

## Het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag

Een vreemdeling is geen vuilniszak

Bas Wallage, Lucille van Wijnbergen & Rudolf van Binsbergen, datum 11-09-2017

**Datum**

11-09-2017

**Auteur**

Bas Wallage, Lucille van Wijnbergen & Rudolf van Binsbergen<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Internationaal strafrecht / Internationale misdrijven

Bestuursprocesrecht / Algemeen

Vreemdelingenrecht / Algemeen

In dit artikel worden twee situaties beschreven waarin het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden wordt toegepast. Het wordt in deze situaties gebruikt omdat het voor het bestuursorgaan niet goed mogelijk is om feiten en omstandigheden die in haar bewijsdomein liggen te bewijzen. Bij het verkeerd aanbieden van een huisvuilzak is dat nog voorstelbaar en zijn de gevolgen van het toepassen van het bewijsvermoeden uiteindelijk gering. Voor de Afghaanse 1F'er heeft de toepassing van het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden veel grotere gevolgen en is het bovendien haast onmogelijk om het vermoeden te weerleggen. Bovendien is de Nederlandse toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag niet in overeenstemming met het Handvest van de grondrechten en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag in asielprocedures, waarbij een vreemdeling zonder inhoudelijke beoordeling van het asielrelaas wordt uitgesloten van de asielprocedure omdat wordt vermoed dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan oorlogsmisdaden in het land van herkomst, is een complexe en gevoelige materie die veel reacties oproept. De uitgangspunten van het 1F-beleid en de praktische uitwerking daarvan worden dan ook niet door iedereen gedeeld. In dit artikel zullen wij nader ingaan op de bewijsmaatstaf bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de vraag of het hierbij toegepaste bestuursrechtelijke bewijsvermoeden wel in overeenstemming is met het Europees recht. Alvorens de bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf die wordt gehanteerd bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag te bespreken, staan wij eerst stil bij de (algemene) bewijsregels in het bestuursrecht. Deze worden immers ook toegepast bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag. Als voorbeeld wordt hierbij de situatie beschreven waarbij een betrokkene zijn huisvuil verkeerd aanbiedt en het bevoegd gezag overgaat tot handhaving. Aldus worden in dit artikel twee situaties vergeleken waarbij gebruik wordt gemaakt van het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

In het bestuursrecht wordt voor wat betreft de bewijsvoering in beginsel uitgegaan van de vrije bewijsleer, hetgeen inhoudt dat met betrekking tot het materiële bewijsrecht weinig in de wet is geregeld. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kent geen (dwingend) wettelijk kader met betrekking tot de bewijsmiddelen en de bewijslastverdeling.<sup>[2]</sup> In de literatuur zijn uit het stelsel van de Awb wel enkele principiële regels van materieel bewijsrecht afgeleid. Dit gebeurt met name doordat uit de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan (artikel 3:2 en 7:11 Awb) en de informatieplicht van de burger (artikel 4:2 en 6:5 Awb) wordt afgeleid hoe de verantwoordelijkheden voor het vaststellen van feiten tussen partijen zijn verdeeld.<sup>[3]</sup> Op grond daarvan draagt het bestuursorgaan bij ambtshalve en bestuurlijke sancties in beginsel de bewijslast van de feiten die moeten vaststaan, wil de uitoefening van de betreffende bevoegdheid rechtmatig zijn. Dit theoretisch-juridisch kader is helder, maar hoe zit het als het bestuursorgaan in de praktijk niet het benodigde bewijs kan verzamelen?

Binnen het hierboven beschreven juridisch kader is het de wetgever toegestaan om te werken met zogenaamde (wettelijke) bewijsvermoedens. In een dergelijk geval wordt de bewijspositie van een betrokkene in de wet beschreven. Een bewijsvermoeden volgt soms ook uit de rechtspraak.<sup>[4]</sup> In de rechtswetenschappelijke literatuur is relatief weinig geschreven over het juridische begrip 'bewijsvermoeden' binnen het bestuursrecht<sup>[5]</sup> en er is zodoende geen zuivere definitie te vinden van dit begrip.

### De vuilniszak

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'de Afdeling') heeft zich in uitspraken over het aanbieden van huisafval regelmatig over deze materie uitgelaten. In een uitspraak van 25 januari 2017<sup>6</sup> staan de volgende feiten en omstandigheden centraal. Het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente Den Haag heeft spoedeisende bestuursdwang toegepast omdat in strijd met de 'Afstoffenverordening van de gemeente' huishoudelijke afvalstoffen op verkeerde wijze waren aangeboden. De kosten van de bestuursdwang zijn aan appellante in rekening gebracht. In de huisvuilzak werd namelijk een tot appellante herleidbare enveloppe aangetroffen. In hoger beroep voerde appellante aan dat zij de huisvuilzak niet op de locatie heeft achtergelaten waar deze is aangetroffen, en dat zij haar huisvuil nooit op een onjuiste wijze aanbiedt. Voorts betoogde zij dat het college met de enkele constatering dat in de huisvuilzak een enveloppe is aangetroffen met daarop haar naam- en adresgegevens, niet heeft aangetoond dat zij de huisvuilzak verkeerd heeft aangeboden. Appellante is woonachtig in een studentenhuis en het is goed mogelijk dat één van haar huisgenoten de zak op de locatie heeft achtergelaten waar deze is aangetroffen.

