

Rechtbank Den Haag, locatie Den Haag
Zaak- en rolnummer: C/09/519360/HA ZA 16/1136
Zitting: 24 augustus 2017

PLEITAANTEKENINGEN

inzake:

1. **DE HEER X**,
wonend in Y
2. **DE VERENIGING MET VOLLEDIGE RECHTSBEVOEGDHEID
NEDERLANDS JURISTEN COMITÉ VOOR DE
MENSENRECHTEN**
gevestigd in Leiden

eisers,

procesadvocaat: mr. T.M. Snoep

behandelend advocaten: mr. T.M. Snoep, mr. L. Di Bella, mr A.M. van
Eik en mr. J. Klaas

tegen:

1. **DE STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VEILIGHEID
EN JUSTITIE)**
zetel houdend in Den Haag

Gedaagde,

procesadvocaat: mr. E.C. Pietermaat

1 INLEIDING

1. Deze zaak roept verschillende juridische vragen op die door ons en door de Staat al uitgebreid zijn behandeld in de dagvaarding en de conclusie van antwoord. En die vragen zullen uiteraard ook tijdens de comparitie ter sprake komen. Maar door de nadruk op die juridische vragen dreigt het zicht verloren te gaan op het grote menselijk leed dat achter die vragen schuil gaat. Het is dat menselijke leed dat ook zo veel mensen op de been brengt om zich in te zetten voor mensen als de heer X en waarvan sommigen hier vandaag aanwezig zijn.
2. Om dat menselijke leed een gezicht te geven, zullen wij voordat Laura Di Bella zal ingaan op het verweer van de Staat dat het 1F oordeel ten aanzien van de heer X al onherroepelijk vaststaat en voordat Jelle Klaas de ontvankelijkheid van het NJCM aanstipt, eerst een korte videoboodschap van de heer X tonen. De heer X kan die boodschap helaas alleen per video geven en niet in persoon. Wanneer hij naar Nederland zou afreizen, loopt hij het risico dat hij daarna niet meer kan terugkeren naar Duitsland en in Nederland in bewaring wordt gesteld. Direct volgend op de videoboodschap zal Marieke van Eik nog een korte toelichting geven op de persoonlijke situatie van de heer X.

2 MENSELIJK LEED

3. [VIDEO]
4. In aanvulling op wat de heer X net zelf tegen uw rechtbank heeft gezegd, zal ik nog kort zijn situatie toelichten. De heer X is in september 1998 gevlucht uit Afghanistan. Dat deed hij nadat hij werd verraden aan de Taliban, werd opgepakt en samen met een aantal anderen het slachtoffer werd van een poging tot standrechtelijke executie. X heeft dit overleefd, maar heeft hierbij, zoals hij zojuist ook vertelde, wel een been verloren. Hij heeft nu nog altijd een kunstbeen.
5. Vanaf 6 oktober 1998 verbleef hij in Nederland. Hij kreeg in eerste instantie een verblijfsvergunning asiel vanwege de oorlogssituatie in

Afghanistan. Nadat het ambtsbericht van 29 februari 2000 en het daarop gebaseerde beleid van omkering van de bewijslast werd vastgesteld, heeft de heer X tot de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 16 november 2015 in Nederland geprocedeerd tegen de onterechte vaststelling van artikel 1F Vluchtelingenverdrag.

6. Vanaf 2 juli 2015, toen de rechtbank Amsterdam X's beroep tegen het besluit van de IND om zijn verblijfsvergunning in te trekken, ongegrond heeft verklaard, was de heer X illegaal in Nederland. De heer X heeft sindsdien geen enkel recht meer in Nederland. Naar Afghanistan teruggaan, nadat hij dat land bijna 20 jaar geleden vanwege vrees voor vluchtelingrechtelijke vervolging heeft verlaten, was en is geen optie. Hij loopt daar een reëel risico het slachtoffer te worden van mensenrechtenschendingen. De heer X is ten einde raad naar Duitsland vertrokken. Alleen heeft hij in Duitsland evenmin rechten, omdat zijn asielaanvraag daar is afgewezen. De reden hiervoor is dat op grond van de Dublin Verordening, Nederland, als eerste land waar asiel is aangevraagd, verantwoordelijk is.
7. De reden voor de intrekking van de heer X's verblijfsvergunning in Nederland is bekend, dat is de vaststelling van artikel 1F Vluchtelingenverdrag in verband met zijn dienstbetrekking als officier bij de KhAD/WAD. De heer X heeft inderdaad van 1986 tot 1992 als officier bij de KhAD/WAD gewerkt als boekhouder waarbij hij zich bezig hield met de loonadministratie van personeelsleden en met de boekhouding. Hij is via familie connecties bij de KhAD/WAD terecht gekomen.
8. De heer X had voor zijn indiensttreding bij de KhAD/WAD twee jaar aan het instituut voor boekhouding in Kaboel gestudeerd. Hij kreeg daarom conform de regels van de KhAD/WAD direct bij zijn indiensttreding de rang van tweede luitenant, een officiersrang. Hij had namelijk meer dan acht jaar onderwijs gevolgd. Een officiersopleiding of proeftijd, zoals in het ambtsbericht is vermeld, heeft hij niet hoeven te doorlopen. X heeft ook niet als eerste plaatsing op een operationele afdeling gewerkt, zoals in het ambtsbericht is vermeld. De heer X kreeg na zestien maanden automatisch promotie; ook dat was volgens de regels bij de

