

Gerechtshof Den Haag
Zaaknummer: 200232293-1
Zitting: 12 november 2018 om 9.30 uur

PLEITAANTEKENINGEN

inzake:

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

eisers,

procesadvocaat: mr. L. Di Bella

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

tegen:

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

Gedaagde,

procesadvocaat: mr. E.C. Pietermaat

1 INLEIDING

1. Deze zaak gaat in de eerste plaats over de heer X. Hij kan er helaas niet bij zijn vandaag. Als hij naar Nederland zou afreizen, loopt hij het risico dat hij daarna niet meer kan terugkeren naar Duitsland en in Nederland in bewaring wordt gesteld. In het pleidooi bij de rechtbank hebben wij daarom een videoboodschap van de heer X. laten zien. Daarin vertelde hij zijn ervaringen en zijn verhaal. We zullen dat vandaag niet herhalen. Zijn persoonlijke situatie is hetzelfde gebleven. De heer X. heeft als gevolg van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("**de Afdeling**") van 16 november 2015 geen enkel recht meer in Nederland. Hij mag als gevolg van de uitspraak niet meer in Nederland zijn en moet terug naar Afghanistan.
2. Tegelijkertijd is het belang in deze zaak groter dan dat van de heer X. alleen. Wij staan hier omdat het Nederlandse beleid over Afghaanse vluchtelingen die (onder)officier van de KhaD/WAD zijn geweest ("**Afghaanse 1F-ers**") in strijd is met het Unierecht. Er is geen sprake van een individueel onderzoek voordat artikel 1F Vluchtelingenverdrag¹, of artikel 12 lid 2 Definitierichtlijn², wordt tegengeworpen. De Afdeling - en daarmee de Staat - heeft het Unierecht kennelijk geschonden door dit beleid te honoreren zonder hierover de verplichte prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU ("**Hof van Justitie**").
3. Dit geldt niet alleen in de zaak van de heer X. Het geldt in algemene zin voor de honderden Afghaanse vluchtelingen in dezelfde situatie. Het Nederlands Juristen Comité ("**NJCM**") komt op voor hun belangen en voor de (toepassing van) mensenrechten in Nederland. Daarom procedeert het NJCM mee in deze zaak.

2 OPZET PLEIDOOI

4. In de procedure tot nu toe hebben X. en het NJCM hun vordering al uitgebreid uiteengezet en onderbouwd. Dit pleidooi zal geen herhaling van zetten worden. Wel willen X. en het NJCM nog ingaan

¹ Artikel 1F van het VN Verdrag betreffende de Status van Vluchtelingen uit 1951.

² Artikel 12 lid 2 van Richtlijn 2011/95/EU.

op een paar onderwerpen. Eerst licht ik toe waarom *juist* de uitspraak van 16 november 2015 van de Afdeling een kennelijke schending van Unierecht oplevert. De uitspraken waarin de Afdeling de categoriale uitsluiting van (onder)officieren van de KhaD/WAD op basis van omkering van de bewijslast toelaatbaar acht, zijn in strijd met het Unierecht wegens het ontbreken van een individueel onderzoek. In het arrest *Duitsland/D. en B.* van 9 november 2010 legt het Hof van Justitie expliciet uit aan welke eisen een individuele beoordeling moet voldoen. Vanaf dan is deze rechtspraak van de Afdeling ook *kennelijk* in strijd met het Unierecht. Ik ga daar zo verder op in.

5. Daarna licht ik nader toe waarom de ongegrondverklaring van het hoger beroep van de heer X. in de uitspraak van 16 november 2015 wel ging (of in ieder geval had *moeten* gaan) over de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de strijdigheid daarvan met het Unierecht. Dit betekent dus dat het oordeel van de rechtbank op dit punt onjuist is.
6. Aan het einde van dit pleidooi komen kort de ingebrachte dossiers van de andere Afghaanse vluchtelingen aan bod. Het is zoals aangegeven niet de bedoeling om te herhalen waarom het Nederlandse 1F-beleid over de Afghaanse (onder)officieren in strijd is met het Unierecht. Dit is in de schriftelijke stukken al voldoende onderbouwd. De heer X. en het NJCM willen - in reactie op de Memorie van Antwoord van de Staat - met de dossiers onderstrepen dat verklaringen en bewijsstukken niet inhoudelijk worden beoordeeld. Van een individueel onderzoek is dus geen sprake.
7. In deze eerste termijn zullen wij niet ingaan op het betoog dat het NJCM niet-ontvankelijk zou zijn. De Staat heeft namelijk geen hoger beroep ingesteld tegen het – wat NJCM betreft – juiste oordeel van de rechtbank. Mocht het Hof hierover vragen hebben, of de Staat hierop zo nog terugkomen, dan zijn wij uiteraard graag bereid hier nader op in te gaan.

