

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-08

Nummer 8, 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:2020:0402JUD000893807 02-04-2020

Kukhalashvili e.a. t. Georgië, EHRM 2 april 2020, nrs. 8938/07 en 41891/07

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0331JUD008228417 31-03-2020

Jeanty t. België, EHRM 31 maart 2020, nr. 82284/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0331JUD005599714 31-03-2020

Dos Santos Calado e.a. t. Portugal, EHRM 31 maart 2020, nrs. 55997/14 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD005963616 26-03-2020

Tête t. Frankrijk, EHRM 26 maart 2020, nr. 59636/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD004422911 26-03-2020

Pendov t. Bulgarije, EHRM 26 maart 2020, nr. 44229/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD001009016 26-03-2020

Centre for Democracy and the Rule of Law t. Oekraïne, EHRM 26 maart 2020, nr. 10090/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD007864311 24-03-2020

Marius Alexandru en Marinela Ștefan t. Roemenië, EHRM 24 maart 2020, nr. 78643/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD002556013 24-03-2020

Cegolea t. Roemenië, EHRM 24 maart 2020, nr. 25560/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD002491715 24-03-2020

Asady e.a. t. Slowakije, EHRM 24 maart 2020, nr. 24917/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

[ECLI:CE:ECHR:2020:0319JUD004160313](#) 19-03-2020

Fabris en Parziale t. Italië, EHRM 19 maart 2020, nr. 41603/13

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC004372617](#) 11-02-2020

Grimmark t. Zweden, EHRM 11 februari 2020 (ontv.), nr. 43726/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:234](#) 26-03-2020

Miasto Łowicz, HvJ EU (GK) 26 maart 2020, gev. zaken C-558/18 en C-563/18

Annotatie

[A.S.N. e.a. t. Nederland \(EHRM, nrs. 68377/17 en 530/18\) – Sikhs uit](#)

[Afghanistan: kwetsbaar maar individualisering vereist](#)

Prof. Dr. A. Terlouw

Annotatie

[N.D. en N.T. t. Spanje \(EHRM, nrs. 8675/15 en 8697/15\) – Uitzetting van groep migranten geen schending van verbod collectieve uitzetting](#)

M. den Heijer

Annotatie

[Buturuga t. Roemenië \(EHRM, nr. 56867/15\) – Cybergeweld expliciet erkend als verschijningsvorm van huiselijk geweld](#)

L. Huijbers

Annotatie

[Grimmark t. Zweden \(EHRM, nr. 43726/17\) – Verloskundige niet bereid te assisteren bij abortussen, geen discriminatie vanwege godsdienst](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

[Breyer t. Duitsland \(EHRM, nr. 50001/12\) – Verplichte registratie van prepaid simkaarthouders in overeenstemming met het EVRM?](#)

H. Kranenborg

RECHTSPRAAK

**Kukhalashvili e.a. t. Georgië, EHRM 2 april 2020, nrs.
8938/07 en 41891/07**

Tijdens het bestrijden van een gevangenisopstand in 2006 zijn veel gevangenen, waaronder de familieleden van klagers, door schotwonden om het leven gekomen. Voor het Hof heeft de regering onder meer gesteld dat de operatie om de opstand te bestrijden onder meer was ingegeven door de wens om wraak te nemen op de staatsondermijnende krachten in de gevangenis. Het Hof benadrukt dat een dergelijk doel nooit in overeenstemming kan zijn met het EVRM en het gebruik van dodelijk geweld niet kan rechtvaardigen. Het stelt verder vast dat het gebruikte geweld in dit geval niet absoluut noodzakelijk is gebleken, in strijd met art. 2 lid 2 EVRM.

Klagers zijn de nabestaanden van drie mensen die in 2006 door schotwonden om het leven zijn gekomen tijdens het bestrijden van gevangenisrellen in Tbilisi. Voor het EHRM hebben zij gesteld dat de levensberoving in strijd was met art. 2 EVRM en dat er bovendien onvoldoende onderzoek is gedaan naar aanleiding van de operatie.

Het EHRM onderzoekt allereerst of is voldaan aan de procedurele positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 2 EVRM. Het stelt vast dat het onderzoek laattijdig is ingesteld en dat er niet is voldaan aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook is geen onderzoek gedaan naar de planning van de operatie of het gebruik van dodelijk en fysiek geweld in de gevangenis. Klagers hebben zich verder niet in de procedure kunnen mengen. Nu het strafrechtelijk onderzoek ook nog steeds niet is afgerond, is het Hof van oordeel dat het niet effectief is geweest en dat er sprake is van strijd met art. 2 EVRM.

Deze bevindingen zijn voor het Hof ook van belang bij zijn beoordeling van de vraag of in dit geval sprake was van toepasselijkheid van een van de uitzonderingsbepalingen van art. 2 lid 2 EVRM, dat wil zeggen of sprake was van noodzakelijk geweld. Het Hof stelt vast dat de regering naar voren heeft gebracht dat het doel van het geweld was om effectief wraak te

nemen op de staatsondermijnende krachten in de gevangenis ('to retaliate in a decisive manner against the mobsters who had attempted to challenge State authority'). Het Hof geeft aan niet de krachten van de onderwereld in Georgië te onderschatten, net zomin als de moeilijkheden bij het bestrijden daarvan. Tegelijkertijd is het van oordeel dat puur punitief, op retaliatie gericht gebruik van geweld nooit in overeenstemming kan zijn met art. 2 EVRM. Zou dat anders zijn, dan zou de geest van art. 2 EVRM worden ondermijnd, nu die bepaling juist gaat om het stellen van strakke beperkingen op de macht van de staat om dodelijk geweld te kunnen gebruiken.

Ten aanzien van de feiten stelt het Hof wel vast dat ervan mocht worden uitgegaan dat om de gevangenisrellen te kunnen neerslaan, geweldgebruik noodzakelijk kon worden geacht. De vraag is tegelijkertijd of het in dit geval ging om *absoluut* noodzakelijk geweld. Het Hof is van oordeel dat dit niet het geval was. Er was op zichzelf voldoende tijd geweest om de operatie plannen, maar er zijn geen goede geweldsinstructies gegeven aan de anti-rellenbrigade en er zijn geen alternatieve, minder dodelijke maatregelen overwogen. Het geweldgebruik was bovendien excessief en niets ontziend. Gelet op die omstandigheden stelt het Hof een schending vast van art. 2 EVRM in materieel opzicht.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-04-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0402JUD000893807

Zaaknummer: 8938/07 en 41891/07

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Jeanty t. België, EHRM 31 maart 2020, nr. 82284/17

Een suïcidale arrestant met psychische klachten is in voorarrest gehouden zonder behandeling. Hij heeft verschillende pogingen tot zelfmoord gedaan tijdens het voorarrest, maar de bewakers hebben die kunnen verijdelen. Het Hof is met 4 tegen 3 stemmen van oordeel dat dit laatste laat zien dat het recht op leven (art. 2 EVRM) in dit geval niet is geschonden. Wel is sprake van een schending van art. 3 EVRM, nu de combinatie van omstandigheden in deze zaak maakt dat het voorarrest klager een ernstige mate van leed en gevoelens van inferioriteit, angst en vernedering moet hebben opgeleverd.

Klager is in 2011 aangehouden onder meer op verdenking van zedendelicten. Al tijdens het politieverhoor vermeldde hij dat hij leed aan psychische problemen en vroeg hij om een gedwongen opname; ook maakte hij duidelijk dat hij suïcidaal was. De onderzoeksrechter beval voorarrest en klager werd in een zodanige ruimte en in zodanige omstandigheden in bewaring genomen dat hij geen zelfmoord kon plegen. Later werd hij op borgtocht vrijgelaten, maar uiteindelijk werd hij toch weer vastgezet omdat hij niet aan de voorwaarden voor vrijlating had voldaan. Klager vroeg om overplaatsing naar een andere cel omdat hij niet goed samen kon zijn met zijn celgenoten, en toen hem dat geweigerd werd dreigde hij opnieuw met zelfdoding. Daarop werd hij in een isolatiecel geplaatst, waar een bewaker hem op een bepaald moment aantrof terwijl hij zichzelf aan een broekspijp probeerde op te hangen. Daarop werd hij in isolatie gezet, werden hem al zijn spullen ontnomen, werd hij geboeid en werd hem een helm opgezet omdat hij probeerde met zijn hoofd tegen de muur te bonken. Zijn isolatie werd vervolgens nog als tuchtmaatregel iets langer voortgezet, omdat men ervan was overtuigd dat het dreigen met zelfmoord door klager erop gericht was om het gevangenispersoneel onder druk te zetten hem van cel te laten wisselen. In 2014 heeft klager nog klachten ingediend tegen het gevangenispersoneel in verband met zijn slechte behandeling, maar dit bleef voor hem zonder resultaat.

Voor het EHRM heeft hij gesteld dat art. 2 en 3 EVRM zijn aangetast door de behandeling in de

gevangenis. Ten aanzien van art. 2 EVRM overweegt het Hof dat duidelijk sprake is geweest van verschillende zelfmoordpogingen en dat dit laat zien dat zijn leven inderdaad op het spel stond, zodat art. 2 EVRM van toepassing is. Tegelijkertijd blijkt uit de feiten dat de autoriteiten alles hebben gedaan om te voorkomen dat een van deze pogingen zou lukken en dat zij in hun opzet zijn geslaagd. Gelet daarop stelt het Hof geen schending vast van art. 2 EVRM (met 4 stemmen tegen 3).

Ten aanzien van art. 3 EVRM is het Hof van oordeel dat de combinatie van klagers psychische gesteldheid (die hij al bij politieverhoor aan de politie kenbaar had gemaakt), het ontbreken van goede medische hulp en behandeling gedurende het voorarrest en de plaatsing in een isolatiecel als tuchtmaatregel na zijn zelfmoordpogingen, maakte dat sprake moet zijn geweest van een ernstige mate van leed die gevoelens van inferioriteit, angst en vernedering moeten hebben opgeleverd. Dat dit niet de bedoeling is geweest neemt niet weg dat de behandeling daardoor in strijd was met art. 3 EVRM. Het Hof is daarnaast van oordeel dat het onderzoek dat op verzoek van klager heeft plaatsgevonden naar zijn behandeling niet voldoende tijdig is opgepakt en ook te oppervlakkig is geweest. Ook de procedurele verplichtingen onder art. 3 EVRM zijn daarmee geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0331JUD008228417

Zaaknummer: 82284/17

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Dos Santos Calado e.a. t. Portugal, EHRM 31 maart 2020, nrs. 55997/14 e.a.

De klagers in deze zaak hebben op nationaal niveau constitutionele beroepen ingediend, maar deze zijn om uiteenlopende redenen niet-ontvankelijk verklaard. Ten aanzien van twee van de klachten is het Hof van oordeel dat deze niet-ontvankelijkverklaring excessief formalistisch was en dat daardoor sprake is van een ongerechtvaardigde beperking van het recht op toegang tot de rechter. Voor de derde klager was dit anders, nu diens klacht is afgewezen omdat in wezen geen sprake was van een constitutionele kwestie; het Hof acht dat een voldoende overtuigende niet-ontvankelijkheidsgrond.

Verschillende klagers hebben op nationaal niveau na afronding van de reguliere gerechtelijke procedures een klacht ingediend bij het Constitutionele Hof van Portugal. Hun klachten zijn steeds niet-ontvankelijk verklaard en een bezwaar dat zij tegen die niet-ontvankelijkverklaring indienden werd verworpen. Klagers stellen dat zij daardoor onvoldoende toegang tot de rechter hebben gehad.

Het Hof onderzoekt allereerst uitgebreid of in dit geval de nationale rechtsmiddelen voldoende zijn uitgeput, ook in het licht van de aard van de constitutionele beroepsmogelijkheden die beschikbaar waren. Het concludeert daarbij dat in het onderhavige geval de beroepsmogelijkheden inderdaad voldoende zijn uitgeput in de zin van art. 35 EVRM.

Het Hof gaat vervolgens in op de klachten over het ontbreken van effectieve toegang tot de rechter in het licht van zijn vaste rechtspraak daarover, waarbij het in het bijzonder onderzoekt of sprake is geweest van excessief formalisme bij de niet-ontvankelijkverklaring van de beroepen van klagers. Het Hof stelt vast dat eerste klaagster zich in haar constitutionele beroep had beroepen op een verkeerde wettelijke bepaling, maar dat het voor het Constitutionele Hof voldoende duidelijk moet zijn geweest op welke bepaling zij doelde. De niet-ontvankelijkverklaring was daardoor disproportioneel en in strijd met art. 6 EVRM. In

het tweede geval werd de niet-ontvankelijkheid ingegeven door het feit dat bij de hoogste reguliere rechter niet expliciet was vermeld dat ten aanzien van een bepaald onderwerp sprake zou zijn van ongrondwettigheid; ook hier kon dat echter wel uit de omstandigheden worden afgeleid, zodat opnieuw sprake was van excessief formalisme. In het derde geval werd de niet-ontvankelijkverklaring gemotiveerd doordat het zou gaan om een interpretatiekwestie ten aanzien van wetgeving, die daarmee buiten de bevoegdheid van het constitutionele hof zou vallen. Het Hof is van oordeel dat dit een redelijke uitleg is geweest en hier stelt het geen schending vast van art. 6 lid 1 EVRM.

Tot slot hebben twee van de klagers gesteld dat de rechters in het comité van drie van het nationale Constitutionele Hof onvoldoende onpartijdig zouden zijn omdat de rechter-rapporteur in het comité ook onderdeel uitmaakte van het rechtscollege dat de niet-ontvankelijkheid had uitgesproken. Het Hof is echter van oordeel dat het comité als zodanig geen volledig autonome entiteit was die zich over de zaak kon uitspreken en het verklaart de klacht om die reden niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0331JUD005599714

Zaaknummer: 55997/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

Pendov t. Bulgarije, EHRM 26 maart 2020, nr. 44229/11

De server van klager is in beslag genomen in verband met een intellectueel-eigendomsrechtelijk onderzoek. Daardoor kon klager zijn website voor Japanse animecultuur niet meer hosten, waardoor hij een belangrijke inkomstenbron kwijtraakte. Het Hof stelt vast dat het eigendomsrecht van klager is geschonden doordat de schade aanzienlijk was, terwijl er gedurende de hele periode van inbeslagname geen onderzoek van de server is uitgevoerd; bovendien had dat onderzoek ook op basis van een kopie kunnen worden gedaan. Op vergelijkbare gronden stelt het Hof een schending vast van klagers vrijheid van meningsuiting.

In verband met een IE-rechtelijk onderzoek bleek dat een boek online was gepubliceerd op een website die gedeeltelijk werd gehost door een server van klager. In verband met dit onderzoek werd een huiszoekingsbevel afgegeven waarbij toestemming werd gegeven om de server van klager in beslag te nemen. Klager gebruikte de server echter voornamelijk om een heel aantal andere websites te hosten, waaronder met name een website die was gewijd aan de Japanse animecultuur. Doordat klagers de server in beslag hadden genomen, inclusief de data die erop waren opgeslagen, kon klagers animewebsite niet meer functioneren; volgens hem heeft hem dat forse financiële schade berokkend.

Voor het EHRM heeft hij verschillende klachten naar voren gebracht, maar in verband met ontvankelijkheidsoverwegingen onderzoekt het Hof ten gronde alleen de klachten over het eigendomsrecht (art. 1 Eerste Protocol EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Het stelt voorop dat de inbeslagname inderdaad een inbreuk op het eigendomsrecht heeft opgeleverd. Ten aanzien van de proportionaliteit daarvan geldt dat de server meer dan 7,5 maand in beslag genomen is geweest, maar dat in die gehele periode geen enkel onderzoek aan de server of de data is uitgevoerd. Het is niet duidelijk geworden waarom de server niet kon worden gekopieerd, zodat het onderzoek later op de kopie kon worden uitgevoerd. Het onderzoek was verder in feite niet eens gericht tegen klagers zelf, terwijl deze daar wel sterk

nadeel van ondervond doordat zijn professionele activiteiten erdoor werden gehinderd. Nu met al die factoren onvoldoende rekening is gehouden stelt het Hof een schending vast van art. 1 Eerste Protocol EVRM.

Ten aanzien van de klacht over de vrijheid van meningsuiting overweegt het Hof dat klager zijn server gebruikte voor het hosten van een website over de Japanse animecultuur, hetgeen als een uitoefening van de vrijheid van meningsuiting moet worden aangemerkt. Weliswaar heeft klager later een minimale versie van zijn website kunnen terugplaatsen, maar hij heeft duidelijk significante hinder van de inbeslagname ondervonden. Ook ten aanzien van deze klacht overweegt het Hof dat de inbeslagname weliswaar een legitiem doel diende, maar dat er nooit onderzoek van de data op de server is uitgevoerd. De regering heeft aangevoerd dat de beperking van de vrijheid van meningsuiting beperkt was omdat klager geen journalist, politicus of klokkenluider was, en het Hof geeft toe dat het hier niet ging om politieke maar om artistieke uitingen. Niettemin is dat onvoldoende om de weegschaal te laten doorslaan in het voordeel van de staat, vooral ook in het licht van de overwegingen van het Hof in het kader van de toetsing aan het eigendomsrecht. Gelet op die omstandigheden is er ook sprake van een schending van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD004422911

Zaaknummer: 44229/11

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Miasto Łowicz, HvJ EU (GK) 26 maart 2020, gev. zaken C-558/18 en C-563/18

Twee Poolse rechtbanken hebben prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU omdat zij denken dat in Polen tuchtprocedures op politieke gronden tegen rechters worden aangespannen om hen ertoe te brengen in lijn met de politieke voorkeuren van de regering te oordelen. Het HvJ EU verklaart deze zaken niet-ontvankelijk omdat er geen duidelijke EU-component is verbonden aan de hoofdzaken waarin de vragen zijn voorgelegd. Wel benadrukt het dat het niet aanvaardbaar is dat nationale rechters kunnen worden blootgesteld aan tuchtprocedures omdat zij prejudiciële vragen voorleggen aan het HvJ EU.