KhAD/WAD gebaseerd op zijn scholing voorafgaand aan zijn indiensttreding. Zijn werkzaamheden veranderden door die promotie niet van aard. De heer X heeft gedurende de gehele zes jaar dat hij in dienst was van de KhAD/WAD de loonadministratie gedaan en als boekhouder gewerkt.

9. De heer X's verklaringen over zijn rol bij de KhAD/WAD worden ondersteund door zijn studie boekhouden in Afghanistan en door het feit dat hij in Nederland opnieuw een opleiding tot boekhouder heeft gevolgd. X heeft in Nederland daarna verder vrijwilligerswerk gedaan en was in Rotterdam, waar hij jarenlang heeft gewoond, ingeburgerd en had een hecht burens- en vriendennetwerk.
10. Zoals de heer X zelf al zei in zijn videoboodschap: hij kan er helaas niet bij zijn vandaag, omdat hij niet mag reizen in Duitsland. Daarnaast mag hij niet in Nederland zijn, omdat hij geen rechtmatig verblijf heeft en elk moment in bewaring kan worden gesteld. Dit allemaal vanwege de ontorechte tegenwerping van artikel 1F Vluchtelingenverdrag. Dit was dus het menselijk leed dat schuil dreigt te gaan achter de juridische vragen. Maar omdat we die vragen zeker niet willen wegwuiven zal Laura Di Bella nu eerst ingaan op het belangrijkste verweer van de Staat.

3 KERN VAN DE ZAAK

11. De Staat werpt de heer X en het NJCM tegen dat het 1F-oordeel ten aanzien van de heer X al in een eerder stadium onherroepelijk is geworden. Dit verweer houdt geen stand en staat niet in de weg aan toewijzing van de vordering van de heer X en het NJCM. Ik zal dit nader toelichten maar eerst sta ik nog kort stil bij de kern van deze zaak.
12. Kort gezegd vereist het Unierecht een individuele toets naar de specifieke feiten en omstandigheden van de vreemdeling voordat hij mag worden uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming. Bij die individuele toets gaat het er om welke rol de vreemdeling daadwerkelijk heeft gehad bij concrete mensenrechtenschendingen. Het Nederlandse beleid voor voormalige officieren van de KhAD/WAD is hiermee in strijd, omdat dit beleid voor een hele

categorie vreemdelingen - voormalige (onder)officieren - bepaalt dat er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat zij mensenrechtenschendingen hebben gepleegd zonder dat daarbij individueel onderzoek plaatsvindt naar concrete mensenrechtenschendingen.

13. Het ambtsbericht uit 2000 waarop deze uitsluiting wordt gebaseerd, is niet alleen controversieel maar is naar zijn aard niet individueel. Dit ambtsbericht ziet namelijk op een grote, onbepaalde groep mensen en een lange periode (1978-1992). Door uitsluiting van een groep mensen alleen op basis van het ambtsbericht wordt dus niet getoetst welke concrete rol een vreemdeling daadwerkelijk heeft gespeeld bij mensenrechtenschendingen. Het Nederlandse beleid is, met andere woorden, niet individueel genoeg voor de eisen van het Unierecht.
14. Daar komt bij dat volgens het Nederlandse beleid alleen een uitzondering op de algemene aanname uit het ambtsbericht wordt gemaakt als de individuele vreemdeling kan bewijzen dat hij hierop een significante uitzondering vormt. Bovenop deze omkering van de bewijslast wordt die bewijslast ook nog eens verzwaaard omdat die significante uitzondering alleen kan worden aangenomen als aan vooraf bepaalde strikte cumulatieve voorwaarden is voldaan. Een verweer van een vreemdeling dat hij weliswaar officier bij de KhAD/WAD is geweest, maar geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd, wordt dus niet eens inhoudelijk beoordeeld, maar is op voorhand al kansloos omdat niet aan de voorwaarden is voldaan.
15. Dit 1F-beleid van de Staat ten aanzien van voormalige (onder)officieren van de KhAD/WAD is in strijd met het Unierecht. Dat blijkt in het bijzonder uit het arrest Duitsland/B. en D, begin dit jaar nog eens bevestigd in het arrest Lounani, waarvan de conclusie van de A-G in de dagvaarding staat genoemd:

