

op art. 8 EVRM afstemmen, en kijken of een eventuele weigering van de vergunning wel met dit artikel in overeenstemming is. Bij het beantwoorden van die vraag speelt een rol of er, gelet op de leeftijd van de zoon, sprake is van een 'meer dan gebruikelijke band' tussen hem en zijn moeder. Bovendien lijkt het mij van belang of er in casu sprake is van ernstig laakbaar gedrag of nalaten. Weigering van de vergunning moet immers 'evenwichtig' zijn in het licht van de ernst van de identiteitsverwarring die is veroorzaakt. Uit de uitspraak volgt echter al dat de staatssecretaris heeft erkend dat de moeder in Nederland consistente verklaringen heeft afgelegd, en dat er voor de in Zweden opgegeven andere identiteit afdoende verklaringen zijn gegeven. Er bestaat daardoor, zoals Widdershoven in zijn conclusie terecht stelt, geen 'wezenlijke verwarring' over die identiteit. Voor hem is dat reden om de moeder te laten 'profiteren' van de verblijfsstatus van haar zoon. Ik kan me dan, gelet op bovenstaande feiten, moeilijk voorstellen dat de moeder opnieuw te horen krijgt dat de vergunning wordt geweigerd.

14. Evenredigheidsduimschroeven aangedraaid? In zijn noot bij de Harderwijk-uitspraak merkt Schlössels op dat de evenredigheidsduimschroeven in die zaak niet echt zijn aangedraaid. De Afdeling overweegt immers dat de burgemeester bij het nemen van zijn nieuwe besluit op bezwaar zal moeten uitgaan van de relevante feiten en belangen van dat moment. Daarbij wijst de Afdeling er op dat de burgemeester naar voren had gebracht dat de woning ook ná de doorzoeking en de arrestaties van de zoons een rol was blijven spelen in de drugscriminaliteit. De onrechtmatigheid van de woningsluiting lijkt daardoor meer te zijn ingegeven door een onzorgvuldige feitenvaststelling dan door een intrinsieke onevenredigheid. Er is dan – op basis van de actuele feiten – ruimte voor het nemen van een nieuw besluit dat niet of nauwelijks afwijkt van het vernietigde besluit. Die ruimte is echter in bovenstaande zaak geenszins aanwezig. Weliswaar wordt het bestreden besluit vernietigd wegens een ondeugdelijke motivering, maar voor een correctie ervan is geen plaats. Althans niet voor zover het gaat om de cruciale vraag of de identiteit afdoende is aangetoond, en daarmee of de contra-indicatie in casu alsnog in stelling kan worden gebracht. Nu de staatssecretaris die mogelijkheid in r.o. 10.1 expliciet wordt ontnomen, kan hij niet opnieuw besluiten tot weigering van een verblijfsvergunning aan de zoon. In zoverre kan de conclusie dus zijn dat de evenredigheidsduimschroeven in bovenstaande uitspraak strakker zijn aangedraaid.

Deze uitspraak is eerder gepubliceerd in «JB» onder nummer 2022/178.

mr. A.P. Klap
universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam

38

Besluitbegrip en publieke-taakcriterium

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
14 september 2022, nr. 202201868/1/V1,
ECLI:NL:RVS:2022:2592
(mr. Verheij, mr. Verburg, mr. Van Breda)
Noot J.J.M. Peters en J.A.F. Peters

Besluitbegrip. Publieke taak. Prorogatie.

[Awb art. 1:3, 7:1a]

Essentie: Een beslissing op het verzoek om Afghanen te evacueren is op basis van het publieke-taakcriterium een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat.

Samenvatting: Op de hoofdregel dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het verrichten van die publiekrechtelijke rechtshandeling slechts kan ontleenen aan een specifiek wettelijk voorschrift, bestaan uitzonderingen. In zeer bijzondere gevallen kan een beslissing van een bestuursorgaan die wordt genomen in het kader van een aan dat bestuursorgaan toegekende publieke taak die niet op een specifieke bevoegdheidstoekennende publiekrechtelijke grondslag berust, toch als een besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. (...). In deze zaak doet zich zo'n bijzonder geval voor. Het kabinet heeft besloten de motie Belhaj uit te voeren en daarvoor is, in de brief van 11 oktober 2021, een speciale voorziening getroffen. Het kabinet heeft daartoe besloten onder meer wegens de jarenlange inzet van Nederland voor vrede en veiligheid in Afghanistan. Nederland is daarbij op allerlei manieren ondersteund door personen uit Afghanistan en voelt zich daarom verantwoordelijk voor die personen en hun familieleden, omdat voor hen een levensbedreigende crisissituatie is ontstaan door de machtsovername door de Taliban. Dat deze groepen personen zich bevinden buiten de Nederlandse rechtsmacht, betekent niet dat de bestuursorganen over hen geen rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen. Met de brief van 11 oktober 2021 hebben de bestuursorganen de publieke taak aan zich getrokken om zich in te spannen om de overkomst van de in die brief genoemde groepen personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren.

Een beslissing om, in overeenstemming met de brief van 11 oktober 2021, de overkomst van personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren, houdt in dit bijzondere geval dus een publiekrechtelijke rechtshandeling in. Het rechtsgevolg van een positieve beslissing is een inspanningsverplichting om de overkomst van de desbetreffende personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren. De Afdeling merkt zo'n beslissing aan als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Omdat het gaat over een buitenlandse aangelegenheid van het kabinet, is de minister van Buitenlandse Zaken het meest aangewezen bestuursorgaan, en dus het bevoegd bestuursorgaan, om zulke besluiten te nemen. Het is ook een beschikking als bedoeld in art. 1:3, lid 2 Awb, en daarom is ook de negatieve beslissing een beschikking en daarmee een besluit.

Tegen zo'n besluit staat eerst bezwaar open bij de minister van Buitenlandse Zaken. Door de schrijnende situatie in Af-

ghanistan is spoedige besluitvorming en, indien een rechtsmiddel wordt aangewend, spoedige rechterlijke toetsing, geboden. Een zaak als deze is daarom in beginsel geschikt voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter (art. 7:1a Awb). Dat is in eerste instantie de rechtbank. Omdat de aanvrager van een dergelijk besluit in de regel geen woonplaats in Nederland heeft, zal in veel gevallen de rechtbank Den Haag bevoegd zijn (art. 8:7 lid 2 tweede volzin Awb). Tegen een uitspraak van de rechtbank op het, al dan niet met toepassing van art. 7:1a Awb, ingestelde beroep, staat vervolgens hoger beroep open bij de Afdeling. Dit volgt uit de artikelen 8:1, 8:5, 8:6, 8:104 en 8:105 Awb.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[de vreemdeling] en anderen,

appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag, zittingsplaats Haarlem, van 11 maart 2022 in zaak nr. 21/6737 in het geding tussen:

appellanten

en

de minister van Buitenlandse Zaken, de minister van Defensie en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (hierna samen: de bestuursorganen).

