

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-21

Nummer 21, 2020

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD001965618 27-10-2020

M.A. t. België, EHRM 27 oktober 2020, nr. 19656/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD003924615 27-10-2020

Reist t. Zwitserland, EHRM 27 oktober 2020, nr. 39246/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD001655818 27-10-2020

Kiliçdaroglu t. Turkije, EHRM 27 oktober 2020, nr. 16558/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD000678018 22-10-2020

Roth t. Duitsland, EHRM 22 oktober 2020, nrs. 6780/18 en 30776/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD006310612 22-10-2020

Norik Poghosyan t. Armenië, EHRM 22 oktober 2020, nr. 63106/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD0066753/11 22-10-2020

Melnikov t. Oekraïne, EHRM 22 oktober 2020, nr. 66753/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD000673911 22-10-2020

Bokhonko t. Georgië, EHRM 22 oktober 2020, nr. 6739/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913 20-10-2020

Napotnik t. Roemenië, EHRM 20 oktober 2020, nr. 33139/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD004742909 20-10-2020

Perovy t. Rusland, EHRM 20 oktober 2020, nr. 47429/09

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003694407 20-10-2020

Kaboğlu en Oran t. Turkije (nr. 2), EHRM 20 oktober 2020, nr. 36944/07

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD007863012 20-10-2020

B. t. Zwitserland, EHRM 20 oktober 2020, nr. 78630/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1006DEC001655419 06-10-2020

Democratische Republiek Congo t. België, EHRM 6 oktober 2020 (ontv.besl.), nr. 16554/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0929DEC005820814 29-09-2020

Mariş t. Roemenië, EHRM 29 september 2020 (ontv.besl.), nr. 58208/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0929DEC005938916 29-09-2020

Faller en Steinmetz t. Frankrijk, EHRM 29 september 2020 (ontv.besl.), nrs. 59389/16 en 59392/16

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:872 29-10-2020

Veselibas ministerija, HvJ 29 oktober 2020, zaak C-243/19

Annotatie

Napotnik t. Roemenië (EHRM, nr. 33139/13) – Rechtvaardiging van zwangerschapsdiscriminatie

J.H. Gerards en E. Erken

Annotatie

Facebook Ireland en Schrems (HvJ EU, zaak C-311/18) – Streep door gegevensdoorvoerregime voor de Verenigde Staten

B. van der Sloot

RECHTSPRAAK

B. t. Zwitserland, EHRM 20 oktober 2020, nr. 78630/12

In Zwitserland wordt een voor kinderopvang bedoelde uitkering voor weduwnaren beëindigd als hun kinderen meerderjarig zijn, maar blijft die voor weduwen doorlopen. Reden daarvoor is dat weduwen zich in een moeilijker arbeidsmarktpositie zouden bevinden dan weduwnaren, die gemakkelijker in hun eigen inkomen zouden kunnen voorzien. Het EHRM overweegt dat een dergelijk direct onderscheid naar geslacht alleen door zeer zwaarwegende redenen kan worden gerechtvaardigd. De regeling is gebaseerd op achterhaalde opvattingen over rolpatronen en arbeidsmarktposities en is daarom in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Klager is zijn echtgenote verloren bij een ongeval; hun kinderen waren toen bijna twee en vier jaar oud. Klager ontving een weduwnaarsuitkering om voor zijn kinderen te kunnen zorgen. Toen zijn jongste dochter meerderjarig werd, werd deze uitkering ingetrokken omdat dit vervangende inkomen niet langer nodig zou zijn. Klager heeft hierover geprocedeerd, omdat vrouwen in dezelfde omstandigheden wel een weduwenuitkering bleven ontvangen. De nationale rechter heeft zijn beroep echter afgewezen met de overweging dat weduwnaren met zorgplichten redelijkerwijze kunnen terugkeren naar de werkvloer nadat deze zorgplichten zijn beëindigd, terwijl dit voor weduwen anders is.

Bij het EHRM heeft klager gesteld dat in dit geval sprake is van een ongelijke behandeling in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM. Het EHRM overweegt allereerst dat vanwege het accessoire karakter van art. 14 EVRM moet worden nagegaan of art. 8 EVRM in het onderhavige geval van toepassing is. Het is van oordeel dat dit het geval is, nu de uitkering bedoeld was om zorgplichten jegens minderjarige kinderen te kunnen nakomen en een goed gezinsleven mogelijk te maken, ondanks het feit dat er door het ontbreken van een tweede ouder geen extra inkomen meer was. Daarmee is er een zekere relatie met art. 8 EVRM en is ook art. 14 EVRM van toepassing.

Het Hof stelt verder vast dat er in het onderhavige geval sprake is van een direct onderscheid op grond van geslacht tussen personen die zich in overigens vergelijkbare situaties bevinden. Gelet op de grond van onderscheid moeten daarvoor zeer zwaarwegende redenen ter rechtvaardiging worden aangevoerd. Het Hof constateert daarbij dat de uitkering was gebaseerd op een klassiek kostwinnersprincipe, waarbij ervan werd uitgegaan dat de man financieel zorg zou dragen voor de vrouw. Het overweegt dat dit op zichzelf niet vreemd is, nu de wetgeving die de basis vormde voor de uitkeringen in 1948 was aangenomen, maar het roept ook in herinnering dat het EVRM een 'living instrument' is dat in het licht van hedendaagse omstandigheden moet worden uitgelegd. De presumptie waarop de wet was gebaseerd is volgens het Hof tegenwoordig niet meer houdbaar en kan dus ook geen onderscheid op grond van geslacht rechtvaardigen. Het Hof merkt daarbij ook nog op dat klagers zorgplichten hebben gemaakt dat hij gedurende ruim zestien jaar geen inkomen uit arbeid heeft kunnen verwerven. Hij was 57 jaar oud toen de uitkering werd ingetrokken. Het Hof ziet niet in hoe klager daardoor in een minder moeilijke positie op de arbeidsmarkt zou zijn gekomen dan het geval zou zijn voor een vrouw in dezelfde omstandigheden, of waardoor de beëindiging van de uitkering hem minder zwaar zou raken dan een vrouw. Gelet daarop is sprake van een schending van art. 8 jo. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD007863012

Zaaknummer: 78630/12

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Bokhonko t. Georgië, EHRM 22 oktober 2020, nr. 6739/11

Na aankomst op het vliegveld is klager rectaal gefouilleerd, naar zijn zeggen onder zeer vernederende omstandigheden. Er is een ballonnetje methadon gevonden, maar klager zegt dat het hier gaat om gefabriceerd bewijs. Het Hof stelt vast dat klager op basis van het gevonden bewijs is veroordeeld, maar dat er geen goed onderzoek is gedaan naar de omstandigheden waarin dat is verkregen. Hoewel het niet kan vaststellen dat art. 3 EVRM in inhoudelijk opzicht is geschonden, oordeelt het daarom wel dat zowel sprake is van een schending van art. 3 in procedureel opzicht als van art. 6 lid 1 EVRM.

Toen klager op de luchthaven van Tblisi arriveerde, werd hij door de politie opgewacht en onderzocht op de aanwezigheid van drugs. De lezingen van de feiten lopen uiteen. Volgens de politie is klager onderworpen aan een 'strip search' en is hij rectaal gefouilleerd en werd daarbij een geel ballonnetje gevuld met methadon gevonden. Volgens klager ging de politie echter veel verder dan dat, werd hij tot twee keer toe rectaal gefouilleerd en moest hij tussendoor sit-ups doen; daarbij werd hij uitgelachen en gefilmd door de politie. Ook is klager naar zijn zeggen tijdens de arrestatie mishandeld. Volgens klager is hij bovendien flauwgevallen en is toen het gele ballonnetje 'gevonden', maar was dat in werkelijkheid door de politie tevoorschijn gehaald. In de strafprocedure is volgens klager onvoldoende onderzoek gedaan naar zijn klachten over het verkrijgen van het bewijs; hij is wel op grond daarvan veroordeeld.

Zich beroepend op art. 3 en art. 6 lid 1 EVRM heeft klager met name geklaagd over de manier waarop hij is gearresteerd en rectaal is gefouilleerd, het achterwege blijven van onderzoek hiernaar; de oneerlijkheid van de strafrechtelijke procedure die tegen hem is gevoerd vanwege het gebruik van geplant bewijs ofwel bewijs dat is verkregen als gevolg van mishandeling.

Het Hof moet allereerst vaststellen of voor deze klacht is voldaan aan de zesmaandentermijn. Daarbij maakt het onderscheid tussen de situatie van de eigenlijke arrestatie en 'strip search'

en die van het onderzoek naar het verkregen bewijsmateriaal. Voor de eigenlijke arrestatie had klager volgens het Hof al tijdens de nationale procedure kunnen weten dat de rechters daarover geen vaststellingen zouden doen, zodat het tegen die omissie al een procedure bij het EHRM had kunnen instellen; dat klachtonderdeel verklaart het dan ook niet-ontvankelijk. Voor wat betreft de fouillering en het daardoor verkregen bewijs is dat volgens het Hof anders, nu dat wel uitdrukkelijk onderdeel vormde van de nationale strafzaak.

Het Hof stelt ten aanzien van de inhoud van de klacht vast dat er geen specifiek onderzoek is gedaan naar de beweringen van klager dat voldoet aan de EVRM-eisen. Mogelijk had wel de rechterlijke procedure in de strafzaak nog uitsluitel kunnen bieden over de situatie en had die eventueel kunnen leiden tot vaststelling van verantwoordelijkheid, maar het Hof ziet daarbij alleen dat alle aantijgingen van klager zijn verworpen, zonder dat er serieus onderzoek naar is gedaan. Art. 3 EVRM is in procedureel opzicht dan ook geschonden.

Ten aanzien van de inhoud van art. 3 EVRM moet het Hof vaststellen of 'beyond reasonable doubt' is komen vast te staan dat klagers lezing van de feiten de juiste is. Daarvoor heeft het in de overgelegde stukken echter te weinig basis gevonden. Het Hof merkt hierbij wel op dat dit te maken heeft met het gebrekkige onderzoek dat de rechters zelf naar de toedracht hebben verricht, maar kan uiteindelijk daardoor geen schending van art. 3 EVRM in materiaal opzicht vaststellen.

Tot slot is de vraag of klagers recht op een eerlijk proces is aangetast door het gebruik van het door de anale fouillering verkregen bewijs. Daarbij wijst het Hof erop dat klager niet helemaal duidelijk is in zijn klacht, omdat hij enerzijds stelt dat het bewijs door een schending van art. 3 EVRM is verkregen, en anderzijds dat het bewijs er helemaal niet was, maar door de politie is gefabriceerd. Het Hof stelt niettemin vast dat de onduidelijkheid hierover ook is te wijten aan het gebrekkige onderzoek dat op nationaal niveau is gedaan. Dat laat zien dat de kwaliteit van het bewijs niet voldoende is beoordeeld en dat ook niet is gekeken of de omstandigheden waarin het bewijs is verkregen twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid of precisie ervan. Gelet daarop is de eerlijkheid van de procedure als geheel tegen klager zodanig aangetast dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD000673911

Zaaknummer: 6739/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 35

RECHTSPRAAK

Democratische Republiek Congo t. België, EHRM 6 oktober 2020 (ontv.besl.), nr. 16554/19

De Democratische Republiek Congo heeft in België geprobeerd zich civiel partij te stellen in een strafzaak. Vanwege vermeende tekortkomingen in de nationale procedure heeft Congo vervolgens een klacht ingediend bij het EHRM. Het Hof oordeelt echter dat op grond van art. 34 het klachtrecht niet toekomt aan met de staat verbonden rechtspersonen. In dit geval is duidelijk dat de klacht is ingediend door de staat zelf, zodat deze klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

In 2005 heeft de Democratische Republiek Congo in België geprobeerd zich, als minderhoudsaandeelhouder in een mijnbedrijf dat in 1990 failliet ging, civiele partij te stellen in een strafzaak waarbij een aantal individuen en ondernemingen werden vervolgd in verband met het gebruiken van vervalsingen. In 2006 verklaarde de Belgische rechter zich onbevoegd om over de civiele claim van Congo te oordelen en verklaarde het bovendien dat een aantal klachten verjaard was. In 2017 stemde het Hof van Beroep van Brussel hiermee in, een oordeel dat in cassatie in stand bleef.