"De bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat kan [de 1F-uitzondering] dan ook enkel toepassen indien zij voorafgaandelijk per individueel geval de haar ter kennis gebrachte specifieke feiten heeft onderzocht om uit te maken of er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de daden

van de betrokkene, [...], onder de in die bepaling vervatte uitsluitingsgrond vallen" (punt 72)

16. In de conclusie van antwoord verdraait de Staat de argumenten van de heer X en het NJCM door te suggereren (zie para 1.4 en 7.2.7) dat volgens hen op grond van Unierecht geen gebruik mag worden gemaakt van het ambtsbericht. Maar dat is geen juiste weergave. De heer X en het NJCM stellen zich op het standpunt dat het enkel gebruik maken van het ambtsbericht om vast te stellen dat 1F van toepassing is, gecombineerd met een omkering en verzwaring van de bewijslast, in strijd is met het Unierecht. Het Unierecht vereist immers een specifiek onderzoek van de Staat "per individueel geval" naar de "daden van de betrokkene" om uit te maken of er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat 1F Vluchtelingenverdrag van toepassing is. In het geval van de heer X heeft dat specifieke onderzoek niet plaatsgevonden, niet door de Staat zelf en niet door de Afdeling bestuursrechtspraak. Met de enkele verwijzing naar de officiersfunctie van de heer X, gecombineerd met een omkering en verzwaring van de bewijslast, voldoet de Staat niet aan de bewijslast die op grond van het Unierecht op haar rust.
17. Anders dan de Staat betoogt is dus de combinatie van de enkele constatering dat iemand een officiersfunctie heeft gehad en de verwijzing naar het algemene ambtsbericht geen voldoende individueel onderzoek zoals vereist door het Unierecht. Daarbij is het goed om te realiseren dat de conclusies uit het ambtsbericht zeer omstreden zijn. Organisaties als het UNHCR, Vluchtelingenwerk en Amnesty International, diverse experts op dit gebied en zelfs de Afghaanse regering en Afghaanse parlementariërs hebben aangegeven dat er problemen zijn met de inhoud van het ambtsbericht. Sinds de invoering is het ambtsbericht ook om de paar jaar onderwerp geweest van Kamervragen en debat in de Tweede Kamer. Een individueel onderzoek is naar Unierecht onder elke omstandigheid verplicht, maar uit deze omstandigheden blijkt nog extra waarom dit individuele onderzoek hier niet gemist kan worden.
18. Het is daarom ten onrechte dat de Afdeling bestuursrechtspraak het op het 1F-beleid van de Staat gebaseerde intrekingsbesluit ten aanzien van de heer X in stand heeft gelaten. Het minste dat de

Afdeling op grond van het Unierecht als hoogste rechter had moeten doen, is het stellen van prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van dit beleid aan het Hof van Justitie. Het Unierecht is door de Staat dus op twee manieren geschonden. Ten eerste door het in stand laten van het op het 1F-beleid gebaseerde intrekkingbesluit en ten tweede door na te laten ten minste prejudiciële vragen te stellen. Omdat sprake is van een kennelijke schending is de Staat hiervoor aansprakelijk. Ik kom daar later nog op terug maar dit is de kern van de procedure.

4 HET 1F-OORDEEL IS NIET EERDER ONHERROEPELIJK GEWORDEN

19. Zoals gezegd stelt de Staat zich op het standpunt dat het oordeel over de toepassing van artikel 1F in de zaak van de heer X al eerder, namelijk in 2008, onherroepelijk was geworden. Volgens de Staat kan hierdoor de tegenwerping van X, dat het besluit van 21 februari 2012 in strijd is met het Unierecht, niet meer inhoudelijk worden beoordeeld.
20. Dit standpunt van de Staat is onjuist, alleen al omdat de betreffende uitspraak uit 2008 is en dus van voor het arrest Duitsland/B. en D. uit 2010, waarin wordt verduidelijkt dat voor toepassing van artikel 12 lid 2 Kwalificatierichtlijn een individuele toetsing is vereist. Dit aspect heeft de rechtbank dan ook helemaal niet meegewogen bij haar beslissing in 2008. De opvatting van de Staat zou er daarom toe leiden dat deze verduidelijking van het Hof van Justitie in 2010 geen rol zou kunnen spelen bij het (ex nunc) te nemen nieuwe besluit in 2012. Dat is niet houdbaar.
21. Ik licht dat zo verder toe. Om het effect van de opvatting van de Staat duidelijker te maken, zet ik eerst kort alle verschillende besluiten en uitspraken op een rijtje. Want dat zijn er nogal wat.
22. De heer X heeft op 26 september 2001 een vergunning asiel voor onbepaalde tijd gekregen. Deze vergunning is ingetrokken bij besluit van 12 juni 2002. In dat besluit is aan hem het ambtsbericht 2000 tegengeworpen. De heer X heeft zich daartegen verweerd door te stellen dat hij geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd. Hij

