

APPELDAGVAARDING

Heden, _____, op verzoek van

1. de heer [•]("[•"]), wonende te [•]

en

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten ("**NJCM**"), gevestigd te Leiden en kantoor houdende aan de Sterrenwachtlaan 11, 2311 GW Leiden,

die beiden in deze zaak mr. L. Di Bella, kantoor houdende aan de Claude Debussylaan 80, 1082 MD Amsterdam, tot advocaat stellen en bij haar kantoor woonplaats kiezen en tevens beiden als mede-advocaat aanwijzen mr. C.E.E. Zois, kantoor houdende aan de Claude Debussylaan 80, 1082 MD Amsterdam, mr. A.M. van Eik, kantoor houdende aan de Linnaeusstraat 2-A, 1092 CK Amsterdam en mr. J. Klaas, kantoorhoudende aan de Harmenjansweg 15, 2011 AZ Haarlem.

heb ik,

AAN:

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie en Veiligheid) ("**de Staat**"), zetelende te 's-Gravenhage, die te dezer zake uitdrukkelijk woonplaats kiest ten kantore van de advocaat mr. E.C. Pietermaat, kantoorhoudende aan de Bezuidenhoutseweg 57 (kantoren New Babylon), 2594 AC 's-Gravenhage, op dat laatstgenoemde adres overeenkomstig het bepaalde in artikel 63 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dit exploot doende en afschrift van dit exploot:

- latende aan:
- achterlatende in een gesloten envelop waarop de door de wet voorgeschreven gegevens zijn vermeld, omdat ik daar niemand aantrof aan wie ik rechtsgeldig een afschrift kon laten,

AANGEZEGD:

dat [●] en het NJCM in hoger beroep komt van het door de rechtbank Den Haag onder zaaknummer C/09/519360 gewezen vonnis tussen [●] en het NJCM als eiser en de Staat als gedaagde, dat is uitgesproken op 18 oktober 2017.

Voorts heb ik, deurwaarder, mijn exploit doende en afschrift latende als voormeld, de Staat

GEDAGVAARD:

om op dinsdag 30 januari tweeduizend achttien (30-01-2018) 's ochtends om 10.00 uur (de "**Roldatum**") niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen in het geding ten overstaan van het Gerechtshof Den Haag, locatie Den Haag, te houden in het paleis van justitie aan de Prins Clauslaan 60, te Den Haag.

MET AANZEGGING:

dat van de Staat bij verschijning in het geding een griffierecht zal worden geheven en dat de hoogte van dit griffierecht is vermeld in de meest recente bijlage behorende bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken zoals die geldt op het tijdstip waarop de Staat het griffierecht verschuldigd wordt (te weten: bij verschijning in het geding);
dat die bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel dan wel op de website: <http://wetten.overheid.nl/>;

dat in het geval een geïntimeerde onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

1°. een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag als bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

2°. een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand als bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens, bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;

dat de Staat ervoor moet zorgen dat het door hem verschuldigde griffierecht binnen vier weken na de roldatum waarop hij in het geding verschijnt is bijgeschreven op de rekening van het gerecht waar deze zaak dient dan wel ter griffie is gestort;

dat indien de Staat op de voorgeschreven wijze (te weten: vertegenwoordigd door een advocaat) in het geding verschijnt maar het door zijn verschijning verschuldigde griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, het gerechtshof tegen de Staat verstek zal verlenen en hem niet in de gelegenheid zal stellen in hoger beroep verweer te voeren;

TENEINDE:

te vernemen dat [●] en het NJCM de hierna vermelde grieven aanvoeren tegen het vonnis waarvan beroep:

[●] en het NJCM handhaven alle stellingen die namens hen in eerste aanleg naar voren zijn gebracht en verzoeken deze hier als herhaald en ingelast te beschouwen, doch slechts voor zover daarvan in het onderstaande niet uitdrukkelijk wordt afgeweken. [●] en het NJCM betwisten alle afwijkende stellingen van de Staat die in eerste aanleg naar voren zijn gebracht. [●] en het NJCM verwijzen naar de stukken van de eerste aanleg die te zijner tijd zullen worden gefourneerd.

1 INLEIDING EN ACHTERGROND

1.1 Het Unierecht verplicht tot een onderzoek naar individuele feiten en omstandigheden

1. Artikel 1F van het VN Verdrag betreffende de Status van Vluchtelingen uit 1951 ("**Vluchtelingenverdrag**") bepaalt dat geen vluchtelingenbescherming wordt geboden aan personen die zeer ernstige misdrijven (zoals oorlogsmisdaden en misdrijven tegen de menselijkheid) hebben gepleegd. Op EU niveau is de inhoud van artikel 1F Vluchtelingenverdrag geïncorporeerd in artikel 12, lid 2, Definitierichtlijn.¹ Artikel 1F is daarin, voor zover hier relevant, één op één overgenomen.
2. Verschillende nationale rechters hebben vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**Hof van Justitie**") over de wijze waarop artikel 12, lid 2, Definitierichtlijn (en daarmee artikel 1F Vluchtelingenverdrag) uitgelegd moet worden. In zijn antwoorden op deze vragen heeft het Hof van Justitie meerdere malen duidelijk gemaakt dat de bevoegde autoriteit alleen op grond van een individueel onderzoek van de betrokken persoon mag besluiten tot uitsluiting van vluchtelingenbescherming.
3. Het Nederlandse beleid, dat toepassing geeft aan de besproken uitsluiting van vluchtelingenrechtelijke bescherming van - kort gezegd - Afghaanse 1F-ers (en dat hierna nog nader uiteengezet wordt) en de toepassing daarvan in het geval van [●] zijn in strijd met dit vereiste van een individueel onderzoek.
4. Een centrale rol in deze discussie speelt het arrest *Duitsland/B. en D.* waarin het Hof van Justitie de nadruk legt op de verplichting om een onderzoek te doen naar de individuele feiten en

¹ De implementatietermijn van de Definitierichtlijn verstreek op 10 oktober 2006. De richtlijn is gewijzigd middels Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), Pb 2011 L 337.

omstandigheden.² Daarbij moet volgens het Hof van Justitie ook worden onderzocht welke rol de betrokken persoon daadwerkelijk heeft gespeeld bij het plegen van de zeer ernstige misdrijven op grond waarvan de verzochte vluchtelingenbescherming niet wordt geboden.

5. In dit arrest ging het om twee asielzoekers van Koerdische afkomst aan wie het artikel 12, lid 2, Definitierichtlijn was tegengeworpen. B. had bij zijn asielaanvraag in Duitsland verklaard dat hij als scholier had gesympathiseerd met de Dev Sol (thans DHKP/C) en tussen 1993 en 1995 de gewapende guerrillastrijd in de bergen had ondersteund. D. had bij zijn asielaanvraag verklaard dat hij zich had aangesloten bij de PKK, voor welke hij guerrillastrijder en hoge functionaris zou zijn geweest. Tevens zou hij door de PKK naar Noord-Irak zijn gestuurd. Beide organisaties komen voor op de Europese lijst van terroristische organisaties.
6. De vraag aan het Hof van Justitie was welk gewicht aan deze feiten mag worden toegekend bij de beoordeling of de asielzoekers van de vluchtelingenstatus moeten worden uitgesloten. Het Hof van Justitie overweegt dat een persoon slechts kan worden uitgesloten van die status na een individueel onderzoek van de specifieke feiten:

"94. Uit een en ander volgt dat een persoon die heeft behoord tot een organisatie die terroristische methoden toepast, slechts van de vluchtelingenstatus kan worden uitgesloten na een individueel onderzoek van specifieke feiten waaruit kan worden opgemaakt of er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat deze persoon in het kader van zijn activiteiten binnen die organisatie een ernstig, niet-politiek misdrijf heeft begaan of zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties, tot een dergelijk misdrijf of dergelijke handelingen heeft aangezet of anderszins aan dergelijke

² HvJ EU 9 november 2010, C-57/09 en C-101/09 (*Duitsland/B. en D.*).

misdriven of daden heeft deelgenomen in de zin van artikel 12, lid 3, van de richtlijn."

7. Ook in de daarop volgende overwegingen legt het Hof van Justitie steeds de nadruk op de verplichting van de bevoegde autoriteiten tot een onderzoek naar de individuele feiten en omstandigheden. Voordat tot vluchtelingenrechtelijke uitsluiting onder dit artikel mag worden besloten:

"97. [...] moet de bevoegde autoriteit met name nagaan, welke rol de betrokken persoon daadwerkelijk heeft gespeeld bij het stellen van de betrokken daden, welke positie hij had binnen de organisatie, welke kennis hij had of had moeten hebben van de activiteiten van de organisatie en of pressie op hem is uitgeoefend dan wel andere factoren zijn gedrag hebben kunnen beïnvloeden."

8. Het Hof van Justitie is van mening dat er weliswaar gewicht mag worden toegekend aan het feit dat een persoon een vooraanstaande positie binnen de organisatie heeft bekleed, maar dat de autoriteiten niettemin alle relevante omstandigheden moeten onderzoeken, voordat zij tot uitsluiting kunnen besluiten.

"98. Een autoriteit die bij dat onderzoek vaststelt dat de betrokken persoon, zoals D, een vooraanstaande positie heeft bekleed in een organisatie die terroristische methoden toepast, mag ervan uitgaan dat deze persoon individueel verantwoordelijk is voor daden die deze organisatie tijdens de relevante periode heeft gesteld, maar moet niettemin alle relevante omstandigheden onderzoeken alvorens een beschikking te kunnen geven waarbij deze persoon op grond van artikel 12, lid 2, sub b of c, van de richtlijn van de vluchtelingenstatus wordt uitgesloten."

9. Het recente arrest van het Hof van Justitie in *Lounani* bevestigt dit vereiste van een individueel onderzoek. *Lounani* was in België strafrechtelijk veroordeeld wegens deelname aan activiteiten van een terroristische organisatie als een van de leidinggevende leden.

Zelfs dit was in de ogen van het Hof van Justitie onvoldoende om zonder nader individueel onderzoek te besluiten tot uitsluiting van vluchtelingenrechtelijke bescherming onder artikel 12, lid 2, Definitierichtlijn:

*"72. De bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat kan artikel 12, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/83 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, die voor het overige voldoet aan de criteria om de vluchtelingenstatus te kunnen verkrijgen, onder de in die bepaling vervatte uitsluitingsgrond vallen (zie in die zin arrest van 9 november 2010, B en D, C-57/09 en C-101/09, EU:C:2010:661, punten 87 en 94)."*³

10. Ook uit de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in deze zaak blijkt het belang van een individueel onderzoek:

"70. [...]. Ik ben derhalve van mening dat, zelfs bij het bestaan van een schijnbaar relevante strafveroordeling, het vereiste van een individueel onderzoek blijft gelden.

[...]

*77. [...]. Wil aan de vereisten van de erkenningsrichtlijn voldaan worden, dan moet er nog altijd een individueel onderzoek plaatsvinden van alle relevante feiten en omstandigheden."*⁴

11. Sharpston is van mening dat de veroordeling voor een misdrijf, zoals deelname aan een terroristische groep, zelfs geen weerlegbaar vermoeden schept voor uitsluiting op grond van artikel 12, lid 2 Definitierichtlijn. Sharpston vindt het hanteren van bewijsvermoedens onwenselijk, omdat daardoor de

³ HvJ EU 31 januari 2017, C-573/14 (*Lounani*).

⁴ Conclusie van advocaat-generaal Sharpston, 31 mei 2016, C-573/14 (*Lounani*).

gemeenschappelijke criteria voor de erkenning van vluchtelingen worden ondermijnd:

"80. Wanneer de omstandigheden aangeven dat deze relevant kunnen zijn, worden de uitsluitingsgronden beoordeeld op het moment van de aanvraag van de vluchtelingenstatus. De lidstaten beschikken bij hun beoordeling op grond van artikel 4 van de erkenningsrichtlijn over een ruime vrijheid. Mijns inziens zou een veroordeling wegens een terroristisch misdrijf eenvoudig beschouwd moeten worden als een duidelijke en geloofwaardige indicatie dat er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de drempel van artikel 12, lid 2, is bereikt. Deze benadering heeft het voordeel dat de gemeenschappelijke criteria voor de erkenning van vluchtelingen niet worden ondermijnd doordat lidstaten verschillende regels hanteren inzake vermoedens."

1.2 Het Nederlandse beleid inzake Afghaanse 1F-ers

12. De centrale vraag in de procedure, die [●] en het NJCM tegen de Staat hebben aangespannen, is of het Nederlandse beleid, dat toepassing geeft aan de besproken uitsluiting van vluchtelingenrechtelijke bescherming van Afghaanse 1F-ers en de toepassing daarvan in het geval van [●], kwalificeert als een individueel onderzoek in het licht van de eisen die het Unierecht hieraan stelt. [●] en het NJCM menen dat dit niet het geval is.
13. In Nederland wordt namelijk op basis van een algemeen ambtsbericht als uitgangspunt genomen dat er ernstige redenen bestaan om aan te nemen dat alle (onder)officieren van de Afghaanse veiligheidsdiensten, de KhAD/WAD, mensenrechtenschendingen hebben gepleegd en dus onder artikel 1F Vluchtelingenverdrag vallen.⁵ Deze conclusie wordt gebaseerd

⁵ Ministerie van Buitenlandse Zaken, Veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan (1978-1992), 29 februari 2000, beschikbaar via: http://web.archive.org/web/20061002010531/http://www.minbuza.nl/nl/actueel/ambtsberichten.2003/05/afghanistan_veiligheidsdiensten_x_29_02_00.html.

op een vermeende roulatie- en bevorderingssystematiek voor (onder)officieren binnen de KhAD/WAD.

14. Het ambtsbericht stelt zonder enig concreet bewijs en zonder een deugdelijke, met rechtswaarborgen omklede procedure voor een onbepaalde groep mensen vast dat zij ergens in de periode 1978-1992 niet nader gespecificeerde zeer ernstige misdrijven hebben gepleegd. Op het hoogtepunt werkten er ongeveer 100.000 mensen voor de KhAD/WAD. Een groot deel daarvan had een (onder)officiersfunctie. Hoewel precieze cijfers niet bekend zijn, is het waarschijnlijk dat er tienduizenden (onder)officieren werkzaam zijn geweest bij de KhAD/WAD.
15. Vervolgens is het beleid dat, indien eenmaal wordt geconstateerd dat een Afghaanse asielzoeker (onder)officier is geweest, het vervolgens aan hem is om te bewijzen dat hij geen zeer ernstige misdrijven heeft gepleegd. Dat is een onmogelijke bewijslast.
16. In hun brief van 1 juni 2012 aan de Tweede Kamer hebben de toenmalige minister en staatssecretaris aangegeven op welke limitatieve wijze de vreemdeling kan aantonen dat hij een 'significante uitzondering' vormt op het uitgangspunt dat (onder)officieren zeer ernstige misdrijven hebben gepleegd:

"Indien wordt voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden kan in beginsel worden aangenomen dat er sprake is van een significante uitzondering:

1. De vreemdeling is als zij-instromend officier bij de KhAD/WAD terechtgekomen (het is aannemelijk dat de officiersopleiding niet is doorlopen);

2. De vreemdeling heeft niet gerouleerd (dit is bijvoorbeeld aannemelijk vanwege een korte aanstelling);

3. De vreemdeling is niet bevorderd tijdens de diensttijd bij de KhAD/WAD (volgens het ambtsbericht van 29 februari 2000

was het alleen mogelijk te worden bevorderd bij gebleken loyaliteit).