Procesverloop

Bij e-mail van 24 augustus 2021 hebben appellanten de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken verzocht hen te evacueren uit Afghanistan.

Bij brief van 10 november 2021 hebben appellanten de Staat der Nederlanden, de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid en het Ministerie van Buitenlandse Zaken in gebreke gesteld. Op 18 november 2021 hebben appellanten beroep ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit.

Bij brief van 13 december 2021 heeft [projectdirecteur] van het Ministerie van Defensie, appellanten meegedeeld dat hij het Ministerie van Buitenlandse Zaken niet zal verzoeken hen te faciliteren bij overkomst naar Nederland.

Bij uitspraak van 11 maart 2022 heeft de rechtbank de beroepen tegen het niet tijdig nemen van een besluit en de brief van 13 december 2021, niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen deze uitspraak hebben appellanten hoger beroep ingesteld.

De bestuursorganen hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Appellanten hebben een nader stuk ingebracht.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 juni 2022, gelijktijdig met zaak nr. 202202109/1/V1. Op de zitting zijn appellanten, vertegenwoordigd door mr. F.W. Verbaas, advocaat te Alkmaar, en de bestuursorganen, vertegenwoordigd door mr. E.C. Pietermaat, advocaat te Den Haag, verschenen. Voorts zijn verschenen [projectdirecteur] en mr.dr.s. M. Frishert namens de minister van Defensie, en drs. N.C.J. Maes en mr. M.T. van Maurik namens de minister van Buitenlandse Zaken.

Overwegingen

Inleiding en conclusie

1. Appellanten hebben allen de Afghaanse nationaliteit en verblijven in Afghanistan.

1.1. Op 15 augustus 2021 hebben de Taliban Kabul ingenomen. Op 18 augustus 2021 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen, waarin zij de regering heeft verzocht om de in

die motie genoemde groepen personen uit Afghanistan te evacueren en om, indien evacuatie niet mogelijk zou blijken, deze personen aan te merken als risicogroep als zij asiel aanvragen in Nederland (*Kamerstukken II 2020/21, 27925, nr. 788*, hierna: de motie Belhaj). In de motie Belhaj staat dat het, naast tolken, ten minste gaat om personen die de Nederlandse overheid hebben bijgestaan (onder andere bewakers, judiciële medewerkers, koks en chauffeurs), medewerkers van Nederlandse ontwikkelingsprojecten, mensenrechten- en in het bijzonder vrouwenrechtenverdedigers, fixers van journalisten en journalisten. Het kabinet, bij monde van de bestuursorganen, heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer in een brief van 18 augustus 2021 (*Kamerstukken II 2020/21, 27925, nr. 841*) bericht de motie naar letter en geest te zullen uitvoeren.

1.2. Na de val van Kabul hebben de bestuursorganen zich ingezet om personen die daarvoor volgens de motie Belhaj in aanmerking kwamen, te evacueren. Sinds 26 augustus 2021 heeft Nederland geen aanwezigheid meer in Afghanistan en voeren de bestuursorganen geen evacuatie meer uit. In een brief van 11 oktober 2021 van het kabinet, bij monde van de bestuursorganen, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer staat de aanpak voor de periode daarna omschreven. De bestuursorganen blijven zich inzetten om de overkomst van de in die brief genoemde groepen personen naar Nederland te faciliteren. Het gaat om personen die vallen onder de motie Belhaj, maar ook om medewerkers van een door het Ministerie van Buitenlandse Zaken gefinancierd project op het gebied van sociale vooruitgang, vrede en veiligheid of duurzame ontwikkeling en om personen die in de afgelopen twintig jaar hebben gewerkt voor het Ministerie van Defensie of de European Union Police Mission in Afghanistan (EUPOL Afghanistan) in een voor het publiek zichtbare functie in Afghanistan, zo staat in de brief. Op de zitting is benoemd dat het sinds augustus 2021 is gelukt om de overkomst naar Nederland van 1.600 personen te faciliteren.

1.3. Per e-mail van 24 augustus 2021 heeft [persoon A], een familielid van appellanten, de minister van Buitenlandse zaken verzocht om appellanten uit Afghanistan te evacueren wegens hun relatie met de echtgenoot van [persoon A], [persoon B], die als majoor van het Afghaanse leger werkzaamheden heeft verricht voor de Nederlandse militairen in Afghanistan. In de brief van 13 december 2021 heeft [projectdirecteur] van het Ministerie van Defensie) bericht dat appellanten niet onder de omschrijving van de in de brief van 11 oktober 2021 genoemde groepen vallen en dat hij het Ministerie van Buitenlandse Zaken daarom niet zal verzoeken om appellanten te faciliteren bij overkomst naar Nederland.

1.4. In de overwegingen hierna gebruikt de Afdeling de overkoepelende term 'faciliteren bij overkomst naar Nederland'. Daaronder valt ook evacuatie.

1.5. In deze uitspraak komt de Afdeling tot het oordeel dat de brief van 13 december 2021 een besluit is. Dat heeft tot gevolg dat de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van het beroep hiertegen. Vervolgens komt de Afdeling tot het oordeel dat de projectdirecteur van het Ministerie van Defensie niet bevoegd was om dat besluit te nemen en dat de minister van Buitenlandse Zaken wel bevoegd was. De Afdeling vernietigt de uitspraak van de rechtbank en het besluit. In de overwegingen hierna komen eerst de uitspraak van de rechtbank en de standpunten van partijen aan de orde. Daarna zal de Afdeling toelichten hoe zij tot haar oordeel is gekomen. De Afdeling beklemtoont dat met dit oordeel niet is gezegd dat de bestuursorganen sinds augustus 2021 op dit punt niet goed functioneerden. Zoals onder 1.2 aangegeven, is de Nederland-

se overheid er in geslaagd om 1.600 personen te helpen om naar Nederland te komen. Bij dit bestuurlijk optreden hoort echter wel de gebruikelijke bestuursrechtelijke taakverdeling en de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Over die punten gaat deze uitspraak hierna.

1.6. Het wettelijk kader, de motie Belhaj en de brieven van 18 augustus 2021 en 11 oktober 2021 zijn opgenomen in de bijlagen (niet opgenomen; *red.*), die deel uitmaken van deze uitspraak.

De uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft de door appellanten ingestelde beroepen tegen het niet tijdig nemen van een besluit en de brief van 13 december 2021, niet-ontvankelijk verklaard. Zij is dus niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de beroepsgronden. Daaraan heeft zij het volgende ten grondslag gelegd.