heeft daarvoor ook verschillende argumenten aangedragen, zowel ten aanzien van hem individueel als gericht tegen het ambtsbericht. De rechtbank Den Haag was het in haar uitspraak van 2 augustus 2004 met de heer X eens dat de Minister niet mocht uitgaan van de juistheid van het ambtsbericht. De rechtbank vernietigde daarom het besluit tot intrekking van zijn verblijfsvergunning.

23. De Afdeling bestuursrechtspraak was in hoger beroep echter van mening dat uitgegaan moet worden van de juistheid van het ambtsbericht. In haar uitspraak van 8 februari 2005 vernietigde zij daarom de uitspraak van de rechtbank en verwees zij de zaak terug. Hierop heeft de rechtbank het beroep van de heer X op 27 september 2005 opnieuw gegrond verklaard, nu wegens strijd met het vertrouwensbeginsel. Maar op 9 februari 2006 vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak ook deze uitspraak en verwees de zaak voor de tweede keer terug naar de rechtbank die het beroep van de heer X op 13 mei 2008 voor de derde keer gegrond verklaarde. Dit keer wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel in het kader van artikel 3 EVRM. Het einde van deze bizarre gang van zaken is dat de rechtbank in de uitspraak van 13 mei 2008 het besluit van 12 juni 2002 tot intrekking van de verblijfsvergunning van de heer X heeft vernietigd.
24. In alle fasen van dit geding heeft de heer X aangevoerd dat hij geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd en betwist hij daarom de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag dan wel artikel 12 lid 2 van de Kwalificatierichtlijn. Hij heeft hier dus geen beroepsmogelijkheden laten liggen.
25. Vervolgens gebeurt er vier jaar niets. Op 21 februari 2012 wordt door de Minister een nieuw besluit tot intrekking van de verblijfsvergunning van de heer X genomen. In het voortraject van dit besluit heeft de heer X onderbouwd waarom artikel 1F Vluchtelingenverdrag niet op hem van toepassing is. Ook heeft hij opnieuw zijn twijfels over de juistheid van het ambtsbericht aangegeven. Daarnaast heeft hij gemotiveerd aangegeven waarom uit het (toen inmiddels gewezen) arrest Duitsland/B. en D. volgt dat de Minister niet zonder individuele beoordeling tot uitsluiting op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag mag beslissen. De

Minister gaat in zijn besluit in op alle genoemde argumenten van de heer X, maar besluit toch tot intrekking van de verblijfsvergunning. Met betrekking tot het beroep op Duitsland/B. en D. is de Minister van mening dat het Nederlandse beleid niet in strijd is met het Unierechtelijke vereiste van een individuele toets.

26. De heer X gaat in beroep en hoger beroep tegen dit tweede besluit tot intrekking van zijn verblijfsvergunning. Zowel in zijn beroep- als hoger beroepschrift heeft de heer X gemotiveerd aangevoerd dat het besluit in strijd is met het Unierecht en Duitsland/B. en D., omdat geen individueel onderzoek is verricht. Het beroep en hoger beroep van de heer X worden ten onrechte door de rechtbank Den Haag en de Afdeling bestuursrechtspraak verworpen. De rechtbank verwijst daarbij naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin is geoordeeld dat het Nederlandse 1F-beleid geen strijd oplevert met het Unierecht en Duitsland/B. en D. en conformeert zich daaraan.
27. De Staat stelt zich nu op het standpunt dat de toepassing van 1F in het geval van de heer X al in de eerste ronde van beroepen tegen het eerste intrekkingbesluit onherroepelijk is vast komen te staan. Dat is om meerdere redenen onjuist.
28. Ten eerste heeft de Minister over de werking van het Unierecht in het tweede intrekkingbesluit zelf een standpunt ingenomen. De heer X heeft hiertegen ook beroeps- en hoger beroepsgronden aangevoerd. De rechtbank is in haar uitspraak van 2 juli 2015 ook inhoudelijk op de kwestie ingegaan (rov. 5.4). Als de Staat er werkelijk van overtuigd zou zijn geweest dat de 1F kwestie al onherroepelijk was vast komen te staan in de eerste ronde, dan was er ook geen reden geweest om hierop inhoudelijk in te gaan in het tweede intrekkingbesluit. Bovendien rijst dan de vraag waarom de Staat dit verweer niet heeft gevoerd bij het beroep en hoger beroep tegen dit tweede besluit.
29. Ten tweede is er geen rechtsregel op basis waarvan bij het nieuwe intrekkingbesluit van 21 februari 2012 door de Minister geen rekening hoeft te worden gehouden met inmiddels gewezen rechtspraak van het Hof van Justitie, laat staan dat daarmee geen