Daarnaast wordt de betreffende vreemdeling in de gelegenheid gesteld om andere verweren in te brengen op grond waarvan hij gevrijwaard zou zijn van zijn individuele verantwoordelijkheid. Voorbeelden hiervan zijn het handelen onder dwang, zelfverdediging, etc."⁶

17. In strijd met het Unierecht wordt deze - door de limitatieve gronden nog eens verzwaarde - bewijslast op de vreemdeling gelegd om aan te tonen dat hij een 'significante uitzondering' vormt op de algemene conclusies van het ambtsbericht. Deze omkering en verzwaring van de bewijslast is in strijd met het Unierechtelijke vereiste van een individueel onderzoek door de bevoegde autoriteiten.
18. De IND heeft bovendien in de praktijk - en ook in het geval van [●] - alle ingebrachte tegenwerpingen en concrete bewijsmiddelen in de Afghaanse 1F procedures terzijde gelegd en geweigerd deze te onderzoeken. De onderbouwde weerleggingen van een asielzoeker dat hij geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd worden steeds met een enkele verwijzing naar het ambtsbericht als ongeloofwaardig aangemerkt. Het tegenbewijs wordt niet eens inhoudelijk beoordeeld. De vreemdeling krijgt dus geen eerlijke kans om te bewijzen dat hij geen zeer ernstige misdrijven heeft gepleegd.

1.3 Het ambtsbericht is onjuist en wordt niet onderschreven door diverse experts en andere derden

19. Het ambtsbericht speelt een cruciale rol in het Nederlandse beleid inzake Afghaanse 1F-ers, maar er zijn genoeg aanwijzingen om te twijfelen aan de inhoud van het ambtsbericht. De vluchtelingenorganisatie van de Verenigde Naties (UNHCR), Amnesty International, diverse experts op dit gebied en ook de

⁶ Kamerstukken II 2011-2012, 19 367, nr. 1547, p. 4.

Afghaanse regering en parlementariërs hebben aangegeven dat zij de conclusies uit het ambtsbericht niet kunnen steunen. De kritiek van deze experts en andere derden ziet vooral op de conclusie uit het ambtsbericht dat alle (onder)officieren van de KhAD/WAD persoonlijk betrokken zijn geweest bij het arresteren, ondervragen, martelen en soms executeren van verdachte personen. Nederland is ook het enige land dat een dergelijke conclusie heeft getrokken.

20. De UNHCR geeft bijvoorbeeld aan dat er twee 'takken' van de KhAD/WAD bestonden: een operationele en een ondersteunende, niet-operationele tak. De UNHCR concludeert dat de ondersteunende afdelingen niet zoals de operationele afdelingen in verband gebracht kunnen worden met mensenrechtenschendingen:

"IV. Operational vs. support services

16. At both the national and the provincial/district level, certain Directorates were engaged in active security operations, during which many human rights violations occurred. These were above all the Directorates for Operative Activities for Internal Control of KhAD/WAD Personnel, for Counter-Rebellion, for Surveillance of Foreign and National Suspects, for the Protection of the Government and its Representatives, for Activities linked to Infiltration of Mujaheddin, the Directorate of Interrogation, as well as the Police KhAD/WAD, and the corresponding functional units at provincial and district level. The military KhAD/WAD was present throughout the armed forces' structures down to at least battalion level, according to their functional and geographical structures, but still reported to KhAD/WAD.

17. However, the KhAD/WAD also included non-operational (support) Directorates/Units at the central, provincial and district levels, as follows:

- *Administration and Finance*
- *Cadre/ Personnel*
- *Post and Parcels*
- *Propaganda and counter propaganda*

- *Logistics*
- *Telecommunications and Decoding*
- *Press and Educational Institutions*
- *Agents and Informers*
- *Analysis and Reporting.*

*Information available to UNHCR does not link these Support Directorates to human rights violations in the same manner as the operational units."*⁷

21. Het hebben van een (onder)officiersfunctie, betekent dus niet dat de betrokkenen bij de operationele eenheid hebben gewerkt. Alle functies binnen de organisatie (ook de niet-operationele functies) hadden een militaire rang.

*"20. All positions within the formal KhAD/WAD organigramme were ranked military positions."*⁸

1.4 Het standpunt van de Staat over het Nederlandse beleid in het licht van het Unierecht

22. Het standpunt dat de Staat steeds - en ook in deze procedure - heeft ingenomen is dat het beschreven beleid wel een individueel onderzoek inhoudt zoals vereist door het Unierecht. De redenering van de Staat is dat hij met het ambtsbericht heeft onderzocht en aangetoond dat alle (onder)officieren van de KhAD/WAD oorlogsmisdrijven hebben gepleegd. De combinatie van het vaststellen van een (onder)officiersfunctie van een vreemdeling en de - hypothetische - mogelijkheid voor die vreemdeling om een beroep te doen op het zijn van een 'significante uitzondering' op de conclusies uit het ambtsbericht maakt volgens de Staat dat aan het vereiste van een individueel onderzoek is voldaan.

⁷ UNCHR (mei 2008): 'Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992', p. 6.

⁸ UNCHR (mei 2008): 'Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992', p. 6-7.

23. [●] en het NJCM delen dit standpunt niet. Een algemeen ambtsbericht, dat voor een zeer omvangrijke en onbepaalde groep mensen vaststelt dat zij ergens gedurende de lange periode 1978-1992 niet nader gespecificeerde oorlogsmisdrijven hebben gepleegd, is geen individueel onderzoek zoals vereist door het Unierecht. Uit de arresten *Duitsland/B. en D.* en *Lounani* blijkt immers dat de bevoegde autoriteit alle relevante omstandigheden moet onderzoeken voordat zij een vreemdeling van de vluchtelingenstatus uitsluit. Met name moet de autoriteit onderzoeken welke rol de betrokken persoon daadwerkelijk heeft gespeeld bij het stellen van de betrokken daden, welke positie hij had binnen de organisatie, welke kennis hij had of had moeten hebben van de activiteiten van de organisatie en of pressie op hem is uitgeoefend dan wel andere factoren zijn gedrag hebben kunnen beïnvloeden. [●] is uitgesloten van vluchtelingenrechtelijke bescherming zonder dat een dergelijk individueel onderzoek naar zijn concrete omstandigheden heeft plaatsgevonden.

1.5 De toetsing van het Nederlandse beleid door de ABRvS

24. In diverse vreemdelingenrechtelijke procedures (en dus ook in de procedure van [●]) zijn alle bezwaren tegen het Nederlandse beleid aangevoerd onder uitgebreide motivering en documentatie daarvan. Toch heeft de ABRvS dit beleid in stand gelaten. Te betreuren valt dat zij dit heeft gedaan zonder enige serieuze inhoudelijke motivering. Zij heeft per saldo slechts overwogen dat het ambtsbericht kwalificeert als voldoende individueel onderzoek zonder uit te leggen waarom dat volgens haar het geval is.
25. In één van eerste zaken waarin het Nederlandse beleid ter discussie stond na het arrest *Duitsland/B. en D.* oordeelde de rechtbank dat dit beleid in strijd is met het Unierecht (zie productie 20 van de dagvaarding in eerste aanleg), in het bijzonder wegens een onvoldoende individueel onderzoek, zoals vereist door *Duitsland/B. en D.*⁹ De rechtbank citeerde eerst r.o. 94 t/m 98 van het arrest *Duitsland/B. en D.* en overwoog vervolgens:

⁹ Rechtbank Den Haag, zp. Amsterdam 22 februari 2011, zaak nr. 06/24277.

"13.4. In het licht van deze overwegingen van het Hof heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank in het onderhavige geval niet kunnen volstaan met een verwijzing naar het ambtsbericht van 29 februari 2000, daarbij de mogelijkheid biedend aan eiser om tegenbewijs te leveren. Verweerder had een individueel onderzoek dienen te verrichten naar de specifieke feiten van eisers geval en de individuele verantwoordelijkheid dienen vast te stellen aan de hand van objectieve en subjectieve criteria, zoals genoemd in dit arrest. Verweerder gaat er weliswaar ook van uit dat individuele omstandigheden een rol kunnen spelen in het kader van de tegenwerping van artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag, maar meent dat de bewijslast bij eiser ligt en het aan hem is om tegenbewijs te leveren. In het licht van de voorgaande overwegingen van het Hof is dat standpunt niet langer houdbaar."

26. De ABRvS vernietigde echter deze uitspraak van de rechtbank zonder ook maar enige aandacht te schenken aan de inhoudelijke overwegingen van de rechtbank, de overwegingen uit *Duitsland/B. en D.* en het daaruit volgende vereiste van een individueel onderzoek door de bevoegde autoriteiten.¹⁰ De ABRvS verwees alleen naar haar eigen uitspraak uit 2004, dus van voor *Duitsland/B. en D.*:

"2.5.3. Uit onder meer de uitspraak van 2 augustus 2004 in zaak nr. 200403143/1 (JV 2004/364) volgt dat het ambtsbericht voldoende grond biedt voor het in het besluit van 24 april 2006 door de minister voor V&I ingenomen standpunt dat, gelet op de werkzaamheden van de vreemdeling als officier voor de Khadimat-e Atal'ete Dowlati en/of de Wazarat-e Amaniat-e Dowlati (hierna: de KhAD/WAD), ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat de vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1(F)

¹⁰ ABRvS 13 april 2013, 201102789/1/V1/.

heeft begaan, zodat die minister aan zijn bewijslast en motiveringsplicht heeft voldaan. De beroepsgrond faalt."

27. In een andere uitspraak achtte de ABRvS het Nederlandse beleid inzake Afghaanse asielzoekers die (onder)officier zijn geweest bij de KhAD/WAD en de daarmee samengaande omkering van de bewijslast verenigbaar met het Unierecht. Zij verwees daarbij naar r.o. 98 van het arrest *Duitsland/B. en D*¹¹:

"4.1. [...] Uit punt 98 van het door de vreemdeling ingeroepen arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 9 november 2010, C-57/09 en C-101/09, Duitsland tegen B. en D. (www.curia.europa.eu) volgt dat, uitgaande van de beschrijving van de KhAD/WAD in het ambtsbericht, het in beginsel aannemen dat ten aanzien van onderofficieren en officieren van de KhAD/WAD sprake is van 'personal and knowing participation' verenigbaar is met artikel 12, tweede lid, van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, en de inhoud van de verleende bescherming."¹²

28. Deze verwijzing van de ABRvS naar r.o. 98 van *Duitsland/B. en D.* is echter onvolledig, onjuist en onvoldoende gemotiveerd. Het Hof van Justitie oordeelde namelijk in r.o. 98 dat als de betrokken persoon een vooraanstaande positie heeft bekleed in een organisatie die terroristische methoden toepast, de autoriteit daaraan weliswaar gewicht mag toekennen, maar de ABRvS ging er ten onrechte aan voorbij dat het Hof van Justitie daaraan in dezelfde zin toevoegde dat die autoriteit daarnaast alle relevante

¹¹ Deze rechtsoverweging luidt: "98. Een autoriteit die bij dat onderzoek vaststelt dat de betrokken persoon, zoals D, een vooraanstaande positie heeft bekleed in een organisatie die terroristische methoden toepast, mag ervan uitgaan dat deze persoon individueel verantwoordelijk is voor daden die deze organisatie tijdens de relevante periode heeft gesteld, maar moet niettemin alle relevante omstandigheden onderzoeken alvorens een beschikking te kunnen geven waarbij deze persoon op grond van artikel 12, lid 2, sub b of c, van de richtlijn van de vluchtelingenstatus wordt uitgesloten."

¹² ABRvS 11 september 2012, 201107836/1/V4.

omstandigheden moet onderzoeken alvorens tot uitsluiting te besluiten.

29. Ook in latere rechtspraak wordt niet duidelijk waarom de ABRvS meent dat het ambtsbericht een voldoende individueel onderzoek, zoals vereist door het Unierecht, inhoudt. Zij verwijst dan nog slechts naar eerdere Afdelingsuitspraken, waarin ook ongemotiveerd is aangenomen dat het Nederlandse beleid is toegestaan.
30. De ABRvS heeft dus in strijd met het Unierecht het Nederlandse beleid in stand gelaten en had op zijn minst hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie moeten stellen. Het gaat hier immers om de uitleg van Unierecht, waarvoor het primaat bij het Hof van Justitie ligt. Zoals bekend hoeft een hoogste rechter alleen niet te verwijzen als i) de vraag al in een eerder prejudiciële procedure is beantwoord of als er vaste rechtspraak bestaat over het specifieke punt van geschil (*acte éclairé*) of ii) de juiste toepassing zo evident is dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan over hoe de vraag moet worden beantwoord (*acte clair*).¹³
31. Het valt niet vol te houden dat er geen enkele twijfel over bestaat of het hiervoor beschreven Nederlandse beleid een voldoende individueel onderzoek behelst zoals vereist door het Unierecht.
32. Oostenrijkse, Duitse en Zweedse hoogste rechters hebben bovendien op grond van *Duitsland/B. en D.* wel geoordeeld dat niet tot vluchtelingenuitsluiting mag worden besloten op grond van een lidmaatschap of functie bij een organisatie, maar dat daarvoor altijd een individueel onderzoek nodig is.¹⁴ De rechtspraak van de ABRvS zorgt dus voor uiteenlopende rechtspraak binnen de Unie. Ook Nederlandse rechters worstelen met de uitleg van *Duitsland/B. en D.* en hebben regelmatig, zelfs tegen de rechtspraak van de ABRvS in, geoordeeld dat de uitsluiting op basis van het

¹³ HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81 (*Cilfit*)

¹⁴ Zie producties 23, 24 en 25 van de dagvaarding in eerste aanleg.

ambtsbericht in strijd is met het Unierecht en in het bijzonder *Duitsland/B. en D.*¹⁵

33. Toch heeft de ABRvS verzoeken tot het stellen van prejudiciële vragen over deze kwestie steeds ongemotiveerd verworpen:

*"7.2 [...] Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de in 6.1 vermelde uitspraak van 13 april 2012 komen artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag en artikel 12, tweede lid, van de richtlijn met elkaar overeen. Voormeld arrest van het Hof van 9 november 2010 - waarin het Hof over het in artikel 12, tweede lid, van de richtlijn geëiste bewijsniveau heeft overwogen dat aan de hand van de specifieke feiten van het concrete geval moet worden beoordeeld of de betrokken persoon voor de onder b en c van de bepaling vermelde daden individueel verantwoordelijk kan worden gesteld - biedt geen grond voor het oordeel dat de minister onvoldoende onderzoek als voormeld heeft verricht. Gelet hierop doet zich, anders dan de vreemdeling heeft betoogd, geen tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel voor."*¹⁶

Het is niet te begrijpen en op zich al in strijd met het Unierecht dat de ABRvS maar één nietszeggende zin wijdt aan een dergelijk terecht verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen.¹⁷ Onder de genoemde omstandigheden is het niet verwijzen van de ABRvS in strijd is met de prejudiciële verwijzingsplicht van artikel 267 WVEU.¹⁸

1.6 Conclusie

34. De ABRvS heeft op grond van het voorgaande en op grond van al hetgeen [●] en het NJCM in eerste aanleg - in hoger beroep ingelast en herhaald - hebben aangevoerd, met haar uitspraak van

¹⁵ Zie paragraaf 5.2.2. van de dagvaarding in eerste aanleg voor een uitgebreid overzicht deze uitspraken.