Voor het EHRM heeft Congo beroep gedaan op een aantal procedurele rechten onder art. 6 en 13 EVRM. Het EHRM overweegt dat het eerst moet beoordelen of Congo in dit geval als een gouvernementele of een non-gouvernementele organisatie moet worden aangemerkt, omdat alleen de laatste als rechtspersoon het recht hebben om op grond van art. 34 EVRM een klacht in te dienen. Daarbij acht het relevant wat de juridische status is van een rechtspersoon, welke activiteiten deze uitoefent en in welke context dat gebeurt, en of deze activiteiten onafhankelijk van de overheid worden uitgeoefend. Het heeft eerder al geoordeeld dat decentrale overheidsorganen in ieder geval niet als rechtspersonen een beroep kunnen doen op art. 34 EVRM, omdat zij in essentie deel uitmaken van de overheid. Dat is ook in het

onderhavige geval aan de orde. Dit wordt niet anders door het feit dat het Hof in een eerdere uitspraak over de Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran heeft geoordeeld dat deze staatsonderneming wel klachtrecht had. Kenmerkend in dat geval was volgens het Hof namelijk dat deze onderneming als een commerciële onderneming opereerde en ook niet was gebleken dat in feite de Iraanse staat de klacht indiende. In het onderhavige geval is daarentegen duidelijk dat de klacht niet door een commercieel opererende rechtspersoon is ingediend en die daarmee feitelijk onafhankelijk is van de staat, maar door de staat Congo zelf. Gelet daarop moet de klacht niet-ontvankelijk worden verklaard *ratione personae*.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1006DEC001655419

Zaaknummer: 16554/19

Wetsartikelen: EVRM art. 34

RECHTSPRAAK

**Faller en Steinmetz t. Frankrijk, EHRM 29 september 2020
(ontv.besl.), nrs. 59389/16 en 59392/16**

Aan twee artsen is in een tuchtprocedure een tijdelijk verbod opgelegd om patiënten te behandelen in verband met professioneel wangedrag. Daarnaast zijn zij strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld vanwege onder meer socialezekerheidsfraude en het onbevoegd uitoefenen van medische handelingen. Volgens het EHRM is in dit geval geen sprake van dubbele strafvervolgning vanwege hetzelfde feit (art. 4 P7 EVRM), nu in het geval van de tuchtprocedure geen sprake was van een ‘criminal charge’. De zaak is dan ook niet-ontvankelijk.

Klagers zijn vrijgevestigde revalidatieartsen met een osteopatische achtergrond. In 2009 is hen na een tuchtprocedure voor de medische tuchtraad voor een aantal maanden een verbod opgelegd om patiënten te behandelen wegens professioneel wangedrag; zij hadden ten onrechte bepaalde bedragen in rekening gebracht bij de zorgverzekeringsinstantie. Vervolgens bleek ook dat zij door niet-gekwalificeerd personeel röntgenonderzoek hadden laten uitvoeren. In verband met deze feiten werd ook een strafprocedure tegen klagers gestart, waarbij zij uiteindelijk wegens fraude en het onbevoegd uitvoeren van medische handelingen tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en een boete werden veroordeeld; ook werd hen voor de duur van een jaar verboden om hun beroep uit te oefenen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat in dit geval sprake is geweest van dubbele vervolging voor hetzelfde feit, in strijd met art. 4 P7 EVRM. Het EHRM onderzoekt allereerst aan de hand van de *Engel*-criteria of er in beide zaken sprake is geweest van een ‘criminal charge’. Het overweegt dat de tweede procedure tegen verzoekers zonder twijfel strafrechtelijk van aard was. Met betrekking tot de eerste procedure overweegt het Hof dat deze werd gevoerd op basis de socialezekerheidswetgeving en dat de procedure naar nationaal recht dus geen strafrechtelijk karakter had. Ook was de aard van de normschending waarom het hier ging (professioneel wangedrag) niet typisch strafrechtelijk. Tot slot waren de sancties die op grond van de nationale wetgeving konden worden opgelegd typisch tuchtrechtelijk van aard

(bijv. een waarschuwing en de verplichting tot terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen) en niet strafrechtelijk. Er was geen mogelijkheid om op grond van deze wetgeving een meer strafrechtelijke sanctie op te leggen, zoals een vrijheidsstraf of een boete. Gelet daarop kan volgens het Hof in dit geval niet worden gesproken van een strafvervolging, zodat er ook geen sprake was van *bis in idem* in strijd met art. 4 P7 EVRM. De klacht is daarom niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-09-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0929DEC005938916

Zaaknummer: 59389/16 en 59392/16

Wetsartikelen: EVRM Zevende Protocol art. 4

RECHTSPRAAK

Kaboğlu en Oran t. Turkije (nr. 2), EHRM 20 oktober 2020, nr. 36944/07

Twee hoogleraren hebben in 2004 een kritisch rapport uitgebracht over minderheidsrechten. Tijdens een parlementair debat over het rapport sprak een parlementariër heel negatief over de persoon van de hoogleraren. Een smaadprocedure die zij daarop startten was niet succesvol. Wel werden de hoogleraren op hun beurt vervolgd omdat het rapport denigrerend zou zijn voor de staat, al werden zij niet veroordeeld. Volgens het EHRM is de reputatie van de hoogleraren niet zodanig aangetast door de beledigingen van de parlementariër dat art. 8 EVRM is geschonden. Wel leverde de strafvervolgung een schending op van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).

Klagers zijn twee hoogleraren die deel uitmaken van de Turkse Adviesraad voor Mensenrechten, die de regering adviseert over mensenrechtenkwesties. In 2004 heeft de adviesraad een rapport uitgebracht over minderheidsrechten en culturele rechten, waarin een aantal problemen wordt geïdentificeerd met betrekking tot de positie van minderheden in Turkije. Daarop is de nodige kritiek geleverd in de media en in de politiek, en ontvingen klagers onder meer doodsb bedreigingen van ultranationalistische groepen. Tijdens een parlementair debat over het rapport werden klagers door parlementariër S.S. uitgemaakt voor onder meer verraders en ‘mensen die vergiftigd spuug kwijlen’. Daarop hebben klagers een smaadzaak ingesteld tegen S.S., maar die heeft geen resultaat gehad. Intussen werd tegen klagers een strafprocedure gestart omdat ze met hun rapport zouden oproepen tot onder meer haat en geweld en het denigreren van rechterlijke organen. Van de eerste aanklacht werden klagers uiteindelijk vrijgesproken; de tweede aanklacht is van de rol geschrapt.

Het EHRM overweegt allereerst dat deze klacht weliswaar zijn oorsprong vindt in dezelfde omstandigheden als aanleiding hebben gegeven tot een eerste zaak *Kaboglu en Oran t. Turkije*[1], maar dat de klachten op andere onderwerpen betrekking hebben, zodat ze

zelfstandig kunnen worden onderzocht.

Vervolgens onderzoekt het de klacht dat de reputatie van klagers is geschonden door de stellingen van S.S. en dat de rechter daartegen onvoldoende bescherming heeft geboden. Het stelt vast dat de uitlatingen van S.S. zeer virulent waren en dat ze daarmee ernstig genoeg waren om een reputatieaantasting in de zin van art. 8 EVRM op te leveren. Ook overweegt het Hof dat klagers geen publieke personen waren, al moeten zij wel meer kunnen verdragen vanwege hun specifieke functie als auteurs van het rapport. De uitingen van S.S. zijn te kwalificeren als waardeoordelen, en er was geen sprake van pure scheldwoorden met geen ander doel dan te beledigen of te kwetsen. Het ging wel degelijk om een publiek debat, en de wijze waarop daarbij stelling wordt genomen is vormvrij; daarbij moeten ook harde, beledigende en kwetsende uitingen kunnen worden verdragen. Op deze punten zijn de nationale rechters volgens het Hof ook voldoende ingegaan, zodat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Klagers hebben verder gesteld dat de vervolging vanwege hun rapport hun vrijheid van meningsuiting heeft aangetast. Het Hof roept in herinnering dat het ook in eerdere zaken heeft geoordeeld dat het enkele instellen van een strafvervolging wegens het uiten van een mening een ‘chilling effect’ kan hebben. Dit is ook in deze zaak het geval, nu klagers hierdoor – ondanks hun functie als adviesraadsleden en hoogleraren – geneigd zouden kunnen zijn tot zelfcensuur. Het Hof overweegt bovendien dat het hier ging om een kritisch getoonzet rapport over een onderwerp van algemeen belang. De vervolging was ingegeven door de stelling dat er sprake was van ondermijning van het gezag van de staat en dat het aanleiding kon geven tot verontwaardiging en vijandige reacties in de publieke opinie. Het Hof ziet echter niet dat er een serieuze analyse heeft plaatsgevonden van het rapport met het oog op het vaststellen van direct aanzetten tot haat of geweld, of gratuite belediging van bepaalde groepen. Daarmee was er geen zwaarwegend maatschappelijk belang dat werd gediend met de vervolging en is art. 10 EVRM geschonden.

[1] *Kaboğlu en Oran t. Turkije*, EHRM 30 oktober 2018, nrs. 1759/08, 50766/10 en 50782/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD000175908, «EHRC» 2019/45 m.nt. Lievens en Vermeulen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003694407

Zaaknummer: 36944/07

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Kiliçdaroğlu t. Turkije, EHRM 27 oktober 2020, nr. 16558/18

Een belangrijke oppositieleider in Turkije heeft tijdens een parlementair debat twee virulente speeches afgestoken waarin hij minister-president Erdogan zwaar en in felle bewoordingen bekritiseerde. Erdogan verzocht in een civiele procedure om schadevergoeding wegens reputatieschade en werd in het gelijk gesteld. Volgens het Hof hebben de nationale rechters daarbij onder meer onvoldoende rekening gehouden met de politieke context van de speeches en met het feit dat dit soort speeches fel en provocatief mag zijn. De vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) is dan ook geschonden.

Klager is de leider van de belangrijkste oppositiepartij in Turkije. In 2012 heeft hij als parlamentslid een tweetal speeches gehouden in het parlement waarin hij de minister-president, Recep Tayyip Erdogan, sterk en in virulente bewoordingen bekritiseerde. De laatste heeft daarop een civiele smaadprocedure ingesteld vanwege de beweerdelijk geleden reputatieschade en hij heeft daarbij een schadevergoeding toegekend gekregen.

Voor het EHRM stelt klager nu dat deze schadevergoedingsplicht in strijd is met art. 10 EVRM. Het Hof overweegt dat hierdoor evident inbreuk op de vrijheid van meningsuiting is gemaakt. Daarnaast wijst hij op de puur politieke context van de uitingen, die werden gedaan door een belangrijke oppositieleider in speeches in het parlement. Bovendien gingen de speeches zelf over onderwerpen van duidelijk algemeen belang, zoals een bombardement door de Turkse luchtmacht en de bouw van een hydro-elektrisch krachtstation. De persoon die werd geraakt door de uitingen was op zijn beurt de minister-president en daarmee een belangrijk politicus. In een dergelijke politieke context is de vrijheid van meningsuiting extra van belang en een politicus moet daarin bovendien meer kunnen verdragen. Ten aanzien van de uitingen zelf erkent het Hof dat deze fel, antagonistisch en vrij beledigend van aard waren, maar dat het wel steeds ging om duidelijke waardeoordelen die bovendien in de context van de gehele speech moesten worden beschouwd. Daar komt bij dat de keuze voor de vorm van uitingen vrij is, en

dat ook provocatieve en felle uitingen in een open debat toelaatbaar moeten zijn. De uitingen betroffen ook niet het privéleven van de minister-president, maar alleen zijn beleid en zijn politieke persoon. In hun beoordeling van de kwestie hebben de nationale rechters onvoldoende rekening gehouden met de context en het karakter van de uitspraken als waardeoordelen. Bovendien waren de opgelegde schadevergoedingen significant. Het Hof oordeelt dan ook dat art. 10 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD001655818

Zaaknummer: 16558/18

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

**Mariș t. Roemenië, EHRM 29 september 2020 (ontv.besl.),
nr. 58208/14**

Van een gevangene is in de gevangenisregisters de geloofsovertuiging verkeerd geregistreerd, maar dit kan alleen worden gewijzigd als een verklaring van een vertegenwoordiger van een religieuze gemeenschap kan worden overgelegd waaruit blijkt dat de gevangene inderdaad tot de betreffende denominatie behoort. Het EHRM overweegt dat in dit geval geen effect is vastgesteld van de verkeerde registratie voor de daadwerkelijke uitoefening van de godsdienstvrijheid door klager en het acht de klacht vrij theoretisch en abstract. Nu er geen duidelijke inbreuk is gemaakt op art. 9 EVRM verklaart het de klacht kennelijk ongegrond.