De Afdeling verwijst in haar overwegingen naar haar vaste jurisprudentie,<sup>7</sup> waaruit volgt dat in de regel door het bevoegd gezag mag worden aangenomen dat de persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid, ook de overtreder is. Dit geldt echter niet indien diegene aannemelijk maakt dat hij niet degene is geweest die het te handhaven voorschrift heeft geschonden. De Afdeling maakt hier dus gebruik van een bewijsvermoeden, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid, ook de overtreder is. Dit vermoeden geldt, tenzij de betrokkene kan aantonen dat zij de huisvuilzak niet op de betreffende locatie heeft achtergelaten. Appellante wordt derhalve in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren.

In de onderhavige zaak oordeelt de Afdeling dat tussen partijen niet in geschil is dat een huisvuilzak is aangetroffen en dat deze in strijd met de Afvalstoffenverordening naast een inzamelvoorziening is geplaatst. Evenmin is in geschil dat in die huisvuilzak een enveloppe is aangetroffen met de naam- en adresgegevens van appellante erop. Hetgeen door appellante in hoger beroep is aangevoerd is naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende om het bewijsvermoeden te ontkrachten aangezien daar niet uit blijkt dat zij de huisvuilzak niet op de betreffende locatie heeft achtergelaten en derhalve is het beroep van appellante ongegrond.

Uit de aangehaalde rechtspraak volgt dat bij het foutief aanbieden van huisvuil sprake is van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden. Op grond van dit bewijsvermoeden mag het bevoegd gezag ervan uitgaan dat de persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid, ook de overtreder is. Het bewijsvermoeden kan door de betrokkene worden ontkracht, indien kan worden aangetoond dat hij de huisvuilzak niet op de betreffende locatie heeft achtergelaten. Het zal niet verbazen dat dit in de praktijk erg lastig is: *negativa non sunt probanda*. Een betrokkene kan doorgaans niet aantonen dat hij de vuilniszak niet op de betreffende locatie heeft achtergelaten.

De ratio achter het hiervoor beschreven bewijsvermoeden zal gelegen zijn in het volgende. De lokale wetgever acht het onwenselijk dat huisvuilzakken op elke willekeurige plek (kunnen) worden achtergelaten. Om deze reden worden er plekken ingericht, waar deze zakken kunnen en moeten worden aangeboden. Om die doelstelling te effectueren is effectieve handhaving van belang. Aangezien gemeenten niet de middelen hebben om alle vuilcontainers c.q. aanbiedplaatsen permanent te controleren, is het vaak niet mogelijk om een overtreding in de uitoefening van haar toezichtstaak te signaleren. Het is dan ook verklaarbaar dat de Afdeling tegen deze achtergrond het hierboven genoemde bewijsvermoeden hanteert.

Zoals uit voorgaande uitspraak van de Afdeling blijkt is het toepassen van een bewijsvermoeden binnen het bestuursrecht in beginsel toegestaan, voor zover de betrokkene de mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren.

Hieruit volgt dus dat een betrokkene tot wie een verkeerd aangeboden huisvuilzak is te herleiden, met als gevolg dat diegene de kosten van de toegepaste bestuursdwang moet betalen, de gelegenheid dient te krijgen om tegenbewijs te leveren. De betrokkene zou dit in het besproken voorbeeld kunnen doen door aannemelijk te maken dat de huisvuilzak niet door hem of haar op de aangetroffen plek foutief is aangeboden. Zoals hiervoor reeds beschreven zal dit in de praktijk erg moeilijk zijn om te bewijzen, omdat dergelijk tegenbewijs in de praktijk vaak niet voorhanden is.

## De vreemdeling

Iedere persoon heeft het recht om buiten het land van herkomst bescherming te zoeken tegen vervolging en daartoe een asielaanvraag in te dienen. Dit uitgangspunt is vastgelegd in het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen 1951, ook wel 'het Vluchtelingenverdrag' genoemd (hierna: Vv). Sommige personen hebben evenwel misdrijven begaan die dermate ernstig zijn dat die personen worden geacht op dergelijke bescherming geen aanspraak te kunnen maken. In artikel 1F Vv is opgenomen dat het verdrag niet van toepassing is op personen ten aanzien van wie bijvoorbeeld ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat zij een ernstig misdrijf hebben gepleegd. Deze gedachte wordt breed gedragen door de internationale gemeenschap en is ook verankerd in de Nederlandse wetten regelgeving. In 1997 is Nederland overgegaan tot het toepassen van artikel 1F Vv. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: de staatssecretaris) de redenen uiteengezet waarom het van belang is om artikel 1F Vv in Nederland toe te passen.<sup>8</sup> Hierin is vermeld dat Nederland vaker dan voorheen wordt geconfronteerd met asielaanvragen