¹⁶ ABRvS 2 oktober 2012, 201100646/1/V1.

¹⁷ HvJ EU 28 juli 2016, C-379/15 (*Association France Nature Environnement*).

¹⁸ HvJ EU 9 september 2015, C-160/14 (*Ferreira da Silva/Portugal*)

16 november 2015 in het geval van [●] het Unierecht kennelijk geschonden. Dit levert een onrechtmatige daad op, die moet worden toegerekend aan de Staat. De Staat is immers verantwoordelijk voor de naleving van het Unierecht, ook door de rechterlijke macht.

35. **Primair** stellen [●] en het NJCM zich op het standpunt dat de ABRvS een materiële norm van Unierecht kennelijk heeft geschonden. Het Nederlandse beleid met het betrekking tot Afghaanse 1F-ers is in strijd met het Unierecht, namelijk het vereiste dat een individueel onderzoek moet plaatsvinden voordat een asielzoeker mag worden uitgesloten van vluchtelingenbescherming. Toch heeft de ABRvS dit beleid toelaatbaar geacht. De rechtspraak van de ABRvS zorgt op dit punt dus voor een met Unierecht strijdige situatie. Hierdoor heeft [●] nooit een kans gehad zijn aan het Unierecht ontleende recht te effectueren. Naast deze duidelijke regel van een individueel onderzoek heeft de ABRvS ook haar prejudiciële verwijzingsplicht geschonden. Hiermee wordt voldaan aan de criteria die het Hof van Justitie stelt voor kennelijke schending van Unierecht door een hoogste rechtsprekende instantie (de '*Köbler*-criteria').¹⁹
36. **Subsidiair** zijn [●] en het NJCM van mening dat onder deze omstandigheden ook de prejudiciële verwijzingsplicht van artikel 267 VWEU kennelijk is geschonden. De uitleg dat het voor het vereiste van een individueel onderzoek voldoende is om te verwijzen naar een algemeen ambtsbericht, dat voor een onbepaald aantal mensen aanneemt dat zij in de periode 1978-1992 niet nader gespecificeerde mensenrechtenschendingen hebben gepleegd, kan redelijkerwijs niet zonder enige twijfel worden gegeven. Er bestaat, gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie, ten minste twijfel of het Nederlandse beleid een voldoende individueel onderzoek is zoals vereist door het Unierecht. Daarom had de ABRvS hierover prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie. Door het niet stellen van

¹⁹ HvJ EU 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler/Oostenrijk*). Recentelijk nog herhaald in HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15 (*Tomasova*).

prejudiciële vragen ontstond gevaar voor uiteenlopende rechtspraak binnen de Unie. Dit gevaar heeft zich, gezien de in eerste aanleg als productie bijgevoegde uitspraken van andere hoogste Unierechters, ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Door schending van de verwijzingsplicht heeft de ABRvS bovendien daadwerkelijk een onjuiste uitleg gegeven van het materiële Unierecht, dat daardoor is geschonden. Onder deze omstandigheden heeft de ABRvS ook zelfstandig de prejudiciële verwijzingsplicht kennelijk geschonden.

37. [●] en het NJCM zijn zich ervan bewust dat voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak door schending van het Unierecht ('*Köbler-aansprakelijkheid*') een hoge drempel geldt. Dat is gezien de functie van de rechterlijke macht ook begrijpelijk. Zij zijn echter van mening dat deze drempel hier is gehaald. De veelvuldige onjuiste toepassing van fundamentele Unierechten, de consequente weigering om inhoudelijk te motiveren waarom, gelet op de uitleg in *Duitsland/B. en D.*, een verwijzing naar het algemene ambtsbericht een voldoende individuele beoordeling inhoudt en het - ongemotiveerd - niet stellen van prejudiciële vragen leiden tot deze conclusie.
38. [●] en het NJCM verwijzen verder naar de dagvaarding in eerste aanleg, waar alle bovenstaande argumenten uitgebreid zijn onderbouwd.
39. De rechtbank heeft de vorderingen van [●] en het NJCM bij vonnis van 18 oktober 2017 dan ook ten onrechte afgewezen. [●] en het NJCM kunnen zich met deze uitkomst niet verenigen. Door deze appeldagvaarding komen zij daartegen in hoger beroep. Hierna zullen zij hun grieven tegen het vonnis van de rechtbank uiteenzetten.

2 GRIEVEN

40. [●] en het NJCM verzoeken de volgende grieven tezamen en in onderling verband te beschouwen, in het licht van het voorgaande. Met de onderstaande grieven beogen [●] en het NJCM alle overwegingen van de rechtbank in dit hoger beroep te betrekken,

voor zover die ertoe hebben geleid dat de vorderingen van [●] en het NJCM zijn afgewezen.

41. Het oordeel van de rechtbank komt erop neer dat de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015 reeds op voorhand geen kennelijke schending van Unierecht oplevert, omdat deze uitspraak als gevolg van het gezag van gewijsde van de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008 geen betrekking had of kon hebben op het argument dat de toepassing van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag in het geval van [●] in strijd is met het Unierecht.
42. De grieven van [●] en het NJCM tegen de uitspraak van de rechtbank van 18 oktober 2017 kunnen worden onderverdeeld in twee hoofdpunten. Het oordeel van de rechtbank dat de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015 geen betrekking had of kon hebben op de strijdigheid met het Unierecht van het tegenwerpen van artikel 1F Vluchtelingenverdrag aan [●] is zowel op basis van het Nederlands bestuursprocesrecht als op basis van het Unierecht onjuist.
43. In het bijzonder kan de uitspraak van de rechtbank niet in stand blijven, nu:
 - De rechtbank het ne bis in idem-beoordelingskader onjuist heeft toegepast (**grief 1**);
 - De rechtbank heeft miskend dat de Brummen-lijn niet van toepassing is op de huidige procedure (**grief 2**); en
 - De uitspraak van de rechtbank in strijd is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel (**grief 3**).

Grief 1 : onjuiste toepassing van het ne bis in idem-beoordelingskader

44. In de rechtsoverwegingen 5.8, 5.10 en 5.12 overweegt de rechtbank ten onrechte dat:

"5.8 [...] In de uitspraak van 2 juli 2015 heeft de rechtbank Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) het toen - vóór het wijzen van de Afdelingsuitspraak van 2 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759 - geldende ne bis-in-idem-beoordelingskader toegepast, dat de rechtbank hierna - in navolging van de Afdeling - zal aanduiden als het 'ne bis-beoordelingskader'. Daarin kon de bestuursrechter - bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden daargelaten - pas tot een toetsing van een asielbesluit van gelijke strekking overgaan, indien en voor zover hij ambtshalve tot het oordeel was gekomen dat er nieuwe feiten (nova) waren. Daarbij was zonder betekenis waarom het bestuursorgaan de aanvraag had afgewezen. In het ne bis-beoordelingskader leidde het ontbreken van nova er daarom toe dat het beroep reeds daarom ongegrond was; de beroepsgronden werden door de bestuursrechter dus niet behandeld. Verg. r.o. 4.6. van ABRvS 2 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759.

[...]

5.10. Met hun betoog dat deze benadering, die ertoe leidt dat dit in 2010 gewezen arrest geen rol zou kunnen spelen bij het nieuwe intrekingsbesluit uit 2012, geen hout snijdt, gaan [●] cs eraan voorbij dat deze benadering is vastgelegd in staande jurisprudentie. Het toen geldende ne bis-beoordelingskader bood dus geen ruimte voor een inhoudelijke beoordeling van [●]s op het arrest B. en D. tegen Duitsland gegronde standpunten over de wijze waarop artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan hem tegengeworpen is. Dat in het intrekingsbesluit van 2012 door de IND is ingegaan op de standpunten van [●] over het arrest B. en D. tegen Duitsland, opende in het toen geldende ne bis-beoordelingskader niet de weg naar een inhoudelijke beoordeling door de rechter in de daarop volgende beroepsprocedure.

[...]

5.12. Nu nieuwe of gewijzigde jurisprudentie niet kwalificeert als een "novum" (nog daargelaten of het arrest B. en D. tegen Duitsland kan worden aangemerkt als nieuwe of gewijzigde jurisprudentie) en er evenmin sprake was van een relevante wijziging van het recht was er dus geen ruimte voor beoordeling van de tegen r.o. 5.4. van de uitspraak van de rechtbank gerichte grief door de Afdeling. De kennelijke ongegrondverklaring van het beroep van [●] in de uitspraak van 16 november 2015 heeft daarop dus geen betrekking."

45. Ten onrechte oordeelt de rechtbank dat de ongegrondverklaring van het hoger beroep van [●] in de uitspraak van 16 november 2015 geen betrekking had of kon hebben op de strijdigheid met het Unierecht van het tegenwerpen van artikel 1F Vluchtelingenverdrag aan [●].
46. De rechtbank miskent hierbij dat het ne bis in idem-beoordelingskader, waar zij hiernaar verwijst, in het bestuursrecht alleen geldt voor besluiten die worden genomen op een aanvraag die een herhaling is van een eerdere aanvraag, waarop een inhoudelijk besluit is genomen (een herhaalde aanvraag). Dit principe is verwoord in artikel 4:6 Awb:

"1. Indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden.

2. Wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, kan het bestuursorgaan zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking."

47. In de Memorie van antwoord II (nr. 2.103) staat:

"Het artikel komt aan de orde indien een belanghebbende om een nieuw besluit verzoekt. In dat geval geeft dit artikel het orgaan de bevoegdheid om een nieuwe aanvraag verkort af te doen als daarbij geen nieuwe gegevens of omstandigheden worden vermeld."

48. In de jurisprudentie wordt artikel 4:6 Awb analoog toegepast op het verzoek om terug te komen op een besluit.²⁰
49. Ook in asielzaken blijft het ne bis in idem-beoordelingskader beperkt tot herhaalde aanvragen of verzoeken om terug te komen op een besluit. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS van 22 juni 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1759), waarnaar de rechtbank zelf verwijst:

"3. Het ne bis-beoordelingskader houdt in asielzaken in dat, als de staatssecretaris na een eerder afwijzend besluit een besluit van gelijke strekking neemt, de vreemdeling door het instellen van beroep tegen het laatste besluit niet kan bereiken dat de bestuursrechter dat besluit toetst, als een eerste afwijzend besluit. Dit uitgangspunt geldt niet alleen voor besluiten genomen naar aanleiding van een nieuwe aanvraag, maar ook voor besluiten op een verzoek om terug te komen van een al dan niet op aanvraag genomen besluit (uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5088)."

50. Het ne bis in idem-beoordelingskader geldt dus alleen als er een aanvraag of verzoek van een belanghebbende ten grondslag ligt aan het besluit. Met andere woorden: als het initiatief voor het besluit bij de burger ligt. Het geldt niet als het bestuursorgaan op eigen initiatief een besluit neemt.
51. Bij toepassing van het ne bis in idem-beoordelingskader gaat het om de vraag wanneer een bestuursorgaan gehouden is zich

²⁰ Zie bijv. ABRvS 4 april 2003, *JB* 2003/139; CBb 6 augustus 1996, *JB* 1996/219 en CRvB 6 november 2003, *JB* 2004/29.

opnieuw inhoudelijk in een aanvraag dan wel verzoek te verdiepen. Dit is een andere situatie dan het geval - zoals in het geval van [●] - waarin een bestuursorgaan bevoegd is om terug te komen op een eerder gegeven begunstigende beschikking, doorgaans niet op initiatief van de begunstigde van die beschikking en tegen zijn wil in.

52. In de zaak van [●] heeft de Minister op eigen initiatief het (tweede) intrekingsbesluit van 21 februari 2012 genomen. Hieraan lag geen aanvraag of verzoek om herziening ten grondslag. Dit besluit betreft bovendien de intrekking van een begunstigende beschikking, namelijk de verblijfsvergunning van [●]. Het ne bis in idem-beoordelingskader speelt in de procedure tegen dit intrekingsbesluit dus geen rol. In dit geval dient het bestuursorgaan gewoon een volle, inhoudelijke ex nunc toetsing te verrichten voordat hij een besluit neemt. Dit is overigens ook daadwerkelijk gebeurd bij het nemen van het tweede intrekingsbesluit van 21 februari 2012, waarin de tegenwerping van artikel 1F Vluchtelingenverdrag aan [●]en zijn beroep op strijd met het Unierecht op grond van het arrest *Duitsland/B. en D* wordt betrokken.
53. De kennelijke ongegrondverklaring van de ABRvS in haar uitspraak van 16 november 2015 wordt daarom ook geacht te zien op de gronden die [●] had aangevoerd tegen het oordeel dat artikel 1F Vluchtelingenverdrag op hem van toepassing was, inclusief zijn beroep op het Unierecht en *Duitsland/B. en D*. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat de ongegrondverklaring van het hoger beroep van [●] daarop geen betrekking had of kon hebben.

Grief 2: Brummen-lijn is niet van toepassing

54. Ten onrechte overweegt de rechtbank in de rechtsoverwegingen 5.8., 5.9 en 5.11 dat:

"5.8. Niet ter discussie staat dat de rechtbank in de uitspraak van 13 mei 2008 uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft geoordeeld dat artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag

terecht is tegengeworpen aan [●], en dat tegen deze uitspraak geen hoger beroep is ingesteld. De tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan [●] is daarmee, zoals de Staat heeft betoogd, onherroepelijk geworden.

5.9 De rechtbank heeft in haar uitspraak van 2 juli 2015 dit toetsingskader onder 5.1 vooropgesteld en daarna toegepast. Onder 5.4 heeft de rechtbank de stellingen van [eiser sub 1] over de betekenis van het arrest B. en D. tegen Duitsland voor zijn zaak inhoudelijk verworpen, waarbij de rechtbank er (kennelijk) vanuit is gegaan dat dit arrest een nieuw element of nieuwe bevinding betrof, dan wel een relevante wijziging van het recht. Nieuwe of gewijzigde jurisprudentie is echter geen 'nieuw feit' in de hiervoor bedoelde zin. De inhoud van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie op zichzelf is geen grond is voor het doorbreken van het rechtens onaantastbaar zijn van besluiten (zie onder meer de uitspraken van de ABRvS van 2 maart 2011, LJN: BP6312 en 19 mei 2010, LJN: BM4952). Ook niet als in die jurisprudentie gewezen is op een mogelijke schending van fundamentele rechten. Van een gewijzigd rechtsregime is evenmin sprake."

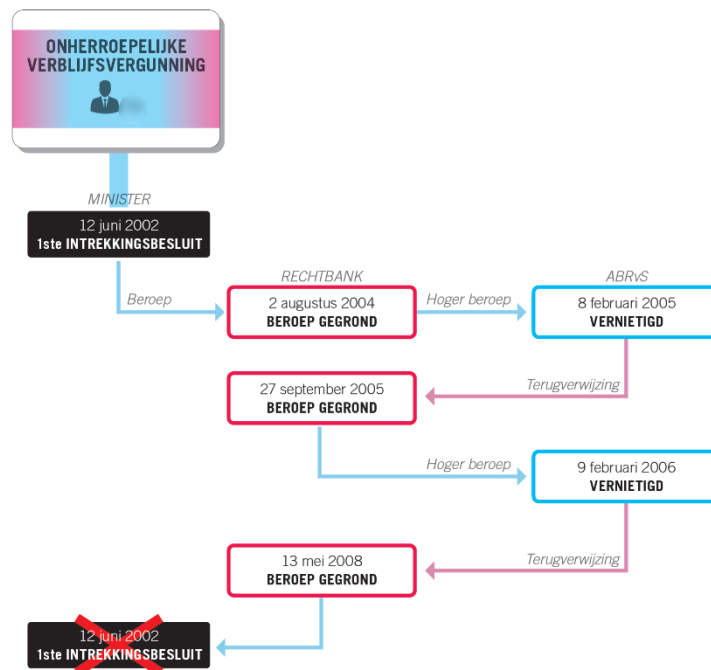
[...]