Klager zit sinds 2002 gevangen in verschillende Roemeense gevangenissen. Hij heeft in 2013 ontdekt dat zijn geloof verkeerd geregistreerd staat in de gevangenisregisters, namelijk als Orthodox-Christelijk in plaats van joods. Klager heeft verzocht om dit te laten rectificeren, maar dit kon volgens de gevangenisautoriteiten alleen als hij een met zijn stellingen overeenkomende verklaring zou overleggen die was afgegeven door een vertegenwoordiger van de denominatie of geloofsgroepering waartoe klager zou behoren. Klager had hiertegen bezwaar, maar dat hield ook in procedures voor de nationale rechter geen stand.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de onjuiste registratie van zijn geloof en de voor wijziging daarvan gestelde eisen in strijd zijn met art. 9 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het daarbij moet nagaan of de kwestie binnen het toepassingsbereik van art. 9 EVRM komt. Daarbij merkt het op dat klagers klacht een nogal theoretisch en abstract karakter heeft, in die zin dat er geen concrete gevolgen uit de verkeerde registratie zijn voortgevloeid. Zo heeft klager geen aanspraak gemaakt op bijzondere faciliteiten of voeding die samenhangen met zijn geloofsovertuiging. Ook gaat het hier niet om een openbaar register. Evenmin heeft klager gewezen op andere nadelen die hem ten deel zijn gevallen en die de uitoefening van zijn

godsdienstvrijheid zouden kunnen raken. Het Hof is dan ook van oordeel dat in dit geval geen enkele sprake is van een inbreuk op art. 9 EVRM, en het verklaart de zaak om die reden kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-09-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0929DECo05820814

Zaaknummer: 58208/14

Wetsartikelen: EVRM art. 9 en EVRM art. 35 lid 3

RECHTSPRAAK

Melnikov t. Oekraïne, EHRM 22 oktober 2020, nr. 66753/11

In twee afzonderlijke procedures is klager veroordeeld tot resp. vijftien jaar en een levenslange gevangenisstraf. Tijdens de procedures heeft hij in voorarrest gezeten, maar bij de procedure die leidde tot de tijdelijke gevangenisstraf heeft de nationale rechter het voorarrest niet expliciet laten meetellen bij de bepaling van de strafmaat. Klager ziet daarin een schending van art. 7 EVRM, maar het EHRM ziet in de zaak geen enkele indicatie van een aantasting van die bepaling. Het verklaart deze klacht dan ook kennelijk ongegrond. Wel stelt het vanwege de lange duur van de procedure een schending vast van art. 6 EVRM.

Klager is in verschillende afzonderlijke zaken strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf, namelijk in één zaak tot vijftien jaar gevangenisstraf, en in een andere zaak tot een levenslange gevangenisstraf. Tijdens de duur van beide procedures heeft hij lange tijd in voorarrest gezeten, maar in verband met de procedure die leidde tot de tijdelijke gevangenisstraf heeft de nationale rechter het voorarrest niet expliciet laten meetellen bij de bepaling van de strafmaat.

Bij het EHRM heeft klager allereerst geklaagd over de omstandigheden waarin hij gedetineerd was. Het Hof overweegt dat weliswaar in veel zaken tegen Oekraïne op dat punt een schending van art. 3 EVRM is vastgesteld, maar dat klager zijn klacht op geen enkele manier heeft onderbouwd. Deze klacht verklaart het Hof dan ook kennelijk ongegrond.

Het Hof stelt een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast vanwege de lange duur van de procedure, namelijk elf jaar en bijna tien maanden.

Verder heeft klager gesteld dat de weigering om rekening te houden met de periode van voorarrest in de strafmaat in strijd is met art. 7 EVRM. Het Hof begrijpt de klacht zo dat klager had gewild dat zijn voorarrest meegerekend was bij het bepalen van de gevangenisstraf van

vijftien jaar, en niet in de zaak waarin levenslang is opgelegd. In de kern gaat het hier dan ook om het toepassen van regels met betrekking tot het bepalen van de strafmaat. Het Hof ziet in de zaak geen enkele blijk van een aantasting van art. 7 EVRM. De stelling van klager dat hierdoor zijn kansen om gratie verleend te krijgen zouden zijn verkleind, acht het niet relevant en ook niet voldoende onderbouwd. Het Hof verklaart deze klacht dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUDoo66753/11

Zaaknummer: 66753/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 7

RECHTSPRAAK

Norik Poghosyan t. Armenië, EHRM 22 oktober 2020, nr. 63106/12

In eerste aanleg is klager veroordeeld tot een gevangenisstraf, die hij heeft uitgezeten. In hoger beroep is de veroordeling vernietigd in verband met schending van de rechten van de verdediging. Naar Armeens recht maakt dit de eerder uitgezeten gevangenisstraf onrechtmatig en ontstaat er een recht op schadevergoeding, maar alleen voor materiële schade. Hoewel naar vaste EHRM-rechtspraak in zo'n geval geen sprake is van onrechtmatige detentie, sluit het EHRM aan bij het Armeense recht en neemt het aan dat er een schadevergoedingsplicht is ontstaan. Dat immateriële schade niet kon worden vergoed verklaart het strijdig met art. 5 lid 5 EVRM.

Klager werd in 2009 veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie jaar vanwege drugsgerelateerde misdrijven; in 2010 werd hij vrijgelaten. Vervolgens werd in hoger beroep de veroordeling vernietigd omdat bewijs in strijd met de rechten van de verdediging was verkregen. Daarop heeft klager een civiele schadeclaim ingediend om compensatie te krijgen voor de materiële en immateriële schade die hij zou hebben geleden als gevolg van de detentie. Een vergoeding van immateriële schade is daarbij niet toegekend omdat daarvoor geen wettelijke grondslag zou bestaan.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat art. 5 lid 5 EVRM is geschonden. Het Hof herhaalt zijn vaste rechtspraak op grond waarvan er geen sprake is van een periode van onrechtmatige detentie wanneer iemand op grond van een rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar dit rechterlijk oordeel vervolgens op procedurele gronden is vernietigd. Dit is alleen anders als iemands veroordeling in eerste instantie volgde op kennelijk oneerlijke procedures waarin sprake is van een 'flagrant denial of justice'. Naar Armeens recht is dit anders, en ontstaat er bij vernietiging van een lagere uitspraak niet alleen recht op schadevergoeding, maar wordt ook aangenomen dat – achteraf bezien – de detentie

onrechtmatig was. Het Hof overweegt daarom dat in de bijzondere omstandigheden van dit geval, naar nationaal recht bezien, sprake was van een schending van art. 5 lid 1 EVRM, en dat daarmee ook art. 5 lid 5 EVRM op klagers zaak van toepassing is. Ten aanzien van de inhoud van de klacht over de schadevergoeding overweegt het dat volgens zijn vaste rechtspraak niet alleen de geleden financiële schade moet worden vergoed, maar dat ook compensatie moet worden gegeven voor de stress, angst en frustratie die iemand heeft ondervonden als gevolg van een onrechtmatige detentie. Dit is niet anders in het onderhavige geval, zodat art. 5 lid 5 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD006310612

Zaaknummer: 63106/12

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, lid 3, lid 5

RECHTSPRAAK

Perovy t. Rusland, EHRM 20 oktober 2020, nr. 47429/09

Een niet Russisch-Orthodox kind heeft op de eerste schooldag op de basisschool deelgenomen aan een ritueel waarbij het klaslokaal werd ingezegend. Volgens zijn ouders is dat in strijd met hun recht op respect voor hun religieuze overtuigingen (art. 2 lid 1 EP EVRM). Het Hof oordeelt dat het hier echter ging om een geïsoleerd incident dat geen grote impact op het kind heeft gehad, en waarvoor de docent bovendien formeel is berispt. Om vergelijkbare redenen acht het Hof ook de godsdienstvrijheid van het kind zelf (art. 9 EVRM) niet geschonden.

Eerste en tweede klagers zijn de ouders van derde klager. De vader is priester in de Kerk van de Gemeenschap van Christus. Toen derde klager zeven jaar oud was ging hij voor het eerst naar de basisschool. De school was ervan op de hoogte dat het kind niet tot de Russisch Orthodoxe Kerk behoorde. Toch werd op de eerste schooldag, zonder dat de ouders zich daarvan bewust waren, een Russisch-Orthodox ritueel uitgevoerd, waarbij een priester een zegen uitsprak over het klaslokaal. Het kind nam maar deels aan dat ritueel deel en hij werd nergens toe gedwongen, maar volgens zijn ouders was hij er wel erg door ontdaan geraakt en werd hij bovendien gepest door zijn klasgenootjes omdat hij niet had meegedaan. Na een klacht van de ouders werd er wel een onderzoek uitgevoerd en werd er een tuchtprocedure ingesteld tegen de lerares van de klas; zij werd officieel berispt vanwege het schenden van de vrijheid van godsdienst van een leerling. Klagers hebben daarnaast een civiele schadevergoedingsactie ingesteld in verband met de gang van zaken, maar daarbij zijn zij niet in het gelijk gesteld.

Het EHRM besluit om de zaak van de ouders te beoordelen vanuit het perspectief van de vrijheid van onderwijs in de zin van art. 2, tweede zin, EP EVRM, en de zaak van het kind vanuit het perspectief van de godsdienstvrijheid onder art. 9 EVRM.

Ten aanzien van art. 2 EP EVRM verwerpt het Hof het verweer van de Russische regering dat

er in dit geval geen sprake zou zijn van daadwerkelijke onderwijsactiviteiten. De verplichting om de religieuze en filosofische overtuigingen van ouders te respecteren geldt niet alleen voor het daadwerkelijk aanbieden van onderwijs, maar geldt in de uitoefening van alle ‘functies’ die scholen uitoefenen en die verband kunnen houden met onderwijs en doceren. In het onderhavige geval was het uitgevoerde ritueel duidelijk religieus van aard en vond het meteen voorafgaand aan de eerste lessen en in het klaslokaal plaats. Weliswaar was het een eenmalige gebeurtenis en vormde die geen onderdeel van het reguliere curriculum, maar het gaat hier toch om een activiteit waarop art. 2 EP EVRM van toepassing is.

Ten aanzien van kwesties als deze komt de staten volgens het Hof wel een ruime beoordelingsmarge toe; het Hof moet de gemaakte nationale keuzes in beginsel respecteren, tenzij er sprake is van een vorm van indoctrinatie. Daarvan was in dit geval geen sprake. Het ging om een geïsoleerd incident dat beperkt was in tijd en omvang, en er is geen bewijs geleverd dat derde klager daadwerkelijk aan dwang is onderworpen. Weliswaar hebben de ouders gesteld dat het kind er ontdaan door was, maar er is geen bewijs van psychische effecten geleverd. Ook acht het Hof relevant dat de autoriteiten snel en adequaat hebben gereageerd na de klacht over het gebeurde, waarbij een disciplinaire sanctie is opgelegd en waarbij de nationale civiele rechters de zaak zorgvuldig hebben bekeken en beoordeeld. Geen schending art. 2 EP EVRM (4 stemmen tegen 3).

Ten aanzien van de klacht van derde klager over schending van zijn godsdienstvrijheid overweegt het Hof dat deelname aan het ritueel niet verplicht was. Daarnaast heeft klager niet meer hoeven doen dan erbij te zijn; hij werd bijvoorbeeld niet gedwongen om een crucifix te kussen of om een icoontje mee naar huis te nemen. Ook was de priester op de hoogte van het feit dat een van de leerlingen een andere religie had (zonder dat bekend was welke leerling). Opnieuw merkt het Hof bovendien op dat er na het incident snel en adequaat is gezocht naar een passende reactie. Geen schending art. 9 EVRM (4 stemmen tegen 3).

Aan de uitspraak is een *dissenting opinion* gehecht waarin drie rechters overwegen dat de ouders eerder hadden moeten worden geïnformeerd over het voorgenomen ritueel; door dat niet te doen, is volgens hen de verplichting tot religieuze neutraliteit geschonden. Volgens hen was het daarnaast niet in lijn met de rechtspraak van het EHRM dat het Hof ook nog de klacht van het kind zelf onder art. 9 EVRM behandelde, maar nu het dat toch deed, had het ook daar een schending moeten vinden, nu er toch vergaand inbreuk was gemaakt op de religieuze vrijheid. De vijf leden van de meerderheid hebben vervolgens ook een *concurring opinion* aan de uitspraak gehecht waarin zij nogmaals benadrukken dat het in dit geval ging om een zodanig klein incident dat dergelijke grote principes als door de dissenters gesteld, eigenlijk niet zo relevant zijn.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD004742909

Zaaknummer: 47429/09

Wetsartikelen: EVRM art. 9 en EVRM Eertse Protocol art. 2

RECHTSPRAAK

Reist t. Zwitserland, EHRM 27 oktober 2020, nr. 39246/15

Aan een minderjarige delinquent is een voorwaardelijke gevangenisstraf met proeftijd opgelegd. Daarbij bestond de mogelijkheid dat hem later een zwaardere maatregel werd opgelegd als hij zich niet aan de voorwaarden zou houden. Nu hij drugs bleef gebruiken, werd besloten hem een tijd in een open inrichting te plaatsen. Het EHRM is van oordeel dat deze plaatsingsmaatregel voldoende samenhang had met de initieel opgelegde straf en dat deze bovendien was voorzien in de Zwitserse wetgeving. Geen schending van art. 5 lid 1 (a) EVRM.