3 DE UITSPRAAK VAN 16 NOVEMBER 2015 LEVERT EEN KENNELIJKE SCHENDING VAN UNIERECHT OP

8. De grondslag van de vordering van X. en het NJCM is onrechtmatige rechtspraak door kennelijke schending van het Unierecht.
9. In *Duitsland/D. en B.* verduidelijkt het Hof van Justitie welke eisen precies gelden voordat een lidstaat mag besluiten om een vluchteling uit te sluiten van vluchtelingenbescherming op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag of artikel 12 lid 2 van de Definitierichtlijn. De beslissingsautoriteit is verplicht tot een individueel onderzoek van specifieke feiten en omstandigheden. Nagegaan moet bijvoorbeeld worden welke rol de betrokken persoon daadwerkelijk heeft gespeeld bij concrete daden.
10. Het arrest *Duitsland/D. en B.* maakte duidelijk dat het Nederlandse beleid van categoriale uitsluiting en omkering van de bewijslast bij Afghaanse 1F-ers in strijd is met het Unierecht, omdat geen sprake is van een individueel onderzoek. Dit brengt uiteraard ook mee dat de besluiten die toepassing geven aan dat beleid en zijn genomen voor *Duitsland/D. en B.* in strijd zijn met het Unierecht. Hetzelfde geldt voor de uitspraken van de Afdeling waarin zij oordeelde dat dit beleid toelaatbaarheid is: ook deze uitspraken zijn in strijd met het Unierecht.
11. Het besluit, waarbij de onherroepelijke verblijfsvergunning van de heer X. is ingetrokken, is genomen op 21 februari 2012. Dus na het arrest *Duitsland/D. en B.* Ook na *Duitsland/D. en B.* laat de Afdeling besluiten tot intrekking van een verblijfvergunning in stand die zijn genomen op basis van de categoriale uitsluiting van Afghaanse 1F-ers en omkering van de bewijslast, dus zonder individueel onderzoek zoals vereist door het Unierecht. Vanaf dan is dit niet alleen meer een schending van Unierecht, maar zelfs een kennelijke schending van Unierecht.
12. De Afdeling had die uitspraken niet mogen doen zonder hierover prejudiciële vragen te stellen. Het was absoluut niet duidelijk of het Nederlandse beleid een voldoende individueel onderzoek zoals

vereist door het Unierecht inhiel. Integendeel: alles wees juist in de tegenovergestelde richting.

13. Uitspraken van andere hoogste Unierechters en lagere rechtspraak waren daarnaast tegengesteld aan die van de Afdeling. De uitleg van dit begrip leverde bovendien herhaaldelijk moeilijkheden op in verschillende lidstaten. Dit blijkt ook uit de prejudiciële vragen die andere hoogste rechters over het onderwerp hebben gesteld aan het Hof van Justitie (niet alleen *Duitsland/D. en B.*, maar bijvoorbeeld ook de arresten *Lounani/België, H.T./Duitsland, K. en H.F./Nederland en België* en *Ahmed/Hongarije*).³ De Afdeling heeft dus de prejudiciële verwijzingsplicht van artikel 267 VWEU geschonden.⁴
14. In zijn annotatie bij het arrest *K. en H.F./Nederland en België* schrijft Klaassen (JV 2018, 136):

"Mij lijkt met name een prejudiciële vraag over de omkering van de bewijslast bij het categorisch tegenwerpen van art. 1F Vv en art. 12 lid 2 EU-Definitierichtlijn wenselijk."
15. De Afdeling heeft in de uitspraak van 16 november 2015 het arrest *Duitsland/D. en B.* kennelijk miskend. Ook schendt de uitspraak zowel een duidelijke materiële bepaling van Unierecht als de prejudiciële verwijzingsplicht. Onder deze omstandigheden levert dat onrechtmatige rechtspraak op wegens de kennelijke schending van Unierecht.⁵
16. Samengevat werd in de uitspraken vóór 2010 het Unierecht al wel geschonden, maar was pas in de uitspraken na 2010 sprake van een kennelijke schending van Unierecht. Dat is de reden dat nu deze uitspraak voorligt.

³ HvJ EU 31 januari 2017m C-573/14 (*Lounani*), HvJ EU 24 juni 2015, C-373/13 (*H.T./Duitsland*), HvJ EU 3 mei 2018, C-331/16 en C-366/16 (*K en H.F./Nederland en België*) en HvJ EU 13 september 2018, C-369/17 (*Ahmed*).

⁴ HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, AB 2016, 1 (*Ferreira da Silva/Portugal*), m. nt. Ortlep. Ook HvJ 6 oktober 1982 C-283/81, NJ 1983 (*Cilfit*). Zie ook CBb 9 februari 2018, AB 2018, 84. In deze uitspraak oordeelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat geen sprake is van een acte clair als nationale instanties in eerdere aanleg tegenstrijdig oordelen.

