

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-14

Nummer 14, 2023

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:2023:0629JUD000983922 29-06-2023

Bijan Balahan t. Zweden, EHRM 29 juni 2023, nr. 9839/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD003665818 27-06-2023

Zhablyanov t. Bulgarije, EHRM 27 juni 2023, nr. 36658/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD002709420 27-06-2023

Nurcan Bayraktar t. Turkije, EHRM 27 juni 2023, nr. 27094/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD2251514 27-06-2023

Bryan e.a. t. Rusland, EHRM 27 juni 2023, nr. 22515/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD002385120 22-06-2023

X e.a. t. Ierland, EHRM 22 juni 2023, nrs. 23851/20 en 24360/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD001079412 22-06-2023

Giuliano Germano t. Italië, EHRM 22 juni 2023, nr. 10794/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD005400620 22-06-2023

R.K. t. Hongarije, EHRM 22 juni 2023, nr. 54006/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD000110316 22-06-2023

Poklikayew t. Polen, EHRM 22 juni 2023, nr. 1103/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD005319321 22-06-2023

Lorenzo Bragado e.a. t. Spanje, EHRM 22 juni 2023, nrs. 53193/21 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD006172119 22-06-2023

Kubát e.a. t. Tsjechië, EHRM 22 juni 2023, nrs. 61721/19 en 5 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2023:0620JUD003670516 20-06-2023

Margari t. Griekenland, EHRM 20 juni 2023, nr. 36705/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2023:0620JUD006223912 20-06-2023

Kaymak e.a. t. Turkije, EHRM 20 juni 2023, nr. 62239/12

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:498 22-06-2023

K.B. en F.S. (Relevé d'office dans le domaine pénal), HvJ EU (GK) 22 juni 2023, zaak C-660/21

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:504 22-06-2023

Europese Commissie t. Hongarije (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile) HvJ EU 22 juni 2023, zaak C-823/21

Annotatie

N.M. t. België (EHRM, 43966/19) – Dertig maanden vreemdelingendetentie is niet in strijd met het EVRM

B. Schotel

Annotatie

Loukili t. Nederland (EHRM, 57766/19) – Uitzetting na langdurig verblijf

G. Lodder

Annotatie

Jehova's Getuigen t. Finland (EHRM, 31172/19) – Huisbezoeken en gegevensbescherming

B. van der Sloot

Annotatie

Janssen De Jong Groep B.V. e.a. t. Nederland (EHRM, 2800/16) – Privacyrechten van rechtspersonen

B. van der Sloot

Annotatie

Buhuceanu e.a. t. Roemenië (EHRM, 20081/19) – Bescherming van regenboogkoppels door art. 8 EVRM

H. van Eijken en J.E. Mink

RECHTSPRAAK

Bijan Balahan t. Zweden, EHRM 29 juni 2023, nr. 9839/22

Bijan Balahan wordt in de VS verdacht van onder meer marteling. Daarom is vanuit de VS verzocht om zijn uitlevering met het oog op berechting. Zweden heeft dat toegelaten, maar Balahan vreest voor het opleggen van een onverkortbare gevangenisstraf. Het EHRM acht dat risico, gelet op Amerikaanse toezeggingen, gering. Bovendien is de kans dat een ernstig disproportionele straf wordt opgelegd volgens het Hof klein. Bij uitlevering zal art. 3 EVRM dus ook niet worden geschonden.

Klager heeft een dubbele nationaliteit, namelijk de Iranese en de Amerikaanse. Hij zit momenteel in de gevangenis in Zweden. In 2020 werd klager in de VS aangehouden op verdenking van een aantal ernstige misdrijven, waaronder marteling; in verband waarmee in 2021 zijn overlevering aan de VS werd gevorderd. Zweden heeft de uitlevering goedgekeurd, maar het EHRM heeft via een interimmaatregel verzekerd dat klager voorlopig niet naar de VS mag worden overgebracht.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij bij uitlevering aan de VS zou worden blootgesteld aan een risico van een levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid van vervroegde vrijlating; dit zou in strijd zijn met art. 3 EVRM. Volgens het EHRM staat in ieder geval vast dat enige vervroegde vrijlating mogelijk is, maar is er grote onzekerheid over de periode waarin hij zal worden vastgezet tot hij daarvoor in aanmerking komt. In ieder geval zou een minimumtermijn gelden van 17 jaar. Gelet daarop kan in ieder geval niet worden gezegd dat klager zou worden onderworpen aan een *de iure* of *de facto* onverkortbare levenslange gevangenisstraf. Anders dan klager stelt, is de kans bovendien klein dat de opgelegde sanctie ernstig disproportioneel gaat zijn. Daarvan is alleen in uitzonderlijke gevallen sprake. Een lange straf zou in dit geval proportioneel kunnen lijken in het licht van de ernstige aantijgingen tegen klager. Dit betekent dat art. 3 EVRM bij uitlevering niet geschonden zal zijn.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0629JUD000983922

Zaaknummer: 9839/22

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Bryan e.a. t. Rusland, EHRM 27 juni 2023, nr. 22515/14

In 2010 wilden Greenpeace-activisten vanaf het Nederlandse schip 'Arctic Sunrise' actievoeren tegen olieboringen via offshore boortorens. Zij wilden een van deze boortorens bezetten, maar de Russische veiligheidsdiensten wisten dat te voorkomen door het schip te overmeesteren en het daarna naar Moermansk te laten varen. Het Hof verklaart zich bevoegd om over de zaak te oordelen en kwalificeert het overmeesteren en wegslepen als vrijheidsberoving. Het geheel ontkennen van een dergelijke vrijheidsbeneming is de ergst denkbare schending van art. 5 EVRM. Op dezelfde gronden van willekeur is bovendien de uitingsvrijheid (art. 10 EVRM) geschonden.

Sinds 2010 heeft Greenpeace een aantal vreedzame protesten georganiseerd om op te komen tegen offshore olieboringen. De onderhavige zaak betreft het protest op het onder Nederlandse vlag varende schip de *Arctic Sunrise*. De opvarenden – de klagers – wilden een olieplatform in een Russisch deel van de zee bezetten, maar ze slaagden daar niet in. De dag na hun pogingen werd de controle over het schip overgenomen door de Russische federale veiligheidsdiensten en werd het schip naar de haven van Moermansk overgebracht; dat duurde zo'n vier dagen. Aangekomen in Moermansk werden klagers officieel aangehouden, waarna ze twee maanden in voorarrest zijn gehouden op verdenking van piraterij. Later werd de aanklacht bijgesteld naar vandalisme, maar uiteindelijk vervielen alle aanklachten omdat klagers gratie werd verleend. In de tussentijd vond ook een arbitrageprocedure plaats onder UNCLOS tussen de Nederlandse regering en Rusland, waarin Rusland weigerde te participeren. Nederland kreeg daarbij 5,4 miljoen schadevergoeding toegekend, die Rusland weigerde te betalen. Ook werd een vertrouwelijke schikking getroffen waarbij 2,7 miljoen euro werd betaald door Nederland aan Greenpeace, waarvan klagers 605.000 euro ontvingen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat art. 5 resp. 10 EVRM zijn geschonden door de handelwijze van de Russische autoriteiten. Het EHRM onderzoekt allereerst of het

rechtsmacht heeft om deze kwestie te behandelen. Het komt daarbij tot de bevinding dat de Russische autoriteiten volledige zeggenschap en controle hadden over het schip en de bemanning vanaf het moment waarop het werd geënterd tot het moment van aankomst in Moermansk. Daarnaast concludeert het dat de al gevoerde arbitrageprocedure geen afbreuk doet aan zijn jurisdictie. Die procedure is namelijk gevoerd onder internationaal recht tussen Nederland en Rusland en had betrekking op de niet-nakoming door Rusland van zijn verplichtingen onder het UNCLOS. Klagers zelf waren geen partij bij dit geschil. Daardoor kan niet worden gezegd dat het ging om een procedure die op hetzelfde onderwerp betrekking had in de zin van art. 35 lid 2 (b) EVRM. Verder hebben de klagers weliswaar enige compensatie ontvangen vanuit Nederland, maar daarbij zijn zij door Rusland niet erkend als slachtoffer. Zij kunnen dan ook als slachtoffer in de zin van het EVRM worden aangemerkt. Tot slot doet aan de rechtsmacht van het EHRM niet af dat Rusland niet langer partij is bij het EVRM, nu de relevante feiten zich al voor de beëindiging hiervan hebben voorgedaan.

Ten aanzien van art. 5 lid 1 EVRM stelt het Hof voorop dat in de periode waarin het schip werd overmeesterd en weggesleept sprake is geweest van vrijheidsbeneming van de opvarenden. Voor deze vrijheidsbeneming bestond geen enkele basis of procedurele bescherming. Ook is deze periode in Rusland zelf nooit erkend als een vorm van vrijheidsbeneming. Niet-erkende vrijheidsbeneming is de ernstigst denkbare inbreuk op art. 5 EVRM, die dan ook niet aanvaardbaar is. Nadat klagers in Moermansk aankwamen was er wel sprake van een erkende vrijheidsbeneming, maar ook deze beschouwt het Hof als willekeurig. De rechters hebben inconsistente en verwarrende interpretaties gegeven van de relevante wetgeving over de grondslag van de beschuldigingen. Dat betekent dat ook hier geen relevante rechtsbasis bestond voor de detentie, die daarom in strijd is met art. 5 lid 1 (c) EVRM.

Ten aanzien van art. 10 EVRM is duidelijk dat inbreuk is gemaakt op het recht om een onderwerp van maatschappelijk belang aan de orde te stellen, namelijk de effecten van olieboringen. Gelet op de bevindingen van het Hof ten aanzien van art. 5 EVRM kan het niet anders dan ook een schending te vinden van deze bepaling.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD2251514

Zaaknummer: 22515/14

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, EVRM art. 10 en EVRM art. 35 lid 2 (b)

RECHTSPRAAK

Europese Commissie t. Hongarije (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile) HvJ EU 22 juni 2023, zaak C-823/21

De Europese Commissie heeft een inbreukprocedure gevoerd tegen Hongarije omdat voor het kunnen indienen van een asielverzoek aan de Hongaarse grens nodig is dat asielzoekers eerst een procedure voeren bij een Hongaarse diplomatieke vertegenwoordiging in een derde land. Het HvJ EU overweegt dat een dergelijke voorwaarde indruist tegen onder meer art. 18 Hv. Een rechtvaardiging hiervoor kan ook niet worden gevonden in de strijd tegen verspreiding van Covid-19; de gestelde regeling is niet alleen kennelijk onevenredig, maar ook ongeschikt en niet noodzakelijk om het doel te bereiken.

De Europese Commissie heeft het HvJ EU gevraagd om vast te stellen dat Hongarije zijn verplichtingen niet is nagekomen onder richtlijn 2013/23/EU, gelezen in het licht van art. 18 Hv, doordat voor het kunnen indienen van een asielverzoek aan de Hongaarse grens nodig is dat zij eerst een procedure voeren bij een Hongaarse diplomatieke vertegenwoordiging in een derde land.

Het HvJ EU benadrukt dat uit art. 6 van richtlijn 2023/32 blijkt dat iedere derdelander of stateloze het recht heeft om een asielverzoek in te dienen, ook aan de grenzen van een lidstaat. Daarbij mogen geen administratieve formaliteiten worden vereist. Dit volgt ook uit art. 18 Hv. De voorwaarde zoals die in de Hongaarse wetgeving is geformuleerd druist in tegen deze uitgangspunten. Daardoor wordt hen het effectieve genot ontzegd van het in art. 18 Hv gewaarborgde recht om bij die lidstaat asiel aan te vragen.

Hongarije heeft als extra rechtvaardiging voor de regeling nog gewezen op de noodzaak van bescherming van de volksgezondheid door het tegengaan van verspreiding van Covid-19. Op zichzelf kan onder meer uit art. 35 Hv worden afgeleid dat een hoog niveau van volksgezondheid inderdaad moet worden verzekerd. Volgens het EHRM leveren de gestelde

eisen echter een kennelijk onevenredige aantasting op van de rechten van asielzoekers. Bovendien kan met de opgelegde verplichting het doel van het bestrijden van Covid-19 niet worden bereikt, nu juist de gestelde regeling van derdelanders of staatlozen dwingt om zich te verplaatsen en de ziekte daardoor te verspreiden. Ook is niet gebleken dat er geen andere effectieve mogelijkheden waren om verspreiding van Covid-19 door deze groep te voorkomen, zoals het ondergaan van een medisch onderzoek.

Gelet op deze overwegingen oordeelt het HvJ EU dat Hongarije haar verplichtingen onder richtlijn 2013/32 door de gestelde eisen niet is nagekomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:504

Zaaknummer: C-823/21

Wetsartikelen: Hv art. 18, Hv art. 35 en RL 2013/23/EU, art. 6

RECHTSPRAAK

K.B. en F.S. (Relevé d'office dans le domaine pénal), HvJ EU (GK) 22 juni 2023, zaak C-660/21

In Frankrijk zijn twee verdachten na aanhouding niet meteen op de hoogte gesteld van hun verdedigingsrechten, waaronder het zwijgrecht. Het HvJ EU wijst erop dat het de in art. 47 en 48 Hv vastgelegde rechten conform art. 52 lid 3 Hv moet uitleggen in overeenstemming met de EHRM-rechtspraak. Daaruit blijkt dat het niet meteen in strijd is met de procedurele grondrechten om niet alle informatie over deze rechten meteen te geven, mits verdachten maar niet de mogelijkheid wordt ontzegd om daadwerkelijk toegang te hebben tot een advocaat en tot het dossier.

K.B. en F.S. zijn in 2021 in Frankrijk aangehouden vanwege verdacht gedrag op een parkeerterrein van een bedrijf; het vermoeden was dat zij bezig waren met brandstofdiefstal. Zij zijn ondervraagd zonder mededeling van hun rechten en vervolgens zouden zij direct worden voorgeleid aan een rechter met het oog op in verzekeringstelling. Uiteindelijk is dat echter niet gebeurd, maar is wel het voertuig van de verdachten doorzocht, waar verdachte voorwerpen in werden aangetroffen. Daarop werden beiden alsnog in verzekering gesteld en geïnformeerd over hun rechten, waaronder het recht om te zwijgen. In verband met deze gang van zaken zijn er tijdens de procedure tegen de twee verdachten prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd.