Klager kreeg in 2014, toen hij nog minderjarig was, een voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd van vijf dagen, met een jaar proeftijd. Daarbij werd hem onder meer als 'beschermende maatregel' de verplichting opgelegd om geen drugs te gebruiken en geen nieuwe misdrijven meer te plegen. Nu klager niet aan deze verplichting voldeed, besloot de openbaar aanklager om de initiële maatregel te vervangen door plaatsing van klager in een open instelling, waarin hij drie maanden in verzekerde bewaring zou worden gesteld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze omzetting van de straf in strijd is met art. 5 lid 1 EVRM. Het EHRM overweegt dat het naar Zwitsers recht mogelijk is om een maatregel als de onderhavige op te leggen en die dan op een later moment te vervangen door een maatregel die 'persoonlijke assistentie' mogelijk maakt. Om te kunnen voldoen aan de eisen van art. 5 lid 1 EVRM is het noodzakelijk dat er een voldoende causaal verband bestaat tussen de aanvankelijk opgelegde maatregel en de latere. Juist nu de plaatsing in de instelling voldeed aan de eis van persoonlijke assistentie en daarmee in overeenstemming was met de nationale wetgeving, is het Hof van oordeel dat het aanvaardbaar was dat deze maatregel als een crisisbeheersingsoplossing werd opgelegd. Er was dan ook geen strijd met art. 5 lid 1 (a) EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD003924615

Zaaknummer: 39246/15

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (a)

RECHTSPRAAK

Roth t. Duitsland, EHRM 22 oktober 2020, nrs. 6780/18 en 30776/18

Een Duitse gevangene is in totaal elf keer onderworpen aan een ‘strip search’, als onderdeel van een vast beleid waarbij dit willekeurig gebeurde voordat gevangenen bezoek mochten ontvangen. In 2016 heeft het Bundesverfassungsgericht vastgesteld dat dit beleid ongrondwettig was. Klager wilde een civiele schadevergoedingsprocedure starten, maar kreeg geen rechtsbijstand omdat de enkele vaststelling van onrechtmatigheid al voldoende genoegdoening zou opleveren. Het EHRM is van oordeel dat daardoor het recht op een effectief rechtsmiddel van art. 13 EVRM is geschonden.

Klager zit gevangen in de Straubinggevangenis in Duitsland. Daar is hij onderworpen aan een vast beleid om gevangenen voorafgaand aan het ontvangen van bezoek *random* te onderwerpen aan een doorzoeking, waarbij zij zich helemaal moesten uitkleden en ook een anale inspectie werd verricht. In 2016 oordeelde het Bundesverfassungsgericht dat deze praktijk ongrondwettig was. Naar aanleiding daarvan heeft klager ook enkele klachten ingediend tegen de doorzoekingen, waarbij hij ten aanzien van een aantal daarvan in het gelijk is gesteld. Volgens de nationale rechters was die enkele vaststelling van onrechtmatigheid voldoende als genoegdoening en was nadere financiële schadevergoeding niet nodig. Gelet daarop kreeg klager geen rechtsbijstand om een civiele procedure tot schadevergoeding in te stellen.

Bij het Hof heeft klager allereerst gesteld dat de herhaalde *strip searches* in strijd waren met art. 3 EVRM. Het Hof stelt voorop dat sprake moet zijn van een ‘minimum level of severity’ om art. 3 EVRM in een concreet geval van toepassing te laten zijn. *Strip searches* kunnen noodzakelijk zijn in een gevangenis om de orde te bewaren en criminaliteit te voorkomen, maar ze moeten wel op een fatsoenlijke manier en in overeenstemming met menselijke waardigheid worden uitgevoerd. Zou dat niet zo zijn, dan wordt immers de wezenlijke kern van het EVRM geraakt. Het Hof overweegt *in concreto* dat klager aan elf *strip searches* is

onderworpen die een ingrijpend karakter hadden, en die werden uitgevoerd zonder dat sprake was van enige concrete verdenking van misbruik van de bezoekrechten of van een specifiek veiligheidsrisico. De onderzoeken konden verder een gevoel hebben opgeroepen van willekeur, inferioriteit en angst, net als gevoelens van vernedering. Daarmee werd klagers menselijke waardigheid geraakt en was sprake van vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM, zoals de regering overigens ook heeft toegegeven. De vraag is wel of klager nog steeds als slachtoffer kan worden aangemerkt van deze schending, juist nu erkend is dat de *strip searches* onrechtmatig waren en een inbreuk vormden van klagers persoonlijkheidsrechten. Het Hof overweegt echter ook dat een schadevergoeding onnodig werd gevonden vanwege de relatief minder ernstige aard van de onderzoeken. Die conclusie van de nationale autoriteiten deelt het niet, hetgeen maakt dat het van oordeel is dat klager zich nog steeds slachtoffer van een schending van art. 3 EVRM kan noemen.

Het Hof gaat vervolgens in op klagers stelling dat hij onvoldoende toegang heeft gehad tot een effectief rechtsmiddel om compensatie te kunnen krijgen voor deze schending van art. 3 EVRM. Het herhaalt hierbij dat werd aangenomen op nationaal niveau dat een procedure tot schadevergoeding geen kans van slagen zou hebben, terwijl het zelf tot een andere conclusie is gekomen. Doordat klager geen mogelijkheid heeft gekregen om de kwestie op nationaal niveau voor een civiele rechter te brengen, is volgens het Hof art. 13 EVRM dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1022JUD000678018

Zaaknummer: 6780/18 en 30776/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Veselibas ministerija, HvJ 29 oktober 2020, zaak C-243/19

Een jongen moest in Letland een openhartoperatie ondergaan, maar daarbij zou hij een bloedtransfusie moeten krijgen. Omdat zijn vader daartegen bezwaar had vanuit zijn overtuiging als Jehova's Getuige, vroeg deze toestemming om de operatie in Polen te laten uitvoeren. Die toestemming werd echter geweigerd. Het HvJ oordeelt dat deze weigering een indirect onderscheid naar godsdienst kan opleveren (art. 21 Hv), maar dat kan onder verordening 883/2004 gerechtvaardigd zijn vanwege de stabiliteit van het zorg(verzekerings)stelsel. Onder richtlijn 2011/24/EU kan dat anders zijn, maar het is aan de nationale rechter om dat na te gaan.

De zoon van verzoeker in het hoofdgeding, een minderjarig kind met een aangeboren hartafwijking, moest een openhartoperatie ondergaan. Verzoeker in het hoofdgeding, die is aangesloten bij het Letse gezondheidszorgstelsel, heeft zich ertegen verzet dat tijdens die operatie een bloedtransfusie zou worden verricht, omdat hij een Jehova's Getuige is. Aangezien deze operatie in Letland niet mogelijk was zonder bloedtransfusie, heeft de verzoeker in het hoofdgeding een formulier gevraagd waardoor zijn zoon de operatie in Polen zou kunnen ondergaan. De gezondheidsdienst heeft geweigerd om dit formulier af te geven. De verwijzende rechter vraagt zich af of de gezondheidsdienst bij het beoordelen van het verzoek rekening hadden moeten houden met de geloofsovertuiging van de verzoeker.

Het HvJ beantwoordt de gestelde vragen in het licht van art. 20 van verordening nr. 883/2004, over het kunnen ondergaan van een ziekenhuisbehandeling in een andere lidstaat.

Overeenkomstig deze bepaling moet toestemming voor het ondergaan van een dergelijke behandeling worden gevraagd, maar het Hof heeft al eerder geoordeeld dat die toestemming niet mag worden geweigerd wanneer in de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokkene woont, niet tijdig een identieke of even doeltreffende behandeling kan worden verkregen. Om dat te kunnen beoordelen moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, maar die omstandigheden moeten wel betrekking hebben op de gezondheidstoestand

van de patiënt en niet met zijn persoonlijke keuzes op het terrein van medische zorg. Uit het overgelegde dossier blijkt dat er geen enkele medische reden was waarom de zoon van verzoeker in het hoofdgeding niet de in Letland beschikbare behandeling kon ondergaan.

Bij het weigeren van toestemming in een geval als onderhavige moet de lidstaat echter ook de in het Handvest neergelegde rechten eerbiedigen, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod (art. 20 en 21 Hv). Het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging heeft bovendien, als algemeen beginsel van Unierecht, een dwingend karakter en heeft zelfs directe horizontale werking. Dit betekent dat in het onderhavige geval moet worden onderzocht of er sprake is van een ongelijke behandeling op grond van godsdienst en, zo ja, of daarvoor een voldoende objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Volgens het Hof gaat het in het onderhavige geval in ieder geval niet om een direct onderscheid naar godsdienst, maar is wel sprake van indirect onderscheid op deze grond. Doel hiervan is onder meer de bescherming van de volksgezondheid, het in stand kunnen houden van een goed aanbod van kwalitatief hoogwaardige ziekenhuiszorg en het bewaken van het evenwicht in het socialezekerheidssysteem. Volgens het Hof nemen deze belangen in het VWEU een belangrijke plaats in. Het erkennen van iemands religieuze bezwaren zou tot een groot aantal verzoeken kunnen leiden en zou daarmee een risico kunnen vormen voor de financiële stabiliteit van het zorgverzekeringsstelsel; het Hof neemt dan ook aan dat het niet rekening houden met religie een geschikt middel is voor het bereiken van het gestelde doel. In verband met de in dit soort zaken toe te kennen beoordelingsmarge is het Hof bovendien van oordeel dat de maatregel niet verder gaat dan objectief noodzakelijk en dat deze bovendien voldoet aan het vereiste van evenredigheid.

Het Hof gaat vervolgens nog in op de vraag of de weigering dan misschien wel in strijd zou kunnen zijn met art. 8 van richtlijn 2011/24. Ook deze bepaling laat een stelsel van voorafgaande toestemming toe en maakt het mogelijk dat belemmeringen van het vrij verkeer van gezondheidszorg worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Wel is er een systeemverschil tussen verordening nr. 883/2004 en richtlijn 2011/24, in die zin dat de verordening uitgaat van een volledig vergoedingensysteem, terwijl de richtlijn het mogelijk maakt om beperkingen te stellen aan de vergoeding van de bij grensoverschrijdend gebruik van medische zorg gemaakte kosten. Daardoor is er onder de richtlijn voor het gezondheidszorgstelsel van de lidstaat van aansluiting geen sprake van een risico van extra kosten die verband houden met de grensoverschrijdende zorg, hetgeen betekent dat de hierboven genoemde doelstellingen voor het strenge toestemmingsvereisten in mindere mate gelden. In het licht van art. 21 lid 1 Hv verzet de richtlijn zich er dan ook tegen dat toestemming voor behandeling in een andere lidstaat wordt geweigerd omdat de in de eigen lidstaat gebruikte behandelingsmethode indruist tegen de geloofsvrijheid, tenzij de weigering

objectief wordt gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling die verband houdt met het behoud van gezondheidszorgcapaciteit of medische deskundigheid en een passend en noodzakelijk middel vormt om dat doel te bereiken. Het is aan de verwijzende rechter om dat na te gaan.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 29-10-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:872

Zaaknummer: C-243/19

Wetsartikelen: Hv art. 20, Hv art. 21, Hv art. 51 lid 1, Vo 883/2004 art. 20 lid 2 en Rl 2011/24/EU art. 8 lid 1, 5 en 6

RECHTSPRAAK

Napotnik t. Roemenië, EHRM 20 oktober 2020, nr. 33139/13

Vanwege zwangerschap heeft een consulaire medewerkster enkele perioden niet kunnen werken. Zij kon niet goed vervangen worden, waardoor tijdelijk consulaire bijstand moest worden verleend door andere ambassades. Gelet daarop is zij, toen zij een tweede zwangerschap aankondigde, overgeplaatst naar een andere locatie. Het EHRM is van oordeel dat hier sprake is van direct onderscheid naar geslacht. De noodzaak van goede consulaire bijstand en continuïteit van het werk kon volgens het Hof echter een voldoende rechtvaardiging vormen voor de overplaatsing; bovendien pakte die voor klager niet bijzonder nadelig uit. Geen schending van art. 1 P12 EVRM.

Klager werkte sinds 2007 als consulaire medewerker bij de Roemeense ambassade in Ljubljana. Later in 2007 werd zij zwanger van haar eerste kind. Vanwege zwangerschapsgerelateerde aandoeningen moest zij een tijd van haar werk wegblijven en nam zij ook verlof op. Omdat klager in die periode niet kon worden vervangen, konden de consulaire diensten in die perioden niet worden aangeboden en werden verzoeken voor consulaire bijstand doorverwezen naar de ambassades in Zagreb, Wenen of Boedapest. In 2008 deed zich vanwege het zwangerschaps- en bevallingsverlof korte tijd dezelfde situatie voor, maar toen werd wel een vervanger gevonden. In 2009 informeerde klager de ambassadeur dat zij opnieuw zwanger was. Vanwege de voorziene problemen bij vervanging werd vastgesteld dat klager eigenlijk maar van weinig nut was voor de diplomatieke missie in Ljubljana. Haar positionering bij de ambassade daar werd daarom beëindigd en zij werd overgeplaatst naar Boekarest; daar werd zij bevorderd tot eerste secretaris.