In de eerste zaak (C-558/18) heeft de stad Łowicz de Poolse schatkist gedaagd om betaling te verkrijgen voor een bedrag van ruim een half miljoen euro aan financiële dekking van de kosten die de stad heeft gemaakt bij de uitvoering van overheidstaken in de periode van 2005-2015. In de tweede zaak (C-563/18) gaat het om een vervolging van drie personen in verband met deelneming aan ontvoeringen met het oog op het krijgen van losgeld. Beide zaken hebben gemeenschappelijk dat de vrees bestaat dat een tuchtprocedure zal worden aangespannen tegen de alleensprekende rechter die is belast met de beoordeling van deze zaken, als hij in deze zaken tegen de zin van de Poolse regering zou beslissen, dat wil zeggen als hij in de eerste zaak het verzoek van de stad zou toewijzen en als hij in de tweede zaak de verdachten als 'spijtoptanten' zou kwalificeren. Deze zorg is ingegeven door de recente hervormingen in de rechterlijke macht in Polen, waardoor de minister van Justitie volgens de verwijzende rechters een aanmerkelijke beïnvloedingsmacht heeft gekregen als het gaat om het instellen van tuchtrechtelijke procedures en de uitkomst daarvan. De verwijzende rechters hebben daarom in beide zaken het Hof de vraag voorgelegd of art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU in de weg staat aan bepalingen die het risico van afbreuk aan de waarborg van een onafhankelijke tuchtprocedure tegen rechters in Polen aanzienlijk verhogen door politieke beïnvloeding van

het verloop van tuchtprocedures, het risico dat een tuchtregeling wordt gebruikt met het oog op het krijgen van politieke controle over de inhoud van rechterlijke beslissingen, en de mogelijkheid om in het kader van tuchtprocedures tegen rechters gebruik te kunnen maken van door middel van door strafbare feiten verkregen bewijsmateriaal.

Het HvJ acht zichzelf bevoegd om art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU uit te leggen, nu deze bepaling toepassing vindt ten aanzien van iedere nationale instantie die kan worden aangezocht om als rechter te oordelen over vraagstukken die de toepassing of de uitlegging van het Unierecht betreffen en dus behoren tot gebieden die onder dat recht vallen. Ten aanzien van de ontvankelijkheid oordeelt het HvJ vervolgens dat de hoofdgedingen geen enkel verband met het Unierecht vertonen en dus ook niet met art. 19 lid 1, tweede alinea VEU, en dat de verwijzende rechters deze bepaling ook niet hoeven toe te passen om te bepalen hoe die gedingen ten gronde moeten worden beslist. Het Hof is bovendien van oordeel dat de vragen de rechters niet in staat zullen stellen om procedurele kwesties van nationaal recht op te lossen waardoor zij vervolgens uitspraak ten gronde kunnen doen in de aanhangige gedingen. De vragen hebben dus geen betrekking op een uitleg van EU-recht die objectief noodzakelijk is voor de beslechting van de hoofdgedingen. Wel oordeelt het Hof dat nationale bepalingen waaruit zou voortvloeien dat nationale rechters kunnen worden blootgesteld aan tuchtprocedures omwille van het feit dat zij het Hof om een prejudiciële beslissing hebben verzocht, niet toelaatbaar zijn. Dat kan namelijk afbreuk doen aan de mogelijkheden en taken die de nationale rechters onder art. 267 VWEU toekomen. Bovendien vormt niet-blootstelling aan dergelijke procedures een waarborg die inherent is aan hun onafhankelijkheid, die essentieel is voor de goede werking van het stelsel van rechterlijke samenwerking. De verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn niet-ontvankelijk.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 26-03-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:234

Zaaknummer: C-558/18 en C-563/18

Wetsartikelen: VEU art. 19 lid 1, tweede alinea en VWEU art. 267

RECHTSPRAAK

Tête t. Frankrijk, EHRM 26 maart 2020, nr. 59636/16

Klager heeft een open brief aan de Franse autoriteit financiële markten geschreven waarin hij stelde dat een bankengroep zich mogelijk schuldig maakte aan strafbare feiten. Naar aanleiding van een klacht van de bank is klager een boete van 3000 euro wegens laster opgelegd. Volgens het Hof hebben de nationale rechters ten onrechte alleen de wetgeving over laster toegepast en geen eigen afweging gemaakt. De brief was geschreven over een onderwerp van maatschappelijke controverse, diende een politiek doel en was genuanceerd geformuleerd; ook was de boete relatief hoog. De veroordeling leverde dan ook een schending op van art. 10 EVRM.

Klager is advocaat en lid van de gemeenteraad van Lyon. Hij was een van de betrokkenen in het publieke protest tegen een beursgang van de bank Olympique Lyonnais Groep (OL Groep), die bedoeld was om de bouw van een nieuw voetbalstadium in Lyon mogelijk te maken. In verband met dit protest schreef klager in 2010 een open brief aan de president van de Franse Autoriteit voor financiële markten (AMF) waarin hij de aandacht vestigde op onregelmatigheden rondom de beoogde beursgang en waarin hij aangaf dat een CEO van de OL Groep zich mogelijk schuldig maakte aan strafbare feiten. De AMF antwoordde dat er verder geen publieke mededelingen konden worden gedaan over een eventueel onderzoek naar de gang van zaken. De OL Groep en de CEO daarvan stelden wel een procedure in wegens laster tegen klager, waarbij zij in het gelijk werden gesteld en klager een boete van 3000 euro werd opgelegd plus een verplichting tot schadevergoeding van 5000 euro aan de civiele partijen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat door het opleggen van deze boete de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM is aangetast. Het EHRM stelt voorop dat er in dit geval duidelijk sprake is van een inbreuk, die is voorzien bij wet en die het legitieme doel nastreeft van de bescherming van de rechten en reputatie van anderen. Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de inbreuk merkt het Hof op dat geen van de nationale rechters een

daadwerkelijke belangenafweging heeft gemaakt, omdat zij alleen de relevante bepaling over laster in het Franse recht hebben toegepast en zijn nagegaan of aan de vereisten van die bepaling is voldaan. Het Hof is daarom van oordeel dat zij niet zelf voldoende zorgvuldig hebben getoetst of de vrijheid van meningsuiting is geschonden. Zelf kijkend naar de omstandigheden van het geval overweegt het Hof dat de brief niet heeft geleid tot een daadwerkelijk onderzoek naar de OL Groep of de CEO, waardoor de vermoede reputatieschade uiteindelijk beperkt is gebleven. Verder ging het om een brief die is geschreven in het kader van een discussie over een onderwerp van algemeen belang waarover al veel politieke commotie en controversen bestond. Klager zelf was bovendien ook politicus en had de brief in die hoedanigheid geschreven. Het Hof merkt ook op dat de brief niet heel stellig, maar meer vragend was geformuleerd. Tot slot acht het Hof relevant dat de boete in dit geval relatief hoog was en dat dit een ontmoedigend effect kan hebben voor de vrijheid van meningsuiting. Gelet op die omstandigheden stelt het een schending vast van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD005963616

Zaaknummer: 59636/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Centre for Democracy and the Rule of Law t. Oekraïne, EHRM 26 maart 2020, nr. 10090/16

Een non-gouvernementele organisatie heeft zonder succes geprobeerd toegang te krijgen tot de CV's van partijleiders tijdens de parlementsverkiezingen van 2014 om hun integriteit te kunnen checken. Het Hof stelt vast dat deze toegang tot overheidsinformatie binnen het bereik van art. 10 EVRM komt en dat de organisatie er een publiek doel mee wilde dienen. De privacybelangen van de politici die daar tegenover staan, zijn volgens het Hof van minder groot gewicht, ook gelet op de verkiezingscontext. Het niet-verschaffen van toegang was dan ook in strijd met art. 10 EVRM.

Klager is een non-gouvernementele organisatie die in 2014 in het kader van de parlementsverkiezingen toegang heeft geprobeerd te krijgen tot de CV's van zes leiders van politieke partijen. Die CV's waren beschikbaar bij de centrale kiescommissie, maar deze weigerde om hierin inzage te geven.

Voor het Hof heeft klager gesteld dat dit gebrek aan toegang tot informatie in de weg heeft gestaan aan het effectief kunnen benutten van de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het normaal gesproken in het kader van de ontvankelijkheid van de klacht moet nagaan of het recht op toegang tot overheidsinformatie wel wordt beschermd door art. 10 EVRM, maar in dit geval acht het die kwestie dusdanig verbonden met de feiten dat het die in het kader van de toetsing ten gronde wil beoordelen.

In verband met die inhoudelijke beoordeling stelt het Hof de uitgangspunten voorop die het eerder heeft gedefinieerd in *Magyar Helsinki Bizottság*.^[1] Deze uitgangspunten toepassend constateert het dat de CV's bepaalde informatie bevatten die zodanig privé was dat klager daar geen toegang toe kon krijgen (zoals hij zelf ook had toegegeven) en ook informatie die klager uit openbare bronnen had kunnen verkrijgen. Voor het verkrijgen van de informatie over de opleiding en werkgeschiedenis van de politici moet het Hof niettemin wel nagaan of dit wordt

afgedekt door art. 10 EVRM. In de onderhavige zaak heeft klager toegelicht dat hij zich onder meer zorgen maakte over de integriteit van kandidaten voor hoge functies in het licht van eerdere controverse over de kwalificaties van hoge ambtenaren. Dit doel is wel pas kenbaar gemaakt in het licht van de nationale rechterlijke procedures, maar niet al bij het doen van de aanvraag om inzage. Het Hof oordeelt op dit punt dat het hier gaat om informatie waarvan de betrokken politici redelijkerwijs moesten kunnen aannemen dat die beschikbaar zou moeten zijn in het publieke domein. Ook is duidelijk dat klagers doel er een van algemeen belang was en dat hij daarmee zijn waakhondfunctie probeerde uit te oefenen. Door de weigering om toegang te verlenen heeft de kiescommissie volgens het Hof dan ook het recht om informatie te ontvangen en te verspreiden zodanig aangepast dat de wezenlijke kern van art. 10 EVRM is geraakt. Dat is alleen aanvaardbaar wanneer daarvoor een overtuigende rechtvaardiging bestaat. In het onderhavige geval was de beperking wel voldoende bij wet voorzien, maar kon die alleen noodzakelijk zijn wanneer sprake zou zijn geweest van een vergaande inbreuk op de privésfeer van de politici zoals die beschermd wordt door art. 8 EVRM. Het Hof overweegt dat in dit geval die rechten niet aantoonbaar van zodanig gewicht waren dat ze moesten prevaleren boven de art. 10-rechten van klager. Zoals het Hof eerder al overwoog ging het in dit geval immers om politici die zich toch al hadden blootgesteld aan grotere publieke controle. Een dergelijke overweging ontbrak in de nationale beoordeling, net als een deugdelijke belangenafweging. Er is daarom sprake van een schending van art. 10 EVRM.

[1] *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, «EHRC» 2017/36 m.nt. McGonagle.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD001009016

Zaaknummer: 10090/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Cegolea t. Roemenië, EHRM 24 maart 2020, nr. 25560/13

Klaagster is een Roemeense politica die de Italiaanse minderheid wil vertegenwoordigen in het parlement. Zij kan zich echter niet kandidaat stellen voor de parlementsverkiezingen van 2012 omdat haar partij niet als charitatieve organisatie is geregistreerd. Nu die eis niet wordt gesteld voor politici die lid zijn van partijen die al in het parlement zijn vertegenwoordigd, en de procedure rondom registratie van de partij onzorgvuldig en onvoorzienbaar is verlopen, oordeelt het EHRM dat hierdoor sprake is van een schending van art. 3 Eerste Protocol EVRM in samenhang met art. 14 EVRM.

Klaagster is een Roemeense politica die behoort tot de Italiaanse minderheid in Roemenië. In 2012 heeft zij voor haar stichting *Vox Mentis* de status van charitatieve organisatie aangevraagd, zoals vereist was door de relevante wetgeving om kandidaat te kunnen zijn voor de parlementsverkiezingen van 2012. Dit verzoek werd afgewezen en om die reden werd ook klaagsters verzoek om zich kandidaat te stellen geweigerd. Procedures daartegen waren niet succesvol.

Voor het EHRM stelt klaagster dat sprake is van een schending van art. 3 Eerste Protocol EVRM in samenhang met art. 14 EVRM omdat er aan haar kandidatuur feitelijk hogere eisen werden gesteld dan aan kandidaten voor partijen die vertegenwoordigd waren in het parlement en die alleen hun kandidatuur hoefden te vernieuwen. Het EHRM stelt voorop dat het over de relevante wetgeving al eerder uitspraak heeft gedaan en daarbij een schending van art. 3 Eerste Protocol heeft vastgesteld, maar dat de wetgeving in 2012 is gewijzigd. Ook de nieuwe wetgeving bevatte echter nog de eerder al bestaande regels die verschil maken tussen politieke partijen die al wel of nog niet vertegenwoordigd zijn in het parlement. De nieuwe regeling kon voor klaagster dan ook niet als een verrassing zijn gekomen en ze had haar stichting al eerder voor registratie in aanmerking kunnen brengen dan ze heeft gedaan. Niettemin stelt het Hof ook vast dat de wijziging van de wetgeving erg kort voor de verkiezingen plaatsvond. De gang van zaken rondom de registratie van de stichting is

bovendien onzorgvuldig geweest doordat de deadlines niet duidelijk waren en twee verschillende bevoegde organen zich verschillend over het verzoek hebben uitgesproken, waarbij op uiteenlopende gronden werd geoordeeld dat de stichting van klaagster niet aan de eisen voor registratie zou voldoen. Die verschillen waren gebaseerd op een andere interpretatie van de relevante wetgeving, waaruit kan worden afgeleid dat die niet echt heel duidelijk was. De hoogste rechter had bovendien de registratie eveneens afgewezen, maar niet omdat de stichting niet aan de eisen zou voldoen, maar omdat de vraag of daaraan is voldaan volledig tot de discretie van het bestuur zou behoren. Dat betekent dat er geen volledige toetsing van de besluiten tot weigering mogelijk was, zodat ook de rechtsbescherming ontoereikend was. Gelet op dit alles oordeelt het Hof dat sprake is geweest van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling ten aanzien van klaagster in vergelijking met minderheidsorganisaties die al in het parlement vertegenwoordigd waren, en stelt het een schending vast van art. 3 Eerste Protocol EVRM in samenhang met art. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD002556013

Zaaknummer: 25560/13

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM Eerste Protocol art. 14

RECHTSPRAAK

**Marius Alexandru en Marinela Ștefan t. Roemenië, EHRM
24 maart 2020, nr. 78643/11**

Klagers auto is getroffen door een omvallende boom, waardoor zij levensbedreigend letsel opliepen. Het EHRM stelt vast dat weliswaar onderzoek is gedaan naar de oorzaken van het omvallen van de boom, maar dat voor het overige de nationale procedures tot vaststelling van aansprakelijkheid tekort zijn geschoten. Dat levert een schending van de procedurele positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM op. Van een materiële schending is geen sprake, nu niet is gebleken van tekortkomingen in de regelgeving en handhaving rondom bomenonderhoud langs de Roemeense wegen.

Klagers auto werd in 2007 getroffen door een omvallende boom langs een weg. Zij hebben daaraan zeer ernstig en levensgevaarlijk letsel overgehouden, terwijl klaagsters ouders en broer bij dit incident om het leven kwamen. Naar aanleiding van het ongeluk is een onderzoek ingesteld, maar klagers vinden dat dit niet toereikend is geweest om de verantwoordelijkheid vast te kunnen stellen voor de schade die zij hebben geleden. Ook zijn zij van oordeel dat de staat tekort is geschoten in het bieden van bescherming tegen dit soort incidenten.

Het Hof besluit de zaak onder art. 2 EVRM te behandelen. Weliswaar zijn de klagers zelf niet daadwerkelijk komen te overlijden, maar het letsel was wel zodanig ernstig dat van levensgevaar sprake was. Daarnaast kan worden aangenomen dat de staat tot op zekere hoogte verantwoordelijk is voor het beschermen van de levens van mensen in dit soort omstandigheden, nu het in dit geval ging om een boom langs een nationale weg, waarbij gold dat het onderhoud daarvan tot de verplichtingen van de staat behoorde.

Het Hof onderzoekt dan eerst of aan de procedurele verplichtingen is voldaan die de staat in een geval als dit heeft. Weliswaar is het nodige aan deskundigenonderzoek uitgevoerd om te achterhalen hoe het kon dat de boom plotseling omviel, maar er zijn ook veel tekortkomingen in het onderzoek geweest en de nationale procedures hebben bovendien disproportioneel lang

geduurd. Gelet daarop stelt het Hof een schending vast van de procedurele positieve verplichtingen van de staat onder art. 2 EVRM.

In de tweede plaats gaat het Hof na of de staat voldoende heeft gedaan om het recht op leven van klagers te beschermen. Het overweegt dat er in algemene zin is voldaan aan de verplichting om een stelsel van regelgeving, uitvoering en handhaving in het leven te roepen om de bomen langs nationale wegen te onderhouden en regelmatig te onderzoeken op veiligheid. Ook in het concrete geval heeft het Hof geen zodanige tekortkomingen kunnen vinden dat toch moet worden aangenomen dat de staat meer had moeten of kunnen doen. Op dit punt stelt het Hof dan ook geen schending vast van art. 2 EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD007864311

Zaaknummer: 78643/11

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Asady e.a. t. Slowakije, EHRM 24 maart 2020, nr. 24917/15

Een groep Afghaanse asielzoekers is in 2014 aan de Slowaakse grens tegengehouden. Zij zijn verhoord en vervolgens allemaal op dezelfde dag uitgezet. Volgens klagers was daarbij sprake van collectieve uitzetting in strijd met art. 4 van Protocol 4 EVRM. Het EHRM stelt echter vast (met 4 stemmen tegen 3) dat er in dit een voldoende geïndividualiseerde beoordeling van de individuele kwesties heeft plaatsgevonden en stelt geen schending vast. Daardoor is er ook geen ‘arguable claim’ onder art. 13 EVRM, zodat het Hof op de klacht daarover niet in hoeft te gaan.

