

## Artikel

HANNAH HELMINK | MR. H.E. HELMINK IS ALS PROMOVENDA WERKZAAM VOOR DE VAKGROEP MIGRATIERECHT VAN DE AFDELING STAATS- EN BESTUURSRECHT AAN DE VRIJE UNIVERSITEIT IN AMSTERDAM.\*

# De omvang van de ex nunc toets in de Nederlandse asielprocedure



Wat doet de Nederlandse rechter met de verruiming van de ex nunc toets? Een onderzoek naar de gevolgen van het gewijzigde artikel 83 Vw 2000 voor de toelating van nieuwe feiten en omstandigheden.

**U**it de Afdelingsjurisprudentie van na 1 juli 2010 blijkt dat de verruiming van de ex nunc toets van artikel 83 Vw 2000 in de praktijk niet wordt toegepast. De toelating van nova in de herhaalde aanvraag is onverminderd beperkt en de toepassing van de Bahaddar-exceptie komt niet werkelijk van de grond. Een schending van het refoulementverbod, het recht op een effectief rechtsmiddel en het recht op effectieve rechtsbescherming kan daardoor niet worden uitgesloten. De nationale rechter kan de bescherming van deze rechten niet aan Straatsburg of Luxemburg overlaten, maar is primair verantwoordelijk om deze ‘full and ex nunc’ te garanderen.

## 1 Aanleiding

Per 1 juli 2010 heeft de wetgever artikel 83 Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) gewijzigd, om zo de ex nunc toets in asielzaken te verruimen.<sup>1</sup> De rechter moet daardoor in be-

roep en in het devolutieve traject van het hoger beroep<sup>2</sup> rekening houden met alle door de asielzoeker of de minister<sup>3</sup> na het besluit aangevoerde relevante feiten en omstandigheden. Daarnaast moet de rechter ook het voor de asielzoeker relevante gewijzigde beleid dat na de besluitvorming is bekendgemaakt, in de behandeling van het beroep betrekken. Doordat er meer informatie binnen de eerste procedure kan worden meegenomen, zou er voor de asielzoeker minder noodzaak bestaan tot het indienen van een herhaalde aanvraag. Naast dit proceseconomische argument, zag de wetgever zich ook door Straatsburg gedwongen tot deze wetswijziging. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) over artikel 3 EVRM zou voor staten een ‘full

\* De auteur dankt Karen Geertsema, Sarah van Walsum, Marcelle Reneman en Bahija Aarrass voor hun uitvoerig commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

1 Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van de Vw 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure (Stb. 2010, 202, ve10000824) in werking getreden op 1 juli 2010 (Stb. 2010, 244, ve10000944).

2 Hiervan is sprake wanneer de Afdeling het hoger beroep gegrond verklaart, de rechtbankuitspraak vernietigt en op grond van artikel 53 Wet op de Raad van State zelf in de zaak voorziet. Artikel 83 Vw 2000 is niet van toepassing op de beoordeling van het hoger beroep. In dit artikel wordt niet ingegaan op de mogelijkheden om in het hoger beroep- en verweerschrift nog nova aan te voeren en op de beperkingen die het grievenstelsel daaraan volgens de Afdeling stelt. Zie: Hannah Helmink, Te mooi om waar te zijn? Het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de gevolgen daarvan voor het rechtermodel, NAV 2008, nr. 4, p. 234.

3 De Afdeling heeft nog geen uitspraak gedaan over de toepassing van artikel 83 lid 6 Vw 2000. In ABRvS, 29 april 2011, 201010327/1/V2, gaat de Afdeling niet in op de grief die was gericht tegen het oordeel van de rechtbank om op grond van artikel 83 lid 3 jo lid 6 Vw 2000 nader onderzoek naar opvangmogelijkheden in Kosovo buiten beschouwing te laten.

and ex nunc assessment' in asielzaken voortvloeien.<sup>4</sup> Over deze wetswijziging is al het nodige geschreven,<sup>5</sup> maar wat ontbreekt is een overzicht van de toepassing van deze ex nunc toets na de wijziging van artikel 83 Vw 2000. Dit artikel tracht een dergelijk overzicht te bieden. Daarvoor wordt niet alleen onderzocht of de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) aansluit bij de bedoeling van de wetgever, maar wordt tevens onderzocht of de toepassing door de Afdeling overeenstemt met de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM. De nationale rechter dient op grond van het subsidiariteitsbeginsel als (Europese) rechter immers primair zorg te dragen voor de correcte toepassing van de bepalingen en beginselen uit het Europese recht en het EVRM.

Hoewel de ex nunc toets die volgt uit artikel 83 Vw 2000 geen verband houdt met het novum-criterium dat voor herhaalde aanvragen geldt, wordt toch aandacht besteed aan de toepassing van dit criterium na 1 juli 2010. Voor de aanleiding moeten we eerst terug in de tijd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat ook het oude artikel 83 Vw 2000 herhaalde aanvragen moest voorkomen.<sup>6</sup> De Afdeling dacht destijds aan dit doel te kunnen voldoen, door het begrip 'nieuwe feiten en omstandigheden' onder het oude artikel 83 Vw 2000 op dezelfde beperkte wijze uit te leggen als zij deed in de herhaalde aanvraag.<sup>7</sup> Het novum-criterium dat de wetgever onder het nieuwe artikel 83 Vw 2000 voorschrijft, is het echter ruimer dan het novum-criterium dat bij herhaalde aanvragen geldt. Het is daarom interessant om te onderzoeken of de Afdeling nu, andersom, artikel 83 Vw 2000 als aanknopingspunt gebruikt om het novum-criterium in herhaalde asielaanvragen ruimer uit te leggen. De wetgever regelt dit niet en laat deze mogelijkheid over aan de 'onafhankelijke rechtspraak van Nederland'.<sup>8</sup> Hoewel nova ook nog in twee andere situaties kunnen worden aangevoerd, namelijk in de procedure gericht tegen uitzetting<sup>9</sup> en in het (hoger) beroep nadat in een eerdere uitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud de beroepsgrond waarop het novum ziet, is verworpen of het rechtsoordeel is gecorrigeerd (de 'Brummenlijn'),<sup>10</sup> vallen deze situaties buiten het bestek van dit artikel. Het laatste aspect waar in dit artikel wel op wordt ingegaan, betreft de mogelijkheid die artikel 3 EVRM biedt om nieuwe feiten en omstandigheden in de procedure toe te laten, ook als niet wordt voldaan aan de nationale procedureregels (de zogenaamde 'Bahaddar-exceptie'). Voordat voorgaande onderzoeksvragen kunnen worden beantwoord, wordt

in hoofdstuk 2 eerst het Europese en internationaalrechtelijke kader geschetst voor het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden.

## 2 Nieuwe feiten en omstandigheden in Europees- en internationaalrechtelijk perspectief

### 2.1 EU-recht

In het primaire EU-recht ontbreken procesregels die zien op de omvang van de rechterlijke toets en het rechterlijk toetsingmoment. In het secundaire EU-recht zijn in de Definitierichtlijn 2004/83 (hierna: DRi) en de Procedurerichtlijn 2005/85 (hierna: PRi) wel een aantal procesregels gecodificeerd die zien op de toelating van nieuwe feiten en omstandigheden in de besluitvormingsfase van de asielprocedure, maar voor het (hoger) beroep bestaan deze regels niet. Waar uniforme procesregels ontbreken, beschikken nationale lidstaten over procedurele autonomie. Deze nationale procesregels moeten echter wel in overeenstemming zijn met het EU-recht, inclusief het per 1 december 2009<sup>11</sup> bindend geworden Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest), en de algemene EU-beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming.<sup>12</sup> Op grond van het Handvest beschikt een asielzoeker onder meer over een recht op asiel,<sup>13</sup> een recht op bescherming tegen een reëel risico op een onmenselijke of vernederende behandeling,<sup>14</sup> en een recht op effectieve rechtsbescherming.<sup>15</sup> Deze laatste twee grondrechten komen eveneens tot uitdrukking in de artikelen 3, 6 en 13 EVRM en maken als algemene beginselen deel uit van het EU-recht.<sup>16</sup> Hoewel het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) niet is gebonden aan de uitleg die het EHRM aan deze bepalingen geeft, kan de jurisprudentie van het EHRM wel dienen als bron van inspiratie voor de uitleg van deze EU-bepalingen en -beginselen.<sup>17</sup> Daarnaast kan de uitleg die het EHRM aan grondrechten geeft ook aan belang toenemen nu de EU zich voorbereidt op toetreding tot het EVRM.<sup>18</sup> In geval van toetreding is het EHRM namelijk de laatste instantie die toetst of het EU-handelen in overeenstemming is met de eisen die uit het EVRM voortvloeien.<sup>19</sup> Het Handvest laat echter wel de mogelijkheid open om meer bescherming te bieden dan het EVRM.<sup>20</sup>

4 TK 2008–2009, 31 994, nr. 3, p. 6, ve09001075.

5 W.J. van Bennekom, J.H. van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2011, p. 321-340; F.T. Groenewegen, 'Kroniek: Procesrecht', *A&MR* 2010, nr. 10, p. 542-545, ve10002328.

6 TK 1998-1999, 26732, nr. 3, p. 78.

7 ABRvS, 3 augustus 2001, 200103069/1, *JV* 2001/258.

8 TK 2008–2009, 31 994, nr. 3, p. 6, ve09001075.

9 ABRvS, 11 oktober 2011, 201106343/1/V4, *JV* 2011/496 m.nt. Spijkerboer, ve11002611.

10 ABRvS, 14 juni 2007, 200700449/1, *JV* 2007/409, ve07001211. Volgens mij had de Afdeling, anders dan zij heeft gedaan, ook tot nova moeten oordelen in ABRvS, 25 januari 2012, 201009783/1/V3, *JV* 2012/147 Digi nt. Helmink, ve12000431. Zie meer over de Brummenlijn in: P.A. Willemsen, 'Wat valt er wel en wat valt er niet onder de Brummenlijn? En voor wie?' *JBplus* 2009, p. 46-57; R. Ortlep en P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde' *NAV* 2009, nr. 2, p. 114-115; H.J.M. Besselink, 'Ordelijk procederen', in: J. C. A. De Poorter, G. T. J. M. Jurgens e.a. (red), *De toegang tot de rechter beperkt*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2010, VAR-reeks 144, p. 178.

11 Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Pb EU 2007/C 306, ve08000345.

12 Zie voor de invloed van het EU-recht op nationale procedureregels: M. Eliantonio, A. Wiesbrock, 'EU migration law in national courts: the role of national procedural rules and the ECJ's requirements in the Dutch courts', *A&MR* 2011, nr. 3, p. 104-111, ve11001255.

13 Artikel 18 Handvest van de grondrechten EU, ve09001417.

14 Artikel 19 Handvest van de grondrechten EU, ve09001417.

15 Artikel 47 Handvest van de grondrechten EU, ve09001417.

16 Artikel 6 lid 3 VEU.

17 HvJ EU, 27 juni 2006, C-540/03 (Parlement - Raad), par. 35-39, *JV* 2006/313 m.nt. Boeles, *RV* 2006/25, ve06000854.

18 Zie meer hierover: T. Barkhuysen, A. W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011, p. 3-34; A.M. Reneman, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht' *A&MR*, 2010 / 5/6, p. 233-244, ve10000968.

