grütters (2023), ‘Beëindiging Tijdelijke Bescherming van ontheemden die in Oekraïne tijdelijk verblijfsrecht hadden is onrechtmatig’, *A&MR* 2023-2, p. 81-87.

8 Motie van de leden Slootweg en Brekelmans, *TK* 19367, 2925, 7 juli 2022. De motie wordt verworpen.

9 Zie noot 7. De kwalificatie ‘juridische boevenstreek’ is bedacht door de eminente staatsrechtgeleerde Tijn Kortmann: C.A.J.M. Kortmann (2000), ‘De ontwerp-wetgever op drift’, *NJB* 2000, p. 1672.

10 179e wijziging Voorschrift Vreemdelingen, *Stcr.* 2022, nr. 22623, 17 augustus 2022.

11 De implementatie daarvan was echter onjuist omdat de inwerkingtreding was vastgesteld op een datum nog vóór publicatie in de *Staatscourant*, *Stcr.* 2022, nr. 22623, 25 aug. 2022.

12 Art. 4(1) TBRI.

13 Zie: <https://ap.lc/XKWJS>.

14 Zie: <https://ap.lc/HbJll>.

15 Zie <https://ap.lc/BwBiU> voor een overzicht van al deze zaken, zittingsplaatsen, rechters, advocaten en uitkomsten. Oorspronkelijk waren er 12 zaken voor deze pilot geselecteerd. De Vreemdelingenkamer Breda kwam er kennelijk zelf niet uit, en verklaarde dat hun 2 pilot-zaken zouden worden aangehouden tot de ABRvS uitspraak in hoger beroep zou hebben gedaan.

16 Vooral voor de al wat langer verblijvende derdelanders in Oekraïne, geldt dat zij geen aanleiding zagen op een dure permanente verblijfsvergunning aan te vragen terwijl

die hoger beroepen (zowel van de vreemdelingen als van de staatssecretaris) vervolgens gezamenlijk op één zitting te behandelen.¹⁷ En zo geschiedde. De vreemdelingenkamers deden uitspraak tussen 9 augustus en 21 september 2023. Zij oordeelden verschillend over de centrale vraag of de staatssecretaris de gestelde bevoegdheid had.¹⁸ De ABRvS behandelde vervolgens op zitting drie hoger beroepen op maandag 23 oktober 2023.

Heeft de staatssecretaris de zelfstandige bevoegdheid om de tijdelijke bescherming van deze derdelanders te beëindigen?

Voorafgaand aan deze behandeling trof de ABRvS op 1 september ('s avonds om 22:00 uur) een voorlopige voorziening in één van de pilotzaken, waarvan de strekking was dat de derdelander moest worden behandeld alsof het recht op tijdelijke bescherming op grond van de TBRI en het daarop gebaseerde Uitvoeringsbesluit, op hem van toepassing bleef.¹⁹ Het gevolg daarvan was dat de staatssecretaris op zaterdag 2 september 2023 een email stuurde aan alle burgemeesters waarin deze meldt dat hij besloten heeft om: 'voor de gehele groep derdelanders de beëindiging van de tijdelijke bescherming onder de RTB te bevriezen tot de uitspraak in het hoger beroep door de RvS is gedaan'.²⁰ Formeel weten de derdelanders dan nog van niets. Zij worden pas per brief van 6 september 2023 ingelicht dat zij, tot aan de uitspraak in hoger beroep: 'tijdelijk gebruik kunnen blijven maken van de rechten die u had onder TBRI'.²¹

3. De uitspraak

Alhoewel er in alle tien pilot-zaken hoger beroep is ingesteld, selecteerde de ABRvS drie zaken om op de zitting van 23 oktober 2023 te behandelen.²² De uitspraak van de ABRvS in het hoger beroep tegen de uitspraak van de VK Rotterdam is het meest uitgebreid gemotiveerd.²³ Ik vind die uitspraak echter problematisch. De uitspraak bestaat uit twee onderdelen. Allereerst geeft de ABRvS een antwoord op de vraag of de staatssecretaris de bevoegdheid heeft om de bescherming op grond van de TBRI van derdelanders met een tijdelijke verblijfsvergunning in Oekraïne, te beëindigen. Dat antwoord is helder en goed gemotiveerd: nee, die bevoegdheid heeft de staatssecretaris niet. De duur van de tijdelijke bescherming (r.o. 8.2 – 8.6) is in artikel 4 van de TBRI geregeld en de tekst van de richtlijn biedt (ook in artikel 7) 'geen aanknopingspunten'