Klagers zijn Afghanen die in 2014 probeerden de Slowaakse grens over te steken. Zij zijn daarbij aangehouden en verhoord door de politie. Volgens de logboeken zijn sommige van deze verhoren op hetzelfde tijdstip gehouden, in aanwezigheid van dezelfde tolk, maar volgens de regering zijn alle klagers individueel gehoord. De vragen in de verhoren waren gestandaardiseerd en de geregistreerde antwoorden waren grotendeels identiek. Het enige verschil tussen de processen-verbaal was gelegen in de vermelde hoeveelheid contant geld die klagers bij zich hadden. Vlak na de verhoren is een besluit tot uitzetting van klagers genomen, waarop zij allemaal op dezelfde dag en tijd het land uit zijn gezet.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat in dit geval sprake was van een collectieve uitzetting in strijd met art. 4 Vierde Protocol EVRM. Het EHRM stelt allereerst vast dat voor een aantal van de klagers geldt dat zij geen contact hebben onderhouden met hun advocaat en dat ook niet anderszins is gebleken dat ze hun klachten wilden voortzetten. Hun klachten zijn dan ook van de rol geschrapt. Ten aanzien van de resterende klagers zet het Hof allereerst zijn vaste rechtspraak over de collectieve uitzetting van vreemdelingen uiteen. Op basis van de daarin vastgelegde criteria constateert het Hof dat er *in casu* sprake was van een uitzetting in de zin van art. 4 Vierde Protocol, maar dat nog wel moet worden nagegaan of die ook ‘collectief’ van aard was. Daarbij beoordeelt het Hof de feiten van de zaak. Het feit dat sommige interviews volgens de logboeken gelijktijdig hebben plaatsgevonden acht het minder

relevant, omdat dat ook het gevolg kan zijn van een wat slordige administratie. Het Hof begrijpt daarnaast dat klagers vergelijkbare vluchtrelazen kunnen hebben gehad, omdat ze als groep hebben gereisd; daardoor is het niet gek dat hun antwoorden op de gestandaardiseerde vragen vergelijkbaar waren. Het feit dat de interviews maar heel kort (tien minuten) duurden kan worden verklaard door het feit dat de zaken van klagers vrij duidelijk waren. Klagers hebben ook niet later nog gegevens aangevoerd die in de verhoren naar boven hadden kunnen of moeten komen. Al met al is niet gebleken dat de klagers onvoldoende mogelijkheden hebben gehad om hun individuele omstandigheden naar voren te brengen, zodat er geen sprake is van een schending van art. 4 Vierde Protocol EVRM (4 stemmen tegen 3). De klacht over gebrek aan toegang tot rechtsmiddelen wijst het Hof af omdat er in dit geval geen sprake was van een 'arguable claim' onder art. 13 EVRM.

Aan de uitspraak is een *dissenting opinion* gehecht van rechter Keller, die van mening is dat enkele klachten ten onrechte van de rol zijn geschrapt. Daarnaast is er een gezamenlijke *dissenting opinion* van rechters Lemmens, Keller en Schembri Orland, die op basis van een andere beoordeling van de feiten van mening zijn dat er in dit geval wel degelijk sprake was van collectieve uitzetting, waarbij die uitzetting ook niet aan het eigen gedrag van de klagers toe te schrijven was.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD002491715

Zaaknummer: 24917/15

Wetsartikelen: EVRM art. 13, EVRM art. 37 en EVRM Vierde Protocol art. 4

RECHTSPRAAK

Fabris en Parziale t. Italië, EHRM 19 maart 2020, nr. 41603/13

Een drugsverslaafde gevangene is overleden aan het snuiven van gas uit een gasfles uit de gevangeniskeuken. In samenhang met een later gebleken medische aandoening leverde dit een acute hartstilstand op. Volgens het Hof kon de staat in dit geval niet redelijkerwijs weten dat er een concreet risico bestond voor het leven van klager en zijn er ook niet onvoldoende preventieve maatregelen getroffen daartegen. Evenmin heeft de – verder volgens het Hof zorgvuldige – procedure, die na zeven jaar werd beëindigd wegens verjaring, te lang geduurd.

Klagers zijn een oom en een nicht van A., die verslaafd was aan drugs en in de gevangenis zat. Daar werd hij in 2005 dood aangetroffen, waarbij de gevangenisbewaarders, toen ze hem probeerden te reanimeren, een gaslucht uit zijn mond roken. Ook werd een gasfles naast hem aangetroffen, die aan gevangenen ter beschikking werden gesteld ten behoeve van gebruik in de gevangeniskeuken. Uit een na autopsie opgemaakt rapport bleek dat de oorzaak van het overlijden van klager onduidelijk was, maar bij nader onderzoek bleek dat de dood eigenlijk alleen door inhaleren van gas veroorzaakt kon zijn. Klager had ook al eerder gas geïnhaleerd (net als andere gevangenen deden) en was daaraan nu overleden doordat – zoals bij het nadere onderzoek bleek – hij een onderliggende aandoening had waardoor het inhaleren van gas een hartstilstand kon veroorzaken. Naar aanleiding van het overlijden werd een gerechtelijke procedure opgestart, waarin klagers als civiele partijen betrokken waren. In 2009 probeerde de openbaar aanklager de zaak te laten beëindigen, maar op last van de rechter werd die toch voortgezet en werden er ook enkele verdachten gehoord. In 2012 probeerde de openbaar aanklager opnieuw de procedure stop te laten zetten; eind 2012 werd dit verzoek gehonoreerd omdat de zaak verjaard was geraakt.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat onvoldoende beschermende maatregelen zijn

genomen om te voorkomen dat A. zou overlijden en dat na zijn overlijden de positieve onderzoeksverplichtingen onvoldoende zijn gerespecteerd.

Het Hof overweegt allereerst dat de nicht van A. weliswaar op nationaal niveau is beschouwd als nabestaande en is toegelaten als derde-partij in de strafzaak, maar dat de nabijheid van de nicht tot A. niet voldoende is om als indirect slachtoffer te kunnen worden aangemerkt onder art. 34 EVRM. Het Hof verklaart haar klacht dan ook niet-ontvankelijk.

Ten aanzien van de preventieve verplichtingen onder art. 2 EVRM stelt het Hof vast dat klager onder voortdurend medisch toezicht stond en dat de medische aandoening van klager pas na diens overlijden werd ontdekt. De autoriteiten konden niet redelijkerwijze weten dat hij een groter risico had dan andere drugsverslaafden om aan de gevolgen van het gebruik van drugs en andere substanties te overlijden. Na het eerdere incident met het snuiven van gas hadden de gevangenisautoriteiten maatregelen genomen die op zichzelf effectief konden zijn, en in de aanloop naar het dodelijke incident had klager geen signalen getoond van fysieke of mentale stress. Gelet daarop konden de autoriteiten niet redelijkerwijze weten of verwachten dat er een concreet risico bestond voor het leven van klager en dat zij dus nadere maatregelen hadden moeten treffen. Er is dan ook geen schending van de materiële verplichtingen onder art. 2 EVRM.

Het Hof is verder van oordeel dat het onderzoek naar de toedracht op zichzelf zorgvuldig was en dat klager ook voldoende betrokken is geweest in de procedure. De vertragingen waren ook onvoldoende om te kunnen aannemen dat de staat daarvoor verantwoordelijk moet worden gehouden, zodat het Hof ook geen schending vaststelt van de procedurele positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0319JUD004160313

Zaaknummer: 41603/13

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 34

ANNOTATIE

A.S.N. e.a. t. Nederland (EHRM, nrs. 68377/17 en 530/18) – Sikhs uit Afghanistan: kwetsbaar maar individualisering vereist***Prof. Dr. A. Terlouw***

1. Deze uitspraak in de zaak[1] van de twee Sikh-families uit Afghanistan is met name interessant omdat de vraag aan de orde is of het Nederlandse beleid voldoende ruimte laat voor het meewegen van humanitaire individuele risico's bij terugkeer naar het land van herkomst. Het EHRM is in meerderheid van oordeel van wel, maar de grootst mogelijke meerderheid van drie dissenters, waaronder de Nederlandse rechter Schukking - denkt hier anders over. In deze noot zal ik met name aandacht besteden aan het prominente, in mijn ogen onevenredige, gewicht dat de geloofwaardigheidsbeoordeling tegenwoordig in het Nederlandse beleid krijgt. Daarnaast maak ik enkele opmerkingen over groepsvervolgung, het vereiste van *special distinguishing features* de betekenis van de aard van de mensenrechtenschendingen en de positie van kinderen uit kwetsbare minderheidsgroepen.

2. Volgens het EHRM is de situatie in Afghanistan, althans in Kabul, niet zodanig ernstig dat niemand daarheen mag worden uitgezet. Het EHRM baseert zich daarbij op de eigen eerdere jurisprudentie (par. 94 en 105) en stelt vol en *ex nunc*-toetsend vast dat de situatie sindsdien niet zodanig is verslechterd dat elke uitzetting naar Afghanistan tot een schending van art. 3 EVRM zou leiden (par. 106). Het EHRM is tevens van oordeel dat er geen sprake is van groepsvervolgung van Sikhs in Afghanistan (par. 107). Het enkele behoren tot de Sikh-minderheid is dus niet voldoende om een reëel risico op schending van art. 3 EVRM aan te nemen. Daarbij verwijst het Hof onder meer naar de ambtsberichten van het ministerie van Buitenlandse Zaken over Afghanistan van 15 november 2016 en van maart 2019 en naar diverse internationale rapporten.[2] Daarbij moet worden opgemerkt dat UNHCR ook als derde partij heeft geïntervenieerd (par. 99), waarin de organisatie onder meer opmerkt dat het Nederlandse beleid omtrent risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen in de praktijk onvoldoende tegemoet komt aan de beschermingsbehoefte van Afghaanse Sikhs.[3] UNHCR blijft echter rijkelijk vaag over de vraag of er sprake is van groepsvervolgung van Sikhs en dat vormt mede reden voor het Hof om aan te nemen dat er geen sprake is van een *Salah Sheekh*

-situatie (par. 111).[4] Dat wil zeggen dat er *special distinguishing features* moeten zijn wil het Hof een art. 3 EVRM-schending aannemen (par. 112). Wel erkent het Hof dat de situatie van Sikhs reden geeft tot zorg (par. 110). Volgens de landeninformatie is er sprake van discriminatie ook van staatswege, politiegeweld, intolerantie jegens Sikhs, beperkingen van hun vrijheid van religie en worden zij geïntimideerd. De aard van de mensenrechtenschendingen is volgens het Hof 'on balance' echter onvoldoende om voor Sikhs als groep aan te nemen dat zij systematisch zijn blootgesteld aan een onmenselijke behandeling (par. 111).

3. Het Hof accepteert het Nederlandse beleid inhoudend dat Sikhs uit Afghanistan worden aangemerkt als een risicogroep en een kwetsbare minderheidsgroepen. Dit beleid is neergelegd in de Vreemdelingencirculaire (Vc C2/3.2 en Vc C2/3.3, zie ook Werkinstructie 2013/14) en houdt in dat als er sprake is van een risicogroep of een kwetsbare minderheidsgroep volgens het landgebondenbeleid, er geen sprake hoeft te zijn van systematische vervolging. Een asielzoeker die behoort tot een risicogroep moet aannemelijk maken dat hij persoonlijk voor vervolging heeft te vrezen wegens het behoren tot die groep, maar geringe indicaties zijn voldoende om die vrees aannemelijk te maken. Een asielzoeker die behoort tot een kwetsbare minderheidsgroep kan om het risico van een schending van art. 3 EVRM aannemelijk te maken, volstaan met beperkte indicaties. Beperkte indicaties kunnen bijvoorbeeld bestaan uit eerdere vervolging, maar het hoeven geen persoonlijke ervaringen te betreffen. Ook door te wijzen op mensenrechtenschendingen die andere Sikhs in hun onmiddellijke kring hebben ondervonden, kunnen de asielzoekers aannemelijk maken dat zij een reëel risico lopen van ernstige schade. De asielzoeker die behoort tot een kwetsbare minderheidsgroep hoeft niet aannemelijk te maken dat de mensenrechtenschendingen zijn ingegeven doordat hij behoort tot de kwetsbare minderheidsgroep. Het EHRM accepteert dit beleid en vereist dus dat er wel sprake moet zijn van *special distinguishing features*. Het lijkt erop dat de *special distinguishing features* gelijk kunnen worden gesteld met de geringe en beperkte indicaties, maar helemaal duidelijk is dat niet. Al met al is het de vraag of het landenbeleid gunstig uitpakt voor asielzoekers. Op het eerste gezicht wel, het verlaagt immers de bewijslast voor asielzoekers uit risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen, beperkte of geringe indicaties zijn voldoende. Aan de andere kant bestaat het risico - zo laat de onderhavige uitspraak zien - dat niet meer naar het gehele asielrelaas wordt gekeken, maar het alleen wordt beoordeeld in de context van dat landenbeleid. Wel duidelijk is dat het Hof met deze uitspraak accepteert dat ook bij risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen individualisering is vereist. Welke mate van individualisering dat moet zijn en welke geringe indicaties voldoende zijn, wordt uit de uitspraak echter niet duidelijk. Dat laat het Hof over aan het Nederlandse beleid.

4. De klagers in kwestie hadden volgens de Nederlandse autoriteiten niet geloofwaardig aangetoond dat zij in het verleden aan geweld zijn blootgesteld en evenmin dat zij een reëel risico lopen daaraan in de toekomst te zullen worden blootgesteld. Daarnaast hadden zij aangevoerd dat zij bij terugkeer niet meer zouden kunnen rekenen op steun vanuit de Sikh-gemeenschap. De eventuele risico's op een schending van art. 3 EVRM die zij ten gevolge daarvan zouden lopen zijn door Nederland echter niet individueel beoordeeld. Het EHRM accepteert dit. Het is weliswaar van oordeel dat deze laatste individuele factoren met betrekking tot wat hen bij terugkeer te wachten staat door de Nederlandse IND ten onrechte niet zijn betrokken in het besluit en dat de toetsing door Nederland dus te beperkt was, maar deze tekortkoming in de toetsing is niet zodanig dat er volgens het Hof sprake is van een schending van art. 3 EVRM. De reden waarom het Hof over de procedurele tekortkoming heenstapt, is dat het van oordeel is dat de gronden inhoudelijk niet zwaar genoeg zijn om de art. 3 EVRM-drempel te halen (par. 125). Dit laat zien dat het EHRM ondanks de nadruk op het nationale oordeel toch nog steeds een eigen oordeel geeft. Dat is niets nieuws, dat doet het Hof al sinds *Husseini t. Zweden*[5] en *J.K. t. Zweden*[6]. Volgens Geertsema past het EHRM ondanks verwijzingen naar de grondigheid van de nationale procedure 'nog steeds een grondige beoordeling toe en geeft het indien nodig een eigen beoordeling van de feiten.'[7] Baldinger ziet net als Geertsema 'in de arresten van het EHRM van de afgelopen tien jaar meer nadruk op een beoordeling van de zorgvuldigheid van de nationale procedure. Het EHRM benadrukt nu meer dan voorheen zijn subsidiaire rol.'[8] In de onderhavige zaak herhaalt het Hof de mantra dat de nationale autoriteiten het best in staat zijn om de feiten vast te stellen. Toch komt het na een eigen beoordeling tot de conclusie komt dat er ondanks de tekortkomingen in de nationale procedure geen sprake zou zijn van een art. 3 EVRM-schending. Over het vergoelijken van de procedurele tekortkoming verschillen de dissenters Lemmens, Vehabović en Schukking van het meerderheidsoordeel. Hoewel ook zij instemmen met het Nederlandse beleid met betrekking tot Sikhs in zijn algemeenheid, vinden zij dat het niet aanvaardbaar is dat zij met de gevolgde procedure tekort zijn geschoten. Zij wijzen op de zaak *Jabari t. Turkije* waarin het Hof heeft geoordeeld dat het absolute karakter van art. 3 EVRM een *rigorous scrutiny* vereist.[9] Op grond daarvan komen zij tot de conclusie dat de individuele omstandigheden van klagers door de Nederlandse autoriteiten onvoldoende zijn meegenomen bij de beoordeling van het risico. Dat sprake was van een opvolgende aanvraag, waarbij niet een zelfde grondigheid van de beoordeling door de nationale autoriteiten mag worden vereist, neemt niet weg dat dan de oorspronkelijke aanvraag wel diepgaand had moeten worden onderzocht. De dissenters doen daarom de aanbeveling om de Werkinstructie over kwetsbare minderheidsgroepen aan te passen en daarin uitdrukkelijk op te nemen dat alle relevante omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van het risico, 'including those relating to foreseeable hardship which the individual has alleged he

or she will face on returning (par. 12 *dissenting opinion*). Eerder schreef Westerveen in zijn noot bij deze uitspraak in *A&MR* dat hij betwijfelt of dit gaat helpen.[10] Mits er een echte wijziging van zowel de Werkinstructie over kwetsbare minderheden, maar vooral ook van die over de integrale geloofwaardigheidsbeoordeling plaatsvindt, kan hiervan in mijn ogen wel degelijk een verbetering worden verwacht, zie hierover verder onder punt 6 en 7. Overigens vinden ook de dissenters dat de nationale autoriteiten het best zijn geëquipeerd om de feiten en de geloofwaardigheid te beoordelen. Het is aan die nationale autoriteiten om op basis daarvan ‘to draw all the relevant threads together and to assess whether or not the applicants’ individual circumstances – which are fact-sensitive – will, considered cumulatively and in the context of the general situation in Afghanistan and the specific situation of Sikhs in that country, amount to such serious discrimination and/or other forms of inhuman or degrading treatment as to overstep the severity threshold of Article 3 of the Convention.’

5. Het is de vraag welke aantasting van welke mensenrechten voldoende is om als onmenselijk of vernederend te worden aangemerkt. Volgens het Hof gaat het *in casu* om humanitaire omstandigheden die niet zwaar genoeg wegen, waarvoor de drempel van ‘a minimum level of severity’ niet is gehaald (par. 126). Het gaat volgens het Hof om gezonde volwassenen, waarvan de mannen, in arbeidzame leeftijd, in staat moeten worden geacht hun families te onderhouden. Ze zullen niet de enige Sikhs in Kabul zijn en bovendien blijkt uit de landeninformatie dat er tenminste een school voor Sikh-kinderen open is in Kabul (par. 127). De omstandigheden zijn dus niet ernstig en uitzonderlijk genoeg (par. 128). Er is geen sprake van een situatie zoals beschreven in het *Paposhvili*-arrest (par. 129).[11] Nu is de *Paposhvili*-drempel zo hoog dat daaraan behalve door mensen die bijna dood zijn, nooit aan kan worden voldaan. Door naar deze uitspraak te verwijzen, gooit het Hof de deur voor een beroep op humanitaire omstandigheden behoorlijk in het slot. Het is opmerkelijk dat het Hof niet verwijst naar het *Sufi en Elmi*-arrest, waarin het oordeelde dat de situatie in Mogadishu (Somalië) zodanig wat dat iedereen die daarheen zou worden teruggestuurd het risico liep op schending van art. 3 EVRM.[12] Van een vestigingsalternatief was volgens het Hof evenmin sprake. Somaliërs die niet veilig naar een gebied waar zij familiebanden hadden konden reizen, zouden waarschijnlijk in een opvangkamp terechtkomen. De erbarmelijke sociaal-economische omstandigheden in een aantal kampen kwalificeerde het Hof als een situatie in strijd met art. 3 EVRM, omdat deze geen natuurlijke oorzaken hadden maar het gevolg waren van menselijk handelen. In mijn ogen had een verwijzing naar *Sufi en Elmi* meer voor de hand gelegen dan de verwijzing naar *Paposhvili*. Ook de situatie waarin Sikhs in Kabul terechtkomen is het gevolg van menselijk handelen en hun sociaal-economische omstandigheden daar zijn bepaald niet rooskleurig te noemen (zie hiervoor onder 2).