Volgens klager was de beëindiging van haar positionering in Ljubljana ingegeven door haar zwangerschap, zodat sprake was van onderscheid naar geslacht in strijd met art. 1 P12 EVRM. Het EHRM overweegt dat art. 1 P12 EVRM hier inderdaad van toepassing is, nu het ging om

ongelijke behandeling in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door een overheidsorgaan. Het stelt verder voorop dat bij onderscheid naar geslacht sprake moet zijn van zeer zwaarwegende redenen als rechtvaardiging. Dat een onderscheid naar zwangerschap ook een onderscheid naar geslacht oplevert staat volgens het Hof wel vast, en volgens het Hof is het ook in lijn met de EU-rechtspraak hierover dat er een rechtvaardiging kan bestaan voor dit type onderscheid. Het Hof gaat dan ook na of de Roemeense autoriteiten op goede gronden konden aannemen dat klagster vanwege haar zwangerschap moest worden overgeplaatst. De daarvoor gegeven redenen betroffen de continuïteit van het aanbieden van consulaire bijstand in Ljubljana, en volgens het Hof is voldoende aannemelijk dat klagsters afwezigheid de functionele capaciteit van de diplomatieke dienstverlening in gevaar zou brengen. Ook is er volgens het Hof geen sprake van een ernstige aantasting van de rechten van klagster, nu zij haar baan niet is kwijtgeraakt, maar alleen is overgeplaatst naar een andere post en zij ook geen nadeel heeft ondervonden in haar loopbaan. Evenmin was er ooit een motief om haar in een nadelige positie te brengen. Art. 1 P12 is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913

Zaaknummer: 33139/13

Wetsartikelen: EVRM Twaalfde Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

M.A. t. België, EHRM 27 oktober 2020, nr. 19656/18

Een Soedanese vluchteling is onrechtmatig België binnengekomen en is daarop in een centrum voor vreemdelingenbewaring geplaatst. Hoewel een rechter had bevolen dat hij niet mocht worden gedeporteerd voordat de rechtmatigheid van de bewaring was beoordeeld, is de vluchteling onder druk van de autoriteiten in een klaarstaand vliegtuig naar Soedan gestapt. Het EHRM oordeelt dat in dit geval niet alleen de individuele omstandigheden van klager onvoldoende zijn beoordeeld voorafgaand aan het uitzettingsbevel, maar ook de autoriteiten in strijd hebben gehandeld met het tijdelijke uitzettingsverbod van de Belgische rechter. Daardoor zijn art. 3 en 13 EVRM geschonden.

Klager is van Soedanese afkomst. Hij is op onbekende datum België onrechtmatig binnengekomen, op weg naar het Verenigd Koninkrijk; samen met zo'n 100 andere Soedanese onderdanen overnachtte hij in een park in Brussel. Toen hij het Verenigd Koninkrijk probeerde binnen te komen, werd hij tegengehouden door de Belgische politie en werd hem een bevel gegeven om het land te verlaten; ook werd hij overgebracht naar een centrum voor vreemdelingenbewaring in de buurt van vliegveld Zaventem. Toen hij werd gehoord stelde klager dat hij Soedan was ontvlucht omdat hij daar werd gezocht en deed hij een asielaanvraag, maar hij trok die aanvraag een paar dagen later in, omdat de Belgische autoriteiten hadden aangekondigd dat zij samenwerkten met de Soedanese autoriteiten om onrechtmatig in België verblijvende Soedanezen te repatriëren. In een procedure die hij startte over zijn vrijlating uit het bewaringscentrum oordeelde de rechter dat de Belgische staat klager niet kon deporteren voordat zij over de bewaringsmaatregel hadden geoordeeld. Hoewel daarop de voorgenomen deportatie officieel werd afgelast, werd M.A. toch naar de luchthaven overgebracht, waar beweerdelijk op hem werd ingepraat en hij onder druk werd gezet om aan boord van een vliegtuig naar Soedan te gaan; dat heeft hij uiteindelijk ook gedaan.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat de voorgenomen deportatie naar Soedan, zonder dat daar de veiligheidssituatie grondig was beoordeeld, strijdig was met art. 3 EVRM. Het EHRM overweegt dat de algehele situatie in Soedan zodanig was dat niet meteen kon worden uitgesloten dat er een ernstig risico voor de veiligheid van klager zou kunnen bestaan. Dat achteraf, dus na de deportatie, is vastgesteld dat er geen bijzonder risico bestond, is niet voldoende; er is een positieve verplichting om dit voorafgaand aan de uitzetting te beoordelen en vast te stellen. Dit is nog in het bijzonder het geval in de onderhavige zaak, waar klager verschillende malen naar voren heeft gebracht dat hij bij terugkeer naar Soedan risico's zou lopen voor zijn veiligheid. Weliswaar ligt daarbij de bewijslast bij de klager, maar die moet dan wel de kans krijgen om dat bewijs te leveren. Relevant is dan dat klager niet is bijgestaan door een advocaat en dat ook de bijstand door een tolk aanvankelijk beperkt was. In de omstandigheden van het geval is het onderzoek naar de individuele situatie van klager bovendien tekortgeschoten. Gelet op die procedurele omstandigheden is art. 3 EVRM geschonden.

In de tweede plaats heeft klager gesteld dat ook art. 13 EVRM is aangetast omdat hij geen effectief rechtsmiddel ter beschikking heeft gehad om hem te beschermen tegen refoulement. Het Hof stelt vast dat zo'n rechtsmiddel er in dit geval was, en dat er ook een maatregel is opgelegd die klager in ieder geval tijdelijk had moeten beschermen tegen willekeurige terugzending naar Soedan. Tegelijkertijd is duidelijk dat de Belgische autoriteiten geen gehoor hebben gegeven aan dit rechterlijk bevel, en dat klager België niet vrijwillig heeft verlaten. Daardoor is sprake van een schending van art. 13 jo. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-10-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD001965618

Zaaknummer: 19656/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

ANNOTATIE

**Napotnik t. Roemenië (EHRM, nr. 33139/13) –
Rechtvaardiging van zwangerschapsdiscriminatie*****J.H. Gerards en E. Erken***

1. Op 21 oktober 2020 deed het EHRM uitspraak in de zaak *Napotnik t. Roemenië*.^[1] Mevrouw Oana-Cornelia Napotnik, een Roemeense diplomate, had in die zaak geklaagd over zwangerschapsdiscriminatie. Het EHRM, dat maar liefst drie deliberatierondes nodig had om in deze zaak tot een uitkomst te komen,^[2] oordeelde unaniem dat er geen sprake was van een schending van het zelfstandige discriminatieverbod dat is neergelegd in art. 1 van het Twaalfde Protocol (P12) bij het EVRM.^[3] Helaas heeft het Hof daarbij weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden die deze bepaling biedt om een goede rechtspraaklijn te ontwikkelen op het terrein van discriminatie op grond van zwangerschap. Evenmin heeft het ervoor gekozen om op een logische manier aan te sluiten bij de rijke rechtspraak over dit onderwerp die het HvJ EU in Luxemburg tot stand heeft gebracht.^[4] In plaats daarvan is de benadering van het EHRM vooral verwarrend. Allereerst is de uitspraak niet bijzonder verhelderend als het gaat om het bepalen van de toepasselijkheid van art. 1 P12 op rechtspositionele beslissingen ten aanzien van ambtenaren. In de tweede plaats roept de manier waarop het EHRM omgaat met directe discriminatie op grond van zwangerschap nogal wat vragen op. We gaan hierna achtereenvolgens op beide punten in.

2. Voordat we dat doen, is het nuttig om de feiten van de zaak scherp te hebben. Mevrouw Napotnik was in 2007 als consulaire medewerker gestationeerd bij de Roemeense ambassade in Ljubljana, Slovenië. Daar was zij vooral verantwoordelijk voor het bijstaan van Roemeense staatsburgers die zich in een noodsituatie bevonden, bijvoorbeeld doordat ze hun identiteitspapieren waren kwijtgeraakt, door de politie in bewaring waren genomen, of plotseling in een ziekenhuis waren opgenomen. Toen ze een paar maanden in dienst was, trouwde mevrouw Napotnik met een Sloveense man, en al snel werd ze zwanger van hun eerste kind. In verband met zwangerschapscomplicaties kon ze een tijdlang niet werken, namelijk van eind november 2007 tot januari 2008. De ambassade slaagde er niet in om haar in deze periode te laten vervangen en koos voor de oplossing om de consulaire afdeling een tijdlang te sluiten; verzoeken om bijstand werden doorverwezen naar de Roemeense

ambassades in buurlanden. Tijdens haar zwangerschaps- en bevallingsverlof was mevrouw Napotnik in 2008 opnieuw een aantal maanden afwezig van haar werk; daarna nam ze bovendien nog een tijdje verlof op. Gedurende deze periode werd zij wel vervangen, op twee weken in het begin van het verlof na; toen was de consulaire afdeling opnieuw gesloten. In januari 2009 kwam mevrouw Napotnik weer terug op haar werk, maar al snel liet zij de ambassadeur weten dat zij zwanger was van haar tweede kind. Tijdens een beoordelingsgesprek dat in deze periode plaatsvond, merkte de ambassadeur op dat zij weliswaar haar werk voldoende uitvoerde, maar dat zij toch niet zo geschikt was voor het verrichten van consulaire activiteiten. Daarbij verwees hij onder meer naar het feit dat zij maar korte tijd daadwerkelijk had gewerkt in verband met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof en vanwege de frequente perioden van ziekteverlof.[5] Snel na dit gesprek werd klagsters stationering in Ljubljana beëindigd en werd haar verzocht om terug te keren naar het kantoor van het Roemeense ministerie van buitenlandse zaken in Boekarest.

3. Bij het EHRM heeft mevrouw Napotnik gesteld dat de beslissing om haar plaatsing bij de Roemeense ambassade in Slovenië te beëindigen in strijd was met het discriminatieverbod zoals vastgelegd in art. 1 P12 EVRM. Dit is interessant, want juist deze bepaling biedt wat extra ruimte om zaken over zwangerschapsdiscriminatie voor het EHRM te brengen. Dit is lastig als alleen een beroep kan worden gedaan op het meer klassieke discriminatieverbod van art. 14 EVRM, gelet op het accessoire karakter van die bepaling: op dit verbod kan alleen beroep worden gedaan als de ongelijke behandeling betrekking heeft op de uitoefening van een van de andere EVRM-rechten.[6] Natuurlijk kunnen sommige zaken over arbeidsrechtelijke beslissingen, zoals ontslag of weigering tot promotie, nog wel worden aangemerkt als inbreuk op het recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM). Het Hof heeft immers in eerdere rechtspraak erkend dat professionele relaties en het verrichten van arbeid belangrijk zijn voor de persoonlijke ontwikkeling en dat ze daarom tot het privéleven kunnen worden gerekend.[7] Tegelijkertijd is het Hof daarin voorzichtig; in de zaak *Denisov* heeft de Grote Kamer duidelijk gemaakt dat dit soort rechtspositionele beslissingen alleen in vrij uitzonderlijke gevallen onder het bereik van art. 8 EVRM kunnen vallen, namelijk als de consequenties voor de betrokkene objectief gezien voldoende ernstig zijn en het privéleven in significante mate raken.[8] Op zichzelf wordt de reikwijdte van een materiële bepaling vaak iets ruimer getrokken als het gaat om discriminatieklachten, nu dergelijke gevallen van ongelijke behandeling alleen maar onder de ‘ambit’ en niet per se onder de ‘scope’ van een EVRM-recht hoeven te vallen.[9] Toch betekent deze rechtspraak dat het discriminatieverbod van art. 14 EVRM lang niet altijd van toepassing zal zijn op beslissingen over promotie, plaatsing of ontslag. Dat geldt al helemaal wanneer ze in een horizontale rechtsverhouding zijn genomen, bijvoorbeeld door een werkgever in een commerciële onderneming. In dat geval kan alleen tegen de staat worden geprocedeerd, met de stelling dat die meer had moeten doen

om zwangerschapsdiscriminatie te voorkomen of te redresseren.[10] Mogelijk verklaart dat waarom het EHRM tot nu toe geen oordeel heeft hoeven geven over rechtspositionele beslissingen die samenhangen met iemands afwezigheid vanwege zwangerschap of moederschap.