(r.o. 8.5) voor het daarmee in strijd zijnde standpunt dat de bescherming op grond van de TBRI door staatssecretaris op ieder willekeurig moment via het nationale recht kan worden beëindigd.²⁴ Deze heldere uiteenzetting van het Unierecht door de ABRvS verdient een serieuze bestudering door de vreemdelingenrechters van de rechtbanken (r.o. 8.6-8.7).²⁵

Daarmee was – zo dacht ik – de kous af. Niet dus. De ABRvS formuleert namelijk aansluitend, in het tweede deel van de uitspraak (vanaf r.o. 9), een antwoord op een door *geen van de partijen opgeworpen vraag* aan de hand van de interpretatie van een voetnoot in de toelichting op het voorstel van de Europese Commissie om de TBRI tot maart 2025 te verlengen. Noch dat verlengingsbesluit van de Raad, noch het voorstel van de Europese Commissie is ter sprake geweest op zitting bij de ABRvS: dat kon ook niet omdat het pas de dag na de zitting in het publicatieblad is gepubliceerd.²⁶ Desalniettemin verbindt de ABRvS aan die voetnoot vergaande conclusies.

Deze overweging ten overvloede is om verschillende redenen problematisch, in strijd met de Algemene wet bestuursrecht, in tegenspraak met het verlengingsbesluit van de Raad en met het voorstel daartoe van de Europese Commissie.

4. Onjuiste conclusie

De ABRvS concludeert in het tweede deel van de uitspraak (vanaf r.o. 9) dat de bescherming van de derdelanders zonder permanente verblijfsvergunning (categorie (d)) op grond van de TBRI *van rechtswege* eindigt op 4 maart 2024 (r.o. 9.6). Dat is niet alleen een onjuiste conclusie, maar bovenal treedt de ABRvS hierdoor buiten de omvang van het geding (art. 8:69 Awb).

De ABRvS redeneert, met betrekking tot het einde van de tijdelijke bescherming op grond van de TBRI, als volgt. De strekking is dat artikel 4(1) TBRI een automatische beschrijft waarmee de werking van de TBRI na één jaar automatisch tweemaal met 6 maanden wordt verlengd, tenzij de Raad besluit dat de werking van de TBRI wordt beëindigd. Tot zover akkoord. Vervolgens komt de ABRvS met artikel 4(2) TBRI waarin staat dat (na de periode van in totaal 2 jaar volgens artikel 4(1) TBRI), er een besluit nodig is om de tijdelijke bescherming met maximaal één jaar te verlengen (dat gaat dus over de periode maart 2024 – maart 2025). De inhoud van dat verlengingsbesluit is glashelder. In artikel 1 staat: 'De tijdelijke bescherming die wordt verleend aan ontheemden uit Oekraïne als bedoeld in artikel 2 van Uitvoeringsbesluit (EU) 2022/382, wordt met één jaar verlengd tot en met 4 maart 2025.' En in het tweede en laatste artikel staat dat het besluit in werking treedt twintig dagen na publicatie, dat wil zeggen 13 november 2023. Desalniettemin meent de ABRvS dat de frase 'de tijdelijke bescherming die wordt verleend aan ontheemden uit Oekraïne (...) wordt met één jaar verlengd', een restrictie van de doelgroep bevat. Ik zie het niet: er staat toch duidelijk dat *de* bescherming van ontheemden 'als bedoeld in artikel

17 Afspraak was het resultaat van overleg tussen: NOvA, Vluchtelingenwerk, Raad voor Rechtsbijstand, Juridisch Loket en enkele vreemdelingenrechtadvocaten. Ashley Terlouw (2023), 'Lessen uit de Pilot derdelanders zonder permanent verblijfsrecht in Oekraïne', *A&MR* 2023-10, p. 484-494.

18 De VK Den Bosch, Rotterdam en Utrecht oordeelden dat de staatssecretaris deze bevoegdheid wel heeft. De VK Roermond, Amsterdam en Haarlem oordeelden dat de staatssecretaris deze bevoegdheid niet heeft.

19 ABRvS vnr 1 september 2023, 202305663/2/V2, NL:RVSL:2023:3349. Deze vovo was gevraagd na de ongegrondverklaring van het beroep door de vreemdelingenkamer Rotterdam op 9 augustus 2023.

20 Bijlage bij brief van de staatssecretaris J&V 2 sep. 2023, 4881425 (vovo), <https://ap.lc/yZBBS>. Opmerkelijk is overigens dat de beroepstermijn hetzelfde bleef.

