

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-23

Nummer 23, 2022

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:2022:1129JUD004901610 05-12-2022

Balan t. Moldavië (nr. 2), EHRM 29 november 2022, nr. 49016/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD004439415

G.M. e.a. t. Moldavië, EHRM 22 november 2022, nr. 44394/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD001426017

D.K. t. Italië, EHRM 1 december 2022, nr. 14260/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715

D.B. e.a. t. Zwitserland, EHRM 22 november 2022, nrs. 58817/15 en 58252/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417

A.D. e.a. t. Georgië, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:913

Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éloignement – Cannabis thérapeutique), HvJ EU 22 november 2022, zaak C-69/21

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:912

Luxembourg Business Registers, HvJ EU 22 november 2022, gev. zaken C-37/20 en C-601/20

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:591

Bundesrepublik Deutschland (Accès au dossier en matière d'asile), HvJ EU 1 december 2022, zaak C-564/21

Annotatie

D.B. e.a. t. Zwitserland (EHRM, 58817/15 en 58252/15) – Over de bindende werking van Protocol 16-adviezen

C.M.S. Loven

Annotatie

C, B en X (HvJ EU, C-704/20 en C-39/21) – Verplichte ambtshalve toetsing van bewaringsmaatregelen in het vreemdelingenrecht

J. Krommendijk en T. Hendriks

Annotatie

Beeler t. Zwitserland (EHRM (GK), 78630/12) – Toepassingsbereik EVRM in socialezekerheidskwesties: Stec 2.o?

J.H. Gerards

RECHTSPRAAK

A.D. e.a. t. Georgië, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17

In Georgië is het voor transgender personen alleen mogelijk om hun geboortegeslacht te laten wijzigen in het bevolkingsregister als daadwerkelijk sprake is van een geslachtsverandering. Dat wordt beoordeeld aan de hand van 'biologische, fysiologische en/of anatomische kenmerken'. Het EHRM acht dat criterium te vaag en bovendien onwerkbaar. Nu geen enkele medische ingreep gevolgen kan hebben voor de biologische werkelijkheid van de chromosomen, zou hierdoor nooit een geslachtsverandering kunnen worden erkend. Georgië biedt dan ook geen goede procedure voor erkenning van geslachtsverandering, in strijd met art. 8 EVRM.

Klagers zijn transgender mannen. Tussen 2011 en 2015 hebben zij hun vrouwelijke voornamen naar mannelijke voornamen kunnen wijzigen. Ook hebben zij medische verklaringen gekregen waarin de diagnose van een genderidentiteitsstoornis (transsexualiteit) werd vastgelegd. Op grond daarvan hebben klagers vervolgens geprobeerd hun geslacht ook in het bevolkingsregister te laten wijzigen. Hun verzoeken zijn geweigerd omdat zij (nog) geen volledige, operatieve en onomkeerbare geslachtsverandering hadden ondergaan. De beroepen van klagers hiertegen zijn afgewezen.

Klagers hebben voor het EHRM gesteld dat art. 8 EVRM is geschonden door de onmogelijkheid hun geslacht te laten wijzigen in het bevolkingsregister. Het EHRM herinnert eraan dat het al eerder heeft geoordeeld dat staten moeten zorgen voor snelle, transparante en toegankelijke procedures voor het aanpassen van de geslachtsregistratie van transgender personen. In Georgië is het recht op aanpassing van de status niet alleen in wetgeving opgenomen, maar vormt het ook onderdeel van het constitutionele recht op vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid. Sinds 1998 is er echter geen enkel geval geweest waarin een geslachtsverandering is erkend. De wettelijke regeling geeft ook niet duidelijk aan wat de voorwaarden zijn voor de erkenning, dat wil zeggen welke precieze medische stappen moeten worden gezet om in aanmerking te komen voor registratie. Zulke precisie is tegelijkertijd wel

echt nodig. Als – zoals in Georgië het geval is – bijvoorbeeld wordt bepaald dat gekeken moet worden naar ‘biologische criteria’ komt niemand ooit in aanmerking voor erkenning van een nieuw geslacht. Het immers niet mogelijk om via medische interventies chromosomen te veranderen. De verschillende criteria en vereisten zijn in de situatie van klagers door verschillende rechters ook anders toegepast. Dit betekent dat Georgië niet heeft voldaan aan de verplichting om te zorgen voor goede procedures voor registratie van geslachtsverandering en daarmee handelt in strijd met art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417

Zaaknummer: 57864/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Balan t. Moldavië (nr. 2), EHRM 29 november 2022, nr. 49016/10

In een zaak over intellectuele eigendomsrechten heeft Balan in eerste aanleg een schadevergoeding toegekend gekregen, maar is dat oordeel later vernietigd. Het EHRM heeft in 2008 geoordeeld dat daarbij klagers procedurele en eigendomsrechten zijn geschonden, en heeft hem 5000 euro billijke genoegdoening toegekend. Daarop is de zaak in Moldavië heropend en is het initiële oordeel bevestigd. Toen die uitspraak al definitief was geworden heeft de Hoge Raad op verzoek van de staat alsnog de billijke genoegdoening verrekend. Het EHRM acht dat strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel en daarmee met art. 6 lid 1 en 1 EP EVRM.

In 1985 publiceerde klager een foto van het kasteel Soroca in een boek. Van 1996 tot 2000 gebruikte het Ministerie van Binnenlandse Zaken van Moldavië deze foto als achtergrond voor identiteitsdocumenten, zonder toestemming van klager. Klager verzocht om compensatie voor dit ongeautoriseerde gebruik. In eerste instantie werd hij in het gelijk gesteld en kreeg hij een schadevergoeding toegekend, maar in hoger beroep werd dit oordeel vernietigd. Het EHRM stelde in dat verband in 2008 een schending vast van art. 6 lid 1 en art. 1 EP EVRM en kende hem een billijke genoegdoening van 5000 euro toe. Daarop heeft klager verzocht om de zaak te heropenen. Dat verzoek werd op 12 november 2008 gehonoreerd en de Hoge Raad bevestigde het oordeel dat in de eerste procedure door de rechter in eerste aanleg was gegeven. Hoewel dat oordeel *res judicata* verkreeg, werd vervolgens doorgeprocedeerd omdat de staat het onredelijk vond dat geen aftrek plaatsvond van de billijke genoegdoening die klager van het EHRM had gekregen van het bedrag van de toen toegekende schadevergoeding. Na verdere procedures oordeelde de Hoge Raad dat het via het EHRM verkregen bedrag van 5000 euro moest worden afgetrokken van het eerder toegekende schadevergoedingsbedrag.

Het Comité van Ministers – belast met toezicht op de tenuitvoerlegging van de uitspraak –

heeft na de heropening van de zaak en de voor klager gunstige uitkomst daarvan besloten om de toezichtprocedure te sluiten.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de benadering waarbij de eerder toegekende schadevergoeding is verlaagd vanwege de billijke genoegdoening die klager via het EHRM heeft verkregen in strijd is met art. 6 lid 1 en 1 EP. Het EHRM overweegt dat de nu voorliggende zaak een duidelijk nieuwe en andere klacht betreft, waarover het zich in zijn eerdere uitspraak niet heeft kunnen buigen. Gelet daarop is het Hof bevoegd om de zaak in behandeling te nemen.

Ten aanzien van art. 6 lid 1 EVRM benadrukt het Hof het belang van rechtszekerheid en *res judicata*. Daarop zijn eigenlijk alleen uitzonderingen mogelijk als sprake is van het rechtzetten van duidelijke juridische fouten en gerechtelijke dwalingen. Daarvan was in deze zaak ook volgens de Moldavische Hoge Raad zelf geen sprake bij het uiteindelijk toch aftrekken van het genoemde bedrag. Volgens het Hof ging het in deze zaak dan ook om een verkapt hoger beroep, terwijl dat eigenlijk niet meer mogelijk was. Zeker nu het ging om een substantieel bedrag is art. 6 lid 1 EVRM hierdoor geschonden.

Ten aanzien van het eigendomsrecht erkent het Hof dat het redelijk is dat klager niet twee keer compensatie ontving voor dezelfde inbreuk op zijn rechten. De Hoge Raad kon zich daarvan echter ook bewust zijn geweest toen hij aanvankelijk besloot om het bedrag niet af te trekken van de toegekende compensatie. Het Hof wijst ook in dit verband op het rechtszekerheidsbeginsel en merkt op dat de aftrek ook niet bij wet was voorzien. Ook art. 1 EP EVRM is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 05-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1129JUD004901610

Zaaknummer: 49016/10

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 46 en EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Bundesrepublik Deutschland (Accès au dossier en matière d'asile), HvJ EU 1 december 2022, zaak C-564/21

In een asielprocedure heeft BU gevraagd om volledige inzage in zijn dossier, in pdf-format met doorlopende nummering. In Duitsland is echter alleen een XML-format voorhanden. Het HvJ oordeelt dat zo'n alternatief format op zichzelf aanvaardbaar is, maar dat in ieder geval de toegang moet worden gewaarborgd tot alle informatie in het dossier die relevant is voor de verdediging van de verzoeker en op basis waarvan de beslissing over dit verzoek is genomen. Daarnaast moet de wijze van mededeling een zo getrouw mogelijke weergave bieden van de structuur en de chronologie van dit dossier.

BU heeft asiel aangevraagd, maar zijn verzoek is afgewezen door de bevoegde autoriteit, de BAMF, in verband met een advies van een van een functionaris van het BAMF die is belast met specifieke kwesties in verband met het land waarvan BU onderdaan is. BU heeft een afdruk van de beslissing van de BAMF ontvangen, maar het origineel werd vernietigd nadat het document was ingescand. Daarbij heeft dit een XML-format gekregen zonder paginanummering. BU heeft verzocht om een pdf-document waarin wel een doorlopende paginanummering staat, maar dat heeft hij niet gekregen omdat hij het XML-bestand zou kunnen lezen met vrij verkrijgbare software. In verband hiermee zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ, gericht op de verenigbaarheid van de werkwijze van de BAMF met art. 47 Hv.

Het HvJ wijst erop dat er een recht bestaat op het kunnen bestuderen van alle mogelijk relevante stukken in het onderzoeksdossier. Het dossier moet volledig zijn en alle proceshandelingen, documenten en stukken bevatten. In richtlijn 2013/32 is geen bepaling opgenomen over de praktische en technische modaliteiten van de toegang tot het dossier. Het criterium is dan, in het licht van art. 47 Hv, dat de betrokken nationale regelgeving of praktijk geen onevenredige en onduidelijke ingreep tot gevolg heeft waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast. De nationale rechter moet de vraag beantwoorden of de

werkwijze van BAMF een zo getrouw mogelijke weergave van de structuur van het dossier en van de chronologie van de indiening van de verschillende stukken in het dossier waarborgt, zodat de vertegenwoordiger van de verzoeker kan nagaan of alle voor het verweer van de aanvrager relevante documenten in het dossier aanwezig zijn en zo nodig kan verzoeken om mededeling van de ontbrekende stukken of van de reden voor het ontbreken ervan. Dat hoeft niet per definitie te gebeuren via een genummerde pdf, maar kan ook door andere technische modaliteiten worden verzekerd. De voorwaarden zijn dan dat in ieder geval de toegang wordt gewaarborgd tot alle informatie in het dossier die relevant is voor de verdediging van de verzoeker en op basis waarvan de beslissing over dit verzoek is genomen. Daarnaast moet de wijze van mededeling een zo getrouw mogelijke weergave bieden van de structuur en de chronologie van dit dossier, onder voorbehoud van gevallen waarin doelen van algemeen belang zich verzetten tegen de openbaarmaking van bepaalde informatie aan de vertegenwoordiger van de verzoeker.

In de tweede plaats licht het HvJ toe dat het niet noodzakelijk is dat een beslissing over een verzoek om internationale bescherming de handtekening draagt van de functionaris van de bevoegde autoriteit die deze beslissing heeft genomen, om schriftelijk te zijn bekendgemaakt in de zin van deze bepaling.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:591

Zaaknummer: C-564/21

Wetsartikelen: Hv art. 47, Rl 2013/32 art. 23 lid 1 en Rl 2013/32 art. 46 lid 1 en 3

RECHTSPRAAK

**D.B. e.a. t. Zwitserland, EHRM 22 november 2022, nrs.
58817/15 en 58252/15**

Twee partners van gelijk geslacht hebben in 2011 een kind gekregen via een draagmoeder in California. Naar Zwitsers recht was het op dat moment helemaal niet mogelijk om voor de niet-natuurlijke ouder formele ouderschapsbanden te erkennen; dat is pas in 2018 veranderd. Het EHRM overweegt dat uit zijn eerdere rechtspraak over draagmoederschap kan worden afgeleid dat het in het belang van het kind is om wel ouderschapsbanden te erkennen. Ten aanzien van het kind is art. 8 EVRM dus geschonden. Dat geldt niet ten opzichte van de ouders, ook al nu feitelijk wel een normaal gezinsleven mogelijk was.