2.1. De rechtbank heeft vooropgesteld dat het evacueren van Afghaanse burgers uit Afghanistan met zich brengt dat Nederland rechtsmacht uitoefent in Afghanistan en dat dit slechts in uitzonderlijke situaties is toegestaan. De rechtbank heeft verder overwogen dat de brief van 13 december 2021 geen besluit is, omdat die geen publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt. Voor het evacueren van appellanten uit Afghanistan bestaat namelijk geen bevoegdheid die direct of indirect op een wet steunt. De motie Belhaj en de brief van 18 augustus 2021 zijn geen wettelijke regelingen. Weliswaar heeft de Tweede Kamer met de motie Belhaj een politiek-bestuurlijk standpunt ingenomen over de evacuatie uit Afghanistan, maar daarmee vormt die motie nog geen publiekrechtelijke grondslag voor evacuatie. Het verlenen van een visum om Nederland in te reizen is ook niet hetzelfde als het evacueren van burgers uit Afghanistan. De wettelijke grondslag voor het verlenen van een visum kan dus ook niet worden beschouwd als een wettelijke grondslag voor de evacuatie. Er is volgens de rechtbank ook geen 'gepretendeerde bevoegdheid' voor de evacuatie.

2.2. De rechtbank heeft verder overwogen dat de brief van 13 december 2021 ook geen handeling is van de bestuursorganen tegenover appellanten in de hoedanigheid van vreemdeling. Daarom is geen sprake van een situatie als bedoeld in artikel 72, derde lid, van de Vw 2000 en kan de brief van 13 december 2021 niet ten behoeve van rechtsbescherming met een besluit worden gelijkgesteld. De rechtbank is de bestuursorganen gevolgd in hun standpunt dat de evacuatie uit Afghanistan van niet-Nederlanders niet plaatsvindt op grond van hun hoedanigheid van vreemdeling, maar op grond van hun hoedanigheid van bijvoorbeeld werknemer van de Nederlandse ambassade in Afghanistan.

De gronden in hoger beroep

3. Appellanten zijn het niet eens met de uitspraak van de rechtbank. Volgens hen heeft de rechtbank hun beroep ten onrechte niet inhoudelijk beoordeeld.

3.1. De rechtbank is volgens appellanten ten onrechte tot de conclusie gekomen dat de brief van 13 december 2021 geen besluit is. Het verzoek om appellanten uit Afghanistan te evacueren moet worden gezien als een aanvraag voor een visum. De publiekrechtelijke bevoegdheid om een visum, waaronder een machtiging tot voorlopig verblijf (hierna: mvv), te verlenen is daarom ook een publiekrechtelijke bevoegdheid om appellanten uit Afghanistan te evacueren. Ook is er nog de mogelijkheid tot het verlenen van een laissez-passer, vluchtelingenpaspoort, vreemdelingenpaspoort of visumbrief. Met

behulp van deze documenten zijn andere Afghaanse burgers wél geëvacueerd uit Afghanistan. Als de Afdeling appellanten niet volgt in dit betoog, hebben de bestuursorganen met hun handelen een publiekrechtelijke bevoegdheid gepretendeerd of gehandeld op grond van de publieke taak om personen uit Afghanistan te evacueren, waarbij het dan gaat om een taak die zij aan zich hebben getrokken. Ook om die reden is de brief een besluit, aldus appellanten.

3.2. Als de Afdeling tot het oordeel komt dat de rechtbank de brief van 13 december 2021 terecht niet als besluit heeft aangemerkt, moet die brief volgens appellanten worden gezien als de weigering om een feitelijke handeling als bedoeld in artikel 72, derde lid, van de Vw 2000 te verrichten. De evacuatie van andere Afghaanse burgers heeft plaatsgevonden, omdat zij behoren tot een bepaalde kwetsbare groep, en dus op grond van hun hoedanigheid van vreemdeling als bedoeld in de Vw 2000.

Het standpunt van de bestuursorganen

4. De bestuursorganen stellen zich op het standpunt dat de rechtbank terecht tot haar oordeel is gekomen.

4.1. Het faciliteren van de overkomst van personen naar Nederland, is een feitelijke handeling en geen besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). Dat dat vaak samengaat met het verlenen van een visum of een ander document, neemt niet weg dat de kern van de overbrenging is de poging het voor personen mogelijk te maken om Afghanistan daadwerkelijk te verlaten en naar Nederland of één van de omliggende derde landen te reizen, dan wel, als personen zelfstandig in een derde land zijn aangekomen, te overleggen met de autoriteiten van dat derde land om te bereiken dat die personen dat land kunnen verlaten.

4.2. Op deze feitelijke handelingen is artikel 72, derde lid, van de Vw 2000 volgens de bestuursorganen niet van toepassing, omdat dat geen handelingen zijn tegenover appellanten in de hoedanigheid van vreemdeling.

Het oordeel van de Afdeling

5. De Afdeling zal eerst beoordelen of de rechtbank bevoegd was kennis te nemen van het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit en het beroep tegen de brief van 13 december 2021. Daarvoor moet als eerste de vraag worden beantwoord of die brief een besluit is of daarmee gelijk moet worden gesteld op grond van artikel 72, derde lid, van de Vw 2000. In de overwegingen hierna zal de Afdeling dat doen.

5.1. Allereerst is van belang vast te stellen wat appellanten precies hebben verzocht en aan wie. Daarvoor zijn de inhoud en strekking van het verzoek bepalend. De e-mail van 24 augustus 2021 van [persoon A] is gericht aan meldpunt.afghanistan@mindef.nl en kabul@minbuza.nl. In deze e-mail staat: 'Hierbij wil ik (...) aanmelden voor de evacuatie uit Afghanistan.' In de e-mail van 24 augustus 2021 van de gemachtigde van appellanten aan diezelfde e-mailadressen staat: 'Hierbij bericht ik u dat ik optreed als advocaat-gemachtigde bij het verzoek om de familie (...) uit Kaboel te laten evacueren.' De Afdeling leest hierin een verzoek van appellanten aan de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken om hen uit Afghanistan te evacueren, en dus op enige wijze hun overkomst naar Nederland te faciliteren. De Afdeling leest in de e-mails van 24 augustus 2021 daarom niet het verzoek om appellanten specifiek een visum te verlenen. De Afdeling leest hierin ook niet een strikt beperkt verzoek om hun een laissez-passer, vluchtelingenpaspoort, vreemdelingenpaspoort of visumbrief

te verlenen. Het faciliteren van de overkomst van appellanten naar Nederland kan ook niet worden gereduceerd tot het verlenen van één van deze documenten. Zoals de bestuursorganen terecht hebben aangevoerd, is voor overkomst namelijk méér nodig, zoals het faciliteren dat appellanten Afghanistan kunnen verlaten en/of bemiddeling met andere landen.

5.2. Bij brief van 10 november 2021 hebben appellanten de Staat der Nederlanden, de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid en het Ministerie van Buitenlandse Zaken in gebreke gesteld. De brief van 13 december 2021 is een reactie op het verzoek van 24 augustus 2021 en de ingebrekestelling. De Afdeling zal hierna de vraag beantwoorden of die brief een besluit is of daarmee gelijk moet worden gesteld op grond van artikel 72, derde lid, van de Vw 2000.

5.3. Onder een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb wordt verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. De brief is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan. De vraag is dus of die beslissing een publiekrechtelijke rechtshandeling is. Een rechtshandeling is publiekrechtelijk als zij is gebaseerd op een publiekrechtelijke grondslag. In de regel is daarvoor nodig dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het verrichten van die handeling ontleent aan een specifiek wettelijk voorschrift. De Afdeling wijst op haar uitspraak van 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2222, onder 4.