⁵ HvJ 30 september 2003, C-224/01, AB 2003, 429 (*Köbler/Oostenrijk*).

17. De stelling van de Staat dat deze uitspraak vandaag voorligt, omdat andere uitspraken verjaard zouden zijn, is dus onjuist. In dit kader hebben de heer X. en het NJCM zich bij de rechtbank ook niet ter zitting uitgelaten over verjaring (anders dan de Staat betoogt onder 1.8 van de MvA).
18. Kortom, in deze procedure ligt precies de juiste uitspraak voor. In tegenstelling tot wat de Staat aanneemt (onder 1.6. van de Memorie van Antwoord), heeft de rechtbank ook niet geoordeeld dat de verkeerde uitspraak aan de orde is. Het vonnis van de rechtbank bepaalt wel ten onrechte dat de uitspraak van 16 november 2015 wegens het ne bis in idem-beoordelingskader geen betrekking had of kon hebben op de vraag of de tegenwerping van artikel 1F Vluchtelingenverdrag in strijd was met het Unierecht. Hierna zal ik toelichten waarom dit oordeel onjuist is.

4 HET OORDEEL OVER 1F MAAKT DEEL UIT VAN DE PROCEDURE EN VAN DE UITSPRAAK ABRVS

19. Voorop staat dat de heer X. op 14 juli 1999 in het bezit is gesteld van de zogenoemde voorwaardelijke vergunning tot verblijf. Hij heeft vervolgens op 26 september 2001 een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd gekregen. Er was dus sprake van een onherroepelijke verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Die is vervolgens ingetrokken. Van voorwaardelijk verblijf was dan ook geen sprake.

4.1 Het Nederlandse bestuursprocesrecht

20. De hoofdregel in het bestuursrecht is dat bestuursorganen ex nunc besluiten, met inachtneming van alle feiten en omstandigheden, en de stand van het recht, zoals die zijn op het moment van het nemen van het besluit. Uiteraard moet bij deze integrale ex-nunc beoordeling ook de actuele stand van de jurisprudentie worden meegenomen.
21. Daarom heeft de Minister bij het intrekingsbesluit van 21 februari 2012 de strijdigheid van de 1F-tegenwerping met het Unierecht, het *arrest Duitsland/D. en B.* en het vereiste van een individueel

onderzoek betrokken.⁶ De heer X. heeft beroepsgronden gericht tegen de oordelen van de Minister over deze onderwerpen. De rechtbank heeft de beroepsgronden en het arrest *Duitsland/D. en B.* inhoudelijk behandeld in rechtsoverweging 5.4.⁷ De heer X. heeft tegen deze rechtsoverweging grieven aangevoerd in hoger beroep.⁸ Als de Afdeling het hoger beroep van de heer X. dan op 16 november 2015 kennelijk ongegrond verklaart, ziet deze ongegrondverklaring logischerwijs ook op de grieven tegen de toepassing van 1F Vluchtelingenverdrag en de strijdigheid met het Unierecht.⁹

22. Aan deze conclusie doet niet af dat de heer X. geen specifieke grieven heeft gericht tegen rechtsoverweging 5.1 van de rechtbank uitspraak van 2 juli 2015. De heer X. is opgekomen tegen de strijdigheid met het Unierecht van de 1F tegenwerping, omdat in zijn zaak geen individueel onderzoek had plaatsgevonden. Op dit onderwerp gaat de rechtbank in de uitspraak uit 2015 in onder overweging 5.4 van de uitspraak. Het was dus voldoende om hiertegen grieven te richten.
23. Daar komt bij dat rechtsoverweging 5.1. geen inhoudelijk oordeel of dragende rechtsoverweging bevat. In deze inleidende rechtsoverweging is slechts een juridisch raamwerk beschreven. Bovendien heeft mr. Van Eik, de raadvrouw van de heer X., in het hoger beroepschrift expliciet aangegeven dat de grieven ook de overige rechtsoverwegingen die daarmee samenhangen aantasten.¹⁰ Dit verweer van de Staat gaat dus niet op. In ieder geval kan nu niet worden tegengeworpen dat een grief tegen rechtsoverweging 5.1. had moeten worden ingesteld.

Artikel 4:6 Awb en het 'ne bis in idem beoordelingskader'

⁶ Zie productie 15 van de dagvaarding in eerste aanleg: beschikking Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 21 februari 2012.

⁷ Zie productie 16 van de Conclusie van Antwoord van de Staat: uitspraak Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) van 2 juli 2015 (kenmerk 12/9011).

⁸ Zie productie 22 van de dagvaarding in eerste aanleg.

⁹ Zie productie 1 van de Conclusie van Antwoord van de Staat: uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 november 2015.

¹⁰ Productie 22 van de dagvaarding in eerste aanleg.