Eerste en tweede klager, die van hetzelfde geslacht zijn, hebben sinds 2011 een geregistreerd partnerschap. In 2010 hebben zij een contract gesloten met een draagmoeder in de VS om op die manier een kind te kunnen krijgen. Een rechter in California verklaarde dat de twee klagers gezamenlijk de ouders van het kind zouden worden. Toen het kind – derde klager – in 2011 werd geboren, werd een geboortecertificaat met de namen van eerste twee klagers als ouders afgegeven. Klagers verzochten daarop om erkenning van dit geboortecertificaat en hun ouderschap bij de Zwitserse rechter, maar deze weigerde dit. In hoogste instantie oordeelde het Zwitserse federale hof uiteindelijk dat sprake was geweest van het omzeilen van het Zwitserse verbod op draagmoederschap. Het federale hof erkende dat er een ouder-kindrelatie bestond tussen de genetische vader (tweede klager), maar erkende die relatie niet voor de wensvader (eerste klager) en het kind. Ook dan zou de relatie volgens het federale hof namelijk voldoende beschermd zijn. In 2018 kwam er een mogelijkheid beschikbaar om in dit soort gevallen over te gaan tot adoptie. Klagers hebben daarvan gebruik gemaakt.

Op grond van art. 8 EVRM hebben klagers gesteld dat de weigering om de relaties tussen de wensvader en het kind te erkennen in strijd zijn met hun recht op respect voor het gezinsleven. Het Hof neemt aan dat sprake is van een inbreuk op het recht op gezinsleven tussen alle klagers, en ten aanzien van derde klager dat zijn recht op privéleven door de

weigering is aangetast. De weigering was ingegeven door de Zwitserse wens om mensen te ontmoedigen om het nationale recht op het punt van draagmoederschap te omzeilen, om op die manier kinderen en draagmoeders te beschermen. Die doelen zijn legitiem. Het Hof wijst erop dat het onderhavige geval anders is dan eerdere zaken die het heeft beoordeeld over deze materie, nu die steeds betrekking hadden op stellen van verschillend geslacht, terwijl het in dit geval om een stel van gelijk geslacht ging. Toch zijn de algemene uitgangspunten die het heeft gedefinieerd in die eerdere zaken ook hier van toepassing. Het Hof benadrukt daarbij dat in een geval als dit de margin of appreciation beperkt is. Ook mag het belang van het kind niet afhankelijk worden gemaakt van de seksuele geaardheid van de ouders.

Specifiek ten aanzien van het kind (derde klager) overweegt het Hof dat naar nationaal recht tot 2018 geen enkele erkenning mogelijk was van de banden tussen de wensouder en het kind. Deze onmogelijkheid – die vanaf de geboorte zo’n zeven jaar en acht maanden heeft geduurd – is onverenigbaar met de algemene uitgangspunten die het EHRM in zijn eerdere rechtspraak heeft gedefinieerd en in het bijzonder met de belangen van het kind. Het kind kan hierdoor namelijk in een situatie van onzekerheid terechtkomen met betrekking tot zijn identiteit en het de mogelijkheid ontnemen om in een stabiele omgeving op te groeien. De volledige onmogelijkheid van iedere vorm van juridische erkenning van het ouderschap levert daarmee een disproportionele inbreuk op de belangen van het kind op, die in strijd is met art. 8 EVRM.

Met betrekking tot het gezinsleven voor eerste en tweede klagers – de ouders – geldt dat het aangaan van het draagmoederschapcontract in strijd was met het Zwitserse recht. Klagers zullen zich daarvan bewust zijn geweest, maar hebben toch zo gehandeld dat ze de autoriteiten voor een voldongen feit stelden. Het feitelijke gezinsleven is door het ontbreken van formele erkenning van de ouderschapsbanden niet aangetast. Voor zover er praktische moeilijkheden resulteerden uit de juridische situatie, hebben die volgens het EHRM art. 8 EVRM niet aangetast. Deze bepaling is dan ook niet geschonden.

Het Hof acht het (met zes stemmen tegen één) niet nodig om de klacht over art. 14 EVRM aparte te behandelen, nu het al tot een schending van art. 8 EVRM heeft geconcludeerd.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715

Zaaknummer: 58817/15 en 58252/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

D.K. t. Italië, EHRM 1 december 2022, nr. 14260/17

D.K. is naar haar zeggen langdurig seksueel misbruikt. Zij heeft daarvan op 21-jarige leeftijd aangifte gedaan. De aangifte is wel onderzocht, maar uiteindelijk is geen verder onderzoek ingesteld omdat de kwestie was verjaard: naar Italiaans recht had D.K. binnen drie maanden na het bereiken van meerderjarigheid aangifte moeten doen. Het EHRM acht het handhaven van een dergelijke termijn niet onredelijk. Bovendien is in deze zaak wel wat onderzoek verricht. Zeker nu de Conventie van Lanzarote nog niet in werking was getreden, heeft Italië volgens het EHRM niet in strijd met zijn verplichtingen onder art. 3 EVRM gehandeld.

Klaagster stelt dat zij en haar zus tussen 1974 en 1987 seksueel zijn misbruikt door haar oom. Volgens klagerster hield het misbruik pas op toen ze op 21-jarige leeftijd naar een andere stad verhuisde. Ze deed toen aangifte, maar de klacht werd uiteindelijk verworpen omdat hij meer dan drie maanden na het bereiken van meerderjarigheid was ingediend. Ook een civiele procedure was voor klagerster niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klagerster gesteld dat art. 3 en 8 EVRM zijn geschonden doordat de Italiaanse autoriteiten onvoldoende hebben gedaan om haar fysieke en mentale integriteit te beschermen. De vraag is vooral of het onderzoek terecht is beëindigd omdat de aangifte tardief was gedaan. Bij zaken als de onderhavige moet rekening worden gehouden met een bijzondere kwetsbaarheid van slachtoffers van seksueel misbruik. In de onderhavige zaak hebben de autoriteiten naar aanleiding van de aangifte van klagerster wel een strafrechtelijk onderzoek ingesteld, ondanks het lange tijdverloop. Daarbij is onder meer nagegaan of er sprake was van misdrijven waarvoor geen verjaringstermijn bestond. Ook acht het Hof van belang dat de Conventie van Lanzarote, waarin een aantal procedurele waarborgen is vastgelegd, ten tijde van de relevante feiten nog niet in werking was getreden. Het Hof wijst er verder onder meer op dat de verplichting tot het instellen van een effectief onderzoek een inspanningsverplichting is en geen resultaatverplichting. Art. 3 EVRM is daarom niet

geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD001426017

Zaaknummer: 14260/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

**G.M. e.a. t. Moldavië, EHRM 22 november 2022, nr.
44394/15**

Drie vrouwen die vanwege een geestelijke beperking zijn opgenomen in een neuropsychiatrische instelling zijn daar verkracht door een arts. Toen bleek dat ze zwanger waren zijn ze gedwongen een abortus te ondergaan en is (waarschijnlijk) bij de operatie zonder hun medeweten en instemming een spiraaltje geplaatst. Het EHRM stelt vast dat in Moldavië niet de nodige bescherming bestaat van de autonomie en vrijheid van kwetsbare vrouwen met een geestelijke beperking. Daardoor en door de gedwongen abortussen en anticonceptie is art. 3 EVRM geschonden. Ook is te weinig gedaan om de feitenrelazen van de vrouwen te onderzoeken.

De drie klagsters in deze zaak hebben mentale beperkingen van verschillende aard en zijn in verband daarmee ondergebracht in een neuropsychiatrische instelling. Zij zijn wel wilsbekwaam en staan niet onder curatele. Alle drie klagsters zijn op zeker moment zwanger geworden na verkrachting door een van de artsen. Volgens hen zijn zij alle drie daarbij gedwongen om een abortus te ondergaan, al is dat voor een van hen betwist. In alle drie de gevallen is volgens klagsters buiten hun toestemming en soms medeweten om een spiraaltje geplaatst. Naar aanleiding van hun klachten is enig onderzoek uitgevoerd, maar daaruit kwam naar voren dat er geen aanwijzingen waren van gedwongen zwangerschapsbeëindigingen of illegale sterilisatie. De hoofdarts is vanwege de verkrachting van klagsters en nog 13 andere bewoonsters van de instelling wel veroordeeld tot 15 jaar gevangenisstraf.

Voor het EHRM hebben klagsters gesteld dat het gedwongen ondergaan van abortus en het plaatsen van de spiraaltjes in strijd zijn met art. 8 EVRM. De interventies, gezien in samenhang met de bijzondere kwetsbaarheid van de klagsters als gevolg van hun gender, hun handicap en hun plaatsing in de instelling, zijn volgens het Hof echter zodanig dat ze binnen het bereik van art. 3 EVRM kunnen worden gebracht. Het besluit dan ook de zaak vanuit dat

perspectief te beoordelen.

Het Hof gaat allereerst na of aan de procedurele positieve verplichtingen onder art. 3 EVRM is voldaan. Weliswaar is er enig onderzoek uitgevoerd, maar er is geen strafrechtelijk onderzoek ingesteld dat diepgravend genoeg is om het waarheidsgehalte van de stellingen van klagers te onderzoeken of de omstandigheden op te helderen en de verantwoordelijke(n) te identificeren. Het onderzoek was daarmee onvoldoende effectief. Bovendien is in het onderzoek te weinig rekening gehouden met de kwetsbaarheid van deze mentaal gehandicapte vrouwen die waren blootgesteld aan seksueel misbruik binnen de muren van een instelling. Het procedurele aspect van art. 3 EVRM is dan ook geschonden.

Ten aanzien van het materiële aspect overweegt het Hof dat de drie klaagsters zijn blootgesteld aan invasieve medische ingrepen waarvoor zij geen geïnformeerde toestemming hebben gegeven, terwijl ze wel wilsbekwaam waren. De regelgeving over het beëindigen van zwangerschappen van mensen met een geestelijke handicap heeft een sterk paternalistische toon. De wetgeving maakt het – tegen internationale standaarden in – mogelijk om geestelijke beperkingen te zien als contra-indicatie voor een zwangerschap zonder enig verder onderzoek naar medische risico's. Ook worden de zwangere vrouwen volgens deze regelgeving op geen enkele manier betrokken in het besluitvormingsproces over hun eigen zwangerschappen. Er waren wel een paar waarborgen voor het verkrijgen van geïnformeerde, schriftelijke toestemming, maar de regering heeft niet aangetoond dat die ook mogelijkheden boden aan mensen als klaagsters om zich daadwerkelijk uit te spreken over voorgenomen medische interventies. Het wettelijk raamwerk toont daarmee belangrijke tekortkomingen als het gaat om de verplichting voor de staten om een goed systeem in het leven te roepen en toe te passen om bescherming te bieden tegen inbreuken op de integriteit van vrouwen die in psychiatrische instellingen wonen.

Kijkend naar de individuele omstandigheden van de drie klaagsters merkt het Hof op dat de medische staf misschien niet als bedoeling had om hen slecht te behandelen, maar dat uit de behandeling wel is gebleken van een sterk disrespect voor hun recht op autonomie en vrije keuze. Dit betekent dat art. 3 EVRM ten aanzien van alle drie de klaagsters is geschonden voor zover het gaat om de ontoereikende wettelijke bescherming van hun rechten. Ten aanzien van de twee klaagsters die gedwongen zijn hun zwangerschap te beëindigen is ook vanuit dat perspectief art. 3 EVRM geschonden.

Voor de klaagster waarbij betwist is dat haar zwangerschap gedwongen is beëindigd geldt dat die onduidelijkheid vooral te maken heeft met onzorgvuldig onderzoek op nationaal niveau. Gelet op de omstandigheden van de zaak en het feit dat een groot aantal vrouwen in de instelling hetzelfde lot heeft ondergaan, neemt het Hof aan dat klaagsters stelling dat zij

zwanger was en is gedwongen tot abortus op waarheid berust. In het licht van de eerdere overwegingen betekent dit dat art. 3 EVRM ook in haar geval is geschonden.