19 Artikel 6 lid 2 VEU.

20 Artikel 52 lid 3 Handvest van de grondrechten EU.

Zoals gezegd, bestaan er geen uniforme procesregels over de omvang van de rechterlijke toets en het rechterlijk toetsingsmoment. Artikel 39 PRI verleent de asielzoeker wel een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een rechterlijke instantie, maar regelt niet expliciet dat dit rechtsmiddel ook een volledig en ex nunc onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden moet omvatten. Het HvJ EU heeft zich op dit moment nog niet uitgelaten over een dergelijke invulling van artikel 39 PRI. Het Europees Parlement en de Raad hebben deze uitleg echter wel voorgesteld.<sup>21</sup> Dit voorstel sluit bovendien aan bij het rechterlijke toetsingsmoment dat het HvJ EU voorschrijft buiten het asielrecht. Zo neemt het een ex nunc toets aan voor de beoordeling van het actuele gevaar dat EU-burgers<sup>22</sup> en Turkse werknemers die vallen onder besluit 1/80<sup>23</sup> kunnen vormen voor de openbare orde. Een dergelijk actueel toetsingsmoment zou in asielzaken voor de beoordeling van de aanwezigheid van een reëel risico op een onmenselijke of vernederende behandeling ook passend lijken, aangezien ook in die situatie een toekomstig risico moet worden beoordeeld.

### *Over de uitleg van de begrippen ‘alle’ elementen en ‘zo spoedig mogelijk’ zijn nog geen prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.*

In de besluitvormingsfase mogen lidstaten op grond van artikel 4 lid 1 DRi van de vreemdeling verlangen dat hij ‘zo spoedig mogelijk’ ‘alle’ elementen ter staving zijn verzoek om internationale bescherming indient. De lidstaat heeft daarnaast de taak om de relevante elementen in samenwerking met de vreemdeling te beoordelen. Volgens Advocaat-Generaal Bot moet deze samenwerkingsplicht worden gezien als een nuancering van de bewijslast van de vreemdeling en betekent dit dat de lidstaat de vreemdeling moet bijstaan bij de indiening van de aanvraag en hem moet meedelen welke informatie essentieel wordt geacht. Het uitbrengen van een voornemen is daarvoor echter niet nodig.<sup>24</sup> Over de uitleg van de begrippen ‘alle’ elementen en ‘zo spoedig mogelijk’ zijn nog geen prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Volgens Noll ziet het begrip ‘alle’ elementen uit artikel 4 lid 1 DRi slechts op de in het tweede lid genoemde elementen waarvan de lidstaat heeft aangegeven dat deze noodzakelijk zijn voor de beoordeling van het verzoek om internationale bescherming. Volgens hem is het namelijk onmogelijk dat de vreemdeling op het moment van aanvraag of eerste gehoor reeds weet welke elementen relevant zijn voor zijn verzoek.<sup>25</sup> De noodzakelijkheid tot verkrij-

ging van deze elementen kan volgens Noll op elk moment tot aan het besluit bekend worden.<sup>26</sup> Deze uitleg van artikel 4 lid 1 DRi leidt ertoe dat elementen pas als ‘te laat’ kunnen worden aangemerkt, nadat deze inhoudelijk op hun relevantie (noodzakelijkheid) zijn beoordeeld.

Indien er zich tijdens of na de procedure nieuwe elementen of bevindingen voordoen, kan de asielzoeker deze op grond van artikel 32 lid 2 PRI aan de lidstaat ‘voorleggen’. De lidstaat kan op grond van het eerste lid besluiten om deze nova in de lopende procedure mee te nemen, maar het heeft ook de mogelijkheid om in een specifieke procedure te onderzoeken of er sprake is van nova.<sup>27</sup> Wanneer de lidstaat tot deze laatste procedure overgaat, kan de herhaalde aanvraag slechts niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer de aanvraag ‘identiek’ is aan een eerdere.<sup>28</sup> Volgens Battjes moet dit letterlijk worden opgevat, omdat in alle andere gevallen een inhoudelijke beoordeling van de nova wordt gevergd.<sup>29</sup> De lidstaat heeft wel de mogelijkheid om in nationale wetgeving temporele eisen te stellen aan het moment tot waarop de nova in de specifieke

procedure kunnen worden overgelegd.<sup>30</sup> Deze eisen mogen echter niet in strijd komen met het verbod van refolement.<sup>31</sup> Van dergelijke door de asielzoeker voorgelegde ‘nieuwe’ elementen of bevindingen is volgens Battjes sprake wanneer deze nog niet eerder zijn beoordeeld. Het is volgens hem niet van belang of deze elementen of bevindingen al eerder hadden kunnen worden aangevoerd, aangezien artikel 32 leden 3 en 4 PRI spreken over elementen of bevindingen die zijn ‘voorgelegd’ in plaats van ‘opgekomen’.<sup>32</sup> De herhaalde aanvraag hoeft slechts met de waarborgen uit hoofdstuk 2 PRI te worden omkleed als er nieuwe elementen of bevindingen aan de orde zijn of door de asielzoeker zijn voorgelegd die de ‘kans aanzienlijk groter maken’ dat de asielzoeker voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt.<sup>33</sup> De ratio hierachter is dat het vereisen van een volledig onderzoek in alle andere situaties een disproportionele last zou vormen voor de staat.<sup>34</sup> Zelfs wanneer er nova zijn die de kans aanzienlijk groter maken dat de asielzoeker als vluchteling wordt erkend, staat artikel 32 lid 6 PRI het de lidstaat nog wel toe om het verzoek alleen verder te behandelen als de asielzoeker geen verwijt valt maken dat hij de nova niet eerder heeft aangevoerd. Reneman stelt in haar noot dat deze ‘uitzondering op een uitzondering van de hoofdregel’, gelet op de jurisprudentie van het HvJ EU en het effectiviteitsbeginsel,

21 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de verlening of intrekking van internationale bescherming, COM(2009) 554.

22 HvJ EU, 29 april 2004, C-482/01 en C-493/01, (Orfanopoulos en Oliveri), par. 77-82, *JV* 2004/227 m.nt. Boeles, ve04000792, *RV* 2004/86; HvJ EU, 22 mei 2012, C-348/09 (P.I.), par. 34.

23 HvJ EU, 11 november 2004, C-467/02 (Cetinkaya), par. 44-47, *JV* 2005/1 m.nt. Groenendijk, ve04001883, *RV* 2004/93; HvJ EU, 2 juni 2006, C-136/03 (Dörr en Ünal), par. 64-65, *JV* 2005/276 m.nt. Groenendijk, ve05001076, *RV* 2005/88.

24 HvJ EU, 26 april 2012, C-277/11 (M.M.), conclusie A-G, par. 56-58, 65-68, 117.

25 Deze rechtvaardiging noemt de advocaat-generaal Bot in M.M. ook (par. 65) en hij voegt daar in par. 66 aan toe dat ook de mentale situatie van de vreemdeling ertoe kan leiden dat de vreemdeling niet meteen bij de aanvraag alle relevante informatie kan overleggen.

26 G. Noll, ‘Evidentiary assessment and the EU qualification directive’, UNHCR Working Paper, nr. 117, 2005, <http://www.unhcr.org/42bbcb092.html>, p. 6.

27 Artikel 24 lid 1 sub a PRI jo artikel 32 lid 3 PRI.

28 Artikel 25 lid 2 sub f PRI.

29 H.Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 338-339.

30 Artikel 34 lid 2 sub b PRI.

31 H.Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 340.

32 H.Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 337-339.

33 Artikel 32 lid 4 PRI.

34 Paragraaf 15 Preambule PRI.

beperkt zou moeten worden uitgelegd.<sup>35</sup> Een beperking van de verwijtbaarheidstoets lijkt ook te volgen uit artikel 4 lid 1 en 2 DRI. Volgens Noll zouden de in het tweede lid genoemde elementen, waarvan de lidstaat heeft gesteld dat ze noodzakelijk zijn, immers tot het moment van besluitvorming mogen worden aangevoerd. Tot slot beperkt het verbod van refolement de mogelijkheid om relevante nova niet te beoordelen, enkel omdat ze verwijtbaar te laat in de procedure zijn aangevoerd.

## 2.2 EVRM

Het EHRM hanteert in asielzaken een 'full and ex nunc assessment' voor de beoordeling van de aanwezigheid van een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer.<sup>36</sup> Dit actuele toetsingsmoment betreft het moment van uitzetting, indien de vreemdeling al is uitgezet, en het moment van toetsing door het EHRM, indien er nog geen uitzetting heeft plaatsgevonden.<sup>37</sup> Dit laatste moment geeft het EHRM dus de mogelijkheid om informatie in haar oordeel te betrekken die niet door de lidstaat kon worden betrokken. Het EHRM kan daardoor zelf de minimumnormen van het EVRM blijven vaststellen. Aan de andere kant sluit het zelf vaststellen van de feiten minder goed aan bij het uitgangspunt van het EVRM om met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel de vreemdeling individuele rechtsbescherming te bieden.<sup>38</sup> Recentelijk heeft het EHRM in haar jurisprudentie gepoogd om deze twee moeilijk met elkaar te verenigen taken te combineren. Zo benadrukt het in het arrest *Husseini* dat het weliswaar niet zelfstandig het asielverzoek beoordeelt en slechts onderzoekt of

8 EVRM heeft het zich daarover wel uitgelaten voor het actuele moment waarop het recidivegevaar moet worden beoordeeld. In het arrest *Maslov* heeft het EHRM expliciet geoordeeld dat het aan de lidstaat is om het systeem dusdanig te organiseren dat het in staat is om nieuwe ontwikkelingen in de beoordeling te kunnen meenemen.<sup>40</sup> Dit laat lidstaten evenwel de mogelijkheid om - bij besluiten op aanvraag - een ex tunc toets te hanteren in combinatie met een volledige herbeoordeling van de zaak in de herhaalde aanvraag.<sup>41</sup>

## 2.3 Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en effectieve rechtsbescherming

Artikel 39 PRI verleent de asielzoeker een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een rechterlijke instantie. Uit het arrest *Samba Diouf* van het HvJ EU blijkt dat dit recht moet worden uitgelegd in overeenstemming met het recht op effectieve rechtsbescherming,<sup>42</sup> hetgeen een algemeen EU-beginsel vormt en is bevestigd in artikel 47 Handvest (waarvoor naast artikel 13 EVRM ook artikel 6 EVRM van belang is<sup>43</sup>). Volgens het HvJ EU is een beroep met een beroepstermijn van veertien dagen in een versnelde asielprocedure, daarmee in beginsel niet in strijd. Het niet toelaten van feiten en omstandigheden die zien op een reëel risico op schending van het refolementverbod kan er toe leiden dat de asielzoeker geen reële mogelijkheid wordt geboden om effectief gebruik te maken deze rechten. Uit het arrest *M.S.S.* van het EHRM volgt dat het niet toelaten van nieuwe gegevens na de gehoren ertoe kan leiden dat de vreemdeling geen reële mogelijkheid heeft om een 'arguable