6. De asielverzoeken van de twee Sikh-families waren in Nederland afgewezen op grond van

ongeloofwaardigheid. Dat verbaast niet, want verreweg de meeste asielverzoeken lijken tegenwoordig op die grond te stranden. Het Hof erkent dat het vaak moeilijk is de exacte feiten precies vast te stellen en wijst er nog eens op dat het als algemeen principe ervan uitgaat dat de nationale autoriteiten het best zijn toegerust om de feiten vast te stellen, in het bijzonder om de geloofwaardigheid te beoordelen (par. 116). Het wijst er ook nog eens op dat het niet zijn eigen beoordeling van de feiten in de plaats van die van de nationale autoriteiten wil zetten. Sinds Werkinstructie 2014/10, beoordeelt de IND asielverzoeken aan de hand van een aantal stappen. Daarbij staat de ‘integrale geloofwaardigheidsbeoordeling’ centraal. Dat zegt op zichzelf al veel, namelijk dat de IND de beoordeling van de geloofwaardigheid het belangrijkste vindt, belangrijker dan de zwaarwegendheid. Dit uit zich ook in de volgorde van toetsing, waarbij de geloofwaardigheid van de relevante elementen fase 1 vormt. Op basis daarvan wordt beoordeeld wat de asielzoeker bij terugkeer naar het land van herkomst te wachten staat. Aan fase 2, de beoordeling van de zwaarwegendheid komt de IND niet meer toe als het asielrelaas niet geloofwaardig wordt gevonden. Het geloofwaardigheidsweb is echter te fijnmazig. Het is immers goed denkbaar dat de asielzoeker in kwestie een merkwaardig, warrig, moeilijk te geloven asielrelaas vertelt of een dat tegenstrijdigheden bevat, maar dat hij toch gevaar loopt als hij wordt teruggestuurd. Vermoedens over wat hem bij terugkeer kan overkomen, moet de IND ook beoordelen aan de hand van andere informatie, bijvoorbeeld uit wat andere asielzoekers met vergelijkbare ervaringen over het land van herkomst hebben verteld, of uit landeninformatie uit andere bronnen. Vooral deze Werkinstructie heeft dus aanpassing in die zin dat er na fase 1, de geloofwaardigheidsbeoordeling, ongeacht de uitkomst daarvan altijd nog een fase 2, een zwaarwegendheidsbeoordeling moet plaatsvinden. Dat betekent in elk geval dat de zin onder punt 4 van de Werkinstructie: ‘Uiteraard kan aan deze stap pas worden toegekomen, als een of meer relevante elementen geloofwaardig worden geacht en het risico over wat de vreemdeling bij terugkeer zal overkomen gegrond of reëel wordt geacht.’, moet worden geschrapt. De kans dat de staatssecretaris en IND bereid zijn tot deze wijziging acht ik echter niet groot, nu het EHRM in meerderheid het Nederlandse beleid heeft geaccordeerd en de dissenters slechts een ‘slight amendment’ van de Werkinstructie over kwetsbare minderheidsgroepen voorstellen.

7. Het Hof besteedt weinig woorden aan de specifieke situatie van kinderen die behoren tot risicogroepen, afgezien van de opmerking dat er in Kabul een school voor Sikh-kinderen is. Dat is merkwaardig want naast UNHCR heeft ook Defence for Children International (DCI) als derde partij geïntervenieerd (par. 101) en daarvoor aandacht gevraagd. ‘(...) specific attention should be given to the multiple vulnerabilities of children belonging to a very small religious minority such as the Sikhs, who were reported to be at risk of discrimination, ill-treatment, arbitrary detention or death in Afghanistan.’ Verbaas wijst in zijn artikel ‘Waarom de Afdeling Elgafaji verkeerd interpreteert’, onder meer op de beoordeling van de situatie van

kinderen in Afghanistan door EASO.[13] Zij lopen nogal wat risico's, waaronder die van kindhuwelijken, kinderarbeid, inschakeling als kindsoldaat, (seksueel)geweld. Dit alles is met name afhankelijk van hun sociaal-economische situatie en van hun geslacht. Het is te betreuren dat de extra kwetsbaarheid van kinderen van leden van een toch al kwetsbare minderheidsgroep niet tenminste een punt van aandacht is voor de nationale autoriteiten en het EHRM. Volgens art. 3 van het Kinderrechtenverdrag, (dat door alle verdragsluitende staten bij het EVRM is ondertekend) zouden de belangen van de kinderen zelfs de eerste overweging moeten zijn. Het is de vraag hoe het Hof zou hebben geoordeeld als er geen mogelijkheid voor Sikh-kinderen in Kabul bestond om naar school te gaan. Bestaat die mogelijkheid ook echt voor meisjes? Werkinstructie 2013/14, inzake kwetsbare minderheidsgroepen, verdient naast de suggestie van de dissenters nog wel enige uitbreiding over de positie van extra kwetsbare groepen binnen kwetsbare minderheidsgroepen.

8. Hoewel niet relevant voor de onderhavige uitspraak, wil ik niet onvermeld laten dat de situatie van Sikhs in Afghanistan inmiddels nog verder is verslechterd getuige de bloedige aanslag op de Sikh-tempel in Kabul van 25 maart jongstleden.[14]

A.B. Terlouw, hgl. Rechtssociologie, Radboud Universiteit

[1] Met dank aan Karen Geertsema voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van deze noot.

[2] UNHCR, 'Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan', april 2016 en augustus 2018; EASO, 'Afghanistan – Individuals targetted under societal and legal norms, Country of Origin Information Report', december 2017; en EASO, 'Country Guidance: Afghanistan', juni 2019.

[3] Op grond van art. 36 EVRM jo. Art. 44 lid 3 Rules of the Court kunnen derde partijen interveniëren.

[4] *Salah Sheek t. Nederland*, EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD000194804, «EHRC» 2007/36 m.nt. Woltjer.

[5] *Husseini t. Zweden*, EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, ECLI:CE:ECHR:2011:1013JUD001061109.

[6] *J.K. t. Zweden*, EHRM (GK) 23 augustus 2016, nr. 59166/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0823JUD005916612, «EHRC» 2016/241 m.nt. Den Heijer.

[7] Karen Geertsema, 'Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Terughoudendheid in soorten en

maten.’ A&MR 2019 6/7, p. 296.

[8] Dana Baldinger, ‘Reactie: Professionele standaarden vragen om een actieve bestuursrechter’, A&MR 2019 6/7, p. 299.

[9] *Jabari t. Turkije*, EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD004003598.

[10] Gerd Westerveen, Uitspraak Uitgelicht, EHRM *A.S.N. e.a. t. Nederland*, ‘Afghaanse Sikh families’, A&MR 2020 nr. 5 (verwacht)

[11] *Paposhvili t. België*, EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, «EHRC» 2014/128.

[12] *Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 juli 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD000831907, «EHRC» 2011/125 m.nt. Den Heijer.

[13] Frans Willem Verbaas ‘Waarom de Afdeling Elgafaji verkeerd interpreteert’, *JNVR* 2020 – 5 (Potentieel Prejudicieel), p. 37-49, verwijzend naar EASO: Country Guidance Afghanistan, juni 2019, p. 56.

[14] De Volkskrant 25 maart 2020: ‘IS claimt bloedige aanslag op Sikh-tempel in Afghanistan: zeker 25 doden.

ANNOTATIE

**N.D. en N.T. t. Spanje (EHRM, nrs. 8675/15 en 8697/15) –
Uitzetting van groep migranten geen schending van verbod
collectieve uitzetting*****M. den Heijer***

1. Een opmerkelijke draai van het EHRM. De Grote Kamer komt unaniem terug van het eveneens unaniem gewezen Kamerarrest waarin werd bepaald dat het direct terugsturen van migranten die over de grenshekken rond de Spaanse exclave Melilla probeerden te klimmen (via een wel zo handig deurtje in het hek) aan moet worden gemerkt als collectieve uitzetting. De Grote Kamer acht de praktijk wel rechtmatig. Daarvoor is kortweg bepalend dat de migranten zich netjes hadden moeten melden bij een grensdoorlaatpost. Maakt het Hof een potje van de eerdere rechtspraak over het verbod van collectieve uitzetting? En is sprake van een incrementele terugtred van het Hof aangaande de rechten van migranten als in sommige reacties op het arrest is gesteld? Het lijkt verstandig om in dit commentaar eerst in te gaan op de codificatie van en rechtspraak over het verbod van collectieve uitzetting. Daarna wordt de uitspraak en de kritiek erop besproken. Ik onthul vast dat deze duiding minder negatief is dan sommige commentaren die direct na de uitspraak online verschenen. Zie op *Verfassungsblog* bijvoorbeeld een drietal blogs waarin de uitspraak met tamelijk stevige termen werd onthaald ('historical dissapointment', 'a painful slap from the ECtHR', 'the ECtHR as drowning island of hope').

Het verbod van collectieve uitzetting: een korte geschiedenis

2. Het verbod van collectieve uitzetting kwam met enig toeval terecht in het Vierde Protocol. Uit de Toelichting blijkt dat de Parlementaire Vergadering (toen nog Consultatieve Vergadering) van de Raad van Europa het destijds wenselijk vond om het EVRM uit te breiden met enkele rechten die ook waren opgenomen in het toen reeds uitonderhandelde IVBPR, waaronder een bepaling met procedurele en inhoudelijke waarborgen inzake de uitzetting van vreemdelingen met rechtmatig verblijf (het huidige ar. 13 IVBPR en art. 1 van het latere Zevende Protocol). Dat voorstel werd door het comité van experts (de verdragspartijen) onwenselijk geacht, onder meer vanwege overlap met het Europees Vestigingsverdrag van

1955. Als konijn uit de hoed kwam het verbod op collectieve uitzetting. Dat was een alternatief waar toch niemand tegen kon zijn. De Toelichting is uiterst beknopt: *The Committee thought it desirable to insert in this article a provision by which collective expulsions of aliens of the kind which have already taken place would be formally prohibited.*[1] De Toelichting laat het bij de niet mis te verstane verwijzing naar het Europees oorlogsverleden (denk aan onder meer de 1,7 miljoen Polen die vanwege Lebensraum van huis en haard werden weggejaagd en het na de oorlog van Duitsers gezuiverde Sudetenland en Oost-Pruisen. Mogelijk ook de jodendeportaties, maar dat waren meistens juist geen vreemdelingen). Een verdere toelichting werd door de opstellers overbodig geacht. Zelfs een inhoudelijke uitleg ontbreekt.

3. Die Europese codificatie is nog steeds tamelijk uniek. Enkel het EU-Grondrechtenhandvest noemt het verbod in art. 19, eerste lid, en een meer specifieke variant is te vinden in art. 22 van het Internationaal Verdrag inzake Migrerende Werknemers. De afwezigheid in andere VN-verdragen van het verbod van collectieve uitzetting is wel begrijpelijk, gelet op de meer gedetailleerde verdragsvoorwaarden voor de uitzetting van rechtmatig verblijvende vreemdelingen en het in diverse verdragen opgenomen refoulementverbod. Toch heeft het verbod van collectieve uitzetting een uniek toepassingsbereik, omdat de aard van het (gezochte) verblijf er niet toe doet.

4. In de rechtspraak van het EHRM leidde het verbod van collectieve uitzetting tamelijk lang een ondergeschikt bestaan. De eerste schending werd vastgesteld in *Čonka t. België* (2002).[2] De uitspraak betrof de gelijktijdige uitzetting van meerdere Roma-families met een vliegtuig naar Slowakije onder uitreiking van heel summiere en identieke terugkeerbevelen. Het hielp bovendien niet dat de verantwoordelijke Belgische bewindspersoon ter onderstreping van zijn daadkracht het parlement had geantwoord dat de families 'collectief waren gerepatrieerd'. Het Hof paste in *Čonka* het beoordelingskader toe dat ook in eerdere niet-ontvankelijkheidsbeslissingen was gehanteerd (o.m. *Andric t. Zweden*[3]): 'collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group.' Die standaardoverweging was weer overgenomen van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Eén van die nog vroegere zaken (de allereerste lijkt *Becker t. Denemarken* uit 1975 te zijn[4]) betrof de Nederlandse uitzetting in 1988 van 24 Surinamers die na de coup van Boutserse hun heil hadden gezocht in Nederland en waarvan het verblijf tijdelijk was getolereerd middels de opschorting van de behandeling van hun asielverzoek. De Commissie zag er geen schending in omdat de asielaanvragen voorafgaand aan uitzetting alsnog individueel waren afgedaan waartegen bovendien beroep open stond (*Alibaks e.a. t. Nederland*).[5]

5. Na *Čonka* volgden nog drie schendingen: *Hirsi t. Italië* (2012), *Sharifi t. Italië en Griekenland*

(2012) en *Georgië t. Rusland* (2012).[6] En daarna eigenlijk nog twee, maar de Kameruitspraken werden door de Grote Kamer herzien (*Khlaifia t. Italië* (2016)[7] en nu *N.D. & N.T.*). *Hirsi* was revolutionair omdat het Hof bepaalde dat het verbod van collectieve uitzetting ook van toepassing is op onderscheppingen op volle zee. Het Hof gaf zich toen geen rekenschap van het klassieke vluchtelingenrechtelijke debat over het territoriale toepassingsbereik van het refoulementverbod in het Vluchtelingenverdrag, waarin ook het woord uitzetting voorkomt. Volgens de standaardwerken (Goodwin-Gill, Hathaway) moet de vermelding in art. 33 Vluchtelingenverdrag van zowel het woord uitzetting ('expulsion') als teruggeleiding ('return' met 'refouler' tussen haakjes) begrepen worden als verduidelijking dat het refoulementverbod ziet op verwijdering uit het grondgebied ('uitzetting') én toegangsweigering ('return ("refouler")'). Ook in nog betrekkelijk recent werk van de International Law Commission wordt die beperkte uitleg aan het begrip uitzetting gegeven, zie m.n. art. 2(a) van de *Draft Articles on the Expulsion of Aliens*. Maar het EVRM is een *living instrument* en de teleologische interpretatie die het Hof in *Hirsi* gaf was alleszins begrijpelijk. Terecht was het Hof beducht om bootmigranten die de grens nog niet hebben bereikt effectief vogelvrij te verklaren. Het paste daarom de verdragsnorm aan de praktijk aan – ook al kwam dit bovenop de vaststelling dat de overdracht aan Libië in strijd was met art. 3 EVRM. De Grote Kamer haakt nu wel uitgebreid aan bij de internationale bespiegelingen over de verschillende betekenissen van 'expulsion' en 'return (refoulement)' met als teleologische conclusie dat omdat breed wordt gedeeld dat voor uitzetting en toegangsweigering dezelfde voorwaarden gelden, het begrip uitzetting derhalve toegangsweigering omvat (par. 174-181).

6. *Sharifi* is het kader van dit commentaar zonder meer relevant omdat het Hof gelet op het kort ervoor gewezen *Hirsi*-arrest wel moest vaststellen dat het verbod op collectieve uitzetting ook van toepassing is op gevallen van toegangsweigering aan de grens. Het ging om asielzoekers die niet wensten hun asielprocedure in Griekenland af te wachten en de boot naar Italië hadden genomen en met de volgende ferry weer waren teruggestuurd. *Georgië t. Rusland* is voor nu iets minder interessant omdat het eigenlijk de enige zaak is van het soort dat in '40-'45 had plaatsgevonden: de deportaties van enkele duizenden Georgiërs uit Rusland na schijnhoorzittingen van enkele minuten. Ze waren het Russische antwoord op de Georgische arrestatie van een viertal Russische officieren die van spionage werden verdacht.

7. In reacties op het huidige arrest is wel gesteld dat de Grote Kameruitspraak in *Khlaifia* al liet zien dat er een andere wind in Straatsburg is gaan waaien. Het ging om een groep Tunesiërs die Lampedusa hadden bereikt en binnen twee weken op het vliegtuig naar Tunis werden gezet. Ze waren direct na aankomst geïdentificeerd, maar verder was enkel een document van toegangsweigering uitgereikt (met Arabische vertaling en vermelding van een niet-opschortend recht op beroep); en de Tunesische consul had voorafgaand aan het boarden hun

namen geregistreerd. Een Kamer van het Hof zag daar met vijf stemmen tegen twee een schending in van het verbod van collectieve uitzetting, vooral omdat de Tunesiërs weliswaar waren geïdentificeerd, maar er geen persoonlijk onderhoud was geweest. De Grote Kamer herzag dat oordeel (16 stemmen tegen één): een persoonlijk onderhoud wordt niet in alle gevallen door art. 4 Vierde Protocol geëist. Het is voldoende als er een 'daadwerkelijke en effectieve mogelijkheid is om argumenten tegen uitzetting in te brengen'. Uit de aanwezigheid van tolken en sociaal werkers in de opvanglocatie en het gegeven dat andere migranten in gelijke omstandigheden een asielprocedure hadden gestart leidde het Hof af dat die mogelijkheid aanwezig moest zijn geweest. Dat de Tunesiërs geen asiel wilden deed daar niet aan af.

Was dit toen al een kentering in de rechtspraak over collectieve uitzetting? Ik betwijfel dat. Het is waar dat in het *Hirsi*-arrest een plicht tot het verrichten van een individueel en gedetailleerd onderzoek voorafgaand aan uitzetting gelezen kan worden (par. 185; zie ook *M.A. t. Cyprus*[8], par. 254). Die plicht lijkt bovendien al besloten te liggen in de standaardoverweging over collectieve uitzetting ('objective examination of the particular case of each individual alien'). Tegelijkertijd is er een reeks beslissingen waarin al was toegevoegd dat het erom gaat dat 'each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion' (o.m. *Alibaks t. Nederland*, *Andric t. Zweden* en *Sultani t. Frankrijk*[9]). Ik zie niet waarom dit niet voldoende zou zijn, al verlangt het wel enige assertiviteit van de vreemdeling en verschuift de rechterlijke toets naar een soms hachelijke feitelijke vaststelling of de vreemdeling daartoe echt in staat is gesteld. Daar wringt ook precies de schoen in *N.D. en N.T.*

Breekt het Hof met eerdere jurisprudentie?