Het HvJ EU stelt voorop dat is gebleken dat de beide verdachten inderdaad te laat in kennis zijn gesteld van hun zwijgrecht. Dit is relevant in het licht van art. 47 eerste alinea Hv en art. 8 lid 2 van Richtlijn 2012/13. Als lidstaten uitvoering aan de richtlijn geven moeten zij overeenkomstig art. 51 lid 1 Hv er namelijk voor zorgen dat zowel de eisen van art. 47 Hv als die van art. 48 Hv worden nageleefd. Daarbij moeten deze rechten worden uitgelegd in overeenstemming met het EVRM, zoals blijkt uit art. 52 lid 3 Hv. Het EHRM heeft eerder in *Salduz* al geoordeeld dat de bijzondere kwetsbaarheid van de verdachte in het vooronderzoek alleen goed kan worden gecompenseerd door de bijstand van een advocaat. De taak van de

advocaat bestaat er dan met name in om ervoor te zorgen dat het recht van elke verdachte om zichzelf niet te belasten wordt geëerbiedigd. Weliswaar kan een verdachte afstand doen van deze rechten, maar dat moet dan wel voldoende geïnformeerd, vrijwillig en ondubbelzinnig gebeuren. Verder kan volgens het EHRM – als deze rechten niet in acht worden genomen – alsnog worden bekeken of de strafprocedure in zijn geheel toch als eerlijk kan worden beschouwd. Het is dan ook niet meteen in strijd met art. 47 en 48 Hv als de autoriteiten verdachten niet meteen informeren over hun rechten, zolang hen maar niet de mogelijkheid is ontzegd om concreet en daadwerkelijk toegang te hebben tot een advocaat en zij ook het recht hebben gehad om toegang te krijgen tot het dossier.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:498

Zaaknummer: C-660/21

Wetsartikelen: Hv art. 47, Hv art. 48, Hv art. 51 lid 1, Hv art. 52 lid 3, Rl 2012/13/EU art. 3, Rl 2012/13/EU art. 4 en Rl 2012/13/EU art. 8 lid 2

RECHTSPRAAK

Kaymak e.a. t. Turkije, EHRM 20 juni 2023, nr. 62239/12

Verskillende vakbondsleden hebben voor de bibliotheek van de universiteit waar zij werkten een stand neergezet. Zij wilden andere personeelsleden informeren over de vakbondsactiviteiten en leden werven. Ze moesten de actie echter beëindigen en kregen een niet-punitieve waarschuwing opgelegd. Het EHRM benadrukt dat er ruimte moet zijn voor dit soort spontane acties, zeker als die – zoals hier – geen verstoring van de openbare orde opleveren. Zeker nu ook een enkele waarschuwing al een ‘chilling effect’ kan hebben, is art. 11 EVRM hierdoor geschonden.

Klagers zijn drie ambtenaren die als docenten resp. IT-medewerker verbonden waren aan de Hacettepe Universiteit in Ankara. Zij waren lid van de vakbond voor kenniswerkers en universitair personeel. In 2010 wilden zij met een aantal andere mensen een stand opzetten voor de bibliotheek om andere personeelsleden te informeren over het werk van de vakbond en om leden te werven. Daarvoor kregen zij in 2011 een ‘niet-punitieve’ waarschuwing. Een procedure daartegen leverde niets op.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat deze waarschuwing in strijd is met de door art. 11 beschermde verenigings- en vakbondsvrijheid. Het Hof heeft twijfels over de voorzienbaarheid van de opgelegde sanctie in het licht van de onduidelijke wettelijke basis daarvoor, maar besluit dit punt niet nader te beoordelen. Er is verder wat onduidelijkheid over de vraag of klagers van te voren toestemming hebben gevraagd voor het plaatsen van de stand; zij beweren zelf van wel, maar de universitaire autoriteiten hebben dit betwist. Hoe dan ook moet er ruimte zijn voor spontane samenkomsten, ook zonder dat daar voorafgaande toestemming vereist is. Gebleken is niet dat klagers enige voerlast hebben veroorzaakt. De opgelegde sanctie – zelfs al was die niet punitief van aard en betrof die enkel een waarschuwing – kan een zeker ontmoedigend effect (‘chilling effect’) hebben voor klagers en andere vakbondsleden om hun activiteiten vrijelijk te ontplooien. De nationale rechters hebben om overwegend formele en procedurele redenen geen rechtsbescherming kunnen

bieden in de onderhavige zaak. Dit betekent dat art. 11 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0620JUD006223912

Zaaknummer: 62239/12

Wetsartikelen: EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

Kubát e.a. t. Tsjechië, EHRM 22 juni 2023, nrs. 61721/19 en 5 andere

In Tsjechië zijn de salarissen van rechters verlaagd door een wijziging in de Salariswet. Het Constitutionele Hof verklaarde de relevante wettelijke bepalingen later nietig, maar het kende geen terugwerkende kracht toe aan die nietigverklaring. Daardoor konden de rechters het salarisverschil niet alsnog uitbetaald krijgen. Het beslissen over de temporele werking behoort volgens het Hof tot de vrijheid van het Constitutionele Hof. Het niet toekennen van terugwerkende kracht is in overeenstemming met Tsjechische staatsrechtelijke conventies. Daarnaast dient deze beslissing een legitiem economisch doel en is deze niet willekeurig. Art. 6 lid 1 en art. 1 EP EVRM zijn daarom niet geschonden.

Klagers zijn rechters. In de periode 2011-2014 werden hun salarissen verlaagd door een aanpassing van de Salariswet. De verschillende aanpassingen werden later onconstitutioneel verklaard door het Tsjechische Constitutionele Hof, maar dit Hof oordeelde dat er geen terugwerkende kracht aan die beoordeling kon worden toegekend. Daardoor konden de rechters het salarisverschil over de relevante periode niet vergoed krijgen. Klagers hebben via procedures alsnog geprobeerd om vergoeding te krijgen, maar ze zijn daar niet in geslaagd.

Voor het Hof hebben klagers gesteld dat de verschillende rechters, inclusief het Constitutionele Hof, hun oordelen onvoldoende hebben gemotiveerd, in die zin dat in het bijzonder de beslissing om de uitspraak over de Salariswet *ex nunc* toepassing te laten krijgen op te weinig argumenten was gestoeld en latere rechters de argumenten die klagers tegen die motivering hebben ingebracht onvoldoende hebben geadresseerd.

Het EHRM overweegt dat de uitspraak van het Constitutionele Hof inderdaad niet uitgebreid ingaat op de gemaakte keuze, maar dat deze wel duidelijk maakt dat het gevolg enkel is dat de relevante bepalingen uit de Salariswet zouden komen te vervallen. Dat rechtsgevolg betekende

niet dat automatisch de oude bepalingen zouden herleven. Het Hof neemt aan dat dit in overeenstemming is met de Tsjechische staatsrechtelijke traditie. Naar het oordeel van het Hof was de benadering van de klagers vooral sterk polemissch en kan het Constitutionele Hof en de andere rechters niets worden verweten als het gaat om hun motivering. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook niet geschonden.

In de tweede plaats hebben klagers gesteld dat door de uitspraak van het Constitutionele Hof geen recht is gedaan aan hun legitieme verwachting van volledige salarisbetaling. Het Hof wijst erop dat een legitieme verwachting van eigendom niet kan bestaan als het gaat om de juiste uitleg en toepassing van nationaal recht en iemands aanspraken in rechte zijn verworpen. Bovendien is er geen recht op betaling van een salaris van bepaalde omvang voor ambtenaren. Het Hof heeft daarom enige twijfels over de toepasselijkheid van art. 1 EP EVRM, maar het besluit de klacht toch ten gronde te beoordelen. Daarbij is opnieuw relevant dat het Constitutionele Hof geen terugwerkende kracht heeft verbonden aan de nietigverklaring van de relevante bepalingen uit de Salariswet. Het Hof heeft in eerdere rechtspraak al geoordeeld dat niet onverenigbaar is met het legaliteitsvereiste dat een hoogste rechter de effecten bepaalt van een verklaring van ongrondwettigheid. Als daar terughoudendheid bij in acht wordt genomen om eventuele excessieve gevolgen te voorkomen voor het economisch beleid, is dat niet onredelijk. Het Hof heeft in de onderhavige zaak bovendien al geoordeeld dat het niet-toekennen van terugwerkende kracht in overeenstemming is met de Tsjechische staatsrechtelijke praktijk. In aanvullende uitspraken heeft het Constitutionele Hof verder gewezen op de redenen waarom de nietigverklaring *ex nunc* of zelfs *pro futuro* zou moeten gelden: de betaling van het salarisverschil met terugwerkende kracht zou een significant en onvoorzien beslag leggen op de staatsbegroting. Het Hof kent aan deze argumenten, die door de Tsjechische hoogste rechter naar voren zijn gebracht, bijzonder gewicht toe; ook oordeelt het dat ze niet zonder redelijke grondslag zijn. Tot slot onderzoekt het Hof of het oordeel over de temporele werking van de uitspraak willekeurig of onredelijk was. Dat is niet het geval, allereerst al omdat er geen gevolgen uit voortvloeiden voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de uitoefening van de rechterlijke functie. Daarnaast kan niet worden gezegd dat het Constitutionele Hof het legitieme belang van de rechters had genegeerd, zeker nu het de relevante wetgeving wel nietig had verklaard. Gelet hierop is art. 1 EP EVRM niet geschonden.

In de derde plaats hebben de klagers erop gewezen dat sprake was van discriminatie in de uitoefening van eigendomsrechten, in strijd met art. 14 jo. 1 EP EVRM. Het Hof roept in dit verband zijn algemene uitgangspunten in herinnering, zoals onder meer vastgelegd in een recent advies op grond van Protocol 16 EVRM. Een vergelijking met andere ambtenaren gaat volgens het EHRM in dit geval niet op, nu de relevante bepalingen die de ongelijkheid

bewerkstelligden nu juist nietig waren verklaard. De staat heeft verder gewezen op de bijzondere rechtspositie van rechters, die leidt tot bijzondere salarisbescherming en een hogere pensioenleeftijd. Ook dat maakt dat het Hof oordeelt dat de rechters zich niet in een vergelijkbare positie bevonden. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD006172119

Zaaknummer: 61721/19 en 5 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 14 en EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Lorenzo Bragado e.a. t. Spanje, EHRM 22 juni 2023, nrs. 53193/21 e.a.

In 2018 had een aantal mensen zich kandidaat gesteld voor verkiezingen in de Spaanse Algemene Raad voor de Rechtspraak. Doordat het parlement vervolgens twee keer werd ontbonden, werd de stemming over de kandidaten uitgesteld. De kandidaten dienden over de lange vertraging in 2020 een amparo-beroep in bij het Spaanse Constitutionele Hof, maar dat werd zonder motivering niet-ontvankelijk verklaard omdat het te laat was ingediend. Het EHRM oordeelt met 4 stemmen tegen 3 dat de zaak binnen het bereik van art. 6 lid 1 EVRM valt en dat een ongemotiveerde rechterlijke afwijzing als deze in strijd is met deze bepaling.

Klagers hadden zich in 2018 kandidaat gesteld voor verkiezing in de Spaanse Algemene Raad voor de Rechtspraak ('GCJ'). Het was vervolgens aan het Spaanse parlement om over de kandidaten te beslissen. Sinds 2018 is het parlement echter twee keer ontbonden, waarbij de kwestie van verkiezingen van leden van de GCJ steeds werd doorgeschoven. Tot op dit moment is nog geen beslissing genomen over de benoemingen. Klagers hebben in 2020 een *amparo*-beroep ingediend bij het Spaanse Constitutionele Hof om te klagen over de lange duur van de benoemingsprocedure, maar het beroep werd in 2021 verworpen als niet-ontvankelijk omdat het te laat zou zijn ingediend.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de niet-ontvankelijkverklaring van hun beroep door het Constitutionele Hof in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof gaat allereerst na of art. 6 EVRM in deze zaak van toepassing is, nu het daarvoor nodig is dat sprake is van een geschil over een 'recht'. Het EVRM zelf beschermt niet het recht op benoeming op een bepaalde post in de publieke sector. Het is echter niet dit onderwerp als zodanig dat aan de orde is in deze zaak; de klacht betreft de vraag of klagers recht hadden op toegang tot een procedure om de vertraging in de beoordeling van hun kandidaatstelling aan te vechten.

Volgens het EHRM had het beroep van klagers duidelijk inhoud, in die zin dat het betrekking had op de schending van wettelijk vastgestelde procedureregels en het complexe juridische vragen opwierp. Het stelt dan ook vast dat klagers in ieder geval een verdedigbaar recht hadden op deelname aan een procedure voor het lidmaatschap van de GCJ en om hun kandidaatstelling door het parlement te laten beoordelen.

De vraag is vervolgens of dit recht ook een burgerlijk karakter heeft. Het Hof merkt daarover op dat klagers beroep geen betrekking had op politieke verplichtingen of rechten. Ook was het lidmaatschap van de GCJ niet aan te merken als een politieke functie. Van belang is bovendien dat klagers hun beroep indienden voordat het parlement stemde over de kandidaten. Op zichzelf was het Constitutionele Hof ook bevoegd om over een kwestie als deze te oordelen, zodat niet kan worden gesteld dat het naar nationaal recht ging om een van rechterlijke procedures op voorhand uitgesloten kwestie. Art. 6 EVRM is dan ook van toepassing.

Over de inhoud van de klacht merkt het Hof op dat klagers klacht primair betrekking had op de termijn van drie maanden om een beslissing te nemen over de benoemingen. Die kwestie was niet eerder voor het Constitutionele Hof gekomen, dat bovendien de enige bevoegde rechter was. Het zou dan ook redelijk zijn geweest als de afwijzing van hun *amparo*-beroep tenminste was gemotiveerd, maar een dergelijke motivering ontbrak in dit geval volledig. Nu dat voor klagers niet redelijkerwijze voorzienbaar kon zijn geweest, oordeelt het Hof met 4 stemmen tegen 3 dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD005319321

Zaaknummer: 53193/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Nurcan Bayraktar t. Turkije, EHRM 27 juni 2023, nr.
27094/20**

In Turkije geldt na echtscheiding voor vrouwen de regel dat zij 300 dagen moeten wachten voordat zij weer kunnen trouwen. Daarop kan alleen een uitzondering worden gemaakt als uit medisch onderzoek blijkt dat zij niet zwanger zijn. Op die manier wil Turkije duidelijkheid over het vaderschap verzekeren en bloedlijnen helder houden. Het EHRM acht de regeling apert ongeschikt om dit doel te bereiken. Bovendien tast de regeling het privéleven van vrouwen ernstig aan en gaat deze uit van zwaar verouderde stereotypen over het seksleven van vrouwen en de vrouwelijke seksualiteit. Daarom zijn art. 8, 12 en 14 EVRM geschonden.