*Indien er nog geen uitzetting heeft plaatsgevonden heeft het EHRM de mogelijkheid om informatie in haar oordeel te betrekken die niet door de lidstaat kon worden betrokken.*

de nationale procedure zorgvuldig is verlopen, maar houdt het EHRM tegelijkertijd vast aan het actuele toetsingsmoment en betreft het nieuwe informatie in zijn oordeel die dateert van na de nationale procedure.<sup>39</sup>

Tot op heden heeft het EHRM in artikel 3 EVRM-zaken nog niet expliciet geoordeeld dat het actuele toetsingsmoment ook geldt voor de lidstaten. In uitzettingszaken betreffende artikel

claim' in de zin van artikel 3 EVRM aannemelijk te maken, hetgeen in strijd is met artikel 13 EVRM.<sup>44</sup> Hoewel asielzoekers in beginsel moeten voldoen aan de nationale procedurevoorschriften en tijdslimieten, staat artikel 3 EVRM hierop in bijzondere omstandigheden een afwijking toe (de zogenaamde 'Bahaddar-exceptie').<sup>45</sup>

35 Zie de noot van Reneman bij ABRvS, 7 juli 2010, nr. 200907796/1/V2, JV 2010/323, ve10001060.

36 EHRM, 24 mei 2007, nr. 1948/04 (Salah Sheekh t. Nederland), par. 136, JV 2007/30 m.nt. Vermeulen, ve07000049.

37 EHRM, 24 mei 2007, nr. 1948/04 (Salah Sheekh t. Nederland), par. 136, JV 2007/30 m.nt. Vermeulen, ve07000049; EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi t. Italië), par. 133, JV 2008/131 m.nt. Wouters, ve08000377; EHRM, 17 juli 2008, nr. 25904/07, (N.A. t. VK), par. 112, JV 2008/329 m.nt. Spijkerboer, ve08001267.

38 Het EHRM moet niet optreden als een 'court of fourth instance'. Een uitgangspunt dat volgens het Comité van Ministers van de Raad van Europa, samen met de 'margin of appreciation' in de preambule van het EVRM moeten worden verankerd, artikel 12 b Brighton Declaration, 19-20 april 2012, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration>.

39 EHRM 20 december 2011, nr. 48839/09 (J.H t.VK), JV 2012/35, ve11003200; EHRM, 13 oktober 2011, nr. 10611/09 (Husseini t. Zweden), JV 2012/2, ve11002946, RV 2011/60 m.nt. Geertsema. In haar noot verwijst Geertsema naar meer vergelijkbare uitspraken en oordeelt zij dat de 'nieuwe' formulering niet leidt tot een terughoudender toets door het EHRM.

40 EHRM (GK), 23 juni 2008, nr. 1638/03 (Maslov t. Oostenrijk), par. 93, EHRC 2008/97 m.nt. Woltjer, RV 2008/20 m.nt. Van Walsum, JV 2008/267 m.nt. Boeles, ve08001098. Het EHRM verwijst voor het actuele toetsingsmoment in deze zaak zowel naar het moment dat zij in artikel 3 EVRM-zaken hanteert, als naar het moment dat het HvJ EU hanteert in uitzettingszaken betreffende de openbare orde.

41 Bij ambtshalve besluiten is geen herhaalde aanvraag mogelijk en biedt de ex nunc toets dus de enige mogelijkheid om aan de door het EHRM gestelde eis te voldoen, zie mijn noot bij ABRvS, 18 februari 2010, nr. 200902149/1/V2, JV 2010/140, ve10000273, RV 2010/27 m.nt. Helmink.

42 HvJ EU, 28 juli 2011, C-69/10 (Samba Diouf), par. 35, 48-49, JV 2011/373, ve11001765, AB 2011/304 m.nt. Widdershoven; A.M. Reneman 'Uitspraak van de maand - HvJEU 28 juli 2011, C-69/10, Samba Diouf', A&MR 2011 / 7, p.296-297, ve11002393.

43 HvJ EU, 18 maart 2010, C-317-320/08 (Allasini), par. 61, AB 2010/157 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

44 EHRM (GK), 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S. t. België en Griekenland), par. 389, JV 2011/68 m.nt. Battjes, ve11000149; EHRM, 2 februari 2012, nr. 9152/09, (ontvankelijkheidsbeslissing) (I. M. t. Frankrijk), JV 2012/169, ve12000355.

45 EHRM, 19 februari 1998, nr. 25894/94 (Bahaddar t. Nederland), par. 45, JV 1998/45, ve02000470.

### 3 Nieuwe feiten en omstandigheden in nationaalrechtelijk perspectief

#### 3.1 De toepassing van artikel 83 Vw 2000 vóór 1 juli 2010

In het asielberoep toetst de rechter de rechtmatigheid van de asielbeschikking in beginsel ex tunc, naar het moment waarop de beschikking is genomen. Tot 1 juli 2010 liet artikel 83 Vw 2000, behoudens de goede procesorde of een ontoelaatbare vertraging van de zaak, een uitzondering op dit toetsingsmoment toe waardoor de rechter ook rekening kon houden met feiten en omstandigheden die tussen het bestreden besluit en de uitspraak waren 'opgekomen' en door de vreemdeling of de minister waren aangevoerd. Zoals gezegd wilde de wetgever deze nova binnen de procedure toestaan om herhaalde aanvragen te voorkomen en dacht de Afdeling hieraan te kunnen voldoen door het begrip 'nieuwe feiten en omstandigheden' onder artikel 83 Vw 2000 op vergelijkbare wijze uit te leggen als zij deed in de herhaalde aanvraag. Slechts feiten en omstandigheden die niet eerder 'konden en dus behoorden' te worden aangevoerd konden in beroep worden meegenomen.<sup>46</sup> Na de besluitvorming ontstane wijzigingen in recht en beleid vielen hier volgens de Afdeling niet onder.<sup>47</sup> Voor het niet betrekken van feiten en omstandigheden die eerder in de procedure hadden kunnen worden aangevoerd (de zogenaamde 'gronden- en bewijstrechter'), werd door de Afdeling meestal verwezen naar de benadering 'Daalder/Schreuder-Vlasblom'.<sup>48</sup> Op grond van deze theorie is het aan de asielzoeker om bij zijn aanvraag alle relevante informatie naar voren te brengen en zo aannemelijk te maken dat hij in aanmerking moet komen voor een asielvergunning (artikel 4:2 Awb jo artikel 31 lid 1 Vw 2000 jo artikel 3.111 lid 1 Vb 2000). Het bestuursorgaan heeft op basis van deze theorie rechtmatig gehandeld als de te laat aangevoerde feiten vallen binnen het bewijsdomein van de belanghebbende en het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb geen verwijt valt te maken in het niet kennen van deze feiten én als het op basis van de feiten die het wel kende niet anders kon besluiten.<sup>49</sup> Het maakt hiervoor dus niet uit of de asielzoeker evenmin een verwijt valt te maken voor het niet kennen of niet eerder kunnen overleggen van de gegevens.

Door sommigen is gesteld dat een dergelijke benadering per 1 juli 2005 niet meer toelaatbaar is.<sup>50</sup> Op grond van (de toelichting op) het per die datum gewijzigde artikel 6:13 Awb, zijn zowel bewijstrechters als grondentrechters in beroep en in hoger beroep niet meer toegestaan, wanneer het daaraan ten grond-

slag liggende besluitonderdeel tijdig is bestreden. Weliswaar laat de toelichting op artikel 6:13 Awb de mogelijkheid open om gegevens buiten beoordeling te laten wanneer deze redelijkerwijs verwijtbaar niet eerder zijn ingebracht,<sup>51</sup> maar de minister heeft in zijn brief aan de Tweede Kamer van 29 oktober 2004 deze onterecht naar binnen geslopen trechter weer buiten toepassing verklaard.<sup>52</sup> Daardoor is de onderdelentrichter de enige toegestane trechter. Deze trechter is in asielzaken echter niet van toepassing, nu de Afdeling het asielbesluit als ondeelbaar beschouwt.<sup>53</sup> Om die reden kan worden betoogd dat het aanvechten van het asielbesluit in beroep voldoende is om zowel in beroep als in hoger beroep nog met gronden en bewijs aan te komen die zien op de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Dit is dus óók het geval indien de vreemdeling niet aan zijn informatieplicht ex artikel 4:2 lid 1 Awb of artikel 31 lid 1 Vw 2000 heeft voldaan. Deze gegevens mogen slechts buiten beschouwing worden gelaten, als dit in strijd komt met de goede procesorde of indien het leidt tot een ontoelaatbare vertraging van de zaak. In dat geval zouden de gegevens overigens nog wel, in overeenstemming met de goede procesorde, in de volgende fase van de procedure moeten kunnen worden aangevoerd.

De uitleg die de Afdeling aan artikel 83 Vw 2000 gaf, leidde niet tot een vermindering van het aantal herhaalde aanvragen. Evenmin werd met deze uitleg voldaan aan de eis van een 'full and ex nunc assessment' die uit artikel 3 EVRM zou voortvloeien.<sup>54</sup> De wetgever zag zich daarom genoodzaakt om per 1 juli 2010 artikel 83 Vw 2000 te wijzigen.<sup>55</sup> In het navolgende wordt kort de wetwijziging besproken. Vervolgens wordt aan de hand van de Afdelingsjurisprudentie onderzocht of de wijze waarop de Afdeling het gewijzigde artikel 83 Vw 2000 toepast, aansluit bij de bedoeling van de wetgever en of deze uitleg overeenstemt met de eisen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM.

#### 3.2 De wijziging van artikel 83 Vw 2000

De wetgever probeert met de wijziging van artikel 83 Vw 2000 te bereiken dat meer feiten en omstandigheden binnen de procedure kunnen worden meegenomen.<sup>56</sup> In dat kader wordt expliciet afstand genomen van de in de toelichting op artikel 6:13 Awb genoemde mogelijkheid om verwijtbaar te

46 ABRvS, 3 augustus 2001, 200103069/1, JV 2001/258, ve12000148.

47 ABRvS 27 oktober 2005, nr. 200504649/1, JV 2006/73 m.nt. Olivier, ve06000146.

48 E.J. Daalder, M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, 7, p. 214 e.v.

49 Dit lijkt slechts uitzondering als het bestuursorgaan verwijtbaar heeft gehandeld. Zie: ABRvS, 19 augustus 1999, *AB* 1999, 403 m.nt. MSV. De bewijslast viel binnen het bewijsdomein van de belanghebbende, maar het bestuursorgaan had niet voldaan aan de daarbinnen voor hem geldende voorlichtingsplicht en dus mocht de belanghebbende alsnog in beroep bewijsstukken overleggen die de teelt van winter-bewaarpri aantoonde.