van personen waarvan wordt vermoed dat zij ernstige misdrijven hebben gepleegd in de zin van artikel 1F Vv. De staatssecretaris heeft tevens een restrictieve toepassing van artikel 1F Vv als uitgangspunt van het beleid benadrukt, dat wil zeggen dat de uitzondering van artikel 1F Vv terughoudend dient te worden toegepast.<sup>[9]</sup> Aangezien het misdrijf waarvan een vreemdeling wordt verdacht buiten de lidstaat waar asiel wordt aangevraagd heeft plaatsgevonden, is het de vraag wat de lidstaat dient te bewijzen voordat een vreemdeling op grond van artikel 1F Vv kan worden uitgesloten van het recht op asiel. Net zoals in de hiervoor beschreven situatie van de huisvuilzak heeft de staatssecretaris vaak onvoldoende informatie tot zijn beschikking om de vermoedens van ernstige misdrijven te bewijzen.

De bewijslast om artikel 1F Vv aan de indiener van een asielaanvraag te kunnen tegenwerpen, is een bijzondere. Het uitgangspunt is dat de staatssecretaris moet aantonen dat er sprake is van 'ernstige redenen' om te veronderstellen dat de betrokkene onder de criteria van artikel 1F Vv valt.<sup>[10]</sup> Dit volgt ook uit paragraaf C2/6.2.8. van de Vreemdelingencirculaire 2000 (hierna Vc 2000). Artikel 1F Vv legt daarmee geen strafrechtelijke bewijsmaatstaf aan, maar een bestuursrechtelijke.<sup>[11]</sup> De staatssecretaris moet aannemelijk maken dat betrokkene 1F-daden heeft verricht, maar hoeft dit niet strafrechtelijk te bewijzen. Het is dus niet vereist dat de betrokkene formeel is aangeklaagd of dat in rechte in redelijkheid geen twijfel bestaat aan zijn schuld.<sup>[12]</sup> Dit is ook vastgelegd in onder meer de 'Guidelines: Application of the Exclusion Clauses van 4 september 2003'.<sup>[13]</sup> Daarin is onder andere aangegeven dat hoewel er een bijzondere bewijslast voor de lidstaat bestaat bij de toepassing van artikel 1F Vv, niet behoeft te worden voldaan aan de 'criminal standard of proof'.

Om aannemelijk te maken dat er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat artikel 1F Vv van toepassing is, past de staatssecretaris de zogenoemde 'personal and knowing participation tests' toe. Deze testen zijn in 2001 in Nederland geïntroduceerd en zijn ontleend aan Canadese jurisprudentie.<sup>[14]</sup> De 'personal and knowing participation tests' komen erop neer dat de staatssecretaris onderzoekt of de vreemdeling weet heeft gehad of had behoren te hebben dat er ernstige mensenrechtenschendingen hebben plaatsgevonden binnen de organisatie of instelling waar hij of zij werkzaam was (knowing participation), dan wel of de vreemdeling op enige wijze hieraan persoonlijk heeft deelgenomen (personal participation). Inmiddels is Canada na een uitspraak van de Supreme Court of Canada in 2013 gestopt met de toepassing van deze testen, aangezien deze de persoonlijke omstandigheden van een vreemdeling onvoldoende op individueel niveau zouden beoordelen.<sup>[15]</sup>

Zoals hiervoor beschreven vormen de 'personal and knowing participation tests' niet meer dan een werkwijze op welke manier beschikbare informatie over de vreemdeling door de lidstaat wordt beoordeeld. Voordat de staatssecretaris gebruik kan maken van deze testen dient er dus eerst informatie beschikbaar te zijn over de vreemdeling. Aan de hand van algemene en individuele ambtsberichten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en overige beschikbare informatie over landen van herkomst van de vreemdeling wordt getoetst of er sprake is van 'knowing participation' en/of 'personal participation'. Deze documenten, inclusief de eigen verklaringen van de vreemdeling, worden door de staatssecretaris gebruikt als bewijs tegen de vreemdeling om te onderbouwen dat er 'ernstige redenen' bestaan dat deze zich schuldig heeft gemaakt aan 1F-gedragingen.<sup>[16]</sup>

Echter, indien uit een algemene bron zoals een ambtsbericht blijkt dat een organisatie waarvoor de vreemdeling in een bepaalde functie heeft gewerkt staat aangeschreven als zijnde 'misdadig' wordt er door de staatssecretaris aangenomen dat er sprake is van ernstige redenen ex artikel 1F Vv.<sup>[17]</sup> In de regel kan dan op grond van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden 'knowing and personal participation' worden aangenomen, tenzij de betreffende vreemdeling kan aantonen dat er in zijn individuele geval sprake is van een 'significante uitzondering'.<sup>[18]</sup> De rechter heeft in 1997 bepaald, in een zaak over artikel 1F Vv, dat de vreemdeling bij toepassing van dit bestuursrechtelijk bewijsvermoeden zelf feiten en omstandigheden moet aandragen, die weerleggen dat er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat hij direct of indirect betrokken is geweest bij de aangerekende oorlogsmisdaden.<sup>[19]</sup> De vreemdeling krijgt in deze zaak dan ook (beperkt) de gelegenheid om tegenbewijs te leveren.