24. Het 'ne bis in idem beoordelingskader' speelt in de procedure van de heer X. tegen het tweede intrekingsbesluit geen rol. Het 'ne bis in idem-beoordelingskader' gaat over de toepassing van artikel 4:6 Awb. Dit artikel is een uitzondering op de hoofdregel dat bestuursorganen integraal en ex nunc moeten beslissen. Het artikel is alleen van toepassing op herhaalde aanvragen. In de jurisprudentie is het van overeenkomstige toepassing verklaard op verzoeken aan bestuursorganen om terug te komen op een eerder besluit. Het heeft geen bredere werking. Daar bestaat geen grondslag voor.
25. De lezing van de Staat zou ook niet logisch of billijk zijn. Stel dat een rechter een besluit in het voordeel van een burger vernietigt, maar in zijn uitspraak een oordeel geeft over onderwerp A. De lezing van de Staat over artikel 4:6 Awb en het ne bis in idem beoordelingskader zou meebrengen dat het bestuursorgaan jaren later op eigen initiatief een besluit kan nemen over onderwerp A en daarin de tussenliggende jaren aan rechtsontwikkeling kan negeren, omdat ooit iets in een rechtelijke uitspraak is gezegd over onderwerp A. De houding is ook tegenstrijdig: enerzijds mocht volgens de Staat wèl terugkomen op de onherroepelijke vergunning voor onbepaalde tijd, maar hoefde dan niet andere relevante factoren (zoals gewijzigde rechtspraak) mee te nemen. De Staat stelt eigenlijk een 'half' actualiseren voor: wel de voor X. nadelige ontwikkelingen meenemen, maar de rest niet.
26. Alle uitspraken die de Staat in de Memorie van Antwoord noemt ter bewering van het tegendeel (nrs. 3.5 tot en met 3.7) gaan trouwens over herhaalde aanvragen of verzoeken om terug te komen op een besluit.
27. Ook staat het 'ne bis in idem-beoordelingskader' niet los van artikel 4:6 Awb (zoals de Staat betoogt in MvA, nr. 3.8; de daar aangehaalde uitspraken gaan over herhaalde verzoeken). De taak van de bestuursrechter is om besluiten te toetsen op rechtmatigheid. De bestuursrechter toetst dus de toepassing door het bestuursorgaan van artikel 4:6 Awb en past daarmee het ne bis in idem-beoordelingskader toe.

28. Uit de rechtspraak van de Afdeling zelf blijkt ook duidelijk dat artikel 4:6 Awb en het ne bis in idem-beoordelingskader alleen van toepassing zijn op herhaalde aanvragen en verzoeken om terug te komen op een besluit. In deze uitspraken is ook helder dat het ne bis in idem-beoordelingskader niet los staat van artikel 4:6 Awb. Als voorbeeld noemen X. en het NJCM hier uitspraken waarin de Afdeling terugkomt op haar eerdere strikte uitleg van artikel 4:6 Awb en de daarbij verschenen annotaties.¹¹ Bijvoorbeeld:

Wijziging ne bis in idem rechtspraak

3.2. De Afdeling ziet aanleiding ook haar rechtspraak over herhaalde aanvragen en verzoeken om terug te komen van besluiten aan te passen voor zaken waarin de besluiten niet zijn gebaseerd op de Vw 2000 of de wet COa. Daarmee is immers de eenvormigheid van de rechtspraak over artikel 4:6 Awb en verzoeken om terug te komen van rechtens onaantastbare besluiten in het bestuursrecht gediend. Bovendien was de ne bis-rechtspraak uit oogpunt van rechtsbescherming niet onomstreden.

29. Uit het persbericht van de Raad van State over de uitspraak van 23 november 2016:

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bepaald dat het zogenoemde ne bis-beoordelingskader bij besluiten op herhaalde aanvragen niet langer moet worden toegepast.

30. Artikel 4:6 Awb ziet op de situatie dat er na een afwijzend besluit op een aanvraag een nieuwe, soortgelijke aanvraag wordt ingediend, eigenlijk in de hoop dat dat nieuwe besluit dan wel positief zal zijn. In een dergelijke situatie wordt een belanghebbende verplicht om nieuw gebleken feiten of omstandigheden te noemen die tot een gunstiger resultaat kunnen leiden (lid 1). Als dat wordt nagelaten, dan “kan” het bestuursorgaan volstaan met een simpele afwijzing van het

¹¹ ABRvS 22 juni 2016, AB 2016, 253, m. nt. Reneman en ABRvS 23 november 2017, AB 2017/101, m. nt. Bröring

herhaalde verzoek onder verwijzing naar het eerdere afwijzende besluit (lid 2).