Voor wat betreft de anticonceptie geldt eveneens dat de feiten betwist zijn, maar dat het Hof het feitenrelaas bij een van de klaagsters aannemelijk acht. Het plaatsen van een spiraaltje is in haar geval in strijd met art. 3 EVRM. Voor de beide andere klaagsters geldt dat de feiten zodanig onduidelijk zijn dat het Hof die conclusie niet kan trekken.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD004439415

Zaaknummer: 44394/15

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Luxembourg Business Registers, HvJ EU 22 november 2022, gev. zaken C-37/20 en C-601/20

In 2018 is een richtlijn vastgesteld die lidstaten ertoe verplicht om publieke toegang te bieden tot bepaalde informatie over uiteindelijk begunstigden van ondernemingen. Doel daarvan is om een omgeving te creëren waarin witwassen en terrorismefinanciering worden bemoeilijkt. Het HvJ benadrukt dat de toegankelijkheid van deze informatie een ernstige inmenging vormt in art. 7 en 8 Hv. Het is niet aangetoond dat het publiek maken strikt noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken of dat er een goede afweging is gemaakt tussen het doel en de geraakte grondrechten. Gelet daarop verklaart het Hof de betreffende richtlijnbevestiging ongeldig.

In de beide hoofdgedingen hebben ondernemingen een verzoek ingediend bij Luxembourg Business Registers (LBR) om de toegang tot de in het register opgenomen informatie over hun uiteindelijke begunstigde – een natuurlijke persoon – te beperken. Reden daarvoor was in de eerste zaak dat de toegang van de leden van de bevolking tot deze informatie hem en zijn gezin op gekwalificeerde, reële en actuele wijze zou blootstellen aan een onevenredig risico, en een risico van fraude, ontvoering, chantage, afpersing, pesterijen, geweld of intimidatie. In de tweede zaak is gesteld dat de toegankelijkheid van de informatie voor het publiek in strijd zou zijn met de in art. 7 en 8 Hv vastgelegde grondrechten.

Ten aanzien van art. 7 en 8 Hv overweegt het HvJ dat, voor zover art. 30 lid 5 van richtlijn 215/849, gegevens over de uiteindelijk begunstigde toegankelijk maakt voor elk lid van de bevolking, dit inderdaad raakt aan de bescherming van het privéleven en van persoonsgegevens. De beschikbare informatie kan het mogelijk maken een profiel op te maken met bepaalde persoonlijke identificatiegegevens (waarvan de omvang afhangt van de opzet van het nationale recht), de financiële situatie van de betrokkenen en de sectoren en ondernemingen waarin hij heeft geïnvesteerd. Daarbij is geen beperking gesteld aan wie

toegang mag krijgen tot de informatie. Bovendien worden de mogelijke gevolgen voor de betrokkenen van een eventueel misbruik van hun persoonsgegevens nog verergerd door het feit dat deze gegevens, wanneer zij eenmaal ter beschikking van de leden van de bevolking zijn gesteld, niet alleen vrijelijk kunnen worden geraadpleegd, maar ook kunnen worden opgeslagen en verspreid, en dat het voor deze personen in geval van dergelijke opeenvolgende verwerkingen des te moeilijker of zelfs illusoir wordt zich doeltreffend tegen misbruik te verdedigen. Daarmee gaat het om een ernstige inmenging in de art. 7 en 8 Hv.

Wel maakt art. 52 lid 1 Hv bepaalde beperkingen op de Hv-rechten mogelijk, waarbij bovendien rekening moet worden gehouden met het specifieke beperkingsvereiste dat in art. 8 lid 2 Hv is vastgelegd. Aan het legaliteitsvereiste is in dit geval voldaan. De wezenlijke inhoud of kern van art. 7 en 8 Hv wordt niet geraakt, nu alleen 'toereikende' informatie kan worden verzameld en toegankelijk gemaakt en bovendien de informatieverzameling moet voldoen aan de in de AVG gestelde eisen. Het doel is het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering, waarbij geldt dat algemene transparantie een krachtig afschrikkend effect zou kunnen hebben en een transparante omgeving minder gemakkelijk door criminelen kan worden gebruikt. Dit is een doelstelling van algemeen belang die zelfs zware inmengingen in art. 7 en 8 Hv kan rechtvaardigen. Het beginsel van openheid als zodanig kan daarentegen niet worden beschouwd als een relevante doelstelling van algemeen belang.

Na een uiteenzetting over de vraag wat moet worden verstaan onder 'de grenzen van het strikt noodzakelijke' en het evenredigheidsvereiste (dat met name een afweging impliceert van het belang van het doel en de ernst van de inmenging), onderzoekt het HvJ of hieraan is voldaan. Dat is niet het geval. Op zichzelf is begrijpelijk dat de pers en maatschappelijke organisaties, en personen die transacties willen aangaan met de uiteindelijk begunstigden van een onderneming, zinvol toegang kunnen willen hebben tot bepaalde informatie en dat zij kunnen bijdragen aan het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering. Aantoonbaar is echter niet dat de regel van volledig publieke toegang strikt noodzakelijk is om witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen. De betreffende richtlijnbeepaling is bovendien niet voldoende duidelijk en nauwkeurig geformuleerd, doordat er niet volledig in is vastgelegd welke informatie moet worden gepubliceerd. Ondanks de beperkingen die kunnen worden gesteld op de toegankelijkheid van bepaalde informatie, kan evenmin worden aangenomen dat er een evenwichtige afweging is gemaakt tussen de betrokken belangen en er voldoende waarborgen bestaan om betrokkenen in staat te stellen hun gegevens te beschermen tegen misbruik. De relevante richtlijnbeepaling is dan ook ongeldig wegens strijd met art. 7 en 8 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:912

Zaaknummer: C-37/20 en C-601/20

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 52 lid 1, Rl 2018/843 en Rl 2015/849, art. 30 lid 5

RECHTSPRAAK

Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éloignement – Cannabis thérapeutique) HvJ EU 22 november 2022, zaak C-69/21

Een derdelander wordt in Nederland behandeld voor leukemie met cannabis als pijnbestrijding. Zijn asielerzoek is afgewezen. De vraag is of hij kan worden verwijderd, nu duidelijk is dat in Rusland dezelfde pijnbestrijding niet beschikbaar is. Volgens het HvJ EU is verwijdering niet mogelijk als er een reëel risico is dat de veroorzaakte pijn bij terugkeer aanzienlijk, op onomkeerbare wijze en snel zal toenemen. Een lidstaat mag geen strikte termijn vaststellen waarbinnen de toename van de pijn moet intreden. Verder moet de lidstaat de gezondheidstoestand en de ontvangen zorg mede in aanmerking nemen bij de beoordeling of de verwijdering aanvaardbaar is.

X is een Russische staatsburger die een zeldzame vorm van leukemie heeft waarvoor hij in Nederland wordt behandeld, onder meer door het toedienen van cannabis als pijnbestrijding. Deze behandeling is in Rusland niet toegestaan. Hij heeft een asielaanvraag ingediend, onder meer vanwege de problemen die hij in Rusland zou hebben ondervonden vanwege de teelt van cannabis voor zijn eigen gebruik. In 2020 heeft de Staatssecretaris geweigerd om X een verblijfsrecht toe te kennen en heeft hij een terugkeerbesluit vastgesteld. De rechtbank Den Haag heeft in verband hiermee een aantal prejudiciële vragen voorgelegd.

De kern van de eerste twee vragen is volgens het HvJ of richtlijn 2008/115, gelezen in samenhang met art. 1, 4 en 19 lid 2 Hv, zich verzet tegen de vaststelling van een terugkeerbesluit ten aanzien van een illegaal verblijvende derdelander die in het land van herkomst veel pijn zal lijden omdat de enige doeltreffende pijnbehandeling in dat land is verboden. Het HvJ herinnert eraan dat art. 5 van de richtlijn zich ertegen verzet dat jegens een derdelander een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd wanneer dat besluit een land van bestemming aanwijst ten aanzien waarvan er zwaarwegende en gegronde redenen zijn om

aan te nemen dat die derdelander daar in geval van uitvoering van dat besluit zou worden blootgesteld aan een reëel risico van behandelingen in strijd met art. 4, 18 of 19 lid 2 Hv. Daarbij geldt dat de inhoud en reikwijdte van art. 4 Hv overeenkomstig art. 52 lid 3 Hv hetzelfde zijn als die eraan door het EVRM worden toegekend. In dit verband wijst het HvJ EU op de criteria die in de relevante EHRM-rechtspraak zijn vastgesteld. Het Hof vat deze criteria zo samen dat art. 3 EVRM zich verzet tegen de verwijdering van een ernstig zieke persoon die het risico loopt om in de zeer nabije toekomst te sterven of wanneer er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat deze persoon, ook al loopt hij niet het risico om in de zeer nabije toekomst te sterven, wordt blootgesteld aan een reëel risico van een ernstige, snelle en onomkeerbare achteruitgang van zijn gezondheidstoestand die voor intense pijn zou zorgen of van een significante daling van zijn levensverwachting, omdat hij in het land waarnaar hij wordt verwijderd geen adequate behandeling of geen toegang tot een dergelijke behandeling zou krijgen. Het HvJ wijst er daarbij op dat de criteria voor het bepalen van de toepasselijkheid van art. 4 Hv hetzelfde zijn als die voor art. 3 EVRM. Deze criteria moeten ook in het onderhavige geval worden toegepast. Daarbij merkt het Hof op dat het mogelijk is dat deze criteria worden toegepast als een derdelander vanwege een natuurlijk opgetreden ziekte zodanig pijn lijdt en dat die in het derde land zodanig kan verergeren dat de voor toepasselijkheid van art. 4 Hv vereiste minimale ernst is bereikt. Tegelijkertijd leidt niet elk risico van toename van pijn hiertoe, gelet op de strikte eisen die het EHRM hierbij ook stelt. In het bijzonder moet volgens het HvJ bij de beoordeling van de onomkeerbaarheid van de toename van de pijn rekening worden gehouden met een groot aantal factoren, waaronder de directe en meer indirecte gevolgen van een dergelijke toename. De bevoegde nationale autoriteit moet daarbij, naargelang van de aandoening waaraan de derdelander lijdt, zowel de snelheid waarmee in geval van terugkeer een toename van de pijn te verwachten valt als de intensiteit van die toename in de overweging kunnen meenemen. Een lidstaat mag geen strikte termijn vaststellen waarbinnen een dergelijke toename van de pijn moet intreden opdat die toename in de weg kan staan aan dit terugkeerbesluit of die verwijderingsmaatregel.

Een andere vraag die de rechtbank heeft voorgelegd is, of het voldoende is als hij de gezondheidstoestand van de derdelander alleen in aanmerking neemt om te onderzoeken of die in staat is om te reizen. Het HvJ benadrukt dat dat niet het geval is. Onderzocht moet echt worden of er een risico is dat de terugkeer van de derdelander zal leiden tot een snelle, aanzienlijke en onomkeerbare verergering van de ziekte of de daardoor veroorzaakte pijn.