Klaagster is in 2012 gescheiden van haar toenmalige echtgenoot; in 2014 werd de echtscheiding definitief. Het Turkse burgerlijk wetboek bepaalt dat gescheiden vrouwen een wachttijd van 300 dagen in acht moeten nemen voordat ze met een andere man kunnen trouwen, tenzij ze kunnen bewijzen dat ze niet zwanger zijn. Om dat laatste te kunnen doen moeten ze een medisch onderzoek laten uitvoeren. Omdat klaagster weigerde zo'n onderzoek te laten uitvoeren, kreeg zij geen toestemming om te hertrouwen.

Klaagster heeft voor het EHRM gesteld dat de regeling van het burgerlijk wetboek in strijd is met art. 8, 12 en 14 EVRM. Het Hof onderzoekt allereerst de klacht dat door de regeling sprake is van een inbreuk op het privéleven. Hoewel het Hof betwijfelt dat met de regeling een legitiem doel wordt nagestreefd, is het bereid ervan uit te gaan dat met de regeling de rechten en vrijheden van anderen worden beschermd en wanordelijkheden worden voorkomen. In het bijzonder heeft de regering namelijk gesteld dat het medisch certificaat nodig is om de belangen van een eventueel ongeboren kind te beschermen en de afstamming daarvan te kunnen bepalen – op die manier zou ‘vermenging van bloedlijnen’ kunnen worden voorkomen. Gelet op dat doel is het volgens het Hof nodig om biologisch vaderschap te

onderscheiden van wettelijke presumptie van vaderschap. De regeling is van zodanige aard dat deze niet meer kan bewerkstelligen dan een dergelijke presumptie van vaderschap van de ex-echtgenoot; het biologisch vaderschap is er niet mee te bepalen. Het doel om vermenging van bloedlijnen te vermijden past niet meer in de moderne tijd en bovendien zijn er andere juridische middelen beschikbaar om vaderschap vast te stellen en te erkennen. De maatregel heeft bovendien vergaande gevolgen voor het privéleven van de vrouw, in die zin dat daardoor haar intieme levenssfeer, waaronder ook haar seksleven, door de overheid kunnen worden beoordeeld. Tot slot overweegt het Hof dat de regeling daarmee een erg traditionele opvatting van vrouwelijke seksualiteit reflecteert, die geen ander doel heeft dan reproductie. Er was dan ook geen ‘pressing social need’ voor de regeling en de regeling was evenmin geschikt en voldoende om aan haar doel te beantwoorden. Gelet daarop is art. 8 EVRM geschonden.

In de tweede plaats onderzoekt het Hof of art. 12 jo. 14 EVRM zijn geschonden, nu alleen vrouwen aan de regeling zijn onderworpen. Bij direct onderscheid op grond van geslacht geldt dat de margin of appreciation in het geval van onderscheid naar geslacht gering is, in die zin dat ‘very weighty reasons’ als rechtvaardiging moeten worden aangevoerd. Het Hof herhaalt zijn overwegingen over art. 8 EVRM over de zinloosheid en ineffectiviteit van het hanteren van een wachttijd om vaderschap te kunnen vaststellen. Bovendien is de regeling duidelijk gebaseerd op seksistische stereotypen en vormt deze een ernstig obstakel voor het bereiken van werkelijke, materiële gendergelijkheid, terwijl dit wel een van de hoofddoelen is van de lidstaten van de Raad van Europa. Ook deze bepalingen zijn daarom geschonden.

Tot slot overweegt het Hof dat art. 6 EVRM niet is geschonden doordat de procedure voor het Constitutionele Hof in de zaak ruim vier jaar heeft geduurd. Op het relevante moment was de zakenlast bij het Constitutionele Hof bijzonder zwaar als gevolg van de couppoging in 2016. De lange duur had ook geen directe impact op de rechtspositie van klagster, nu de 300-dagenperiode hoe dan ook al was verstreken.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD002709420

Zaaknummer: 27094/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6, EVRM art. 8, EVRM art. 12 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Poklikayew t. Polen, EHRM 22 juni 2023, nr. 1103/16

Tegen een Belarussische man met een verblijfsvergunning in Polen ontstaat een verdenking van samenwerking met de Belarussische veiligheidsdiensten. Op verzoek van de Poolse veiligheidsdienst wordt de man uitgezet, omdat hij een gevaar voor de nationale veiligheid zou vormen. Het EHRM overweegt dat de man geen toegang heeft gehad tot meer dan heel algemene informatie. Anders dan toetsing door een rechter zijn er geen waarborgen geboden die de gebrekkige toegang tot het dossier en tot informatie kunnen compenseren. Daardoor is art. 1 Protocol 7 EVRM geschonden.

Klager is afkomstig uit Belarus. In 2006 heeft hij zich gevestigd in Polen op basis van een vaste verblijfsvergunning. In 2012 verzocht de Poolse interne veiligheidsdienst om klagers uitzetting, nu zijn aanwezigheid een gevaar voor de nationale veiligheid zou vormen. Klager zou sinds 2000 samenwerken met de Belarussische veiligheidsdiensten. Een aantal documenten in het dossier van klager werd als vertrouwelijk of geheim aangemerkt. Klager werd op 20 maart 2012 uitgezet en kreeg daarbij ook een inreisverbod voor de periode van 5 jaar opgelegd. Procedures die klager tegen de beslissingen voerde bleven voor hem zonder succes.

Voor het EHRM heeft klager aangevoerd dat art. 6 en 13 EVRM zijn geschonden doordat hij onvoldoende rechtsbescherming zou hebben genoten in het kader van zijn uitzettingsprocedure. Het EHRM besluit de zaak te herkwalficeren en die te behandelen op grond van art. 1 Protocol 7 EVRM. Het overweegt dat het eerder al heeft geoordeeld dat uit te zetten personen moeten worden geïnformeerd over de feiten die maken dat de autoriteiten aannemen dat zij een gevaar voor de nationale veiligheid vormen en dat ze toegang moeten krijgen tot hun dossier. Daarbij moet bovendien een effectieve mogelijkheid worden geboden om op te komen tegen de uitzettingsbeslissing. In het geval van klager is de toegang tot gegevens vergaand beperkt, zonder dat daarvoor een overtuigende rechtvaardiging is gegeven. Het Hof onderzoekt daarom of er voldoende andere maatregelen zijn geboden om de gevolgen

van deze beperkingen te kunnen compenseren. Daarvan is niet gebleken, integendeel: klagers uitzetting naar Belarus bemoeilijkte het voor klager nog verder om zich te verweren. Het enkele feit dat klagers uitzetting in laatste instantie door een hoge nationale rechter is beoordeeld is als compenserende maatregel onvoldoende. Gelet hierop is art. 1 Protocol 7 geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD000110316

Zaaknummer: 1103/16

Wetsartikelen: EVRM art. 1 P7

RECHTSPRAAK

R.K. t. Hongarije, EHRM 22 juni 2023, nr. 54006/20

In Hongarije is het inmiddels niet meer mogelijk om de geslachtsaanduiding in het geboorteregister te wijzigen. Ook toen dat nog wel kon, waren de regels daarvoor echter tegenstrijdig. Zo was het niet mogelijk om medische rapporten formeel erkend te krijgen, maar was het wel noodzakelijk om een formeel erkend rapport bij een verzoek om wijziging van genderregistratie te voegen. Het EHRM oordeelt dat dit in strijd is met art. 8 EVRM.

In 2018 diende klager een verzoek in om zijn naam en geslachtsaanduiding te wijzigen, waarbij hij ook relevante medische rapporten voegde. De klager kreeg daarop te horen dat er geen bevoegdheid was om dit soort rapporten te erkennen. Vervolgens werd zijn verzoek afgewezen omdat er geen officieel erkende medische rapporten waren bijgevoegd.

Bij het Hof heeft klager gesteld dat art. 8 EVRM is geschonden door het ontbreken van een deugdelijk juridisch raamwerk voor de erkenning van zijn genderidentiteit. Het Hof wijst er allereerst op dat er inmiddels wijzigingen zijn doorgevoerd in de wetgeving die maken dat er helemaal geen erkenning van geslachtsverandering mogelijk is. Een nieuw verzoek tot erkenning van zijn genderidentiteit zou dan ook geen kans van slagen hebben. Ten tijde van de relevante verzoeken was er wel een indirecte mogelijkheid zolang het ging om een door medische rapporten ondersteunde correctie van een onjuistheid in het geboorteregister. Duidelijk is tegelijkertijd dat de wetgeving en de uitvoeringspraktijk daarvan verschillende inconsistenties bevatten. Dat is in de onderhavige zaak ook duidelijk geworden. Het argument van de staat dat klager de weigering had kunnen laten rechtzetten via de rechter is niet houdbaar, nu in deze zaak weliswaar een hogere rechter heeft geoordeeld dat de praktijk niet aanvaardbaar was, maar deze ook overwoog dat het niet aan de rechter, maar aan de wetgever was om hiervoor een oplossing te bedenken. Het komt er daardoor op neer dat er geen gevestigde praktijk is van juridische erkenning van iemands gender. Dit betekent dat art. 8 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD005400620

Zaaknummer: 54006/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Giuliano Germano t. Italië, EHRM 22 juni 2023, nr. 10794/12

Tegen Giuliano Germano is aangifte gedaan van huiselijk geweld. Hoewel getuigen de beweringen ontkrachtten, werd aan hem een waarschuwing opgelegd: als hij zich zou misdragen zou dat als strafverzwarende omstandigheid worden gezien. Het EHRM benadrukt dat het begrijpelijk is dat de autoriteiten streng optreden tegen huiselijk geweld, maar de relevante beslissingen moeten zorgvuldig worden genomen. In dit geval was de waarschuwing vaag en minimaal gemotiveerd, ook schoot de rechterlijke toetsing ervan tekort. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

In 2009 verliet klagers echtgenote hun woning met hun zevenjarige dochter, waarna ze aangifte deed wegens huiselijk geweld. Ook in november deed zij aangifte wegens intimidatie jegens haarzelf, de babysitter en een aantal vrienden. De politie deed onderzoek en hoorde in dit verband zeventien getuigen, waarvan er drie de lezing van de echtgenote bevestigden. Tijdens de looptijd van het onderzoek gold er een waarschuwing tegen klager die inhield dat als hij zich zou misdragen er meteen een zwaardere sanctie zou volgen. Klager kwam tegen deze waarschuwing op omdat het opleggen daarvan volgens hem niet met voldoende waarborgen was omkleed, maar zijn beroepen werden ongegrond verklaard.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de waarschuwing in strijd was met art. 6 lid 1 en 8 EVRM, maar het Hof besluit de zaak uitsluitend op grond van art. 8 EVRM te beoordelen. Het wijst erop dat de staat op grond van art. 2, 3 en 8 EVRM verplicht is om maatregelen te nemen om (potentiële) slachtoffers van huiselijk geweld te beschermen. Daarbij moeten de nationale autoriteiten zorgvuldige beslissingen nemen en de verschillende betrokken belangen tegen elkaar afwegen. Ook moeten de nationale autoriteiten in hun handelen de Conventie van Istanboel in acht nemen.

De onderhavige waarschuwing had een wettelijke basis in een bepaling die betrekking had op seksueel geweld en stalken. Die bepaling is volgens het Hof voldoende duidelijk en voorziet

ook in de nodige rechtsbescherming. Wel is problematisch dat de bepaling zelf geen begrenzingsen bevat voor de geldingsduur; de beslissing daarover is overgelaten aan de autoriteiten. Dat maakt de conclusie van het Hof over de wettelijke basis op zichzelf niet anders. Wel benadrukt het Hof dat bij een regeling als de onderhavige de nodige striktheid gepast is. De waarschuwing kan immers al worden opgelegd als er geen aanklacht tegen iemand is ingediend, maar heeft wel tot onmiddellijk gevolg dat overtreding als een strafverzwarende omstandigheid wordt gezien. Verder waren de verplichtingen die in dit geval aan klager worden opgelegd vaag omschreven, was de geldingsduur niet specifiek vastgelegd en was er ook geen mogelijkheid om de maatregel te laten herzien.

Het Hof merkt verder op dat het onderzoek naar de klachten van klagers echtgenote in een aantal opzichten gebrekkig is geweest. In het bijzonder is niet duidelijk waarom klager zelf niet is gehoord, waardoor hij zichzelf ook niet heeft kunnen verdedigen. Ook was de waarschuwingsmaatregel niet voldoende gemotiveerd en was vooral de feitenbeschrijving erg algemeen van aard. Dit betekent dat een deugdelijke rechterlijke toetsing nodig was, maar de rechter legde een erg marginale toets aan waarbij hij onvoldoende inging op de vraag of de feiten het opleggen van de maatregel voldoende rechtvaardigden.

Gelet op deze omstandigheden concludeert het Hof dat art. 8 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD001079412

Zaaknummer: 10794/12

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Margari t. Griekenland, EHRM 20 juni 2023, nr. 36705/16

Margari is aangehouden vanwege fraude en vervalsing. Omdat vermoed werd dat zij haar handelen voort zou zetten en herkenning door het publiek nodig werd gevonden, werd toestemming verleend om haar foto en persoonsgegevens te publiceren. Het EHRM acht dat op zichzelf niet onredelijk, de publicatie was hier ook beperkt van aard. Margari was echter zelf niet op de hoogte gesteld van de publicatie en had ook weinig mogelijkheden om er in rechte tegen op te komen. Met 4 stemmen tegen 3 oordeelt het Hof daarom dat art. 8 EVRM is geschonden.