21 Brief aan derdelanders 6 sep 2023, <https://ap.lc/pVZJo>.

22 Naast de onderhavige zaak ook: ABRvS 17 jan. 2024, 202305668/1/V2, NL:RVS:2024:33, en ABRvS 17 jan. 2024, 202305793/1/V2, NL:RVS:2024:34.

23 In de twee andere zaken (hoger beroep van VK Roermond, NL:RVS:2024:34 en die van VK Den Bosch, NL:RVS:2024:33) verwijst de ABRvS naar de eerste uitspraak.

24 Dit standpunt is te vinden in de uitspraak van de VK Rotterdam 9 augustus 2023, NL:RBDHA:2023:11897, r.o. 6.6; *JV* 2023/191 m.nt. Groenendijk.

25 Met name die van Den Bosch, Rotterdam en Utrecht. Die rechters oordeelden namelijk nogal afwijkend over de betekenis en de prioriteit van het Unierecht.

26 Uitvoeringsbesluit (EU) van de Raad, 2023/2409, van 19 oktober 2023, PbEU 24 oktober 2023,

z' wordt verlengd; en in artikel 2 worden *alle* mogelijke categorieën opgesomd, inclusief de ter discussie staande d-categorie. Ter ondersteuning van deze conclusie verwijst de ABRvS (in r.o. 9.4) naar de toelichting op het voorstel van de Europese Commissie waarin de tijdelijke bescherming (zoals vastgesteld in het Uitvoeringsbesluit van 2022²⁷) wordt verlengd.²⁸

In die toelichting staat in een voetnoot een opsomming van de categorieën (a), (b) en (c) waarvoor de TBRI in ieder geval geldt. Begrijpelijk, omdat de toepassing van de facultatieve bepaling en daarmee een mogelijke uitbreiding van de doelgroep met categorie (d) afhankelijk is van de lidstaten. Maar als die eenmaal besloten hebben om de categorie wel onder de TBRI te laten vallen, dan geldt *de* bescherming van *de* TBRI voor al die categorieën. Dat heeft de ABRvS (in r.o. 8.4) nu net geconstateerd bij de beantwoording van de bevoegdheidsvraag.

De ABRvS meent echter uit deze voetnootopsomming – waarin categorie (d) ontbreekt – *a contrario* te mogen afleiden dat de Commissie heeft bedoeld om de *verlenging* uitdrukkelijk te beperken tot de eerste drie categorieën en niet te laten gelden voor de vierde categorie. Deze onderbouwing is mijns inziens ondeugdelijk. In het gehele voorstel van de Commissie wordt met geen woord gerept over een inperking van de doelgroep of over het uitsluiten van de derdelanders zonder permanent verblijfsrecht in Oekraïne. Ook in het Verlengingsbesluit van de Raad wordt dat onderscheid niet gemaakt en wordt slechts verwezen naar *de* bescherming van *de* ontheemden zonder enige restrictie.

De ABRvS leidt uit een voetnoot in de toelichting op het verlengingsvoorstel van de Commissie *a contrario* af dat de Commissie de verlenging niet op alle categorieën van ontheemden wilde toepassen.

In het eerste deel van de uitspraak maakte de ABRvS nog duidelijk dat degenen die tot categorie (d) behoren en zich vóór 19 juli in een gemeente hadden gemeld, volledig onder de werking van de TBRI vallen. Dat zijn dus de *oude* gevallen. Degenen die zich daarna (na 19 juli 2022) in een gemeente hebben gemeld met het verzoek om onder de bescherming van de TBRI te vallen, terwijl zij geen permanent verblijfsrecht in Oekraïne hadden, zijn de *nieuwe* gevallen. Die nieuwe gevallen zijn door de staatssecretaris uitgesloten van de TBRI. De rechtszaken gaan allemaal over oude gevallen.

Dat onderscheid is relevant, maar in r.o. 9.3 en 9.4 verliest de ABRvS dat onderscheid uit het oog. Er wordt uitsluitend nog verwezen naar 'derdelanders' zonder onderscheid te maken tussen oude en nieuwe gevallen. Terwijl de oude gevallen *volledig* onder de TBRI vallen en de nieuwe dus niet. In r.o. 8.9, 8.10 en 9 concludeert de ABRvS dat er een onderscheid is tussen de oude en de nieuwe gevallen. In r.o. 9.4 e.v. is dat onderscheid als sneeuw voor de zon verdwenen

en worden alle gevallen – oud en nieuw – uitgesloten van de TBRI terwijl dat onderscheid eerder wel van belang was. Dat impliceert – volgens de ABRvS (r.o. 9.5) – dat de bescherming op grond van de TBRI voor deze categorie *van rechtswege* eindigt op 4 maart 2024.