5.4. De publiekrechtelijke grondslag om de overkomst van appellanten te faciliteren, is volgens appellanten de Visumcode, artikel 1a, aanhef en onder d, en artikel 2p, tweede lid, van de Vw 2000 en artikel 9, tweede lid, van de Rijksvisumwet. De Afdeling stelt vast dat deze wetgeving een specifieke wettelijke grondslag bevat voor het verlenen van een visum, en niet voor dat waar appellanten om hebben verzocht, namelijk om evacuatie, en dus om op enige wijze hun overkomst naar Nederland te faciliteren. Zoals de Afdeling onder 5.1 heeft overwogen is hun verzoek niet strikt beperkt tot het verlenen van een visum of een ander reisdocument.

5.5. Omdat appellanten niet hebben verzocht om een handeling ter uitvoering van de Vw 2000, is op hun verzoek en de in de brief van 13 december 2021 vervatte reactie op dat verzoek, artikel 72, derde lid, van de Vw 2000 niet van toepassing.

5.6. Op de hoofdregel dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het verrichten van die publiekrechtelijke rechtshandeling slechts kan ontlenen aan een specifiek wettelijk voorschrift, bestaan uitzonderingen. In zeer bijzondere gevallen kan een beslissing van een bestuursorgaan die wordt genomen in het kader van een aan dat bestuursorgaan toegekende publieke taak die niet op een specifieke bevoegdheidstoekennende publiekrechtelijke grondslag berust, toch als een besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. De Afdeling wijst op de onder 5.3 vermelde uitspraak van 23 augustus 2017, onder 7.1.

5.7. In deze zaak doet zich zo'n bijzonder geval voor. Het kabinet heeft besloten de motie Belhaj uit te voeren en daarvoor is, in de brief van 11 oktober 2021, een speciale voorziening getroffen. Het kabinet heeft daartoe besloten onder meer wegens de jarenlange inzet van Nederland voor vrede en veiligheid in Afghanistan. Nederland is daarbij op allerlei manieren ondersteund door personen uit Afghanistan en voelt zich daarom verantwoordelijk voor die personen en hun familieleden, omdat voor hen een levensbedreigende crisissituatie is ontstaan door de machtsovername door de Taliban. Dat deze groepen personen zich bevinden buiten de Nederlandse rechtsmacht, betekent niet dat de bestuursorganen over hen geen rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen. Met de brief

van 11 oktober 2021 hebben de bestuursorganen de publieke taak aan zich getrokken om zich in te spannen om de overkomst van de in die brief genoemde groepen personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren.

5.8. Een beslissing om, in overeenstemming met de brief van 11 oktober 2021, de overkomst van personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren, houdt in dit bijzondere geval dus een publiekrechtelijke rechtshandeling in. Het rechtsgevolg van een positieve beslissing is een inspanningsverplichting om de overkomst van de desbetreffende personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren. De Afdeling merkt zo'n beslissing aan als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Omdat het gaat over een buitenlandse aangelegenheid van het kabinet, is de minister van Buitenlandse Zaken het meest aangewezen bestuursorgaan, en dus het bevoegd bestuursorgaan, om zulke besluiten te nemen. Het is ook een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, van de Awb, en daarom is ook de negatieve beslissing een beschikking en daarmee een besluit.

5.9. Tegen zo'n besluit staat eerst bezwaar open bij de minister van Buitenlandse Zaken. Door de schrijvende situatie in Afghanistan is spoedige besluitvorming en, indien een rechtsmiddel wordt aangewend, spoedige rechterlijke toetsing, geboden. Een zaak als deze is daarom in beginsel geschikt voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter (artikel 7:1a van de Awb). Dat is in eerste instantie de rechtbank. Omdat de aanvrager van een dergelijk besluit in de regel geen woonplaats in Nederland heeft, zal in veel gevallen de rechtbank Den Haag bevoegd zijn (artikel 8:7, tweede lid, tweede volzin, van de Awb). Tegen een uitspraak van de rechtbank op het, al dan niet met toepassing van artikel 7:1a van de Awb, ingestelde beroep, staat vervolgens hoger beroep open bij de Afdeling. Dit volgt uit de artikelen 8:1, 8:5, 8:6, 8:104 en 8:105 van de Awb.

Betekenis van het voorgaande voor de zaak van appellanten

6. Voor de zaak van appellanten betekent dit het volgende. Het in het e-mailbericht van 24 augustus 2021 door appellanten gedane verzoek om hen te evacueren is een aanvraag om op enige wijze hun overkomst naar Nederland te faciliteren. De brief van 13 december 2021 houdt een weigering in om dat te doen en is een besluit. Dit betekent dat de rechtbank bevoegd was kennis te nemen van het door appellanten ingestelde beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit en het daarmee samenhangende beroep tegen de brief van 13 december 2021. De rechtbank heeft deze beroepen daarom ten onrechte om de hiervoor onder 2.1 en 2.2 genoemde redenen niet-ontvankelijk verklaard.

6.1. Het hoger beroep is daarom gegrond. De uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. Het is niet nodig wat appellanten verder in hoger beroep hebben aangevoerd, te bespreken.

6.2. De Afdeling beoordeelt de beroepen. Omdat de projectdirecteur van het Ministerie van Defensie op 13 december 2021 alsnog een besluit op de aanvraag heeft genomen, hebben appellanten geen belang meer bij het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit. Dat beroep is daarom niet-ontvankelijk. Gelet op wat de Afdeling onder 5.8 heeft overwogen, heeft de projectdirecteur van het Ministerie van Defensie het besluit van 13 december 2021 onbevoegd genomen. Het beroep daartegen is alleen al daarom gegrond en het besluit van 13 december 2021 wordt vernietigd.

6.3. De minister van Buitenlandse Zaken moet een nieuw besluit op de aanvraag nemen. Op de zitting is namens hem naar voren gebracht dat hij, als hij een nieuw besluit moet nemen,

in staat is dat spoedig te doen. De Afdeling zal hiervoor een termijn van twee weken stellen (artikel 8:72, vierde lid, van de Awb). Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling ook aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld. Daarbij overweegt de Afdeling in het bijzonder dat appellanten in hun beroepsgronden hebben aangegeven dat zij snel duidelijkheid wens n over hun zaak.