In 2015 werden klagster en zes anderen aangehouden op verdenking van onder meer fraude en vervalsing. Daarbij deden zij zich voor als makelaars en wisten ze met vervalste documenten onroerendgoedtransacties aan te gaan. Een regionale veiligheidsafdeling verzocht aan de openbaar aanklager om de persoonsgegevens en foto's van de verdachte te kunnen publiceren zodat de samenleving zou kunnen worden beschermd tegen herhaling van het gedrag van klagster en haar medeverdachten. Dit verzoek werd goedgekeurd, zonder dat klagster daar zelf van op de hoogte werd gesteld. In 2017 werd klagster tot ruim elf jaar gevangenisstraf veroordeeld. Zij heeft hoger beroep ingesteld, maar is vervolgens niet meer verschenen; haar verblijfplaats is onbekend.

Het Hof overweegt allereerst dat klagsters procesvertegenwoordiger geen contact met haar meer heeft, waardoor de vraag opkomt of de behandeling van de klacht toch kan worden voortgezet in het licht van art. 37 lid 1 EVRM. Ook als niet duidelijk is of een klager de klacht nog wil voortzetten kan het Hof zelf besluiten dit te doen als de kwestie van mensenrechtelijk belang is. Volgens het Hof is dit hier het geval, zodat het de zaak kan behandelen.

Klagster heeft het Hof de vraag voorgelegd of de publicatie van haar persoonsgegevens en foto in de media voor een periode van zes maanden in strijd is met haar recht op respect voor het privéleven, zoals beschermd door art. 8 EVRM. Het Hof acht het evident dat in deze zaak

de inbreuk ernstig genoeg is om te rechtvaardigen dat art. 8 EVRM wordt toegepast. Duidelijk is in het onderhavige geval dat de beslissing tot publicatie van de persoonsgegevens en de foto's een wettelijke basis had en dat het legitieme doel van bescherming van de samenleving erdoor werd gediend; in het bijzonder ging het dan om de rechten van kwetsbare mensen. In sommige omstandigheden kunnen die rechten en belangen zwaarder wegen dan het recht op bescherming van persoonsgegevens. De publicatie van de gegevens was in dit geval op een aantal manieren beperkt, namelijk zowel in de tijd als waar het ging om het soort informatie dat over klagster kon worden gepubliceerd. Daarbij waren ook maatregelen getroffen om ervoor te zorgen dat de onschuldpresumptie in acht werd genomen. Bepaalde andere waarborgen werden daarentegen niet toegepast, nu klagster ook werd verdacht van lidmaatschap van een criminele organisatie. Daardoor werd zij onder meer niet geïnformeerd over de publicatie van haar foto en persoonsgegevens, waardoor zij daar bij toeval achter kwam. Hoewel het Hof het op zichzelf begrijpelijk vindt dat een verdachte niet wordt gevraagd om toestemming voor de publicatie, was het op zijn minst redelijk geweest als klagster was geïnformeerd over de publicatie. Verder was er geen mogelijkheid om in rechte op te komen tegen de publicatie als zodanig en waren er onzorgvuldigheden in de informatie die wél over klagster werd gepubliceerd. Gelet daarop oordeelt het Hof dat art. 8 EVRM is geschonden (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0620JUD003670516

Zaaknummer: 36705/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 37 lid 1

RECHTSPRAAK

X e.a. t. Ierland, EHRM 22 juni 2023, nrs. 23851/20 en 24360/20

Een Nigeriaanse vrouw is naar Ierland gereisd en heeft daar een dochter gekregen die de Ierse nationaliteit heeft. Klaagster heeft op die grond een verblijfsstatus geclaimd, net als een kindertoeslag. Die laatste kreeg zij pas toegekend toen de verblijfsstatus eenmaal was geformaliseerd. Het EHRM erkent dat dit een ongelijke behandeling oplevert in verband met het eigendomsrecht – niet met het recht op respect voor het gezinsleven. Doordat zij geen verblijfsstatus had verkeerde de vrouw echter niet in een vergelijkbare situatie als andere ouders. Er is daarom geen strijd met art. 14 jo. 1 EP EVRM.

Klaagster, afkomstig uit Nigeria, is in 2013 naar Ierland gereisd. Een asielverzoek dat zij daar deed is afgewezen in 2015. In 2014 kreeg klagster een dochter, E, die de Ierse nationaliteit heeft omdat de vader Iers is. Klaagster heeft in 2015 verzocht om een verblijfsvergunning in verband met de geboorte van haar Ierse dochter. Ook verzocht ze om een kindertoeslag, maar dat verzoek werd afgewezen omdat klagster (nog) geen geldige verblijfstitel had. In 2016 kreeg klagster een verblijfsvergunning; vanaf dat moment geniet zij ook de kindertoeslag. De tweede aan het Hof voorgelegd, gevoegde klacht betreft een soortgelijke situatie.

Voor het Hof hebben de klagsters in de beide zaken gesteld dat het niet toekennen van een kindertoeslag in afwachting van de toekenning van een verblijfsvergunning in strijd is met art. 8 en 1 EP EVRM in verband met art. 14 EVRM. Ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 1 EP jo 14 EVRM past het Hof het ‘vastklikcriterium’ toe: omdat er op nationaal niveau een recht is toegekend dat tot op zekere hoogte een eigendomsrechtelijk karakter heeft, kan worden aangenomen dat de door de genoemde bepalingen toegekende bescherming inroepbaar is. Het beroep op art. 8 jo. 14 EVRM daarentegen wijst het Hof van de hand op grond van de recente uitspraak van de Grote Kamer in *Beeler*. De kindertoeslag heeft mogelijk wel een effect op het gezinsleven, maar niet kan worden aangenomen dat het doel ervan is om het gezinsleven te bevorderen of dat de organisatie van het gezinsleven wordt geraakt.

Klaagster heeft erop gewezen dat ze op grond van de *Zambrano*-rechtpraak van het HvJ EU vanaf het moment van geboorte van haar Ierse dochter een afgeleid verblijfsrecht heeft in Ierland en dus ook vanaf dat moment in aanmerking zou moeten komen voor de kindertoeslag. Het EHRM wijst erop dat het blijkens art. 19 en 32 lid 1 EVRM geen bevoegdheid heeft om het EU-recht uit te leggen. Het is primair aan de nationale autoriteiten om dat te doen. De nationale hoogste rechter is uitgebreid ingegaan op de *Zambrano*-rechtspraak en heeft volgens het EHRM op overtuigende gronden beredeneerd dat die niet in de weg stond aan de beslissing over de toeslag.

Onder verwijzing naar een recent Protocol 16-advies benadrukt het Hof dat de nationale rechters het beste in staat zijn om te beoordelen of in het licht van de feitelijke omstandigheden in een zaak kan worden gesproken van gelijke gevallen. Het Hof wijst erop dat ten tijde van de beslissing X nog geen verblijfsvergunning had en daarmee in een andere positie verkeerde dan ouders die wel een verblijfsrecht in Ierland hebben. In eerdere rechtspraak heeft het Hof verder al aangenomen dat het niet onredelijk is als mensen alleen in aanmerking komen voor uit algemene middelen bekostigde toeslagen als ze niet alleen verblijfsrecht hebben, maar ook al een aantal jaren in een bepaald land wonen. Dat heeft te maken met het in essentie nationale karakter van systemen van sociale zekerheid. Het Hof wijst er verder op dat het in het onderhavige geval gaat om een immigratiekwestie, waarbij staten veel vrijheid toekomt. Concreet is in deze gevallen snel een status toegekend en is vrijwel meteen daarna ook de toeslag toegekend. Een en ander betekent dat art. 14 jo. 1 EP EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD002385120

Zaaknummer: 23851/20 en 24360/20

Wetsartikelen: EVRM art. 14 en EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Zhablyanov t. Bulgarije, EHRM 27 juni 2023, nr. 36658/18

Zhablyanov is parlamentslid voor de rechtsopvolger van de Bulgaarse Communistische Partij, de Bulgaarse Socialistische Partij. Toen hij was verkozen tot voorzitter van het parlement deed hij een aantal uitspraken waarin hij aspecten van het communistische bewind rechtvaardigde en verheerlijkte. Daarom werd hij toch weer uit zijn functie gezet. Het EHRM acht die beslissing te billijken omdat de uitingen niet in het algemeen belang waren en het ging om gebeurtenissen die de kern van de onderliggende EVRM-waarden aantastten. Art. 10 EVRM is door de beslissing om hem van zijn functie te ontheffen dan ook niet geschonden.

In 2017 werd klager verkozen tot parlamentslid voor de Bulgaarse Socialistische Partij. Hij werd later door het parlement verkozen tot parlamentsvoorzitter. In 2018 toonde klager zich tijdens een parlementaire vergadering kritisch over voornemens van het parlement om een vriendschapsverdrag te ratificeren tussen Bulgarije en Noord-Macedonië. Bij latere gelegenheden verheerlijkte hij onder meer politiek geweld bij de voormalige Bulgaarse Communistische Partij (nu de Bulgaarse Socialistische partij) en rechtvaardigde hij het opzetten van een buitenconstitutioneel hof door het voormalige communistische regime in Bulgarije. Gelet op dit soort uitspraken heeft het parlement in 2018 bij meerderheid besloten klager te ontheffen van zijn functie als parlamentsvoorzitter. Een verzoek van een deel van het parlement aan het Constitutionele Hof van Bulgarije om over deze beslissing te oordelen werd bij meerderheid afgewezen door het Constitutionele Hof.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het besluit om hem uit zijn functie te zetten in strijd is met de vrije meningsuiting zoals beschermd door art. 10 EVRM. Voor het EHRM heeft Bulgarije gesteld dat de zaak niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in het licht van art. 17 EVRM. Het Hof besluit echter dat het beter is om de zaak inhoudelijk te behandelen gelet op de bijzondere aard van de kwestie. Daarbij benadrukt het dat klager een politieke functie bekleedde en dat hij daarvan om politieke redenen was ontheven. Dat maakt de zaak

anders dan die van bijvoorbeeld ontslag van rechters, aanklagers, wetenschappers of ambtenaren. In het bijzonder is daardoor de vraag of wel kan worden gesproken van een inbreuk op de uitingsvrijheid. Het Hof besluit echter dat het niet nodig is om hier definitieve vaststellingen over te doen, nu de inbreuk hoe dan ook gerechtvaardigd is.

Het Hof gaat na hoe de verschillende uitingen zich verhouden tot het nagestreefde legitieme doel van het beschermen van de rechten van anderen en de goede zeden. De uitingen waar het in de kern om gaat komt geen hogere bescherming toe, anders het geval is als de uitingen een publiek belang dienen. Waar het gaat om het rechtvaardigen van de benoeming van een buitenconstitutioneel hof geldt bovendien dat dit in strijd is met de onderliggende EVRM-belangen. De uitingen werden daarbij ook nog gedaan gedaan namens een politieke partij die de rechtsopvolger is van de partij die daadwerkelijk had bijgedragen aan het oprichten en de werkzaamheden van dit gerecht. In zijn uitingen gaf klager zich er geen rekenschap van dat dit hof in strijd handelde met de meest basale rechten op een eerlijk proces en duizenden willekeurige veroordelingen heeft bewerkstelligd. Die leidden in veel gevallen tot onmiddellijke executie.

Het Hof benadrukt verder dat staten die in het relatief recente verleden te maken hebben gehad met communistische repressie een bijzondere morele verantwoordelijkheid hebben om zich daarvan te distantiëren. Dat is nog belangrijker nu veel mensen zich niet van de misdrijven bewust zijn. Dit betekent dat het ontheffen van klager uit zijn functie als voorzitter – een besluit dat verder ook niet heel veel impact had op klager – kan worden gezien als noodzakelijk in een democratische samenleving. De beslissing is dan ook niet in strijd met art. 10 EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-06-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0627JUD003665818

Zaaknummer: 36658/18

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM art. 17

ANNOTATIE

N.M. t. België (EHRM, 43966/19) – Dertig maanden vreemdelingendetentie is niet in strijd met het EVRM***B. Schotel*****Feiten en oordeel**

1. De klager, een derdelander met de Algerijnse nationaliteit, zat in België 30 maanden in vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting naar Algerije. Voor zijn aankomst in België was de derdelander veroordeeld door de Algerijnse strafrechter voor strafbare feiten in verband met terrorisme in Algerije. Tijdens zijn vreemdelingendetentie in België werd hij veroordeeld door de Belgische strafrechter voor strafbare feiten in verband met terrorisme gepleegd in Syrië (drie jaar voorwaardelijk). Daarom beschouwden de Belgisch autoriteiten hem als een gevaar voor de openbare orde en nationale veiligheid. Ondertussen proberen de autoriteiten de klager tevergeefs uit te zetten. Tijdens de vreemdelingendetentie startte de klager een asielprocedure. In dit verband hadden meerdere rechterlijke instanties zoals het EHRM, Hoven van Beroep te Brussel en Luik de Belgische Staat bevolen de uitzetting naar Algerije te staken om de klager in staat te stellen een asielaanvraag in te dienen en een definitief rechterlijk oordeel over de asielaanvraag af te wachten. De vreemdelingendetentie vond plaats op basis van verschillende bestuursrechtelijke besluiten. Drie ‘normale’ besluiten tot detentie met het oog op uitzetting (8 maanden) en een ministerieel besluit tot detentie hangende een asielprocedure omdat de vreemdeling een bedreiging voor de openbare orde vormde (22 maanden). De besluiten vinden hun wettelijke basis in de Belgische vreemdelingenwet.[1] De klager wordt uiteindelijk vrijgelaten omdat er een plek is vrijgekomen in een open opvanglocatie, zonder dat uit de feiten blijkt dat veiligheids- of inlichtingendiensten een gunstig advies hebben afgegeven op basis van een nieuwe risicoanalyse.[2]

Volgens het EHRM (hierna het Hof) ging het hier om vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting (en niet om asieldetentie) en waren de detentie zelf en de duur ervan volledig in overeenstemming met art. 5 lid 1 sub f EVRM. Dit artikel is een uitdrukkelijke uitzondering op het recht op vrijheid. Het geeft namelijk de overheid de bevoegdheid om een vreemdeling van

zijn vrijheid te ontnemen met het oog op uitzetting overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure.