Deze conclusie van de ABRvS dat de tijdelijke bescherming *van rechtswege* eindigt (r.o. 13) is in strijd met paragraaf 2 van de toelichting in het eerdergenoemde voorstel van de Europese Commissie. In die paragraaf, getiteld 'Rechtsgrondslag, subsidiariteit en evenredigheid', staat onder het kopje 'Evenredigheid' het volgende:

'Overeenkomstig het in artikel 5(4) van het Verdrag betreffende de EU neergelegde evenredigheidsbeginsel voorziet het voorgestelde uitvoeringsbesluit van de Raad in een verlenging van de tijdelijke bescherming voor de beperkte periode, d.w.z. met één jaar voor de specifieke groep personen waarop het reeds van toepassing is.'

Hier staat toch glashelder dat *de* bescherming met een jaar verlengd zal worden voor die groep van mensen *waarop het reeds van toepassing is*. Daar vallen in Nederland dus ook de zogenoemde 'oude gevallen' onder van derdelanders zonder permanent verblijfsrecht in Oekraïne.

Iets verder staat in paragraaf 3 van datzelfde document dat, in de besprekingen die de Europese Commissie heeft gevoerd over de verlenging van de tijdelijke bescherming in het Solidariteitsplatform:

'de lidstaten unaniem aangeven dat de tijdelijke bescherming met nog een jaar moet worden verlengd om de gemeenschappelijke Europese respons te handhaven, de begunstigden duidelijkheid te verschaffen en de lidstaten in staat te stellen op nationaal niveau de nodige administratieve en juridische stappen te ondernemen (zoals het verlengen van verblijfsvergunningen).'²⁹

Een ander argument tegen de redenering van de ABRvS staat in de considerans van het Verlengingsbesluit zelf. In overweging (7) staat:

'Een verlenging van de tijdelijke bescherming is derhalve noodzakelijk om de situatie aan te pakken van personen die momenteel tijdelijke bescherming genieten in de Unie of die vanaf 4 maart 2024 een dergelijke bescherming nodig zullen hebben, aangezien hierdoor wordt voorzien in onmiddellijke bescherming en toegang tot een geharmoniseerd pakket rechten, terwijl de formaliteiten bij een massale toestroom naar de Unie tot een minimum worden beperkt. De verlenging van de tijdelijke bescherming zal er ook toe bijdragen dat de asielsystemen van de lidstaten niet worden overspoeld door een aanzienlijke toename van het aantal verzoeken om internationale bescherming dat kan worden ingediend door personen die tijdelijke bescherming genieten tot en met 4 maart 2024, indien de tijdelijke bescherming tegen die tijd zou worden stopgezet, of door personen die de oorlog in Oekraïne ontvluchten en na die datum en vóór 4 maart 2025 in de Unie aankomen.'

27 Zie voetnoot 2.

28 Voorstel voor een Uitvoeringsbesluit van de Raad tot verlenging van de tijdelijke bescherming zoals ingevoerd bij Uitvoeringsbesluit (EU) 2022/382, COM(2023) 546 final.

29 Zie: <https://ap.lc/pFgHt>. Saillant detail is dat ook hier weer wordt bevestigd dat ontheemden direct aan de Beschermingsrichtlijn een verblijfsrecht ontleen en dat dit geformaliseerd dient te zijn in een verblijfsvergunning. En niet, zoals in artikel 1 van de Nederlandse Vreemdelingenwet is geregeld, dat ontheemden (alleen) rechtmatig verblijf hebben omdat zij worden beschouwd als vreemdelingen die een asielverzoek hebben ingediend.

De strekking van deze overweging is helder: de bescherming van personen die momenteel tijdelijke bescherming genieten moet worden verlengd. En voor zover er nog twijfel zou kunnen bestaan over de omvang van de doelgroep staat in overweging (8) van de considerans: ‘de tijdelijke bescherming voor de in het Uitvoeringsbesluit bedoelde categorieën ontheemden moet worden verlengd.’ En het Uitvoeringsbesluit vermeldt alle vier de categorieën, inclusief die van categorie (d).