6.4. De minister van Buitenlandse Zaken moet de proceskosten vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag, zittingsplaats Haarlem, van 11 maart 2022 in zaak nr. 21/6737;

III. verklaart het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit niet-ontvankelijk;

IV. verklaart het beroep tegen het besluit van 13 december 2021, kenmerk BS2021027620, gegrond;

V. vernietigt dat besluit;

VI. draagt de minister van Buitenlandse Zaken op om binnen twee weken na verzending van deze uitspraak een nieuw besluit op de aanvraag te nemen en dit op de in de Awb voorgeschreven wijze bekend te maken;

VII. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;

VIII. veroordeelt de minister van Buitenlandse Zaken tot vergoeding van bij appellanten in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3.795 geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

NOOT

1. In het voorjaar van 2021 maakte de Taliban een razendsnelle opmars in Afghanistan en werd binnen enkele dagen de helft van dat land aan een streng regime onderworpen. Met de val van Kabul op 15 augustus 2021 werd het Afghaanse leger verdreven en greep de Taliban de volledige macht over Afghanistan. De Nederlandse regering besloot daarop al haar militairen en ambassadepersoneel onmiddellijk uit Afghanistan terug te trekken. Op 18 augustus 2021 werd in de Tweede Kamer de motie-Belhaj aangenomen waarin de regering werd verzocht om niet alleen Nederlanders maar ook Afghaanse burgers die Nederland destijds bij de vredesmissie hadden bijgestaan zo snel mogelijk uit Afghanistan te evacueren. Naast tolken, bewakers, judiciële medewerkers, koks en chauffeurs gaat het om medewerkers van (Nederlandse) ontwikkelingsprojecten, mensenrechten- en in het bijzonder vrouwenrechtenverdedigers en (fixers van) journalisten. In een brief van de projectdirecteur van het ministerie van Defensie van 11 oktober 2021 werden aan deze groep Afghanen, die de afgelopen twintig jaar werkzaamheden hebben verricht voor het ministerie van Defensie of voor de European Union Police Mission daaraan toegevoegd. Het kabinet, bij monde van de minister van Buitenlandse Zaken en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, beloofde de motie-Belhaj naar letter en geest uit te voeren en benadrukte dat zij ook na de laatste evacuatievlucht uit Afghanistan eind augustus zich zou blijven inspinnen voor overkomst van de

hiervoor beschreven groepen achtergebleven Afghaanse burgers.

Bij de Afdeling bestuursrechtspraak zijn twee zaken ahangig van Afghaanse burgers die weliswaar verschillende werkzaamheden voor Nederland in Afghanistan hebben verricht maar niet behoorden tot een van de omschreven groepen uit de brief van de projectdirecteur of de motie-Belhaj en dus niet geëvacueerd werden. Beide beroepen zijn op 14 september 2022 in hoger beroep beslist (ECLI:NL:RVS:2022:2684 en ECLI:NL:RVS:2022:2592) en zijn gericht tegen de beslissing van de projectdirecteur om appellanten en hun familieleden niet uit Afghanistan te evacueren. Hoezeer het draaipunt van beide zaken hetzelfde is, verschilt het feitencomplex van beide zaken enigszins. Wij houden het in deze annotatie op zaak ECLI:NL:RVS:2022:2592.

2. Het is soms nuttig, leerzaam of illustratief om kort de processuele gang van zaken na te lopen, juist als er verschil van opvatting bestaat ter zake van het meest centrale punt van ons bestuurs(proces)recht: het besluit. Er doen zich dan allerlei complicaties voor, ook in casu.

Appellanten richten zich bij hun verzoek tot evacuatie d.d. 24 augustus 2021 per e-mail (dat kan blijkbaar) tot de minister van Buitenlandse Zaken en de minister van Defensie (hoewel in r.o. 1.3 alleen sprake is van de minister van BuZa). Als ze niets vernemen, wordt op 10 november 2021 een ingebrekestelling verstuurd aan de Staat der Nederlanden, de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid en het ministerie van Buitenlandse Zaken. In het licht van art. 6:12 Awb oogt dit rijtje alleszins willekeurig: een publiekrechtelijke rechtspersoon, een bestuursorgaan (maar is dit het juiste, waarover later meer) en een departement! Op 18 november 2021 wordt dan beroep ingesteld tegen het niet-tijdig nemen van het besluit met de minister van Buitenlandse Zaken, de minister van Defensie en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid als bestuursorganen die in gebreke zijn. Nog los van de vraag of dit de juiste bestuursorganen in deze procedure zijn – ook met het oog op de adressering van de ingebrekestelling – roept ook de termijn waarbinnen het beroep wordt aangetekend – acht dagen geldt toch als prematuur gezien de twee weken uit art. 6:12 Awb – vragen op. Hoe dan ook, de reactie van overheidszijde (want die volgt uiteindelijk wel!) zijnde de brief van 13 december 2021 van de projectdirecteur van het ministerie van Defensie is te laat.

De rechtbank doet op 11 maart 2022 (vergelijk de parallelle zaak ECLI:NL:RBDHA:2022:2444) uitspraak. Vragen over bestuursorganen en termijnen komen niet aan de orde, want de rechtbank ziet in deze dossiers geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Het ontbreekt aan een wettelijke basis waarop de beslissing tot (weigering van) evacuatie uit Afghanistan valt terug te voeren. Daarmee wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard. Dat er tussen het instellen van het beroep en de uitspraak nog een beslissing is gevallen, doet daar uiteraard niets aan af: ongeacht of er wel of geen besluitvorming plaatsvindt, er is eenvoudigweg geen appellabel besluit aan de orde en dan is het klaar bij de bestuursrechter.

Dat ligt anders bij de Afdeling. Die ontwaart in dit dossier wel een besluit – op ‘bijzondere’ grondslag, waarover hierna meer in deze annotatie – en dan liggen in ene de kaarten heel anders. Het aanmerken van de brief van 13 december 2021 als besluit heeft verschillende processuele effecten. Het stilzwijgen na de ingebrekestelling – hoezeer ook hier de termijn en de geadresseerden geheel buiten beschouwing blijven – ligt dan als niet-tijdig beslissen en dus als gelijkgestelde handeling in beroep (art. 6:2 Awb) voor. Het besluit van 13 de-

cember 2021 volgt weliswaar maar daartegen staat bezwaar open en dat is niet gevolgd. Art. 6:20 Awb tackelt deze casus: in het derde lid wordt bepaald dat het beroep tegen het niet-tijdig beslissen mede betrekking heeft op het alsnog genomen besluit. Hoe zit het dan met de bezwaarprocedure ter zake van het alsnog genomen besluit? Daarin voorziet het vierde lid van art. 6:20 Awb: die procedure komt te vervallen tenzij de rechter dat toch nuttig vindt, dan kan hij dat besluit daartoe verwijzen. Opmerkelijk in de voorliggende uitspraak is het gebruik door de Afdeling van prorogatie (art. 7:1a Awb) in r.o. 5.9. Ten eerste ligt het verval van (bezwaar)instantie hier besloten in de regeling van art. 6:20 Awb – dat artikel komt in de uitspraak geheel niet ter sprake – en houdt geen enkel verband met art. 7:1a Awb. Voorts doet de motivering voor de introductie van prorogatie de wenkbrauwen fronsen: vanwege de schrijnende situatie in Afghanistan is spoedige besluitvorming en rechterlijke toetsing geboden en daarom is deze zaak geschikt voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter. Dat moge als een sympathiek standpunt van de bestuursrechter klinken, maar art. 7:1a Awb legt het initiatief tot prorogatie bij de bezwaarmaker met instemming van het bestuursorgaan en niet bij de bestuursrechter. Vgl. ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:302, «JB» 2016/66, m.nt. J.H. Keinemans. Nergens blijkt dat partijen hier geopteerd hebben voor prorogatie. Uiteindelijk sneuvelt dan het niet-tijdig beslissen als gelijkgestelde handeling: het beroep daartegen is niet-ontvankelijk omdat appellanten geen procesbelang meer hebben nu er alsnog een besluit op hun verzoek is genomen (r.o. 6.2). Dat dictum is juist mits er met de ingebrekestelling geen dwangsommen aan de orde zijn en er geen schadevergoeding wegens niet-tijdig beslissen gevorderd is. In casu speelt dat klaarblijkelijk niet maar in die gevallen blijft er alsnog belang bestaan. Dat geldt overigens weer niet ter zake van betaald griffiegeld en proceskosten (zie ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:151) en dat valt in de licht van de samenvoeging in een procedure ingevolge art. 6:20 Awb ook wel weer te begrijpen.