*5.11. Indien ten tweede male inhoudelijk beoordeeld wordt, terwijl daarvoor (vanwege het ontbreken van nova) geen ruimte bestaat, laat de appelrechter de tegen deze beoordeling gerichte gronden in hoger beroep buiten beschouwing. Verg. ABRvS 28 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9515, waarin de Afdeling in een vergelijkbaar geval overwoog:
"in verband hiermede kan het hiervoor onder 2.3 vermelde betoog van appellanten in dit geding geen rol spelen en zal dit betoog dan ook verder buiten beschouwing worden gelaten."*

55. Volgens de rechtbank is de toepassing van 1F op [●] en de verwerping van de Unierechtelijke argumenten door de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008 onherroepelijk geworden.
56. Voor een goed begrip van deze zaak is het allereerst van belang de lange juridische weg die [●] heeft moeten volgen nogmaals te bekijken. [●] heeft op 26 september 2001 een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd gekregen. Deze vergunning is onherroepelijk geworden. Op 12 juni 2002 heeft de Minister een besluit genomen waarin de onherroepelijke verblijfsvergunning van [●] werd ingetrokken (het 'eerste intrekingsbesluit'). Dit besluit is door de rechtbank op 2 augustus 2004 vernietigd, omdat de Minister niet mocht uitgaan van de juistheid van het ambtsbericht. De ABRvS heeft deze uitspraak echter op 8 februari 2005 vernietigd en terugverwezen naar de rechtbank. Hierop heeft de rechtbank het beroep van [●] op 27 september 2005 opnieuw gegrond verklaard. Maar op 9 februari 2006 vernietigde de ABRvS ook deze uitspraak. Zij verwees de zaak wederom naar de rechtbank die het beroep van [●] op 13 mei 2008 voor de derde keer gegrond verklaarde en het intrekingsbesluit van 12 juni 2002 vernietigde. De Minister is niet in hoger beroep gegaan tegen deze vernietiging van het intrekingsbesluit. Hiermee eindigde de procedure tegen het eerste intrekingsbesluit en behield [●] zijn verblijfsvergunning. Tot nu toe ging de bestuursrechtelijke procedure steeds over hetzelfde besluit, namelijk het intrekingsbesluit van 12 juni 2002.
57. Vervolgens gebeurde er vier jaar niets. Op 21 februari 2012 nam de Minister een nieuw besluit tot intrekking van de verblijfsvergunning van [●] (het 'tweede intrekingsbesluit'). De uitspraak van de rechtbank van 2 juli 2015 en van de ABRvS van 16 november 2015 gingen over dit tweede intrekingsbesluit.
58. Maar in de periode tussen het laatste oordeel over het eerste intrekingsbesluit van de ABRvS op 9 februari 2006 en het tweede intrekingsbesluit uit 2012 was in 2010 het arrest *Duitsland/B. en D.* geweest. In de procedure tegen het tweede intrekingsbesluit voerde [●] onder verwijzing naar dit arrest daarom ook tot in hoger beroep aan dat de Minister niet zonder individueel onderzoek tot

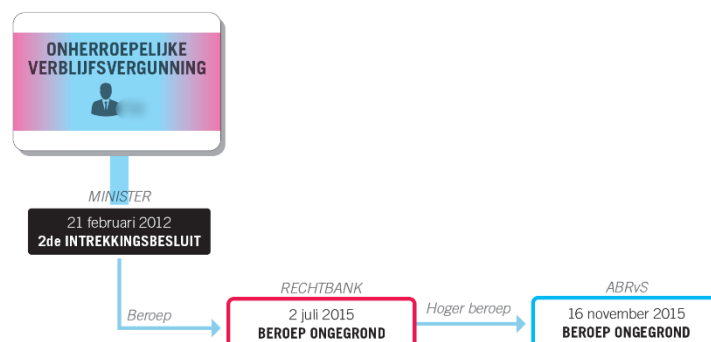
uitsluiting op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag mocht beslissen. De Minister en de rechtbank behandelden deze grond ook inhoudelijk maar wezen deze op inhoudelijke gronden af. Een overzicht van de procedures in de zaak van [●]ziet er als volgt uit:

Eerste procedure



Arrest Duitsland / B en D (2010)

Tweede procedure



59. In het bestuursprocesrecht geldt de zgn. 'Brummen-lijn'. De ABRvS heeft hierover het volgende bepaald²¹:

*"Anders dan voorheen [...] is de Afdeling thans van oordeel dat het niet instellen van hoger beroep tegen de eerdere uitspraak van de rechtbank tot gevolg heeft dat, indien in beroep tegen de nieuwe beslissing op bezwaar beroepsgronden worden aangevoerd, die door de rechtbank in die eerdere uitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen, de rechtbank van de juistheid van het eerder gegeven oordeel over die beroepsgronden heeft uit te gaan."*²²

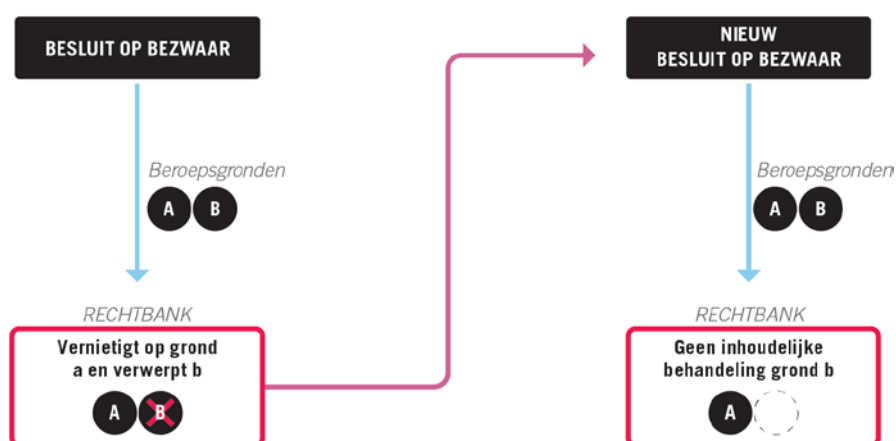
60. De rechtbank lijkt in rechtsoverweging 5.8. ook te verwijzen naar de Brummen-lijn door het gebruik van de woorden '*uitdrukkelijk en zonder voorbehoud*'. Dit impliciete beroep van de rechtbank op de Brummen-lijn is om twee redenen onjuist. Ten eerste kent de rechtbank aan de Brummen-lijn ten onrechte een bredere werking toe dan door de ABRvS is bepaald. Ten tweede is ook overigens het beroep op de Brummen-lijn in een geval als hier aan de orde onjuist en onrechtvaardig. Deze lijn is niet bedoeld voor gevallen als van [●]. Beide redenen zullen hieronder nader worden toegelicht.
61. **In de eerste plaats** kent de rechtbank aan de Brummen-lijn ten onrechte een bredere werking toe omdat deze lijn alleen ziet op de situatie dat opnieuw op bezwaar wordt besloten: "*indien in beroep tegen de nieuwe beslissing op bezwaar beroepsgronden worden aangevoerd [...]*". Met andere woorden: de Brummen-lijn ziet op de situatie van zogenaamde verlengde besluitvorming. Dat is de situatie dat, nadat de rechtbank een beslissing op bezwaar heeft vernietigd, door het bestuursorgaan opnieuw op bezwaar moet worden besloten. Die tweede beslissing op bezwaar gaat dan nog steeds over hetzelfde primaire besluit.

²¹ Ook van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 12 november 2003, AB 2004/206) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb 28 februari 2008, AB 2008/139).

²² ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003/355, m. nt. R.J.G.M. Widdershoven en P.A. Willemsen.

62. Een typische Brummen-situatie is de volgende: X. doet een aanvraag voor een bouwvergunning. Deze aanvraag wordt door het bestuursorgaan afgewezen. X. gaat in bezwaar tegen deze afwijzing. Het bestuursorgaan verklaart zijn bezwaar ongegrond en laat de afwijzing van de bouwvergunning in stand. X. gaat in beroep en voert tegen de beslissing op bezwaar twee gronden aan: a. en b. De bestuursrechter geeft X. gelijk met betrekking tot grond a. Grond b verwerpt hij uitdrukkelijk. X. gaat niet in hoger beroep tegen de beslissing van de bestuursrechter. Nu staat nog het primaire besluit van de afwijzing en het daartegen aangevoerde bezwaar van X. Het bestuursorgaan moet dan opnieuw op bezwaar beslissen met inachtneming van de uitspraak van de bestuursrechter. Het kan dat het bestuursorgaan het bezwaar opnieuw ongegrond verklaart en de afwijzing van de aanvraag van X. om een bouwvergunning in stand blijft. De Brummen-lijn houdt dan in dat X. in beroep tegen deze nieuwe beslissing op bezwaar geen beroep meer kan doen op grond b. De bestuursrechter zal deze grond in ieder geval niet meer inhoudelijk beoordelen, omdat hij dient uit te gaan van de juistheid van het eerdere rechterlijke oordeel dat hierover is gegeven.

'BRUMMEN'



Geen beroep ingesteld tegen eerste uitspraak rechtbank

63. De Brummen-lijn is dus beperkt tot de bestuursrechtelijke procedure tegen hetzelfde besluit en strekt zich niet uit tot procedures tegen andere besluiten. Ook Willemsen:

"In de vierde plaats vindt 'Brummen' geen toepassing in het geval het eerste rechterlijke oordeel betrekking had op een ander besluit in een ander geschil (zie ABRvS 13 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9253, AB 2005/320."²³

64. Ook de ABRvS is deze mening toegedaan.²⁴ Zij geeft hiervoor de volgende reden:

"Een andersluidend oordeel zou bovendien tot gevolg hebben dat een belanghebbende hoger beroep zou moeten instellen tegen een rechtbankuitspraak met het oog op eventuele toekomstige besluiten, hetgeen onwenselijk wordt geoordeeld."²⁵

De ABRvS acht het zelfs onwenselijk dat de bindende kracht van een rechtbankuitspraak over een besluit zich uitstrekt tot andere besluiten, omdat dit ertoe zou leiden dat een belanghebbende in hoger beroep moet gaan tegen deze uitspraak alleen om zijn positie veilig te stellen in procedures over besluiten waarvan hij op dat moment niet zeker weet of deze ooit zullen worden genomen.

65. Zie ook W. den Ouden:

"De beslissing op bezwaar betreft verlengde besluitvorming waarvoor andere regels (zouden moeten) gelden dan voor het terugkomen op beschikkingen buiten die context, waarmee

²³ Zie P.A. Willemsen, 'Wanneer vindt de Brummen-lijn geen toepassing' (nr.29.4), in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Ook Ortlep in zijn annotatie bij ABRvS 13 juli 2005, AB 2005/320.

²⁴ ABRvS 13 juli 2005, AB 2005/320, m. nt. R. Ortlep en ABRvS 20 juni 2007, AB 2008/130, m. nt. B.W.N. de Waard.

²⁵ ABRvS 13 juli 2005, AB 2005/320, m. nt. R. Ortlep.

belanghebbenden vaak in veel mindere mate rekening hoeven te houden."²⁶

66. Zo ook in het geval van [●]. De consequentie van de uitspraak van de rechtbank is immers dat [●] hoger beroep had moeten instellen tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008, terwijl het onderliggende intrekingsbesluit door de rechtbank in zijn voordeel was vernietigd, alleen voor het geval de Minister ooit - in dit geval vier jaar later - een nieuw intrekingsbesluit zou nemen. Dit standpunt is onjuist en wordt zelfs door de ABRvS verworpen.
67. Ook de uitspraak waarnaar de rechtbank in rechtsoverweging 5.11 verwijst (ABRvS 28 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007: AZ9515) gaat, anders dan bij [●], over een geval van verlengde besluitvorming, dus over de situatie dat opnieuw op bezwaar moest worden beslist.²⁷ Bij besluit van 20 december 2004 verleende het college van B&W van Nijefurd een bouwvergunning voor het oprichten van een garage/berging. Bij beslissing op bezwaar van 26 juli 2005 verklaarde het college de tegen de bouwvergunning gemaakte bezwaren ongegrond. Op 1 september 2005 verklaarde de bestuursrechter het beroep gegrond en vernietigde het besluit van 25 juli 2005. Het college nam vervolgens op 11 oktober 2005 een nieuwe beslissing op bezwaar en verklaarde de bezwaren opnieuw ongegrond. Ook tegen deze beslissing op bezwaar werd beroep ingesteld. Dit beroep werd op 1 juni 2006 ongegrond verklaard, waarna appellanten in hoger beroep gingen bij de ABRvS. Dit hoger beroep leidde tot de uitspraak van de ABRvS waarnaar de rechtbank in rechtsoverweging 5.11 verwijst (ABRvS 28 februari 2007 ECLI:NL:RVS:2007: AZ9515). In deze uitspraak overwoog de ABRvS dat bepaalde, door de appellanten aangevoerde gronden (over de vraag of het bouwplan in

²⁶ W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red), Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010, p. 691.

²⁷ Terzijde merken [●] en het NJCM hier nog op dat in de door de rechtbank aangehaalde procedure ging om de bouwvergunning voor het oprichten van een garage/berging. Het geval van [●] betreft de intrekking van zijn verblijfsvergunning en de schending Unierecht, waaronder fundamentele rechten uit het Handvest van de Europese Unie (zoals het recht op asiel) ook in overig opzicht gaat het hier dus niet om een 'vergelijkbaar geval', zoals de rechtbank in 5.11 wel overweegt.

overeenstemming is met de bebouwingsvoorschriften en de op het perceel rustende bestemming) geen rol meer kunnen spelen, omdat de rechtbank deze al in de uitspraak van 1 september 2005 uitdrukkelijk en zonder voorbehoud had verworpen en daartegen geen hoger beroep was ingesteld. Maar ondanks al dit heen en weer ge-pingpong ging het nog steeds over het primaire besluit van 20 december 2004. De besluitvormingsprocedure was nog niet afgerond.