50 B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, Deventer, Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 335-351; Hannah Helmink, Te mooi om waar te zijn? Het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de gevolgen daarvan voor het trechtermodel, NAV 2008, nr. 4, p. 228-240.

51 TK 2003-2004, 29421, nr. 3, p.8.

52 TK 2004-2005, 29 421, nr. 11.

53 De Afdeling heeft recent bevestigd dat een besluit tot afwijzing van een aanvraag voor een asielvergunning voor bepaalde tijd, hoewel bestaand uit verschillende afwijzingsgronden, niet uit meerdere besluitonderdelen bestaat, ABRvS, 9 mei 2011, 201001143/1/V2, JV 2011/283, ve11001131, *AB* 2001/319 m.nt. de Waard en eerder: ABRvS, 11 december 2003, NAV 2004/66; ABRvS, 29 september 2004, JV 2004/452 m.nt. Willemsen, ve04001683. Dit leidt ertoe dat de Afdeling niet meer de vraag hoeft te beantwoorden of de in artikel 6:13 Awb genoemde zienswijze ex artikel 3:15 Awb op een lijn kan worden gesteld met de op de asielprocedure van toepassing zijnde zienswijze ex artikel 39 Vw 2000. Een vraag waaraan in de parlementaire geschiedenis van artikel 6:13 Awb volledig voorbij is gegaan en die naar mijn idee negatief beantwoord had moeten worden, zie ABRvS 13 februari 2009, 200805405/1, JV 2009/154, ve09000262; NAV 2009/20 m.nt. Talsma; RV 2009/ 59 m.nt. Helmink.

54 TK 2008-2009, 31 994, nr. 3, p. 6, ve090001075.

55 Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van de Vw 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure (Stb. 2010, 202), in werking getreden op 1 juli 2010 (Stb. 2010, 244, ve10000944).

56 TK 2008-2009, 31 994, nr. 3.

laat aangevoerde gegevens niet in de procedure toe te laten.<sup>57</sup> Zoals gezegd, had de minister deze ten onrechte naar binnen gesloten trechter echter in zijn brief van 29 oktober 2004 al buiten toepassing verklaard. Dit betekent dat de rechter alle voor de vreemdeling relevante beleidswijzigingen die na het bestreden besluit zijn bekend gemaakt, in de procedure moet

Verder sluit het meenemen van niet eerder beoordeelde informatie in beroep of in het devolutieve traject van het hoger beroep ook aan bij de toenemende praktijk van finale geschilbeslechting, op grond waarvan de zaak naar het actuele moment moet worden beoordeeld.<sup>64</sup> Ter voorkoming van een rechter die te ver van zijn controlefunctie verwijderd raakt en steeds meer

## *Hoewel de verwijtbaarheid procedureel dus is uitgespeeld, blijkt deze nog wel de materiële uitkomst van de zaak te kunnen beïnvloeden.*

betrekken.<sup>58</sup> Daarnaast moeten ook alle, door de vreemdeling of de minister aangevoerde, relevante<sup>59</sup> feiten en omstandigheden worden meegenomen. Dit laatste betreft niet alleen (bewijsmiddelen van) nieuwe feiten en omstandigheden die zich na het bestreden besluit hebben voorgedaan, maar ook (bewijsmiddelen van) feiten en omstandigheden die zich weliswaar voor het bestreden besluit hebben voorgedaan, maar die pas in beroep of in het devolutieve traject van het hoger beroep worden aangevoerd. De verwijtbaarheidstoets die de Afdeling bij deze laatste 'oude' feiten hanteerde, mag dus niet meer worden gehanteerd. De enige toegestane beperking op de toelating van gegevens vormt de goede procesorde of een ontoelaatbare vertraging van de zaak.<sup>60</sup> Hoewel de verwijtbaarheid procedureel dus is uitgespeeld, blijkt deze nog wel de materiële uitkomst van de zaak te kunnen beïnvloeden. Zo kan een 'te late' overlegging van feiten en omstandigheden afbreuk doen aan de geloofwaardigheid daarvan.<sup>61</sup> Een gevolg dat voorstelbaar is bij het ontbreken van een duidelijke verklaring voor het afleggen van bijvoorbeeld steeds wisselende verklaringen, maar dat minder goed is te begrijpen indien later aangevoerd bewijs een reeds in de besluitvormingsfase aangevoerde verklaring, nader onderbouwt. Verder kan de verwijtbaarheid ook een rol spelen bij de vraag of de rechter de asielzoeker al dan niet in staat moet stellen om de ingeroepen nieuwe feiten en omstandigheden nog nader aannemelijk te maken.<sup>62</sup> Deze bevoegdheid berust kennelijk op de gedachte dat procedurele zorgvuldigheid minder noodzakelijk is wanneer de vreemdeling de gegevens mogelijk eerder had kunnen overleggen.<sup>63</sup>

optreedt als beslisser, biedt artikel 83 lid 5 Vw 2000 de rechter de mogelijkheid om gebruik te maken van een bestuurlijke lus.<sup>65</sup> Hierdoor moet de minister zich eerst over de nova uitlaten, alvorens de rechter deze beoordeling toetst.

Na de wijziging van artikel 83 Vw 2000 heeft de Afdeling zich diverse malen uitgelaten over de vraag welke nova als feiten en omstandigheden in de zin van artikel 83 Vw 2000 kunnen worden beschouwd. Deze jurisprudentie komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### 3.3. De toepassing van artikel 83 Vw 2000 per 1 juli 2010

#### 3.3.2 'Oude' feiten en omstandigheden

##### *Bewijzen die op verzoek zijn opgesteld*

De Afdeling maakt in haar jurisprudentie een onderscheid tussen (bewijzen van) 'oude' feiten en omstandigheden die zich reeds voor het bestreden besluit hebben voorgedaan en (bewijzen van) 'nieuwe' feiten en omstandigheden die zich pas na het bestreden besluit hebben voorgedaan. De eerste categorie bewijsmiddelen deelt zij vervolgens op in twee subcategorieën, namelijk bewijzen die op verzoek van de vreemdeling zijn opgesteld en bewijzen die niet speciaal voor de procedure in rechte zijn opgesteld.<sup>66</sup> Dit eerste type bewijsmiddel, dat op verzoek van de vreemdeling is opgesteld ter onderbouwing van in de besluitvorming al aangevoerde feiten en omstandigheden, valt volgens de Afdeling nog steeds niet onder artikel 83 Vw 2000.<sup>67</sup> Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst zij opmerkelijk genoeg - naar jurisprudentie van voor de wijziging van artikel 83 Vw 2000.<sup>68</sup> De Afdeling overweegt vervolgens dat deze op verzoek opgestelde stukken een nadere onderbouwing vormen van een eerder ingenomen standpunt en dat deze bij de toetsing van het besluit kunnen worden betrokken, voor zover dat niet wordt beperkt door de wet (artikel 31 lid 1 Vw 2000 jo artikel 3:111 lid 1Vb 2000) of de goede procesorde. Volgens

57 TK 2008-2009, 31994, nr. 3, p. 18.

58 Over het toelaten van beleidswijzigingen onder het gewijzigde artikel 83 Vw 2000 bestaat nog geen Afdelingsjurisprudentie. Verheij heeft ruim voor de wijziging van artikel 83 Vw 2000 echter opgemerkt dat een ex nunc toets weliswaar noodzakelijk kan zijn voor gewijzigd landenbeleid, maar mogelijk niet voor alle procedurele beleidswijzigingen. N.Verheij, 'Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus*, 2003, p. 26-47.

59 Relevant voor de beschikking omtrent de asielvergunning, de ambtshalve verlening van een vergunning als bedoeld in artikel 14, dan wel het achterwege laten van de uitzetting op grond van artikel 64.

60 Artikel 83 lid 3 Vw 2000. Dat de verruimde ex nunc toets een risico op misbruik met zich meebrengt, heeft de wetgever geaccepteerd, TK 2008-2009, 31 994, nr. 3, p. 16. Zie ook VK Rb 's-Gravenhage zp Amsterdam (mk) 15 april 2011, AWB 09/31022, JV 2011/322, ve11001541. Ondanks dat er sprake is van misbruik, houdt de rechter toch rekening met de later verkregen resultaten van het dactyloscopisch onderzoek, omdat er geen sprake is van een ontoelaatbare vertraging, of van een schending van de goede procesorde.

61 TK 2008-2009, 31 994, nr. 3, p.16, ve09001075.

62 Artikel 83 lid 4 Vw 2000.

63 Volgens de wetgever lijkt een termijn voor de hand liggender bij 'nieuwe' feiten en omstandigheden, dan bij gegevens die al eerder hadden kunnen worden overgelegd, TK 2008-2009, 31 994, nr. 3, p. 16, ve09001075.

64 Artikel 8:72 lid 3 en 4 Awb.

65 Zie over het gebruik van de bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht: K.E. Geertsema, F.T. Groenewegen, 'De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011, nr. 10, p. 459-467, ve11003176.

66 ABRvS 9 mei 2003, nr. 200301735/1; ABRvS 18 december 2003, 200305222/1, JV 2005/54, ve05000028; ABRvS 15 juli 2011, nr. 201102129/1/V2, JV 2011/380, ve11001736; ABRvS 9 februari 2012, nr. 201100736/1/V1, JV 2012/173, ve12000427.

67 ABRvS 15 juli 2011, nr. 201102129/1/V2, r.o. 2.4.1-2.4.2, JV 2011/380, ve11001736; en is bevestigd in ABRvS 9 februari 2012, nr. 201100736/1/V1, r.o. 2.6.2, JV 2012/173, ve12000427.

68 ABRvS 9 mei 2003, nr. 200301735/1; ABRvS 18 december 2003, 200305222/1, JV 2005/54, ve05000028.

de Afdeling betekent dit dat de vreemdeling alle feiten en omstandigheden tijdens de besluitvorming dient over te leggen, tenzij de Afdeling accepteert dat dit niet eerder kon. Nu de vreemdelingen in beide in de noot genoemde zaken niet aannemelijk zouden hebben gemaakt dat de stukken (een rapportage leugendetectie en een verklaring van een psychiater) niet eerder in de procedure konden worden overgelegd, worden ze niet door de Afdeling beoordeeld.

#### *Bewijzen die niet op verzoek zijn opgesteld*

Hoewel de Afdeling overweegt dat artikel 83 Vw 2000 wel van toepassing is op het laatste type bewijsmiddel, namelijk de niet op verzoek opgestelde stukken,<sup>69</sup> valt dit te betwijfelen. Uit haar overweging in de uitspraak van 27 december 2011<sup>70</sup> blijkt dat de rechtbank ten onrechte de in beroep overgelegde kopieën van een paspoort in de toetsing van het beroep heeft betrokken. De Afdeling verwijst naar artikel 31 lid 1 Vw 2000 jo artikel 3.111 lid 1 Vb 2000 en overweegt dat uit de verklaringen van de vreemdeling niet is gebleken dat het voor hem onmogelijk was om deze documenten bij de aanvraag of uiterlijk in de besluitvormingsfase te overleggen. De Afdeling past daarmee op deze documenten een bewijstrechter toe en de minister hoeft daardoor niet alsnog te motiveren of de beschikbaarheid van het paspoort in beroep gevolgen heeft voor zijn oordeel dat van het asielrelaas een positieve overtuigingskracht dient uit te gaan.