Ten slotte wil de rechtbank weten of het feit dat een derdelander illegaal op het grondgebied verblijft en zorg ontvangt op dat grondgebied mag worden meegewogen bij de beoordeling van de mogelijkheid tot verwijdering. Een lidstaat kan er in de eerder geschetste omstandigheden niet toe verplicht worden om op grond van art. 7 Hv een verblijfsrecht toe te kennen, maar

mag een derdelander dan niet verwijderen. Uitgangspunt blijft dat grondrechten moeten worden gerespecteerd, ook als het gaat om illegaal verblijvende derdelanders. Daarbij gaat het dan ook om het door art. 7 Hv gewaarborgde grondrecht, dat correspondeert met art. 8 EVRM. De medische behandeling die een illegaal verblijvende derdelander geniet, maakt deel uit van diens door art. 7 Hv beschermde privéleven. Dit recht heeft echter geen absolute gelding, maar moet worden beschouwd in relatie tot zijn functie in de samenleving. Dit betekent dat in het licht van art. 52 lid 1 Hv moet worden nagegaan of de verwijderingsmaatregel geen afbreuk doet aan de wezenlijke inhoud van zijn recht op privéleven en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Daarbij moet naar behoren rekening worden gehouden met de met zijn gezondheidstoestand gepaard gaande kwetsbaarheid en bijzondere afhankelijkheid. De omstandigheid dat de derdelander bij terugkeer niet zou beschikken over dezelfde behandelingen – wat onder meer invloed kan hebben op de mogelijkheid om in het derde land sociale betrekkingen op te bouwen – staat op zichzelf echter niet aan een verwijderingsmaatregel in de weg.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:913

Zaaknummer: C-69/21

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 8, Hv art. 4, Hv art. 7, Hv art. 18, Hv art. 19 lid 1, Hv art. 52 lid 1 en 3 en Rl 2008/115/EG

ANNOTATIE

**D.B. e.a. t. Zwitserland (EHRM, 58817/15 en 58252/15) –
Over de bindende werking van Protocol 16-adviezen****C.M.S. Loven**

1. Het is inmiddels meer dan vier jaar geleden dat Protocol 16 bij het EVRM in werking trad. Dit Protocol geeft de hoogste rechters van de verdragsstaten die het Protocol hebben geratificeerd^[3] Nu vier jaar later nog steeds maar 18 (van de 46) staten het Protocol hebben geratificeerd en het totaal aantal uitgebrachte adviezen op vijf staat, D.B. e.a. t. Zwitserland over internationaal draagmoederschap en de juridische erkenning van de banden van de wensvader, niet zijnde de biologische vader, met het via het draagmoederschap geboren kind. Het geval wil namelijk dat het eerste Protocol 16-advies ging over een vergelijkbare kwestie die speelde in Frankrijk, namelijk de juridische erkenning van een ouder-kindrelatie tussen een wensmoeder en een kind dat via een draagmoederschapsconstructie in het buitenland was geboren.^[5] Nu dit Protocol 16-advies een belangrijke rol speelt in de beoordeling van de zaak en Zwitserland een van de landen is die Protocol 16 (nog) niet heeft geratificeerd, vertelt D.B. e.a. ons meer over de bindende werking van Protocol 16-adviezen.^[6] Dit wordt versterkt door het feit dat rechter Krenč een *concurring opinion* bij de zaak heeft gevoegd waarin hij uitlegt waarom het gerechtvaardigd is dat het Hof het eerder uitgebrachte advies ten grondslag legt aan haar beslissing en rechter Elósegui zich in haar *partly dissenting opinion* juist verzet tegen de aanpak van de meerderheid. De vraag die in deze annotatie dan ook centraal staat is wat D.B. e.a. ons vertelt over de bindende werking van Protocol 16-adviezen. Om hierop in te kunnen gaan, bespreek ik eerst kort de overwegingen uit de uitspraak die voor deze vraag relevant zijn, waarbij ook het eerder uitgebrachte Protocol 16-advies aan de orde komt.

2. Zoals gezegd gaat de klacht in D.B. e.a. over de weigering van de Zwitserse autoriteiten in 2015 om de ouder-kindrelatie tussen de wensvader, niet zijnde de biologische vader, en een kind geboren in het buitenland door middel van een draagmoederschapsconstructie juridisch te erkennen. Na deze weigering is de Zwitserse wetgeving in 2018 veranderd. Hierdoor is het mogelijk geworden om via adoptie de ouder-kindrelatie erkend te krijgen; een weg die klagers met succes hebben weten te bewandelen. De ouder-kindrelatie tussen de wensvader en tevens biologische vader is door de Zwitserse autoriteiten overigens wel meteen juridisch erkend.

Belangrijk is verder dat draagmoederschap in Zwitserland verboden is. De Zwitserse regering heeft bij het EHRM dan ook aangevoerd dat de weigering van juridische erkenning van het ouderschap tot doel had om Zwitsers ertoe te weerhouden om naar het buitenland uit te wijken voor een draagmoeder en daarmee het Zwitserse verbod op draagmoederschap te omzeilen.

3. Bij de beoordeling van de klacht verwijst het Hof uitgebreid naar eerdere jurisprudentie, waaronder de zaak *Mennesson* uit 2014.[7] In deze zaak oordeelde het Hof dat het niet erkennen van de band tussen de biologische vader en het kind geboren uit een draagmoederschapsconstructie in het buitenland in strijd is met het recht op privéleven van het kind. Het recht op respect voor privéleven vereist namelijk dat iedereen de mogelijkheid moet hebben om diens persoonlijke identiteit vast stellen, waarbij geldt dat afstammingsvragen de kern vormen van iemands identiteit.[8] Naast *Mennesson* verwijst het Hof in *D.B. e.a.* naar het eerste Protocol 16-advies dat het in 2019 heeft gegeven naar aanleiding van een vraag van het Franse Hof van Cassatie. De Franse rechter had dit adviesverzoek gedaan tijdens een nationale procedure naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in *Mennesson*. Na een wetswijziging was het voor de wensvader, tevens biologische vader, namelijk mogelijk geworden om als ouder juridisch erkend te worden, maar dit gold niet voor de wensmoeder die noch de biologische noch de genetische moeder van het kind was.[9] Het Franse Hof van Cassatie had het EHRM daarom de vraag voorgelegd of het recht op respect voor privéleven ook betekent dat het naar nationaal recht mogelijk moet zijn om de ouder-kindrelatie met de wensmoeder juridisch te erkennen wanneer een kind is verwekt met eicellen van een donor en via draagmoederschap in het buitenland is geboren. Indien deze vraag positief zou worden beantwoord, vroeg de Franse hoogste rechter ook nog advies over de vraag of art. 8 EVRM vergt dat de erkenning de vorm krijgt van registratie in het geboorteregister of ook een andere vorm kan hebben, bijvoorbeeld adoptie door de wensmoeder. Zoals het Hof in onderhavige zaak herhaalt, heeft het in het advies aan de Franse hoogste rechter overwogen dat enige juridische erkenning van de ouder-kindrelatie nodig is om in overeenstemming te handelen met art. 8 EVRM.[10] Wat betreft de vorm van de erkenning merkte het Hof in zijn advies op dat staten een ruimere *margin of appreciation* toekomt, waardoor het aan de staten zelf is om te bepalen of zij erkenning mogelijk maken door registratie in het geboorteregister of door een alternatief systeem als adoptie.[11]

4. Nu in Zwitserland tot 1 januari 2018 geen enkele mogelijkheid bestond voor juridische erkenning van de ouder-kindrelatie tussen de wensvader die niet tevens de biologische vader is en het kind dat in het buitenland is geboren door middel van een draagmoederschapsconstructie, oordeelt het Hof met zes stemmen tegen één dat het recht op privéleven van het kind in onderhavige zaak is geschonden. Het Hof acht de oude Zwitserse

regeling niet in overeenstemming met de beginselen zoals geformuleerd in *Mennesson* en het Protocol 16-advies, nu het kind gedurende 7 jaar en 8 maanden (van 30 april 2011 tot 21 december 2018) in juridische onzekerheid heeft gezeten over zijn identiteit en zich daardoor in een minder stabiele omgeving heeft kunnen ontwikkelen dan het geval zou zijn geweest wanneer de relatie met zijn wensvader meteen juridisch erkend zou zijn.

5. Uit het voorgaande blijkt dat de uitspraak in onderhavige zaak voor een belangrijk deel is gestoeld op de algemene beginselen die het Hof in 2019 in het Protocol 16-advies aan Frankrijk heeft geformuleerd. Dit wordt bevestigd door rechter Krenč, die in zijn *concurring opinion* stelt dat het advies zelfs van doorslaggevend belang is geweest voor de uitspraak.[12] Op het eerste gezicht kan dit wellicht de wenkbrauwen wat doen fronsen, nu in art. 5 van Protocol 16 is vastgelegd dat adviezen niet bindend zijn. Uit de toelichting bij Protocol 16 blijkt echter heel duidelijk dat dit een stuk genuanceerder ligt dan de tekst van art. 5 op het eerste oog doet vermoeden. In de toelichting op art. 5 valt namelijk te lezen dat Protocol 16-adviezen samen met uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen onderdeel uitmaken van de jurisprudentie van het Hof. De algemene beginselen die het Hof formuleert in adviezen worden dan ook geacht dezelfde werking (*res interpretata*) te hebben als de algemene beginselen die het Hof in uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen formuleert.[13] Oftewel, art. 5 van Protocol 16 ziet alleen op het feit dat de nationale hoogste rechter die om het advies vraagt formeel niet gebonden is aan het advies en de vrijheid heeft om te beslissen over de precieze toepassing van het advies in de lopende zaak op nationaal niveau.

6. Hoewel uit de toelichting bij Protocol 16 dus duidelijk blijkt dat adviezen voor zover het gaat om de interpretatie van het EVRM wel degelijk bindende werking hebben voor alle verdragsstaten en het Hof dit ook al voor aanneming van het Protocol duidelijk heeft gemaakt,[16] Het advies stamt namelijk uit 2019, terwijl de Zwitserse rechters in 2015 het verzoek tot juridische erkenning van de ouder-kindrelatie van een van de twee wensvaders hebben geweigerd. Alhoewel deze kritiek over de temporele werking zeker een punt is dat nader onderzoek en discussie verdient, moet wel worden opgemerkt dat dit geen nieuwe praktijk is. Sterker nog, het komt geregeld voor dat het Hof bij de beoordeling van een zaak verwijst naar algemene beginselen die het heeft geformuleerd nadat de klacht die voorligt bij het Hof is ingediend en dus ruim nadat de feiten op nationaal niveau speelden. Elósegui betoogt voorts dat de terugwerkende toepassing van het Protocol 16-advies een afschrikwekkend effect kan hebben op zowel de verdragsstaten die het Protocol nog niet hebben geratificeerd als op de hoogste nationale rechters van de verdragsstaten die het wel hebben geratificeerd. Deze rechters zouden volgens Elósegui nu een extra keer nadenken voordat zij het EHRM om een advies verzoeken.[17] Ook leidt het volgens Elósegui tot rechtsonzekerheid over de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, omdat een volgens

Elósegui niet bindend advies, toch bindend blijkt te zijn voor alle verdragsstaten, zelfs de verdragsstaten die Protocol 16 niet hebben geratificeerd.[18]

7. De punten van Elósegui zijn weinig steekhoudend in het licht van wat onder randnummer 5 is besproken. Dit wordt verder bevestigd door rechter Krenc die het, niet geheel verrassend, nodig acht om in een *concurring opinion* toe te lichten waarom het gerechtvaardigd én vanzelfsprekend is dat het Hof het Protocol 16-advies ten grondslag legt aan de uitspraak in onderhavige zaak. Ten eerste merkt Krenc op dat de uitleg die het Hof aan het EVRM geeft niet verschilt naargelang het om een advies- of een klachtprocedure gaat; de uitleg zal in beide procedures hetzelfde zijn.[19] Ten tweede acht Krenc het van belang dat het uitvaardigen van een Protocol 16-advies tot de exclusieve bevoegdheid van de Grote Kamer behoort, wat impliceert dat aan de adviezen bijzonder gewicht toekomt.[20] Dat de uitleg van het EVRM door het Hof in Protocol 16-adviezen ook bindend is voor verdragsstaten die het Protocol niet hebben geratificeerd, waarvan Zwitserland er dus een is, is volgens Krenc tot slot al verdisconteerd in de adviesprocedure nu alle verdragsstaten toestemming kunnen vragen om als derde partij in de adviesprocedure te interveniëren en daarmee hun kijk op de voorliggende kwestie over het voetlicht kunnen brengen.[21]

8. Hiermee maakt Krenc nog eens duidelijk waarom de algemene beginselen zoals die door het Hof worden geformuleerd in Protocol 16-adviezen bindend zijn voor alle verdragsstaten en dus dezelfde werking hebben als de door het Hof gegeven uitleg van het EVRM in uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen. Alhoewel niet alle rechters, in ieder geval Elósegui, het hier mee eens zijn, bevestigt *D.B. e.a.* dan ook dat de op basis van Protocol 16 uitgebrachte adviezen niet kunnen worden genegeerd door de verdragsstaten, ook niet door de verdragsstaten die het Protocol niet hebben geratificeerd.

C.M.S. Loven

Universitair docent bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht

[1] Op dit moment (1 december 2022) hebben 18 verdragsstaten Protocol nr. 16 geratificeerd, waaronder Nederland (zie: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=214>).