4. De zelfstandige gelijkheidsbepaling van art. 1 P12 lijkt het gemakkelijker te maken om zo'n geval van zwangerschapsdiscriminatie aan het EHRM voor te leggen, al zijn er ook daar beperkingen. Volgens art. 1, eerste lid P12 geldt dat 'het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook ...', en het tweede lid van art. 1 P12 voegt daaraan toe dat 'niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag ...'. Uiteraard vergt dit dat moet worden aangetoond dat een recht 'in de wet' is neergelegd of dat sprake is van discriminatie 'door enig openbaar gezag'. Bij privaatrechtelijke gevallen van ongelijke behandeling op grond van zwangerschap kan het EHRM alleen op basis van deze bepaling worden geadieerd als ofwel een duidelijk wettelijk verbod van zwangerschapsdiscriminatie is genegeerd en een nationale rechter dat heeft gebillijkt, ofwel er een duidelijke lacune bestaat in nationale wetgeving die de wetgever had moeten vullen.[11] In dat opzicht biedt art. 1 P12 dus weinig toegevoegde waarde ten opzichte van art. 14 EVRM als het gaat om zwangerschapsdiscriminatie door een particuliere werkgever. In het onderhavige geval was er echter geen sprake van een privaatrechtelijke rechtsverhouding, maar ging het om een besluit dat was genomen door een overheidsorgaan, namelijk door de Roemeense ambassadeur in Slovenië. Dat zou de toepassing van art. 1 P12 in deze zaak gemakkelijker kunnen maken. Toch kwamen hierbij wat vragen op, in het bijzonder de vraag of de beslissing mevrouw Napotnik terug te halen naar Boekarest kon worden gekwalificeerd als een 'uitoefening van openbaar gezag' in de zin van het tweede lid van art. 1 P12.

5. Bij het beantwoorden van een dergelijke vraag zijn de toelichtende teksten bij art. 1 P12 behulpzaam. Daarin worden namelijk vier categorieën onderscheiden voor toepasselijkheid, die, vrij vertaald, inhouden dat deze bepaling betrekking heeft op discriminatie:

bij het genot van een recht dat specifiek in het nationale recht is toegekend;
bij het genot van een recht dat kan worden afgeleid uit een duidelijke verplichting van een overheidsorgaan onder nationaal recht, dat wil zeggen waar een overheidsorgaan naar nationaal verplicht is om op een bepaalde manier te handelen;
door een overheidsorgaan in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid (bijvoorbeeld bij het toekennen van bepaalde subsidies);
door iedere andere handeling of omissie door een overheidsorgaan (bijvoorbeeld het handelen van ordehandhavers bij het beheersen van rellen).[12]

Deze categorieën zijn enerzijds zo ruim geformuleerd dat vrijwel ieder overheidshandelen eronder valt. Anderzijds zou kunnen worden aangenomen dat vooral handelen ‘als overheid’ ertoe wordt gerekend, en zou kunnen worden verondersteld dat handelen van de overheid ‘als werkgever’ minder gemakkelijk onder het toepassingsbereik kan worden gebracht. Voor die beperkte uitleg zou een aanwijzing kunnen worden gevonden in de totstandkomingsgeschiedenis van Protocol 12, waarbij is gebleken dat nogal wat staten vreesden voor een te ruim toepassingsbereik van dit protocol.[13] Daardoor zou het EHRM zich mogelijk kunnen gaan buigen over gevoelige nationale kwesties van werkgelegenheid of sociale zekerheid. Juist deze vrees, en mogelijk ook de op dit punt bestaande onduidelijkheid, heeft gemaakt dat nogal wat staten hebben besloten om het protocol niet te ratificeren of zelfs maar te ondertekenen.[14]

6. Het EHRM had de vrees voor vergaande bemoeienis met nationaal sociaal of werkgelegenheidsbeleid misschien weg kunnen nemen door te oordelen dat de genoemde vier categorieën alleen op overheidshandelen *stricto sensu* betrekking hebben. Tegelijkertijd zou het dan niet hebben gehandeld in overeenstemming met zijn eigen vaste rechtspraak, die inhoudt dat de overheid *altijd* is gebonden aan de EVRM-regels, of zij nu handelt als overheid of als civiele procespartij – bijvoorbeeld als werkgever.[15] In het onderhavige geval is er sprake van een soort tussengeval, omdat het hier ging om een beslissing over de inrichting en uitvoering van consulaire dienstverlening, inclusief de stationering van diplomaten.[16] Niet alleen was dit een onderwerp dat in de Roemeense wetgeving was geregeld, en daarmee binnen het bereik van het eerste lid van art. 1 P12 kon vallen, maar ook kon het Hof hier vrij gemakkelijk oordelen dat het bij de beslissing van de ambassadeur ging om een uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, dus om categorie 3 van de hierboven genoemde vier situaties waarin art. 1 P12 van toepassing kan zijn.

7. In het licht van de eerdere rechtspraak is dit een logisch oordeel, dat duidelijk lijkt te maken dat het discriminatieverbod van art. 1 P12 in ieder geval van toepassing is op eenzijdig overheidshandelen op arbeidsrechtelijk terrein. Toch maakt juist de bijzondere aard van deze zaak, die betrekking had op het handelen van een ambassadeur, dat we nog niet zeker weten of art. 1 P12 ook van toepassing zal zijn op ‘gewone’ zaken over rechtspositionele beslissingen in de ambtelijke dienst, zoals het ontslag van een gemeenteambtenaar of van een secretaresse bij een uitvoeringsorganisatie. Uit te sluiten valt dat niet, nu het ook daarbij gaat om overheidshandelen, maar het is evenmin uit te sluiten dat het EHRM toch onderscheid zal willen maken tussen discretionaire bevoegdheidsuitoefening die sterk aan de uitoefening van staatsgezag is gebonden (zoals beslissingen van ambassades), en arbeidsrechtelijke beslissingen die sterker lijken op wat er bij privaatrechtelijke bedrijven gebeurt. Daarover moet nadere rechtspraak dus worden afgewacht.

8. Als het vervolgens aankomt op het eigenlijke, inhoudelijke oordeel over de discriminatie op grond van zwangerschap, is de redenering van het Hof opmerkelijk. De motivering van het Hof op dit punt is vrij kort en laat zich als volgt samenvatten. Het Hof stelt voorop dat het art. 1 P12 op dezelfde manier moet uitleggen als art. 14 EVRM, en dat dit dus betekent dat het zijn zogenaamde ‘very weighty reasons’-test moet toepassen als sprake is van onderscheid op grond van geslacht. Anders gezegd: omdat er een duidelijke consensus bestaat in Europa over het belang van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, kan een onderscheid op grond van geslacht alleen door zeer zwaarwegende redenen worden gerechtvaardigd.[17] Vervolgens memoreert het Hof dat de Roemeense regering heeft erkend dat de zwangerschap van mevrouw Napotnik een rol had gespeeld in de beëindiging van haar stationering in Ljubljana. Dit besluit diende volgens de regering echter het belang van de bescherming van rechten van anderen, namelijk van Roemeense staatsburgers die in Slovenië consulaire bijstand nodig hadden. Het Hof is van oordeel dat het hier gaat om relevante en voldoende redenen om de noodzaak van het besluit te kunnen aantonen.[18] Bovendien, zo overweegt het Hof, was mevrouw Napotnik niet ontslagen, maar had zij haar aanstelling als diplomaat behouden. Ook ziet het Hof niet dat zij op de langere termijn nadelige consequenties van haar terugplaatsing naar Boekarest heeft ondervonden. Dat maakt dat er geen sprake is van een schending van art. 1 P12 EVRM, ondanks de beperkte beoordelingsruimte die de staat toekwam.

9. Meest opvallend in deze argumentatie is, dat het EHRM een rechtvaardiging voor directe ongelijke behandeling op grond van zwangerschap toelaat, terwijl het HvJ EU zo’n rechtvaardigingsmogelijkheid in zijn rechtspraak juist niet aanvaardt. Het EHRM heeft duidelijk kennisgenomen van deze rechtspraak, want het gedeelte van de uitspraak in *Napotnik* over het toepasselijke recht bevat een uitgebreide opsomming en samenvatting van de meest relevante Luxemburgse uitspraken, met nogal wat letterlijke citaten uit die rechtspraak.[19] Toch maakt het EHRM in de eigenlijke uitspraak alleen melding van de HvJ-rechtspraak waar het overweegt, vrij vertaald, dat ‘alleen vrouwen ongelijk kunnen worden behandeld op grond van zwangerschap, en dat om die reden zo’n verschil in behandeling een directe discriminatie oplevert op grond van geslacht *als daarvoor geen rechtvaardiging bestaat*’ en dat ‘het niet anders kan dan opmerken dat een vergelijkbare benadering ook door het HvJ EU in zijn rechtspraak wordt gevolgd’.[20] Een stukje verderop vermeldt het EHRM dan nog dat in de onderhavige zaak, ‘anders dan in de rechtspraak van het HvJ EU’, geen sprake was van een daadwerkelijk ontslag.[21]

10. De vraag is of dit alles op een correcte lezing van de rechtspraak van het HvJ EU berust. Het HvJ heeft namelijk altijd benadrukt, niet in het minst in de uitspraken waar het EHRM in zijn uitspraak naar verwijst, dat er *geen* rechtvaardiging mogelijk is voor de weigering om een vrouw in dienst te nemen of om een vrouw te ontslaan als die beslissing is ingegeven door

haar zwangerschap. Daarbij maakt het geen verschil of de redenen van de werkgever zwaarwegend zijn of niet, en of ze wel of niet van puur financiële aard zijn of een meer algemeen belang betreffen.[22] Zo overwoog het HvJ EU in de zaak *Webb* het volgende: ‘... het ontslag van een zwangere vrouw die voor onbepaalde tijd in dienst is genomen, [mag] niet worden gebaseerd op redenen die zijn ontleend aan haar ongeschiktheid om aan een van de essentiële voorwaarden van haar arbeidsovereenkomst te voldoen. De beschikbaarheid van de werknemer is voor de werkgever noodzakelijkerwijs een essentiële voorwaarde voor de goede uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maar de door het gemeenschapsrecht aan de vrouw tijdens haar zwangerschap en na de bevalling gegarandeerde bescherming mag er niet van afhangen, of de aanwezigheid van de betrokkene tijdens de periode van zwangerschap en bevalling voor de goede gang van zaken bij de onderneming waar zij werkzaam is, onontbeerlijk is.’[23] In *Tele Danmark* voegde het hieraan nog toe dat het voor die conclusie geen verschil maakt of iemand een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd heeft.[24] Bovendien, en anders dan het EHRM lijkt aan te nemen, strekt deze EU-rechtelijke bescherming tegen zwangerschapsdiscriminatie zich niet alleen uit tot ontslagbeslissingen, maar ook tot bijvoorbeeld toegang tot de arbeid en arbeidsvoorwaarden, waartoe allicht ook stationering in een bepaalde vestiging kan worden gerekend.[25]

11. Het is duidelijk dat de insteek van het EHRM een heel andere is. Het beredeneert immers dat de beëindiging van de positionering van mevrouw Napotnik noodzakelijk was om de goede voortgang van de consulaire activiteiten in Ljubljana te kunnen verzekeren, en dat het om die reden gerechtvaardigd was om haar niet meer op die ambassade te stationeren. Juridisch gezien is het natuurlijk geen probleem dat het EHRM een rechtvaardiging toelaat waar het HvJ EU dat waarschijnlijk niet zou doen. Het gaat immers om verschillende rechtsordes en het EHRM is niet gehouden om de rechtspraaklijn van het HvJ EU te volgen.

12. Toch is de keuze van het EHRM onbevredigend. In zijn rechtspraak heeft het HvJ EU stelselmatig aangegeven dat discriminatie op grond van zwangerschap fundamenteel problematisch is. Dit is niet alleen het geval omdat het per definitie gaat om direct onderscheid jegens vrouwen en hun positie op de arbeidsmarkt die door deze vorm van discriminatie wordt bedreigd, al speelt dat in zijn rechtspraak een belangrijke rol.[26] Wat daarnaast meespeelt, is de zorg om de gezondheid en veiligheid van vrouwen. Uit angst voor rechtspositionele gevolgen zouden vrouwen namelijk geneigd kunnen zijn om gewoon door te willen blijven werken, waardoor er, in de woorden van het HvJ EU, een risico bestaat ‘voor de lichamelijke en geestelijke toestand van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, met inbegrip van het bijzonder ernstige risico dat dit hen aanzet tot een vrijwillige onderbreking van hun zwangerschap’.[27]

13. Kennelijk ziet het EHRM deze problemen en risico’s minder. Volgens het EHRM ging het

in dit geval ook niet om een vergaande rechtspositionele beslissing, zoals ontslag, maar alleen maar om een overplaatsing, zonder nadelige consequenties voor de carrière op langere termijn. De vraag is echter of het in dit geval inderdaad om een niet zo vergaande beslissing ging. Voor mevrouw Napotnik, die inmiddels was getrouwd met een Sloveens staatsburger en die in Ljubljana woonde en daar haar eerste kindje had gekregen, zal het een aanzienlijke impact hebben gehad dat ze terug moest verhuizen naar Roemenië en weer in Boekarest moest gaan werken. Daarmee was de belangen aantasting niet onaanzienlijk: niet alleen was er sprake van de principiële risico's van zwangerschapsdiscriminatie zoals het HvJ die heeft geconstateerd, maar ook waren er nadelige gevolgen voor het persoonlijk leven van mevrouw Napotnik.