rekening mag worden gehouden. De Minister heeft ook - zoals gezegd - het arrest Duitsland/D. en B. betrokken bij zijn besluit.

30. In dit kader is het Brummen-achtige verwijt dat de Staat aan de heer X maakt, dat hij niet in hoger beroep is gekomen tegen de uitspraak van de Rechtbank van 13 mei 2008, misplaatst. Zijn beroep was immers wel gegrond verklaard. Alleen de tegen de toepassing van 1F gerichte beroepsgrond was door de rechtbank afgewezen. De Afdeling bestuursrechtspraak had in zijn zaak al twee keer eerder in hoogste instantie geoordeeld dat uitgegaan moest worden van de juistheid van het 1F-beleid en zijn argumenten dat hij geen mensenrechtenschendingen had gepleegd op grond daarvan verworpen. Het zou dus totaal zinloos zijn geweest dit voor een derde keer te proberen: het stond al vast hoe de Afdeling bestuursrechtspraak over de kwestie dacht in 2008.¹ Dit bleek ook uit andere uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over hetzelfde onderwerp. Er bestond geen twijfel over de opvatting van de Afdeling op dit punt. Een hoger beroep tegen alleen dit punt zou door de Afdeling niet eens inhoudelijk behandeld worden.
31. Pas nadat het arrest Duitsland/B. en D. in 2010 nieuw licht op de zaak wierp, heeft de heer X dit argument in de procedure tegen het na dit arrest genomen besluit van 21 februari 2012 aangevoerd. De heer X heeft dus geen enkele mogelijkheid laten lopen om de toepassing van 1F in zijn zaak te betwisten. Hij heeft daarbij steeds aangegeven dat hij geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd.
32. Ten derde brengt de opvatting van de Staat mee dat de verduidelijking van artikel 12 lid 2 Definitierichtlijn door het arrest Duitsland/B. en D., waaruit blijkt dat het Nederlandse beleid in strijd is met het Unierecht, niet zou kunnen meespelen bij na dit arrest te nemen besluiten. Een dergelijke uitkomst is ook niet houdbaar, omdat het in strijd is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel (ook wel effectiviteitsbeginsel genoemd) vereist dat de rechtsregels van het

¹ Zie aanvullend EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76 (*Salah Sheekh/Nederland*).

nationale recht de uitoefening van rechten die gebaseerd zijn op het EU-recht niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken.

33. Bij de beoordeling of dit doeltreffendheidsbeginsel geschonden is past het Hof van Justitie de zogenaamde *rule-of-reason* toets toe. Kernvraag is of de aard en de achtergrond van de nationale procesregel de belemmering van de doorwerking van Unierecht in voldoende mate rechtvaardigt.²
34. Het verweer van de Staat heeft betrekking op de doorwerking van het gezag van gewijsde van eerdere uitspraken. Het Hof van Justitie schaaft dit onder rechtszekerheid. Juist voor gevallen als in deze zaak aan de orde, waarin het niet gaat om het 'openbreken' van de met Unierecht strijdige uitspraak zelf, maar het gezag van gewijsde van deze uitspraak zich zou uitstrekken tot andere (vervolg)zaken (ook tussen dezelfde partijen) en ook in die gedingen de doorwerking van het Unierecht zou frustreren, heeft het Hof geoordeeld dat dit in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel. Belemmeringen van een dergelijke ernst en omvang waardoor de inbreuk op het Unierecht zou worden gecontinueerd of herhaald, acht het Hof van Justitie niet meer gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel.³
35. Overigens staat het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel ook in de weg aan het toepassen van de 'Brummen-lijn' in gedingen waarin partijen strijden over dezelfde rechtsvraag als dat zou betekenen dat de strijd met het Unierecht wordt gecontinueerd of herhaald in die latere gedingen.⁴ Ook om die reden kan het nalaten hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008 nu niet aan de heer X worden tegenworpen.