#### *Niet eerder durven te verklaren*

Het is nog onduidelijk hoe de Afdeling na 1 juli 2010 omgaat met feiten en omstandigheden die zich reeds voor de besluitvormingsfase hebben voorgedaan, maar die pas voor het eerst in beroep worden aangevoerd. Het bekende voorbeeld betreft de situatie dat een vreemdeling niet reeds tijdens de besluitvormingsfase over traumata kon verklaren. Deze gegevens

In een zaak die nog dateert van voor de wijziging van artikel 83 Vw 2000 en die nadien is bevestigd, accepteerde de Afdeling wel nova die zich reeds voor het bestreden besluit hadden voorgedaan.<sup>73</sup> In deze zaken werden verklaringen van minderjarigen die pas na de besluitvorming durfden te verklaren over het feit dat zij slachtoffer waren geworden van mensenhandel, in de beoordeling meegenomen. Omdat bijzondere omstandigheden mogelijk aan de toelating van de nova hebben bijgedragen, is het moeilijk om uit deze zaken algemene conclusies te trekken. De minderjarigen zaten namelijk niet alleen in een nog niet afgerond de-programmeringstraject voor potentiële slachtoffers van mensenhandel, ook beschikten zij op grond van het EU-recht<sup>74</sup> over bedenktijd, bijstand en ondersteuning. Het is waarschijnlijk ook om die reden dat de Afdeling de bewijslast voor het niet eerder kunnen verklaren bij de minister legt en niet bij de vreemdeling. De minister had zich er van moeten vergewissen of het traject nog noodzakelijk was en of de vreemdeling kon worden gehoord. Het was niet aan de vreemdeling om aan te tonen waarom hij niet gehoord had kunnen worden en of waarom hij niet eerder had kunnen verklaren.

#### 3.3.2 'Nieuwe' feiten en omstandigheden

##### *Nieuw asielmotief*

De tweede categorie feiten en omstandigheden, de gegevens die pas na het bestreden besluit zijn ontstaan, zouden naar verwachting zonder meer onder de ex nunc toets van artikel 83 Vw 2000 vallen. Deze gegevens kan de asielzoeker immers per definitie niet eerder in de procedure aanvoeren. Echter, de Afdeling is van mening dat artikel 83 Vw 2000 niet op deze nova van toepassing is. Deze feiten en omstandigheden, bijvoorbeeld een in Nederland ontstane bekering of verwestering, onderscheiden zich van de eerste categorie, doordat ze pas in

*De Afdeling is van oordeel dat de vreemdeling, ondanks verklaringen van de psycholoog over geïnternaliseerde homofobie, zijn homoseksuele geaardheid eerder kon en dus behoorde aan te voeren.*

moeten volgens de wetgever in beroep worden meegenomen<sup>71</sup> en worden bovendien door de Afdeling, zoals uit navolgende zaak blijkt, niet als nova in een herhaalde aanvraag toegelaten (want 'kon eerder'). De Afdeling is van oordeel dat de vreemdeling, ondanks verklaringen van de psycholoog over geïnternaliseerde homofobie, ook al was het slechts summier, zijn homoseksuele geaardheid eerder kon en dus behoorde aan te voeren.<sup>72</sup> Op grond van deze uitspraak moet de asielzoeker, wil hij een dergelijk nog niet eerder aangevoerd 'oud' feit beoordeeld krijgen, onder artikel 83 Vw 2000 aanvoeren. Hij heeft niet de keuze om dit in de herhaalde aanvraag te doen.

Nederland zijn ontstaan en geen reden vormden voor de vlucht uit het land van herkomst. Omdat het hier een nieuw asielmotief betreft, dat geen verband houdt met het in het kader van de aanvraag afgelegde asielrelaas, is hierop volgens de Afdeling artikel 83 Vw 2000 noch artikel 8:69 lid 1 Awb van toepassing.<sup>75</sup>

69 ABRvS 15 juli 2011, nr. 201102129/1/V2, r.o. 2.4.1, JV 2011/380, ve11001736.

70 ABRvS, 27 december 2011, nr. 201108202/1/V4, JV 2012/95 m.nt. Spijkerboer, ve12000044.

71 TK 2008–2009, 31 994, nr. 3, p.15, ve09001075.

72 ABRvS 13 januari 2012, 201000243/1/V3, r.o. 2.3.2, JV 2012/118 m.nt. Spijkerboer, ve12000233.

73 ABRvS 15 januari 2010, 200904260/1/V3, JV 2010/151 m.nt. van Os, ve10000122 en is bevestigd in ABRvS 7 februari 2012, JV 2012/152, ve12000423.

74 Artikel 6 Richtlijn 2004/81 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie; de artikelen 11 en 13–16 Richtlijn 2011/36 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan (implementatietermijn is tot 6 april 2013), ve06000426.

75 ABRvS, 31 augustus 2011, 201007322/1/V3 (Jehovagetuige), ve11002117; ABRvS 6 september 2011, nr. 201012660/1/V1 (verwestering van een Afghaanse vrouw), ve11002185; ABRvS, 10 november 2011, nr. 201103103/1/V2 (bekering tot het Christendom), ve12001128; ABRvS 9 februari 2012, nr. 201100736/1/V1, ve12000427 (bekering tot het Christendom); ABRvS 16 februari 2012, 201102810/1/V1 (bekering tot het Christendom); ABRvS, 1 mei 2012, nr. 201104427/1/V1 (bekering tot het Christendom), ve12001128, allen

Ter motivering van dit standpunt verwijst de Afdeling – opnieuw – naar haar jurisprudentie van voor de wijziging van artikel 83 Vw 2000, de standaarduitspraak van 22 november 2007.<sup>76</sup> Dit betekent dat een nieuwe asielgrond slechts in een nieuwe aanvraag kan worden aangevoerd en dat de vreemdeling niet de keuze heeft om dit al tijdens de lopende aanvraag te doen.

#### 3.4 Analyse van de toepassing van artikel 83 Vw 2000

Uit het voorgaande jurisprudentieoverzicht blijkt dat Afdeling na de wijziging van artikel 83 Vw 2000 nog steeds een verwijtbaarheidsstoets toepast op (al dan niet op verzoek opgestelde) bewijzen van ‘oude’ feiten en omstandigheden. Volgens de Afdeling volgt uit artikel 31 lid 1 Vw 2000 jo artikel 3:111 lid 1Vb 2000 een trechter die bepaalt dat bewijsmiddelen in beginsel slechts in de besluitvormingsfase kunnen worden overgelegd. Deze redenering sluit aan bij de benadering ‘Daalder/Schreuder Vlasblom’ op grond waarvan een besluit slechts onrechtmatig is wanneer het bestuur verwijtbaar de gegevens niet kende, of wanneer het op basis van de gegevens een ander besluit had moeten nemen. Een redenering die, zoals in paragraaf 3.1 is betoogd, sinds 1 juli 2005 in strijd is met artikel 6:13 Awb. Op grond van dat artikel zouden immers in asielzaken alle gegevens – buiten de beperking die de goede procesorde of een ontoelaatbare vertraging van de zaak toestaat – ongehinderd moeten worden toegelaten. Deze redenering lijkt eveneens in strijd met de uitleg die Noll aan artikel 4 lid 1 DRi geeft, op grond waarvan de gegevens eerst op hun relevantie zouden moeten worden beoordeeld, voordat ze als te laat zouden kunnen worden aangemerkt. Verder gaat de Afdeling met deze uitleg ook voorbij aan de expliciete opdracht van de wetgever om (bewijzen van) ‘oude’ feiten en omstandigheden, juist óók als de asielzoeker ze niet tijdig heeft verstrekt, op

Het niet meenemen van na het bestreden besluit ontstane ‘nieuwe’ feiten en omstandigheden sluit in theorie aan bij de mogelijkheid die artikel 24 lid 1 sub a PRI jo artikel 32 lid 2 sub b PRI lidstaten biedt om nova die voor de finale beslissing zijn aangevoerd in een aparte procedure te behandelen. De nationale wetgever heeft er echter voor gekozen om deze mogelijkheid in beginsel niet te benutten en wil met een ruimer toepassingsbereik van artikel 83 Vw 2000 juist herhaalde aanvragen voorkomen. Dit doel is echter ook na 1 juli 2010 niet gehaald.<sup>77</sup> Evenmin valt in te zien waarom artikel 8:69 lid 1 Awb zich tegen het meenemen van nieuwe asielmotieven zou verzetten. Op grond van dit artikel doet de rechtbank uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Nieuwe feiten en omstandigheden kunnen in asielzaken op grond van artikel 83 Vw 2000 een onderdeel van die grondslag vormen. Hoewel de Afdeling dit niet overweegt, staat wel vast dat het bestuursorgaan zich in het bestreden besluit per definitie niet heeft kunnen uitlaten over deze ‘nieuwe’ feiten en omstandigheden. Voor zover de Afdeling hierin een staatsrechtelijk bezwaar zou zien, omdat het bestuur en niet de rechter de feiten zou moeten vaststellen, kan dit worden gerepareerd met de bestuurlijke lus van artikel 83 lid 5. De minister kan zich op grond daarvan eerst over de nova uitlaten, alvorens de rechter deze beoordeling toetst. De Afdeling heeft zich na de wijziging van artikel 83 Vw 2000 – op een bijzonder geval na – nog niet uitgelaten over het meenemen van verklaringen die de vreemdeling niet eerder durfde af te leggen. Het is mogelijk dat deze verklaringen, samen met de bewijzen van ‘oude’ feiten en omstandigheden die niet eerder konden worden overgelegd, de enige feiten vormen die de Afdeling wel in beroep toelaatbaar acht. Een dergelijk beperkte uitleg van artikel 83 Vw 2000 heeft geen herhaalde aanvragen voorkomen en is bovendien in strijd met de volle en ex nunc

*De nationale wetgever wil met een ruimer toepassingsbereik van artikel 83 Vw 2000 herhaalde aanvragen voorkomen. Dit doel is echter ook na 1 juli 2010 niet gehaald.*

grond van artikel 83 Vw 2000 ongehinderd toe te laten. Artikel 83 Vw 2000 verhindert daarmee dat aan artikel 31 lid 1 Vw 2000 jo artikel 3:111 lid 1 Vb 2000 een bewijsmoment kan worden ontleend. Dit betekent dat op grond van deze laatste twee artikelen slechts de bewijslastverdeling kan worden bepaald. Een late aanvoer van gegevens mag op grond van artikel 83 Vw 2000 overigens wel materiële gevolgen hebben voor het asielverzoek. Hierover is echter nog niet expliciet geprocedeerd bij de Afdeling. Indien dit betekent dat een asielverzoek nooit volledig op zijn merites kan worden beoordeeld, kan dit als nog in strijd komen met het verbod van refoulement (ex artikel 3 EVRM en artikel 19 Handvest) en het recht op effectief rechtsmiddel en effectieve rechtsbescherming ex artikel 47 Handvest, artikel 39 PRI en artikel 13 EVRM.

toets die volgens de wetgever in geval van uitzetting uit artikel 3 EVRM voortvloeit. Bovendien kan het niet meenemen van gegevens – ook indien dit op grond van de goede procesorde of een ontoelaatbare vertraging van de zaak is toegestaan – er in sommige gevallen toe leiden er geen sprake is van een effectief rechtsmiddel en effectieve rechtsbescherming ex artikel 47 Handvest, artikel 39 PRI en artikel 13 EVRM. Op grond van het voorgaande kan worden betwijfeld of de Afdeling in de wetswijziging van artikel 83 Vw 2000 aanleiding heeft gezien om het novum-criterium voor de herhaalde asielaanvraag te verruimen.<sup>78</sup> In de volgende paragraaf wordt

77 EK 2011-2012, 31994, H, p. 16, ve11002477. Brief van de minister aan de Eerste Kamer met de eerste bevindingen over de maatregelen die op 1 juli 2010 zijn doorgevoerd ter verbetering van de asielprocedure (een uitgebreide evaluatie wordt in de zomer van 2013 verwacht); IND belicht, Jaarresultaten 2011, <http://www.ind.nl/organisatie/cijfers-en-rapportages/jaarresultaten>.