Bovendien zou het beëindigen van de tijdelijke bescherming van (alleen al in Nederland) 2700 ontheemden zonder daar in het betreffende besluit met ook maar één woord melding te maken, toch moeilijk te rijmen zijn met het kenbaarheidsvereiste als element van het rechtszekerheidsbeginsel. Dat algemene rechtsbeginsel geldt niet alleen bij het toepassen van het Unierecht door lidstaten, maar eveneens bij het maken van uitvoeringsregels door de Raad. Ook dat maakt die lezing van de ABRvS niet aannemelijk.

5. Buiten de omvang van het geding

In het bestuursrecht staat het besluit (in dit geval van de staatssecretaris) centraal. Beroep op de rechtbank wordt ingesteld tegen dat besluit en een hoger beroep is gericht tegen de uitspraak van de rechtbank. De ABRvS dient zich derhalve te beperken tot de uitspraak van de rechtbank en wat daaromtrent is aangevoerd in grieven en op zitting – en niet daarna; of wat in de politieke discussie is aangevoerd over de derdelanders. Ik zou willen stellen dat met deze interpretatie door de ABRvS van een nog niet gepubliceerd stuk over een in hoger beroep niet ter discussie staand onderwerp, de ABRvS buiten de omvang van het geding is getreden (art. 8:69 Awb). Het onderzoek ter zitting is namelijk op 23 oktober 2023 gesloten. Stukken die daarna pas zijn gepubliceerd, zoals het verlengingsbesluit dat is bekendgemaakt op 24 oktober 2023, kunnen dan helemaal geen rol spelen, tenzij het onderzoek wordt heropend en hoor en wederhoor van partijen wordt toegepast. En dat laatste is niet gebeurd. De ABRvS heeft zich wellicht laten leiden door de datum waarop de Raad het besluit tot verlenging heeft genomen: 19 oktober 2023. Die datum is echter niet relevant: wel van belang is de datum waarop het besluit is bekendgemaakt en dat is op 24 oktober 2023; daags na de sluiting van het onderzoek. Maar dan nog: de specifieke eigenschappen van het verlengingsbesluit zijn op geen enkel moment ter sprake gebracht in deze zaak.

Het hoger beroep had zich dus moeten beperken tot de vraag of de staatssecretaris de bevoegdheid had om de tijdelijke bescherming van de bewuste derdelanders te beëindigen.

6. Cadeautje

Ik krijg de indruk dat de ABRvS met deze uitspraak meer heeft willen doen dan strikt noodzakelijk is. De Afdeling heeft weliswaar de bevoegdheidsvraag (negatief) beantwoordt, maar deed ook een politiek welkome handreiking aan de staatssecretaris. Dat eerste is precies waarvoor de ABRvS in het leven is geroepen: als hoogste bestuursrechter een juridisch geschil beslechten en rechtseenheid scheppen indien vreemdelingenrechtlers verschillend oordelen over dezelfde vraag. Maar het tweede is een poging om de staatssecretaris de helpende hand te bieden: de ontheemde

derdelanders hadden en hebben rechtmatig verblijf op grond van de TBRi, maar hun opvang kan op korte termijn (toch) worden beëindigd. Mijns inziens is dat ongepast. Een overweging ten overvloede die gebaseerd is op een ‘te laat’ document en voorzien wordt van een redenering die in tegenspraak is met het eerste deel van de uitspraak over een niet bediscussieerd onderwerp, hoort niet thuis in een uitspraak van de hoogste vreemdelingenrechter.

Daarnaast komt de overweging ten overvloede helemaal niet in het dictum voor. Het dictum stelt slechts dat de staatssecretaris *niet* bevoegd was om de tijdelijke bescherming van de derdelanders te beëindigen. De overweging ten overvloede (in r.o. 13) dat de bescherming wel op 4 maart 2024 van rechtswege eindigt, heeft juridisch geen effect: het beslist niets in bindende zin. Formeel betekent dit dat deze overweging geen betekenis heeft anders dan dat de ABRvS een standpunt kenbaar maakt.³⁰

Een overweging ten overvloede die gebaseerd is op een ‘te laat’ document en voorzien wordt van een redenering die in tegenspraak is met het eerste deel van de uitspraak over een niet bediscussieerd onderwerp, hoort niet thuis in een uitspraak van de hoogste vreemdelingenrechter.