8. Dan nu het arrest en de kritiek erop. De meest voorname aantijging in verschenen commentaren is dat het Hof iets geheel nieuws doet. Het gaat vooral om het algemene beginsel in par. 201 dat er samengevat op neerkomt dat in geval van een ongeautoriseerde bestorming van de grens ('large numbers', 'use of force', 'disruptive situation which is difficult to control') bezien moet worden of er ook een mogelijkheid was voor de migranten om zich normaal aan de grens te presenteren ('genuine and effective access to means of legal entry, in particular border procedures'). Indien die mogelijkheid bestond is een volgende vraag of de vreemdeling overtuigende redenen ('cogent reasons') had om er geen gebruik van te maken. Het beginsel wordt ingeleid met verwijzingen naar eerdere rechtspraak waarin het ontbreken van een individueel onderzoek te wijten was aan eigen gedrag van de vreemdeling. Het gaat als ik het wel zie om twee arresten. In *Berisha en Haljiti t. VJ Republiek Macedonië* werd in orde bevonden dat de afwijzing van de asielaanvraag van twee verschillende personen bij enkele beschikking geschiedde, nu het betreffende echtpaar ook samen asiel had gevraagd.[10] De

klacht in *Dritsas t. Italië* was niet-ontvankelijk, omdat de klagers hadden geweigerd identiteitspapieren te tonen.[11] Het is waar dat beide zaken moeilijk te vergelijken zijn met de praktijk in Melilla. Wat de uitspraken niettemin gemeen hebben is dat de vreemdeling weloverwogen geen gebruik maakt van een mogelijkheid om zijn uitzetting of toegangsweigering individueel onderzocht te krijgen dan wel die mogelijkheid frustreert. Dat is welbeschouwd geen nieuw beginsel, maar ligt al besloten in de plicht om een mogelijkheid voor het inbrengen van argumenten tegen uitzetting te bieden: het is dan aan de vreemdeling om er gebruik van te maken (u had ook afzonderlijk asiel kunnen vragen, uw papieren kunnen laten zien of naar een grensdoorlaatpost kunnen lopen).

9. Toch maakt het Hof wel een sprong door te overwegen dat die mogelijkheid niet in het tijdsgewricht van de beklimming van de hekken geboden hoefde te worden. In één van de genoemde blogs wordt gesteld dat het Hof zo een nieuw en kwestieus onderscheid aanbrengt tussen legale en irreguliere migratie met als gevolg dat grensbewaking, gedefinieerd in de Schengengrenscore als de bewaking van de grenzen buiten de grensdoorlaatposten, mensenrechtenvrij terrein is geworden. Ik begrijp dat sentiment, maar vind het – en misschien komt het omdat mijn moeder altijd zei dat ik op visite eerst gedag moest zeggen voordat ik met het speelgoed in de weer ging – heel normaal dat van een ieder, vreemdelingen én onderdanen, wordt gevraagd gebruik te maken van een grensovergang. Dat is, zoals ook het Hof opmerkt, ook een wettelijke plicht: art. 5 van de Schengengrenscore bepaalt dat de buitengrenzen slechts via de grensdoorlaatposten en gedurende de vastgestelde openingstijden mogen worden overschreden. Hoe treurig ze ook zijn, de hekken staan er niet voor niks. En zelfs het meest verwerpelijke hek van allemaal, de muur om de Westbank, is volkomen legaal mits het niet in bezet Palestijns gebied staat.[12]

Was de grensdoorlaatpost bereikbaar?

10. Eén en ander veronderstelt wel dat er ergens een mogelijkheid is het hek door te geraken. De crux van de controverse is of de groep migranten waartoe de twee klagers uit Mali en Ivoorkust behoorden zich hadden kunnen aandienen bij grensdoorlaatpost Beni Enzar. UNHCR en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa wijzen in hun interventies op meerdere belemmeringen om de grensdoorlaatpost te bereiken. Migrant uit Sub-Sahara Afrika zouden door de Marokkaanse politie worden weggejaagd. En pas na de relevante feiten van augustus 2014 zou een asielloket bij de doorlaatpost zijn ingericht. Er lag ook een aantijging van etnisch profileren: hoe zwarter de huidskleur, hoe kleiner de kans om de grensdoorlaatpost te bereiken. Dat zou verklaren waarom in de relevante periode 404 Syriërs er wel in slaagden een asielaanvraag in te dienen. En Spanje had er zelf nog op gewezen dat het een nogal drukke grensovergang is en dat niet iedereen altijd aan de beurt komt.

11. Het Hof ziet hierin onvoldoende aanleiding om te concluderen dat de grensdoorlaatpost niet werkelijk soelaas bood. In de eerste plaats omdat uit de Syrische asielaanvragen juist het tegenovergestelde blijkt. Ten tweede is evenmin gebleken van overtuigende redenen ('cogent reasons') om niet te trachten de grensovergang te bereiken: de rapporten zijn daarover te weinig concludent en bovendien kan Spanje niet aansprakelijk worden gehouden voor Marokkaans optreden nabij de grens (par. 218). Die laatste overweging lijkt mij in beginsel juist maar is toch verrassend. De logica had óók kunnen zijn dat Marokkaanse belemmeringen juist wel een rechtvaardiging zijn om het dan maar bij het hek te proberen. Ik vermoed dat hier meespeelt (zie par. 213) dat de migranten nimmer hebben geclaimd een art. 3 EVRM-risico in Marokko te lopen. *A contrario* en enigszins speculatief: indien er wel een art. 3 EVRM-risico in Marokko is, zou dat mogelijk rechtvaardigen om direct naar de hekken te gaan. Vermoedelijk omdat er weinig tot niets over was ingebracht, beziet het Hof niet of Spanje toch verantwoordelijk kan worden gehouden voor eventuele Marokkaanse malpraktijken – bijvoorbeeld omdat het Marokko zou hebben ingefluisterd bepaalde migranten van de doorlaatpost weg te houden.

12. Dit is voldoende om tot geen schending te concluderen, maar het Hof stelt ook nog vast dat uit Spaanse wetgeving en statistieken volgt dat de klagers zich ook hadden kunnen wenden tot een consulaat of ambassade om een Spaans visum of zelfs asiel te vragen (par. 224-228). Zekerheidshalve wordt toegevoegd dat daaruit geen conclusies over een recht om op een ambassade asiel te vragen moeten worden afgeleid (par. 222). Die vraag is aan de orde in de Belgische visumzaak die ook is toegewezen aan de Grote Kamer (*M.N. e.a. t. België*) en waarin vermoedelijk tamelijk binnenkort uitspraak zal worden gedaan nu de hoorzitting reeds in april 2019 plaatsvond.[13]

'Puzzling experience'

13. Ik deel wel de kritiek dat lezing van het arrest soms een 'puzzling experience' is. Ik heb drie bedenkingen in het bijzonder. Ten eerste lijkt het Hof een onnodige en wat mij betreft ongewenste begrenzing aan te brengen aan het doel en de reikwijdte van het verbod van collectieve uitzetting in rechtsoverweging 198. Daar wordt gesteld dat het verbod tot doel heeft vreemdelingen effectief in staat te stellen asiel te vragen ('Article 4 of Protocol No. 4 ... is aimed at maintaining the possibility, for each of the aliens concerned, to assert a risk of treatment which is incompatible with the Convention – and in particular with Article 3'). Rechter Koskelo maakt het nog bonter door te stellen dat het verbod van collectieve uitzetting enkel ingeroepen kan worden door asielzoekers (par. 22 van zijn dissent). De koppeling die wordt aangebracht met het refoulementverbod lijkt me onnodig, omdat het refoulementverbod evenzeer werkt aan de grens en ook een individueel onderzoek vereist. Ik kan me geen gevallen bedenken waarin een collectieve verdrijving van asielzoekers van de

grens niet ook in strijd is met art. 3 EVRM. De koppeling is ook ongewenst, omdat het verbod van collectieve uitzetting juist ziet op alle categorieën vreemdelingen. De verjaagde Volksduitsers hadden geen vrees voor vervolging in het nieuwe Duitsland; het punt was dat ze massaal, zonder procedure en louter op grond van etniciteit het land uit moesten.

14. Een tweede bedenking is, dat niet geheel duidelijk wordt wat de uitspraak nu betekent voor enkelingen die trachten een grenshek over te geraken of anderszins irregulier een internationale grens oversteken. Uit de algemene regel van par. 201 lijkt te volgen dat op hen het verbod van collectieve uitzetting onverkort toepasselijk is, niettegenstaande of ze ook naar een grensdoorlaatpost hadden kunnen gaan: ze mogen niet zomaar worden heengezonden. Maar in de toepassing van die regel in par. 210 wordt overwogen dat migranten die zich niet aandienen bij een grensdoorlaatpost de toegang mag worden geweigerd, vooral ('especialy') als ze gebruik maken van grote aantallen en geweld. Dat biedt mogelijk een opening voor een uitleg dat ook het wegsturen van een enkeling zonder procedure is toegestaan.

15. Een derde kanttekening betreft de uitzondering van 'cogent reasons' om niet naar een grensdoorlaatpost te gaan. De beperking van het Hof tot redenen waarvoor de verdragspartij zelf aansprakelijk is, lijkt, ten eerste, de uitzondering tamelijk betekenisloos te maken. Het gaat er kennelijk om dat de verdragspartij zelf de toegang tot de doorlaatpost niet belemmert. Wanneer zou daarvan sprake zijn? Volstaat een urenlange rij voor de grensovergang? Bovendien: hoe moet een grenswachter het bestaan van dergelijke redenen vaststellen als de vreemdeling niet in procedure hoeft te worden genomen? Ik denk dat de uitzondering enkel praktische betekenis heeft als ze wordt verdisconteerd in beleid. Dat veronderstelt dan weer dat de verdragspartij bij zichzelf te rade gaat of het de toegang tot een grensovergang niet aan het belemmeren is. Het meest kwetsieuze is dat de beperking tot belemmeringen *waarvoor Spanje aansprakelijk is* Spanje zou kunnen verleiden om het vuile werk, te weten het weggagen van migranten van een grensovergang, heimelijk over te laten aan Marokko.

Slot

16. Is de uitspraak dan toch een slag in het mensenrechtelijk gezicht? Uiteindelijk vind ik dat te zwaar aangezet. Het Hof houdt óók enkele heel voorname migratierechtelijke verworvenheden overeind. Ten eerste komt het niet terug, zoals door Italië en Spanje was gevraagd (en ook door Daniel Thym op eumigrationlawblog.eu), op de toepasselijkheid van het verbod van collectieve uitzetting aan de grens. Minstens zo opmerkelijk is dat het Hof met volle overtuiging vasthoudt aan de gelding van het refoulementverbod aan de grens. Hoewel de art. 3-klacht al voorafgaand aan de behandeling door de Kamer niet-ontvankelijk was verklaard, is de uitspraak doorspekt met verwijzingen naar het refoulementverbod. Zie par. 209, waarin wordt overwogen dat er wel voldoende grensdoorlaatposten moeten zijn om

eerbiediging van het refoulementverbod zeker te stellen; par. 211, waarin staat dat een grensdoorlaatpost effectieve mogelijkheden moet bieden om asiel te vragen; en par. 232, waarin Spanje wordt geprezen voor de uitbreiding van het aantal grensdoorlaatposten waar asiel gevraagd kan worden. Die overwegingen zijn te meer van belang gelet op het onlangs gewezen arrest in *M.A. t. Litouwen*, waarin drie dissenters zich afvroegen of het refoulementverbod wel van toepassing moet zijn op gevallen van toegangsweigering.^[14] Tot slot mag duidelijk zijn dat het meest zwakke punt van de uitspraak, de feitelijke vaststelling dat de grensovergang Beni Enzar bereikbaar was, vanaf nu ten volle in de politieke en juridische aandacht staat. Iedereen moet zich daar kunnen presenteren en de procedures moeten er op orde zijn. Er wordt op Spanje gelet.

17. Deze noot werd eerder gepubliceerd in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht*, jaargang 2000, afl. 4.

Maarten den Heijer

Universitair docent internationaal recht, UvA

[1] Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, Straatsburg, 16 september 1963.

[2] *Čonka t. België*, EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0205JUD005156499, «JV» 2002/117 m.nt. Vermeulen.

[3] *Andric t. Zweden*, EHRM 23 februari 1999, nr. 45917/99, ECLI:CE:ECHR:1999:0223DEC004591799.

[4] *Becker t. Denemarken*, ECRM 3 oktober 1975, nr. 7011/75, ECLI:CE:ECHR:1975:1003DEC000701175.

[5] *Alibaks e.a. t. Nederland*, ECRM 16 december 1988, nr. 14209/88, ECLI:CE:ECHR:1988:1216DEC001420988.

[6] *Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 23 februari 2012, nr. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, «JV» 2012/171 m.nt. Zieck, «EHRC» 2012/91 m.nt. Terlouw en Pankratz; *Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*, EHRM 21 oktober 2014, nr. 16643/09, ECLI:CE:ECHR:2014:1021JUD001664309, «JV» 2012/171 m.nt. Battjes, «EHRC» 2015/30 m.nt. Woltjer; *Georgië t. Rusland*, EHRM (GK) 3 juli 2014, nr. 13255/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0703JUD001325507, «EHRC» 2014/224.

- [7] *Khlaifia t. Italië*, EHRM (GK) 15 december 2016, nr. 16483/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312, «EHRC» 2017/65 m.nt. Dickson en Poméon.
- [8] *M.A. t. Cyprus*, EHRM 23 juli 2013, nr. 41872/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD004187210.
- [9] Reeds aangehaald onder 3 en 5; *Sultani t. Frankrijk*, EHRM 20 september 2007, nr. 45223/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0920JUD004522305, «JV» 2007/462 m.nt. Spijkerboer, «EHRC» 2007/132.
- [10] *Berisha en Haljiti t. VJ Republiek Joegoslavië*, EHRM 16 juni 2005, nr. 18670/03, ECLI:CE:ECHR:2005:0616DEC001867003.
- [11] *Dritsas t. Italië*, EHRM 1 februari 2011, nr. 2344/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0201DEC000234402.
- [12] Internationaal Gerechtshof, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 juli 2004.
- [13] *M.N. e.a. t. België*, nr. 3599/18.
- [14] *M.A. t. Litouwen*, EHRM 11 december 2018, nr. 59793/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1211JUD005979317, «JV» 2019/67 m.nt. Kuiper, «EHRC» 2019/58 m.nt. Den Heijer.

ANNOTATIE

Buturuga t. Roemenië (EHRM, nr. 56867/15) – Cybergeweld expliciet erkend als verschijningsvorm van huiselijk geweld***L. Huijbers***

1. We zetten digitale middelen steeds vaker in om ons leven vorm te geven. Zeker in deze tijden, waarin het coronavirus (officieel SARS-CoV-2) door de wereld waart, is de meerwaarde van internet en technische communicatiemiddelen bijzonder tastbaar. Online kunnen sociale contacten toch onderhouden worden om zo het isolement als gevolg van de restrictieve coronamaatregelen te doorbreken. Ook voor personen in ingewikkelde thuissituaties biedt het internet een uitkomst. Er zijn op het moment van schrijven bijvoorbeeld zorgen dat de coronamaatregelen vrouwen en kinderen in een situatie van huiselijk geweld extra kwetsbaar maken.[1] Sociale media en andere vormen van digitale contacten zijn dan een van de weinige uitvluchten voor deze vrouwen en kinderen.[2]

2. Maar er is ook een keerzijde aan de digitale samenleving. In het kader van huiselijk geweld zijn er verschillende voorbeelden bekend van het gebruik van digitale middelen om slachtoffers, in de praktijk vooral vrouwen, te treiteren, te vernederen en geweld aan te doen. Denk bijvoorbeeld aan het af luisteren van gesprekken of het beheer van thermostaten op afstand door partners,[3] aan de inzet van wraakporno en het versturen van naaktfoto's om een vrouw te vernederen,[4] of aan het gebruik van tracking apps waardoor de partner altijd weet waar de ander zich bevindt.[5] Ook het volgen van digitale correspondentie, in mails, berichtgeving op online platforms en de telefoon, kan een manier zijn voor een (ex-)partner om meer greep te krijgen op het leven van de vrouw.

3. In Nederland is er de laatste jaren meer aandacht voor deze kant van de digitale samenleving. Zo is de Minister van Justitie en Veiligheid bezig met de voorbereiding van de modernisering van de 'zedentitel' van het Wetboek van Strafrecht.[6] Hiermee zal seksuele intimidatie strafbaar worden gesteld, hetgeen ook online varianten omvat. In het kader van huiselijk geweld zijn de beleidsregels uit 2018 van het Openbaar Ministerie voor de strafeis in gevallen van cybercrime relevant.[7] Daarin worden verschillende categorieën onderscheiden, waaronder cybergeweld in de relatiesfeer. Zo valt het inbreken door een (ex-)partner op een

(sociale media- of mail-)account of (bedrijfs)server onder art. 138ab Wetboek van Strafrecht; dit kan worden bestraft met een taakstraf van 20 tot maximaal 80 uur bij de eerste keer, en in het geval van recidive met een taakstraf van 30 tot maximaal 120 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf. In het recente rapport over Nederland laat GREVIO, de toezichthoudende instantie op de naleving van het *Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld* ('Verdrag van Istanboel'), zich positief uit over deze specifieke instructies.[8]

4. De feiten over het cybergeweld in de *Buturuga*-zaak laten zien hoe relevant deze OM-beleidsregels zijn. Het gaat in deze zaak over het in de gaten houden door een partner van online correspondentie als onderdeel van huiselijk geweld. De klachten over het fysieke geweld en de beschermingsmaatregelen bespreekt het EHRM onder art. 3 EVRM. Het Hof concludeert dat er in Roemenië op zichzelf een toereikend juridisch kader is om deze vormen van huiselijk geweld te bestrijden en dat de Roemeense autoriteiten op basis daarvan een beschermingsbevel hebben afgegeven, maar ook dat deze de tekortkomingen in het strafrechtelijk onderzoek niet hebben kunnen verhelpen. Deze tekortkomingen bestonden eruit dat de Roemeense openbare aanklager en rechter de zaak niet vanuit de situatie van huiselijk geweld hadden bekeken en dat er geen verder onderzoek was gedaan dan het afnemen van de verklaring van klaagster. Aan de onderzoeksverplichtingen van de overheid deed volgens het Hof niet af dat de klaagster zich pas enkele dagen na het incident bij de politie had gemeld, noch dat het om een enkel incident van fysiek geweld ging. Op dit punt ligt de uitspraak in lijn van de vaste jurisprudentie van het EHRM.