Zoals het voor een betrokkene tot wie een verkeerd aangeboden huisvuilzak is te herleiden, moeilijk aannemelijk is te maken dat hij niet degene is die de vuilniszak verkeerd heeft aangeboden, blijkt het in de praktijk voor de 1F'er nagenoeg onmogelijk om tegenbewijs te leveren. Ambtsberichten worden aangemerkt als een deskundigenbericht.<sup>[20]</sup> In 1F-zaken wordt, net zoals in andere asielzaken, uitgegaan van de juistheid van de ambtsberichten, tenzij de vreemdeling concrete aanknopingspunten aanvoert voor twijfel van de juistheid of volledigheid ervan.<sup>[21]</sup> Ambtsberichten zijn veelal gebaseerd op anonieme informatie uit het land van herkomst die zowel voor de vreemdeling, maar ook voor mensenrechtenorganisaties, zeer moeilijk te verifiëren en moeilijk aanvechtbaar zijn. Daarbij komt nog dat de staatssecretaris in bepaalde gevallen geen tegenbewijs, bijvoorbeeld verklaringen, accepteert uit het land van herkomst.<sup>[22]</sup> Dergelijke verklaringen worden in bepaalde gevallen niet 'gelooftwaardig' geacht. Wij zullen in het vervolg van ons artikel als voorbeeld de situatie van de Afghaanse vreemdelingen nader beschouwen.

Een voorbeeld waarbij het bekleden van een bepaalde positie binnen een misdadige organisatie op grond van een ambtsbericht een grond vormt voor toepassing van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden, waardoor 'knowing and personal participation' worden aangenomen, betreffen de Afghaanse (onder-)officieren van de KhAD/ WAD. De afgelopen jaren is er in het bijzonder veel kritiek geweest op dit ambtsbericht, genaamd: 'ambtsbericht inzake de veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan van 29 februari 2000' (hierna: 'het ambtsbericht').<sup>[23]</sup> Elke Afghaanse vreemdeling die heeft

gewerkt als (onder) officier van de KhaD/WAD wordt op grond van het ambtsbericht vermoed ernstige misdrijven te hebben gepleegd en wordt derhalve op grond van artikel 1F Vv uitgesloten van de asielprocedure. Daar komt bij dat het ambtsbericht uitgaat van het bestaan van een roulatiesysteem binnen de KhaD/WAD, waarbij wordt aangenomen dat ook medewerkers in lagere functies naar verloop van tijd (onder) officier zijn geworden. De afgelopen jaren is op deze grondslag aan veel Afghaanse vreemdelingen elke vorm van asiel onthouden en zij kwamen door de toepassing van artikel 1F Vv in beginsel evenmin in aanmerking voor een reguliere vergunning.<sup>[24]</sup> De staatssecretaris lijkt met deze toepassing van het ambtsbericht de beoogde restrictieve toepassing van artikel 1F Vv te hebben losgelaten.

Het is daarnaast voor de Afghaanse vreemdeling waarvan wordt vermoed dat hij werkzaam is geweest als (onder) officier van de KhaD/WAD en derhalve ernstige misdrijven heeft gepleegd nagenoeg onmogelijk om het bewijsvermoeden te ontcrachten door het leveren van tegenbewijs, aangezien het ambtsbericht is gebaseerd op anonieme bronnen.<sup>[25]</sup> Daarbij komt nog dat, zoals hiervoor reeds beschreven, de staatssecretaris tegenbewijs uit het land van herkomst in gevallen ongeloofwaardig acht. Gelet op het tijdsverloop sinds de val van het communisme in Afghanistan is het voor de vreemdeling praktisch onmogelijk om aan ander bewijs te komen. Artikel 1F Vv is voor Afghaanse vreemdelingen een meedogenloos instrument geworden, waaraan bijna niet ontsnapt kan worden.<sup>[26]</sup>

De toepassing van het ambtsbericht en het daarbij gehanteerde bewijsvermoeden is discutabel, aangezien aan de inhoud van het ambtsbericht wordt getwijfeld door onder andere de UNHCR.<sup>[27]</sup> De Afdeling heeft in reactie op een notitie van de UNHCR geoordeeld dat de informatie in het ambtsbericht wordt gedragen door de daaraan ten grondslag liggende stukken.<sup>[28]</sup> Aan de inhoud van de notitie van de UNHCR komt geen doorslaggevende betekenis toe omdat deze is gebaseerd op bronnen die niet nader zijn gespecificeerd, waardoor er twijfel bestaat over de objectiviteit, onafhankelijkheid en betrouwbaarheid daarvan, aldus de Afdeling. De toepassing van het ambtsbericht en het daarbij gehanteerde bewijsvermoeden ten aanzien van (onder)officieren houdt daarmee stand. Ondanks deze rechterlijke beoordeling van de Afdeling zou kunnen worden beargumenteerd dat er in strijd wordt gehandeld met het beginsel 'equality of arms'. De bronnen waarop het ambtsbericht zijn gebaseerd zijn voor de Afghaanse 1F'er immers nog altijd anoniem en daarom niet aanvechtbaar.

