

ANNOTATIE

B. en C. t. Zwitserland, (EHRM, nrs. 889/19 en 43987/16) – Homoseksuele asielzoekers en niet-statelijke risico's

M. den Heijer

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 17-11-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD000088919 (EHRC-2020-0287)

1. Bovenstaand arrest is om drie redenen de moeite van het lezen waard. Het gaat om een man met Gambiaanse nationaliteit die tweemaal asiel vraagt in Zwitserland. De tweede maal onder opgave van een andere en ditmaal juiste identiteit en een ander asielmotief: zijn homoseksualiteit. Gedurende de verblijfsprocedures krijgt de man een relatie met een 26 jaar oudere Zwitserse man die in 2019 overlijdt. De klacht betreft de afwijzing van de tweede asielaanvraag. De Zwitserse rechter achtte de homoseksualiteit geloofwaardig mede gelet op de relatie, maar zijn verklaringen over onder meer zijn familiesituatie in Gambia tegenstrijdig. Bovendien was volgens de rechter niet aannemelijk geworden dat de Gambiaanse autoriteiten op de hoogte waren van zijn homoseksualiteit. Dit is, als ik het wel heb, de eerste maal dat het EHRM een schending van art. 3 EVRM vaststelt in een LHBTI-uitzettingszaak.

2. Het eerste opmerkelijke en toe te juichen punt is dat het Hof, ondanks het gegeven dat Zwitserland geen lid van de EU is en niet meedoet met het asielrecht van de Unie, de asieljurisprudentie van het HvJ EU inzake seksuele gerichtheid onder het – kennelijk ook voor Zwitserland – “relevante recht” schaart (par. 35). Of men daar in Zwitserland blij mee is durf ik niet te zeggen. Maar uit oogpunt van consistentie van het Europese asielrecht valt te appreciëren dat zelfs in een Zwitserse zaak de aansluiting met ontwikkelde EU-normen wordt gezocht. In par. 59 neemt het EHRM de in het X, Y, Z-arrest geformuleerde regel over dat de strafbaarstelling als zodanig van homoseksuele gedragingen in het land van herkomst onvoldoende is om een risico op vervolging aan te nemen en dat bezien moet worden of de

strafbaarstelling daadwerkelijk wordt toegepast.[1] Overigens maakte het EHRM dit punt zelf al eerder, waardoor volgehouden kan worden dat de uitleg geheel autonoom is.[2]

3. Een volgend instructief punt betreft de toepassing van deze regel. Anders dan de Zwitserse autoriteiten, doet volgens het Hof niet ter zake of de Gambiaanse autoriteiten op de hoogte zijn van de homoseksualiteit van klager. Immers, niet verlangd mag worden dat een homoseksueel zijn seksuele gerichtheid verborgen houdt en daarom moet ervan uitgegaan worden dat de Gambiaanse autoriteiten ervan op de hoogte kunnen geraken. Ook dit is in lijn met het X, Y, Z-arrest.[3] Toch oordeelt het Hof dat er geen reëel risico is op mishandeling door de Gambiaanse autoriteiten, omdat uit de voorliggende rapporten onvoldoende blijkt dat de autoriteiten homoseksuelen actief vervolgen. De beoordeling lijkt zich te verhouden tot de in de Vreemdelingencirculaire neergelegde riedel over “de ondergrens” (“[d]e ondergrens houdt in het feitelijk uiten van de eigen geaardheid en relaties aangaan op een manier die niet wezenlijk anders is dan van heteroseksuelen in het betreffende land van herkomst is geaccepteerd. De IND verwacht in die uiting geen terughoudendheid. De IND beoordeelt vervolgens of de uiting conform de ondergrens tot vervolging zou leiden”, Vc 2000 par C2/3.2.) (Als de asielzoeker stelt ermee te koop te willen gaan lopen (de “bovengrens”), onderzoekt de IND eerst of dat geloofwaardig is.)

4. Het derde en meest wezenlijke punt betreft de erna volgende beoordeling van het risico afkomstig van niet-statelijke actoren. De Zwitserse beslisautoriteit en rechter achtten de stelling van de man dat zijn familie hem had bedreigd en uitgestoten ongeloofwaardig omdat hij daarover tegenstrijdig had verklaard. Het Hof deelt die vaststelling, maar merkt op dat gevaar óók afkomstig kan zijn van andere niet-statelijke actoren dan familieleden. Het Hof verwijst naar landeninformatie waaruit blijkt dat de Gambiaanse president Jammeh reeds jaren een klimaat cultiveert van homofobie en discriminatie. Het Hof stelt niet vast dat die dreigingen de vereiste drempel halen van het reële risico, maar wel dat Zwitserland heeft verzuimd zulks te onderzoeken. Het belang hiervan is tweërlei. Enerzijds maakt het Hof duidelijk dat niet-statelijk geweld ook in de context van LHBTI's het refoulementverbod kan activeren. Het komt erop aan dat autoriteiten in voorkomende gevallen een inschatting maken van dat risico, alsmede onderzoeken of de autoriteiten van het land van herkomst ertegen bescherming bieden. Anderzijds maakt het Hof duidelijk dat beslisautoriteiten alsmede rechters zich niet blind moeten staren op geloofwaardigheid van hetgeen door de asielzoeker wordt aangevoerd. Het gaat in asielbeslissingen uiteindelijk niet om de vraag of een relaas geloofwaardig is maar of er een reëel risico moet worden aangenomen. Dat punt maakte het EHRM al eerder. In *I. t. Zweden* was het Hof het met de Zweedse autoriteiten eens dat het asielrelaas ongeloofwaardig was, maar stelde het toch een reëel risico na uitzetting vast omdat de betreffende man littekens had die bij inreis zouden kunnen worden ontdekt en aanleiding

zouden kunnen vormen voor represailles.[4] Dit alles moet geplaast worden in de zelfstandige onderzoekplicht die verdragspartijen in asielzaken hebben naar met name algemeen bekende omstandigheden in het land van herkomst. Die plicht kan in voorkomende gevallen dus verder reiken dan hetgeen door de asielzoeker wordt aangedragen.

Maarten den Heijer

Universiteit van Amsterdam

[1] *X, Y, Z*, HvJ EU 7 november 2013, gevoegde zaken C-199/12 t/m C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720, «EHRC» 2014/8 m.nt. Den Heijer.

[2] *I.I.N. t. Nederland*, EHRM 9 december 2004 (ontv.), nr. 2035/04, ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD000088919)

[3] Zie ook *I.K. t. Zwitserland*, EHRM 19 december 2017 (ontv.), nr. 21417/17, ECLI:CE:ECHR:2017:1219DEC002141717, par. 24.

[4] *I. t. Zweden*, EHRM 5 september 2013, nr. 61204/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0905JUD006120409, «EHRC» 2013/12 m.nt. Den Heijer.