31. Tot de genoemde uitspraken hanteerde de Afdeling een strikte opvatting over de toepassing van artikel 4:6 lid 2 Awb. Ook als het bestuursorgaan wel een volledige nieuwe, inhoudelijke beoordeling van de herhaalde aanvraag had gedaan, toetste de Afdeling niet inhoudelijk als volgens haar geen sprake was van nieuwe feiten en omstandigheden. De Afdeling nam wel een uitzondering aan op haar eigen strenge jurisprudentielijn in het geval van *buitengewone omstandigheden waarin zeer zwaarwegende belangen op het spel stonden*. Van deze strenge lijn is de Afdeling nu dus teruggekomen. De nieuwe lijn is dat de bestuursrechter niet meer uit zichzelf toetst of sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden. Het besluit van het bestuursorgaan wordt als uitgangspunt genomen. Als het bestuursorgaan een herhaalde aanvraag op inhoudelijke gronden afwijst, toetst de bestuursrechter dit besluit ook inhoudelijk alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is. Er is dus geen sprake van dat de Afdeling niet tot inhoudelijke toetsing 'mocht' overgaan (zie 3.8. MvA) als het bestuursorgaan wel een inhoudelijk besluit had genomen. Anders dan de rechtbank meent mocht de rechter dus ook onder de 'oude' lijn van de Afdeling wel degelijk inhoudelijk toetsen.

De 'Brummen-lijn' en het gezag van gewijsde in het bestuursrecht

32. Het feit dat de heer X. geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de rechtbankuitspraak van 13 mei 2008, waarbij het eerste intrekingsbesluit in zijn voordeel werd vernietigd, kan hem in deze procedure wegens onrechtmatige rechtspraak niet worden tegengeworpen. In de appeldagvaarding hebben de heer X. en het NJCM toegelicht waarom deze zogenoemde "Brummen-jurisprudentie" in zijn situatie niet van toepassing is.
33. Deze jurisprudentielijn wil voorkomen dat in dezelfde procedure meerdere keren dezelfde rechtsvraag terugkomt, in verschillende fasen van het proces. De lijn dwingt tot concentratie van het hoger beroep: je moet na het uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verwerpen van een beroepsgrond gelijk in hoger beroep het punt opwerpen. Dit kan niet meer bij een beoordeling van de nieuwe

beslissing op bezwaar. Het kan ook niet nadat de zaak is terugverwezen door een geslaagd hoger beroep van de wederpartij

34. Die procesrechtelijke achtergrond is van belang. In de zaak van de heer X. speelt deze procesrechtelijke achtergrond van de Brummenlijn niet. Door de vernietiging van het intrekingsbesluit herleefde zijn onherroepelijke verblijfsvergunning. Er was géén vervolgbesluitvorming. Evenmin was er een hoger beroep vanuit de Minister waardoor het punt nog eens aan de orde kon komen. De besluitvormingsprocedure – en juridische procedures daarover – waren volledig afgerond. Vier jaar later werd ambtshalve een nieuw (primair) besluit genomen en begon een nieuwe procedure. Ook volgens de jurisprudentie van de Afdeling geldt de Brummenlijn niet in deze situaties.¹² Van een partij kan redelijkerwijs niet worden verlangd zelf hoger beroep in te stellen als zij daarbij geen belang heeft. In een vergelijkbare situatie oordeelt het CBb dat de Brummenlijn niet geldt als het zelfstandig belang bij een hoger beroep ontbreekt, omdat geen sprake is van een nieuw te nemen besluit.¹³
35. Het voorbeeld dat de Staat geeft onder 3.10 van de Memorie van Antwoord is juist een klassiek Brummen-geval en niet met deze zaak te vergelijken.
36. Verplaatst u zich in de situatie van de heer X. van destijds. De bestuursrechtelijke procedures waren volledig afgerond en hij had een onherroepelijke verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Er waren – anders dan in de gevallen waarvoor de Brummenlijn geldt – geen losse eindjes, zoals een vervolgbesluitvorming of hoger beroepsprocedure. Waarom zou de heer X. dan in hoger beroep hebben moeten gaan, terwijl hij al precies had gekregen waarvoor hij procedeerde (onherroepelijke vergunning) en ook de Minister daar

¹² Zie randnrs. 59-70 van de appeldagvaarding. Zie bijvoorbeeld ook CBb 20 juni, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321, m. nt. W. Sauter en M. de Leeuw en CRvB 13 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2730, AB 2015/387, m. nt. R. Ortlep.

¹³ Zie randnr. 8. van de annotatie van Sauter en De Leeuw bij CBb 20 juni, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321.

niet meer tegen opkwam of over hoefde te beslissen? Dat is volstrekt niet uit te leggen en ook nooit met de Brummen-lijn bedoeld.