² O.a. HvJ EG 14 december 1995, C-312/93 (*Peterbroeck*). Zie hierover ook Jans, Prechal en Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 48-50.

³ Zie HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, AB 2016, 117 (*Klausner Holz Niedersachsen*), HvJ EG 3 september 2009, C-2/08 AB 2009, 335 (*Fallimento Olimpiclub*). Zie hierover ook Widdershoven in zijn annotatie bij *Klausner Holz Niedersachsen* in de AB (2016, 117).

⁴ Jans, Prechal en Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 298. HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, AB 2016, 117 (*Klausner Holz Niedersachsen*), HvJ EG 3 september 2009, C-2/08 AB 2009, 335 (*Fallimento Olimpiclub*). Ook Widdershoven onder 7. in zijn annotatie bij *Fallimento Olimpiclub*, AB 2009, 335.

36. Nog om een andere reden komt de opvatting van de Staat in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel. De schending van het Unierecht in de zaak van de heer X zorgt voor een voortdurende belemmering van de doorwerking van Unierecht, die nooit kan worden opgeheven als het verweer van de Staat zou slagen. De heer X kan dan immers nooit meer worden toegelaten als vluchteling, kan hierdoor nooit een legale status krijgen, niet werken, geen nieuw bestaan opbouwen etc. Hij kan geen enkel recht in Nederland ooit krijgen. Daarbij gaat het om inbreuken op de meest fundamentele Unierechten, zoals het recht op asiel en het recht op een eerlijk proces, die voortvloeien uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Ook onder deze omstandigheden van een ernstige en voortdurende inbreuk op het Unierecht bepaalt het Hof van Justitie dat nationale bepalingen die rechtszekerheid tot doel hebben opzij worden gezet door het doeltreffendheidsbeginsel om de juiste toepassing van Unierecht te bewerkstelligen.⁵ Onder deze omstandigheden bestaat volgens het Hof zelfs de verplichting om met Unierecht strijdige onherroepelijke uitspraken en besluiten zelf te herzien of te heroverwegen. Dit geldt dan helemaal voor gevallen die een minder ernstige inbreuk op de rechtszekerheid maken, zoals aan de orde is in de zaak van de heer X.
37. Slotsom is dat in de procedure tegen het besluit van 21 februari 2012 strijd met het Unierecht wegens schending van het vereiste van een individueel onderzoek en de uitleg van het arrest Duitsland/D. en B. gewoon onderdeel van het geschil was. Dit geldt dus ook voor de uitspraak in laatste instantie van de Afdeling bestuursrechtspraak van 16 november 2015. De uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008, gewezen vóór Duitsland/D. en B., staat daaraan niet in de weg.

5 PREJUDICIËLE VRAGEN WENSELIJK

38. De vraag rijst natuurlijk, hoe nu verder, zeker in het kader van deze comparitie? De heer X en het NJCM stellen voor dat de rechtbank na

⁵ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11, AB 2012/375 (*Byankov*). Zie ook ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507.

tussenvonnis prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie over de uitleg van het voor deze zaak relevante Unierecht.

39. Zelfs de Staat kan in alle redelijkheid niet betwisten dat er geen twijfel van enige betekenis bestaat over de uitleg van het Unierecht in het kader van de toepassing van het 1F-beleid in het geval van de heer X. Andere hoogste Unierechters hebben namelijk uitdrukkelijk geoordeeld dat niet alléén op grond van lidmaatschap of functie bij een omstreden organisatie tot uitsluiting mag worden besloten, maar dat daarvoor altijd onderzoek nodig is naar de individuele daden en dat de bewijslast daarbij op de staat ligt. Zij leiden dit af uit het Unierecht zoals dat door het Hof van Justitie wordt uitgelegd in Duitsland/B. en D. De Nederlandse uitleg doet dus niet alleen afbreuk aan de rechtspositie van de heer X maar zorgt ook voor uiteenlopende rechtspraak binnen de Unie.
40. Het 1F beleid over Afghaanse asielzoekers die (onder)officier zijn geweest bij de KhAD/WAD is zeker niet alleen een kwestie van bewijswaardering die is voorbehouden aan de nationale rechter, zoals de Staat aangeeft. Het beleid raakt namelijk het hart van een materieelrechtelijke bepaling van Unierecht, artikel 12 lid 2 van de Kwalificatierichtlijn, dat een individuele toets vereist naar de specifieke feiten en omstandigheden van de individuele vreemdeling en welke rol deze vreemdeling daadwerkelijk heeft gehad bij concrete mensenrechtenschendingen, voordat hij op grond van dit artikel mag worden uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming.
41. In onze brief van 17 juli jl. hebben wij nader toegelicht waarom het wenselijk is dat uw rechtbank na deze comparitie in een tussenvonnis prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie. Ook hebben wij twee concrete vragen voorgesteld. De vragen waarover partijen van mening verschillen, betreffen het Unierecht. Het ligt dan ook voor de hand om deze vragen nu aan het Hof van Justitie voor te leggen. Er is geen reden om daarmee te wachten tot de heer X en het NJCM zijn aangekomen bij de Hoge Raad die verplicht is deze vragen te stellen. Dit zou alleen maar voor vertraging en een voortdurende uiteenlopende rechtspraak binnen de Unie zorgen,