68. Samenvattend gaat het in de zaak van [●] om twee verschillende besluiten en niet om verlengde besluitvorming. Het tweede intrekingsbesluit van 21 februari 2012 is geen (nieuwe) beslissing op bezwaar in de procedure tegen het eerste intrekingsbesluit van 12 juni 2002. Dit betekent dat de rechtskracht van de uitspraak van 13 mei 2008 over het eerste intrekingsbesluit zich niet uitstrekt tot de procedure over het tweede intrekingsbesluit van 21 februari 2012. De Brummen-jurisprudentie is op de situatie van [●] niet van toepassing. Bij het nemen van het tweede intrekingsbesluit lag het speelveld weer helemaal open en moest de Minister een volle ex nunc toetsing verrichten en heeft dat ook gedaan, hoewel op een onjuiste wijze. Noch de Minister, noch de rechtbank heeft met een beroep op de Brummen-lijn de Unierechtelijke argumenten van [●] terzijde geschoven.
69. De rechtbank heeft dus in r.o. 5.9 ten onrechte overwogen: *onder 5.4 heeft de rechtbank de stellingen van [eiser sub 1] over de betekenis van het arrest B. en D. tegen Duitsland voor zijn zaak inhoudelijk verworpen, waarbij de rechtbank er (kennelijk) vanuit is gegaan dat dit arrest een nieuw element of nieuwe bevinding betrof, dan wel een relevante wijziging van het recht.*
70. Anders dan de rechtbank oordeelt, heeft de bestuursrechter in zijn uitspraak van 2 juli 2015 de stellingen van [●] over de betekenis van het arrest *Duitsland/B. en D.* voor zijn zaak inhoudelijk behandeld, omdat hij terecht de Brummen-lijn niet heeft toegepast.
71. Ook de ABRvS heeft in de uitspraak van 16 november 2015 niets overwogen over de Brummen-lijn. Dit verweer komt nu in de civiele procedure over onrechtmatige rechtspraak voor het eerst aan de

orde. De kennelijke ongegrondverklaring van de ABRvS in haar uitspraak van 16 november 2015 moet daarom ook geacht worden te zien op de gronden die [●] had aangevoerd tegen het oordeel dat artikel 1F Vluchtelingenverdrag op hem van toepassing was, inclusief zijn beroep op het Unierecht en *Duitsland/B. en D.* De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat de ongegrondverklaring van het hoger beroep van [●] daarop geen betrekking had of kon hebben.

72. **In de tweede plaats** is het beroep van de rechtbank op de Brummen-lijn ten onrechte, omdat de toepassing van Brummen-lijn in een geval als hier aan de orde onjuist en onrechtvaardig is. Deze lijn is niet bedoeld voor gevallen als van [●]. Toepassing van de Brummen-lijn leidt - als gezegd - tot de onrechtvaardige consequentie dat [●] hoger beroep had moeten instellen tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008, terwijl het onderliggende intrekingsbesluit door de rechtbank in zijn voordeel was vernietigd, alleen voor het geval de Minister ooit - in dit geval vier jaar later - een nieuw intrekingsbesluit zou nemen. In het geval de doorwerking van een bestuursrechtelijke uitspraak zo onrechtvaardig uitpakt, moet dit in een civiele procedure achterwege blijven. Zie over uitzonderingen op de toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht, dat ook over doorwerking van bestuursrechtelijke uitspraken gaat:

*"De daaraan verbonden bezwaren kunnen evenwel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt bijgevolg af van de bijzonderheden van het gegeven geval."*²⁸

73. In het arrest *Bankier/DNB* heeft de Hoge Raad een uitzondering op de formele rechtskracht aangenomen, omdat het voor eiser destijds geen zin had om bij de bestuursrechter op te komen tegen het besluit:

²⁸ HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 (*Heesch/Van de Akker*).

"Niet aanvaard kan immers worden dat DNB, die zich in overeenstemming met de destijds geldende jurisprudentie tegenover eiser op het standpunt stelde dat deze geen belanghebbende bij het besluit was - een standpunt dat door de kort nadien door eiser geraadpleegde juridisch adviseur juist werd bevonden en, gelet op bedoelde jurisprudentie, toentertijd ook juist kon worden geacht - en hem dienovereenkomstig heeft bejegend, zich in deze procedure onder verwijzing naar de hiervoor vermelde wijziging in de jurisprudentie die zich ongeveer anderhalf jaar nadien voltrok, met succes erop zou kunnen beroepen dat eiser wel rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit was en dat dit dus ook jegens hem formele rechtskracht had, en daarmee voor hem onaantastbaar was. Een andere opvatting zou leiden tot het uit een oogpunt van billijkheid en rechtszekerheid onaanvaardbare gevolg dat, zonder dat de zwaarwegende belangen die door het beginsel van de formele rechtskracht worden gediend daartoe nopen, een wijziging in de rechtspraak van de bestuursrechters die klaarblijkelijk ertoe strekte de rechtsbescherming van de bij een besluit betrokkenen uit te breiden, hier juist het tegendeel zou bewerkstelligen."²⁹

Van een vergelijkbare onjuiste en onrechtvaardige situatie is ook in de zaak van [●] sprake: ook voor hem had het immers geen zin om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008. Dit kan hem daarom niet worden tegengeworpen.

74. Van belang is daarbij dat de ABRvS in het geval van [●] al twee keer eerder in hoogste instantie had geoordeeld dat uitgegaan moest worden van de juistheid van het ambtsbericht en zijn argumenten ongemotiveerd had verworpen. Het zou dus totaal zinloos zijn geweest om voor een derde keer in hoger beroep te gaan: het stond immers al vast hoe de ABRvS over de kwestie dacht in 2008, zeker omdat het arrest *Duitsland/B. en D.* nog niet

²⁹ HR 23 februari 2007, NJ 2007/503 (*Bankier/X*).

was geweest.³⁰ Dit bleek ook uit andere uitspraken van de ABRvS over hetzelfde onderwerp. Er bestond geen twijfel over de opvatting van de ABRvS op dit punt. Een hoger beroep tegen alleen dit punt zou daarom door de Afdeling niet eens inhoudelijk worden behandeld. Het niet instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008 kan ook daarom nu niet aan [●] worden tegengeworpen.

75. De conclusie is dan ook dat de rechtbank ten onrechte heeft bepaald dat de strijdigheid met het Unierecht van het tegenwerpen van artikel 1F Vluchtelingenverdrag aan [●] onherroepelijk is geworden door de uitspraak van 13 mei 2008. De toepassing van artikel 1F, het Unierecht en het arrest *Duitsland/B. en D.* moeten worden geacht volledig onderdeel te zijn geweest van de procedure tegen het tweede intrekingsbesluit en daarmee van de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015.

Grief 3: schending van het doeltreffendheidsbeginsel

76. Ten onrechte heeft de rechtbank in rechtsoverwegingen 5.13 tot en met 5.26 overwogen:

"5.13. [●] cs betogen dat deze uitkomst in strijd is met het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel. De rechtbank volgt hen niet in dit betoog en overweegt daartoe als volgt.

5.14. Het doeltreffendheidsbeginsel kan leiden tot een plicht voor het bestuursorgaan om een met het EU-recht strijdig besluit te heroverwegen. Dat was bijvoorbeeld aan de orde in HvJEU 4 oktober 2012, C-249/11 (Byankov) waarop [●] cs zich beroepen. Dat speelt hier niet. Het gaat in deze zaak om de gebondenheid in een juridische procedure aan een eerder gegeven rechterlijke uitspraak die gezag van gewijsde heeft. De door [●] cs voorgestane toepassing van het

³⁰ Zie aanvullend EHRM 11 januari 2007, AB 2007/76 (*Salah Sheekh/Nederland*). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt in deze zaak dat het niet instellen van hoger beroep bij de ABRvS niet aan de vreemdeling kan worden tegengeworpen als dit hoger beroep bij voorbaat kansloos is.

doeltreffendheidsbeginsel strekt ertoe het gezag van gewijsde van de uitspraak van 13 mei 2008, voor zover het betreft het oordeel over de tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan [●], te doorbreken.

5.15. Bij de toetsing van de gebondenheid van rechters aan eerder gegeven rechterlijke uitspraken met gezag van gewijsde, stelt het HvJEU steeds het grote belang van gezag van gewijsde in de nationale en communautaire rechtsorde voorop. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of na afloop van de voor deze beroepen voorziene termijnen, niet meer opnieuw in het geding kunnen worden gebracht. Verg. HvJEU 30 september 2003, C-224/01 (Köbler), punt 38 en HvJEU 16 maart 2006, C-234/04 (Kapferer), punt 20.

5.16. De wijze waarop het beginsel van gezag van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, is niet geharmoniseerd. Krachtens het beginsel van procedurele autonomie is dat een zaak van de interne rechtsordes van de nationale staten. Het doeltreffendheidsbeginsel waarop [●] cs het oog hebben, houdt in dat deze nadere regels de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Verg. het eerder aangehaald arrest Kapferer, en HvJEU 3 september 2009, C2/08 (Olimpiclub) punt 24.

5.17. Bij beoordeling van de vraag of het beginsel van gezag van gewijsde de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet de 'rule of reason' worden toegepast: het voorliggende geval moet worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van de bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken daarvan. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het

nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Verg. HvJEU 14 december 1995, C-213/93 (Peterbroeck), punt 14 en HvJEU 3 september 2009, C2/08 (Olimpiclub) punt 27.

5.18. Dat betekent dat in deze zaak moet worden onderzocht of toepassing van de destijds geldende ne bis-beoordelingskader, waaruit in dit geval voortvloeit dat het beginsel van gezag van gewijsde dient te worden gerespecteerd, kan worden gerechtvaardigd door de eerbiediging van het rechtzekerheidsbeginsel, gelet op de gevolgen die daaruit voortvloeien voor de toepassing van het gemeenschapsrecht. Verg. HvJEU 3 september 2009, C2/08 (Olimpiclub), punt 28.

5.19. Het gemeenschapsrecht gebiedt een nationale rechter niet om nationale procedureregels die een beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven. Verg. HvJEU 16 maart 2006, C-234/04 (Kapferer), punt 2, en HvJEU 3 september 2009, C2/08 (Olimpiclub), punt 23. 'Doorwerking' van gezag van gewijsde van een met het EU-recht strijdige beslissing in eenzelfde procedure, is dus niet in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel.

5.20. Hier is sprake van doorwerking van gezag van gewijsde van een uitspraak in dezelfde procedure: de uitspraak van de Afdeling van 2 juli 2015 is gedaan in dezelfde procedure over intrekking van de vergunning van [●] als de uitspraak van 13 mei 2008 over toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag, waaraan gezag van gewijsde toekomt.

5.21. Niet ter discussie staat dat dit gezag van gewijsde van de uitspraak van 13 mei 2008 ook zal doorwerken in eventuele volgende procedures over asielaanvragen van [●].

Ingeval van kennelijk schending van EU-recht, kan het doeltreffendheidsbeginsel vergen dat de met het gezag van gewijsde gediende rechtszekerheid opzij wordt gezet als een met het EU-recht strijdige uitspraak doorwerkt in andere rechterlijke uitspraken. Ook in dat geval staat het beginsel van rechtszekerheid voorop en legt het zwaarwegend gewicht in de schaal. Verg. HvJEU 6 oktober 2015, C-69/14 (Társia). Er kunnen zich echter situaties voordoen, waarin doorwerking van het gezag van gewijsde van met Unierecht strijdige uitspraken in andere gedingen, niet langer gerechtvaardigd wordt door de rechtszekerheid. Verg. HvJEU 18 december 2015, C-505/14 (Klausner Holz) en HvJ 3 september 2009, C-2/08 (Olimpiclub).

5.22. Bij deze stand van zaken is de rechtbank van oordeel dat de reeds nu vaststaande toekomstige doorwerking van het gezag van gewijsde van de uitspraak van 13 mei 2008 in andere procedures niet in strijd komt met het doeltreffendheidsbeginsel. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

5.23 Niet ter discussie staat dat doorwerking van het gezag van gewijsde verstrekkende gevolgen heeft voor [●] en zijn persoonlijk situatie vergaand bepaalt. Dat is echter niet doorslaggevend bij de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel.

5.24 Ook staat niet ter discussie dat de toekomstige doorwerking van het gezag van gewijsde in andere procedures [●] beperkt in zijn vrijheid van vestiging en in zijn vrijheid van verkeer: hij kan zich in beginsel niet in Nederland vestigen en loopt hier ten lande het risico uitgezet te worden. Hij kan ook geen nieuwe asielaanvraag indienen in een ander EU-land. Het praktische effect van de gestelde schending van EU-recht is voor [●] te vergelijken met het praktische effect (voor Byankov) in de door [●] cs aangehaalde zaak HvJEU 4 oktober 2012, C-249/11 (Byankov), waarin het doeltreffendheidsbeginsel het bestuursorgaan noopte tot

heroverweging van een besluit. De aard van de schending is echter niet gelijk: anders dan in de zaak Byankov is hier geen kennelijke schending van een fundamenteel recht van een Unieburger aan de orde. [●] is immers geen Unieburger die in één van de vier fundamentele vrijheden van de Unie beknot wordt.

5.25 Daar komt bij dat de gestelde schending van Unierecht – anders dan in de door eisers aangehaalde arresten – niet direct de materiële toepassing van het Unierecht betreft. Immers, over het (Unierechtelijke) criterium waaraan moet worden getoetst zijn partijen het eens. Tussen partijen staat niet ter discussie dat artikel 12, tweede lid, van de Definitierichtlijn, zoals uitgelegd in de Europese rechtspraak, een individuele beoordeling vereist. De discussie tussen partijen spitst zich toe op de wijze waarop feitelijk onderzoek wordt verricht met het oog op de toepassing van dit criterium. Een deel van het verwijt betreft bovendien de feitelijke uitvoering daarvan van het beleid door de IND: [●] cs stellen dat het leveren van tegenbewijs weliswaar op zichzelf mogelijk is, maar de facto onmogelijk is omdat de IND alle bewijs als ongeloofwaardig ter zijde schuift.

5.26 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het beroep op het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel niet opgaat. Als gevolg van het gezag van gewijsde van de uitspraak van 13 mei 2008, heeft de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015 geen betrekking op het tegenwerpen van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan [●]. Aan beoordeling van de gestelde onjuiste toepassing van Unierecht – met inbegrip van het niet stellen van een prejudiciële vraag – door de Afdeling wordt niet toegekomen."

77. De rechtbank heeft in de bovenstaande overwegingen ten onrechte geoordeeld dat het beroep van [●] op het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel niet opgaat. Een juiste toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel brengt immers mee dat de strijd van het Nederlandse 1F-beleid met het Unierecht wel degelijk onderdeel was

of geacht wordt te zijn van de procedure tegen het tweede intrekingsbesluit en dus ook van de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015. In ieder geval kan [●] nu bij deze vordering wegens onrechtmatige rechtspraak niet worden tegengeworpen dat hij geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de rechtbankuitspraak van 13 mei 2008. Een juiste toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel leidt tot de conclusie dat de uitspraak van de rechtbank niet in stand kan blijven en dat deze dient te worden vernietigd.

78. In essentie gaat het om de vraag wanneer het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel een nationale procesregel opzij zet die de rechtszekerheid beoogt te beschermen. Vooropgesteld dient te worden dat deze vraag enkel van belang is indien uw Hof oordeelt dat de uitspraak van de rechtbank van 13 mei 2008 naar nationaal recht wél gezag van gewijsde zou hebben in de procedure tegen het tweede intrekingsbesluit. In de grieven 1 en 2 hebben [●] en het NJCM al uitgebreid betoogd waarom dit volgens hen niet het geval is.