37. De Staat betoogt nu in de Memorie van Antwoord (nrs. 3.18 en 3.19) dat ook los van deze "Brummen-lijn" gezag van gewijsde zou bestaan. Dat is onjuist. Ook los van de "Brummen-lijn" strekt de rechtskracht van het 1F oordeel in de uitspraak over het eerste intrekingsbesluit zich niet uit tot de procedure over het tweede intrekingsbesluit.
38. De bestuursrechtelijke procedure was afgerond. De heer X. behield zijn onherroepelijke verblijfsvergunning. Als de Minister dan vier jaar later op eigen initiatief deze begunstigende beschikking wil intrekken, dan moet hij het hele plaatje opnieuw bezien. Dus ook het in de tussentijd gewezen *arrest Duitsland/D. en B.* en de strijd met het Unierecht. Ook hier zou de opvatting van de Staat leiden tot de onrechtvaardige consequentie dat hij wèl ten allen tijde mag terugkomen op een onherroepelijke vergunning, maar dat hij daarbij kennelijk niet de meest actuele jurisprudentie (die gunstig is voor de heer X.) hoeft mee te nemen. Wel de voor- en niet de nadelen. Zo werkt het natuurlijk niet.
39. Dat heeft de Minister ook onderkend. Hij heeft in het tweede intrekingsbesluit dan ook het arrest *Duitsland/D. en B.* en de strijd met het Unierecht behandeld. Dit maakte onderdeel uit van zijn besluit. Ook de rechtbank is inhoudelijk op de kwestie ingegaan en de heer X. is hiertegen opgekomen in hoger beroep. Het onderwerp is tijdens het hele geding aan de orde geweest. De kennelijke ongegrondverklaring van de Afdeling in de uitspraak van 16 november 2015 ziet dus ook op de verwerping van de grieven over dit onderwerp.
40. De Minister heeft zich bij het nemen van het intrekingsbesluit in 2012 nooit beroepen op het gezag van gewijsde van de rechtbankuitspraak uit 2008. De heer X. heeft daartegen dus ook geen verweer kunnen voeren. Het gezag van gewijsde wordt in het bestuursrecht (net zoals in het civiele recht, artikel 239 lid 3 RV) niet ambtshalve toegepast. Er is geen reden om dit in de zaak van de heer X. anders te zien (de enige uitzondering zou artikel 4:6 Awb

kunnen zijn, maar dat artikel is zoals gezegd hier niet van toepassing). De Staat stelt het onderwerp nu tijdens deze procedure over onrechtmatige rechtspraak voor het eerst aan de orde.

Conclusie

41. De conclusie is dat de strijdigheid van de 1F tegenwerping met het Unierecht en het arrest *Duitsland/D. en B* wel deel uitmaakten van de procedure tegen het intrekingsbesluit van 21 februari 2012. Dit geldt dus ook voor de kennelijke ongegrondverklaring van het hoger beroep door de Afdeling in de uitspraak van 16 november 2015. Er bestaat daarnaast in het Nederlands bestuursprocesrecht geen regel waaruit volgde dat de Minister bij het uit eigen beweging terugkomen op de onherroepelijke vergunning een deel van de afweging mocht overslaan of recentere jurisprudentie in de wind mocht slaan. Hierdoor heeft de Afdeling in deze uitspraak het Unierecht kennelijk geschonden.

4.2 Het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel

42. Nog kort iets over het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de doeltreffende doorwerking van Unierecht in ieder geval voor gaat op het nationaalrechtelijke gezag van gewijsde in de volgende twee gevallen:¹⁴

- 1) Als de besluiten of uitspraken die in strijd zijn met het Unierecht zelf niet herzien of herroepen hoeven te worden, maar deze strijdigheid zou doorwerken in andere procedures.¹⁵
- 2) Als het gaat om besluiten of uitspraken die fundamentele Unierechten voor onbeperkte duur schenden, zonder mogelijkheid om die schending terug te draaien.¹⁶

¹⁴ Zie hierover ook Widdershoven in zijn annotatie bij *Klausner Holz Niedersachsen* in de AB (2016, 117).

¹⁵ Zie HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, AB 2016, 117 (*Klausner Holz Niedersachsen*), HvJ EG 3 september 2009, C-2/08 AB 2009, 335 (*Fallimento Olimpiclub*).

¹⁶ HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11, AB 2012/375 (*Byankov*). Zie ook ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507.

43. Zoals al uitgebreid toegelicht in de Appeldagvaarding is in de zaak van de heer X. sprake van beide omstandigheden. De *rule-of-reason* toets¹⁷ leidt er in zijn zaak dan ook toe dat de uitoefening van zijn fundamentele Unierechten niet teniet kan worden gedaan door een beroep op het nationale rechtszekerheidsbeginsel. Uit het arrest *Ferreira da Silva tegen Portugal* volgt dat dit zeker opgaat als sprake is van onrechtmatige rechtspraak:

"57. Als het rechtszekerheidsbeginsel in aanmerking zou worden genomen, zou dat immers tot gevolg hebben dat particulieren niet in staat zijn zich te beroepen op de rechten die zij ontleen aan de rechtsorde van de Unie en met name op de rechten die voortvloeien uit dat beginsel van staatsaansprakelijkheid, wanneer een beslissing van een rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet, is gebaseerd op een kennelijk onjuiste uitlegging van het Unierecht.