De vraag blijft of het Nederlandse systeem waarmee aan de hand van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden wordt getoetst aan artikel 1F Vv wel in overeenstemming is met de minimumvereisten die volgen uit artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'het Handvest') en of de vreemdeling in dit systeem wel voldoende de mogelijkheid krijgt om tegenbewijs te leveren.

Het HvJ EU oordeelde in 2010 dat een lidstaat steeds individueel onderzoek moet doen naar de vraag of een vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan mensenrechtenschendingen, en op grond daarvan ernstige redenen moet hebben voordat artikel 1F Vv mag worden toegepast.<sup>[29]</sup> Het HvJ EU stelt daarbij extra criteria aan het toepassen van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden bij de toepassing van artikel 1F Vv. Het HvJ EU oordeelde dat:

'de omstandigheid alleen dat de betrokken persoon tot een dergelijke organisatie heeft behoord, niet automatisch tot gevolg kan hebben dat deze persoon op grond van die bepalingen van de vluchtelingenstatus moet worden uitgesloten. (...) In een dergelijke context kan slechts worden vastgesteld dat er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat een persoon een dergelijk misdrijf heeft begaan of zich schuldig heeft gemaakt aan dergelijke handelingen, na een beoordeling van de specifieke feiten van het concrete geval om uit te maken of door de betrokken organisatie gestelde handelingen voldoen aan de in die bepalingen gestelde voorwaarden.'

De Rechtbank Den Haag oordeelde na deze uitspraak van het HvJEU voor het eerst dat de staatssecretaris niet uitsluitend mocht verwijzen naar het ambtsbericht en derhalve geen gebruik mocht maken van louter het bestuursrechtelijke bewijsvermoeden, maar dat hij ook individueel onderzoek diende te verrichten naar de specifieke situatie van de vreemdeling.<sup>[30]</sup> Dit is in het licht van de uitspraak van het HvJ EU ons inziens ook begrijpelijk. Tegen deze uitspraak van de rechtbank is de staatssecretaris in hoger beroep gegaan. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de uitspraak van de Rechtbank Den Haag uiteindelijk vernietigd.<sup>[31]</sup>

De Afdeling overweegt:

### '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 Amaniati-e Dowlati (hierna: de KhAD/WAD), ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat de vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1(F) heeft begaan, zodat de minister aan zijn bewijslast en motiveringsplicht heeft voldaan. De beroepsgrond faalt.'

De Afdeling houdt daarmee vast aan het bestuursrechtelijke bewijsvermoeden dat voortvloeit uit het ambtsbericht en waaruit volgt dat een Afghaanse vreemdeling die volgens het ambtsbericht werkzaam is geweest als (onder) officier bij de KhAD/WAD kwalificeert als oorlogsmisdadiger. De Afdeling motiveert niet hoe dit bewijsvermoeden zich verhoudt met de

door het HvJ EU beschreven verplichting voor een lidstaat om individueel onderzoek te doen naar de betrokkenheid van de vreemdeling en stelt hierover ook geen prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Een dergelijke individuele beoordeling verdraagt zich ons inziens niet met het bestuursrechtelijke bewijsvermoeden dat volgt uit een (algemeen) ambtsbericht. De toenmalige verantwoordelijke Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel heeft in 2012 als volgt gereageerd op de bovengenoemde uitspraak van het HvJ EU.<sup>[32]</sup> De minister heeft aangegeven dat ten aanzien van vreemdelingen het bijzondere 1F-beleid geldt en dat indien uit de verklaringen van de vreemdeling blijkt dat hij uit hoofde van zijn functie werkzaamheden voor de KhAD/WAD heeft verricht, hij zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige mensenrechtenschendingen zoals beschreven in het ambtsbericht. De minister geeft hierbij aan dat artikel 1F Vv altijd individueel wordt getoetst op grond van het ambtsbericht.

Wij zijn het met de minister eens dat in een individuele situatie wordt bekeken of de vreemdeling uit hoofde van zijn functie werkzaamheden voor de KhAD/WAD heeft verricht. Indien dit vaststaat wordt echter op grond van het ambtsbericht vervolgens automatisch aangenomen dat de vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan mensenrechtenschendingen. Bij deze beoordeling is evident geen sprake van een individuele beoordeling. Dat klemt te meer nu, zoals hierboven reeds is toegelicht, het voor de vreemdeling haast onmogelijk is om het bewijsvermoeden te weerleggen.