[2] Voor een uitgebreide analyse van Protocol 16, zie onder meer: J.H. Gerards, 'Protocol 16 EVRM – adviesprocedure', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, deel 2 (Den Haag: Sdu 2020) (online beschikbaar via *Sdu OpMaat*); D. Giannopoulos, 'Considerations on

Protocol No. 16: can the new advisory competence of the European Court of Human Rights breathe new life into the European Convention on Human Rights? 16 *German Law Journal* 2015, p. 337-350; L.R. Glas en J. Krommendijk, 'A Strasbourg story of swords and shields: national courts' motives to request an advisory opinion from the ECtHR under Protocol 16', 3 *ECHR Law Review* 2013, p. 229-247;

[3] CDDH, *CDDH Final report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 15 februari 2012, CDDH(2012)R74 Addendum I, p. 57 e.v.; Toelichting bij Protocol nr. 16 EVRM (*Explanatory Report No. 16 to the Convention*), par. 1-2.

[4] *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, «EHRC» 2019/121 m.nt. Mak en Gerards; *Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law*, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, «EHRC Updates», m.nt. Cnossen en Gerards; *Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings*, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, «EHRC Updates», m.nt. Broeksteeg, Glas, Krommendijk; *Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture*, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 April 2022, P16-2021-001; *Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date*, verzocht door de Franse Raad van State, EHRM (GK) 13 juli 2022, P16-2021-002.

[5] *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, «EHRC» 2019/121 m.nt. Mak en Gerards.

[6] Het is echter niet de eerste keer dat het Hof in een uitspraak verwijst naar een eerder uitgebracht Protocol 16-advies. Zie bijvoorbeeld *Vavříčka e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, «EHRC Updates», m.nt. Hendriks en «EHRC Updates», m.nt. Van Sasse van Ysselt, par. 287 voor een verwijzing naar P16-2018-001 (juridische erkenning van ouder-kindrelatie bij draagmoederschap) en *Pantolon t. Kroatië*,

EHRM 19 november 2020, nr. 2953/14, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000295314, par. 45 voor een verwijzing naar P16-2019-001 (art. 7 EVRM en ‘*blanket reference*’/‘*legislation by reference*’ techniek). Voor meer voorbeelden zie *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc (par. 13).

[7] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211, «EHRC» 2014/222 m.nt. Koffeman.

[8] *Mennesson*, reeds aangehaald, par. 96-101.

[9] De term biologische moeder wordt gebruikt voor de vrouw die het kind gebaard heeft. De genetische moeder is genetisch verwant aan het kind, maar zal in geval van een draagmoederschapsconstructie het kind niet gebaard hebben (Noot Koffeman bij *Mennesson*, reeds aangehaald).

[10] EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, reeds aangehaald, par. 35-47.

[11] EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, reeds aangehaald, par. 48-59.

[12] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 10-11.

[13] Toelichting bij Protocol nr. 16 EVRM (*Explanatory Report No. 16 to the Convention*), par. 25-27.

[14] EHRM, *Reflection paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction*, Straatsburg 2012, par. 44.

[15] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 2.

[16] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 4 e.v.

[17] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 6.

[18] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 7.

[19] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 16.

[20] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 16.

[21] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 22. Zie art. 3 Protocol 16 EVRM.

ANNOTATIE

C, B en X (HvJ EU, C-704/20 en C-39/21) – Verplichte ambtshalve toetsing van bewaringsmaatregelen in het vreemdelingenrecht***J. Krommendijk en T. Hendriks***

1. In het bekende arrest *Van der Weerd*[1] uit 2007 oordeelde het Hof van Justitie (hierna: het Hof) dat het Nederlandse verbod op ambtshalve toetsing uit artikel 8:69, lid 1 Awb voldoet aan de Unierechtelijke vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[2] Daarmee leek het Hof klare wijn te hebben geschonken: het Unierecht verplicht de Nederlandse bestuursrechter niet om ambtshalve te toetsen aan bepalingen van het Unierecht. Nederland overschreed met artikel 8:69, lid 1 Awb niet de grenzen van zijn nationale procedurele autonomie. De Afdeling heeft in de jaren daarna de lijn uit *Van der Weerd* over de gehele linie van het bestuursrecht toegepast.[3] Dit gold ook voor bewaringszaken in het vreemdelingenrecht: zolang een vreemdeling geen beroepsgronden omtrent het Unierecht tegen een besluit aanvoerde, toetste de Afdeling niet aan het Unierecht.[4] Daarmee leek de kous wat betreft ambtshalve toetsing ook voor het vreemdelingenrecht lange tijd af.

2. Met het arrest *Mahdi* uit 2014 herleefde de discussie weer enigszins. Ten aanzien van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn overwoog het Hof namelijk dat de rechter grondig onderzoek moet verrichten naar de feitelijke elementen van een bewaringsmaatregel. Lijdelijk leunen op hetgeen het bestuursorgaan aanvoert was derhalve uit den boze.[5] Daarmee was de *indringendheid* van de rechterlijke toets een Unierechtelijk gegeven. Vraag bleef evenwel of uit *Mahdi* ook een verplichte ambtshalve toets aan artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn volgde?[6] Ter opheldering stelden respectievelijk de Afdeling en de vreemdelingenkamer van de rechtbank Den Haag (hierna: de rechtbank) eind 2020 en begin 2021 prejudiciële vragen over de omvang van rechterlijke toetsing aan bewaringsmaatregelen in vreemdelingenzaken.[7] Deze vragen hebben samen geleid tot het onderhavige arrest.[8] Specifiek richtten de vragen zich op artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn; artikel 9 van de Opvangrichtlijn en artikel 28 van de Dublin III Verordening.

3. Het Hof concludeerde dat de relevante rechtsinstrumenten naast materiële regels ook

voorzien in -Unierechtelijke- procesregels (par. 86). De Unierechtelijke procesregels verplichten volgens het Hof tot ambtshalve toetsing om vast te stellen of een bewaringsmaatregel jegens een derdelander (nog) rechtmatig is (par. 93). Ter onderbouwing wees het Hof op de ingrijpende aard van bewaringsmaatregelen op vrijheid uit artikel 6 Hv en de strikt genormeerde bevoegdheden van nationale autoriteiten om een derdelander in bewaring te stellen (par. 75). Daarnaast signaleerde het Hof dat de drie relevante rechtsinstrumenten onmiddellijke vrijlating van een derdelander vereisen, wanneer niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan (par. 79-80). De relevante rechtsinstrumenten concretiseren het recht op effectieve rechtsbescherming uit artikel 47 Hv en verplichten lidstaten te voorzien in een 'spoedige' rechterlijke toetsing en in een toetsing 'met redelijke tussenpozen' of een bewaringsmaatregel (nog) rechtmatig is (par. 81-84). Aldus wekt het Hof de suggestie dat de verplichting tot ambtshalve toetsing ligt besloten in de periodieke toetsing met betrekking tot de rechtmatigheid van bewaring.

4. Interessant aan deze uitspraak is vooral het beperkt aantal woorden dat het Hof vuilmaakt aan procedurele autonomie en de *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Voor de niet ingewijden: 'Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van een Unieregeling ter zake krachtens het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten een aangelegenheid van elke lidstaat om de procesregels vast te stellen voor de administratieve procedure en de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontleen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).' [9] Het Hof kiest er echter voor om de onderhavige procesrechtelijke kwestie te bezien in een grondrechtelijke sleutel. De verklaring daarvoor is dat het Hof oordeelt dat er 'niet alleen gemeenschappelijke materiële normen' zijn vastgesteld op EU-niveau, maar ook 'gemeenschappelijke procedurele normen' (par. 86). Met andere woorden, er is geen sprake van procedurele autonomie: er zijn geharmoniseerde procesrechtelijke standaarden op EU-niveau. Deze conclusie is vooral interessant omdat deze fundamenteel afwijkt van de veronderstellingen van de Afdeling en de Conclusie van AG Richard de la Tour.

5. De conclusie van het HvJ is verdedigbaar, maar toch enigszins verrassend in het licht van eerdere rechtspraak waarin de verhouding tussen procedurele autonomie en de *Rewe*-beginselen en art. 47 Hv een rol speelt. De Luxemburgse rechtspraak hierover is zoals uitvoerig in de literatuur is besproken en bekritiseerd weinig consistent. [10] In een zaak over over gerechtelijke kosten en griffierechten (*Orizzonte*) paste het HvJ bijvoorbeeld *Rewe*-

doeltreffendheid toe ondanks harmonisatie in de vorm van de Rechtsbeschermingsrichtlijn uit het aanbestedingsrecht (89/665/EEG).[11] De richtlijn regelde niet echter alles uitputtend en bood ruimte aan de lidstaten laat om de hoogte van de griffierechten te bepalen. Als men echter met deze *Orrizonte*-blik kijkt naar het relevante secundaire EU-recht ten aanzien van vreemdelingenbewaring staat daarover ook niet met zoveel woorden iets over de mate waarin een rechter ambtshalve zou moeten toetsen, zoals ook AG Richard de la Tour constateerde in zijn Conclusie (par. 71-73). Het Hof leidt dit op grond van een (impliciete) *effet utile*-achtige redenering er wel uit af. Men zou zich kunnen afvragen waar de grenzen liggen van rechterlijke interpretatie. Op welke terreinen en in welke richtlijnen of verordeningen bestaan nog meer vormen van ogenschijnlijk verborgen procedurele harmonisatie?

6. Noemenwaardig is ook dat het Hof geen aandacht besteedt aan art. 5 EVRM, zelfs niet wanneer het de inhoud van de verwijzingsbeschikking van de Afdeling weergeeft.[12] De Afdeling besteedt namelijk uitgebreid aandacht aan deze kwestie en ook AG Richard de la Tour gaat nog kort op het EVRM en EHRM rechtspraak in. De Afdeling rechtvaardigt zelfs haar uitleg dat ambtshalve toetsing niet vereist zou zijn met een verwijzing naar relevante EHRM-rechtspraak. Het EHRM heeft namelijk nooit geoordeeld dat nationale rechters ambtshalve de rechtmatigheid van een vrijheidsontneming dienen te onderzoeken.[13] Zoals ook de Afdeling opmerkt in haar verwijzingsbeslissing kan art. 6 Hv natuurlijk een ruimere bescherming bieden dan art. 5 EVRM, ook gezien in het licht van art. 52, derde lid, Hv. Zo bezien is het zo gek nog niet dat het Hof besluit om niet in te gaan op de verhouding met het EVRM.[14]

Jasper Krommendijk & Tijn Hendriks

Radboud Universiteit Nijmegen

[1] *Van der Weerd*, HvJ EG 7 juni 2007, C-222/05, ECLI:EU:C:2007:318. Voor een verdere bespreking van het arrest, zie bijvoorbeeld: R.J.G.M. Widdershoven, '30. Van der Weerd. Ambtshalve toetsing aan EU-recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2022, p. 521-538.

[2] Zoals afkomstig uit: *Rewe*, HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, EU:C:1976:188.

[3] Zie bijvoorbeeld: *ABRvS* 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338, *AB* 2014/51, m.nt. A.T. Marseille, par. 4.1; *ABRvS* 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:94, par. 8.1; *ABRvS* 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301, *JM* 2020/32, m.nt. F. Arents, par. 44.1.

- [4] ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, AB 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, par. 2.1.1.
- [5] *Mahdi*, HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320, par. 62.
- [6] Zie: G. Cornelisse, 'Van Magna Carta naar Mahdi', *A&MR* 2015/5-6, p. 199-204.
- [7] ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3034; Rb. Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:466. Tussen beide gerechten speelde een interessante dynamiek voor wat betreft de gestelde prejudiciële vragen. Zie daarover: J. Krommendijk & T. Hendriks, 'Picking Primacy over Procedural Autonomy', *Verfassungsblog* 2022/1711
- [8] *C, B en X*, HvJ EU 8 november 2022, C-704/20 en C-39/21, ECLI:EU:C:2022:858.
- [9] *Orizzonte*, HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, par. 46.
- [10] S. Prechal en R. Widdershoven, 'Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law* 2011, afl. 4, p. 31-50; S. Prechal en R. Widdershoven, 'Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law* 201, afl. 4, p. 31-50. Zie ook Krommendijk onder *Toma*, HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, «EHRC» 2016-203.
- [11] *Orizzonte*, HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, «EHRC» 2015/229, *NJ* 2016/231, m.nt. Drijber
- [12] Over de verhouding tussen vreemdelingenbewaring en art. 5 EVRM oordeelde het HvJ eerder in de eveneens door de Afdeling verwezen zaak *J.N.*. Het HvJ zag geen spanning tussen de bewaring van asielzoekers om redenen van openbare orde of nationale veiligheid en art. 5, lid 1, onder f EVRM, maar verbond daar wel strikte eisen aan. *J.N.*, HvJ 15 februari 2016, C-601/15 PPU (*J.N.*), «EHRC» 2016/85, m.nt. den Heijer en Krommendijk.
- [13] *J.N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 mei 2016, EC:ECHR:2016:0519JUD003728912 (), par. 87.
- [14] Zie echter Johan Callewaert, 'Procedural rights in criminal proceedings and the European Convention on Human Rights: judgments by the CJEU in the cases of HN and DD', 11 november 2022, johan-callewaert.eu.