58. Laatstgenoemd beginsel is evenwel inherent aan het stelsel van de Verdragen waarop de Unie is gegrond [..].

59. Derhalve kan een ernstige belemmering voor de effectieve toepassing van het Unierecht en met name van een zo fundamenteel beginsel als de aansprakelijkheid van de staat wegens schending van het Unierecht, zoals de belemmering die voortvloeit uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regel van nationaal recht, niet gerechtvaardigd zijn door het beginsel van het gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel."¹⁸

44. De Staat is in de Memorie van Antwoord elk arrest langsgeslagen om te concluderen dat het feitencomplex anders is dan in de zaak van de heer X.. Maar dat is het punt niet. Het gaat erom dat uit deze arresten de bestendige jurisprudentielijn volgt die ik zojuist heb genoemd. Op grond hiervan mag in de zaak van de heer X. het

¹⁷ O.a. HvJ EG 14 december 1995, C-312/93 (*Peterbroeck*). Zie hierover ook Jans, Prechal en Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 48-50.

¹⁸ HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, AB 2016, 1 (*Ferreira da Silva/Portugal*), r.o. 57-59

nationale rechtszekerheidsbeginsel niet in de weg staan aan de doeltreffende doorwerking van het Unierecht.

5 GEEN INDIVIDUEEL ONDERZOEK ZOALS VEREIST DOOR UNIERECHT

45. De heer X. en het NJCM hebben de dossiers van de andere Afghaanse vluchtelingen ingebracht om hun standpunt te onderbouwen dat ten aanzien van de Afghaanse 1F-ers geen individueel onderzoek plaatsvindt zoals vereist door het Unierecht. Net als in de zaak van de heer X. heeft de IND de verklaringen van de betrokken vluchtelingen niet inhoudelijk beoordeeld. Ook de overlegde bewijsstukken beoordeelt de IND niet inhoudelijk.
46. Over de verklaringen van de vluchteling dat hij geen mensenrechten heeft geschonden en waarom de conclusies uit het ambtsbericht voor hem niet opgaan (dossier I; productie 26.5):

"ten aanzien van de verklaring van betrokkene in de zienswijze dat al zijn bevorderingen periodieke bevorderingen waren en ten aanzien van de opmerking dat hij slechts viermaal is bevorderd, wordt dezerzijds vastgehouden aan de conclusie uit het ambtsbericht van 29 februari 2000 dat een promotie tot officier van de KhAD/WAD niet kon plaatsvinden als de betrokkenen medewerker niet concreet blijkt had gegeven van zijn of haar onvoorwaardelijke loyaliteit aan het communistisch bewind. [...] Bovendien heeft betrokkene verder op geen enkele wijze aangetoond dan wel aannemelijk gemaakt dat de conclusies uit voornoemd ambtsbericht niet op hem van toepassing zijn."

47. Over de overlegging van een originele verklaring van het Afghaans OM Algemene Directie Nationale Veiligheid van 7 juli 2005 met vertaling waarin staat dat de vluchteling gedurende zijn werkzaamheden van 1988 tot 1992 geen misdaden heeft begaan waarmee hij de rechten van de mensen heeft geschonden (dossier II, productie 27.19):

"In de beschikking van 10 mei 2007 is reeds uitgebreid uiteengezet waarom dit document niet leidt tot twijfel aan de in dit kader van belang zijnde conclusies uit het meergenoemde ambtsbericht. Doorslaggevend is hierbij enerzijds dat uit de genoemde verklaring niet blijkt welke onderzoeksvragen of –methodes zijn gebruikt, waar het onderzoek is verricht en welke schriftelijke of mondelinge informatiebronnen hierbij zijn geraadpleegd, waardoor de conclusie zoals verwoord in de verklaring niet controleerbaar is. Anderzijds is gebleken dat mensenrechtenschendingen die plaats hebben gehad tijdens het communistische regime, niet systematisch geregistreerd of structureel gearchiveerd zijn [...] Gelet op het ontbreken van dergelijke registers, kan de afwezigheid van bewijs voor door bepaalde individuen begane misdrijven niet leiden tot de conclusie dat concreet is aangetoond dat deze personen de bedoelde misdrijven niet hebben gepleegd."