5. Het vernieuwende van deze uitspraak zit hem in het feit, dat het EHRM expliciet erkent dat cybergeweld een verschijningsvorm is van huiselijk geweld. Dat doet het op basis van een impliciete toepassing van een consensusinterpretatie in combinatie met een 'living instrument'-interpretatie. Het Hof roept allereerst in herinnering dat er in toenemende mate overeenstemming is in het nationale en internationale recht dat huiselijk geweld zich niet beperkt tot fysiek geweld, maar dat het ook om psychologisch geweld of intimidatie kan gaan. Vervolgens concludeert het dat cybergeweld tegenwoordig wordt gezien als een aspect van geweld tegen vrouwen en meisjes en dat in de context van huiselijk geweld cybergeweld vaak wordt toegepast door de naaste partner. Cybergeweld kan zich volgens het Hof op verschillende manieren manifesteren, waaronder het inbreken in digitale informatie over het privéleven, *hacking*, en het innemen, delen en manipuleren van (intieme) gegevens en beelden. Om deze rechtsontwikkeling te staven verwijst het EHRM naar een rapport van de VN Broadband Commission for digital development, working group on broadband and gender, een studie van de werkgroep van de Raad van Europa naar cyberpesten en andere vormen van online geweld, in het bijzonder naar vrouwen en kinderen, en naar een rapport van het

Europese Instituut voor Gendergelijkheid van de Europese Unie.

6. Wat deze rechtsontwikkeling betekent voor de nationale autoriteiten verduidelijkt het Hof in zijn beoordeling van de concrete feiten van de zaak. Het Hof accepteert het argument van de klaagster dat er een direct verband bestond tussen de inbreuk op haar correspondentie door haar ex-partner en het fysieke geweld, de bedreigingen en de intimidatie. Concreet past het Hof de standaard toe dat de Roemeense autoriteiten zich in hun onderzoek naar huiselijk geweld rekenschap had *kunnen* geven van de klacht dat de partner zich zonder recht toegang had verschaft tot haar correspondentie, en deze had gesurveilleerd en opgeslagen (par. 74: 'des actes tels que surveiller, accéder à ou sauvegarder sans droit la correspondance du conjoint *peuvent* être pris en compte lorsque les autorités nationales enquêtent sur des faits de violence domestique [cursivering LH]').

7. Naar de letter van de tekst lijkt het hier niet te gaan om een verplichting. Het Hof gebruikt immers het woord 'kunnen' (*peuvent*) in plaats van 'moeten' (*doivent*). Een ander beeld ontstaat echter bij de toepassing van deze standaard in het concrete geval. Zo is het EHRM van oordeel dat in de omstandigheden van het geval de Roemeense autoriteiten ook de klachten over cybergeweld hadden moeten onderzoeken om zo grip te krijgen op het algemene fenomeen van huiselijk geweld.[9] Het Hof concludeert vervolgens dat de autoriteiten buitensporig formalistisch te werk zijn gegaan doordat ze elk verband van de online surveillance met de feiten van huiselijk geweld hebben verworpen, zonder dat zij in overweging namen dat huiselijk geweld voorkomt in verschillende hoedanigheden. Met andere woorden, het gaat daadwerkelijk om een positieve *verplichting* om aspecten van cybergeweld mee te nemen bij onderzoeken naar en vervolging van huiselijk geweld. Tezamen met de bevindingen over het fysieke geweld, bedreigingen en intimidatie levert dit de conclusie op dat art. 3 en 8 EVRM zijn geschonden.

8. Hoewel de initiële dubbelzinnigheid over de hardheid van de verplichting daarmee opgelost lijkt te zijn, vergt de behandeling van de zaak onder zowel art. 3 als art. 8 EVRM nog wel enige nadere toelichting. In zijn uitspraak benadrukt het EHRM, onder verwijzing naar het Verdrag van Istanboel, dat nationale autoriteiten rekening moeten houden met de specifieke kenmerken van huiselijk geweld.[10] Zij moeten de verschillende omstandigheden steeds in het kader van huiselijk geweld plaatsen.[11] Dit omvat dus ook omstandigheden zoals cybergeweld.[12] Daarentegen laat het EHRM zelf die benadering varen in zijn beoordeling van de zaak. Om te kijken of er een afdoende onderzoek is gedaan naar huiselijk geweld, kijkt het EHRM namelijk niet naar de feitelijke samenhang van het cyber- en fysieke geweld, maar maakt het duidelijk dat het de twee aspecten onder twee verschillende artikelen beoordeelt. Waar het beginselen over fysiek geweld bespreekt in het kader van zijn jurisprudentie over art. 3 EVRM, verwijst het voor de online surveillance van correspondentie naar de zaken

Bărbulescu[13] en *Söderman*,[14] beide Grote-Kameruitspraken onder art. 8 EVRM. Vervolgens bespreekt het de klachten over het onderzoek naar het fysieke geweld, bedreiging en intimidatie in paragrafen 65 tot en met 72 en over het onderzoek naar cybergeweld in paragrafen 73 tot en met 78. Hierdoor ontstaat het beeld dat wanneer er in dit geval alleen tekortkomingen waren geweest in het onderzoek naar cybergeweld, dat dit (slechts) een schending van art. 8 EVRM had opgeleverd.

9. Op deze tweedeling is het nodige aan te merken.[15] Door online surveillance te benaderen onder art. 8 EVRM in plaats van onder art. 3 EVRM, maakt het EHRM immers een onderscheid tussen de aspecten van fysiek geweld en cybergeweld, bestempelt het online surveillance als minder ernstig en ingrijpend, én, als gevolg van deze kwalificatie, zullen de nationale autoriteiten voor digitale aspecten van huiselijk geweld een zekere beoordelingsruimte hebben bij hun onderzoeksverplichting.[16] Het Hof laat de lezer en de nationale autoriteiten daarmee met een dubbele boodschap achter: cybergeweld is *een verschijningsvorm van huiselijk geweld* en moet als zodanig mee worden genomen in het onderzoek naar en vervolging van huiselijk geweld, maar tegelijkertijd is het ook *een te onderscheiden klacht* van het fysieke geweld, waardoor de onderzoeksverplichtingen (kunnen) afwijken.

10. Natuurlijk zijn er verschillende verklaringen denkbaar voor deze tweedeling in de benadering van het EHRM. Zo kan het zijn dat de manier waarop de klacht is vormgegeven het EHRM heeft gestuurd naar de behandeling van de zaak onder beide rechten. Tegelijkertijd is dit niet heel waarschijnlijk nu het EHRM de klachten op basis van het *jura novit curia*-beginsel anders kwalificeert dan de klager. De klaagster beriep zich op art. 5, 6 en 8 EVRM, en het Hof kiest ervoor om de zaak te behandelen onder art. 3 en 8 EVRM. Daarnaast benadrukt de klaagster juist de onderlinge samenhang van het fysieke geweld en het cybergeweld.[17]

11. Een andere verklaring kan gelegen zijn in de kwalificatie van de onderzoeken op basis van de achterliggende feiten: (dreiging met) fysieke mishandeling en online surveillance van correspondentie. Online surveillance vormt in beginsel een inbreuk op het recht op eerbiediging van correspondentie (en het recht op privacy, maar daar wordt met geen woord over gerept in deze zaak). Toch druist dit nog steeds in tegen de idee van het in samenhang bekijken van de omstandigheden van huiselijke geweld.[18] Een andere uitleg is dat het EHRM een incrementele benadering kiest, waarbij het nu een eerste stap zet naar de erkenning van cybergeweld als onderdeel van huiselijk geweld en dat het geleidelijk de stap naar een benadering onder art. 3 EVRM zal zetten. Tegelijkertijd heeft het EHRM in *Volodina* ,[19] een zaak uit 2019, geweld door middel van digitale middelen en online platforms wél onder art. 3 EVRM geschaard, dus die verklaring is voor het oog minder waarschijnlijk.

12. De meest voor de hand liggende reden is daarom dat het Hof het cybergeweld in de

onderhavige zaak niet ernstig genoeg vond om onder art. 3 EVRM te behandelen. Deze conclusie volgt uit een vergelijking tussen deze zaak en *Volodina* (waar het EHRM in *Buturuga* opvallend genoeg niet naar verwijst). In *Volodina* was er naast fysiek geweld en dreigingen daarmee, ook sprake van cybergeweld. De partner had in de tas van de vrouw een GPS-tracker gedaan waardoor hij altijd wist waar zij zich bevond, ook toen zij meerdere keren gepoogd had ver van huis te vluchten.[20] Hij had ook privéfoto's van haar online gezet, met als doel haar waardigheid te ondermijnen en haar te vernederen. In *Volodina* concludeerde het EHRM dat de angst en machteloosheid die de klaagster had ervaren, samen met het controlerende en dwingende gedrag van haar partner, voldoende ernstig waren om te spreken van onmenselijke behandeling onder art. 3 EVRM. In de onderhavige zaak gaat het EHRM niet in op de vraag of er sprake was van een dergelijke behandeling.[21] Een vergelijking van de beoordeling van de twee zaken laat echter zien dat het cybergeweld in de *Volodina*-zaak, waar het ging om het gebruik van de GPS-tracker en het online plaatsen van privéfoto's, als ingrijpender en ernstiger kan worden gekwalificeerd dan het cybergeweld in de onderhavige zaak, waar het ging om het bekijken en opslaan van online correspondentie. Waar het cybergeweld in *Volodina* gekwalificeerd werd als onmenselijke behandeling, wordt de situatie in *Buturuga* beoordeeld als een inbreuk op het recht van eerbiediging van de correspondentie.

13. De onderhavige zaak laat daarmee een aantal vragen onbeantwoord. Want is er in zoverre een onderscheid te maken in ernst van cybergeweld dat het invloed heeft op de kwalificatie ervan onder art. 3 of 8 EVRM? En, fundamenteeler, gaat de erkenning van cybergeweld als vorm van huiselijk geweld zover, dat in de afwezigheid van fysiek geweld, (ernstige vormen van) cybergeweld op zichzelf voldoende kan zijn om te spreken over een inbreuk op art. 3 EVRM? Toekomstige rechtspraak zal dit moeten uitwijzen. Wat we wél uit de zaak *Buturuga* kunnen meenemen is het volgende: cybergeweld is een verschijningsvorm van huiselijk geweld. Nationale autoriteiten moeten daarom cybergeweld meenemen in het onderzoek naar, vervolging van en strafoplegging bij huiselijk geweld. Dit geldt evenzo voor de Nederlandse autoriteiten. Voor de Nederlandse praktijk zijn daarom een aantal aandachtspunten te noemen.[22] Gedacht kan worden aan het aanpassen van de *Richtlijn voor Strafvordering Huiselijk Geweld* en de *Aanwijzing huiselijk geweld en kindermishandeling*; zodat naast fysieke en emotionele mishandeling, stalking en fysieke verwaarlozing, ook cybergeweld wordt meegenomen in de strafrechtelijke aanpak van en strafeis bij huiselijk geweld.[23] Zo wordt de hedendaagse interpretatie van mensenrechten door het EHRM bestendigd in een nationale aanpak.

Leonie Huijbers, beleidsadviseur bij het College voor de Rechten van de Mens

[1] Op internationaal niveau hebben onder meer de Assistent Secretaris-General van de VN-

Mensenrechtencommissaris en de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa hun zorgen geuit over de (verwachte) toename van huiselijk geweld als gevolg van de quarantainemaatregelen, zie daarvoor 'States must combat domestic violence in the context of COVID-19 lockdowns – UN rights expert' 27 maart 2020 en 'COVID-19 crisis: Secretary General concerned about increased risk of domestic violence' 30 maart 2020. Ook op nationaal niveau wordt er veel aandacht besteed, zie bijvoorbeeld het *Nieuwsuur*-item, 'Zorgen over huiselijk geweld: "Wat speelt er zich af achter de voordeur?"' NOS 3 april 2020 en 'Hoe de coronacrisis een extra risico vormt voor huiselijk geweld' *Movisie* 24 maart 2020.

[2] Bijvoorbeeld de oproep aan professionals om digitaal en telefonisch bereikbaar te zijn voor gezinnen in dit soort moeilijke situaties, zie Piet-Hein Peeters, 'Corona-update: "Houd contact met gezinnen waar geweld een risico is"' *Zorgvisie* 18 maart 2020.

[3] Zie bijvoorbeeld Donna Lu, 'Hoe misbruikers de slimme apparaten in je huis kunnen uitbuiten' *VICE* 25 oktober 2019.

[4] Het zogenaamde 'shame sexting', zie daarover Hanan Nhass, 'Niet jouw schuld!' *Kennisplatform Integratie & Samenleving* februari 2019.

[5] Zie bijvoorbeeld de zaak *Volodina t. Rusland*, EHRM 9 juli 2019, nr. 41261/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD004126117, «EHRC» 2019/190 m.nt. Boerefijn, par. 28-29.

[6] Brief van Minister Grapperhaus van 22 mei 2019, II 2018/19, 29279, 518.

[7] *Richtlijn voor strafvordering cybercrime* (2018Ro01).

[8] GREVIO, 'Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) – Netherlands' 15 november 2019, GREVIO/Inf(2019)19, par. 238.

[9] Par. 78.

[10] Par. 67.

[11] Par. 66.

[12] Zie par. 74 en 78.

[13] *Bărbulescu t. Roemenië*, EHRM (GK) 5 september 2017, nr. 61496/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608, «EHRC» 2018/3 m.nt. Ter Haar, *TRA* 2017/101 m.nt. Buijs, *Computerrecht* 2017/255 m.nt. Oostveen, *JAR* 2017/259 m.nt. Jakimowicz.

[14] *Söderman t. Zweden*, EHRM (GK) 12 november 2013, nr. 5786/o8,

ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD0005786o8, «EHRC» 2014/36 m.nt. Lindenbergh.

[15] F. van Leeuwen, 'Cyberviolence, domestic abuse and lack of a gender-sensitive approach – Reflections on *Buturuga versus Romania*' *Strasbourg Observers* 11 maart 2020.

[16] T. de Jong, *Procedurale waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Universiteit Leiden), 2017, pp. 263-265.

[17] Par. 55, en zie ook par. 74.

[18] Zie voor een discussie van deze 'compartementalisering' in andere gebieden van de EHRM-jurisprudentie, J. Gerards, 'The ECtHR's Response to Fundamental Rights Issues Related to Financial and Economic Difficulties: The Problem of Compartementalisation', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, pp. 274-292.

[19] *Volodina t. Rusland*, reeds aangehaald.

[20] *ibid*, par. 75.

[21] Het EHRM volstaat in *Buturuga* met de vaststelling dat de Roemeense overheid niet heeft weersproken dat art. 3 EVRM in het geding is (noch art. 8 EVRM), zie par. 63.

[22] Par. 3 van deze noot noemt al een aantal manieren waarop de Nederlandse autoriteiten de keerzijde van de digitale samenleving proberen te beteugelen.

[23] *Richtlijn voor strafvordering huiselijk geweld* (2015Ro49) en *Aanwijzing huiselijk geweld en kindermishandeling* (2016A003).

RECHTSPRAAK

Grimmark t. Zweden, EHRM 11 februari 2020 (ontv.), nr. 43726/17

Klaagster is afgewezen voor verschillende functies als verloskundige omdat zij gewetensbezwaren heeft tegen (assistentie bij) abortussen. Bereidheid tot het geven van die assistentie is in Zweden een vereiste voor verloskundigen. Het Hof acht deze eis niet onredelijk vanwege de keuze om abortus door het hele land aan te kunnen bieden. Klaagster heeft er vrijwillig voor gekozen om te solliciteren op de functie van verloskundige terwijl zij wist dat die functie ook assistentie bij abortus kon omvatten. De klacht onder art. 9 EVRM (godsdienstvrijheid) is daarom kennelijk ongegrond.

Klaagster was werkzaam als verpleegkundige in de regio Jönköping. In 2012 kreeg zij een vaste aanstelling in een geriatrische instelling. Datzelfde jaar wilde zij ook een opleiding tot verloskundige gaan volgen, waarvoor zij van de regioregering toestemming en een beurs ontving.

In 2013 kon klaagster in het kader van haar opleiding een zomerbaan aannemen bij een vrouwenkliniek. Zij informeerde deze kliniek voorafgaand aan het accepteren van de baan dat zij niet bereid was om abortussen uit te voeren in verband met haar geloofsovertuiging. In verband daarmee kreeg zij te horen dat ze was afgewezen en dat ze ook later niet bij deze kliniek kon komen werken. Vervolgens trok de regioregering haar beurs in voor de opleiding. Klaagster werd ook in een volgende kliniek waar zij als verloskundige wilde gaan werken afgewezen, omdat ze niet bereid was om abortussen uit te voeren. Bij een derde kliniek werd ze aanvankelijk wel aangenomen. Toen klaagster eenmaal had geklaagd over haar afwijzingen bij de ombudsman en daarover was gerapporteerd in de media, werd zij alsnog afgewezen.

Voor het EHRM heeft klaagster allereerst gesteld dat de afwijzingen vanwege het feit dat zij niet bereid was om abortussen uit te voeren of bij de uitvoering daarvan betrokken te zijn als verloskundige vanwege haar religieuze overtuigingen, in strijd is met de godsdienstvrijheid

van art. 9 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het EVRM geen toegang tot bepaalde functies in de openbare dienst beschermt. Wel is in dit geval sprake van een religieuze manifestatie die beschermd wordt door art. 9 EVRM en is het duidelijk dat hierop inbreuk is gemaakt door de weigeringen. Deze inbreuk was voldoende voorzien bij wet nu naar Zweeds recht een werknemer verplicht is om alle werkzaamheden uit te voeren die aan hem worden opgedragen. Het Hof acht de inbreuk ook noodzakelijk en proportioneel. Zweden biedt door het gehele land abortusdienstverlening aan en heeft dan ook een positieve verplichting om ervoor te zorgen dat die dienstverlening niet onmogelijk wordt gemaakt door de uitoefening van de gewetensvrijheid van gezondheidsprofessionals. De eis dat alle verloskundigen in staat moeten zijn om alle functies uit te oefenen die horen bij hun taken is niet onredelijk of disproportioneel. Werkgevers hebben naar Zweeds recht grote flexibiliteit om te bepalen hoe het werk wordt georganiseerd en ze kunnen eisen dat de werknemers alle werkzaamheden uitvoert die bij hun functie horen. Bij het aangaan van een contract aanvaardt de werknemer deze verplichtingen ook. In het onderhavige geval heeft klaagster er vrijwillig voor gekozen om verloskundige te worden en te solliciteren voor functies waarvan ze wist dat die ook het assisteren bij abortussen zouden inhouden. Klaagster is bovendien niet werkloos geraakt als gevolg van haar weigering, omdat er een ziekenhuis was waar ze wel kon werken. Tot slot acht het Hof relevant dat de nationale rechters de zaak zorgvuldig hebben beoordeeld en de belangen goed tegen elkaar hebben afgewogen. Het verklaart de klacht daarom kennelijk ongegrond.