Deze overweging ten overvloede is letterlijk een *obiter dictum*. Deze past ook niet in de ‘eigen’ richtlijnen van de ABRvS over de motivering bij rechtsvorming.³¹ De bestuursrechter, zo schrijft de Raad van State zelf:

‘doet ingevolge artikel 8:69, eerste lid, Awb uitspraak op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil zoals door de indiener van het beroepschrift – en mogelijk derde-partijen – aan hem is voorgelegd. De rechter treedt alleen ambtshalve buiten deze omvang van het geschil, indien het gaat om de toetsing aan voorschriften van openbare orde. Tot op heden zijn als zodanig slechts aangemerkt voorschriften die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van de indiener van het bezwaar of beroepschrift en de bevoegdheid van bestuur en rechter.’

In de onderhavige uitspraak is van een dergelijke toetsing echter geen sprake en dus is er geen bevoegdheid om ambtshalve buiten de omvang het geding te treden. Dat is echter wel gebeurd; de vraag naar de betekenis van het verlengingsbesluit van de Raad stond noch in de stukken noch op zitting ter discussie. De betekenis die de ABRvS toekent aan de voetnoot in de toelichting op de tekst van het voorstel van dit besluit is onaannemelijk. Het tweede deel van de uitspraak ontkracht de heldere analyse van het Unierecht in het eerste deel van de uitspraak. Het resultaat is, mijns inziens, dat de uitspraak niet deugt.

30 Daarbij dient te worden opgemerkt dat de bestuursrechter ook geen declaratoire uitspraken kan doen.

31 J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen (2009), *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009, p.48. Zie ook het Sdu Commentaar bij artikel 8:69 Awb

7. Onjuiste verbetering van gronden

In hoger beroep werd, naast de uitspraak van de VK Rotterdam, ook die van de VK Den Bosch en die van de VK Roermond behandeld.³² Vooral de uitspraak in hoger beroep van de zaak die door de VK Roermond was beslist, verdient nadere bestudering. De ABRvS overweegt namelijk (in r.o. 1) dat de ABRvS in de Rotterdamse zaak (die zo uitgebreid is gemotiveerd) heeft *geoordeeld* dat de staatssecretaris niet de bevoegdheid had om de tijdelijke bescherming te beëindigen. En vervolgens staat er in r.o. 2 dat de ABRvS ‘ook geoordeeld heeft dat de tijdelijke bescherming van de onder 1 genoemde derdelanders op grond van de TBRI van rechtswege eindigt op 4 maart 2024 (r.o. 9-9.6).’ En vervolgens oordeelt de ABRvS dat de uitspraak van de rechtbank (die de staatssecretaris ongelijk had gegeven) wordt bevestigd ‘met verbetering van de grond waarop zij rust’.

Dit oordeel (uit de Rotterdamse hoger beroepszaak) is allereerst *geen oordeel* omdat het *niet* in het dictum staat: het maakt derhalve geen onderdeel uit van de uitspraak, dat wil zeggen van hetgeen bindend is. Daarnaast is de verbetering van de gronden in strijd met de eerdere, mijns inziens wel correcte conclusie van de ABRvS, dat de TBRI voor alle ontheemden geldt. Volstaan had moeten worden met het bevestigen van het duidelijke oordeel van de VK Roermond.

8. Wat nu?

Twee van de pilotzaken zijn door de VK Breda aangehouden. De rechtbank zou in die zaken een prejudiciële vraag kunnen stellen over de juistheid van de interpretatie door de ABRvS van het verlengingsbesluit. Maar een dergelijke vraag valt niet in de categorie ‘spoedeisend’ en zal dus door Luxemburg niet in een spoedprocedure (PPU) worden beantwoord. En hoogstwaarschijnlijk is een antwoord op die prejudiciële vraag ofwel te laat, dan wel niet meer relevant.

Als mijn zojuist gegeven analyse van de uitspraak van de ABRvS echter juist is, dan is het ook goed verdedigbaar dat het obiter dictum van de Afdeling, niet relevant is, juist omdat het een overweging ten overvloede is en bovendien niet in het dictum zelf staat. Met andere woorden, de mededeling dat de ABRvS vindt dat het verblijfsrecht van categorie (d) *van rechtswege eindigt*, is loos en heeft geen rechtsgevolg.

Het resultaat daarvan is dat het zeer goed verdedigbaar is dat deze uitspraak niets afdoet aan het Unierechtelijke verblijfsrecht dat deze derdelanders hebben. En deze derdelanders hebben, volgens mij, op grond van art. 1 van het Verlengingsbesluit, ook na 4 maart 2024 nog steeds dat verblijfsrecht. ◀

32 Zie voetnoot 22.