78 Het is overigens logisch dat de wetgever artikel 4:6 Awb niet heeft gewijzigd na de wijziging van artikel 83 Vw 2000. Niet alleen omdat artikel 4:6 Awb

te vinden op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).  
76 JV 2008/39 m.nt. Spijkerboer (bekering tot het Christendom), ve12001128.



dit onderzocht en wordt bestudeerd of de eisen die de Afdeling aan nova in de herhaalde aanvraag stelt, aansluiten bij de eisen die volgen uit het Europese recht en het EVRM. Een verruimde toelating van nova binnen de herhaalde asielaanvraag zou overigens voor – besluiten op aanvraag – wel een manier zijn om de beperkte ex nunc toets van artikel 83Vw 2000 enigszins te compenseren.

### 3.5 Herhaalde asielaanvraag

De herhaalde asielaanvraag biedt de vreemdeling dus een tweede mogelijkheid om nieuwe feiten en omstandigheden aan te voeren. Het bestuur kan deze aanvraag, bij het ontbreken van nova, afwijzen op grond van artikel 4:6 lid 2 Awb. De rechter moet volgens de Afdeling echter zelfstandig beoordelen of er sprake is van nova en moet bij het ontbreken daarvan, op

De rechter dient direct en ambtshalve, dus los van de standpunten van partijen, te beoordelen of hij bevoegd is om het beroep inhoudelijk te beoordelen, aldus de Afdeling.<sup>84</sup> Dit is slechts anders indien de minister het de vreemdeling onmogelijk heeft gemaakt om de nova in de bestuurlijke fase aan te tonen. In dat geval zal de rechter de vreemdeling hiertoe alsnog in de gelegenheid moeten stellen, alvorens hij kan beoordelen of hij bevoegd is te oordelen over de zaak.<sup>85</sup> Deze eis kan volgens de Afdeling ook voor de acht dagen durende Algemene Asielprocedure (hierna: AA-procedure) worden volgehouden.<sup>86</sup> De vraag is echter of acht dagen (zonder het meenemen van de rust- en voorbereidingstijd) niet te kort is om van de vader van een vreemdeling, die zelf kort voorafgaand aan de AA-procedure van zijn zoon nog acht dagen door de veiligheidsdienst was gearresteerd, te verlangen dat hij van diezelfde Syrische veiligheidsdienst via omkoping (kopieën van)

## *Bij de herhaalde asielaanvraag moeten documenten origineel zijn om als nova te worden aangemerkt.*

grond van het 'ne bis in idem-beginsel', voorbijgaan aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak.<sup>79</sup> Van nova in de zin van artikel 4:6 Awb is volgens de standaard Afdelingsjurisprudentie slechts sprake indien in de bestuurlijke fase nieuw feiten en omstandigheden zijn gebleken, dan wel indien uit het aangevoerde kan worden afgeleid dat zich een relevante wijziging van het recht<sup>80</sup> heeft voorgedaan'.<sup>81</sup> De Afdeling legt dit als volgt uit: de feiten of omstandigheden moeten niet eerder hebben kunnen worden aangevoerd<sup>82</sup> en ze moeten relevant zijn zodat ze een hernieuwde rechterlijke toetsing van de afwijzing van de eerste aanvraag rechtvaardigen. Tot slot moeten de documenten origineel en authentiek zijn en uit objectieve bron afkomstig. Zoals we zullen zien houdt de Afdeling ook na 1 juli 2010 aan deze eisen vast.

### *Niet eerder kunnen aanvoeren*

De eerste eis die de Afdeling aan nieuwe feiten en omstandigheden in de herhaalde asielaanvraag stelt, is dat ze niet eerder hadden kunnen worden aangevoerd. Bovendien moeten de nova in beginsel in de bestuurlijke fase worden aangetoond.<sup>83</sup>

slechts een bevoegdheid van het bestuursorgaan betreft en niet van de rechter, maar ook omdat artikel 4:6 Awb, anders dan artikel 83 Vw 2000, gelding heeft voor het gehele bestuursrecht.

- 79 ABRvS 4 april 2003, nr. 200206882/1, JV 2003/219, m.nt. Spijkerboer, ve03000515.
- 80 Voor de eisen die aan gewijzigd recht worden gesteld verwijs ik naar W.J. van Bennekom, J.H. van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, par. 4.2.
- 81 ABRvS 6 maart 2008, nr. 200706839/1, JV 2008/169 m.nt. B.K. Olivier, ve08000533.
- 82 Indien een vreemdeling aantoonbaar dat hij daadwerkelijk naar zijn land van herkomst of bestendig verblijf is teruggekeerd, hoeft de rechter niet meer zelfstandig te beoordelen of het op die terugkeer gebaseerde asielaanvraag een zelfstandig karakter draagt ten opzichte van het asielaanvraag dat tot een eerdere afwijzing heeft geleid. De opvolgende aanvraag kan bij aangetoonde terugkeer als nieuwe aanvraag worden beoordeeld. De Afdeling komt in zoverre terug op haar eerdere jurisprudentie (onder meer de uitspraak van 13 mei 2005, nr. 200503208/1, JV 2005/525, ve05000985 en de uitspraak van 27 april 2007, nr. 200701212/1, JV 2007/287, ve07000908) ABRvS, 19 april 2012, nr. 201109724/1/V2, JV 2012/283, ve12001093.
- 83 ABRvS, 6 maart 2008, nr. 200706839/1, JV 2008/169 m.nt. Olivier, ve08000533.

documenten verkrijgt. De Afdeling is in deze zaak desondanks van oordeel dat de vreemdeling in de eerste AA-procedure in ieder geval blijf had moeten geven van pogingen om deze documenten te verkrijgen. Nu dat niet is gebeurd, kunnen de alsnog verkregen (kopieën van) documenten volgens de Afdeling niet als nova worden aangemerkt.<sup>87</sup>

### *Relevantie*

Net als in de primaire procedure, moeten nova in de herhaalde asielaanvraag relevant zijn. Wat de Afdeling hieronder na 1 juli 2010 precies verstaat, is onduidelijk. Zo overweegt zij in een zaak dat een internetbericht niet als novum wordt beschouwd, omdat het niet duidelijk is of dit ziet op de vreemdeling. Aan de andere kant oordeelt zij in een zaak van een Iraanse bekeerling dat de eis van relevantie niet per se betekent dat de documenten ook concrete informatie met betrekking tot de persoon van de vreemdeling moeten bevatten.<sup>88</sup> De in deze zaak aangevoerde documenten die zien op de algemene positie van Christenen worden echter niet als novum beschouwd, omdat daaruit geen verslechtering blijkt sinds de vorige aanvraag.<sup>89</sup> Deze laatste uitleg leidt er dus toe dat de rechter de stukken eerst inhoudelijk zal moeten beoordelen, voordat hij kan concluderen of het wel of geen novum betreft.

### *Origineel*

Ten derde moeten documenten, anders dan in de eerdere aanvraag,<sup>90</sup> origineel zijn om als nova te worden aangemerkt.

- 84 ABRvS, 1 mei 2012, nr. 201107748/1/V1, ve12001126.
- 85 ABRvS, 17 januari 2011, nr. 201011068/1/V2, JV 2011/113, ve11000193; ABRvS, 27 februari 2012, nr. 201003590/1/V2, r.o. 2.2.3, JV 2012/176, ve12000581.
- 86 ABRvS, 15 juli 2011, nr. 201102129/1/V2, JV 2011/380, ve11001736.
- 87 ABRvS, 2 maart 2011, 201007164/1/V2, r.o. 2.1.6, JV 2011/174, ve11000201.
- 88 ABRvS, 7 december 2011, 201007542/1/V1, r.o. 2.4.3, www.raadvanstate.nl, ve12000272.
- 89 ABRvS, 16 november 2011, 201009115/1/V3, r.o. 2.3.1, www.raadvanstate.nl, ve11002891.
- 90 ABRvS, 1 augustus 2003, nr. 200302139/1, JV 2003/406, ve03001228.

Zelfs wanneer tussen partijen niet in geschil is dat de vreemdeling in Nederland tot het christendom is bekeerd, mag dit feit niet als novum worden aangemerkt wanneer dit niet met een originele doopakte is gestaafd. Van een kopie kan niet de authenticiteit worden vastgesteld, en dus staat, aldus de Afdeling, niet vast dat de bekering heeft plaatsgevonden.<sup>91</sup> Ook indien bekend is dat een instantie, zoals de Syrische veiligheidsdienst, geen originele documenten afgeeft, komt, wanneer de inhoud van het document niet met andere bewijsmiddelen kan worden gestaafd, het ontbreken van de originele documenten voor rekening en risico van de vreemdeling.<sup>92</sup>

#### *Authenticiteit*

De authenticiteit van de documenten is de vierde eis die aan nova wordt gesteld. Wanneer er wel sprake is van originele documenten, maar de minister de authenticiteit van deze documenten in de bestuurlijke fase niet kan vaststellen wegens het ontbreken van referentiemateriaal, dan komt dit – anders dan in de eerdere aanvraag<sup>93</sup> – voor rekening en risico van de vreemdeling. Deze dient dan wel de originelen retour te krijgen zodat hij in beroep alsnog de authenticiteit van de documenten kan proberen aan te tonen.<sup>94</sup> Indien de minister dit niet doet, is het aan de rechter om te beoordelen in hoeverre het niet retourneren van de originele documenten van invloed is op de vraag of de documenten nova betreffen.<sup>95</sup> Volgens de Afdeling

ning afkomstig is van een objectieve bron.<sup>97</sup> Ongeacht wat de Afdeling met voorgaande zin precies bedoelt te zeggen, lijkt het mij niet onmogelijk dat de minister bij twijfel aan de objectiviteit van de brief, bij de vier dorpshoofden navraag zou kunnen doen ter verifiëring van de inhoud van de brief, waardoor de brief wel als novum zou kunnen worden aangemerkt. In een andere zaak werd een verklaring van de Somalische vereniging Zwolle niet als novum beschouwd, omdat niet is aan gegeven welke getuigen zouden hebben verklaard de vreemdeling te kennen, zodat de objectiviteit van de bron niet kon worden vastgesteld.<sup>98</sup>