Ik zal de belangrijkste argumenten van het Hof bespreken. De argumenten van het Hof zijn problematisch vanuit algemeen juridisch of rechtsstatelijk oogpunt.[3] Het Hof negeert namelijk zijn eigen jurisprudentie en past zijn jurisprudentie selectief toe. Bovendien geeft het Hof geen grondige juridische onderbouwing voor de standpunten die het inneemt in zijn jurisprudentie. Ik beperk me in deze annotatie tot de kwestie van de rechtmatigheid van de detentie zelf en haar duur.[4]

Noodzakelijkheid van detentie

2. De klager betwist de noodzakelijkheid van de vreemdelingendetentie. Met verwijzing naar zijn vaststaande rechtspraak antwoordt het Hof dat de noodzakelijkheid van de detentie geen vereiste is voor haar rechtmatigheid.[5] Het volstaat dat de detentie plaatsvindt met het oog op uitzetting. Met andere woorden, de detentie hoeft slechts bedoeld te zijn voor de uitzetting. De uitzetting van de vreemdeling zou dus ook zonder zijn detentie kunnen geschieden. Dit is inderdaad de vaststaande rechtspraak van het Hof. Straks zal ik kort aanstippen dat juridisch gezien deze jurisprudentie hoogst merkwaardig is. Maar op het eerste gezicht lijkt het Hof tenminste consistent met zijn eigen jurisprudentie.

Deze consistentie is slechts schijn. Want volgens de jurisprudentie van het Hof is noodzakelijkheid wel degelijk een criterium voor de rechtmatigheid indien dit is vereist volgens de nationale wetgeving.[6] En dit is uitdrukkelijk het geval in België waar de wetgever de EU Terugkeerrichtlijn in nationale wetgeving heeft omgezet. Hierin staat dat detentie noodzakelijk moet zijn en pas als uiterste middel mag worden ingezet.[7] Met andere woorden, noodzakelijkheid van detentie is dus wel een vereiste voor de rechtmatigheid. Overigens ook zonder de omzetting van de Terugkeerrichtlijn geldt het noodzakelijkheids criterium onverminderd, aangezien het EU recht onderdeel is van de Belgische interne rechtsorde. Het is ironisch dat die eerdere uitspraak van het Hof juist België betrof. Het Hof verwees toen wel naar de relevante passages uit de Belgische wetgeving die in onderhavig arrest zijn weggelaten.[8]

Afgezien van het feit dat het Hof zijn eigen rechtspraak negeert, blijft ook zijn principiële standpunt dat de detentie niet noodzakelijk hoeft te zijn hoogst merkwaardig. Het Hof geeft hiervoor eigenlijk geen argumenten. Het stelt simpelweg dat de detentie niet redelijkerwijze noodzakelijk hoeft te zijn, om bijvoorbeeld het begaan van een misdrijf of vluchten te voorkomen. Waarom detentie niet noodzakelijk hoeft te zijn legt het Hof niet uit. Het Hof stelt alleen dat art. 5 lid 1 sub f EVRM een andere niveau van bescherming biedt dan art. 5 lid 1 sub c

EVRM.[9] Laatstgenoemd artikel is inderdaad een andere bepaling en ziet op een andere situatie. Maar hieruit valt natuurlijk niet af te leiden dat voor art. 5 lid 1 sub f EVRM geen noodzakelijkheids criterium geldt.

Het is bijzonder merkwaardig dat het Hof meent een dergelijke fundamentele en verregaande interpretatie van art. 5 lid 1 sub f EVRM te geven zonder ook maar enigszins de geëigende juridische methoden van interpretatie te volgen, namelijk de interpretatiemethoden voorgeschreven door het Weense Verdragenverdrag en zijn eigen jurisprudentie.[10] Het standpunt van het Hof zou toch minstens terug te voeren moeten zijn op de gewone betekenis van de termen in hun context in het licht van voorwerp en doel van het EVRM. Het Hof laat dit achterwege. Bovendien staat het standpunt van het Hof volledig haaks op de rechtstraditie, rechtspraak en rechtsleer van de Europese rechtssystemen. Voor zover ik weet is in andere rechtsgebieden - strafrecht, civiel recht en het bestuursrecht (afgezien dus van migratierecht) - vrijheidsberoving slechts toegestaan indien strikt noodzakelijk. Detentie is nooit een kwestie van gemak of nut, maar noodzaak.

Rechtmatigheid van de detentie

3. De klager stelt dat een geldige juridische basis voor de detentie ontbreekt. Hij heeft namelijk asiel aangevraagd waardoor hij niet kan worden uitgezet en dus de basis wegvalt voor de vreemdelingendetentie. Bovendien hebben meerdere rechterlijke instanties de Belgische Staat bevolen de uitzetting naar Algerije te staken.

Maar volgens het Hof heeft het instellen van een asielprocedure niet per se als gevolg dat de vreemdelingendetentie meteen in strijd is met art. 5 lid 1 sub f EVRM. Wat van belang is of de autoriteiten de uitzetting voor ogen hadden.[11] En volgens het Hof is dat het geval. Evenmin heeft volgens het Hof met verwijzing naar eerdere rechtspraak[12] het schorsen van een uitzettingsprocedure op zich gevolgen voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie. Met andere woorden, de rechtmatigheid van de detentie is niet aangetast.

De argumentatie van het Hof is wederom verontrustend. Het past zijn eigen rechtspraak selectief toe en op gevallen waar zij niet voor bedoeld is. Het is inderdaad zo dat het instellen van een asielprocedure niet per se de grondslag voor de vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting wegneemt. Anders zou een vreemdeling steeds aan vreemdelingendetentie kunnen ontkomen door een asielprocedure in te stellen. Maar het Hof gaat hier selectief om met zijn eigen rechtspraak door te suggereren dat slechts van belang is dat de autoriteiten de uitzetting nastreven. Het Hof vergeet te vermelden dat volgens zijn eigen rechtspraak voor de geldige detentie het evenzeer is vereist dat de duur van detentie niet de redelijke termijn overschrijdt die nodig is voor de uitzetting.[13] Die termijn houdt op redelijk te zijn wanneer

er simpelweg geen redelijk zicht op uitzetting is.[14]

Het instellen van een asielprocedure kan direct van invloed zijn op het zicht op uitzetting. Als de vreemdeling namelijk een serieuze kans op asiel maakt neemt het zicht op uitzetting drastisch af. Juist de rechterlijke bevelen tot opschorting van de uitzetting om de vreemdeling in staat te stellen een asielaanvraag in te dienen en een definitief rechterlijk oordeel over de asielaanvraag af te wachten zijn een indicatie dat er een redelijke kans op asiel was.[15] Het Hof weegt dit niet mee. Dezelfde selectieve toepassing van eigen rechtspraak speelt ook bij de rechtmatigheid van de duur van de detentie (zie hieronder punt 4).

Verder past het Hof zijn jurisprudentie toe op gevallen waarvoor die helemaal niet bedoeld is. Met verwijzing naar Gebremedhin[16] stelt het Hof dat een rechterlijk bevel tot opschorting van de uitzetting geen gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie. Echter het Hof vergeet de tweede alinea van de relevante paragraaf van de aangehaalde uitspraak te vermelden: de tijdelijke maatregel die de uitzetting naar een specifiek land stopzet heeft niet per se gevolgen voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie, omdat die maatregel er niet aan in de weg staat dat de vreemdeling naar een *ander* land wordt uitgezet.[17] Maar als er geen ander land is dan houdt het natuurlijk op. Uit de feiten blijkt dat er geen *ander* land dan Algerije was waarnaar de klager kon worden uitgezet.

De duur van de detentie

4. De klager stelt dat de detentie onevenredig lang was. Het Hof geeft aan dat inderdaad moet worden gekeken of de termijn die redelijkerwijze nodig was voor de uitzetting niet is overschreden. Het Hof zegt weliswaar gevoelig te zijn voor de bijzonder lange duur van de detentie,[18] maar vindt de duur toch niet te lang. Het hoofdargument is dat de Belgische autoriteiten steeds zorgvuldig de uitzettingsprocedures hebben voortgezet. Hier gaat het Hof wederom selectief te werk door slechts naar één criterium van rechtmatigheid van de duur te kijken. Volgens de eigen rechtspraak van het Hof is de evenredigheid van de duur van de detentie afhankelijk van twee cumulatieve voorwaarden. De autoriteiten moeten serieus werk maken van de uitzettingsprocedure. Maar zelfs indien de autoriteiten zorgvuldig bezig zijn met de uitzettingsprocedure moet er ook een redelijk zicht zijn op uitzetting.[19] Het Hof onderzoekt niet of aan dit criterium is voldaan. Het Hof herhaalt slechts dat de autoriteiten steeds de uitzetting voor ogen hadden. Zoals boven aangegeven blijkt uit het dossier dat uitzetting steeds niet mogelijk was. Dit komt niet door de vreemdeling maar doordat Belgische en Europese rechterlijke instanties menen dat uitzetting niet is geoorloofd. Bovendien blijft deze uitzetting vele maanden voortduren. Het Hof had deze aspecten in zijn oordeel moeten meenemen.

Verder negeert het Hof wederom zijn eigen rechtspraak over de maximumduur van detentie. Volgens het Hof legt art. 5 EVRM geen maximumduur van detentie op. Maar kan er wel een maximumduur gelden indien die is opgenomen in het interne recht.[20] Er gold in België de maximumduur van 5 tot 8 maanden voor in ieder geval de vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting.[21] Eventueel zou kunnen worden beargumenteerd dat voor de detentie op basis van het ministerieel besluit de toenmalige wettelijke bepaling geen maximumduur voorzag.[22] Maar ongeacht hetgeen bepaald in de Belgische wet, hadden de Belgische autoriteiten zich moeten houden aan de maximumduur van 18 maanden inclusief verlenging zoals bepaald in art. 15 Terugkeerrichtlijn. Het is merkwaardig dat het Hof dit aspect niet meeneemt in zijn oordeel.

Met het oog op uitzetting of openbare orde?

5. Volgens het Hof gaat het in deze zaak om vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Voor deze vorm van vreemdelingendetentie speelt de vraag of de vreemdeling een bedreiging vormt voor de openbare orde strikt genomen geen rol. Het enige wat telt is de mate waarin de detentie uitzetting beoogt (sic het Hof) dan wel noodzakelijk is voor de uitzetting. Toch waren de besluiten tot detentie grotendeels gebaseerd op het vermeende gevaar voor openbare orde dat de klager opleverde. En ook het Hof heeft in zijn beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie en haar duur uitvoerig meegewogen dat de klager volgens de Belgische autoriteiten een bedreiging vormde voor de openbare orde en nationale veiligheid. Openbare orde is trouwens wel een aparte en voldoende grondslag voor asieldetentie. Het ministerieel besluit op basis waarvan de klager 20 maanden vastzat is volgens de Belgische wet een asieldetentiemaatregel.[23] Toch vond het Hof dat er alleen sprake was van vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting, maar niet van asieldetentie.

De benadering van het Hof is tegenstrijdig. Ofwel is er sprake van vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Maar dan is openbare orde irrelevant. Ofwel is openbare orde toch een grondslag voor detentie. Maar dan moet er sprake zijn asieldetentie. Het Hof lijkt een onzuivere combinatie te maken van twee verschillende detentievormen. Misschien beseft het Hof dat geen van beide detentievormen op zichzelf afdoende de lange termijn detentie in deze zaak kan rechtvaardigen. De voortdurende schorsing van de uitzettingsmaatregelen en totale duur van de detentie geven weinig blijk van een zicht op uitzetting binnen een redelijke termijn. Evenmin zou een 'zuivere' asieldetentie soelaas bieden. Meer dan een kwart (8 maanden) van de totale detentieduur was namelijk niet gedekt door het ministeriële besluit dat ziet op asieldetentie, maar door de 'normale' vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Daarnaast is het maar de vraag of de feiten van de zaak voldoende overtuigend zijn om een 'zuivere' asieldetentie op basis van openbare orde te rechtvaardigen. In deze zaak is de klager weliswaar veroordeeld door de Belgische strafrechter voor strafbare feiten in verband

met terrorisme. Maar de gevangenisstraf is slechts voorwaardelijk. Bovendien wordt de klager blijkbaar gewoon vrijgelaten omdat er een plek is vrij gekomen in een open opvanglocatie, zonder dat veiligheids- of inlichtingendiensten een gunstig advies hebben afgegeven op basis van een nieuwe risicoanalyse.

Het blijft gissen wat het Hof daadwerkelijk voor ogen heeft gehad: uitzetting of openbare orde. Wat er ook van zij, vanuit rechtsstatelijk oogpunt blijft het gemak waarmee de rechters de basale juridische logica opzij zetten bijzonder verontrustend.

Bas Schotel

Universitair docent algemene rechtsleer, Paul Scholten Centre for Jurisprudence, Universiteit van Amsterdam

[1] De ‘normale’ vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting gebeurde op basis van art. 7 Vreemdelingenwet dat ziet op illegaliteit. Het ministerieel besluit werd genomen op basis van het oud art. 52 par. 4 Vreemdelingenwet en heeft eigenlijk betrekking op asieldetentie. Zie ook de discussie onder punt 5.

[2] Par. 46. “Het Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers liet in maart 2020 aan de advocaten van de eiser [de derdelander] weten dat er een opvangplaats was vrijgekomen [d.w.z. in een open opvanglocatie]. De eiser verliet het gesloten centrum van Vottem op 20 maart 2020” [vertaling BS].

[3] Voor de goede orde juristen die gespecialiseerd zijn in de rechtspraak van het Hof op het gebied van vreemdelingendetentie wijzen voortdurend op de gebreken in de uitspraken van het Hof. Deze annotatie is geschreven vanuit een meer algemeen juridisch of rechtsstatelijk perspectief.

[4] De klager verweet de Belgische Staat verder een gebrekkige rechterlijke controle van de rechtmatigheid van zijn vreemdelingendetentie (art. 5 lid 4 EVRM) en onmenselijke en vernederende detentieomstandigheden (art. 3 EVRM). Ook hier zag het Hof geen enkele schending van het EVRM.

[5] Verwijzing naar *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 november 1996, NR. 22414/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, par. 112.

[6] *Muzamba Oyaw t. België*, EHRM 4 april 2017, nr. 23707/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0228DEC002370715, par. 36.

[7] Art. 7 Verblijfwet: “Te dien einde, en tenzij andere afdoende maar *minder dwingende maatregelen doeltreffend* kunnen worden toegepast, kan de vreemdeling vastgehouden worden voor de tijd die *strikt noodzakelijk* is voor de uitvoering van de maatregel, meer in het bijzonder wanneer er een *risico op onderduiken* bestaat of wanneer de vreemdeling de *voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert*,” (cursivering BS).