Een dergelijke toepassing van artikel 1F Vv is ons inziens niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ EU en het juridisch kader omtrent het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden. Ook de Europese Commissie lijkt de toepassing van artikel 1F Vv in Nederland discutabel te vinden en zij heeft recentelijk aangegeven dat het Nederlandse beleid ten aanzien van Afghanen mogelijk in strijd is met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten en het arrest van het HvJ EU uit 2010.<sup>[33]</sup>

Wij vinden het in dit licht merkwaardig dat de Afdeling in de zaak die resulteerde in de uitspraak van 13 april 2012 geen aanleiding heeft gezien om prejudiciële vragen te stellen. Zeker na de hierboven aangehaalde uitspraak van het HvJ EU is immers nauwelijks vol te houden dat er sprake was van een zogeheten 'acte éclairé'. Mede om die reden is het Public Interest Litigation Project (PILP) van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) een civiele procedure tegen de Staat gestart.<sup>[34]</sup> Aangevoerd is dat de Afdeling het Europees recht niet juist toepast door geen prejudiciële procedure te willen starten over de vraag of de Nederlandse Staat, bij toepassing van het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden in zaken waar artikel 1F Vv wordt toegepast op grond van het ambtsbericht, wel 'individueel' toetst. Dit is een bijzondere procedure, aangezien de Nederlandse Staat wordt aangesproken op grond van (onrechtmatige) rechtspraak. De lat om de Staat aansprakelijk te houden voor onrechtmatige rechtspraak ligt in Nederland zeer hoog. Op Europees niveau ligt dat anders: het HvJ EU heeft in het *Köbler*-arrest geoordeeld dat een lidstaat op grond van het Unierecht aansprakelijk is voor de schade als gevolg van een 'kennelijke schending' van dat recht door een hoogste nationale rechter.<sup>[35]</sup>

## Mogelijke oplossingen

Zoals eerder beschreven is het uitgangspunt van het Nederlandse beleid geweest dat artikel 1F Vv actief, maar restrictief wordt toegepast, gezien de consequenties die de toepassing van artikel 1F Vv voor de vreemdeling kan hebben. Het belang van een dergelijke restrictieve toepassing is in het verleden ook door de Afdeling bevestigd door te benadrukken dat niet uit het oog mag worden verloren dat de opstellers van het Vluchtelingenverdrag bij opnemering van artikel 1F Vv 'notorious cases' in gedachten hadden.<sup>[36]</sup> Verder is de restrictieve toepassing neergelegd in de Guidelines.<sup>[37]</sup> De beoogde restrictieve toepassing van artikel 1F Vv is, onder andere ten aanzien van Afghaanse vluchtelingen, door de staatssecretaris echter verlaten. Ook in de rechtspraak is de restrictieve uitleg en toepassing van artikel 1F Vv niet meer terug te zien. Van Bennekom schrijft hierover: '*vergelijkt men een uitspraak over een KhAD/WAD-zaak van de Afdeling uit bijvoorbeeld 1995<sup>[38]</sup> met een hedendaagse uitspraak, dan kan niet anders worden geconcludeerd dan dat restrictief in de loop der tijd een andere betekenis heeft gekregen*'.<sup>[39]</sup>

Het probleem van een te ruime toepassing van artikel 1F Vv is dat de aanvraag om een verblijfsvergunning door een vreemdeling zonder al te veel moeite kan worden afgewezen in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden dat de betrokken persoon zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan ernstige misdrijven ex artikel 1F Vv. Zoals in dit artikel beschreven wordt daarbij ten aanzien van onder andere Afghaanse vreemdelingen zelfs gebruik gemaakt van een bestuursrechtelijk bewijsvermoeden dat voortvloeit uit het ambtsbericht.

Het NJCM heeft eerder gepleit voor terugkeer naar een werkelijk restrictieve toepassing van artikel 1F Vv en heeft daarbij gesteld dat een 1F-tegenwerping niet louter gebaseerd mag zijn op verklaringen van derden en/of algemene informatie.<sup>[40]</sup> Daarnaast heeft de Nationale ombudsman kritiek geuit op het gebruik van ambtsberichten. Zo is de Nationale Ombudsman van mening dat deze niet altijd zorgvuldig tot stand komen.<sup>[41]</sup> Zoals eerder beschreven zijn algemene ambtsberichten gebaseerd op informatie afkomstig van anonieme bronnen en is het aan de vreemdeling om dit bewijs te ontkrachten.<sup>[42]</sup> In 2012 heeft het Tweede Kamerlid Schouw tevergeefs aan de minister gevraagd of hij bereid was om een onderzoek te laten uitvoeren naar de inhoud van het ambtsbericht.<sup>[43]</sup> Wij zijn van oordeel dat, gezien de kritiek op de inhoud van het ambtsbericht, het ambtsbericht op de inhoud dient te worden onderzocht. Kloppen de uitgangspunten van het ambtsbericht wel? Het is ons inziens van belang dat wanneer de staatssecretaris op grond van algemene