3. Draaipunt in deze procedures vormt natuurlijk het besluit: is er een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling? In de rechterlijke praktijk betekent die vraag eerst en vooral dat er op zoek gegaan wordt naar de publiekrechtelijke rechtshandeling. Zodra die gedetermineerd kan worden, is het nog even kijken naar de wijze waarop de beslissing in schrifttekens is verrat. Het element bestuursorgaan doet er welhaast dan niet meer toe, want dan geldt de praktische regel: waar een besluit genomen wordt, handelt een bestuursorgaan. Dat is (meestal) ook zo. Ook in casu spitst zich de vraag toe op de publiekrechtelijke rechtshandeling. In dat licht is de aanname reeds in r.o. 5.3 – dus voorafgaand aan de kwalificatie van de publiekrechtelijke rechtshandeling – dat de brief van 13 december 2021 afkomstig is van een bestuursorgaan wat rauwelijks. Als we te maken hebben met een brief afkomstig van een legerofficier die optreedt als projectdirecteur van het ministerie van Defensie, bevinden we ons zeker in de omgeving van de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat der Nederlanden (art. 2:1 lid 1 BW) en dat zal vast een a-orgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb gaan opleveren. Zie daarover Hans Peters & Manon Hermans, 'Bestuursorgaan in de rechtsstaat: draaipunt of obstakel?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, m.n. p. 306-307. Maar die kwalificatie blijft – anders dan de enkele vroegtijdige constatering – in de gehele uitspraak achterwege.

De nadere focus ligt dus op de determinering van de publiekrechtelijke rechtshandeling. Normaliter is voor het bewerkstelligen van het beoogde rechtsgevolg een bij wet verkregen publiekrechtelijke bevoegdheid nodig. Ontbreekt die, dan is er in beginsel geen besluit aan de orde. Omdat het besluit tevens de sleutel tot rechtsbescherming bij de bestuursrechter vormt (art. 8:1 Awb), wil de bestuursrechter nog wel eens 'strategisch' met het besluit omspringen als hij per se bevoegd wil zijn in een casus om daarin bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden. Partijen weten dat ook en dat heeft in de door de Afdeling aangehaalde uitspraak van 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2222, «JB» 2017/160, m.nt. R.J.N. Schlössels (Tippgelden bouwfraude) een prachtig palet opgeleverd van 'surrogaat grondslagen' in de rechtspraak. Zie daarover uitgebreid: J.A.F. Peters, 'Besluitbegrip', in: R.J.N. Schlössels, «JB» Select, Den Haag: Sdu 2019, p. 51 e.v. Nu een beslissing omtrent evacuatie geen wettelijke grondslag kent waarmee die als besluit kan worden gekwalificeerd, moet er op zoek worden gegaan naar een surrogaat grondslag. In de voorliggende procedure proberen de raadslieden van appellanten hier een mouw aan te passen door aan te haken bij andere wettelijke bevoegdheden die zijn gebruikt bij evacuatie van andere Afghaanse burgers. De bevoegdheid tot het afgeven van een visum, machtiging tot voorlopig verblijf, laissez-passer, vluchtelingenpaspoort of visumbrief zou volgens de appellanten ook een wettelijke grondslag kunnen bieden voor de beslissing tot evacuatie uit Afghanistan. In navolging van de rechtbank wil de Afdeling daar niet aan – en terecht – en oordeelt dat een beslissing tot evacueren naar Nederland niet kan worden gereduceerd tot het enkel verlenen van een van deze documenten. Voor evacuatie naar Nederland is volgens de Afdeling simpelweg meer nodig is dan enkel de juiste papieren (zie r.o. 5.1). Met deze pragmatische maar evenzeer principiële beoordeling wordt voorkomen dat voor iedere beslissing wel een gelijkende of aanpalende bevoegdheid in de wet kan worden gevonden waarmee aan de eis van de wettelijke grondslag zou worden voldaan. Het legaliteitsbeginsel blijft tot daarmee – tot dusver – ongeschonden. Gezien de functie van het besluit in ons bestuurs(proces)recht en het verband met het legaliteitsvereiste mag de kwalificatie van besluiten niet uitmonden in nattevingerwerk.

Als er dan geen wettelijke basis onder de beslissing valt te beredeneren en het derhalve om feitelijk handelen gaat, zoeken de raadslieden hun heil bij feitelijk handelen dat gelijkgesteld wordt met een besluit en schuiven zij art. 72 lid 3 Vreemdelingenwet 2000 naar voren. Dat is geen onlogische zet, ware het niet dat er in casu nooit is verzocht is om een handeling ter uitvoering van de Vreemdelingenwet – evacuatie is niet zo'n handeling – en derhalve faalt deze aanpak (r.o. 5.5).

Opmerkelijk is dat het op het oog toch meest 'losse' argument van appellanten wel doel treft: bij de evacuatie is gehandeld op grond van een publieke taak om personen uit Afghanistan te evacueren. Bij die stelling, welke welhaast terloops wordt betrokken, gaat de Afdeling alsnog door de knieën. Dat verrast omdat de Afdeling zich bij de rest van de argumentatie strak in de leer toont. Er speelt echter een andere overweging en die noemt de Afdeling luid en duidelijk in haar inleiding: 'bij dit bestuurlijk optreden hoort (...) de gebruikelijke bestuursrechtelijke taakverdeling en de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsbescherming' (r.o. 1.5). Van meet af aan ziet de Afdeling in deze dossiers een bestuursrechtelijke taak voor haar weggelegd en daarvoor moet