48. Lezing van de dossiers roept ook de vraag op hoe een Afghaanse vluchteling dan ooit wel had kunnen bewijzen dat hij niet betrokken is geweest bij het schenden van mensenrechten. Van de honderden Afghaanse vluchtelingen is slechts 'in een enkel geval' aangenomen dat sprake is van een significante uitzondering op de conclusies uit het ambtsbericht.¹⁹
49. De heer X. en het NJCM willen daarom het volgende benadrukken. Dat de Staat steeds blijft herhalen dat wel sprake was van een individueel onderzoek, maakt niet dat dit ook daadwerkelijk het geval was. Hetzelfde geldt voor de inhoudelijke beoordeling van de verklaringen van de vluchteling en de overlegde bewijsstukken: alleen stellen dat deze wel inhoudelijk werden beoordeeld, betekent niet dat dit ook zo was. De zaak van de heer X. en de ingebrachte dossiers tonen het tegendeel aan.

¹⁹ Zie de ACVZ Notitie betreffende de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag, p.14/43. De ACVZ Notitie spreekt over één medicus van wie is aangenomen dat vanwege zijn bijzondere positie het ambtsbericht niet op hem van toepassing was. <https://acvz.org/wp-content/uploads/2015/06/Notitie-1Fbijlage.pdf>.

50. Daarbij moet natuurlijk ook niet worden vergeten dat de conclusies uit het ambtsbericht zeer omstreden zijn. Het artikel in het NJB van Brouwer en Bogaers maakt dit nog eens goed duidelijk.²⁰ Gezaghebbende organisaties zoals het UNHCR ondersteunen de conclusies uit het ambtsbericht niet. Dat maakt het ontbreken van een individueel onderzoek extra schrijnend.
51. Het gebrek aan een individueel onderzoek is ook zeker niet (slechts) een kwestie van bewijswaardering waarop het Unierecht geen betrekking heeft. Integendeel. Het beleid ten aanzien van Afghaanse 1F-ers is namelijk in strijd met het hart van een materieelrechtelijke bepaling van Unierecht, artikel 12 lid 2 van de Definitierichtlijn. Dit artikel vereist een onderzoek naar de specifieke feiten en omstandigheden van de individuele vreemdeling en welke rol deze vreemdeling daadwerkelijk heeft gehad bij concrete mensenrechtenschendingen, voordat hij mag worden uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming. Het Nederlandse beleid voldoet niet aan dit vereiste. De vluchteling wordt het recht onthouden op een individueel onderzoek. De vluchteling wordt categoriaal uitgesloten op basis van omkering van de bewijslast. Dit is dus een schending van het materiële Unierecht. Daarbij is niet van belang of dit materiële Unierecht (ook) wordt geschonden door de wijze waarop het onderzoek plaatsvindt of de feitelijke uitvoering van het beleid, zoals de rechtbank ten onrechte in rechtsoverweging 5.25 overweegt. Het gaat erom dat op grond van het Nederlandse beleid geen individueel onderzoek plaatsvindt, terwijl het Unierecht dit wel vereist.

6 AFRONDING

52. Ik kom tot een afronding. Dit pleidooi was behoorlijk juridisch-technisch van aard. Bovendien moesten we diep in complexe bestuursrechtelijke leerstukken duiken. Dat was door het verloop van de procedure onvermijdelijk.

²⁰ J. Brouwer en P. Bogaers, "Waarom het KhaD-WAD ambtsbericht van 29 februari 2000 onjuist en onbetrouwbaar is", *NJB* 20 april 2018, afl. 16/750.

53. Los daarvan begrijpen wij dat het uitspreken dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak geen lichte stap is. Maar, dat ik wil hier nog benadrukken, wij vragen dit niet voor niets. Het gaat ook ergens over. Namelijk over honderden mensen van wie het leven onterecht in de wacht is gezet. Zij en hun gezinnen konden niets opbouwen. Hen is in strijd met het Unierecht een individueel onderzoek onthouden voordat zij werden uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming. De Afdeling had dit niet mogen beslissen zonder eerst prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Daar gaat het om.
54. Uw Hof hoeft dit ook niet per se alleen te beoordelen. In deze procedure over onrechtmatige rechtspraak spelen in de kern vooral Unierechtelijke vragen. Via een verwijzing naar het Hof van Justitie kan daarover alsnog de duidelijkheid worden gegeven, die door zoveel mensen al zoveel jaren wordt gewenst.

Deze zaak wordt behandeld door mr. A. A. Kleinhout, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +3120577 1348, F +31 20 577 1775, E Arjan.Kleinhout@debrauw.com, mr. L. Di Bella, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +3120577 1927, F +31 20 577 1775, E Laura.dibella@debrauw.com, mr. A.M. van Eik, Prakken d'Oliveira, Linnaeusstraat 2-A, 1092 CK Amsterdam, T +31 20 344 6200, E mvaneik@prakkenoliveira.nl en mr. J. Klaas, PILP-NJCM, De Wittenstraat 25-II, 1052 AK, Amsterdam, Tel: +31 (0)20-2402956, E: jklaas@pilpnjcm.nl.