bewijsvermoedens aanneemt dat een vreemdeling oorlogsmisdaden heeft gepleegd ex artikel 1F Vv, deze vermoedens dienen te zijn gebaseerd op bronnen waarvan de inhoud niet ter discussie staat. De algemene ambtsberichten die worden gebruikt bij de invulling van de 'knowing and personal participation tests' zouden ons inziens dan ook op zijn minst periodiek dienen te worden geëvalueerd. De rechter zou wat ons betreft ook kritischer mogen kijken naar de wijze waarop ambtsberichten tot stand komen en terughoudend moeten zijn bij het gebruik daarvan in het kader van de individuele beoordeling.

Het HvJ EU heeft in 2013 in een prejudiciële procedure geoordeeld welke vereisten artikel 47 van het Handvest stelt aan een nationale procedure, waarin een besluit wordt gebaseerd op louter 'geheime informatie'.<sup>[44]</sup> In de procedure die voorlag bij het HvJ EU werd aan de vreemdeling naast zijn eigen advocaat een 'special advocate' toegewezen. Deze advocaat mag de 'geheime informatie' wel inzien en mag de openbare informatie met de cliënt bespreken. In zaken waar artikel 1F Vv wordt tegengeworpen zou een 'special advocate' kunnen worden geïntroduceerd, die periodiek de inhoud van de ambtsberichten toetst en daarbij onderzoek doet naar de juistheid van deze ambtsberichten. De uitkomsten van het onderzoek van de 'special advocate' zouden in een dergelijk geval gebruikt kunnen worden in juridische procedures, waarin de ambtsberichten gebaseerd op anonieme bronnen een doorslaggevende rol spelen bij de tegenwerping van artikel 1F Vv. Tot slot zouden onzes inziens bij toepassing van het bewijsvermoeden geen hoge eisen mogen worden gesteld aan het door de vreemdeling te leveren tegenbewijs. Een bredere geloofwaardigheidsbeoordeling, waarbij in elk individueel geval wordt gekeken naar de positie van de vreemdeling, mede aan de hand van het overgelegde tegenbewijs, zou ons inziens moeten zorgen voor een evenwichtigere procedure.

## Conclusie

In dit artikel hebben wij twee situaties beschreven waarin het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden wordt toegepast. Het bewijsvermoeden wordt in deze situaties gebruikt omdat het voor het bestuursorgaan niet goed mogelijk is om feiten en omstandigheden die in haar bewijsdomein liggen te bewijzen. Bij het verkeerd aanbieden van een huisvuilzak is dat nog voorstelbaar, omdat de gevolgen van het toepassen van het bewijsvermoeden uiteindelijk gering zijn. De betrokkene tot wie de huisvuilzak is te herleiden loopt het risico dat een relatief lage bestuurlijke boete dient te worden betaald c.q. een relatief laag bedrag aan kostenverhaal moet worden voldaan. Bovendien is er de mogelijkheid voor betrokkene om tegenbewijs te leveren. Het gebruik van het bewijsvermoeden is in deze situatie dan ook aanvaardbaar.

Voor de Afghaanse 1F'er heeft de toepassing van het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden veel grotere gevolgen. Deze categorie vreemdelingen wordt vermoed zich schuldig te hebben gemaakt aan ernstige misdrijven in het land van herkomst en wordt uitgesloten van de asielprocedure en komt in beginsel evenmin in aanmerking voor een reguliere vergunning. Elke Afghaanse vreemdeling waarvan op grond van het ambtsbericht wordt aangenomen dat hij werkzaam is geweest als (onder)officier voor de KhAD/WAD wordt op grond van dit ambtsbericht vermoed oorlogsmisdadiger te zijn. Aangezien het leveren van tegenbewijs door de vreemdeling in dergelijke procedures nauwelijks mogelijk is, wordt het de vreemdeling nagenoeg onmogelijk gemaakt het vermoeden te weerleggen. Voorts menen wij dat de Nederlandse toepassing van artikel 1F Vv niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van het HvJ EU over dit onderwerp.

Een kritischere hantering van het ambtsbericht, de terugkeer naar een restrictieve toepassing en een ruimhartigere acceptatie van door de vreemdeling overgelegd tegenbewijs bij een individuele beoordeling kunnen bijdragen aan een rechtvaardigere procedure. Wij zien de uitkomst van de aangespannen civiele procedure van het PILP en het NJCM dan ook met belangstelling tegemoet. Wat bij vuilniszakken nog aanvaardbaar is, kan niet onverkort worden toegepast op een vreemdeling.

### Voetnoten

[1]

Mr. B. Wallage en mr. C.J.R. van Binsbergen zijn advocaat. Mr. L. van Wijnbergen is jurist bij Stichting Migratierecht Nederland en bestuurslid van het NJCM. De auteurs hebben dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

[2]

H.F.Th Pennarts, *Rechtsbescherming*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 1998, p. 97. Zie ook CRvB 23 april 1986, RSV, 230.