ANNOTATIE

Beeler t. Zwitserland (EHRM (GK), 78630/12) – Toepassingsbereik EVRM in socialezekerheidskwesties: Stec 2.0?

J.H. Gerards

Stec en zijn nasleep

1. In 2005 was het revolutionair: in *Stec* oordeelde de Grote Kamer van het EHRM dat art. 1 EP EVRM van toepassing is op alle kwesties die te maken hebben met sociale zekerheid en sociale voorzieningen, of het systeem nu wordt bekostigd vanuit eigen bijdragen of uit publieke middelen.[1] Staten zijn volgens *Stec* niet verplicht om een systeem van sociale voorzieningen in het leven te roepen, maar als ze dat doen, moet dat systeem wel in overeenstemming zijn met het EVRM, in ieder geval met het gelijkheidsbeginsel (art. 14 EVRM).[2] Destijds bracht dat oordeel heel wat pennen in beweging. Sommigen waren enthousiast,[3] maar anderen zagen er een bevestiging in van onwenselijk activisme van het EHRM.[4] Het EVRM zou nooit bedoeld zijn geweest om ook te worden toegepast op primair sociale grondrechten, waarbij nationale overheden hun eigen keuzes moeten kunnen maken, zonder bemoeienis door een internationaal hof.[5] Bovendien zou de *Stec*-doctrine ertoe leiden dat staten feitelijk en indirect gebonden kunnen raken aan het (niet-accessoire, zelfstandige) discriminatieverbod van Protocol 12, terwijl ze dat Protocol doelbewust niet hebben geratificeerd.[6] Ook zou het Hof op deze manier veel te veel zaken naar zich toetrekken, terwijl het helemaal niet de capaciteit heeft om over al die zaken te oordelen.[7] Samen met een paar andere uitspraken waarin het Hof het EVRM extensief interpreteerde leidde *Stec* tot de 'backlash crisis' waarmee het Hof rond 2010 te maken kreeg.[8] Die storm is na de Brighton-top in 2012 wat gaan liggen en het EHRM heeft er nooit reden in gezien om de *Stec*-doctrine los te laten. Ook in andere toonaangevende zaken over sociale zekerheid en sociale voorzieningen heeft het Hof de doctrine steeds herhaald.[9]

2. Toch is de kritiek op *Stec* nooit helemaal verstomd. Een vrij algemeen gedeelde observatie is dat het Hof het zichzelf en procespartijen met de *Stec*-doctrine best moeilijk heeft gemaakt. Enerzijds heeft het Hof door een zeer ruime reikwijdte voor art. 1 EP EVRM te erkennen veel

controle naar zichzelf toegetrokken. Het heeft zich hierdoor immers bevoegd verklaard om zich te buigen over (vrijwel) alle zaken die betrekking hebben op ongelijke behandeling bij de toekenning van sociale zekerheid en sociale voorzieningen en voordelen.[10] Nu iedere socialezekerheidsregeling noodgedwongen bepaalde keuzes en afbakeningen kent, is zo'n ongelijke behandeling altijd wel te vinden en kan een link met art. 14 EVRM vrijwel altijd worden gelegd.[11] Daarnaast heeft het Hof er in de afgelopen jaren geen been in gezien om sommige zaken ook rechtstreeks onder art. 1 EP EVRM te behandelen, dus zonder dat de kwestie ook over art. 14 EVRM gaat.[12] Dat geeft het Hof een ruime bevoegdheid om nationaal beleid en regelgeving te beoordelen op verenigbaarheid met het EVRM. Tegelijkertijd kent het Hof de staten vrijwel steeds een ruime *margin of appreciation* toe bij het inrichten van hun socialezekerheidssystemen.[13] Tenzij de gemaakte keuzes kennelijk onredelijk of willekeurig zijn, een of enkele individuen onevenredig hard raken, het bestaansminimum in gevaar brengen, of heel evident op een 'verdachte' grond als geslacht zijn gebaseerd, zal het Hof geen schending van art. 1 EP jo. 14 EVRM vinden.[14] Zoals Barend Barentsen in 2006 al schreef, betekent dit dat *Stec* rechtszoekenden in wezen blij heeft gemaakt met een dode mus: weliswaar hebben zij toegang tot rechtsbescherming door het EHRM, maar ze zullen hun zaak maar zelden winnen.[15] De *Stec*-rechtspraak is bovendien niet in alle opzichten even duidelijk en voorspelbaar. Daardoor kan er zowel op nationaal niveau als binnen het EHRM discussie ontstaan over de rechtsbescherming en de verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 EP EVRM.[16]

3. Gelet op dit soort kritiek was het langzaamaan wel eens tijd dat de Grote Kamer van het EHRM zich opnieuw over de materie zou buigen. Dat heeft het gedaan in de hier geannoteerde zaak *Beeler t. Zwitserland*, waarin opnieuw de vraag voorlag of een ongelijke behandeling in een systeem van sociale voorzieningen – in dit geval een nabestaandenuitkering – verenigbaar is met het EVRM.

EVRM-toepassing bij niet ratificeren van een protocol

4. Een bijzonderheid die in *Beeler* speelt is dat Zwitserland (net als Monaco) het Eerste Protocol bij het EVRM niet heeft geratificeerd.[17] Het ontbreken van ratificatie van een protocol heeft wel eens eerder geleid tot creatieve oplossingen om een klacht toch in behandeling te kunnen nemen. Een zaak die betrekking had op een – religieus gemotiveerde – wens van Zwitserse ouders om hun dochters niet te laten deelnemen aan gemengd schoolzwemmen beoordeelde het Hof bijvoorbeeld onder art. 9 EVRM.[18] Het specifiekere recht op respect voor de religieuze en filosofische overtuigingen voor de ouders in het onderwijs – vastgelegd in art. 2 EP EVRM – was vanwege het niet ratificeren door Zwitserland van het Eerste Protocol namelijk niet van toepassing.[19] Op een wat vergelijkbare manier heeft het Hof in *Austin* onderzocht of het bij elkaar houden van een groep demonstranten kon

worden gezien als vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM.[20] Doordat de verwerende staat – het Verenigd Koninkrijk – het Vierde Protocol niet had geratificeerd kon deze niet worden gehouden om de in art. 2 P4 neergelegde bewegingsvrijheid te respecteren. In dit soort zaken zoekt het Hof dus naar een andere EVRM-bepaling die een wat vergelijkbare reikwijdte heeft en die voldoende duidelijk van toepassing is op het voorliggende feitencomplex, zodat het toch effectieve EVRM-bescherming kan bieden. Soms lukt dat – zoals in de Zwitserse zaak over gemengd zwemmen –, maar soms ook niet. In *Austin* oordeelde het Hof namelijk dat het niet de bedoeling was om de waarborgen van art. 2 P4 ook in te lezen in art. 5 EVRM, juist omdat sommige staten dat Protocol niet hebben geratificeerd.[21]

Toepassing van art. 8 EVRM in socialezekerheidskwesties

5. In de onderhavige zaak was dan ook de vraag of het Hof bereid zou zijn om op een creatieve manier socialezekerheidskwesties binnen het bereik van het EVRM te brengen door ze te zien als een inbreuk op het privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM), waardoor de *Stec*-doctrine nog wat zou worden uitgebreid. Dat het Hof daartoe bereid zou zijn lag wel voor de hand. Het Hof paste namelijk al veel eerder art. 8 EVRM toe in zaken over sociale voorzieningen, zoals in de zaak *Niedzwiecki* (net als *Stec* uit 2005), die betrekking had op kinderbijslag.[22] In die zaak leek het Hof de vraag of art. 8 EVRM op kwesties van sociale voorzieningen van toepassing kan zijn eigenlijk niet zo spannend te vinden. Het Hof wijdde er in ieder geval alleen de volgende overweging aan: ‘By granting child benefits, States are able to demonstrate their respect for family life within the meaning of Article 8 of the Convention; the benefits therefore come within the scope of that provision It follows that Article 14 – taken together with Article 8 – is applicable’.[23] De Grote Kamer gaf later, in *Konstantin Markin*, nog wel iets meer motivering. In die zaak ging het om de discriminatoire toekenning van een vergoeding bij ouderschapsverlof.[24] Het EHRM overwoog dat een dergelijk systeem van ouderschapsverlof om de volgende redenen binnen het bereik van art. 8 EVRM kan worden gebracht: ‘... [B]y enabling one of the parents to stay at home to look after the children, parental leave and related allowances promote family life and necessarily affect the way in which it is organised. Parental leave and parental allowances therefore come within the scope of Article 8 of the Convention’.[25]

6. Erg duidelijk of uitgebreid was de rechtspraak over dit onderwerp tot dusver echter niet, zoals het Hof in *Beeler* benadrukt.[26] Het Hof constateert bovendien dat die rechtspraak niet helemaal consistent was.[27] De vraag lag in de zaak *Beeler* dan ook voor in welke gevallen en onder welke voorwaarden zaken over sociale voorzieningen en sociale voordelen binnen het bereik kunnen worden gebracht van art. 8 EVRM. De Zwitserse niet-ratificatie van het alternatief – art. 1 EP EVRM – maakt de beantwoording van die vraag tegelijkertijd gevoelig. Door een ruime toepassing van art. 8 EVRM kan namelijk niet alleen een nog groter aantal

zaken over sociale voordelen binnen het bereik van het EVRM worden gebracht. Daarnaast wordt door zo'n constructie Zwitserland in feite gehouden om verdragsverplichtingen na te leven waar het land heel duidelijk niet aan gebonden wil zijn. Uit de *separate opinions* bij de zaak blijkt namelijk dat Zwitserland in recentere jaren welbewust heeft geweigerd om het protocol alsnog te ratificeren, juist vanwege de uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 1 EP naar socialezekerheidszaken.[28] Het toepassen van de art. 8-benadering kan daardoor al snel aandoen als een soort 'list' om Zwitserland toch te verplichten om zich aan de EHRM-rechtspraak te houden. Nieuwe beschuldigingen van activisme en van overmatige bemoeienis met het nationale socialezekerheidsrecht zijn dan niet ver weg.

Bevestiging socialezekerheidsrechtspraak over art. 1 EP EVRM

7. Mogelijk is dit de reden waarom de Grote Kamer in zijn redenering niet uitgebreid aandacht besteedt aan niet-ratificatie van het Eerste Protocol bij het EVRM.[29] Het doet het voorkomen alsof de uitspraak in wezen draait om de vraag wanneer socialezekerheidszaken via art. 1 EP jo. 14 EVRM moeten worden beoordeeld, en wanneer via art. 8 jo. 14 EVRM, nu beide bepalingen redelijkerwijze van toepassing kunnen zijn.[30] In dit verband gaat het Hof allereerst nog een keer in op de benadering die het bij art. 1 EP gebruikt – in feite dus geheel ten overvloede, omdat die bepaling in *Beeler* niet aan de orde kan zijn. In de woorden van het Hof: '... the Court observes that its case|law has now taken on sufficient maturity and stability for it to give a clear definition of the threshold required for the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, including in the sphere of social welfare benefits'.[31] Vervolgens herhaalt het dat het in zijn eerdere rechtspraak tot uitgangspunt heeft gekozen dat art. 1 EP EVRM alleen van toepassing is op bestaand eigendom of bij een legitieme verwachting van eigendom.[32] Als een klager niet (meer) voldoet aan de toepassingsvoorwaarden voor een uitkering of voorziening, is er geen sprake van een inbreuk op art. 1 EP.[33] Datzelfde geldt als de voorwaarden zijn veranderd voordat een klager in aanmerking kwam voor een uitkering of voorziening.[34] Art. 1 EP EVRM kan wel van toepassing zijn als de verlaging of intrekking van een uitkering of voorziening niet wordt veroorzaakt door een verandering in de individuele omstandigheden, maar door een wijziging van wetgeving of de uitvoering daarvan.[35] Per geval moet daarom nauwkeurig worden nagegaan of het niet meer voldoen aan de voorwaarden samenhangt met veranderingen in de wetgeving of met veranderingen in iemands omstandigheden.[36]

8. Met deze overwegingen bevestigt het Hof overigens vooral zijn eerdere rechtspraak over art. 1 EP in zaken over sociale voorzieningen, waarbij de vraag is of die inderdaad zo rijp en stabiel is als het Hof zelf aanneemt. Verschillende auteurs hebben laten zien dat er verwarring is ontstaan door de manier waarop het Hof in de praktijk toepassing heeft gegeven aan de verschillende onderdelen van de test.[37] De daarbij gerezen vragen beantwoordt het Hof niet

door alleen de algemene hoofdregels te herhalen. Op zichzelf was het ook niet te verwachten dat het EHRM die onduidelijkheid zou oplossen in deze zaak, nu die in essentie helemaal niet gaat over art. 1 EP EVRM, maar juist dat maakt duidelijk dat het Hof eigenlijk net zo goed niet op dit punt had kunnen ingaan.