3.1 Het doeltreffendheidsbeginsel

3.1.1 Algemeen

79. Op basis van het doeltreffendheidsbeginsel mag een lidstaat de uitoefening van materiële Unierechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Het doeltreffendheidsbeginsel is een algemeen principe van Unierecht³¹ en vormt een uitwerking van het Europeesrechtelijk basisbeginsel dat Unierecht met directe werking prevaleert boven nationaal recht.³²
80. Het Unierecht moet dus zijn doorwerking vinden in de nationale rechtsorde. Dit is ook een taak voor nationale rechters. Ook de Nederlandse rechter is gehouden volle werking toe te kennen aan het Unierecht. Hij ziet toe op de naleving van het Unierecht binnen de Nederlandse rechtsorde en moet de volle werking en uniforme

³¹ Zie oa HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 (*Brasserie du Pêcheur SA t. Bondsrepubliek Duitsland*)

³² Zie ook HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11, r.o. 64 (*Hristo Byankov t. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatrešnite raboti*).

toepassing van het Unierecht waarborgen. Daarbij moet hij het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen op een wijze die bijdraagt aan eerbiediging van het Unierecht.³³

81. Bij gebrek aan Europese harmonisatie van procesrecht past de Nederlandse rechter het Unierecht toe aan de hand van de Nederlandse procesregels. Daarbij wordt het nationale procesrecht echter ingekaderd door het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel kan met zich brengen dat de Nederlandse rechter Nederlandse procesregels buiten toepassing moet laten. Er is sprake van "*beperking van de speelruimte waarbinnen het nationale procesrecht autonoom kan worden toegepast*".³⁴ Het doeltreffendheidsbeginsel voorkomt dat een beroep op materiële Unierechten wordt bemoeilijkt of onmogelijk wordt gemaakt.
82. De beperkingen die het Unierecht stelt aan de autonomie van het nationale procesrecht werden voor het eerst principieel vastgesteld in de gelijktijdig gewezen arresten van *Rewe*³⁵ en *Comet*³⁶. Hierin bepaalde het Hof van Justitie dat de toepassing van nationale procesregels wordt begrensd door twee voorwaarden: de nationale procesregels mogen niet ongunstiger zijn dan die gelden voor nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van de Unierechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).
83. Voor de vraag of een nationale procesregel de toepassing van het Unierecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden gekeken naar de plaats van die bepaling in de gehele

³³ HvJ EU 18 juli 2007, C-119/06, r.o. 60 (*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato t. Lucchini SpA*); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, r.o. 27 (*Maribel Dominguez t. Centre informatique du Centre Oust Atlantique, Préfet de la région Centre*).

³⁴ Prinssen, *Doorwerking van Europees recht: de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 33.

³⁵ HvJ EU 16 december 1976, C-33/76 (*Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG t. Landwirtschaftskammer für das Saarland*).

³⁶ HvJ EU 16 december 1976, C-45/76 (*Comet BV t. Produktschap voor Siergewassen*).

procedure, het verloop en de bijzondere kenmerken tegen de achtergrond van de verschillende nationale instanties.³⁷

3.1.2 Het doeltreffendheidsbeginsel en het gezag van gewijsde

84. Het doeltreffendheidsbeginsel kan zelfs meebrengen dat het Unierecht doorwerking vindt, en dat het nationale procesrecht opzij wordt gezet, ondanks dat de - in strijd met het Unierecht bepaalde - rechtspositie van een rechtzoekende volgens het nationale procesrecht definitief in rechte is vast komen te staan. Het nationale rechtszekerheidsbeginsel moet dan wijken voor het Unierecht.
85. Zo heeft het Hof van Justitie in recente rechtspraak in een aantal zaken het gezag van gewijsde opzijgeschoven vanwege het doeltreffendheidsbeginsel. In *Lucchini*³⁸ bepaalde het Hof van Justitie dat de Italiaanse procesregel van gezag van gewijsde buiten toepassing moest worden gelaten, omdat deze in de weg stond aan de terugvordering van staatssteun - verleend in strijd met het Unierecht -.³⁹ In *Olimpiclub*⁴⁰ bleef een definitief vastgesteld - met Unierecht strijdig - oordeel over een bruikleenovereenkomst Italië binden bij het vaststellen van besluiten over volgende belastingjaren. Honorering van het gezag van gewijsde had als gevolg gehad dat dit met het Unierecht strijdige oordeel elk belastingjaar opnieuw tot onjuiste toepassing van het Unierecht zou leiden, zonder dat dit kon worden bijgestuurd. Het Hof van Justitie vond dat deze voortdurende schending niet door het rechtszekerheidsbeginsel kon worden gerechtvaardigd.⁴¹

³⁷ HvJ EU 14 december 1995, C-312/93, r.o. 14 (*Peterbroeck, Van Campenhout & Cie GCV t. Belgische Staat*). Zie ook het gelijktijdig gewezen arrest, HvJ EU 14 december 1995, C-430/93 en C-413/93, r.o. 19 (*J. van Schijndel t. J.N.C. van Veen t. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*).

³⁸ HvJ EU 18 juli 2007, C-119/06 (*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato t. Lucchini SpA*).

³⁹ HvJ EU 18 juli 2007, C-119/06, r.o. 63 (*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato t. Lucchini SpA*).

⁴⁰ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate t. Fallimento Olimpiclub Srl*).

⁴¹ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08, r.o. 19-32 (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate t. Fallimento Olimpiclub Srl*).

86. Ook in *Byankov*⁴² en *Klausner Holz Niedersachsen*⁴³ heeft het Hof van Justitie bij de voorrang van het doeltreffendheidsbeginsel opnieuw gewezen op het belang van de ernst van de voortdurende schending en op de gevolgen die de toepassing van een nationale rechtsregel kan hebben voor de toepassing van het Unierecht en voor de gedupeerden.
87. In *Byankov* oordeelde het Hof van Justitie dat indien toepassing van een nationale procesregel tot gevolg heeft dat: (i) de aan het Unierecht ontleende rechten teniet worden gedaan, doordat deze nationale regel (ii) voor onbeperkte duur (iii) absolute rechtsgevolgen sorteert die (iv) vanuit het oogpunt van het Unierecht niet rechtmatig zijn, de toepassing van deze nationale regel niet redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel en dus moet worden aangemerkt als strijdig met doeltreffendheidsbeginsel.⁴⁴ Ook in *Klausner Holz Niedersachsen* zou honorering van het gezag van gewijsde tot een doorlopende schending van het Unierecht leiden.⁴⁵ In beide gevallen zette het Hof van Justitie het nationale rechtszekerheidsbeginsel opzij voor de juiste doorwerking van het Unierecht.
88. Ten slotte moest het rechtszekerheidsbeginsel wijken voor het doeltreffendheidsbeginsel in het arrest *Danqua*.⁴⁶ In deze zaak had Ghanees staatsburger Danqua te maken met een Ierse vervaltermijn van vijftien dagen. Omdat die termijn was verstreken werd haar verzoek tot vluchtelingenrechtelijke bescherming afgewezen. Volgens het Hof van Justitie was deze korte vervaltermijn strijdig met het doeltreffendheidsbeginsel. Daarbij achtte het Hof van belang dat door toekenning van internationale vluchtelingbescherming, verzoekers zoals Danqua hun meest fundamentele rechten behouden.⁴⁷ Het Hof van Justitie kende bijzonder gewicht toe aan de

⁴² HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Hristo Byankov t. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*).

⁴³ HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH t. Land Nordrhein-Westfalen*).

⁴⁴ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 78-81.

⁴⁵ HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, r.o. 43 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH t. Land Nordrhein-Westfalen*).

⁴⁶ HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (*Evelyn Danqua t. Minister for Justice and Equality*).

⁴⁷ HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15, r.o. 24-49 (*Evelyn Danqua t. Minister for Justice and Equality*).

"moeilijke situatie waarin zij zich op menselijk en materieel vlak kunnen bevinden" en dat de vervaltermijn bemoeilijkt dat "verzoekers om subsidiaire bescherming daadwerkelijk toegang hebben tot de rechten die richtlijn 2004/38 hun verleent."⁴⁸

3.2 De rechtbank heeft niet op de juiste wijze aan de vereisten van het doeltreffendheidsbeginsel getoetst

89. Om te beoordelen of de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015 onrechtmatige rechtspraak oplevert waarvoor de Nederlandse Straat aansprakelijk is, had de rechtbank ten minste op basis van het doeltreffendheidsbeginsel op een juiste wijze moeten toetsen of de ABRvS terecht geacht kon worden uit te zijn gegaan van het gezag van gewijsde van de met het Unierecht strijdige rechtbankuitspraak uit 2008. De rechtbank heeft deze toetsing echter niet, althans niet op de juiste wijze uitgevoerd. De rechtbank heeft zodoende miskend dat het toepassen van regels van nationaal procesrecht (te weten de Brummen-lijn en het ne bis in idem-beoordelingskader) en het toekennen van gezag van gewijsde aan de rechtbankuitspraak uit 2008 de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Om deze reden is de uitspraak van de rechtbank strijdig met het doeltreffendheidsbeginsel.

90. De rechtbank overweegt in rov. 5.17 in eerste instantie terecht dat:

"bij de beoordeling van de vraag of het beginsel van gezag van gewijsde de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet de 'rule of reason' worden toegepast."

91. Dit betekent dat de vraag of het doeltreffendheidsbeginsel zich in het voorliggende geval verzet tegen de toepassing van het gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak uit 2008 moet worden onderzocht met inachtneming van drie factoren, te weten:⁴⁹

⁴⁸ HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15, r.o. 45-49 (*Evelyn Danqua t. Minister for Justice and Equality*).

⁴⁹ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 73, 75 en 78; HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub Srl*), r.o. 27 en 28; HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH*), r.o.41 en 42 en HvJ EU 6 oktober 2015, C-69/14 (*Társia*), r.o. 36.

- (i) de plaats van de nationale procesregel in de gehele procedure;
- (ii) het verloop en de bijzondere kenmerken van de procedure voor de verschillende nationale instanties; en
- (iii) de gevolgen die de toepassing van de nationale procesregel heeft voor de toepassing van het Unierecht en voor de gedupeerden.

92. De rechtbank heeft de bovengenoemde vereisten echter niet, of in ieder geval niet op de juiste wijze toegepast. Dit wordt als volgt toegelicht.

3.2.1 De rechtbank heeft ten onrechte geen rekening gehouden met de plaats van de nationale procesregel in de gehele procedure

93. Hoewel de rechtbank in rechtsoverweging 5.17 expliciet noemt dat bij de beoordeling van de begrenzendende werking van het doeltreffendheidsbeginsel rekening dient te worden gehouden met de plaats van de nationale procesregel in de gehele procedure, toetst de rechtbank vervolgens in het geheel niet aan dit vereiste. Reeds om deze reden dient te worden geconcludeerd dat de rechtbank het doeltreffendheidsbeginsel onjuist heeft toegepast.

94. Toepassing van dit vereiste leidt namelijk tot de conclusie dat het doeltreffendheidsbeginsel zich wel degelijk verzet tegen toepassing van het gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak uit 2008.

95. De nationale procesregels die zich volgens de rechtbank in deze zaak zouden verzetten tegen een inhoudelijke beoordeling van de kennelijke schending van het Unierecht, namelijk het ne bis in idem-beoordelingskader dan wel de Brummen-lijn, zijn immers niet ontwikkeld om in een situatie als de onderhavige beperkend te werken.

96. Allereerst geldt het ne bis in idem-beoordelingskader alleen als er een aanvraag of verzoek van een belanghebbende ten grondslag ligt aan het besluit. Dit is in de huidige procedure niet aan de orde, nu het tweede intrekingsbesluit op initiatief van de Minister, en

(vanzelfsprekend) niet op aanvraag van [●] is genomen (zie verder grief 1).

97. De Brummen-lijn heeft, ten tweede, tot doel de rechtszekerheid te dienen door in de verlengde besluitvorming rechtskracht toe te kennen aan een rechterlijk oordeel. In de deze zaak is echter geen sprake van verlengde besluitvorming en is de toepassing van de Brummen-lijn bovendien onjuist en onrechtvaardig (zie hierover grief 2).
98. Dit alleen al maakt dat in deze procedure het rechtszekerheidsbeginsel van ondergeschikt belang is aan het doeltreffendheidsbeginsel. Dit geldt te meer nu fundamentele Unierechten ernstig en voortdurend worden geschonden door het toekennen van gezag van gewijsde aan de met het Unierecht strijdige rechtbankuitspraak uit 2008. In *Olimpiclub* oordeelde het Hof van Justitie dat het doeltreffendheidsbeginsel bij uitstek in dergelijke gevallen dient te prevaleren boven het rechtszekerheidsbeginsel:

"29 Een dergelijke toepassing van het beginsel van het gezag van gewijsde heeft dus tot gevolg dat, gesteld dat de definitief geworden rechterlijke uitspraak steunt op een met het gemeenschapsrecht strijdige uitlegging van de gemeenschapsvoorschriften [...], de onjuiste toepassing van deze regels wordt herhaald voor elk nieuw [...]jaar, zonder dat deze onjuist uitlegging kan worden bijgestuurd.

30. Derhalve luidt de conclusie dat beletsels van een dergelijke omvang voor de daadwerkelijke toepassing van de gemeenschapsregels [...] niet redelijkerwijs kunnen worden gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel en dus in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel moeten worden geacht."⁵⁰

⁵⁰ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub Srl*), r.o. 29 en 30. Zie ook HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH*), r.o.43.

3.2.2 De rechtbank heeft ten onrechte geen rekening gehouden met het verloop en de bijzondere kenmerken van de procedure voor de verschillende nationale instanties

99. De rechtbank noemt in rechtsoverweging 5.17 ook expliciet dat bij de beoordeling van de begrenzendende werking van het doeltreffendheidsbeginsel rekening dient te worden gehouden met het verloop en de bijzondere kenmerken van de procedure voor de verschillende nationale instanties. Niettemin besteedt de rechtbank verder geen aandacht aan dit vereiste. Nergens in de juridische beoordeling van het geschil gaat de rechtbank in op het uitgebreide verloop van de asielprocedure van [●], terwijl deze procedure nu juist bij uitstek zeer lang heeft geduurd en het eerste intrekingsbesluit drie keer door de bestuursrechter is vernietigd, waarna [●] nog vier jaar lang rechtmatig in Nederland verbleef voordat de Minister in 2012 zijn verblijfsvergunning voor de tweede keer introk.
100. Zo heeft de rechtbank in de uitspraak miskend dat [●] zich jarenlang - tussen 2001 tot 2015 - en stelselmatig in verschillende instanties heeft verzet tegen toepassing van het ambtsbericht op zijn situatie. [●] heeft daarbij steeds aangegeven dat hij geen mensenrechtenschendingen heeft gepleegd. Zodra het arrest *Duitsland/B. en D.* meer duidelijkheid had verschaft over de eisen die het Unierecht stelt aan een individueel onderzoek, heeft hij ook dit arrest aangevoerd tegen de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag op hem.
101. In 2008 heeft de rechtbank, na zes jaar procederen, het beroep van [●] tegen het eerste intrekingsbesluit gegrond verklaard. Het is onredelijk, onrechtvaardig en onjuist om van [●] te verlangen dat hij hiertegen hoger beroep in had moeten stellen met het oog op een mogelijk tweede intrekingsbesluit. Zijn beroep was immers wel gegrond verklaard. Alleen de beroepsgrond gericht tegen de met Unierecht strijdige toepassing van artikel 1F was door de rechtbank afgewezen met verwijzing naar eerdere Afdelingsjurisprudentie. De ABRvS had in de zaak van [●] al twee keer eerder in hoogste instantie geoordeeld dat uitgegaan moest worden van de juistheid van het Nederlandse 1F-beleid en had [●]'s argumenten dat hij geen mensenrechtenschendingen had gepleegd, verworpen. Het zou dus

ook nog eens zinloos zijn geweest voor [●] om voor een derde keer beroep in te stellen tegen het 1F-oordeel van de rechtbank: het stond immers al vast hoe de Afdeling over de kwestie dacht in 2008.⁵¹ Dit bleek ook uit andere uitspraken van de Afdeling over hetzelfde onderwerp.