[8] *Muzamba Oyaw t. België*, , par. 36.

[9] *Chahal*, par. 112.

[10] “Thus, in accordance with the Vienna Convention, the Court is required to ascertain the ordinary meaning to be given to the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are drawn” *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, par. 119. Zie verder de studie in opdracht van de Raad van Europa, J. McBride, *The Doctrines and Methodology of Interpretation of The European Convention on Human Rights by The European Court of Human Rights*, Brussel: Council of Europe 2021.

[11] Par. 92

[12] *Gebremedhin [Gaberamadhien] t. Frankrijk*, EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD002538905, par. 74.

[13] *S.P. t. België*, EHRM 14 juni 2011, nr. 12572/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0614DEC001257208; *Yoh-Ekale Mwanje t. België*, EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, ECLI:CE:ECHR:2011:1220JUD001048610, par. 120.

[14] *Al Husin t. Bosnia and Herzegovina*, EHRM 25 juni 2019, nr. 10112/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD001011216, par. 98.

[15] Het Hof spreekt zelf in een ander verband dat het asioldossier zeer complex is (par. 117).

[16] *Gebremedhin*.

[17] Ibid. para. 74, 2^e alinea.

[18] Par. 115.

[19] Zie supra *S.P.*; *Yoh-Ekale Mwanje*; *Al Husin*.

[20] *Komissarov t. Tsjechië*, EHRM 3 februari 2022, nr. 20611/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD002061117, par. 50-52

[21] Art. 7 Vreemdelingenwet.

[22] Zie F.L. Gatta, 'Detention of an asylum seeker for reasons of public security: no violation of the right to liberty in the presence of a proper individualised necessity test', *Cahiers de l'EDM* december 2018, voetnoot 1 verwijzend naar oud art. 54 par. 2 Vreemdelingenwet.

[23] Zie supra eindnoot 2.

ANNOTATIE

Loukili t. Nederland (EHRM, 57766/19) – Uitzetting na langdurig verblijf**G. Lodder**

1. De mogelijkheid om een verblijfsvergunning na meer dan 20 jaar rechtmatig verblijf alsnog in te trekken op grond van gevaar voor de openbare orde, is ingevoerd met de aanscherping van de glijdende schaal op 1 juli 2012. De zaak *Loukili* is een van de zaken waarbij van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt. Andere voorbeelden die brede media-aandacht hebben getrokken, zijn de zaak van een man met meer dan vijftig jaar rechtmatig verblijf in Nederland^[1] en van een man met meer dan 40 jaar rechtmatig verblijf.^[2]

Na een korte uiteenzetting van de feiten in de zaak *Loukili*, ga ik in deze noot eerst in op het Nederlandse beleid met betrekking tot het intrekken van een verblijfsvergunning na zeer lang rechtmatig verblijf (onder 3). Vervolgens bespreek ik de wijze waarop het EHRM in dergelijke situaties toetst of er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM (onder 4). Daarna worden enkele aspecten van onderhavige zaak uitgelicht. Onder 5 bespreek ik de wat zuinige beoordeling van het Hof of er sprake is van gezinsleven. De wijze waarop het Hof de vaste (Boultif) criteria op onderhavige zaak toepast bespreek ik onder 6.

2. Loukili is in 1978 geboren in Marokko en is op zijn derde jaar samen met zijn moeder en andere kinderen voor gezinshereniging met zijn vader naar Nederland gekomen. Hij heeft vanaf 1982 tot 2001 rechtmatig verblijf gehad op grond van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. In 2000 wordt hij voor de eerste keer veroordeeld voor het bezit van verdovende middelen en krijgt een taakstraf. Ondanks deze veroordeling krijgt hij in 2001 wel een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd. Van 2002 tot een onbekende datum heeft Loukili een relatie met een Nederlandse vrouw. Uit deze relatie worden twee kinderen geboren in 2008 en 2014. De kinderen hebben de Nederlandse nationaliteit. Loukili heeft nooit samen gewoond met zijn vriendin en hun kinderen. Tussen 2004 en 2012 wordt hij nog eens driemaal veroordeeld voor onder andere bezit van verdovende middelen, mishandeling en heling tot enkele weken gevangenisstraf. In 2014 en 2017 volgen nog twee veroordelingen voor handel in verdovende middelen en bezit van verdovende middelen waarvan het

vermoeden bestond dat deze bedoeld waren voor handel. In 2014 krijgt hij twaalf maanden gevangenisstraf opgelegd en in 2017 vijf maanden. In november 2017 wordt zijn verblijfsvergunning ingetrokken en wordt hem een inreisverbod van tien jaar opgelegd.

3. Een verblijfsvergunning kan worden ingetrokken als betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde. Deze bevoegdheid is uitgewerkt in artikel 3.86 Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb). De vraag of een verblijfsvergunning kan worden ingetrokken wordt in deze bepaling gerelateerd aan de duur van het rechtmatig verblijf (tot aan het moment van het plegen van het misdrijf), de maximale strafmaat die op een misdrijf staat het aantal gepleegde misdrijven en de daadwerkelijk opgelegde straf. Deze relatie is neergelegd in drie verschillende glijdende schalen: een voor misdrijven waarop een maximumstraf staat van minder dan zes jaar, een voor misdrijven met een maximum gevangenisstraf van tenminste zes jaar en een voor vreemdelingen die tenminste drie misdrijven hebben gepleegd. Tot 1 juli 2012 kon de verblijfsvergunning niet meer worden ingetrokken als de vreemdeling tenminste 20 jaar rechtmatig verblijf had. Op die datum is echter een aanscherping van het beleid in werking getreden waarbij deze bescherming voor langdurig rechtmatig verblijvende vreemdelingen is komen te vervallen.[3] Er bestaat nog wel een beperktere vorm van bescherming voor vreemdelingen met een verblijfsduur van minimaal tien jaar. De vergunning van deze vreemdelingen kan alleen worden ingetrokken als het gaat om een opiummisdrijf of een misdrijf waarop zes jaar of meer gevangenis staat én het misdrijf heeft geleid tot een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit (artikel 3.86 lid 10 Vb). Aarrass constateert dat in de periode van 2015 tot 2020 het aantal gevallen waarbij de verblijfsvergunning na meer dan 20 jaar rechtmatig verblijf is ingetrokken wegens gevaar voor de openbare orde is toegenomen.[4] De zaak Loukili is de eerste zaak van iemand met meer dan 20 jaar rechtmatig verblijf, waarin door het EHRM uitspraak is gedaan na deze aanscherping van de glijdende schaal.

4. Het EHRM heeft in de zaak *Maslov t. Oostenrijk* voor de uitzetting van langdurig rechtmatig verblijvende migranten een specifiek criterium geïntroduceerd: 'In short, the Court considers that for a settled migrant who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country *very serious reasons* are required to justify expulsion.'[5] Het EHRM heeft de afgelopen jaren in meerdere zaken geaccepteerd dat er sprake was van *very serious reasons* en dat de uitzetting van een vreemdeling met zeer lang rechtmatig verblijf geen schending van artikel 8 EVRM oplevert. Enkele recente voorbeelden zijn de zaak van *Z t. Zwitserland*, *Munir Johana t. Denemarken* en *Khan t. Denemarken*. [6] In al deze zaken had de betrokken vreemdeling (ruim) langer dan 20 jaar rechtmatig verblijf. *Z* in de zaak van *Z t. Zwitserland* woonde zelfs al sinds 1968 in Zwitserland. In de zaak *Khan t. Denemarken* is het EHRM uitgebreid ingegaan op de vraag of het misdrijf dat de aanleiding vormde voor de intrekking, een zeer ernstig misdrijf moet zijn geweest. In deze zaak hadden de lagere rechter

in Denemarken geoordeeld dat dit misdrijf – verboden wapenbezit, waarvoor Khan was veroordeeld tot drie maanden gevangenisstraf – onvoldoende ernstig was om de intrekking van zijn verblijfsvergunning en daarmee gepaard gaande inbreuk op artikel 8 EVRM te rechtvaardigen. Een meerderheid van het Supreme Court in Denemarken was echter van oordeel dat intrekking noodzakelijk was in het belang van de openbare orde. Het EHRM beargumenteert dat de intrekking van een verblijfsrecht gebaseerd kan zijn op het totale strafblad en niet alleen op het misdrijf dat aanleiding was voor de intrekking.[7] Ook stelt het Hof dat het nooit een minimum heeft gesteld ten aanzien van de opgelegde straf (*Khan t. Denemarken*, par. 68). Een uitzondering op alle niet gegronde klachten vormt de uitspraak in *Abdi t. Denemarken*. [8] Abdi had 21 jaar rechtmatig verblijf op het moment van intrekking van zijn verblijfsvergunning. Het feit dat hem een permanent inreisverbod werd opgelegd lijkt een belangrijke rol te hebben gespeeld in het oordeel van het EHRM dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM. Daarnaast betrof de veroordeling die aanleiding vormde voor de Deense maatregelen de eerste serieuze bedreiging voor de openbare orde; andere overtredingen waren minder ernstig (*Abdi*, par. 40).

5. Opvallend in de zaak *Loukili* zijn de overwegingen van het Hof over de vraag of er gezinsleven bestaat tussen Loukili en zijn twee minderjarige kinderen. De standaardopvatting van het Hof tot nu toe was dat kinderen geboren uit een echtelijke relatie *ipso jure* deel uit maken van die relatie. Vanaf de geboorte en alleen al door de geboorte ontstaat er een relatie tussen het kind en zijn ouders die valt onder het begrip gezinsleven.[9] Ook stelde het Hof in deze uitspraak dat samenwoning niet een noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van gezinsleven. Deze standaardoverweging van het Hof werd herhaald en aangevuld in het arrest *Al Nashif t. Bulgarije*. [10] Uit deze uitspraak volgt dat ook niet-huwelijkse relaties onder het begrip gezinsleven kunnen vallen en daarmee dus ook tussen de uit deze relaties geboren kinderen en hun ouders. In *Al Nashif* stelt het Hof onder verwijzing naar *Berrehab* verder dat de band tussen kinderen en ouders alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan worden verbroken (*Al Nashif*, par. 112). In de zaak *Loukili* draait het Hof een van de overwegingen uit *Berrehab* om: in beginsel is samenwonen een voorwaarde voor het bestaan van gezinsleven, maar bij wijze van uitzondering kunnen andere factoren bijdragen aan de vaststelling dat er *de facto* wel sprake is van gezinsleven (tussen *in casu* de vader en zijn minderjarige kinderen). Het Hof stelt dat er weinig bewijs is geleverd voor de betrokkenheid van Loukili bij de opvoeding van zijn kinderen. Echter, omdat de nationale autoriteiten wel gezinsleven aannemen, met verklaringen is aangetoond dat de kinderen zijn geboren uit een oprechte relatie tussen Loukili en zijn ex-vriendin en er contact is tussen Loukili en zijn kinderen, accepteert het Hof ook dat er banden bestaan die voldoende zijn om onder de bescherming van artikel 8 EVRM te vallen (par. 43).

6. Vanaf par. 51 bespreekt het EHRM de toepassing van de *Boultif*-criteria, zoals verder uitgewerkt in latere jurisprudentie, op de *Loukili*-zaak. Het Hof gaat hierbij mee in de redenering van Nederland. Nu het gaat om druggerelateerde misdrijven en mishandeling en er sprake is van herhaaldelijke recidive kon Nederland concluderen dat er voldaan is aan het criterium van *very serious reasons*, ondanks dat de duur van de zes opgelegde straffen samen slechts een jaar en vier maanden bedroeg (par. 51-54). De lange duur van het rechtmatig verblijf wordt weggeveegd door de ernst van de gepleegde misdrijven. Het Hof geeft aan dat dit gezien precedents in zijn eigen jurisprudentie, redelijk is (par. 55). Als het gaat om het gedrag sinds het misdrijf is gepleegd dat aanleiding vormde voor het intrekken van het verblijfsrecht, kijkt het EHRM niet verder dan tot het moment waarop de Afdeling bestuursrechtspraak de uitspraak van de rechtbank in augustus 2019 bevestigde (par. 55). Het EHRM overwoog in *Azerkane t. Nederland* nog dat het kijkt naar het gedrag tot aan het moment van de daadwerkelijke uitzetting.^[1] In het geval van *Azerkane* pakte dat nadelig uit vanwege misdrijven gepleegd nadat het besluit tot intrekking van zijn verblijfsvergunning door de hoogste rechter was bekrachtigd (*Azerkane*, par. 76-77). Nu *in casu* echter geen veroordelingen worden genoemd sinds de veroordeling van 2017, is het opvallend dat het EHRM niet kijkt naar het gedrag van Loukili in de jaren nadat de Afdeling uitspraak heeft gedaan. Wat betreft het gezinsleven, wordt hier een minder zwaar belang aan gehecht nu betrokkenen niet samenwonen en de banden van Loukili met zijn kinderen niet zijn onderbouwd (par. 57). De banden die Loukili met Marokko zou hebben zijn zwak, maar worden door Nederland verondersteld voldoende te zijn om daar te kunnen integreren.

7. Doorslaggevend in deze en andere zaken lijkt steeds meer de aard van de gepleegde misdrijven en de onverbeterlijkheid van het gedrag door het herhaaldelijk plegen van misdrijven. Staten krijgen een ruime *margin of appreciation* bij de vaststelling of de gepleegde misdrijven voldoende reden zijn om betrokkenen uit te zetten. Andere factoren spelen geen (langdurig rechtmatig verblijf) of minder (gezinsleven) belang. Dit roept wel de vraag op wat het criterium van *very serious reasons* nog inhoudt. Er lijkt geen extra bescherming meer te zijn voor *settled migrants*.

Gerrie Lodder

universitair docent migratierecht, Open Universiteit

[1] ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1503, zie ook: Van Oort, H. 'Uitspraak Uitgelicht. ABRvS 1 juli 2020 ECLI:NL:RVS:2020:1503. Intrekking verblijfsrecht na vijftig jaar rechtmatig verblijf, *A&MR* 2020-10, p. 541-544.

[2] Rb Den Haag zp Utrecht 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6811; NOS, 'Crimineel verliest verblijfsvergunning na 40 jaar', 17 juni 2016.

[3] Besluit van 26 maart 2012, Staatsblad 2012, 158.