een redenering opgezet worden. Dat blijkt toch steeds bij de strategische inzet van het besluitbegrip het cruciale punt van overweging te zijn. In dit opzicht is een derde zaak die op dezelfde dag door de Afdeling is beslecht (ECLI:NL:RVS:2022:2695) illustratief. In deze casus wilde een Afghaanse burger zelfstandig vanuit Afghanistan naar Nederland overkomen maar kreeg daarvoor van de Nederlandse overheid niet de benodigde verblijfsdocumenten verstrekt. Ook hier werd door appellant de publieke taak in stelling gebracht om het geschil aan de bestuursrechter te kunnen voorleggen, maar de Afdeling zag in deze casus geen noodzaak om strategisch te redeneren. De Rijkswet op het Nederlandschap gaf voldoende specifieke regels over het verkrijgen van verblijfsdocumenten en bood appellant voldoende rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter. Daarmee laat de Afdeling duidelijk zien dat bij een strategische manoeuvre twee vragen spelen: is er voldoende rechtsbescherming voorhanden en zo nee, is de bestuursrechter dan eigenlijk wel de meest aangewezen rechter? Ook in de eerder aangehaalde Tipgelden-uitspraak haalden de klokkenluiders in de bouwfraudekwestie bakzeil bij de bestuursrechter omdat de tipgeldenregeling een overeenkomst kende, waardoor de burgerlijke rechter voldoende rechtsbescherming kon bieden. Dat wordt in die uitspraak ook zo direct uitgesproken (zie r.o. 7.2 in ECLI:NL:RVS:2017:2222, «JB» 2017/160, m.nt. R.J.N. Schlössels). Het blijft in de onderhavige uitspraak in nevelen gehuld waarom de Afdeling hier geen rol voor de burgerlijke rechter ziet weggelegd. Als een publieke taak kan worden benoemd ter zake van het evacueren van Afghanen, valt in *civilibus* zeker een zorgplicht voor de Nederlandse overheid te determineren. En wellicht was de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter over de band van onrechtmatig handelen van de Nederlandse Staat kon bieden wel effectiever geweest. We komen daar nog op terug.

4. In de strategische aanpak – de zoektocht naar een surrogaat grondslag voor een besluit – kiest de Afdeling hier voor de publieke taak. Die keuze – als die dan toch gemaakt wordt – valt te waarden omdat daarmee het uitzonderlijke karakter van de voorliggende zaken wordt benadrukt en voorkomt dat deze strategische aanpak bredere betekenis of werking in het bestuursrechtelijke systeem zou gaan verkrijgen. Anders gezegd: met de uitdrukkelijke stellingname vooraf en de keuze voor juist het bijzondere patroon van de publieke taak raken deze casus geïsoleerd van de vaste bestuursrechtelijke uitgangspunten in ons systeem, het legaliteitsbeginsel voorop. Het signaal is: we zijn uitzonderlijk bezig, maar de casus noopt daartoe!

In het palet van strategische mogelijkheden kennen we twee varianten van de publieke taak. De meest bekende is de publieke-taakjurisprudentie, die in het Awb-tijdperk gelinkt wordt aan Stichting Silicose Oud-mijnwerkers (ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850) en is herijkt in de 17-septemberuitspraken (ABRvS 17 september 2014 ECLI:NL:RVS:2014:3379 Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, «JB» 2014/203, m.nt. L.J.M. Timmermans, Stichting Platform31). Zie uitgebreid J.A.F. Peters, 'Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio. Besluit en bestuursorgaan', in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 649 e.v. Het gaat daarbij louter om de situatie waarin een privaatrechtelijke rechtspersoon een doorgesleuteld vormt voor overheidsmiddelen. Het is een variant die met regelmaat aan de orde is. Het is

duidelijk dat de onderhavige problematiek niets met deze variant te maken heeft.

De variant waarover het in dit geval wel gaat, stamt uit dezelfde tijd als de genoemde publieke-taakjurisprudentie – beide varianten kennen overigens al eerder toepassing in het Arob-tijdperk – en staat bekend als de Long-Lin-uitspraak (ABRvS 10 april 1995, ECLI:NL:RVS:AK3508). Zie uitgebreid G.A. van der Veen, 'Long Lin. Publiekrechtelijke taak', «JB» 1995/337, m.nt. F.A.M.S., in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 281 e.v. Daar ging het om de toestemming van een minister om de Nederlandse territoriale wateren binnen te mogen varen met een lekkend Chinees zeeschip, de Long Lin. In deze toepassing wordt de publieke taak gebruikt om privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen 'om te redeneren' tot besluiten en wordt aangeduid als 'transformerende of converterende rechtspraak' (zie F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 47 en 51). In de laatste druk van de *AB Klassiek* tekent Van der Veen op dat gezien de datering van de jurisprudentie deze variant betrekkelijk weinig voorkomt (zie Van Veen 2022, p. 287). Wel nu, met de onderhavige uitspraak wordt Long Lin dan in ieder geval weer eens afgestoft!

Van der Veen heeft ook globaal geïnventariseerd welke bronnen er gebruikt worden voor de fundering van de publiek(rechtelijk)e taak (Van der Veen 2022, p. 287). Dat blijkt een bonte verzameling van publiek domein (zoals de klassieke 'Groningse waterleidingbuizen' in ARRvS 1 december 1977, ECLI:NL:RVS:1977:AM3929) tot verdragen (bijvoorbeeld Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Suriname inzake luchtdiensten tussen en via hun onderscheiden grondgebieden in ABRvS 7 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB7298, «JB» 2008/10) en steekt casuïstisch in elkaar. In het onderhavige geval kunnen we als bron de uitvoering van een Tweede-Kamer motie noteren. Natuurlijk kunnen daarbij vraagtekens worden gesteld en kan men zich afvragen of zo'n politiek-bestuurlijk standpunt aldus de basis voor een besluit moet (kunnen) vormen. Maar welbeschouwd is dat niet aan de orde: de publieke taak is slechts het vehikel om tegemoet te komen aan de wil van de bestuursrechter om rechtsbescherming te kunnen bieden.

5. Een uitspraak stopt niet bij het kwalificeren van het besluit. Zoals uitgelegd, is dat slechts het begin van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en zo ook hier. Als de brief van 13 december 2021 als besluit is gekwalificeerd, rijst de vraag hoe de casus bestuursrechtelijk in elkaar komt te zitten. Had den we het onder punt 2 van deze annotatie over het procesuele plaatje, hier gaat het nu om het materiële. De brief levert bestuursrechtelijk een beschikking aldus de Afdeling in r.o. 5.8. Daar de beslissing specifiek gericht is aan de verzoekers lijkt die nadere kwalificatie wel te kloppen. Bijzonder is wel de toevoeging in die rechtsoverweging dat daarmee – nu de beslissing negatief luidt – er nog steeds sprake is van een besluit. Alsof met de strategische benadering met de publieke taak een ander negatief besluit niet als zodanig zou worden gekwalificeerd. In de transformatie/conversie gaat iedere andere beslissing over in een besluit, ongeacht of het negatief luidt of niet! Waarom zou men anders aan de gehele strategische aanpak zijn begonnen?