102. Bovendien was het arrest *Duitsland/B. en D* van het Hof van Justitie in 2008 nog niet geweest. Een hoger beroep tegen enkel het 1F-oordeel van de rechtbank zou daarom door de Afdeling niet eens inhoudelijk worden behandeld (hierover ook grief 2).
103. Voorts heeft de rechtbank in de uitspraak geen overwegingen gewijd aan het onredelijke karakter, in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel, van het tweede intrekingsbesluit, dat pas vier jaar na de beëindiging van de slepende procedure tegen het eerste intrekingsbesluit is genomen en elf jaar na het eerste intrekingsbesluit. Maar inmiddels was het arrest *Duitsland/B. en D.* geweest en dit arrest hoorde een rol te spelen bij het tweede intrekingsbesluit. [●] heeft dit arrest ook aangevoerd in de procedure tegen het tweede intrekingsbesluit. [●] heeft dus geen enkele mogelijkheid laten lopen om de toepassing van het ambtsbericht in zijn zaak te betwisten op grond van het Unierecht. De rechtbank heeft dit alles miskend.
104. Overigens heeft ook de Minister zelf in dit tweede intrekingsbesluit een standpunt ingenomen over de verenigbaarheid van het ambtsbericht met het Unierecht, hiermee de indruk wekkend dat de Unierechtelijke-kwestie niet onherroepelijk vaststond. Bovendien heeft de Staat het verweer dat de rechtbankuitspraak uit 2008 gezag van gewijsde zou hebben niet gevoerd bij het beroep en hoger beroep tegen dit tweede intrekingsbesluit maar pas voor het eerst in deze civiele procedure.
105. De rechtbank heeft geen van bovenstaande omstandigheden overwogen en heeft daarom onvolledig en onjuist aan het doeltreffendheidsbeginsel getoetst.

⁵¹ Zie aanvullend EHRM 11 januari 2007, AB 2007/76 (*Salah Sheekh/Nederland*).

3.2.3 De rechtbank heeft ten onrechte geen rekening gehouden met de gevolgen van de nationale regeling voor de toepassing van het Unierecht en voor [●]

106. Ten slotte heeft de rechtbank ten onrechte geen rekening gehouden met de gevolgen van de nationale regeling voor de toepassing van het Unierecht en voor [●].
107. Zoals hierboven reeds uiteen is gezet, oordeelde het Hof van Justitie in *Byankov* dat indien toepassing van een nationale procesregel tot gevolg heeft dat: (i) de aan het Unierecht ontleende rechten teniet worden gedaan, doordat deze nationale regel (ii) voor onbeperkte duur (iii) absolute rechtsgevolgen sorteert die (iv) vanuit het oogpunt van het Unierecht niet rechtmatig zijn, de toepassing van deze nationale regel niet redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel en dus moet worden aangemerkt als strijdig met de beginselen van doeltreffendheid en loyale samenwerking.⁵²
108. Het toekennen van gezag van gewijsde aan de rechtbankuitspraak uit 2008 in de onderhavige procedure voldoet aan bovenstaande vereisten en is daarom in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel.
109. Toepassing van het gezag van gewijsde in deze zaak doet namelijk fundamentele Unierechten teniet die zijn opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de EU ("**EU-Handvest**"), zoals het recht op asiel (artikel 18 EU-Handvest), het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (artikel 47 EU-Handvest) en het recht op een eerlijk proces (artikel 48 EU-Handvest). Toepassing van het gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak uit 2008 heeft namelijk tot gevolg dat de intrekking van [●]'s verblijfsvergunning gebaseerd blijft op een met het Unierecht strijdige premisse, waardoor deze intrekking strijdig is met het Unierecht.
110. Deze fundamentele Unierechten worden bovendien voor onbeperkte duur teniet gedaan en het toekennen van gezag van gewijsde aan de met het Unierecht onverenigbare rechterbankuitspraak uit 2008

⁵² HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 78-81.

sorteert ten slotte absolute rechtsgevolgen. [●] kan nooit meer als vluchteling worden toegelaten in Nederland of een andere EU-lidstaat. Hij kan nooit meer een legale status krijgen binnen het grondgebied van de Unie. [●] zal, met andere woorden, nooit meer ongeacht welk recht in de EU kunnen verkrijgen.

111. De gevolgen van de toepassing van het gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak uit 2008 zijn dus voor [●] onomkeerbaar en zeer ernstig. De met het Unierecht strijdige absolute rechtsgevolgen zullen dus in de toekomst worden herhaald zonder dat deze onrechtmatigheid kan worden bijgestuurd, hetgeen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in het bijzonder van belang is bij de beoordeling van de begrenzende werking van het doeltreffendheidsbeginsel.⁵³
112. De rechtbank erkent in rechtsoverweging 5.21 dat: "*niet ter discussie staat dat dit gezag van gewijsde van de uitspraak van 13 mei 2008 ook zal doorwerken in eventuele volgende procedures over asielaanvragen van [●]*" en in rechtsoverweging 5.23 dat "*niet ter discussie staat dat doorwerking van het gezag van gewijsde verstrekkende gevolgen heeft voor [●] en zijn persoonlijk[e] situatie vergaand bepaalt*". De rechtbank erkent in rechtsoverweging 5.24 zelfs dat: "*het praktische effect van de gestelde schending van EU-recht is voor [●] te vergelijken met het praktische effect (voor Byankov) in de door [●] cs aangehaalde [Byankov]-zaak.*"
113. Niettemin oordeelt de rechtbank in rechtsoverweging 5.23 dat deze verstrekkende, absolute en onomkeerbare rechtsgevolgen die het toekennen van gezag van gewijsde aan de rechtbankuitspraak uit 2008 voor [●] en voor de toepassing van het Unierecht sorteert "*niet doorslaggevend [zijn] bij de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel*". [●] en het NJCM kunnen de rechtbank niet volgen in dit oordeel, dat overigens in het geheel niet wordt onderbouwd of toegelicht. Zoals hierboven is weergegeven, is het 'gevolgen-criterium' op grond van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie één van de vereisten van (de begrenzende werking van) het

⁵³ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub Srl*), r.o. 30 en HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH*), r.o. 43.

doeltreffendheidsbeginsel.⁵⁴ Nergens in deze rechtspraak van het Hof van Justitie is bepaald dat dit criterium niet doorslaggevend zou (kunnen) zijn.

114. Bovendien bestaat onder deze omstandigheden van een ernstige en voortdurende schending volgens het Hof van Justitie zelfs de verplichting om een met Unierecht strijdige uitspraak of besluit zelf te herzien of te heroverwegen.⁵⁵ Dit geldt dan helemaal voor gevallen die een minder ernstige inbreuk op de rechtszekerheid maken zoals aan de orde is in de zaak van [●], waarbij rechten zijn afgenomen en niet zijn toegekend en derden niet zijn betrokken, laat staan waardoor rechten van derden zouden worden aangetast.

3.3 De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel niet van toepassing is, omdat sprake is van doorwerking van gezag van gewijsde van een uitspraak in dezelfde procedure

115. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 5.20 ten onrechte overwogen dat de uitspraak van de Afdeling uit 2015 is gedaan "*in dezelfde procedure over intrekking van de vergunning van [●] als de uitspraak van 13 mei 2008 over de toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag, waaraan gezag van gewijsde toekomt*". Dit is om twee redenen onjuist.
116. **Allereerst** gaat het, zoals in grief 2 uitgebreid is aangetoond, in het geval van [●] om twee verschillende procedures. De uitspraak van 13 mei 2008 is geweest in de procedure tegen het eerste intrekkingbesluit van 12 juni 2002. De uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015 is gedaan in de procedure tegen het tweede intrekkingbesluit van 21 februari 2012. De rechtbank heeft dit miskend.
117. Nu het gaat om twee verschillende procedures geldt het volgende. Het Hof van Justitie heeft over deze gevallen geoordeeld dat het in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel als het gezag van

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 78.

⁵⁵ Zie HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 78.

gewijsde van een uitspraak zich zou uitstrekken tot andere (vervolg)zaken (ook tussen dezelfde partijen) en ook in die gedingen de doorwerking van het Unierecht zou frustreren. 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.⁵⁶

118. In het arrest *Olimpiclub* overwoog het Hof van Justitie:

"29 In dit verband dient te worden vastgesteld, zoals de verwijzende rechter trouwens zelf doet, dat deze uitlegging niet alleen belet dat een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde opnieuw in geding wordt gebracht, ook al bevat deze beslissing een schending van het gemeenschapsrecht, maar bovendien belet dat naar aanleiding van de rechterlijke toetsing van een andere beslissing van de bevoegde belastingoverheid ten aanzien van dezelfde belastingplichtige, doch voor een ander belastingjaar een vaststelling betreffende een gemeen fundamenteel punt in een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde opnieuw in twijfel wordt getrokken.

*30 Een dergelijke toepassing van het beginsel van het gezag van gewijsde heeft dus tot gevolg dat, gesteld dat de definitief geworden rechterlijke uitspraak steunt op een met het gemeenschapsrecht strijdige uitlegging van de gemeenschapsvoorschriften betreffende misbruik inzake btw, de onjuiste toepassing van deze regels wordt herhaald voor elk nieuw belastingjaar, zonder dat deze onjuiste uitlegging kan worden bijgestuurd."*⁵⁷

119. Overigens staat het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel ook in de weg aan het toepassen van de Brummen-lijn in gedingen waarin partijen strijden over dezelfde rechtsvraag indien dat zou betekenen

⁵⁶ Zie HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen*); HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub*).

⁵⁷ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub*).

dat de strijd met het Unierecht wordt gecontinueerd of herhaald in die latere gedingen. Zo schrijft Widdershoven in zijn annotatie bij *Olimpiclub*:

*"Op grond van de zaak Olympiclub mag de Brummenregel mijn inziens echter niet worden toegepast in andere gedingen waarin dezelfde partijen strijden over dezelfde rechtsvraag, wanneer dat zou betekenen dat een onjuiste uitlegging van het EG-recht in de eerste zaak moet worden herhaald in die andere gedingen. Deze beperking wordt door de Nederlandse bestuursrechters in louter nationale zaken overigens al in acht genomen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op ABRvS 13 juli 2005, AB 2005, 320, m.nt. Ortlep; JB 2005, 255, m.nt. EvdL, waarin de Afdeling bepaalde dat 'de rechtskracht van het oordeel van de rechtbank (...) dat het bouwwerk in strijd is met het bestemmingsplan, tegen welke uitspraak geen hoger beroep is ingesteld, beperkt is tot het handhavingsgeschil en zich niet uitstrekt tot het thans aan de orde zijnde geschil betreffende de weigering van de bouwvergunning (...)'. Zie voor andere relevante rechtspraak, Ortlep & Willemsen 2007, p. 304, noot 36, en P.A. Willemsen, 'Wat valt er wel en wat valt er niet onder de Brummenlijn? En voor wie?', JBplus 2006/2, p. 46-57, in het bijzonder p. 53-54. Tot nu toe werd deze lijn door de Nederlandse bestuursrechters 'vrijwillig' gevolgd. Door de zaak Olympiclub wordt zij thans voorgeschreven door het EG-recht, althans in die situaties waarin een mogelijke schending van EG-recht aan de orde is."*⁵⁸

120. **Ten tweede** is onjuist het oordeel van de rechtbank in r.o. 5.19 dat doorwerking van het gezag van gewijsde van een met het Unierecht strijdige beslissing in eenzelfde procedure niet in strijd zou zijn met het doeltreffendheidsbeginsel. Dit oordeel wordt in het geheel niet ondersteund door de Europese jurisprudentie.

⁵⁸ HvJ EU 3 september 2009, C-2/08 AB 2009, 335 (*Fallimento Olympiclub*), onder 7. van zijn annotatie. Idem Prechal en Widdershoven (red.), Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 396.

121. Zo verzette het doeltreffendheidsbeginsel zich zowel in het *Byankov*-arrest als in het *Danqua*-arrest tegen de doorwerking van het gezag van gewijsde van een met het Unierecht strijdige beslissing, terwijl daar geen sprake was van twee verschillende procedures.⁵⁹ Het doeltreffendheidsbeginsel kan zich op basis van de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dus evenzeer verzetten tegen de doorwerking van het gezag van gewijsde indien sprake is van eenzelfde procedure. Een andere benadering zou de (nuttige) werking van het doeltreffendheidsbeginsel te zeer beperken.
122. Bij de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel dient immers altijd de hierboven uiteengezette 'rule of reason'-toets als uitgangspunt te worden gehanteerd. Onderdeel van deze 'rule of reason'-toets is het gevolgcriterium (zie ook onder 3.2.3 hierboven). Het feit dat een met het Unierecht strijdige beslissing doorwerkt in meerdere latere procedures, is slechts één van de factoren die een rol kunnen spelen bij toepassing van het gevolgcriterium. Dit blijkt ook duidelijk uit de *Olimpiclub*-uitspraak waar de rechtbank in rechtsoverweging 5.19 aan refereert:

" 27 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. [...] Er dient dus met name te worden onderzocht of de hierboven uiteengezette uitlegging [...] kan worden gerechtvaardigd door de eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel, gelet op de gevolgen die daaruit voortvloeien voor de toepassing van het gemeenschapsrecht.

[...]

⁵⁹ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 19-27 en HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (*Danqua*), r.o. 18-22.

30 *Een dergelijke toepassing van het beginsel van het gezag van gewijsde heeft dus tot gevolg dat, gesteld dat de definitief geworden rechterlijke uitspraak steunt op een met het gemeenschapsrecht strijdige uitlegging van de gemeenschapsvoorschriften betreffende misbruik inzake btw, de onjuiste toepassing van deze regels wordt herhaald voor elk nieuw belastingjaar, zonder dat deze onjuiste uitlegging kan worden bijgestuurd."*

3.4 De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel is beperkt tot Unieburgers die in één van de vier fundamentele vrijheden worden beknot

123. Zoals [●] en het NJCM onder 3.2 hebben uiteengezet, volgt uit het arrest *Byankov* dat het doeltreffendheidsbeginsel voorrang heeft op het nationale rechtszekerheidsbeginsel bij een ernstige, voortdurende schending van het Unierecht die absolute rechtsgevolgen sorteert.
124. De rechtbank erkent dat bovenstaande ook aan de orde is bij [●]. De rechtbank is in rechtsoverweging 5.23 van mening dat de (doorwerking van de) rechtbankuitspraak van 13 mei 2008 "*verstreckende gevolgen heeft voor [●] en zijn persoonlijke situatie vergaand bepaalt*". De rechtbank overweegt vervolgens (in rechtsoverweging 5.24) dat de rechtbankuitspraak uit 2008:

*"[●] beperkt in zijn vrijheid van vestiging en in zijn vrijheid van verkeer: hij kan zich in beginsel niet in Nederland vestigen en loopt hier ten lande het risico uitgezet te worden. Hij kan ook geen nieuwe asielaanvraag indienen in een ander EU-land. Het praktische effect van de gestelde schending van het EU-recht is voor [●] te vergelijken met het praktische effect (voor *Byankov*) in de door [●] cs aangehaalde [*Byankov*]-zaak [...], waarin het doeltreffendheidsbeginsel het bestuursorgaan noopte tot heroverweging van een besluit."*

125. Toch oordeelt de rechtbank dat het doeltreffendheidsbeginsel in de onderhavige zaak geen toepassing vindt, omdat: "*anders dan in de zaak *Byankov* is hier geen kennelijke schending van een*

fundamenteel recht van een Unieburger aan de orde. [●] is immers geen Unieburger die in één van de vier fundamentele vrijheden van de Unie beknot wordt."