[4] Aarrass, B., 'Rechterlijke toetsing aan het recht op respect voor privéleven in migratiezaken. Binding met de Nederlandse bodem', *A&MR* 2021-4, p. 217.

[5] *Maslov t. Oostenrijk*, EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD000163803, par. 75.

[6] *Z. t. Zwitserland*, EHRM 22 december 2020, nr. 6325/15, ECLI:CE:ECHR:2020:1222JUD000632515; *Munir Johana t. Denemarken*, EHRM 12 januari 2021, nr. 56803/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0112JUD005680318; *Khan t. Denemarken*, EHRM 12 januari 2021, nr. 26957/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0112JUD002695719.

[7] *Khan t. Denemarken*, par. 67-70, onder verwijzing naar, *Miah t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 april 2010, nr. 53080/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0427DEC005308007.

[8] *Abdi t. Denemarken*, EHRM 14 september 2021, nr. 41643/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004164319, *EHRC* 2022-0186, m.nt. Lodder.

[9] *Berrehab t. Nederland*, EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084, § 21.

[10] *Al-Nashif t. Bulgarije*, EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0620JUD005096399 .

[11] *Azerkane t. Nederland*, EHRM 2 juni 2020, nr. 3138/16,

ECLI:CE:ECHR:2020:0602JUD000313816, onder verwijzing naar EHRM 20 september 2011, *A.A. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD000800008, par. 67.

ANNOTATIE

**Jehova's Getuigen t. Finland (EHRM, 31172/19) –
Huisbezoeken en gegevensbescherming*****B. van der Sloot***

1. Jehovah's Getuigen Finland verzamelt gegevens over personen in verband met hun huisbezoeken, bijvoorbeeld om mensen die gebarentaal kennen naar doven en die vreemde talen kennen naar immigranten te sturen. Het gaat daarbij deels om informatie die uit het publieke domein wordt gehaald en deels om de persoonlijke observaties van de leden van de Jehovah's Getuigen. Omdat er geen toestemming is voor het verwerken van gevoelige persoonsgegevens in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming van de EU en er geen andere legitieme grond is, constateert het Finse gegevensbeschermingscollege een schending van het recht op gegevensbescherming. In beroep verwerpt de administratieve rechtbank het beroep zonder de zaak inhoudelijk te onderzoeken. Zij oordeelt dat een hoorzitting overbodig is omdat niet is aangetoond dat de gegevens die eventueel door individuele leden waren verzameld, een persoonlijk bestand vormden voor gebruik door de gemeenschap waarover zij enig gezag uitoefenden. Bijgevolg verklaart zij het beroep gegrond en vernietigt het besluit van het college.
2. De hoogste administratieve rechter verzoekt vervolgens om een prejudiciële beslissing van het EU Hof van Justitie. Het EU-Hof oordeelt dat de gemeenschap zich niet kan beroepen op de zogenaamde huishoudelijke exceptie (de verwerking van persoonsgegevens voor louter persoonlijke of huishoudelijke doeleinden valt niet binnen de werkingssfeer van de AVG, zie art.2 para 2 sub c AVG). Voorts oordeelt het EU-Hof dat de gemeenschap samen met haar leden een verwerkingsverantwoordelijke is, zonder dat het noodzakelijk is dat de gemeenschap toegang heeft tot die gegevens of dat moet worden vastgesteld of haar leden schriftelijke richtlijnen of instructies heeft gegeven met betrekking tot de gegevensverwerking.
3. Vervolgens verzoekt de gemeenschap de hoogste Finse administratieve rechter om een mondelinge hoorzitting met de aanwezigheid van een deskundige op het gebied van religieuze aangelegenheden en vierentwintig individuele Jehovah's Getuigen. De hoogste rechter verwerpt het verzoek van de verzoekende gemeenschap om een mondelinge hoorzitting,

aangezien alle vierentwintig getuigen hun getuigenis al schriftelijk hadden ingediend, waarmee rekening is gehouden bij het nemen van de beslissing. De hoogste administratieve rechter benadrukt echter dat het besluit van het college alleen betrekking had op de gemeenschap en dat zij zich derhalve niet uitspreekt over de vraag of individuele Jehovah's Getuigen afzonderlijk als verwerkingsverantwoordelijken moeten worden beschouwd in de zin van de AVG. De hoogste administratieve rechter verwierpt het oordeel van de lagere administratieve rechter, waarmee het besluit van het gegevensbeschermingscollege van kracht wordt. De rechter herhaalt de bevinding van het HvJEU dat de huishoudelijke exceptie niet van toepassing was. Ook was niet van belang dat sommige individuele Jehovah's Getuigen vriendschappen aan zijn gegaan met sommige de personen van wie de persoonsgegevens in hun notities stonden, of dat een deel van de verzamelde persoonsgegevens uit openbare bronnen was verkregen. Voor de hoogste administratieve rechter stond vast dat het maken van aantekeningen met persoonsgegevens verband hield met de voorbereiding van komende huis-aan-huisbezoeken. Hoewel de methoden en technieken die elke individuele Jehovah's Getuige gebruikt om persoonsgegevens vast te leggen en te ordenen mogelijk verschilden, zou het volgens de hoogste rechter geen zin hebben om aantekeningen te maken als de gegevens niet tegelijkertijd zodanig worden georganiseerd dat ze gemakkelijk teruggevonden kunnen worden. Zelfs als individuele Jehovah's Getuigen zelf zouden bepalen in welk gebied ze actief zijn, betekent dat niet dat de gemeenschap niet kon worden beschouwd als deelnemend aan de verdeling van operationele gebieden. De afdelingen van de gemeenschap hielden uitgeverskaarten bij waarop stond hoeveel publicaties een lid had verspreid en hoeveel tijd hij had besteed aan evangelisatie. De gemeenschap had daadwerkelijk het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens (mede)bepaald, en moet daarom worden beschouwd als een verwerkingsverantwoordelijke.

4. *Artikel 6 EVRM*: Onder het EHRM klaagt de gemeenschap over het ontbreken van een mondelinge hoorzitting in de binnenlandse procedure, hetgeen in strijd zou zijn met art. 6 EVRM. Het Hof wijst er echter op dat alle argumenten van de verzoekende gemeenschap in aanmerking zijn genomen, evenals aanvullend bewijsmateriaal dat zij had ingediend; de rechtszittingen waren eerlijk, de uitspraken duidelijk en de rechters hadden in de nationale procedure alle kanten van het verhaal in ogenschouw genomen. Het EHRM herhaalt verder dat de verzoekende gemeenschap had toegegeven dat congregaties van Jehovah's Getuigen een handmatig archief bijhielden met persoonlijke gegevens van mensen die niet bezocht wilden worden en dat aantekeningen van individuele Jehovah's Getuigen dienden als geheugensteun bij het opnieuw bezoeken van mensen die interesse toonden. Ook bevestigde de gemeenschap dat ze een gebiedskaart bijhield die bedoeld was om een ordelijk contact mogelijk te maken. Het EHRM constateerde ook dat er aanwijzingen waren dat de verzoekende gemeenschap individuele Getuigen aanmoedigde om deel te nemen aan

predikativiteiten en dat hun aantekeningen hen hielpen om op een georganiseerde manier contact te leggen en mensen te bezoeken. 'In such circumstances, and in the absence of any argument pertaining to the credibility of the evidence, it cannot be said that the decisive facts on which the order was based were in dispute between the parties and that they warranted an oral hearing. Furthermore, the Court is satisfied that the legal issues at stake, which were at the core of the proceedings, did not require an oral hearing and that the written procedure provided the applicant community with an opportunity to effectively put forward its arguments. There were therefore exceptional circumstances which justified dispensing with an oral hearing. (par. 57)'

5. *De minimis*: Ook klaagt de gemeenschap over een schending van het recht op privacy. Daarbij is wat achtergrond informatie relevant om deze klacht goed te kunnen duiden. Onder art. 8 EVRM bestaat er een interessant spanningsveld tussen het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming. Het EVRM noemt alleen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, alhoewel ook veel aspecten van het recht op gegevensbescherming onder dit recht worden geschaard. Voor de Europese Unie zijn het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming twee afzonderlijke grondrechten.[1] Hoewel de Raad van Europa het voortouw nam bij het vastleggen van beginselen voor gegevensbescherming, met name via twee resoluties in 1973 en 1974[2] en het Verdrag van 1981,[3] nam de EU het voortouw via de richtlijn gegevensbescherming van 1995,[4] die vanaf 2016 werd vervangen door de Algemene Verordening Gegevensbescherming.[5] Het verschil tussen de twee rechten is relevant, omdat bij het recht op gegevensbescherming de kwestie van *ratione personae* en *ratione materiae* worden samengevoegd en omdat er geen *de minimis*-regel is. Dit betekent dat als iemand op een blog schrijft 'Macron heeft blauwe ogen', dit onder de reikwijdte van de AVG valt, terwijl zulke verwerking over het algemeen niet onder de reikwijdte van het EVRM valt, omdat de schade, zo die er al mocht zijn, niet voldoende is om aan de *de minimis* voorwaarde te voldoen.

6. *Huishoudelijke exceptie*: De ingewikkelde relatie tussen de twee rechten werd besproken door de EU-wetgever 2177 toen de gegevensbeschermingsrichtlijn werd opgesteld. Als het privégedrag van burgers met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld het sturen van een brief of een e-mail naar een geliefde, strikt gereguleerd zou worden, met inbegrip van toezicht door de gegevensbeschermingsautoriteit, zou dat hun recht op privacy ondermijnen. Daarom werd de huishoudelijke exceptie aangenomen. De Raad van Europa kende een dergelijke bepaling niet tot het Verdrag 108+ uit 2018.

7. *Verskil privacy en gegevensbescherming*: Een van de kernvragen in deze zaak is of de huishoudelijke vrijstelling van toepassing is. Nee, aldus het HvJEU, want de verwerking was niet uitsluitend bedoeld voor persoonlijke of huishoudelijke activiteiten. Maar dat betekent

natuurlijk niet dat verzoeker geen beroep kan doen op art. 8 EVRM (of art. 9 EVRM), dat een brede reikwijdte heeft en een groot aantal aspecten omvat, waaronder de omgang met anderen, zelfs vreemden, op openbare en private plaatsen. Dit zou dus een conflict betekenen tussen het recht op privacy van de aanvrager en het recht op gegevensbescherming van de derden wier gegevens worden verwerkt. De derden zouden zich ook kunnen beroepen op hun recht op privacy; hoewel de gegevens meestal niet thuis werden verzameld, maar voor de deur, en dus in een quasi-openbare ruimte, geldt daar ook een redelijke verwachting van privacy.

8. *Gevoelige persoonsgegevens*: Cruciaal in deze zaak is ook het begrip gevoelige gegevens, zoals opgenomen in Verdrag 108 en de daaropvolgende EU-instrumenten voor gegevensbescherming. De categorieën gegevens die als gevoelig werden aangemerkt vormden een combinatie van gegevens die als bijzonder privé werden beschouwd (en dus voortvloeiden uit art. 8 EVRM) en die als een potentieel risico voor discriminatoire beslissingen werden gezien (en dus voortvloeiden uit art. 14 EVRM). In principe is de verwerking van deze gegevens door de AVG verboden; deze verbodsbepaling probeert recht te doen aan de bescherming van mensenrechten. Maar er is altijd een uitzondering geweest voor organisaties die gevoelige gegevens moeten verwerken, zoals medische instellingen (gezondheidsgegevens), politieke partijen (politieke opvattingen) en religieuze organisaties (religieuze en filosofische overtuigingen).[6] Ook hier kan dus een spanning ontstaan tussen het recht van religieuze organisaties en leden om persoonsgegevens te verwerken in het licht van hun geloof (zowel onder de AVG als onder het mensenrechtenkader), en het recht van derden om niet door die activiteiten te worden getroffen (*idem*).

9. *Rechtspersonen*: Wat deze zaak ingewikkeld maakt, is dat de hoofdaanvrager de religieuze organisatie is. Ook hier is een verschil zichtbaar tussen het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming. In het kader van het recht op privacy heeft het EHRM traditioneel geoordeeld dat, gezien het persoonlijke en private karakter ervan en in tegenstelling tot andere rechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en godsdienst, rechtspersonen zich in beginsel niet op dat recht kunnen beroepen. Hoewel het EHRM dat principiële standpunt sinds 2002 marginaal heeft herzien, is het nog steeds terughoudend in het toekennen van een recht op privacy aan rechtspersonen. Volgens de EU-wetgeving kunnen in principe alleen natuurlijke personen een beroep doen op het recht op gegevensbescherming, terwijl de voor de verwerking verantwoordelijken (die gegevens van natuurlijke personen verwerken en zich dus aan de verplichtingen van de AVG moeten houden) zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen zijn. Om de zaken nog ingewikkelder te maken werd in Verdrag 108 expliciet benadrukt dat landen zelf mogen bepalen of ze rechtspersonen onder de werkingssfeer van de gegevensbeschermingsregels willen laten vallen, en hoewel Verdrag 108+ dat niet expliciet maakt, geeft het landen wel de mogelijkheid om aanvullende beschermende maatregelen te

nemen, en wordt er in de toelichting op gewezen dat verschillende landen dat hebben gedaan met betrekking tot rechtspersonen.

10. *Verantwoordelijke*: Wat de zaak in kwestie nog ingewikkelder maakt, is dat de vordering is ingesteld door de Jehovah's Getuigen, terwijl de feitelijke verwerking in de meeste gevallen wordt gedaan door natuurlijke personen die aanhangers zijn van het geloof. In hoeverre de organisatie als zodanig de gegevensverwerking coördineert blijft gedurende de gerechtelijke procedure onduidelijk. Het HvJEU oordeelt dat de natuurlijke personen en de gemeenschap vermoedelijk als gezamenlijk verantwoordelijken voor de verwerking in de zin van de AVG moeten worden beschouwd. Deze bevinding sluit niet uit dat de natuurlijke personen een beroep kunnen doen op de huishoudelijke vrijstelling die, zoals eerder beschreven, alleen door natuurlijke personen kan worden ingeroepen. Dit zou betekenen dat de gemeenschap verantwoordelijk is voor de activiteiten van haar leden, zelfs wanneer het onduidelijk is in welke mate zij hun gedrag bepalen of controleren en zelfs wanneer deze leden zich zelf niet hoeven te houden aan de AVG. Als zodanig lijkt er onder het gegevensbeschermingsrecht een andere regel voor aansprakelijkheid te gelden dan onder de meeste heersende doctrines in het burgerlijk recht en het strafrecht, waar vaak veel meer wordt gekeken naar feitelijke controle.