terwijl de kernpunten al duidelijk zijn en verduidelijking van het Hof van Justitie op zijn plaats is.

42. Overigens worden in de praktijk prejudiciële vragen over onrechtmatige rechtspraak wegens schending van Unierecht door een hoogste rechter ook steeds gesteld door rechters in lagere instanties.⁶ Voor een kennelijke schending van Unierecht door een hoogste rechterlijke instantie is van belang of het materiele Unierecht is geschonden en of sprake is van schending van de prejudiciële verwijzingsplicht van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De voorgestelde vragen zien daarom op deze twee elementen.⁷

6 HET NJCM IS ONTVANKELIJK IN HAAR VORDERING

43. Tot slot nog een kort woord over de ontvankelijkheid van het NJCM. De Staat geeft twee redenen waarom het NJCM niet ontvankelijk zou zijn. Een vordering gebaseerd op onrechtmatige rechtspraak zou zich ten eerste niet lenen voor een collectieve actie. Ten tweede wordt volgens de Staat niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, dan wel aan de eerste Köbler-voorwaarde. Daarmee samenhangend zou het NJCM geen eigen belang hebben.
44. Geen van deze redenen is relevant voor de vraag of het NJCM ontvankelijk is. Wél relevant voor de ontvankelijkheid van het NJCM is artikel 3:305a BW. Het NJCM voldoet aan de vereisten uit dit artikel. Dit is in de dagvaarding uiteengezet in de nummers 4 en 6 en als zodanig door de Staat niet betwist. Die conclusie wordt bovendien gesteund door vaste jurisprudentie en door het feit dat het NJCM ontvankelijk is verklaard in alle eerdere civiele procedures waarin zij als partij optrad. Bijvoorbeeld in de SGP-zaak⁸ en de Bewaarplichtzaak⁹. Net als in de huidige procedure, kwam het NJCM in beide zaken op voor fundamentele rechten, conform haar statuten.

⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ 30 september 2003, C-224/-1 (*Kobler/Oostenrijk*); HvJ 13 juni 2006, C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo I*); HvJ 10 juni 2010, C-140/09 (*Traghetti del Mediterraneo II*) en HvJ 9 september 2015, C-160/14 (*Ferreira da Silva/Portugal*).

⁷ Naar analogie van de vragen in *Ferreira da Silva/Portugal*.

⁸ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549.

⁹ Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

45. De argumenten die de Staat buiten dit juridisch kader aanvoert, snijden geen hout. De vordering wegens onrechtmatige rechtspraak zou zich, vanwege haar bijzondere aard, niet lenen voor collectieve actie. De Staat vreest een waterval van vorderingen in het geval van een onwelgevallige uitspraak. Die mogelijkheid zou zich niet met het bijzondere karakter van de vordering en met de rechtszekerheid verenigen.
46. In deze visie van de Staat zou je als belangenorganisatie dus nooit onrechtmatige rechtspraak aan de orde kunnen stellen. Dit verhoudt zich niet tot artikel 3:305a BW. Integendeel. Dat artikel sluit een vordering wegens onrechtmatige rechtspraak niet uit en creëert juist de mogelijkheid voor belangenorganisaties om ter behartiging van gemeenschappelijke belangen naar de rechter te stappen. Zeker ook waar het een schending van fundamentele rechten betreft, hier veroorzaakt door rechtspraak. Bovendien is van een waterval van vorderingen in dit geval al helemaal geen sprake, juist door die bundeling van gemeenschappelijke belangen die door het NJCM worden behartigd. Nog los van het feit dat er niet wordt verzocht om schadevergoeding. Hier kom ik zo op terug.
47. Belangrijker nog, dit is precies zo'n bijzondere zaak die zich bij uitstek leent voor een collectieve actie. De uitzonderlijkheid van de feiten en van de aard van de schending hebben de heer X en het NJCM in de dagvaarding en ook vandaag uiteengezet. Het gaat hier niet om één enkele onwelgevallige uitspraak van de Afdeling, het gaat om het toepassen van het 1F-beleid en het in al die zaken weigeren prejudiciële vragen te stellen. De zaak van de heer X is daar een voorbeeld van. De onrechtmatige daad die de Staat begaat omvat dan ook meer dan enkel de onrechtmatige rechtspraak in de zaak van de heer X. Daar komt bij dat – anders dan de Staat beweert – alle andere wegen, zoals het bestuursrecht, voor de heer X en mensen in een vergelijkbare positie als de heer X zijn afgesloten.
48. Overigens, suggereert de Staat na haar waterval-argument gek genoeg dat individuele 1F'ers allen afzonderlijk ook een vordering uit onrechtmatige rechtspraak kunnen instellen. Het bundelen van die belangen, zoals het NJCM nu doet, komt de efficiënte en effectieve