126. Hiermee miskent de rechtbank dat de rechtsregel uit *Byankov* zich niet beperkt tot Unieburgers die in één van de vier fundamentele vrijheden van de Unie worden beknot. Dit blijkt duidelijk uit het *Danqua*-arrest, waarin het Hof van Justitie het doeltreffendheidsbeginsel toepast in een zaak waarin het evenzeer ging om de rechten van asielzoekers, en in dit kader oordeelde dat asielverzoeken van vluchtelingen "*bijzonder belangrijk [zijn], voor zover op grond daarvan kan worden gewaarborgd dat verzoekers om internationale bescherming [...] hun meest essentiële rechten behouden.*"⁶⁰ In dit arrest ging het om een Ghanese vluchteling, die geen Unieburger was, en om een schending van fundamentele rechten, niet zijnde één van de vier vrijheden. Ook in deze gevallen moet de nationale regel van rechtszekerheid dus wijken voor de juiste toepassing van het Unierecht als sprake is van een ernstige en voortdurende schending van Unierecht met absolute rechtsgevolgen.
127. Annotator Reneman merkt bij het *Danqua*-arrest op:

"Het Hof past een belangenafweging toe waarin het nadrukkelijk rekening houdt met de 'meest essentiële rechten' die voor asielzoekers op het spel staan en de moeilijke positie waarin zij verkeren.

[...]

In de eerste plaats erkent het Hof dat 'de procedure voor de behandeling van verzoeken om subsidiaire bescherming bijzonder belangrijk is' omdat voor asielzoekers hun 'meest essentiële rechten' op het spel staan. Het Hof van Justitie houdt dus rekening met het aard van het recht dat aan de orde is. Ook andersoortige bestuursrechtelijke procedures

⁶⁰ HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (*Danqua*), r.o. 42-45. Zie ook annotatie Reneman in AB 2017/83 bij het *Danqua*-arrest.

dan asielzaken kunnen natuurlijk EU fundamentele rechten van de betrokkenen betreffen.

[...]

In alle gevallen waarin een belanghebbende betoogt dat een termijn (of andere nationale procedureregeling, zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 oktober 2012, zaak C-249/11, Byankov, AB 2012/375, m.nt. Widdershoven, JV 2012/479, m.nt. Boeles) de effectiviteit van een door het Unierecht toegekend recht ondermijnt, zal de rechter alle belangen moeten afwegen. Daarbij komt bijzonder gewicht toe aan fundamentele rechten. Daarnaast zal de rechter rekening moeten houden met zowel algemene kenmerken van de groep waartoe de belanghebbende behoort, als de individuele omstandigheden van de belanghebbende."⁶¹

128. Ook past het Hof van Justitie het doeltreffendheidsbeginsel toe in andere zaken dan de vier fundamentele vrijheden, bijvoorbeeld op het gebied van staatssteun.⁶²
129. In de onderhavige zaak zorgt de toepassing van het gezag van gewijsde voor een inbreuk op de meest fundamentele Unierechten, zoals het recht op asiel en het recht op een eerlijk proces. Deze beide rechten vloeien rechtstreeks voort uit het EU-Handvest (zie, respectievelijk, artikel 18 van het EU-Handvest (recht op asiel), en artikel 48 van het EU-Handvest (recht op een eerlijk proces)), en liggen eveneens ten grondslag aan artikel 12, lid 2, van de Definitierichtlijn.
130. Het oordeel van de rechtbank dat het doeltreffendheidsbeginsel enkel zou zien op een schending van de vier fundamentele vrijheden is, zoals gezegd, niet in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Bovendien doet dit oordeel af aan het doel en de nuttige werking van het doeltreffendheidsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel waarborgt immers dat "de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet

⁶¹ HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (*Danqua*), AB 2017/83, m. nt. M. Reneman.

⁶² Zie HvJEU 11 november, C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen*).

onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt".⁶³ Het doeltreffendheidsbeginsel zou de "door het Unierecht verleende rechten" niet kunnen waarborgen indien dit enkel zou zien op schendingen van de vier regels van vrij handelsverkeer en niet op schendingen van de fundamentele Unierechten die zijn vastgelegd in het EU-Handvest.

131. Om deze reden moet worden geconcludeerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel enkel zou zien op de situatie dat een Unieburger wordt beknot in één van de vier fundamentele vrijheden.
132. Bovendien heeft de rechtbank miskend dat het Unierecht wel degelijk op [●] van toepassing is. [●] heeft immers gedurende een flinke tijd een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd gehad in Nederland. De toekenning van deze verblijfsvergunning aan [●], en het legale verblijfsrecht in een EU-lidstaat dat hieruit voortvloeide, heeft [●]'s Unierechten (van verblijf) geactiveerd. Het Unierecht was en is dus op [●] van toepassing, zeker in een geval als dit, waarin de intrekking van [●]'s verblijfsvergunning maakt dat [●]'s Unierechten teniet worden gedaan.

3.5. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel niet opgaat, omdat de gestelde schending van Unierecht niet direct de materiële toepassing van het Unierecht zou betreffen

133. Ten onrechte heeft de rechtbank het in rechtsoverweging 5.25 relevant geacht om een onderscheid te maken tussen situaties die zien op de schending van een materiële bepaling van het Unierecht en situaties die zien op de toepassing van het Unierecht.
134. Allereerst heeft de rechtbank in het geheel niet onderbouwd of toegelicht waar dit onderscheid op is gebaseerd. [●] en het NJCM zijn in ieder geval niet bekend met Europese jurisprudentie of wetgeving die een dergelijk onderscheid ondersteunen.

⁶³ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 69.

135. Belangrijker is dat dit onderscheid kunstmatig is. Het gaat erom dat een rechterlijke uitspraak, die in hoogste instantie is geweest, kennelijk onverenigbaar is met het Unierecht. Of deze kennelijke onverenigbaarheid voortvloeit uit een schending van een materiële bepaling van het Unierecht of uit een schending van de wijze van toepassing van dit materiële Unierecht, is niet eenduidig vast te stellen en ook overigens niet van belang: in beide gevallen is sprake van een schending van het Unierecht waar het doeltreffendheidsbeginsel op ziet.
136. Overigens betwist [●] dat de onderhavige situatie zou zien op een schending van de wijze van toepassing van het Unierecht en niet op een schending van het materiële Unierecht zelf. De rechtbankuitspraak uit 2008, waarin is geoordeeld dat het Nederlandse 1F-beleid rechtmatig is, is namelijk direct in strijd met materiële bepalingen van het Unierecht, te weten artikel 12, lid 2 van de Definitierichtlijn en het arrest *Duitsland / B. en D.*.
137. Derhalve heeft de rechtbank in dit geval ten onrechte waarde gehecht aan het onderscheid tussen situaties die zien op de schending van een materiële bepaling van het Unierecht en situaties die zien op de wijze van toepassing van het Unierecht.
138. Bij al het voorgaande komt nog eens dat de rechtbankuitspraak uit 2008 is gedaan zonder dat prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie (door de rechtbank, dan wel door de ABRvS, eerder in de eerste intrekkingprocedure). Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie vormt het feit dat een rechterlijke uitspraak berust "op een onjuiste uitlegging van het [Unie]recht gegeven zonder dat het [Hof van Justitie] is verzocht om een prejudiciële beslissing" "één van de voorwaarden op grond waarvan een verplichting tot heronderzoek kan bestaan."⁶⁴ De rechtbank heeft deze voorwaarde in het geheel niet meegenomen.

3.6. Conclusie

⁶⁴ HvJ EU 12 februari 2008, C-2/06 (*Willy Kempter*), r.o. 39.

139. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de rechtbank het doeltreffendheidsbeginsel niet, dan wel niet op de juiste wijze heeft toegepast.
140. Ten eerste heeft de rechtbank niet onderzocht of, dan wel miskend dat het toekennen van gezag van gewijsde aan rechtbankuitspraak van 13 mei 2008 de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. In dit kader heeft de rechtbank:
- (i) Ten onrechte geen rekening gehouden met de plaats van de nationale procesregel in de gehele procedure;
 - (ii) Ten onrechte geen rekening gehouden met het verloop en de bijzondere kenmerken van de procedure voor de verschillende nationale instanties; en
 - (iii) Ten onrechte geen rekening gehouden met de gevolgen van de nationale regeling voor de toepassing van het Unierecht en voor [●].
141. Ten tweede heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat het beroep van [●] op het doeltreffendheidsbeginsel niet opgaat. De rechtbank heeft in dit kader:
- (i) Ten onrechte geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel niet van toepassing zou zijn, omdat sprake is van doorwerking van gezag van gewijsde van een uitspraak in dezelfde procedure
 - (ii) Ten onrechte geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel enkel van toepassing zou zijn op de vier fundamentele vrijheden;
 - (iii) Ten onrechte geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel enkel van toepassing zou zijn op Unieburgers;

- (iv) Ten onrechte waarde gehecht aan het onderscheid tussen schending van een materiële bepaling van het Unierecht en schending van de wijze van toepassing van het Unierecht; en
- (v) Miskend dat de met het Unierecht onverenigbare rechtbankuitspraak uit 2008 is gedaan zonder dat prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie.

142. Toepassing van de bovenstaande vereisten leidt tot de conclusie dat het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel zich in de onderhavige zaak verzet tegen het toekennen van gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak van 13 mei uit 2008. De uitspraak van de rechtbank van 18 oktober 2017 in onderhavige zaak kan daarom niet in stand blijven en dient te worden vernietigd.

3 PREJUDICIELE VRAGEN

143. Mocht bij het Hof nog twijfel bestaan over de uitleg van het voor deze zaak relevante Unierecht, dan ligt het voor de hand hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.
144. Prejudiciële vragen over onrechtmatige rechtspraak wegens schending van Unierecht door een hoogste rechter worden in de praktijk steeds ook gesteld in eerdere (feitelijke) rechterlijke instanties. Zie bijvoorbeeld de zaken *Köbler/Oostenrijk*, *Traghetti del Mediterraneo I* en *Traghetti del Mediterraneo II* en tot slot *Ferreira da Silva/ Portugal*.
145. Op grond van al hetgeen [●] en het NJCM in eerste aanleg - in hoger beroep ingelast en herhaald - en in hoger beroep hebben aangevoerd, wordt met de uitspraak van 16 november 2015 van de ABRvS het Unierecht kennelijk geschonden. De Staat betwist dit. Voor het oordeel hierover is bepalend de uitleg van artikel 12 Definitierichtlijn en de betekenis van het arrest *Duitsland/B. en D.*, alsmede vraag of de ABRvS haar prejudiciële verwijzingsplicht heeft geschonden. [●] en het NJCM stellen daarom concreet de volgende prejudiciële vragen voor:

- Verzet het Unierecht en meer bepaald artikel 12 lid 2 van Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004, mede gezien het arrest *Duitsland/B. en D* (HvJ 9 november 2010, C-57/09 en C-101/09), zich tegen een nationaal beleid dat een hele groep vluchtelingen categoriaal uitsluit van vluchtelingenbescherming door te bepalen dat ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat alle personen met een bepaalde functie binnen een organisatie zich schuldig hebben gemaakt aan één van de in dit artikel van de Richtlijn genoemde misdrijven, zonder daarbij individueel onderzoek te doen naar de specifieke feiten en omstandigheden van de vluchteling en welke rol die vluchteling daadwerkelijk heeft gespeeld, terwijl de bewijslast op de vluchteling ligt om te bewijzen dat hij een significante uitzondering vormt op dit beleid en een dergelijke uitzondering alleen wordt aangenomen als aan vooraf bepaalde cumulatieve voorwaarden is voldaan?
- Moet artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, mede gezien het arrest *Ferreira da Silva/Portugal* (HvJ 9 september 2015, C-160/14), zo worden uitgelegd dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verplicht was het Hof van Justitie EU te verzoeken om een prejudiciële beslissing voordat zij het in de eerste vraag beschreven beleid in overeenstemming met het Unierecht achtte, dit gelet op de arresten *Duitsland/B. en D* (HvJ 9 november 2010, C-57/09 en C-101/09), het feit dat nationale lagere rechtbanken over deze vraag tegenstrijdige beslissingen hadden gegeven en dat de uitleg van het Unierecht door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geleid tot uiteenlopende rechtspraak binnen de Unie, omdat overige hoogste rechters in de Unie van mening zijn dat op grond van het Unierecht niet door een categoriale beoordeling tot uitsluiting van vluchtelingenbescherming mag worden besloten, maar daarvoor individueel onderzoek naar de specifieke feiten en omstandigheden van de vluchteling is vereist?

- Brengt het Unierecht, waarbij met name valt te denken aan het doeltreffendheidsbeginsel, mee dat, om de volle doorwerking van het Unierecht te verzekeren, in omstandigheden als in de overwegingen van deze uitspraak geschetst, geen gezag van gewijsde toekomt aan een rechterlijke uitspraak die, zoals dit blijkt een later antwoord op een prejudiciële vraag moet worden uitgelegd, in strijd is met het Unierecht, als dit zou zorgen voor herhaling of continuering van deze schending van fundamentele Unierechten in een andere procedure?⁶⁵

4 BEWIJS

146. [●] en het NJCM bieden bewijs aan van al hun stellingen zonder daarmee een bewijslast te aanvaarden die rechtens niet op hen rust.
147. [●] en het NJCM wensen dit te bewijzen met alle middelen rechtens, in het bijzonder door de in eerste aanleg overgelegde producties en de in hoger beroep in te brengen producties.
148. Indien de Staat enige andere dan de in de vorige alinea aangeduide stellingen van [●] en het NJCM mocht betwisten en het Hof van oordeel mocht zijn dat de bewijslast ter zake op [●] en het NJCM ligt, dan bieden [●] en het NJCM ook aan die stelling te bewijzen.

MITSDIEN:

te horen eisen en concluderen dat het vonnis waarvan beroep door het gerechtshof zal worden vernietigd en dat het gerechtshof, opnieuw rechtdoende, bij arrest, voor zover rechtens mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

⁶⁵ De formulering van deze prejudiciële vraag is gebaseerd op de vraag die het CBb aan het Hof van Justitie heeft gesteld in de zaak Kühne & Heitz. Zie HvJ EU 13 januari 2004, C-453/00 (*Kühne & Heitz*). Het CBb schetst eerst de omstandigheden van het dossier en vraagt dan naar de uitleg van Unierecht "in omstandigheden als in de overwegingen van deze uitspraak geschetst". Het Hof van Justitie beantwoordt de vraag ook met inachtneming van deze omstandigheden. Deze benadering lijkt [●] en het NJCM ook in onderhavige zaak aangewezen om de vraag goed uit de verf te laten komen.

(a) **Primair**

verklaart voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015, 201505981/1/V2, waarin het Unierecht, meer specifiek het vereiste dat de bevoegde autoriteiten een individueel onderzoek moeten verrichten voordat zij een vreemdeling op grond van artikel 12, lid 2, van de Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 uitsluiten van vluchtelingenbescherming, kennelijk wordt geschonden.

Subsidiar

verklaart voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de uitspraak van de ABRvS van 16 november 2015, 201505981/1/V2, waarin de prejudiciële verwijzingsplicht van artikel 267 VWEU kennelijk wordt geschonden.

- (b) de Staat veroordeelt in de kosten van het geding in beide instanties, alsmede in de gebruikelijke nakosten (zowel zonder als met betekening), te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak.

Deurwaarder

De kosten van dit exploit zijn: