

ANNOTATIE

# **Muhammad en Muhammad t. Roemenië (EHRM, nr. 80982/12) – Verwijdering vreemdeling om redenen nationale veiligheid**

*M. den Heijer*

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 15-10-2020,  
ECLI:CE:ECHR:2020:8098212 (EHRC-2020-0258)*

1. In bovenstaand arrest zet de Grote Kamer van het Europees Hof een standaard voor de omgang met geheime informatie die ten grondslag ligt aan een besluit tot verwijdering van een vreemdeling om redenen van nationale veiligheid. Uit eerdere rechtspraak volgde reeds dat verdragspartijen die ervoor kiezen om de uitzetting van vreemdelingen mogelijk te maken op grond van geheime informatie van inlichtingendiensten wel op enigerlei wijze moeten voorzien in de mogelijkheid van tegenspraak in de nationale procedure. Het was al duidelijk dat verdragspartijen hierin een zekere procedurele autonomie genieten. Zo accordeerde het Hof in een enkele zaak de Britse figuur van “special advocates”.<sup>[1]</sup> Ook een stelsel zoals in Nederland waarin enkel de rechter het geheime materiaal in kan zien hoeft, mits omgeven met voldoende waarborgen, geen afbreuk te doen aan de eis van een eerlijk proces.

[2] Maar wat zijn precies de eisen waaraan dergelijke nationale procedurele oplossingen moeten voldoen? Die zet het Hof nu omstandig uiteen.

2. De Grote Kamer is er goed voor gaan zitten. Ze beziet onder meer hoe verschillend de praktijk onder 40 verdragspartijen is (par. 79-87). In IJsland en Liechtenstein lijkt het in het geheel niet mogelijk om vreemdelingen uit te zetten om redenen van nationale veiligheid. In 22 verdragspartijen bestaat net als in Nederland de bevoegdheid voor rechters om kennis te nemen van de geheime informatie en die in de beoordeling te betrekken. In 17

verdragspartijen kunnen advocaten toegang tot de onderliggende informatie krijgen. De figuur van “special advocates” met een veiligheidsmachtiging bestaat enkel in Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk. Slechts in een minderheid van zes verdragspartijen krijgt de vreemdeling in beginsel zelf toegang tot de vertrouwelijke informatie.

3. Hoewel ook art. 13 EVRM was ingeroepen, toetst het Hof de Roemeense feiten enkel aan art. 1 Zevende Protocol EVRM. Dat is voor Nederland jammer, nu ons land het Zevende Protocol niet heeft geratificeerd. Art. 1 Zevende Protocol kent specifieke procedurele waarborgen omtrent de uitzetting van vreemdelingen met rechtmatig verblijf en is daarom de *lex specialis* (dat bepaalde het Hof reeds in het bovengenoemde *Ljatif*-arrest). Uit eerdere rechtspraak valt niettemin af te leiden dat de bescherming die het Hof eist van vreemdelingen die worden uitgezet met gebruikmaking van vertrouwelijke informatie niet wezenlijk anders is onder art. 13 EVRM en art. 8 EVRM.[3] Het zou mij daarom verbazen als het Hof de nu ontwikkelde maatstaf in voorkomende gevallen niet ook onder die andere bepalingen zou hanteren.

4. Het ging om een Pakistaan en een inwoner van de Verenigde Arabische Emiraten die dezelfde achternaam hebben maar ogenschijnlijk niet verwant zijn, die afzonderlijk op een studentervisum en met een beurs Roemenië waren ingereisd in 2009 resp. 2012 en die eind 2012 na rechterlijke tussenkomsst ongewenst werden verklaard voor de duur van 15 jaar. Het oordeel van de rechter was gevraagd door een openbaar aanklager die op zijn beurt vertrouwelijk was geïnformeerd door de Roemeense inlichtingendienst SRI. De Roemeense rechter had inzage gehad in de informatie van SRI maar aan klagers was enkel schriftelijk meegedeeld dat er sterke aanwijzingen waren dat ze zich hadden schuldig gemaakt aan handelingen die een bedreiging vormden voor de nationale veiligheid. De procedure werd bijzonder snel afgewikkeld en de advocaten ontbeerden de status die in Roemenië nodig is om toegang tot de onderliggende stukken te kunnen krijgen.

5. De Grote Kamer formuleert een betrekkelijk ingewikkeld toetsingskader ter vaststelling of de omgang met geheime informatie de vreemdeling voldoende procedurele waarborgen tegen zijn uitzetting biedt. De nieuwe, in kopjes gezette, beginselen zijn grotendeels op eerdere rechtspraak gebaseerd. Indien vaststaat dat procedurele rechten zijn aangetast door beperkte toegang tot informatie en nationale rechters de noodzaak daarvoor onvoldoende hebben onderzocht of vastgesteld, dient volgens de Grote Kamer naar een aantal factoren te worden gekeken die de procedure mogelijk toch van voldoende garanties voorzien: 1) heeft de vreemdeling op basis van de wel verstrekte informatie toch een effectief verweer kunnen voeren; 2) is de vreemdeling geïnformeerd over zijn procedurele rechten en heeft hij daarvan effectief gebruik kunnen maken; 3) hebben zijn advocaten toegang gehad en een effectief verweer kunnen voeren; 4) heeft een nationale rechter de uitzettingsbeslissing effectief (en voldoende vol) getoetst. De factoren toepassend op de feiten concludeert het Hof tot een

schending. De aan de vreemdelingen verschaft informatie was uiterst summier; de advocaten hadden evenmin toegang tot de onderliggende informatie; en uit de door Roemenië overgelegde informatie over het verloop van de procedure bleek niet dat de rechter echt toegang tot alle informatie had gehad en die indringend had getoetst.

6. Gehecht aan het arrest zijn maar liefst vier *concurring opinions* en één *dissenting opinion*. Opgeteld zijn 10 van de 17 rechters het niet (geheel) eens met het nieuwe toetsingskader. Enigszins samengevat komt de kritiek op het volgende neer. Hoewel het eerste lid van art. 1 Zevende Protocol drie onderdelen kent met elk een eigen procedurele waarborg (a. het kunnen aanvoeren van redenen tegen uitzetting, b. een recht op onafhankelijke toetsing en c. een recht op rechtsbijstand), toetst het Hof ze niet afzonderlijk maar gooit ze op een hoop. Door de factoren samen te brengen en tegen elkaar af te wegen geeft het Hof méér ruimte aan staten dan volgt uit de tekst. Eén *concurring opinion* wijst erop dat de afzonderlijke waarborgen absoluut zijn geformuleerd. Een andere kritiek is dat het Hof het tweede lid van art. 1 Zevende Protocol onder het tapijt schuift. Dat lid stelt dat de waarborgen van het eerste lid niet gelden indien de uitzetting noodzakelijk is om redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Volgens enkele dissenters had daarom eerst moeten worden onderzocht of de uitzetting noodzakelijk was uit hoofde van nationale veiligheid. De drie dissenters, tot slot, stellen dat de meerderheid allerlei zaken in het eerste lid leest die er niet staan. De vreemdelingen hadden redenen aangevoerd tegen uitzetting, waren bijgestaan door een advocaat en een rechter had naar hun zaak gekeken.

7. Op onderdelen snijdt de kritiek hout. Absoluut lijkt mij inderdaad de eis van art. 1 Zevende Protocol dat de rechter altijd in staat moet zijn om toegang te hebben tot alle informatie die nodig is om de noodzakelijkheid van uitzetting te kunnen toetsen. Ook had het Hof kunnen volhouden, zoals het dat onder art. 6 EVRM lijkt te doen, dat een rechter altijd moet vaststellen of er een noodzaak is om bepaalde informatie vertrouwelijk te houden.[4] In plaats daarvan stelt het Hof dat een dergelijk gebrek gecompenseerd kan worden (“counterbalancing factors”). Tegelijkertijd acht ik het verstandig dat het Hof bij de bestaande rechtspraak blijft dat verdragspartijen enige ruimte hebben om eigen procedurele oplossingen te kiezen – en geen nationaal procesrecht gaat schrijven. Het fraaist is uiteraard als de vreemdeling zelf alles mag inzien, maar sedert lang[5] is aanvaard dat ook speciaal gescreende advocaten voldoen – of rechters die voldoende kritisch en assertief het onderliggend materiaal bezien. De benadering van het Hof stelt bovendien zeker dat de eisen hieromtrent in lijn blijven met soortgelijke rechtspraak over uitzetting van vreemdelingen en geheime informatie onder art. 8 en 13 EVRM. Dat is juist voor Nederland relevant, omdat bovenstaande uitspraak dan via die andere bepalingen toch voor Nederland rechtskracht kan krijgen.

8. Het Nederlandse stelsel van beperkte kennisgeving (art. 8:29 Awb) dat geldt voor alle

bestuursrechtelijke geschillen waaronder vreemdelingenrechtelijke lijkt aan het in dit arrest hernieuwd vormgegeven toetsingskader te voldoen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft één en andermaal uitgesproken dat art. 8:29 Awb met voldoende waarborgen is omkleed om de essentie van het recht op een eerlijk proces niet aan te tasten.[6]

Maarten den Heijer

Universiteit van Amsterdam

[1] O.m. *A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, *JV* 2009/142 m.nt. van Kempen en Spijkerboer.

[2] O.m. *Ljatifi t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, EHRM 17 mei 2018, nr. 19017/16, «EHRC» 2018/159 m.n.t. Den Heijer.

[3] O.m. *C.G. e.a. t. Bulgarije*, EHRM 24 juli 2008, nr. 1365/07, *JV* 2008/264 m.nt. Boeles.

[4] vgl. *Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 en ook art. 8:29, derde lid, Awb.

[5] *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93.

[6] zie in het bijzonder de overzichtsuitspraak ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.