Nieuw criterium voor toepassing art. 8 EVRM in socialezekerheidszaken

9. Na deze uitgebreide redenering gaat het Hof in op het toepassingsbereik van art. 8 EVRM. Het erkent daarbij dat in feite alle financiële voordelen wel enig effect zullen hebben op iemands privé- en gezinsleven.[38] Toch betekent dit niet dat art. 8 EVRM altijd van toepassing is in zaken over sociale voorzieningen: ‘Otherwise, all welfare benefits would fall within the ambit of that Article, an approach which would be excessive’.[39] Ook acht het Hof van belang dat er een zekere overlap bestaat in het toepassingsbereik van art. 8 en van art. 1 EP EVRM. Eventuele inconsistenties in de uitleg van deze bepalingen moeten worden vermeden.[40] Dit vraagt volgens het Hof om een nieuw criterium om de toepasselijkheid van art. 8 EVRM eenduidig vast te kunnen stellen. Daarbij wijst het Hof erop dat het zo’n criterium in feite in *Konstantin Markin* al heeft geformuleerd: een sociale voorziening of een sociaal voordeel valt binnen het bereik van art. 8 EVRM als het de organisatie van het gezinsleven ‘noodzakelijkerwijze raakt’.[41] Art. 8 EVRM kan dus alleen van toepassing zijn als er een nauw verband bestaat tussen een sociaal voordeel en het genot van het gezinsleven. Het Hof noemt vervolgens een reeks factoren die relevant kunnen zijn bij het bepalen van zo’n verband, zoals het doel van de voorziening in het licht van de wetgeving als geheel, de criteria die gelden voor het toekennen, berekenen en beëindigen van de voorziening, de effecten van de voorziening op de manier waarop het gezinsleven is georganiseerd en de praktische repercussies van de voorziening in het licht van de individuele omstandigheden van de betrokkenen en hun gezinsleven.[42] Per geval moet worden nagegaan of in het licht van die factoren de band tussen de sociale voorziening en het gezinsleven zodanig direct is dat sprake is van het ‘noodzakelijkerwijze raken van het gezinsleven’.

10. Uit de toepassing in het feitencomplex van *Beeler* blijkt vervolgens dat art. 8 jo. 14 EVRM inderdaad van toepassing zijn bij een nabestaandenuitkering als de Zwitserse. Heel verrassend is dat niet, nu het uitkeringssysteem expliciet was ingericht om het mensen die hun partner verloren mogelijk te maken om als alleenstaande ouder – dus met verlies van een deel van het gezinsinkomen – toch goed voor de kinderen te blijven zorgen.[43] De feiten in de onderhavige zaak illustreren volgens het Hof goed dat er een nauwe band was tussen deze uitkeringsregeling en het gezinsleven. Tot het moment van overlijden van zijn echtgenote was Beeler kostwinner en zorgde zijn echtgenote voor de kinderen.[44] Na het overlijden van zijn echtgenote had Beeler zijn baan opgezegd om fulltime voor zijn – toen twee en vier jaar oude – kinderen te kunnen zorgen en gebruikte de nabestaandenuitkering om in hun

levensonderhoud te voorzien.[45] Beeler en zijn kinderen organiseerden volgens het Hof de basisaspecten van hun dagelijks leven dus volledig in het licht van de nabestaandenuitkering.[46] Beelers keuze om zich met behulp van de uitkering volledig aan de opvoeding van de kinderen te wijden betekende bovendien dat het voor hem moeilijker werd om nog een baan te vinden toen hij – op dat moment 57 jaar oud – na het meerderjarig worden van zijn jongste kind de uitkering weer kwijtraakte.[47] Het Hof concludeert hieruit dat de kwestie binnen het ruimere bereik ('the ambit') van art. 8 EVRM valt, zodat ook art. 14 EVRM van toepassing is.

Kritiek

11. Met zijn redenering in *Beeler* breidt het Hof de *Stec*-doctrine dus nog wat verder uit, al verschilt de benadering niet heel sterk van de eerdere uitspraken in *Niedzwiecki* en *Konstantin Markin*. [48] De gemaakte keuze komt het Hof op fundamentele kritiek te staan van vijf van de rechters in de Grote Kamer. Zij hebben een scherp geformuleerde *dissenting opinion* geschreven, waarin ze laten zien dat de kritiek op de *Stec*-benadering nog steeds niet is geluwd. Expliciet stellen zij het volgende: 'To the extent that Article 8 is extended to cover matters relating to pecuniary entitlements which would normally fall within the protection guaranteed under Article 1 of Protocol No. 1, such an expansion of the ambit of Article 8 could be perceived as a way of circumventing the will of a State not to be bound by a specific international obligation and could thereby harm confidence in the Convention system. Paradoxically, however, the above situation has now prompted the Court to proceed to expand the applicability of Article 8 in matters of social welfare – with an effect on all Contracting States. We find such a course of action dubious in principle.' [49]

12. Daarnaast uiten de dissenters kritiek op het gekozen criterium van de noodzakelijke impact op het gezinsleven, dat zij vaag en vooral ook veel te breed vinden. Dat vinden ze vooral problematisch omdat ongelijke behandeling in heel veel wetgeving in het sociale domein voor kan komen en het Hof zich er via dit vage criterium iedere keer opnieuw over kan buigen. Dat heeft nefaste gevolgen, zo zeggen zij: "The nebulous interpretation of the questions of "ambit" together with an expansive interpretation of the scope of protection under Article 14 might entail the consequence that the exercise of supervisory powers by the Court would not be subject to any distinct limits whatsoever. We submit that the Court, with the processes and capacities under which it functions, would be institutionally ill-suited for such "all-encompassing" tasks of judicial review relating to domestic policies. ... In our view, these are matters of serious concern, not least in the light of the current realities which have already rendered the Court unable to fulfil some of its basic functions in the international enforcement of core human rights. The risk of creating an increasingly dysfunctional Court through the pursuit of overreaching ambitions of substantive omnipotence should not be

underestimated’.[50] Hieraan voegen de rechters nog toe dat socialezekerheidskwesties precies de kwesties zijn waar soevereine democratieën hun eigen beslissingen over moeten kunnen nemen, en die niet aan een rechter mogen worden overgelaten.[51] Deze kritiek wijst op een fundamentele controverse binnen het Hof over de aanpak van een onderwerp waarover eerder al een brede politieke discussie heeft gewoed. Het is afwachten of dit op nationaal niveau opnieuw wordt opgepakt en of in *Beeler* voeding kan zijn gelegen voor een nieuwe ‘backlash crisis’.

‘Dode mus’?

13. Een andere vraag kan zijn of *Beeler* een antwoord biedt op de bij randnr. 2 besproken ‘dode mus’-kritiek, dus de kritiek dat het Hof aan de ene kant het toepassingsbereik van het EVRM en daarmee zijn eigen bevoegdheid heeft uitgebreid, maar dit aan de andere kant nauwelijks leidt tot extra rechtsbescherming. De uitspraak in *Beeler* zelf weerlegt die kritiek in ieder geval voor de specifieke context van de Zwitserse nabestaandenregeling. Op zichzelf benadrukt het Hof dat staten een ruime margin of appreciation toekomt als het gaat om de vraag of bepaalde onderscheidingen mogen worden opgenomen in systemen van sociale voorzieningen.[52] Daarbij benadrukt het dat het aanpassingen van pensioensystemen op een voorzichtige en terughoudende manier moet beoordelen.[53] Als het dat niet zou doen, zou dat de sociale rust, de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid van pensioensystemen in gevaar brengen.[54] Tegelijkertijd benadrukt het Hof dat de Zwitserse nabestaandenwetgeving een onderscheid op grond van geslacht bevat. Dat is een ‘verdachte’ grond, waarbij geldt dat er zeer zwaarwegende redenen moeten worden aangevoerd als rechtvaardiging.[55] Een andere recente Grote-Kameruitspraak in *Savickis t. Letland* laat zien dat het Hof ook dan niet altijd even streng is,[56] maar in de onderhavige zaak kiest het Hof toch echt voor een strikte toetsing.

14. Vanuit die strikte toetsing beoordeelt het Hof vervolgens het Zwitserse hoofdargument dat de regeling een reactie was op bestaande maatschappelijke ongelijkheid.[57] Voor mannen was het namelijk gemakkelijker om na de zorg voor hun kinderen weer aan een baan te komen dan voor vrouwen, en Zwitserland wilde vrouwen daarvoor enige compensatie bieden door hun de nabestaandenuitkering ook na meerderjarigheid van de kinderen te blijven toekennen. Het Hof maakt korte metten met dit argument. Het wijst erop dat het al eerder heeft geoordeeld dat de gezinsrollen in Europa naar elkaar zijn toegegroeid[58] en dat ook Zwitserland al veel eerder – in 1997 – heeft erkend dat er aanleiding was om de wetgeving daarmee in overeenstemming te brengen.[59] Verwijzingen naar overheersende attitudes en praktijken kunnen bovendien een ongelijke behandeling op grond van geslacht niet rechtvaardigen. Integendeel: dat soort verwijzingen draagt volgens het Hof bij aan het voortbestaan van vooroordelen en stereotypen over typische genderrollen in de samenleving.[60] De Zwitserse regeling schendt volgens het Hof dan ook het in art. 14 EVRM

neergelegde discriminatieverbod. Dit laat zien dat het Hof wel degelijk stevige rechtsbescherming biedt als het het gelijkheidsbeginsel in samenhang met art. 8 EVRM (of in andere zaken art. 1 EP EVRM) toepast in socialezekerheidszaken; een ‘dode mus’ hoeft het ruime toepassingsbereik dus niet te zijn.

Wel of geen volwaardige ‘very weighty reasons’-test

15. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het Hof altijd zo streng zal zijn in zaken over sociale zekerheid en sociale voorzieningen. Hierboven vermeldde ik al dat het nog onlangs – in een andere socialezekerheidszaak: *Savickis* – het vereiste van de ‘zeer zwaarwegende redenen’ heel anders heeft ingevuld.[61] In die zaak merkte het op dat die toets gedifferentieerd moet kunnen worden toegepast als de omstandigheden dat vergen en dat ook een verdacht onderscheid in bepaalde socialezekerheidszaken wel degelijk heel terughoudend moet worden getoetst.[62] Dat kan volgens het EHRM in *Savickis* vooral aan de orde zijn bij een bijzondere historische en demografische context en als een maatregel geen heel vergaande gevolgen heeft, bijvoorbeeld als die niet leidt tot een volledig verlies van individuele bijdragen of de aanspraak op een uitkering.[63] Gelet op de omstandigheden in *Savickis* paste het Hof daar een uiterst terughoudende toets toe. De extra bescherming die via art. 14 EVRM dan kan worden geboden, is dan beperkt, en het respect voor nationale soevereiniteit en subsidiariteit is groot.[64]

16. De optelsom van *Savickis* en *Beeler* lijkt erop te wijzen dat de uiteindelijke beoordelingsvrijheid van de staten niet afhankelijk is van de EVRM-bepalingen waarover de zaak gaat (art. 8, 1 EP EVRM of andere bepalingen, al dan niet in relatie tot art. 14 EVRM), de grond van onderscheid (verdacht of niet) of de materie die ter discussie staat (socialezekerheidsuitkeringen of andere onderwerpen), maar van de bijzondere *context* waarin de regeling is ingepast. Als sprake is van een context van transitie van een totalitair naar een democratisch systeem, waarin ook buitenlandse politiek een belangrijke rol speelt, dan is het Hof uiterst terughoudend – dat laat *Savickis* duidelijk zien.[65] Is de context die van een stevig democratisch systeem, dan voelt het Hof zich sterker in de schoenen te staan. Het heeft dan allicht ook meer argumenten beschikbaar om de staat tot de orde te roepen en te corrigeren, gesteund door een heldere Europese consensus. Of dit ook daadwerkelijk betekent dat het Hof de *Savickis*-nuancering van de ‘very weighty reasons’-test alleen in de daar genoemde, heel bijzondere context zal toepassen, is uit deze uitspraak niet af te leiden. De precieze meerwaarde van de – nu uitgebreide – *Stec*-rechtspraaklijn is echter duidelijk een relatieve.