#### 3.6 Analyse van de toepassing van het novum-criterium in de herhaalde aanvraag

Op basis van voorgaande jurisprudentie kan worden geconstateerd dat de Afdeling de eisen die zij aan nova in de herhaalde asielaanvraag stelt, niet heeft gewijzigd na 1 juli 2010. Net als bij bewijzen van 'oude' feiten en omstandigheden onder artikel 83 Vw 2000, is pas sprake van nova wanneer de gegevens binnen de besluitvormingsfase zijn overgelegd en wanneer ze niet in de eerdere procedure 'konden en dus behoorden' te worden overgelegd. Zoals eerder is betoogd, is deze bewijstrechter in strijd met artikel 6:13 Awb, die voor het asielrecht geen trechter meer toestaat. Dergelijke eisen aan het bewijsmoment

### *Een brief die is geschreven door een familielid, maar is ondertekend door vier dorpshoofden, wordt niet beschouwd als afkomstig uit een objectieve bron.*

kan een document uit objectieve bron, waarvan de authenticiteit niet kan worden vastgesteld, onder omstandigheden overigens wel als novum worden aangemerkt. Dit is het geval wanneer het document afkomstig is van een niet-officiële instantie.<sup>96</sup> De Afdeling heeft zich echter nog niet uitgelaten over de vraag hoe moet worden vastgesteld of een instantie al dan niet officieel is.

#### *Objectieve bron*

De laatste eis die aan nova wordt gesteld, is dat de documenten afkomstig zijn uit een objectieve bron. Wat de Afdeling hieronder precies verstaat is niet helder. Een brief die is geschreven door een familielid van de vreemdeling, maar is ondertekend door vier dorpshoofden, wordt niet beschouwd als afkomstig uit een objectieve bron en vormt geen novum. De ondertekening door de vier dorpshoofden maakt dit volgens de Afdeling niet anders, omdat niet is onderbouwd dat verdere onderteke-

lijken wel in overeenstemming met artikel 34 lid 2 sub b PRI, dat lidstaten toestaat om in hun nationale recht temporele eisen te stellen aan het overleggen van nova. Deze eisen mogen echter niet, zoals in paragraaf 2.1 is gesteld, de toegang tot de procedure onmogelijk maken of ernstig inperken en evenmin mogen deze eisen in strijd komen met het verbod van refolement.

De door de Afdeling gehanteerde verwijtbaarheidseis is mogelijk wel strikter dan op grond van artikel 32 lid 3 en 4 PRI kan worden vereist. Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven, veronderstelt het woord 'voorleggen' (anders dan het in artikel 4:6 Awb gebruikte woord 'opkomen') volgens Battjes dat alle elementen die nog niet eerder zijn beoordeeld, door de asielzoeker in de herhaalde aanvraag moeten kunnen worden aangevoerd. Weliswaar laat het zesde lid ruimte voor een verwijtbaarheidstoets, maar deze mogelijkheid moet volgens Reneman op grond van het effectiviteitsbeginsel beperkt worden uitgelegd.<sup>99</sup> Van een te ruime toepassing van de verwijtbaarheidstoets is mogelijk sprake wanneer nova niet in de herhaalde aanvraag wor-

91 ABRvS, 20 januari 2011, 201008961/1/V2, r.o. 2.2.4, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

92 ABRvS, 2 maart 2011, 201007164/1/V2, r.o. 2.1.5, *JV* 2011/174, ve11000201.

93 ABRvS, 19 mei 2004, nr. 200401934/1, *JV* 2004/276 m.nt. Schuurmans, ve04000939 en bevestigd in ABRvS 13 oktober 2011, nr. 201010714/1/V2 en 201010717/1/V2, *JV* 2012/78, ve11002561.

94 ABRvS, 8 oktober 2007, nr. 200704465/1, *JV* 2007/529, ve07001994; ABRvS 17 februari 2012, nr. 201101762, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

95 ABRvS, 15 januari 2010, nr. 200906215/1/V2, r.o. 2.3, *JV* 2010/99, ve10000125.

96 ABRvS, 12 oktober 2011, nr. 201011463/1/V2, r.o. 2.2.2.

97 ABRvS, 7 december 2011, 201007542/1/V1, r.o. 2.4.1, *JV* 2012/111, ve12000272.

98 ABRvS, 11 oktober 2011, 201106343/1/V4, *JV* 2011/496 m.nt. Spijkerboer, ve11002611.

99 H.Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 336-344; ABRvS 7 juli 2010, nr. 200907796/1/V2, *JV* 2010/323 m.nt. Reneman, ve10001060, *RV* 2010/68 m.nt. Geertsema.

den geaccepteerd, omdat deze volgens de Afdeling in de AA-procedure hadden kunnen worden aangevoerd. De vraag is of een korte AA-procedure met een beroepstermijn van een week daarvoor wel in altijd voldoende ruimte biedt.<sup>100</sup> Zoals we zagen heeft het HvJ EU in *Samba Diouf* geoordeeld dat voor de *versnelde* asielpcedure een beroep met een beroepstermijn van veertien dagen in beginsel wel als een doeltreffend rechtsmiddel kan worden aangemerkt.<sup>101</sup> Betwijfeld kan echter worden of een beroepstermijn van een week voor een *algemene* asielpcedure ook voldoende is om een zorgvuldige voorbereiding en instelling van het beroep mogelijk te maken. Ter voldoening aan het Europese en internationale recht zouden in beginsel alle feiten en omstandigheden die nog niet in de eerdere asielpcedure aan de orde zijn geweest en dus nog niet eerder door het bestuur en/of de rechter zijn beoordeeld, in het kader van de

en uit objectieve bron) ertoe leidt dat nog niet eerder beoordeelde gegevens van een beoordeling in de herhaalde aanvraag worden uitgesloten, kan dit leiden tot strijd met het refoulementverbod, het recht op een effectief rechtsmiddel en het recht op effectieve rechtsbescherming.

Kortom, de Afdeling heeft zich bij de uitleg van het novumcriterium in de herhaalde aanvraag niet laten leiden door het gewijzigde artikel 83 Vw 2000. Op 'oude' feiten en omstandigheden wordt, mogelijk ook in strijd met de Procedurerichtlijn, veelvuldig een trechter toegepast en daarnaast geldt er een onveranderd harde bewijsstandaard. Deze eisen kunnen er toe leiden dat het verbod van refoulement wordt geschonden. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de 'Bahaddar-exceptie' daartegen bescherming kan bieden.

### *In beginsel zouden alle feiten en omstandigheden die nog niet in de eerdere asielpcedure aan de orde zijn geweest, in het kader van de herhaalde asielaanvraag moeten worden beoordeeld.*

herhaalde asielaanvraag moeten worden beoordeeld. Daarmee zou ook voor de herhaalde aanvraag – net als onder artikel 83 Vw 2000 - de verwijtbaarheidseis moeten vervallen. In dat geval kunnen ook verklaringen die niet eerder konden worden geuit (bijvoorbeeld wegens traumata), anders dan nu het geval is, in een herhaalde aanvraag worden meegenomen.

Artikel 32 lid 4 PRi stelt daarnaast, net als de Afdeling, de eis dat nova relevant moeten zijn. Het is echter onduidelijk wanneer daarvan sprake is. Op grond van artikel 23 lid 4 sub h jo artikel 28 lid 2 PRi kan een herhaalde aanvraag als kennelijk ongegrond worden beschouwd, wanneer er geen 'ter zake doende' nieuwe elementen zijn aangevoerd.<sup>102</sup> Deze beoordeling moet volgens Battjes wel plaatsvinden binnen de marges van artikel 32 lid 4 PRi op grond waarvan de nieuwe elementen relevant moeten zijn.<sup>103</sup> Deze relevante nieuwe elementen moeten bovendien worden beoordeeld in het licht van al hetgeen bekend is, inclusief datgene dat reeds uit de vorige procedure naar voren is gekomen.<sup>104</sup> Deze eis van relevantie volgt volgens Noll ook uit artikel 4 lid 1 DRi. Een dergelijke inhoudelijke toets van de nova lijkt de Afdeling in herhaalde asielaanvragen eveneens voor te schrijven.

Het Europese recht kent verder geen uniforme regels voor de bewijsstandaard. Dit betekent dat de eisen die de Afdeling aan nova stelt, moeten worden uitgelegd in overeenstemming met het EU-recht en de algemene EU-beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. Wanneer het niet voldoen aan deze eisen (origineel, authentiek

#### 3.7 De Bahaddar-exceptie: werkelijk een veiligheidsklep?

Wanneer nova ontbreken en er zich geen voor de vreemdeling relevante wijziging van het recht of beleid heeft voorgedaan, kan, in bijzondere omstandigheden een uitzondering op de nationale procedurevoorschriften worden gemaakt. Volgens de Afdeling moet de rechter, op grond van het arrest *Bahaddar*, zelfstandig beoordelen of de feiten en omstandigheden, in het licht van de eerdere procedure en het bepaalde in artikel 13 EVRM, zodanig zwaarwegend zijn, dat zij een inhoudelijke beoordeling van de zaak noodzakelijk maken. Slechts indien daarvan sprake is, kan de rechter het oordeel van de minister over het reële risico op een behandeling of bestraffing in strijd met artikel 3 EVRM toetsen.<sup>105</sup> Door Reneman is beargumenteerd dat de zwaarwegendheid van deze feiten en omstandigheden al kan worden aangenomen, wanneer op basis van de ingebrachte verklaringen of bewijsmiddelen sprake is van een 'arguable claim' op een reël risico op schending van artikel 3 EVRM. Immers, het recht op een effectief rechtsmiddel is volgens het EHRM niet alleen van toepassing wanneer een in het EVRM neergelegd recht is of zal worden geschonden, maar ook zodra de claim dat een dergelijk recht is geschonden een bepaalde zwaarwegendheid heeft. Tegelijkertijd betwijfelt zij of de Afdeling deze laatste ruimere uitleg ook werkelijk bedoelt. Uit de Afdelingsuitspraak van 17 augustus 2011<sup>106</sup> blijkt dat de Afdeling haar uitleg onderschrijft. Anders dan de voorzieningenrechter in deze zaak heeft gedaan, moet de rechter volgens de Afdeling eerst zelf vaststellen of er sprake is van een 'arguable claim', voordat de rechter het besluit van de minister daarover kan toetsen.