[3]

P. 281.

[4]

Zie bijv. EHRM 25 september 1992, *NJ* 1995/593; EHRM 18 september 2008; HR 3 december 2002, *NJ* 2003/606 en recent ook HvJ EG 23 december 2009, *AB* 2010/83.

[5]

H. Nummerdor-Buijs & J.C. de Wit, 'De (on)verenigbaarheid van het onweerlegbaar rechtsvermoeden in de Participatiewet en de bestuurlijke boete', *Gst.* 2016/123.

[6]

ARbVS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:156.

[7]

Zie bijv. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1279.

[8]

Brief van de Staatssecretaris van Justitie aan de Tweede Kamer, [Kamerstukken II 1997/98, 19637, 295](#).

[9]

Ibid.

[10]

Zie bijv. Rb. Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8571.

[11]

In dit artikel zullen de auteurs niet nader ingaan op de vraag of uitsluiting op grond van artikel 1F Vv dient te worden gekwalificeerd als een 'criminal charge'. Zie hiervoor: B. Wallage, 'Artikel 1F Vluchtelingenverdrag – Een criminal charge?', *NJB* 2015/816, afl. 17, p. 1162-1165.

[12]

Brief van de Staatssecretaris van Justitie aan de Tweede Kamer, [Kamerstukken II 1997/98, 19638, 295](#).

[13]

UNHCR Guidelines on International Protection – Application of the Exclusion Clauses Art. 1F, 4 september 2003.

[14]

Het gaat om de criteria uit het arrest van Federal Court of Appeal, 7 februari 1992, *Ramirez/Canada*, 2F.C. 306.

[15]

Uitspraak 17 januari 2013, Supreme Court of Canada (*Ezokola/Canada*).

[16]

Vragen van het lid Vos aan de Minister van Justitie over het feit dat het Openbaar Ministerie 700 dossiers in onderzoek heeft van asielzoekers die verdacht worden van oorlogsmisdaden, *Handelingen II* 2003/04, 3411.

[17]

Notitie betreffende de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag 6 juni 2008 en C2/7.10.2.4 Vc 2000.

[18]

C2/7.10.2.4 Vc 2000.

[19]

Rb. Haarlem 17 oktober 1997, *JV* 1998/9.

[20]

ABRvS 9 december 2010, 201004725/1/V1.

[21]

Notitie betreffende de toepassing van art. 1F Vluchtelingenverdrag 6 juni 2008.

[22]

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, art. 1F Vluchtelingenverdrag in het Nederlands vreemdelingenbeleid, Den Haag, mei 2008 en B. Wallage, 'Artikel 1F Vluchtelingenverdrag', *NJB* 2015/816, afl. 17, p. 1162-1165.

[23]

Ministerie van Buitenlandse Zaken, ambtsbericht 'Veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan', 29 februari 2000.

[24]

Art. 3.77 Vb 2000.

[25]

L. van Wijnbergen, 'Tienjarenbeleid voor 1F-ers een dode letter?', maart 2014, *JNVR* 1401.

[26]

P. Bogaers, '1F-beleid: buitengemeen politiek', *Nieuwsbrief Asiel- en Vreemdelingenrecht* 2008, 6.

[27]

Zie 'Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992', te vinden op: [www.unhcr.org/refworld/docid/482947db2.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/482947db2.html).

[28]

ABRvS, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8654, 24 september 2009.

[29]

HvJ EU 9 november 2010, gevoegde zaken C-57/09 en C-101/09.

[30]

Rb. Den Haag 22 februari 2011, 06/24277.

[31]

ABRvS 13 april 2012, 201102789/1/V1/.

[32]

Brief van de Minister van Veiligheid van Justitie van 26 oktober 2012, kenmerk: 2012-0000598440.

[33]

Europese Commissie, Ref. Ares (2016) 317730, 21 januari 2016.

[34]

Meer over de zaak is hier te vinden: <https://pilpnjcm.nl/dossiers/afghanen-1f-procedure/>.

[35]

HvJ EU 30 oktober 2003, C-224/01.

[36]

ABRvS, 17 december 1992, R02.90.4934, RV 1992, 12 en ABRvS 17 januari 1995, R02.93.5844, RV 1995, 1.

[37]

UNHCR, *The exclusion clauses: Guidelines on their application, Geneva 2 December 1996 en de Guidelines on international protection*, Geneva 4 September 2003.

[38]

ABRvS 17 januari 1995, RV 1995, 1, m.nt. BPV.

[39]

Bennekom e.a., *Asielrecht* 2011, p. 206.

[40]

Ibid.

[41]

Rapport 'De geloofwaardigheid van ambtsberichten', 2007/2008.

[42]

ABRvS 24 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8654.

[43]

Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 1 juni 2012, 1547, 19637.

[44]

HvJ EU 4 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:363, AB 2013/374, m.nt. Reneman.