14. De vraag is dan of de redenen die de ambassade aanvoerde voldoende zwaarwegend waren om die consequenties te kunnen rechtvaardigen. Initieel had de ambassadeur vooral als grond aangevoerd dat de afwezigheden van mevrouw Napotnik maakten dat ze 'of little use' was voor de diplomatieke missie in Ljubljana en dat ze bovendien het ministerie op kosten joegen.[28] Dat is interessant, omdat financiële en administratieve overwegingen in het algemeen niet als heel sterke rechtvaardigingsgronden gelden.[29] Daaraan besteedt het Hof echter geen aandacht. Ook valt op dat het Hof geen moeite doet om na te gaan of er werkelijk geen vervanging mogelijk was geweest, bijvoorbeeld door tijdelijk een andere diplomatieke medewerker in Ljubljana te stationeren, iets dat tot mevrouw Napotniks stationering ook gebruikelijk was.[30] Evenmin gaat het na of de gekozen oplossing van de tijdelijke overheveling van consulaire taken naar andere ambassades daadwerkelijk grote problemen had opgeleverd voor de continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening. Dergelijk onderzoek zou normaal gesproken wel passen bij een 'very weighty reasons' test.[31]

15. Niet alleen kijkt het EHRM dus af van de strikte EU-rechtspraak, maar ook past het een toetsing toe die onder de strenge standaarden ligt die het volgens zijn vaste rechtspraak hanteert bij discriminatie op grond van geslacht. Als gezegd: dat kan, want het EHRM bepaalt zelf zijn rechtspraaklijn. Maar toch. Alleen al in Nederland heeft het College voor de Rechten van de Mens laten zien dat per jaar zo'n 50.000 vrouwen vormen van zwangerschapsdiscriminatie ervaren.[32] Bovendien is hierboven al aangegeven dat er grote problemen zijn verbonden aan deze vorm van discriminatie als het gaat om gelijkwaardige participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt en om de bescherming van hun gezondheid. In dat licht is het teleurstellend dat het EHRM geen beter gebruik heeft gemaakt van deze – in het licht van het toepassingsbereik van de EVRM-discriminatieverboden vrij unieke – mogelijkheid om bij te dragen aan het bestrijden van dit type discriminatie.

Janneke Gerards, hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht (Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging)

Elif Erken, promovenda, Universiteit Utrecht (Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging)

[1] *Napotnik t. Roemenië*, EHRM 21 oktober 2020, nr. 33139/13, ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913.

[2] Zie daarvoor de beschrijving van het procedureverloop aan het begin van de uitspraak van het EHRM in *Napotnik*.

[3] ETS-nr. 177, via <http://conventions.coe.int/Treaty/en/reports/Html/177.htm>.

[4] Zie voor een bespreking van die rechtspraak nader FRA (EU Fundamental Rights Agency) & EHRM (2018), *Handbook on European non-discrimination law*, FRA/Raad van Europa 2018, p. 165

[5] *Napotnik*, par. 20.

[6] Zie uitgebreid J.H. Gerards, 'Artikel 14 EVRM. Discriminatieverbod', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel 1*, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.1.1.

[7] Zie bijv. *Oleksandr Volkov t. Oekraïne*, EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0109JUD002172211, «EHRC» 2013/80 m.nt. Sillen, par. 165-166.

[8] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245 m.nt. Gerards, par. 114.

[9] Zie nader Gerards 2020, reeds aangehaald (noot 6).

[10] Zie over positieve verplichtingen en horizontale werking nader o.m. C. Loven, "“Verticalised” cases before the European Court of Human Rights unravelled: An analysis of their characteristics and the Court’s approach to them", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2020, DOI: 10.1177/0924051920965753; J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, hoofdstuk 6.

[11] Zie de toelichtingen bij P12: *Explanatory Report to Protocol No. 12 of the Convention*, ETS-nr. 177, te vinden via <http://conventions.coe.int/Treaty/en/reports/Html/177.htm>, par. 24-28.

[12] *Explanatory Report to Protocol No. 12 of the Convention*, ETS-nr. 177, te vinden via <http://conventions.coe.int/Treaty/en/reports/Html/177.htm>, par. 22

[13] Zie in het bijzonder U. Khaliq, 'Protocol 12 to the European Convention on Human Rights:

A Step Forward or a Step Too Far?', *Public Law* 2001, p. 458; N. Grief, 'Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Critique of the United Kingdom Government's Refusal to Sign and Ratify Protocol 12', *European Law Review Human Rights Survey* 2002 (27), p. HR/10; S. Lagoutte (red.), *Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Proceedings from the Nordic Round Table on ECHR Protocol No. 12 in the Nordic Countries, held in Copenhagen on the 13th and 14th of December 2004, Copenhagen: the Danish Institute for Human Rights 2005; J.H. Gerards, *Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Report prepared for the Commission to Propose a Comprehensive Anti-Discrimination Legislation in Norway, 11 december 2008, via <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/nouer/2009/nou-2009-14/33.html?id=569103>.

[14] Zie de in de vorige noot genoemde bronnen; in november 2020 was Protocol 12 door nog maar 20 van de 47 lidstaten van de Raad van Europa geratificeerd (zie https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=9iQfxr35).

[15] Zie reeds *Schmidt en Dahlström t. Zweden*, EHRM 6 februari 1976, nr. 5589/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0206JUD000558972, par. 33; zie voor recentere voorbeelden Gerards 2019 (reeds aangehaald, noot 13) par. 6.2.2.

[16] Er is de nodige rechtspraak van het EHRM die specifiek betrekking heeft op arbeidsrechtelijke conflicten bij ambassades, vooral waar het gaat om het recht op toegang tot de rechter; in veel gevallen wordt daarbij immuniteit geclaimd vanwege de bijzondere positie van de ambassade. Het Hof honoreert dat soort beroepen op immuniteit meestal niet als het gaat om reguliere arbeidsrechtelijke kwesties, maar er zijn uitzonderingen; zie bijv., met verdere verwijzingen, *Ndayegamiye-Mporamazina t. Zwitserland*, EHRM 5 februari 2019, nr. 16874/12, ECLI:CE:ECHR:2019:0205JUD001687412, «EHRC» 2019/110 m.nt. Van Alebeek, «JAR» 2019/134.

[17] *Napotnik*, par. 75.

[18] *Napotnik*, par. 86.

[19] *Napotnik*, par. 41-48.

[20] *Napotnik*, par. 77, curs. toegevoegd.

[21] *Napotnik*, par. 82.

[22] Zie nader FRA/EHRM 2018, reeds aangehaald (noot 4), p. 165.

[23] *Webb*, HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300, AB 1995/19 m.nt. H.M.T. Holtmaat, «JAR» 1994/169, punt 26.

[24] *Tele Danmark*, HvJ EG 4 oktober 2001, zaak C-109/00, ECLI:EU:C:2001:513, NJ 2002, 160, «JAR» 2001/220, punten 30-32.

[25] Zie art. 14 van richtlijn 2006/54/EG ('recast'), Pb EG L 204/23.

[26] Dit blijkt ook uit de geciteerde overwegingen in par. 41-48 van *Napotnik*.

[27] *Tele Danmark*, reeds aangehaald (noot 24) punt 26.

[28] Zie *Napotnik*, par. 22.

[29] Zie nader Gerards 2020 (reeds aangehaald), par. C.2.3.2, met nadere rechtspraakverwijzingen.

[30] *Napotnik*, par. 6.

[31] In zaken waarin een 'very weighty reasons'-toets wordt uitgevoerd speelt de toetsing van subsidiariteit en noodzakelijkheid meestal een duidelijke rol; zie bijv. (zij het in een heel andere context) *X. e.a. t. Oostenrijk*, EHRM (GK) 19 februari 2013, nr. 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007, «EHRC» 2013/104 m.nt. Koffeman, par. 140 e.v.

[32] College voor de Rechten van de Mens, *Is het nu beter bevallen? Vervolgonderzoek naar discriminatie op het werk van zwangere vrouwen en moeders met jonge kinderen*, Utrecht, september 2016.

ANNOTATIE

Facebook Ireland en Schrems (HvJ EU, zaak C-311/18) – Streep door gegevensdoorvoerregime voor de Verenigde Staten

B. van der Sloot

1. 16 juli 2020 was de dag die je wist dat zou komen. Op die datum wees het EU Hof een arrest dat al jaren in de sterren geschreven stond. De uitspraak bevat dan ook weinig revolutionaire juridische interpretaties of complexe vraagstukken. Toch is het een uitspraak met zeer grote gevolgen, namelijk dat het doorvoeren van gegevens naar de Verenigde Staten lastiger wordt. Om deze uitspraak goed te begrijpen is een aanloopje nodig.

2. Alhoewel aanvankelijk primair opgericht en bedoeld als economisch samenwerkingsverband, waarin zonder barrières diensten, personen en goederen mogen worden doorgevoerd, tracht de EU al decennia ook 'zachtere waarden' zoals mensenrechtenbescherming te bieden. Dat lukt maar mondjesmaat, met als belangrijkste reden dat Europa al het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft, waar vrijwel alle landen in Europa, en in ieder geval ook de EU-lidstaten, bij zijn aangesloten. Nog steeds is dat Hof leidend en dominant als het gaat om de bescherming van mensenrechten in Europa.

3. Er is echter een uitzondering, namelijk het recht op gegevensbescherming; op dat terrein neemt de EU het voortouw. Hier komen twee zaken bij elkaar: economie en mensenrechten. Het recht is dan ook een atypisch recht. De Algemene Verordening Gegevensbescherming van 2016, de opvolger van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens uit 1995, houdt een beetje het midden tussen een marktreguleringsinstrument en een document dat beoogt mensenrechten te beschermen. De officiële doelstelling van de AVG, overigens in navolging van de Richtlijn uit 1995, is dan ook tweërlei: aan de ene kant het beschermen van de rechten en vrijheden van burgers, aan de andere kant het mogelijk maken van het vrije verkeer in data binnen de EU (art. 1 lid 2 AVG). Vrijwel alle bedrijven en overheidsinstanties zijn immers afhankelijk van de verwerking van persoonsgegevens. De AVG geeft in maar liefst 99 artikelen het kader waarbinnen deze organisaties moeten blijven om legitiem persoonsgegevens te

mogen verwerken.

4. Ook anders dan bij de meeste andere mensenrechten is dat er een aparte toezichthouder is, die toeziet op de gegevensbeschermingsmarkt. In 1995, toen voor dit model werd gekozen, leek dat voor de hand liggend: net zoals de financiële sector, de medische sector en de telecomsector zou ook de gegevensverwerkingssector een eigen toezichthouder krijgen. Toen waren er immers nog maar een handvol overheidsinstellingen en bedrijven die op grote schaal gegevens verwerkten. Anno nu is dit model onhoudbaar. Aangezien vrijwel iedere burger, bedrijf en overheidsinstelling persoonsgegevens verwerkt is het onmogelijk voor een toezichthouder om daar goed zicht op te houden. Daarom is er in de AVG voor gekozen om het idee uit 1995 dat er een toezichthouder is die primair verantwoordelijk is voor de naleving en handhaving van de gegevensbeschermingsregels los te laten en te kiezen voor een secundaire rol van de Autoriteiten Persoonsgegevens van deze wereld. Met de inwerkingtreding van de AVG zijn bedrijven en overheidsinstellingen zelf primair verantwoordelijk voor het toezicht en de naleving van deze regels binnen hun organisatie, onder meer door het aanstellen van een Data Protection Officer, het doen van Data Protection Impact Assessments en het bijhouden van registers van alle gegevensverwerkingen binnen hun organisatie, en is de Autoriteit Persoonsgegevens een secundaire rol toegekend. Die controleert nu met name of organisaties hun interne toezicht op orde hebben.

5. De EU heeft een unieke positie ten aanzien van het recht op gegevensbescherming. In alle andere delen van de wereld en zelfs binnen de Raad van Europa kent men geen afzonderlijk recht op gegevensbescherming, maar wordt het gezien als onderdeel van het recht op privacy, namelijk de *informational privacy*. De EU heeft een apart recht gecreëerd: het recht op gegevensbescherming, dat losstaat van het recht op privacy. Alle gegevens die aan een persoon zijn gerelateerd, of die nu gevoelig zijn of niet, vallen onder dit regime, dus ook een zin als 'Rutte heeft leuk haar'. De reikwijdte van dit recht is daarmee ongekend en het uitgangspunt van het fundamentele recht op gegevensbescherming, zoals vervat in art. 8 van het Handvest, is dan ook niet, zoals bij andere mensenrechten, dat een inperking op een mensenrecht is verboden, tenzij is voldaan aan alle beperkingsvoorwaarden, maar dat het verwerken van persoonsgegevens legitiem is, mits wordt voldaan aan een aantal randvoorwaarden.