Klaagster heeft ook gesteld dat de afwijzingen in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting nu een interview dat ze naar aanleiding van haar klachten bij de ombudsman had gegeven ertoe aanleiding hebben gegeven dat ze bij een derde kliniek waar ze had gesolliciteerd werd afgewezen. Het Hof overweegt dat er in dit geval geen afzonderlijke schending kan worden vastgesteld van art. 10 EVRM. Het verlies van haar baan (voor zover er al een definitief contract was gesloten) kan op dezelfde manier worden beoordeeld als de klachten onder art. 9 EVRM. Ook deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond.

Tot slot heeft klaagster gesteld dat de afwijzingen in strijd waren met het door art. 14 EVRM beschermde discriminatieverbod. Het Hof overweegt dat deze bepaling in samenhang met art. 9 EVRM inderdaad van toepassing is. Klaagster heeft zichzelf volgens het Hof vergeleken met verloskundigen die wel bereid zijn om assistentie te verlenen bij abortussen. Het Hof acht die situaties niet vergelijkbaar en stelt daarom vast dat ook deze klacht kennelijk ongegrond is.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0211DECoo4372617

Zaaknummer: 43726/17

Wetsartikelen: EVRM art. 9, EVRM art. 10 en EVRM art. 14

ANNOTATIE

Grimmark t. Zweden (EHRM, nr. 43726/17) – Verloskundige niet bereid te assisteren bij abortussen, geen discriminatie vanwege godsdienst

prof. mr. A.C. Hendriks

1. De ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in de zaak *Grimmark* gaat over de vraag of de Zweedse autoriteiten hadden gehandeld in strijd met het EVRM door klaagster te weigeren in dienst te nemen als verloskundige. Voor een vrijwel identieke beslissing van het Hof, diezelfde dag, in de soortgelijke zaak *Steen* verwijs ik volledigheidshalve naar de vindplaats.[1] Klaagster in de zaak, mevrouw Grimmark, was door drie zorgaanbieders afgewezen nadat zij had aangegeven omwille van haar geloof niet mee te werken aan het assisteren bij abortussen. Klaagster meende dat deze afwijzingen strijdig waren met het recht op godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM) en het discriminatieverbod (art. 14 EVRM). Hoewel het Hof erkent dat sprake was van een inbreuk op de godsdienstvrijheid van klaagster, oordeelt het dat die inbreuk noodzakelijk en proportioneel is. Het Hof oordeelt voorts dat de klacht van klaagster over een schending van haar meningsuiting ongegrond is. Valt deze uitspraak van het Hof te begrijpen in het licht van de erkenning van de Grote Kamer van het Hof dat gewetensbezwaren een beschermde uiting van godsdienstvrijheid vormen (*Bayatyan*)?[2] En heeft deze niet-ontvankelijkheidsbeslissing gevolgen voor Nederland, in het bijzonder voor zorgaanbieders in Nederland die van zorgverleners verwachten dat zij meewerken aan abortussen?

2. Het Hof – en de voorheen bestaande Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) – ontvangt al vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw klachten van personen die stellen vanwege op godsdienst gebaseerde gewetensbezwaren te zijn gediscrimineerd.[3] Deze klachten waren vrijwel alle afkomstig van Jehova's Getuigen die bezwaar maakten tegen het vervullen van de militaire dienstplicht en voor wie niet altijd vervangende dienstplicht mogelijk was. Soortgelijke klachten werden ingediend door personen met een andere geloofsovertuiging of – in het geval van een klacht afkomstig uit Nederland – een student filosofie die zich als gewetensbezwaarde tegen dienstplicht achtergesteld zag ten opzichte van een student theologie.[4] Tot 2011 verklaarden de ECieRM en het Hof deze klachten niet-ontvankelijk. Tot dat jaar was het Hof van oordeel dat dienstplicht geen vorm van

dwangarbeid is in de zin van art. 4 lid 3 EVRM en dat klagers zich derhalve niet met succes met een beroep op gewetensbezwaren aan deze verplichting konden onttrekken.

3. De reeds aangehaalde uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Bayatyan* vormt een omslagpunt in het denken van het Hof over gewetensbezwaren. Anders dan de Kamer van het Hof in deze eveneens op een Jehova's Getuige met gewetensbezwaren betrekking hebbende zaak,[5] oordeelde de Grote Kamer dat art. 9 EVRM, hoewel daarin niet expliciet wordt gerefereerd aan gewetensbezwaren, met betrekking tot militaire dienst van belang kan zijn voorzover de bezwaren van de betrokkene zijn gebaseerd op een serieus en onoverkomelijk conflict tussen de dienstplicht en het geweten van de betrokkene of diepe en oprechte religieuze of andere opvattingen.[6]

4. De uitspraak van het Hof in de zaak *Bayatyan* ging daarmee nog steeds en uitsluitend over de militaire dienstplicht. Evenmin impliceert deze uitspraak dat andersoortige taken die de regering van onderdanen verwacht, bijvoorbeeld het verrichten van werkzaamheden met het oog op het krijgen van een socialezekerheidsuitkering, daarmee als dwangarbeid in de zin van art. 4 EVRM kunnen worden aangemerkt.[7] Wel had het Hof korte tijd voor deze uitspraak in de zaak *Jakóbski* erkend dat het niet-verstrekken van een vleesloze maaltijd aan een Boedistische gedetineerde ook een schending van art. 9 EVRM kan opleveren.[8] Daarmee leek het Hof te anticiperen op een ruimere uitleg van art. 9 EVRM. In de zaak *Eweida e.a.*, een zaak over diverse uitingen van godsdienst, ging het Hof nog een stapje verder door bezwaren tegen het sluiten van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht als uiting van godsdienstvrijheid aan te merken – overigens zonder een schending van art. 9 EVRM vast te stellen.[9]

5. Op basis van de uitleg van het Hof van gewetensbezwaren in de zin van art. 9 EVRM in de zaak *Bayatyan* en de zaak *Eweida* verbaast het niet dat het Hof in de zaak *Grimmark* zonder nadere onderbouwing overweegt dat het weigeren van klaagster om te assisteren bij abortussen vanwege haar godsdienst of geweten 'constitutes such a manifestation of her religion which is protected under Article 9 of the Convention' (par. 25). Het Hof vervolgt met de vaststelling dat '[t]here was thus an interference with her freedom of religion under Article 9 § 1 of the Convention'. Anders gezegd, het Hof twijfelt er niet aan dat de Zweedse autoriteiten inbreuk hadden gemaakt op de godsdienstvrijheid van klaagster door haar niet toe te laten tot een zorginstelling waar – kennelijk – ook abortussen worden uitgevoerd.

6. De redenen waarom het Hof deze inbreuk noodzakelijk en proportioneel acht, heeft te maken met de wijze waarop arbeidsrelaties in Zweden zijn geregeld. Onder verwijzing naar zijn niet-ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Wretlund* overweegt het Hof dat het niet aannemen van verloskundigen die bezwaar maken tegen het assisteren bij abortussen '[had] a

sufficient basis in Swedish law and that it was prescribed by law.’[10] Anders gezegd, de inbreuk op de godsdienstvrijheid was voorzien bij wet en noodzakelijk. Dat de zaak *Wretlund*, aangaande het uitvoeren van drugs- en alcoholtesten op de werkvloer, geen betrekking had op godsdienstvrijheid maar op het recht op privéleven is voor het Hof kennelijk geen reden om anders over deze zaak te denken. Het Hof accepteert dat werkgevers en werknemers in Zweden in grote mate zelf bepalen wat wel en niet mag op de werkvloer.

7. Deze laatste opvatting, die de niet-ontvankelijkheid van de klachten van klagster met zich brengt, past bij de subsidiaire rol van het Hof. Ik merk daarbij op dat deze marginale wijze van toetsing van het Hof ook risico’s met zich brengt. Want betekent dit ook dat het Hof niet corrigerend kan ingrijpen wanneer werkgevers en werknemers bepaalde ontoelaatbare afspraken maken? En is het testen op alcohol- en drugsgebruik bij werknemers, omwille van gevaren voor henzelf en anderen, niet heel iets anders dan het weigeren van gekwalificeerd verloskundigen doordat zij een bepaalde behandelingen weigeren uit te voeren? Ik vind dat lastig om een en ander zonder nadere bespreking te laten passeren.

8. Bij dit alles komt dat het Hof niet beziet of het denkbaar was voor klagster een oplossing (redelijke aanpassing) te bedenken, zodat zij toch kon worden aangenomen maar niet zou worden ingeschakeld bij het assisteren bij abortussen. Dit alles ook omdat klagster zich had beroepen op art. 14 EVRM. Was het Hof in de lijn van zijn uitspraak in de zaak *Thlimmenos* niet gehouden om te kijken of er in het geval van klagster, dat in juridische zin wellicht een ongelijk geval betreft, een ongelijke behandeling of redelijke aanpassing mogelijk was?[11] Daar staat tegenover dat de Zweedse abortuswetgeving een van de meest liberale ter wereld is. Vrouwen hebben in Zweden het recht op (gratis) abortus totdat de foetus 18 weken oud is. Dat zou moeilijk afdwingbaar worden als zorgverleners medewerking kunnen weigeren. Als de foetus levensvatbaar wordt geacht is het uitvoeren van een abortus in beginsel evenwel strafbaar. Die spanning tussen toelaatbaarheid en verbod had het Hof ook kunnen doen besluiten te bezien of klagster een andersoortige functie had kunnen vervullen, daarbij in overweging nemend hoe vaak het voorkomt dat verloskundigen worden gevraagd te assisteren bij een abortus.

9. De zaak *Grimmark* heeft naar mijn mening geen gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak inzake gewetensbezwaren tegen abortussen of andere medische handelingen. Allereerst is abortus volgens het Nederlands recht strafrechtelijk verboden, maar mag een abortus na een verplichte wachttijd van vijf dagen toch in bepaalde instellingen worden uitgevoerd. Anders gezegd en anders dan in Zweden: vrouwen in Nederland hebben slechts een geclausuleerde aanspraak op abortus. Dat verklaart ook waarom – naar ik heb kunnen nagaan – in Nederland slechts één soortgelijke zaak als *Grimmark* ter beoordeling is voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), thans College voor de Rechten van de Mens (CRM). In die zaak

betrof het het niet aangaan van een leer-/arbeidsovereenkomst met een zorgverleenster die niet wenste mee te werken aan abortussen en euthanasie.[12] Omdat de werkgever zijn ideeën in algemen zin had gebaseerd op opvattingen over vrouwen met dezelfde geloofsovertuiging concludeerde de CGB deels tot verboden direct onderscheid. Het argument dat het niet kunnen inzetten van de vrouw op organisatorische problemen zou stuiten achtte de CGB een vorm van indirect onderscheid waarvoor een objectieve rechtvaardiging bestond. Anders gezegd, om onderscheid te mogen maken moeten dringende redenen bestaan. Deze visie klinkt ook door in oordelen over zorgverleners die zich vanwege gewetensbezwaren niet wensen te laten vaccineren.[13]

10. Het Hof heeft in de zaak *Grimmark* geen moeite met de Zweedse harde lijn. Zoals gezegd, ik had een minder dan marginale wijze van toetsing toegejuicht. Het niet willen assisteren bij abortussen is mijns inziens iets anders dan het niet willen meewerken aan een alcohol- of drugstest, dan wel het zich laten vaccineren. Door dat laatste te weigeren ontstaan daadwerkelijk gevaren voor betrokkenen zelf en anderen. Bij niet-aborteren ligt dat anders, al kan dat tot organisatorische problemen leiden.

11. Op basis van de beslissing van het Hof in de zaak *Grimmark* is helder dat het Hof het begrip gewetensbezwaren onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid laat vallen. In het geval van Zweden levert dat individuen op de arbeidsmarkt niet veel extra bescherming op, nu het Hof het arbeidsbeleid in grote lijnen aan sociale partners overlaat. Voor Nederland heeft deze beslissing evenmin gevolgen. Het meer afgewogen Nederlandse beleid is niet in strijd met de lijn die het Hof in de zaak *Grimmark* toelaatbaar acht.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *Steen t. Zweden*, EHRM 12 maart 2020, nr. 62309/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC006230917.

[2] *Bayatyan t. Armenië*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD002345903, «EHRC» 2011/137 m.nt. Loof.

[3] Eerste uitspraak betreft *Grandrath t. Duitsland*, ECieRM 29 juni 1967, nr. 2299/64.

[4] *Peters t. Nederland*, ECieRM 6 april 1994, nr. 21132/93, ECLI:CE:ECHR:1994:0406DEC002113293. Zie recentelijk voor een soortgelijke zaak *Dyagilev t. Rusland*, EHRM 10 maart 2020, nr. 49972/16,

ECLI:CE:ECHR:2020:0310JUD004997216, «EHRC Updates» 2020-0113.

[5] *Bayatyan t. Armenië*, EHRM 27 oktober 2009, nr. 23459/03,
ECLI:CE:ECHR:2009:1027JUD002345903.

[6] *Bayatyan t. Armenië*, *supra*, par. 110.

[7] *Schuitemaker t. Nederland*, EHRM 4 mei 2010 (ontv.), nr. 15906/08,
ECLI:CE:ECHR:2010:0504DEC001590608, «EHRC» 2010/99 m.nt. Barentsen.

[8] *Jakóbski t. Polen*, EHRM 7 december 2010, nr. 18429/06,
ECLI:CE:ECHR:2010:1207JUD001842906, «EHRC» 2011/25.

[9] *Eweida e.a .t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 januari 2013 nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10
en 36516/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, «EHRC» 2013/67 m.nt. Gerards.

[10] *Wretlund t. Zweden*, EHRM 9 maart 2004 (ontv.), nr. 46210/99,
ECLI:CE:ECHR:2004:0309DEC004621099.

[11] *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRM (GK) 6 april 2000, nr. 34369/97,
ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997, «EHRC» 2000/45 m.nt. Gerards, *NJCM-Bulletin*
2000, p. 1095, m.nt. Hendriks en Loenen.

[12] CGB 1 januari 2001, Oordeelnummer 2001-89.

[13] CGB 1 maart 2005, Oordeelnummer 2005-31 en CGB 1 januari 2003, Oordeelnummer
2003-10.

ANNOTATIE

Breyer t. Duitsland (EHRM, nr. 50001/12) – Verplichte registratie van prepaid simkaarthouders in overeenstemming met het EVRM?

H. Kranenborg

Introductie

1. De bewaarplicht van telefoongegevens is een onderwerp dat met name het Hof van Justitie van de EU al vele jaren bezighoudt. De onderhavige uitspraak van het EHRM, waarin uitgebreid verwezen wordt naar deze jurisprudentie van het HvJ EU, betreft een nieuw element in de onderliggende discussie. Tot dusver zagen de uitspraken van het HvJ EU op de bewaarplicht van gegevens die de telefoonmaatschappijen in de normale uitoefening van hun dienstverlening al verzamelen.[1] Gegoten in gegevensbeschermingstermen: de verwerking van de persoonsgegevens werd door de telefoonmaatschappij al noodzakelijk geacht voor het door haar gestelde commerciële doel. De maatregelen die in de jurisprudentie van het HvJ EU centraal stonden, betroffen Europese en nationale wetgeving die telefoonmaatschappijen de plicht oplegde deze commercieel gegenereerde gegevens langer te bewaren, om beschikbaar te zijn voor strafrechtelijke handhavingsdoeleinden.

2. De onderhavige zaak wijkt hiervan af omdat Duits recht telefoonmaatschappijen allereerst verplicht om bepaalde gegevens te genereren die zij voor haar commerciële doeleinden normaal gesproken *niet* noodzakelijk acht. Het gaat hier om de identificatiegegevens van personen die een prepaid simkaart aanschaffen. Voordat verder wordt ingegaan op de relevantie van dit verschil voor de benaderingen van het EHRM en het HvJ EU, volgt hieronder een beknopte beschrijving van de discussie zoals deze zich binnen de Europese Unie en voor het HvJ EU afspeelt.

De bewaarplicht van telefoongegevens in het Unierecht

3. Na de aanslagen in Madrid en Londen in 2004 en 2005 werd door de Uniewetgever in recordtempo een richtlijn aangenomen waarin lidstaten telefoonmaatschappijen moesten verplichten telefoongegevens te bewaren van al hun klanten voor een periode van tussen de

zes maanden en twee jaar.[2] Het betrof zogenaamde verkeers- en locatiegegevens (ook wel: metadata). Dit zijn telefoongegevens zoals tijdstip en duur van een gesprek, maar niet de inhoud van de communicatie. De gegevens moesten bewaard worden om beschikbaar te zijn voor de bestrijding van ernstige criminaliteit.

4. Na het overleven van een eerste rechtsgang vanwege een vermeende verkeerde rechtsgrondslag in het voormalige EG-Verdrag[3], verklaarde het HvJ EU in *Digital Rights Ireland* de richtlijn in 2014 alsnog ongeldig, vanwege strijd met het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens zoals neergelegd in art. 7 en 8 van het Grondrechtenhandvest.[4] Het HvJ hekelde met name het algemene karakter van de gegevensopslag; het betrof alle personen, alle elektronische communicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, zonder onderscheid.[5] Daarnaast bevatte de richtlijn volgens het HvJ geen objectieve criteria ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan. Ook kende de richtlijn geen verdere materiële en procedurele voorwaarden voor toegang en gebruik.[6]

5. Hoewel de richtlijn ongeldig was verklaard, gingen niet alle lidstaten ertoe over de nationale omzettingwetgeving aan te passen of in te trekken. In de zaak *Telez Sverige en Watson* werd het HvJ EU gevraagd of de vereisten uit *Digital Rights Ireland* ook van toepassing waren op de bestaande nationale wetgeving.[7] Het antwoord daarop was bevestigend. In zijn uitspraak ging het HvJ EU nog verder dan in *Digital Rights Ireland* in het formuleren van de vereisten waaraan de dataretentie-wetgeving moest voldoen.