De kaarten komen ronduit complex te liggen als de vraag naar de bevoegdheid van het bestuursorgaan wordt gesteld. Zodra feitelijk handelen wordt geconverteerd/getransformeerd zal die vraag vrijwel altijd problemen opleveren omdat het actorbegrip bij feitelijk handelen een ander is dan bij

besluiten. Achter het feitelijk handelen gaat ook geen bevoegdheidsvraag schuil zoals bij besluiten. De uitkomst zal dan veelal – vrijwel altijd – zijn dat het feitelijk handelen wordt verricht door een natuurlijk persoon, die zelden samenvalt met het bestuursorgaan dat aan datzelfde handelen als besluit gekoppeld moet worden. Het roept sowieso de vraag op elk bestuursorgaan het als besluit geconverteerde feitelijk handelen moet worden toegerekend. Dat valt ook onmiddellijk terug te zien in de voorliggende uitspraak. De projectdirecteur van het ministerie van Defensie is de feitelijke actor, maar als diens brief als besluit heeft te gelden, wie is dan het bevoegde bestuursorgaan? Omdat een wettelijke regeling ontbreekt waarin de bevoegdheidsgrondslag is neergelegd, wordt het gissen. De Afdeling stelt dan ‘Omdat het gaat over een buitenlandse aangelegenheid van het kabinet, is de minister van Buitenlandse Zaken het meest aangewezen bestuursorgaan, en dus het bevoegd bestuursorgaan, om zulke besluiten te nemen’ (r.o. 5.8). Het gebruik van het woordje ‘dus’ suggereert hier logica maar draagt een argumentatieve lading die geenszins waargemaakt kan worden. Waarom de minister van Buitenlandse Zaken? Waarom niet de regering – als geadresseerde van de motie Belhaj – of het kabinet – dat uitvoering van de motie heeft toegezegd – of de minister van Defensie, die uiteindelijk de leidinggevende van de handelende projectdirecteur is? Hoe die keuze ook uitvalt, het verschil in het actorbegrip levert per definitie een onbevoegd genomen besluit op en dat is ook meteen de uitkomst van de toetsing door de bestuursrechter met daarachteraan de conclusie dat de minister van Buitenlandse Zaken een nieuw besluit op de aanvraag moet nemen. Dat kan dan snel aldus de minister en de Afdeling geeft daarvoor twee weken, in combinatie met een juridische lus.

6. Soms roept een uitspraak de vraag op waar je als jurist en als mens naar hebt zitten kijken. Afghanen die vanwege hun hand- en spandiensten aan Nederlandse organisaties hun bestaan en zelfs hun leven onder het Talibanregime niet zeker zijn, roepen in augustus 2021 – een week na de val van Kabul – om hulp en verzoeken om evacuatie. In december 2021 wordt dat geweigerd en in september 2022 weten we dat die weigering een besluit in de zin van de Awb oplevert waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Daarbij beklemt de Afdeling in haar inleiding (r.o. 1.5) ‘dat met dit oordeel niet is gezegd dat de bestuursorganen sinds augustus 2021 op dit punt niet goed functioneerden’. De hele procedure levert dan op dat medio oktober 2022 de minister van Buitenlandse Zaken een nieuw besluit dient te nemen. In de brief van de minister aan de Tweede Kamer van 17 oktober 2022 valt dan te lezen: ‘De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van woensdag 14 september jl. heeft vooralsnog geen invloed op het proces van overbrenging. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft geoordeeld dat ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag in dit uitzonderlijke geval toch sprake is van een publieke taak en bestuursrechtelijke bevoegdheid. Wel betekent de uitspraak dat alle besluiten over overbrenging voortaan genomen moeten worden door de minister van Buitenlandse Zaken en dat juridische geschillen voorgelegd. (...) Het moge duidelijk zijn dat het kabinet de komende tijd al het mogelijke zal blijven doen om de resterende groep personen die daarvoor in aanmerking komt zo spoedig mogelijk naar Nederland over te brengen’ (<https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2022D42276>). Dat is accurate weergave van al hetgeen waartoe deze procedure heeft geleid.

We weten niet welk menselijk lot de betrokken Afghanen is beschoren sinds hun noodroep in augustus 2021, maar de vraag is toch wel of langs de weg van de burgerlijke rechter geen betere uitkomst voor hun zaak binnen bereik was gekomen. Het is juist de burgerlijke rechter die richting de Nederlandse overheid in de afgelopen jaren ferme activistische standpunten heeft willen innemen. Maar een vergelijking zit er nu niet meer in. Wat overblijft, is een bestuursrechtelijk gezwollen uitspraak, die voor de betrokkenen uiteindelijk een akelig lege huls blijkt.

Deze uitspraak is eerder gepubliceerd in «JB» onder nummer 2022/180.

J.J.M. Peters en J.A.F. Peters
masterstudent specialisatie staats- en bestuursrecht resp.
universitair hoofddocent Radboud Universiteit Nijmegen

39

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid rechtspraak. Nevenfuncties rechterlijke ambtenaren

Centrale Raad van Beroep
26 augustus 2022, nrs. 22/168 AW, 22/169 AW, 22/170 AW,
22/537 AW en 22/538 AW, ECLI:NL:CRVB:2022:1859
(mr. Van Altena, mr. Van Diepenbeek, mr. Verburg)
Noot mr. J.H. Keinemans

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid rechtspraak. Nevenfuncties rechterlijke ambtenaren. Exceptieve toetsing. Beleidsregel. Evenredigheid. Zorgvuldigheid. Geen concretiserend besluit van algemene strekking. Procesbelang.

[Awb art. 1:3, 3:2, 3:4 lid 2, 7:1, 8:3 lid 1; Wvra art. 44 lid 6]

Essentie: bestuur van de CRvB heeft de mogelijkheden voor gerechtsauditeurs om nevenbetrekkingen te vervullen verhoogd beperkt zonder te onderzoeken of met een minder verhoogde maatregel had kunnen worden volstaan om de schijn van partijdigheid en belangenverstremming te voorkomen.

Samenvatting: Anders dan appellanten betogen, is de bestuursbeslissing van 16 maart 2021 geen concretiserend besluit van algemene strekking. Een concretiserend besluit van algemene strekking is een nader besluit dat geen zelfstandige normstelling bevat en ertoe strekt om een al bestaand algemeen verbindend voorschrift naar plaats, tijd of ruimte te concretiseren. Het gaat daarbij om een bij algemeen verbindend voorschrift bepaald nader besluit van het bevoegde orgaan. Het bestuursorgaan moet dus bevoegd zijn een dergelijk concretiserend besluit naar plaats, tijd of ruimte te nemen. Dat is in deze zaak niet het geval. Verweerder is op grond van art. 44 lid 6 Wvra alleen maar bevoegd om in individuele gevallen te beoordelen of een nevenbetrekking ongewenst is. Dat maakt deze zaak wezenlijk anders dan de rechtspraak waar appellanten naar hebben verwezen. De bestuursbeslissing van 16 maart 2021 is een (wetsinterpreterende) beleidsregel in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb. Tegen dit besluit konden appellanten gelet op art. 8:3 lid 1 onder a Awb, gelezen samen met art. 7:1 Awb, geen bezwaar maken.