100 Artikel 69 lid 2 Vw 2000.

101 HvJ EU, 28 juli 2011, C-69/10 (*Samba Diouf*), *JV* 2011/373, *ve11001765*, *AB* 2011/304 m.nt. Widdershoven. Widdershoven constateert in zijn noot dat het HvJEU voor het eerst de toelaatbaarheid van beroepstermijnen beoordeelt aan de hand van het (procedurele) EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming, in plaats van de (meer materiele gekleurde) EU-beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

102 De aanvraag kan op grond van artikel 25 lid 2 sub f PRi slechts niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer deze 'identiek' is aan de vorige.

103 H.Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, p. 339-340.

104 Artikel 4 lid 2 sub c PRi.

105 ABRvS, 9 april 2009, *JV* 2009/261 m.nt. Reneman, *ve09000597*, *RV* 2009/60 m.nt. Geertsema.

106 ABRvS, 17 augustus 2011, nr. 201104995/1/V2, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl), *ve11001972*.

Zoals eerder is betoogd zou deze Bahaddar-exceptie in bepaalde gevallen ook de beperking die volgt uit artikel 83 lid 3 Vw 2000 – op grond waarvan feiten en omstandigheden op grond van de goede procesorde of een ontoelaatbare vertraging van de zaak buiten beoordeling kunnen worden gelaten – opzij moeten kunnen zetten. Zo zouden onder omstandigheden ter zitting in beroep aangevoerde feiten en omstandigheden ook aan deze beoordeling moeten kunnen worden onderworpen.<sup>107</sup> Door de Afdeling is tot nu toe slechts eenmaal een Bahaddar-exceptie aangenomen.<sup>108</sup> In een recente zaak heeft zij de minister op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel opgedragen om eerst nog nader onderzoek te verrichten naar de te verwachten problemen bij gedwongen terugkeer naar Eritrea, voordat zij zelfstandig gaat beoordelen of deze problemen voldoende zwaarwegend zijn om, ondanks het ontbreken van nova, de zaak toch inhoudelijk te beoordelen.<sup>109</sup> De Afdeling legt daar dus, nadat de vreemdeling een begin van bewijs heeft geleverd over de te verwachten problemen bij gedwongen terugkeer, de bal bij de minister. Deze bewijslastverdeling komt overeen met de verdeling die het EHRM in artikel 3 EVRM-zaken voorschrijft: het is aan de vreemdeling ‘to adduce evidence capable of proving’ dat er sprake is van bijzondere omstandigheden en vervolgens is het aan de minister ‘to dispel any doubts about it’.<sup>110</sup>

De Bahaddar-exceptie zou echter niet alleen moeten worden toegepast ingeval de tijdslimieten voor het aanvoeren van bewijs in een specifieke zaak te strikt zijn, maar ook indien er

het arrest *Bahaddar* kunnen worden aangemerkt.<sup>111</sup> Dat de minister in de bestuurlijke fase de echtheid van de documenten niet heeft betwist, maakt dit voor de Afdeling niet anders.<sup>112</sup> De rechter moet ook in dat geval de vreemdeling eerst in de gelegenheid stellen om alsnog de echtheid van het document aan te tonen. Deze eis van authenticiteit is opmerkelijk. Ondanks het ontbreken van de authenticiteit van de documenten (een arrestatiebevel en verklaringen van het Nepalese Congres en een Nepalese mensenrechtenorganisatie), zouden deze nog niet eerder beoordeelde documenten – hoewel volgens de Afdeling geen nova - in samenhang met bijvoorbeeld algemene landeninformatie, wel degelijk aanleiding kunnen geven tot het oordeel dat de vreemdeling een ‘arguable claim’ heeft dat hij bij terugkeer een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM loopt. Als de bewijsstandaard voor een Bahaddar-exceptie gelijk is aan die voor nova in de herhaalde aanvraag, dan is het geen exceptie meer. Een schending van het refolementverbod valt daardoor niet uit te sluiten. Het lijkt dan ook niet zonder reden dat de President van het EHRM in een interim measure op 22 november 2011<sup>113</sup> aan Nederland de vraag heeft gesteld of het niet in de beoordeling meenemen van vlak voor de zitting in beroep overgelegde originele identiteitsdocumenten in overeenstemming is met het *Bahaddar* arrest en aan Nederland heeft verzocht aan te geven in hoeverre de vreemdeling bij terugkeer een reëel risico loopt op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

### *Als de bewijsstandaard voor een Bahaddar-exceptie gelijk is aan die voor nova in de herhaalde aanvraag, dan is het geen exceptie meer.*

in een specifieke zaak een te strikte bewijsstandaard wordt voorgeschreven. Het EHRM overweegt in par. 45 van het arrest *Bahaddar* immers dat de vraag of de klager aan de procedurevoorschriften of de tijdslimieten kan voldoen, afhangt van de omstandigheden van het geval. Daarmee worden andere procedurevoorschriften dus niet van de exceptie uitgesloten. Desondanks lijkt de Afdeling deze mening niet te delen en stelt zij dezelfde eisen aan de exceptie als aan de hoofdregel. Zo dienen de documenten authentiek te zijn, voordat ze door de rechter als bijzondere feiten en omstandigheden in de zin van

#### 4 En hoe nu verder?

Aan het eind van dit artikel kan worden geconcludeerd dat de Afdeling, in strijd met de bedoeling van de wetgever, artikel 83 Vw 2000 zeer beperkt uitlegt. Zij past ten onrechte veelvuldig gronden- en bewijstrechters toe op ‘oude’ feiten en omstandigheden en sluit daarnaast ‘echte’ nova van toetsing uit. De Afdeling heeft nog geen uitspraak gedaan over feiten en omstandigheden waarover de vreemdeling niet eerder durfde te verklaren. Mogelijk dat deze gegevens samen met de gegevens die niet eerder konden worden overgelegd de enige nova zijn die volgens de Afdeling onder artikel 83 Vw 2000 kunnen worden meegenomen. Door deze beperkte uitleg worden vreemdelingen ten onrechte gedwongen om te voldoen aan de veel strengere novum-eisen van de herhaalde aanvraag, hetgeen een aanzienlijke verslechtering van de rechtspositie van de vreemdeling oplevert. De Afdeling heeft het novum-criterium voor de herhaalde asielaanvraag namelijk niet ruimer uitgelegd na 1 juli 2010. Het gewijzigde artikel 83 Vw 2000 heeft

107 ABRvS, 15 juni 2009, AB 2010/66 m.nt. F.M.H. Houdijker.

108 ABRvS, 24 april 2003, JV 2003/280 m.nt. Spijkerboer, ve03000896, NAV 2003/160 m.nt. Bruin en Terlouw.

109 ABRvS, 26 oktober 2011, JV 2011/506, ve11002618, RV 2011/71 m.nt. Helmink (nog te verschijnen). De resultaten van dit onderzoek heeft de minister verwoord in zijn brief aan de Tweede Kamer van 25 januari 2012 (TK 2011-2012, 19637, nr. 1488). Het landgebonden asielbeleid ten aanzien van Eritrea is om die reden gewijzigd (WBV 2012/5 van 3 april 2012) waardoor o.a. vreemdelingen die op legale wijze uit Eritrea zijn vertrokken niet gedwongen naar Eritrea kunnen terugkeren vanwege onverantwoorde risico's op een artikel 3 EVRM schending. De advocaat van de vreemdeling heeft mij meegedeeld dat haar cliënt – ondanks het ontbreken van nova - inmiddels in het bezit is gesteld van een verblijfsvergunning op grond van artikel 29 lid 1 sub b Vw 2000. Dit betekent dat de minister in deze zaak dus de Bahaddar-exceptie heeft toegepast.

110 EHRM, 28 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi tegen Italië), NAV 2008/7, JV 2008/131 m.nt. Wouters, ve08000377; T.P. Spijkerboer, ‘Subsidiarity and ‘arguability’. The European Court of Human Rights’ case law on judicial review in asylum cases’, *International Journal of Refugee Law*, 2009, p. 48-74.

111 ABRvS, 7 juli 2010, nr. 200907796/1/V2, JV 2010/323 m. nt. Reneman, ve10001060; RV 2010/68 m.nt. Geertsema; ABRvS, 1 mei 2012, nr. 201107748/1/V1.

112 ABRvS 14 januari 2011, nr. 201004196/1/V3, JV 2011/110, r.o. 2.4.4, ve11000199.

113 EHRM, 22 november 2011, nr. 59364/11(interim measure).

dus voor de Afdeling geen aanleiding gevormd om dit aan te passen. Integendeel, het omgekeerde lijkt te zijn gebeurd: de Afdeling heeft de strikte uitleg van de herhaalde aanvraag in belangrijke mate op artikel 83 Vw 2000 toegepast.

Deze toepassing sluit aan bij de redenering die de Afdeling onder het oude artikel 83 Vw 2000 volgde: ter voorkoming van herhaalde aanvragen moest het novum-criterium van de herhaalde aanvraag ook op artikel 83 Vw 2000 worden toegepast. Zoals opnieuw is gebleken, leidt deze redenering niet tot een afname van het aantal herhaalde aanvragen. Evenmin wordt hiermee voldaan aan het tweede doel van de wetgever: het bieden van een 'full and ex nunc' assessment in asielzaken.

Daardoor wordt pijnlijk zichtbaar dat een wetswijziging niets uithaalt, als het de Afdeling niet zint. Het verlossende woord hierover zou mogelijk uit Luxemburg kunnen komen. Maar daarvoor zullen wel eerst prejudiciële vragen aan het HvJ EU moeten worden gesteld over bijvoorbeeld de uitleg van de begrippen 'alle' elementen en 'zo spoedig mogelijk' uit artikel 4 lid 1 DRI, over de uitleg van artikel 32 PRI en over de vraag of artikel 39 PRI ook een ex nunc toets veronderstelt.

Het niet toelaten van nieuwe feiten en omstandigheden in de lopende procedure dan wel in een herhaalde aanvraag, kan ertoe leiden dat de vreemdeling geen reële mogelijkheid wordt geboden om gebruik te maken van een rechtsmiddel waarin het een 'arguable claim' in de zin van artikel 3 EVRM aannemelijk zou kunnen maken. Dit kan niet alleen leiden tot strijd met artikel 13 EVRM, maar ook tot strijd met artikel 47 Handvest en artikel 39 PRI.

Het risico op een artikel 3 EVRM-schending wegens een te strikt novum-criterium zou tot slot kunnen worden gerepareerd door een ruimhartige toepassing van de Bahaddar-exceptie. De Afdeling heeft recent laten zien dat het daartoe soms bereid lijkt, hetgeen hoopvol stemt. Maar, we weten ook dat de Afdeling deze exceptie slechts eenmaal heeft toegepast op een vreemdeling die niet aan de strenge procedurevoorschriften voldeed. Daarin zal verandering moeten komen. Juist in een tijd waarin het EHRM gehoor lijkt te geven aan de oproep van het Comité van Ministers van de Raad van Europa om geen 'court of fourth instance' te zijn en het artikel 3 EVRM-zaken procedureler lijkt te toetsen, is het aan de nationale rechter om de asielzoeker een *full and ex nunc* bescherming tegen refolement te bieden.

*Pijnlijk zichtbaar wordt dat een wetswijziging niets uithaalt, als het de Afdeling niet zint.*