6. De meest controversiële van deze vereisten betrof de overweging dat een algemene bewaarplicht als zodanig niet kon worden toegestaan.[8] Volgens het HvJ maakten de bewaarde gegevens, in hun geheel beschouwd, profilering mogelijk en konden zeer precieze conclusies worden getrokken over het privéleven van de betrokken personen.[9] Hierdoor was sprake van een bijzonder ernstige inbreuk op de fundamentele rechten van de betrokkenen. Hoewel de bestrijding van ernstige criminaliteit een rechtmatig doeleinde was, ging een algemene bewaarplicht volgens het HvJ EU verder dan strikt noodzakelijk.[10] Volgens het HvJ EU was een *gerichte* bewaarplicht eventueel wél mogelijk, waarbij er een verband moet bestaan tussen de gegevens die moeten worden bewaard en een bedreiging van de openbare orde.[11]

7. Meerdere lidstaten hadden kritiek op het vereiste van gerichte bewaring. Het voornaamste bezwaar was dat een gerichte bewaarplicht onbruikbaar was, omdat het moeilijk vooraf is te bepalen van wie de telefoongegevens nodig zijn om een misdrijf op te lossen. Bovendien, mocht dit al mogelijk zijn, dan zou dit stigmatisering en discriminatie in de hand kunnen werken. Het gevolg was: vijf nieuwe prejudiciële procedures voor het HvJ EU waarin de *Telez*

Sverige en Watson uitspraak expliciet ter discussie werd gesteld.[12] Gevraagd werd ook of een algemene bewaarplicht wél mogelijk was als het doel het handhaven van de nationale veiligheid betreft, of de bestrijding van alleen *bijzonder* ernstige criminaliteit. Op het moment van schrijven waren deze zaken nog aanhangig.[13]

8. Een tweede opzienbarend element uit de uitspraak in *Tele2 Sverige en Watson* was dat het HvJ EU een onderscheid maakte tussen enerzijds de beoordeling of het *bewaren* van de gegevens als zodanig rechtmatig was, en anderzijds of *toegang* tot de gegevens met voldoende waarborgen was omgeven (o.a. voorafgaande rechterlijke toestemming). Met andere woorden: de rechtmatigheid van de *bewaarplicht* was niet afhankelijk van hoe *toegang* tot de gegevens was geregeld. Aangevoerd zou kunnen worden dat het risico van profilering bij een algemene bewaarplicht zich alleen materialiseert als de gegevens ook daadwerkelijk voor die doeleinden toegankelijk zijn. Als toegang restrictief is geregeld, waarbij profilering wettelijk onmogelijk wordt gemaakt, dan zou de impact van een algemene bewaarplicht minder groot zijn. Deze redenering, die in *Tele2 Sverige en Watson* aan het HvJ EU was voorgelegd, nam het HvJ echter niet over.[14] De bewaarplicht, met de theoretische mogelijkheid van profilering, was volgens het HvJ EU op zichzelf in strijd met het Grondrechtenhandvest.

9. Toegang tot telefoongegevens voor strafrechtelijke handhaving stond ook centraal in de zaak *Ministerio Fiscal*. [15] De vraag was of autoriteiten toegang kon worden verleend tot bepaalde identiteitsgegevens van een klant van een telefoonmaatschappij in het kader van een strafrechtelijk onderzoek dat een niet ernstig delict betrof. De toegang betrof dus niet de eerder beschreven locatie- en verkeersgegevens, maar de meer ‘statische’ gegevens die de klant identificeren (ook wel: *subscriber data*). *Ministerio Fiscal* wijkt in zoverre af van de eerder besproken zaken, dat niet aan de orde was of de gegevens onderwerp waren van een wettelijke bewaarplicht. Identificatiegegevens (van ‘vaste’ klanten) worden immers door de telefoonmaatschappij normaal gesproken voor de duur van het contract bewaard voor de eigen commerciële doeleinden. Het HvJ EU kon zich daardoor beperken tot een analyse van de regels omtrent *toegang* tot de informatie. Omdat de gevraagde informatie louter de identificatie van de klant betrof en geen informatie omvatte waaruit zeer precieze conclusies konden worden getrokken over het privéleven van de betrokken personen, achtte het Hof de inmenging met de fundamentele rechten van de betrokken persoon niet heel vergaand, waardoor de gegevens ook voor niet ernstige misdrijven toegankelijk konden zijn.[16]

De Breyer-uitspraak van het EHRM

10. De onderhavige uitspraak in *Breyer t. Duitsland* is de eerste waarin het EHRM met de materie in aanraking komt. Het bewaren van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten zélf is wel al vaker ter sprake gekomen. In 2000, in de zaak *Amann t. Zwitserland*, overwoog

het EHRM dat het louter bewaren door autoriteiten van gegevens die het privéleven van individuen betreft een inmenging met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer oplevert.[17] Het meest bekend is wellicht de uitspraak in *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, waarin het EHRM oordeelde dat het bewaren van vingerafdrukken en DNA-materiaal van personen die waren veroordeeld en personen die verdacht waren geweest van een misdrijf in strijd was met art. 8 EVRM.[18]

11. De *Breyer*-zaak ziet op de wettelijke verplichting om de identiteitsgegevens van een prepaid-simkaarthouder te registreren en te bewaren tot één jaar na beëindiging van de contractuele relatie. Wat betreft de aard van de gegevens heeft de *Breyer*-zaak het meest weg van de gegevens die onderwerp vormden van de *Ministerio Fiscal*-uitspraak van het HvJ EU. Dit overweegt het EHRM ook met zoveel woorden.[19] Echter, zoals gezegd, de *Breyer*-zaak wijkt af van *Ministerio Fiscal* en de andere zaken voor het HvJ EU omdat in die eerdere zaken geen sprake was van een wettelijke plicht tot het vastleggen van de gegevens: het betrof door de telefoonmaatschappij reeds gegenereerde gegevens. Dit is een belangrijk punt in de zaak, waarover later meer. Eerst volgt een korte bespreking van de verschillende stappen in de redenering van het EHRM.

12. Het EHRM heeft weinig woorden nodig om te concluderen dat sprake is van een inmenging met art. 8 EVRM, dat er een wettelijke basis is voor die inmenging en dat sprake is van een legitiem doel. De voornaamste vraag is of de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving.

13. Het EHRM stelt vast dat de registratie van gebruikers van mobiele telefoons het werk van wethandhavingsautoriteiten sterk versimpelt en versnelt. Dat de registratiemaatregel eventueel omzeild kan worden, zoals de klagers aanvoerden, kan volgens het Hof niet het algemene nut en de effectiviteit van een wettelijke bepaling in twijfel trekken. Volgens het EHRM is de maatregel een passend antwoord op de veranderingen in communicatiegedrag en gebruik van communicatiemiddelen.

14. Om vervolgens te beoordelen of sprake is van een redelijke balans tussen de verschillende private en publieke belangen, beoordeelt het EHRM eerst hoe ernstig de inmenging met het recht op privéleven van de gebruikers is. Het EHRM constateert dat de gegevens geen hoogst persoonlijke informatie omvatten en dat de gegevens het niet mogelijk maken profielen van gebruikers op te stellen of hun bewegingen te volgen. Bovendien wordt geen informatie over de communicatie zelf opgeslagen. In die zin wijkt de zaak volgens het EHRM af van *Tele2 Sverige en Watson*, en lijkt zij meer op *Ministerio Fiscal*. Het EHRM concludeert dat hoewel de inmenging niet triviaal is, zij van beperkte aard is. De bewaartermijn van één jaar na beëindiging van de contractuele relatie is volgens het EHRM passend.

15. Hoewel de klagers alleen over de registratieplicht hebben geklaagd, moet volgens het EHRM voor de beoordeling van de proportionaliteit van de inmenging ook worden gekeken naar de manier waarop de mogelijke toegang tot de opgeslagen gegevens en het verdere gebruik ervan is geregeld. Hiermee lijkt het EHRM een andere benadering te kiezen dan het HvJ EU in *Tele2 Sverige en Watson*. In *Tele2 Sverige en Watson* speelden de regels over toegang, zoals uitgelegd, geen rol in de beoordeling van de proportionaliteit van de bewaarplicht. Anders gezegd, een algemene bewaarplicht kon niet worden ‘gecompenseerd’ met strikte regels voor toegang. Een verschil met de *Tele2 Sverige en Watson*-zaak is echter, dat in de onderhavige zaak het EHRM op zichzelf met de bewaarplicht geen probleem lijkt te hebben, waar het HvJ EU dat in *Tele2 Sverige en Watson* duidelijk wél had. Het EHRM ziet zich vervolgens genoodzaakt te toetsen hoe toegang tot de bewaarde gegevens is gereguleerd om te kunnen beoordelen of de nationale maatregel in z’n geheel in overeenstemming is met art. 8 EVRM. Daarmee is niet per se gezegd dat het EHRM de regels over toegang tot de gegevens ook een rol laat spelen als de beoordeling van de bewaarplicht op zichzelf negatief is.

16. Als het EHRM vervolgens naar de regels voor toegang tot de bewaarde gegevens kijkt, concludeert het dat er voldoende grenzen worden gesteld aan de bevoegdheid om gegevens op te vragen en dat toezicht door een onafhankelijke instantie (de Duitse gegevensbeschermingsautoriteiten) is gegarandeerd. Verder hebben betrokken personen algemene middelen om tegen informatieverzoeken in rechte op te treden, in het bijzonder in combinatie met rechtsmiddelen tegen uiteindelijke besluiten van de bevoegde instanties.

17. Ten aanzien van de vereisten van rechterlijke controle en onafhankelijk toezicht contrasteert het EHRM de *Breyer*-zaak met eerdere jurisprudentie, waarin onder meer geheime toezichtsmaatregelen ten behoeve van de nationale veiligheid centraal stonden. Het EHRM stelt vast dat in al die eerdere zaken sprake was van een meer serieuze en ingrijpende inmenging in het privéleven van betrokken personen en dat de vereisten van controle en toezicht niet zomaar overgedragen kunnen worden naar de toegang tot de gegevens in de onderhavige zaak. Het EHRM overweegt dat voor de onderhavige zaak het niveau van controle en toezicht een belangrijk maar niet beslissend element is in de beoordeling van de proportionaliteit van de nationale maatregel.

18. Deze versoepeling van de criteria staat het EHRM toe te accepteren, dat geen sprake is van voorafgaande rechterlijke controle, en dat de beoordeling van de noodzaak in beginsel door de autoriteit wordt uitgevoerd die de gegevens opvraagt. De betrokken telefoonmaatschappij is niet bevoegd de eventuele noodzaak van de toegang tot de gegevens in een concreet geval te beoordelen. Het vereiste van voorafgaande controle door een rechter of een onafhankelijke autoriteit was in de *Tele2 Sverige en Watson*-uitspraak van het EU HvJ een belangrijk criterium voor de rechtmatigheid van toegang tot bewaarde gegevens. Daarbij moet wel worden

opgemerkt dat de aard van de persoonsgegevens in *Tele2 Sverige en Watson* van andere orde was dan in de onderhavige zaak. In *Ministerio Fiscal*, dat toegang tot gelijkaardige gegevens betrof, kwam de vraag of toegang tot dergelijke gegevens aan voorafgaande controle moet onderworpen niet ter sprake. Het is dus niet duidelijk of het HvJ EU in een vergelijkbaar geval, vast zou blijven houden aan het vereiste van voorafgaande controle.[20]

De dissenting opinion van rechter Ranzoni

19. Het EHRM komt tot de slotsom dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Deze uitspraak werd door zes rechters ondersteund; één rechter stemde tegen. In zijn *dissenting opinion* legt rechter Ranzoni uit waarom hij vindt dat wél sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Hij verschilt van mening over de waarde van de verschillende waarborgen waarmee toegang tot de opgeslagen gegevens is omgeven. Hij acht deze onvoldoende om verkeerd gebruik en misbruik van de gegevens te voorkomen, waarbij hij met name het ontbreken van voorafgaande rechterlijke controle of controle door een onafhankelijke autoriteit hekelt.

20. Rechter Ranzoni heeft echter ook moeite met de constatering dat de inmenging in het privéleven van de betrokken personen gering is. Hoewel hij het ermee eens is dat de bewaarde informatie op zichzelf niet als gevoelig is aan te merken, wijst hij erop dat identiteitsgegevens het mogelijk maken verdere informatie aan de geïdentificeerde persoon te koppelen. Hij verwijst daarbij naar de eerdere EHRM-uitspraak in *Benedik t. Slovenië*, waarin het Hof zich uitsprak over de inzage van de politie in de identiteitsgegevens van een gebruiker van een dynamisch IP-adres.[21] Vastgesteld was dat het dynamische IP-adres gebruikt was voor het online delen van kinderpornografie. Ten aanzien van die inzage overwoog het EHRM: '[...] what would appear to be peripheral information sought by the police, namely the name and address of a subscriber, must in situations such as the present one be treated as inextricably connected to the relevant pre-existing content revealing data'.[22]

21. Rechter Ranzoni snijdt hier een belangrijk punt aan. De verplichting om de identificatiegegevens van prepaid-simkaarthouders vast te leggen en te bewaren dient uiteraard om de persoon achter een bepaald telefoonnummer te vinden. Welke informatie daarmee aan de geïdentificeerde persoon gekoppeld kan worden, is contextafhankelijk. Het is daarom moeilijk in algemene zin iets over de ernst van de inmenging met het recht op privéleven te zeggen. Het vastleggen en bewaren van de identiteitsgegevens van een prepaid-simkaarthouder zorgt er bovendien voor dat de gegevens over het gebruik van de simkaart (de locatie- en verkeersgegevens) meerwaarde krijgen. Hoewel er ten tijde van de feiten in de onderhavige *Breyer*-zaak geen aanvullende verplichting gold ten aanzien van het bewaren van locatie- en verkeersgegevens, zal een wettelijke regeling die een bewaarplicht van dergelijke

gegevens in het leven roept, bij een registratie van de prepaid-simkaarthouders, normalerwijs ook de gegevens van deze gebruiker omvatten.

22. En inderdaad, de Duitse telecommunicatiewet is in 2015 gewijzigd en heeft een algemene bewaarplicht van locatie- en verkeersgegevens in het leven geroepen. In vergelijking met de nationale wetgeving die centraal stond in *Tele2 Sverige en Watson*, is de bewaartermijn echter vrij kort: vier weken voor locatiegegevens en tien weken voor verkeersgegevens. De vraag of een dergelijke bewaarplicht, hoewel niet gericht, toch mogelijk is onder EU recht, vormt het onderwerp van een van de meest recente prejudiciële procedures voor het EU HvJ.[23]

Tot slot

23. Het EHRM navigeert met de onderhavige uitspraak tussen de verschillende uitspraken van het HvJ EU door. Daarbij lijkt het zich onvoldoende bewust van het speciale karakter van de plicht tot registratie van de prepaid-simkaarthouders en van het feit dat in de omvangrijke jurisprudentie van het HvJ over de bewaarplicht juist dit element nog niet is beoordeeld. De *dissenting opinion* van rechter Ranzoni legt de vinger op deze zere plek. Bij de beoordeling van de mate van inbreuk op het recht van betrokkenen, lijkt het EHRM bovendien onvoldoende rekening te houden met het feit dat de registratie van de identiteit van een prepaid-simkaarthouder het mogelijk maakt ook de locatie- en verkeersgegevens van de gebruiker te 'ontsluiten'. Het is daarmee niet gezegd dat het EHRM de Duitse registratieplicht in strijd met art. 8 EVRM had moeten verklaren. De constatering dat de inmenging in het privéleven van de betrokken personen *niet* gering was, had ertoe moeten leiden dat de rechtvaardiging van deze inmenging met een strengere blik beoordeeld werd.

H.R. Kranenborg is lid van de Juridische Dienst van de Europese Commissie en verbonden aan de K.U. Leuven en de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

[1] Zie o.a. *Digital Rights Ireland Ltd*, HvJ EU (GK) 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, «EHRC» 2014/140 m.nt. Koning en *Tele2 Sverige en Watson*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79 m.nt. Koning, waarover hieronder meer.

[2] Richtlijn 2006/24, OJ L 105, 13.4.2006, p. 54-63.

[3] *Ierland t. Europees Parlement en Raad*, HvJ EU (GK) 10 februari 2009, zaak C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68.

[4] *Digital Rights Ireland*, *supra* noot 1.

[5] *Digital Rights Ireland*, punt 57.

[6] *Digital Rights Ireland*, punt 60-61. Dit is enigszins ironisch omdat het ontbreken van regels over toegang en verder gebruik door de autoriteiten juist de reden was dat de richtlijn de eerste rechtsgang over de juiste rechtsgrondslag overleefde.

[7] *Tele2 Sverige en Watson*, *supra* noot 1.

[8] Na de *Digital Rights Ireland*-uitspraak was er discussie of het HvJ een algemene bewaarplicht categorisch uitsloot.

[9] *Tele2 Sverige en Watson*, punt 99.

[10] *Tele2 Sverige en Watson*, punt 102 en 107.

[11] *Tele2 Sverige en Watson*, punt 108.

[12] Zie resp. zaak C-623/17, gevoegde zaken C-511/18 en C-512/18, zaak C-520/18 en gevoegde zaken C-793/19 en C-794/19. Een nieuw verzoek van een Ierse rechter was op het moment van schrijven nog niet officieel door het EU HvJ geregistreerd.

[13] Op 15 januari 2020 publiceerde Advocaat-Generaal Campos Sánchez-Bordona zijn conclusies, zie ECLI:EU:C:2020:5 tot en met 7.

[14] Zie conclusie van Advocaat-Generaal Saugmandsgaard Øe van 19 juli 2016 in *Tele2 Sverige en Watson*, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572, punt 193 en verder.

[15] *Ministerio Fiscal*, HvJ EU (GK) 2 oktober 2018, zaak C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, «EHRC» 2019/18 m.nt. Van der Sloot.

[16] *Ministerio Fiscal*, pt. 56 tot en met 61. In een nog aanhangige prejudiciële procedure, ingesteld door een Estse rechter, wordt de vraag gesteld of toegang tot verkeers- en locatiegegevens die een korte periode betreffen (bijv. een paar uur, één dag) ook als een niet ernstige inbreuk moet worden gezien. Zie zaak C-746/18, en de conclusie van Advocaat-Generaal Pitruzzella van 21 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:18.

[17] *Amann t. Zwitserland*, EHRM (GK) 16 februari 2000, nr. 27798/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, «EHRC» 2000/31 m.nt. Brems, par. 69.

[18] *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 4 december 2008, nrs. 30562/04, 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, «EHRC» 2009/13 m.nt. Koops. Zie

voortbouwend op *S. en Marper* recentelijk: *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk* en *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, EHRM 13 februari 2020, resp. nr. 45245/15 en nrs. 53205/13 en 63320/13, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD004524515 en ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD005320513, «EHRC Updates» 2020-0086 en «EHRC Updates» 2020-0093.

[19] Zie *Breyer t. Duitsland*, par. 94.

[20] Zie over het vereiste van voorafgaande goedkeuring door een gerechtelijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke autoriteit bij toegang tot gegevens bewaard door private entiteiten ook Advies A-1/15 van het HvJ EU over de voorgenomen overeenkomst tussen de EU en Canada over de doorgifte van passagiersgegevens (PNR), ECLI:EU:C:2016:656, pt. 262 en verder.

[21] *Benedik t. Slovenië*, EHRM 24 april 2018, nr. 62357/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD006235714, «EHRC» 2018/154 m.nt. Van der Sloot.

[22] *Benedik t. Slovenië*, par. 109.

[23] Zaken C-793/19 en C-794/19.