6. De achtergrond van dit recht was, dat een aantal landen binnen de EU uiteenlopende regels voor het verwerken van persoonsgegevens kenden. Dit belemmerde het vrije verkeer van persoonsgegevens, omdat bijvoorbeeld een Italiaans bedrijf dat ook vestigingen had in vijf andere EU-landen, aan zes verschillende regimes moest voldoen, met soms conflicterende regels en verplichtingen. Om een einde te maken aan deze barrières werd afgesproken om het gegevensbeschermingsniveau gelijk te trekken. Overal zou een hoog beschermingsniveau gelden, waardoor in ieder geval binnen de EU alle gegevens vrijelijk kon worden doorgevoerd.

Zo was de gedachte in 1995 althans. Er waren twee hoofdzakelijke obstakels om deze gedachte in de praktijk te brengen.

7. Enerzijds waren de regels uit 1995 vervat in een richtlijn, wat tot gevolg had dat landen toch weer elk zo hun eigen interpretatie van de regels hadden. Sommige landen interpreteerden het kader een stuk soepelere dan andere. De handhaving van de regels was belegd bij nationale handhavende organisaties, terwijl sommige landen meer geld en middelen aan deze organisaties ter beschikking stelden dan anderen. Het gevolg was dat sommige landen een lage regel- en handhavingsdruk kenden, zoals Ierland, en dat grote internationale ondernemingen zich daar vestigden (waarbij overigens ook de belastingdruk een rol speelt). Zo ook Facebook. Zo kon formeel aan de EU gegevensbeschermingsregels worden voldaan, terwijl de regels zo minimaal mogelijk werden geïnterpreteerd en grensgevallen nauwelijks werden gecontroleerd (zie verder: Kuner, C. (2017). Reality and illusion in EU data transfer regulation post Schrems. *German Law Journal*, 18(4), 881-918).

8. Anderzijds is de EU het enige blok ter wereld dat het gegevensbeschermingsrecht als apart fundamenteel recht kent. Gegevens die de EU verlaten worden dan ook in principe niet in gelijke mate beschermd als binnen de EU. Daarom werd bedacht dat persoonsgegevens over EU-burgers de EU slechts mochten verlaten als min of meer hetzelfde beschermingsregime als in de EU werd gehandhaafd in de ontvangende niet EU-staat. Dat kan allereerst doordat een land als zodanig wetgeving aannam die gelijk was aan de EU-regels, waarbij het idee was dat, net zoals de VS lange tijd zijn intellectueel eigendomsrechtregime had geëxporteerd naar landen over de hele wereld, als onderdeel van handelsverdragen, de EU als economisch machtsblok kon afdwingen dat derde landen haar gegevensbeschermingsregime zou overnemen. Dat bleek maar een beperkt succes. Zo'n dozijn gebieden hebben inmiddels een zogenoemde 'adequacy decision' van de Commissie bemachtigd (https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en). Een andere mogelijkheid is dat bedrijven of organisaties in de landen buiten de EU zich contractueel vastlegden op het naleven van de EU gegevensbeschermingsregels. Ten aanzien van de naleving van dit soort contracten, waarvoor binnen de EU modelcontracten zijn ontwikkeld, hebben de nationale handhavende organisaties een leidende rol. Dit regime werkt redelijk, maar er was een knelpunt: de Verenigde Staten. De VS voldoen niet aan de EU-gegevensbeschermingsregels als geheel maar zijn een te groot handelsblok om buiten te sluiten. Als handhavende organisaties werkelijke alle bedrijven en organisaties die zaken doen in de EU of waarmee bedrijven in de EU zaken doen zouden controleren op goede contractuele afspraken en naleving van die afspraken, dan zou dat veel geld en tijd kosten en hoogstwaarschijnlijk een flinke barrière voor de handelsrelatie tussen beide blokken opleveren.

9. Voor beide problemen werd een oplossing gevonden. De AVG, die de Richtlijn uit 1995 verving, is een Verordening en heeft dus directe werking. De regels binnen de EU werden daarmee, op enkele uitzonderingen na waar de AVG lidstaten ruimte laat om een eigen interpretatie te kiezen, geharmoniseerd. Landen worden er door de AVG toe verplicht deze organisaties goed te equiperen en de organisaties kunnen nu binnen een samenwerkingsverband invloed uitoefenen op het beleid en de aanpak van een nationale autoriteit als die toezicht houdt op een organisatie die in dat land is gevestigd, maar aan grensoverschrijdende gegevensverwerking doet en daarmee de burgers in andere EU-landen raakt. De AVG is ook direct van toepassing op bedrijven die in de EU zaken doen (Bradford, A. (2012). The Brussels effect. *Nw. UL Rev.*, 107, 1).

10. Anderzijds verzoonde de Europese Commissie al voor de inwerkingtreding van de AVG een list: er werd een soort tussenregime gecreëerd dat het midden hield tussen een *adequacy decision* en een model waarin alle Amerikaanse organisaties zelf contractuele afspraken moeten maken met alle EU-organisaties waarmee zij zaken doen. Er werd een model van zelfcertificering in het leven geroepen, waarbij Amerikaanse organisaties zichzelf konden aanmelden en verklaren dat zij aan de EU gegevensbeschermingsregels voldeden. Een opmerkelijke oplossing, omdat het gevolg uiteraard was dat veel organisaties simpelweg claimden de regels te volgen maar dat niet deden en de Amerikaanse overheid en met name de inlichtingendiensten zeer verregaande bevoegdheden hebben om data van in de VS gebaseerde organisaties op te eisen, zonder dat EU-burgers hun rechten kunnen claimen (Decision 2000/520/EC).

11. Daarom diende Max Schrems, toen nog rechtenstudent te Oostenrijk, een klacht in over dit regime, dat hij bij wijze van voorbeeld indiende tegen Facebook. Na wat heen-en-weer tussen het bedrijf, de Ierse Data Protection Authority en de Ierse rechter besloot een rechtbank prejudiciële vragen te stellen aan het EU Hof van Justitie. Dat kwam in 2015 tot een zeer verregaande conclusie: het regime zoals door de Commissie ingesteld was ongeldig en ondeugdelijk.^[1] Wat deed de Europese Commissie in reactie daarop? Gewoon eenzelfde soort regime instellen, met wat minimale en cosmetische aanpassingen (Uitvoeringsverordening (EU) 2016/1250). Wat deed Schrems? Weer een klacht indienen. En wat deed het Hof van Justitie toen er wederom prejudiciële vragen werden gesteld? Wederom het regime ongeldig en ondeugdelijk verklaren in het voorliggende arrest, min of meer op dezelfde punten als het eerste regime ongeldig was verklaard. Het Hof oordeelt dat met name het surveillanceprogramma door Amerikaanse inlichtingendiensten niet voldoet aan de standaarden van de EU. Dat komt onder meer omdat er geen toets van proportionaliteit en subsidiariteit wordt opgelegd aan het gebruik van bevoegdheden door deze diensten. Ook is de Amerikaanse wetgeving volgens het Hof niet voldoende helder en geeft het niet voldoende

precies aan welke bevoegdheden onder welke voorwaarden mogen worden ingezet en wat de grenzen daar aan zijn. Burgers kunnen zich bovendien maar in zeer beperkte mate beroepen op hun rechten en Amerikaanse rechters hebben maar beperkte bevoegdheden om de surveillanceactiviteiten van inlichtingendiensten onder de loep te nemen. Ook de ombudsmanfunctie is niet toereikend. Een strikte lezing van dit arrest zou met zich brengen dat er geen gegevens meer mogen worden doorgevoerd naar de VS, totdat het land zijn regime heeft aangepast. In de VS gebaseerde organisaties kunnen zich immers maar moeilijk onttrekken aan de bevoegdheid van inlichtingendiensten om toegang te claimen tot de door hen bewaarde persoonsgegevens (over Amerikaanse, Europese en andere burgers).

12. Daarnaast is nog een handvol andere punten in deze zaak van belang. Zo is er een besluit van de Commissie ten aanzien van de modelcontracten (Decision 2010/87/EU). Als organisaties deze standaardcontracten implementeren en ondertekenen, dan worden ze geacht een aan de AVG-gelijkwaardig beschermingsniveau te hebben geïmplementeerd. Na de eerste *Schrems*-uitspraak is dat besluit nog wat verder aangepast en aangescherpt. Is dat besluit ook in strijd met art. 7 en 8 uit het Handvest? Nee, dixit het Hof. In het modelcontract zegt de contractant toe zich aan alle geldende wettelijke bepalingen te zullen houden en daartoe de nodige maatregelen te treffen. De geldende wettelijke bepalingen omvatten ook de bepalingen uit de AVG. Als er binnen een land geen goede gegevensbeschermingsbepalingen zijn, dan zal de organisatie dus zelf maatregelen moeten treffen. Als dat niet lukt of kan lukken, omdat het rechtstelsel in een derde land verplichtingen aan een organisatie oplegt die in strijd zijn met de AVG, dan moet deze organisatie dat melden aan de in de EU-gevestigde partner. Die moet daarop de doorvoer stoppen. Daarop moeten alle doorgevoerde gegevens worden vernietigd. Ook de handhavende organisatie van het land waarin de in de EU-gevestigde organisatie zetelt mag in zulke gevallen verordonneren dat de doorvoer moet stoppen.

13. Wellicht nog het meest interessant in dit arrest is de vraag naar de rol van de nationale handhavende organisatie. Die heeft de bevoegdheid om gegevensdoorvoer naar landen buiten de EU stop te zetten als die niet aan de AVG voldoet. Maar is die organisatie daartoe ook verplicht als zij meent dat niet wordt voldaan aan het EU gegevensbeschermingsniveau? Ja, zegt het Hof, tenminste als het duidelijk is dat andere maatregelen, zoals waarschuwingen, aanbevelingen of onderzoeken geen soelaas zullen bieden. Een handhavende organisatie mag er derhalve niet voor kiezen niet corrigerend op te treden. Of dit alleen voor gegevensdoorvoer naar derden landen geldt, of meer in het algemeen betekent dat handhavende organisaties de plicht, en niet de bevoegdheid, hebben om op te treden blijkt niet uit het arrest of de AVG. Dat laatste zou een verregaande inperking van de beleidsruimte van handhavende organisaties met zich brengen.

14. Mag de Autoriteit ook oordelen dat de standaardcontractbepalingen zelf en/of een eventuele adequaatheidsbeslissing van de Commissie ongeldig is? Nee, daartoe heeft het geen bevoegdheid. Als het een klacht hieromtrent binnenkrijgt van een datasubject, dan moet het deze klacht onderzoeken en als het daartoe aanleiding ziet, beroep kunnen instellen bij een nationale rechter, die vervolgens prejudiciële vragen kan stellen. Interessant is dat het Hof hiermee lijkt te suggereren dat lidstaten de plicht hebben om in hun wettelijk regime mogelijk te maken dat handhavende organisaties klachten voor de rechter kunnen brengen.

15. Hoe moet dan worden beoordeeld of er een passend gegevensbeschermingsniveau is in een derde land of binnen een organisatie gevestigd in een derde land? Daarover is het Hof niet zo duidelijk. Er moeten passende waarborgen zijn, afdwingbare rechten en doeltreffende rechtsmiddelen. Een groot deel hangt dus samen met de rechten van burgers en of die rechten effectief kunnen worden ingeroepen in dat derde land.

16. Tot slot: is de AVG überhaupt wel van toepassing in deze zaak? De AVG zondert immers verwerking in het kader van nationale veiligheid uit (art. 2 lid 2 AVG), zoals activiteiten van inlichtingendiensten in het kader van terrorismebestrijding, hetgeen geldt voor het gehele EU-recht. Toch is het AVG-regime van toepassing zegt het Hof, omdat *in casu* gegevens werden doorgevoerd door een commerciële partij. Dat die later in een derde land eventueel kunnen worden ingezien en verwerkt door inlichtingendiensten is secundair. De uitzonderingsgronden op het materieel toepassingsgebied van de AVG die zijn vervat in art. 2 lid 2 moeten beperkt worden uitgelegd. Dat is interessant, omdat van Amerikaanse zijde vaak werd gesteld dat het EU Hof met de eerdere *Schrems*-uitspraak, in feite met twee maten meet. Stel gegevens worden van Nederland naar Hongarije doorgevoerd en de Hongaarse inlichtingendiensten hebben zeer grote bevoegdheden om die gegevens in te zien. Zou het Hof in zo'n geval de doorvoer verbieden naar Hongarije omdat de inlichtingendiensten in dat land te grote bevoegdheden hebben? Vermoedelijk niet, maar in het geval het dat wel zou doen, gaat het Hof dan niet zijn boekje te buiten? Het EU Hof blijft onverstoord en oordeelt wederom langs de lijn waarop het eerder deed.

Bart van der Sloot

Privacy-goeroe, Universiteit Tilburg

[1] *Schrems*, HvJ EU (GK), 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, «EHRC» 2016/2 m.nt. Koning.