Conclusie

17. Dit alles leidt ertoe dat *Beeler* een wat ambigue uitspraak is. Aan de ene kant is er weinig nieuws onder de zon. De in *Beeler* geformuleerde criteria en de toegepaste strengheid waren in wezen allemaal al wel bekend uit eerdere uitspraken. De onduidelijkheid over de toepasselijkheid van art. 1 EP EVRM neemt het Hof niet weg. En ook roept de uitspraak – gelezen in samenhang met *Savickis* – nog steeds wat vragen op over de toekomst van de ‘very weighty reasons’-test. Toch biedt *Beeler* ook wel wat verduidelijking, vooral door criteria te formuleren die helpen om art. 8 EVRM toe te passen op een manier die consistent is met de *Stec*-rechtspraak. Positief is ook dat het EHRM zich welbewust toont van de risico’s van maatschappelijke stereotyperingen en diepgewortelde rolpatronen, en daar duidelijk tegen ingaat. Bovendien laat het Hof zien niet bang te zijn voor nationale kritiek en het effectiviteitsbeginsel voorop te stellen: als een kwestie op nationaal niveau niet goed is aangepakt en effectieve EVRM-bescherming onder druk staat, voelt het Hof zich kennelijk gelegitimeerd om streng te zijn en de argumenten van de staat terzijde te stellen. In dat opzicht is de uitspraak toch met recht een ‘*Stec 2.0*’ te noemen.

J.H. Gerards

Hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht (www.uu.nl/medewerkers/jhgerards)

[1] *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 6 juli 2005 (ontv.besl.), nrs. 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DECoo6573101, «EHRC» 2005/98 m.nt. F.J.L. Pennings, AB 2005/376 m.nt. F.J.L. Pennings, par. 53 (‘... if any distinction can still be said to exist in the case-law between contributory and non-contributory benefits for the purposes of the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, there is no ground to justify the continued drawing of such a distinction’).

[2] *Stec*, reeds aangehaald (noot 1), par. 54: ‘It must, nonetheless, be emphasised that the principles ... which apply generally in cases under Article 1 of Protocol No. 1, are equally relevant when it comes to welfare benefits. In particular, the Article does not create a right to acquire property. It places no restriction on the Contracting State’s freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme If, however, a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements ...’.

[3] Annotator Penninx beschouwde de zaak als een ‘zeer gewenste verduidelijking’ – «EHRC»

2009/98, par. 6. Wel waarschuwde hij dat er een risico was van doorkruising van de HvJ-rechtspraak door die van het EHRM.

[4] Zie over deze spanningsverhouding ook A.E.M. Leijten, 'Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non-Discrimination under the ECHR', 73 *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht* 2013, p. 177-208, op p. 180.

[5] Zie vooral M. Bossuyt, 'Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations', 28 *Human Rights Law Journal* 2007 (9), p. 321-332.

[6] Zie de dissenting opinion van rechter Borrego Borrego bij de einduitspraak in *Stec t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 12 april 2006, nrs. 65731/01 en 65900/01, AB 2006/190 m.nt. F.J.L. Pennings, *NTM/NJCM Bull.* 2006, p. 881 m.nt. A.C. Hendriks: 'As I see it, the way in which "Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1" is construed in this judgment implies, purely and simply, the entry into force of Protocol No. 12 in a very important sphere (social security benefits), in respect of a Contracting Party which has not even signed Protocol No. 12. ... It is my belief that we cannot bring into force, even in part, a Protocol in respect of a State which has not yet signed it'. Zie ook S. Dothan, 'The three traditional approaches to treaty interpretation: current application to the European Court of Human Rights', 42 *Fordham International Law Journal* 2019 (3), pp. 765-794, op. 786-787.

[7] Bossuyt 2007, reeds aangehaald (noot 5).

[8] Hierover is veel geschreven; zie voor een overzicht o.m. de verschillende bijdragen in P. Popelier & S. Lambrecht (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen: Intersentia 2016); S. Flogaitis, T. Zwart & J. Fraser (red.), *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Londen: Edward Elgar 2013; J.H. Gerards & A.B. Terlouw, *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf 2012.

[9] Al in 2011 sprak Ingrid Leijten van de 'Stec-formule'; zie haar annotatie bij *Andrle t. Tsjechië*, EHRM 17 februari 2011, nr. 6268/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0217JUD000626808, EHRC 2011/60 m.nt. A.E.M. Leijten & A.S.H. Timmer. Zie recenter o.m. A.E.M. Leijten, 'The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?', 21 *European Journal of Social Security* 2019 (4) p. 307-325.

[10] A.E.M. Leijten, 'From *Stec* to *Valkov*: Possessions and Margins in the Social Security Case

Law of the European Court of Human Rights', 13 *Human Rights Law Review* 2013, p. 309-349, op p. 344.

[11] Zie nader Leijten 2013, reeds aangehaald (noot 10).

[12] Voor een analyse van deze rechtspraak, zie Leijten 2013, reeds aangehaald (noot 4), p. 191 e.v.; Leijten 2013, reeds aangehaald (noot 10), p. 325 e.v.

[13] Leijten 2013, reeds aangehaald (noot 10), p. 334 e.v.

[14] Zie nader bijv. Leijten 2019, reeds aangehaald (noot 9); M. Cousins, 'The European Convention on Human Rights, Non-Discrimination and Social Security: Great Scope, Little Depth?', 16 *Journal of Social Security Law* 2009, p. 118-136.

[15] B. Barentsen, 'Eigendomsrecht op uitkering blijkt dode mus: afschaffing AWW-uitkering niet in strijd met art. 1 Eerste Protocol', *NTM / NJCM-Bulletin* 2006, p. 688. Overigens had zijn titel betrekking op een andere socialezekerheidskwestie, maar voor de follow-upuitspraken van *Stec* is die even pertinent. Zie daarover ook Cousins 2009, reeds aangehaald (noot 14); Leijten 2013, reeds aangehaald (noot 11).

[16] A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021 (18) p. 1479-1486; A. Mickonytel, 'The Right to (Acquire?) Property: Social Security Rights before the ECtHR', Graz Law Working Paper Series, Working Paper No 09-2020, via <https://ssrn.com/abstract=3751582>; Leijten 2019, reeds aangehaald (noot 9), p. 320; A.E.M. Leijten, 'Eigendomsrechten en proportionaliteit: Toetsing aan Artikel 1 Eerste Protocol ERM in het socialezekerheidsrecht', *JBPlus* 2016 (2), par. 1.1. Dat er ook binnen het Hof veel discussie bestaat over de juiste toepassing blijkt bijvoorbeeld uit de zeer verdeelde uitspraak in *Bélané Nagy t. Hongarije*, EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 53080/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013, AB 2017/212 m.nt. A.E.M. Leijten.

[17] Alle andere staten ratificeerden het Protocol wel; zie <https://conventions.coe.int>, ETS-nr. 009.

[18] *Osmanoğlu en Kocabaş t. Zwitserland*, EHRM 10 januari 2017, nr. 29086/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD002908612, «EHRC» 2017/66 m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt.

[19] *Osmanoğlu en Kocabaş*, reeds aangehaald (noot 18), par. 35.

[20] *Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 39692/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD003969209.

[21] *Austin*, reeds aangehaald (noot 20), par. 55.

[22] *Niedzwiecki t. Duitsland*, EHRM 25 oktober 2005, nr. 58453/00, ECLI:CE:ECHR:2005:1025JUD005845300, *EHRC* 2005/121 m.nt. F.M.J. den Houdijker, *JV* 2006/1 m.nt. P.E.M. Minderhoud. Zie voor andere voorbeelden *Al Khatib & Linders* 2021, reeds aangehaald (noot 16), p. 1485.

[23] *Niedzwiecki*, reeds aangehaald (noot 22), par. 31.

[24] *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2013:0322JUD003007806, «EHRC» 2012/117 m.nt. J.H. Gerards.

[25] *Konstantin Markin*, reeds aangehaald (noot 24), par. 130.

[26] *Beeler*, par. 59-65.

[27] *Beeler*, par. 66.

[28] *Beeler*, concurring opinion rechter Zünd, par. 3; zie ook joint dissenting opinion rechters Kjølbrot, Kucsko|Stadlmayer, Mourou|Vikström, Koskelo en Roosma, par. 4.

[29] Het Hof verwijst hier alleen kort even naar in par. 52, voorafgaand aan het opbouwen van de verdere redenering.

[30] *Beeler*, par. 69. Rechter Zünd benadrukt dit in zijn concurring opinion bij *Beeler* ook nog eens: ‘... it must be noted that in the field of social welfare benefits, the sphere of protection of the right to protection of property and that of the right to respect for private and family life intersect and overlap In other words, the fact that Switzerland has not ratified Protocol No. 1 does not give rise either to a broader interpretation of Article 8, or to a narrower interpretation of the protection of family life ...’ (par. 3).

[31] *Beeler*, par. 57.

[32] *Idem*.

[33] *Beeler*, par. 58. Overigens is deze benadering ook voorwerp geweest van kritiek; met name Leijten heeft aangegeven dat deze redenering op gespannen voet staat met de rechtspraak van het EHM over aanspraken op een sociaal minimum en heeft opgeroepen om de aanpak te herzien (Leijten 2019, reeds aangehaald (noot 9)), terwijl *Al Khatib* en *Linders* hebben aangegeven dat er wel degelijk reden kan zijn voor toetsing als de voorwaarden zelf discriminatoir zijn (*Al Khatib & Linders* 2021, reeds aangehaald (noot 16), p. 1482-1483). Het Hof ziet dit zelf kennelijk anders.

[34] *Idem*.

[35] Zie ook hierover Al Khatib & Linders 2021, reeds aangehaald (noot 16), p. 1483.

[36] *Beeler*, par. 58.

[37] Zie met name Mickonyte| 2020, reeds aangehaald (noot 16); Leijten 2019, reeds aangehaald (noot 9).

[38] *Beeler*, par. 67.

[39] *Idem*.

[40] *Beeler*, par. 69.

[41] *Beeler*, par. 71.

[42] *Beeler*, par. 72.

[43] Zie ook de uiteenzetting van het Hof in *Beeler*, par. 74.

[44] *Beeler*, par. 75.

[45] *Beeler*, par. 79.

[46] *Beeler*, par. 80.

[47] *Beeler*, par. 81.

[48] Reeds aangehaald (noot 22 resp. noot 24).

[49] *Beeler*, joint dissenting opinion rechters Kjølbro, Kucsko|Stadlmayer, Mourou|Vikström, Koskelo en Roosma, par. 4.

[50] *Beeler*, joint dissenting opinion rechters Kjølbro, Kucsko|Stadlmayer, Mourou|Vikström, Koskelo en Roosma, par. 17 en 19.

[51] *Beeler*, joint dissenting opinion rechters Kjølbro, Kucsko|Stadlmayer, Mourou|Vikström, Koskelo en Roosma, par. 20.

[52] *Beeler*, par. 104.

[53] *Idem*.

[54] *Idem*.

[55] *Beeler*, par. 105.

[56] *Savickis e.a. t. Letland*, EHRM (GK) 9 juni 2022, nr. 49270/11, ECLI:CE:ECHR:2022:0609JUD004927011, *EHRC Updates* 2022/176 m.nt. J.H. Gerards.

[57] *Beeler*, par. 106.

[58] *Beeler*, par. 109.

[59] *Beeler*, par. 111.

[60] *Beeler*, par. 113.

[61] *Savickis*, reeds aangehaald (noot 56).

[62] *Savickis*, reeds aangehaald (noot 56), par. 206.

[63] *Savickis*, reeds aangehaald (noot 56), par. 211-212.

[64] Zie daarover nader mijn noot, te vinden via *EHRC Updates* 2022/176.

[65] *Idem*.