rechtsbescherming ten goede. Die efficiëntie werd beoogd met de invoering van artikel 3:305a BW. Bovendien is hier sprake van een publiek belang dat het belang van de individuen overstijgt: het gaat hier ook over het waarborgen van de toegang tot het recht en een eerlijk proces. Net als in de SGP-zaak moet dit algemeen belang doorslaggevend zijn voor de ontvankelijkheid van het NJCM.

49. Ten slotte biedt ook de argumentatie met betrekking tot de relativiteitseis en de Köbler-norm geen grond voor niet-ontvankelijk verklaring van het NJCM. Alleen al omdat in deze zaak geen schadevergoeding is geëist. Vergelijk hiervoor de SGP-zaak. Daarin concludeerde advocaat-generaal Langemeijer expliciet dat de verwijzing naar de relativiteitseis (artikel 6:163 BW) niet van toepassing was nu geen schadevergoeding maar een verklaring voor recht was gevorderd.¹⁰
50. Ter onderbouwing van dit punt verwijst de Staat nog naar de Privacy First-zaak¹¹, waaruit zou moeten blijken dat het NJCM in de onderhavige zaak een eigen belang nodig zou hebben. Echter, in de Privacy First-zaak oordeelde de Hoge Raad dat de individuen niet-ontvankelijk waren in hun vordering bij de civiele rechter, omdat zij voor hun belangen konden opkomen bij de bestuursrechter. Een belangenorganisatie die opkomt voor die gebundelde belangen was daarmee eveneens niet-ontvankelijk. Privacy First had nog ontvankelijk kunnen worden verklaard als zij los van die gebundelde belangen een eigen belang had aangetoond. Dit is in het onderhavige geval niet aan de orde en niet nodig. Immers, voor een vordering wegens onrechtmatige rechtspraak staat helemaal geen weg bij de bestuursrechter open. De vergelijking gaat dus mank.
51. Nu de Staat niet heeft betwist dat het NJCM voldoet aan de eisen van artikel 3:305a BW en de overige argumenten geen hout snijden, dient het NJCM ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering.

¹⁰ Conclusie A-G Langemeijer voor HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, par. 3.19-3.22.

¹¹ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.

7 AFRONDING

52. In dit pleidooi hebben wij ten eerste het menselijk leed laten zien dat achter de diverse - op zich juridisch interessante - vragen schuil gaat. Wij hebben laten zien dat het verweer van de Staat dat de toepassing van artikel 1F in de zaak van de heer X al in 2008 onherroepelijk was geworden, niet opgaat. Dit verweer is niet alleen onredelijk in het licht van de concrete omstandigheden van de heer X, het stuit ook op het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel. Ook hebben wij laten zien dat het voor de hand ligt om na tussenvonnis prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Alle betrokkenen, zelfs de Staat, zouden hierbij gebaat zijn. Wij hebben tot slot toegelicht dat het NJCM ontvankelijk is.
53. Dan blijft nog over de kwestie welke vragen de rechtbank het Hof van Justitie zou moeten stellen. Graag zouden wij namens de heer X en het NJCM deze comparitie daarvoor verder gebruiken om te zien of wij met de Staat overeenstemming kunnen krijgen over de tekst van die vragen zodat geen tijd verloren gaat.

Deze zaak wordt behandeld door mrs. T.M. Snoep en L. Di Bella, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +31 20 577 1365, F +31 20 577 1775, E martijn.snoep@debrauw.com en laura.dibella@debrauw.com, mr. A.M. van Eik, Prakken d'Oliveira, Linnaeusstraat 2-A, 1092 CK Amsterdam, T +31 20 344 6200, E mvaneik@prakkenoliveira.nl en mr. J. Klaas, fischer groep, Harmenjansweg 15, 2011 AZ Haarlem, T +31 023 542 6688, E info@fischergroep.nl