11. *Groepsrechten*: Groepen hebben als zodanig geen beschermende status onder de gegevensbeschermingsinstrumenten van de EU, maar in het toepassen van instrumenten zoals de gegevensbeschermingseffectbeoordeling kan en moet soms rekening worden gehouden met groepsbelangen, bijvoorbeeld als er gegevens worden verwerkt over mensen met een gedeelde etniciteit of met een gedeelde levensovertuiging. Bovendien zijn verschillende verplichtingen van de verantwoordelijke gebaseerd op de risico's voor kwetsbare groepen. Een belangrijk bijkomend verschil tussen met name de gegevensbeschermingsinstrumenten van de EU en het mensenrechtenkader van de Raad van Europa is dat laatstgenoemd kader bijna uitsluitend (behoudens klachten tussen staten, die zelden worden gebruikt) is gebaseerd op subjectieve rechten, terwijl de gegevensbeschermingsregelingen van de EU en de daarin vervatte verplichtingen van toepassing zijn zonder dat het nodig is dat een individu een recht heeft ingeroepen of een klacht heeft ingediend. Gegevensbeschermingsautoriteiten kunnen sancties opleggen zonder dat een betrokkene een klacht heeft ingediend. Verdrag 108 vermeldde expliciet dat landen gegevensbescherming mochten uitbreiden naar groepen, terwijl die frase is geschrapt onder Verdrag 108+. Vermoedelijk betekent dit niet dat landen op dit punt geen aanvullende bescherming mogen bieden, maar dat zou opnieuw een spanning oproepen tussen gegevensbescherming en het EVRM, aangezien het EHRM van oudsher heeft geoordeeld dat groepen als groep geen beroep kunnen doen op een van de rechten uit het Verdrag, bijvoorbeeld de homogemeenschap of een religieuze gemeenschap, aangezien een groep als

zodanig geen schade kan lijden. Individuele leden van een groep kunnen zich wel op dergelijke rechten beroepen, ook wanneer zij beweren slachtoffer te zijn als lid van een groep, bijvoorbeeld wanneer media of politici beledigende uitspraken over de homogemeenschap publiceren. In zo'n geval moeten aanvragers bewijzen dat ze als individueel lid aanzienlijke schade hebben geleden, maar dat kunnen zij doen met een verwijzing naar de uitspraken over de groep als zodanig.

12. *Groepsrechten*: Het EHRM houdt in het algemeen dus, althans formeel, vast aan zijn principe dat het claims van groepen niet accepteert; tegelijkertijd hoeft een individu niet te wijzen op individuele omstandigheden om individuele schade te onderbouwen, maar kan het wijzen op de aard van uitlatingen of handelingen en de kwetsbaarheid van de groep als zodanig. Het is de vraag of het EHRM op een gegeven moment ook groepsclaims als zodanig zal accepteren en daarmee zijn eerdere jurisprudentie op dit punt zal terugdraaien, net zoals het heeft gedaan met zijn eerdere doctrine op grond waarvan rechtspersonen geen beroep konden doen op art. 8 EVRM, en zoals het heeft gedaan met zijn principiële keuze om geen in abstracto claims toe te staan, die het heeft teruggedraaid in de zaak *Zhakarov*.^[7] De zaak *Jehovah's Getuigen t. Finland* is niet de zaak waarin het EHRM zijn standpunt over groepsvorderingen herziert, aangezien de eiser, wellicht gezien de staande doctrine inzake groepsvorderingen, een opmerkelijke zet doet. Zij benadrukt dat zij zich niet beroept op haar eigen recht op privacy, maar klaagt op grond van art. 8 EVRM over het feit dat het bevel van het college de privacyrechten van individuele Jehovah's Getuigen schond, omdat het hen op straffe van een sanctie was verboden aantekeningen te maken met hun persoonlijke meningen en observaties van gesprekken waaraan zij deelnamen. Verzoekster vervult dus volgens het EHRM slechts een vertegenwoordigende functie namens haar leden, wier mensenrechten zouden zijn geschonden.

13. *De minimis*: Verzoekster stelt dat de verwerkte gegevens openbare, algemene en niet-gevoelige gegevens betreffen, zoals iemands naam en adres en andere gegevens die algemeen beschikbaar waren in het publieke domein. Dit wijst opnieuw op een mogelijk verschil tussen het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming. Met betrekking tot het laatstgenoemde recht heeft de relatieve onbelangrijkheid en openbaarheid van gegevens geen invloed op de vraag of de AVG van toepassing is, terwijl de verwerking van zeer alledaagse en openbaar beschikbare gegevens mogelijk niet voldoet aan de *de minimis*-regel onder het EVRM.^[8] Andersom is het belangrijk dat, voor zover dit argument ook geldt voor de verwerking van gevoelige persoonsgegevens, er ook een verschil is tussen de twee regimes. De AVG bevat de regel dat voor zover de betrokkene gevoelige gegevens kennelijk openbaar heeft gemaakt, de voor verwerking verantwoordelijken dergelijke gegevens mogen verwerken. Het EHRM heeft daarentegen geoordeeld dat zelfs wanneer personen gevoelige persoonsgegevens

over zichzelf openbaar maken op het internet, dit hen niet berooft van een redelijke verwachting van privacy.

14. *Uitputting rechtsmiddelen*: Het Hof merkt op dat de enige verzoekende partij voor het Hof de religieuze gemeenschap van Jehovah's Getuigen is, en niet een van haar individuele leden. Ook merkt het op dat de verzoekende gemeenschap de enige partij was in de procedure voor de nationale autoriteiten en dat de enige poging van twee individuele aanhangers om zich in de nationale procedure te voegen tevergeefs was. Bovendien onderstreept het dat de administratieve rechtbank het door de individuele leden ingestelde beroep heeft verworpen, dat deze bevindingen onbetwist zijn gebleven voor de hoogste administratieve rechtbank en dat het HvJEU ondubbelzinnig heeft vastgesteld dat de leden van de gemeenschap van Jehovah's Getuigen geen partij waren in het hoofdgeding. Pas in haar laatste schriftelijke opmerkingen bij de hoogste administratieve rechtbank, meer dan vijf jaar nadat de procedure was ingeleid, voerde de gemeenschap voor het eerst aan dat het bevel van het college het recht op privacy van individuele Jehovah's Getuigen had geschonden. Dienovereenkomstig verklaart het EHRM de klacht die ziet op Art. 8 EVRM niet-ontvankelijk omdat deze *ratione personae* onverenigbaar is met het Verdrag en omdat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Deze bevinding is een raadselachtige omdat het of/of is. Ofwel de verzoekende gemeenschap beroept zich op art. 8 EVRM namens haar leden, in welk geval kan worden aangevoerd dat zij dit punt niet voldoende aan de orde heeft gesteld in de nationale procedure, zodat deze vordering moet worden afgewezen wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen, ofwel de verzoekende gemeenschap beroept zich op haar eigen recht op privacy, in welk geval de vordering *ratione personae* kan worden afgewezen, omdat volgens de staande doctrine van het EHRM groepen niet op eigen titel aanspraak kunnen maken op mensenrechten.

15. Verzoeker klaagt ook over een schending van art. 1 Protocol 12 en art. 14 EVRM. De eerste bepaling verbiedt discriminatie bij de uitoefening van de Verdragsrechten; de laatste bevat een algemeen discriminatieverbod. Op dit punt wijst het EHRM erop dat de verzoekende gemeenschap in de binnenlandse procedure niet heeft verwezen naar de Evangelisch-Lutherse Kerk en de Orthodoxe Kerk ten aanzien waarvan zij, voor het eerst voor het EHRM, beweert dat zij anders werd behandeld zonder enige objectieve en redelijke rechtvaardiging. Het Hof merkt op dat de vrijstelling van deze kerken ten aanzien van het opleggen van een administratieve boete voor het eerst werd ingevoerd in de Finse wetgeving met de gegevensbeschermingswet die in werking trad op 1 januari 2019; dat was nadat de procedure voor de hoogste administratieve rechtbank was afgerond. Opmerkelijk is dat het EHRM erkent dat verzoeker dergelijke zorgen had geuit voor de hoogste administratieve rechter, maar dat die de claim slechts zeer beknopt heeft behandeld.[9] Dat is voor het Hof geen indicatie dat de hoogste bestuursrechter dit punt niet adequaat heeft behandeld (op een ander punt spreekt

het EHRM met bewondering over de lengte van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter), maar wordt integendeel gezien als een indicatie dat deze vordering altijd perifeer is geweest aan de procedure, en dat verzoeker de binnenlandse rechtsmiddelen op dit punt dus niet had uitgeput.

Verzoeker beroept zich ook op de arts. 9 en 10 EVRM, ditmaal namens zichzelf. In het kader van deze zaak is het EHRM van oordeel dat de klacht alleen moet worden geanalyseerd op grond van art. 9 EVRM, dat in de gegeven omstandigheden als *lex specialis* ten opzichte van art. 10 EVRM moet worden beschouwd. Het benadrukt dat de kern van zijn beoordeling ligt in de vraag of de binnenlandse autoriteiten een juist evenwicht hebben gevonden tussen het recht van de gemeenschap uit hoofde van art. 9 EVRM en de rechten van de betrokkenen uit hoofde van het recht op gegevensbescherming en art. 8 EVRM. Uit deze benadering van het EHRM vallen drie dingen op. Ten eerste dat het Hof deze zaak in wezen ziet als een conflict tussen twee tegengestelde partijen met twee tegengestelde subjectieve rechten die bescherming bieden aan twee tegengestelde privébelangen. Dit is opmerkelijk omdat noch de AVG, noch de grondgedachte achter het EVRM deze benadering ondersteunt. De AVG richt zich op algemene zorgplichten van de verwerkingsverantwoordelijken (in dit geval had het college een bevel opgelegd); het EVRM bepaalt dat staten mensenrechten kunnen beperken wanneer dit in het maatschappelijk belang is. Ten tweede benadrukt het EHRM het beperkte karakter van de vrijheid van godsdienst, terwijl het niet beoordeelt of de schade die wordt toegebracht aan de rechten van derden significant genoeg is om deze onder de reikwijdte van het Verdrag te brengen. Ten derde ziet het EHRM het niet zozeer als zijn rol om te beoordelen of de beperkingen op art. 9 EVRM bij wet waren voorzien, in het algemeen belang waren en noodzakelijk waren in een democratische samenleving, maar eerder om marginaal te beoordelen of de nationale autoriteiten de afwegingstoets correct hebben uitgevoerd bij het beoordelen van de belangen van de verschillende partijen die in het spel zijn.

16. Het Hof aanvaardt dat de toepassing van het toestemmingsvereiste op de verzameling en verwerking van persoonsgegevens in het kader van huis-aan-huis-prediking een inmenging vormde op art. 9 EVRM, maar stelt ook dat deze was voorgeschreven door de wet, namelijk de Wet bescherming persoonsgegevens. Het benadrukt dat zelfs als het geval van de gemeenschap het eerste in zijn soort was onder de wet, dit de interpretatie en toepassing door de binnenlandse autoriteiten niet willekeurig of onvoorspelbaar maakt. Het Hof is daarnaast van mening dat de beperking het legitieme doel van bescherming van 'de rechten en vrijheden van anderen' nastreeft. Wat de noodzakelijkheidstoets betreft, wijst het EHRM erop dat betrokkenen een redelijke verwachting van privacy hadden met betrekking tot persoonlijke en gevoelige gegevens die werden verzameld en verwerkt. Het feit dat sommige gegevens zich wellicht in het publieke domein bevonden, vermindert deze verwachting niet en betekent ook

niet dat deze gegevens minder beschermd zouden zijn. Interessant is dat deze test intrinsiek is aan art. 8 EVRM, maar dat het EHRM jurisprudentie van het HvJEU aanhaalt ter ondersteuning. Het Hof benadrukt dat het niet kan inzien hoe het simpelweg vragen en ontvangen van toestemming van de betrokkene de essentie van de vrijheid van godsdienst van de verzoekende gemeenschap zou belemmeren. Hoewel dit dus blijkbaar niet betekent dat deze inmenging niet voldeed aan het *de minimis*-vereiste, concludeert het EHRM wel dat de verzoekende gemeenschap geen ondersteunend bewijs heeft geleverd voor het vermeende "chilling effect" van het bevel van het college. Omdat er bovendien geen boete is opgelegd, concludeert het Hof dat er geen sterke redenen zijn om de benadering van de nationale instanties en de door hen gemaakte afweging terzijde te schuiven.

Bart van der Sloot

Tilburg University

[1] Artikel 7 en 8 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie.

[2] RESOLUTIO N (73) 22 ON THE PROTECTION OF THE PRIVACY OF INDIVIDUALS VIS-A-VIS ELECTRONIC DATA BANKS IN THE PRIVATE SECTOR (Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 1973 at the 224th meeting of the Ministers' Deputies).
RESOLUTION (74) 29 ON THE PROTECTION OF THE PRIVACY OF INDIVIDUALS VIS-A-VIS ELECTRONIC DATA BANKS IN THE PUBLIC SECTOR (Adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974 at the 236th meeting of the Ministers' Deputies)

[3] Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data Strasbourg, 28.I.1981

[4] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

[5] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

[6] Zie art. 9 AVG; er is zelfs een speciale bepaling over kerken, artikel 91 AVG, en veel EU-landen hebben speciale gegevensbeschermingsregels voor religieuze instellingen aangenomen.

[7] *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM, 4 december 2015, nr. 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306.

[8] Art. 35 para 3 sub b EVRM.

[9] Dit past mogelijk in een bredere lijn: Glas, L. R. (2023). The age of subsidiarity? The ECtHR's approach to the admissibility requirement that applicants raise their Convention complaint before domestic courts. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 09240519231169837.

ANNOTATIE

Janssen De Jong Groep B.V. e.a. t. Nederland (EHRM, 2800/16) – Privacyrechten van rechtspersonen***B. van der Sloot***

1. In *Janssen De Jong Groep B.V. e.a.* draait het om vermoedens die rond 2007 ontstonden houdende dat lokale overheidsfunctionarissen waren omgekocht door aannemers die overheidsopdrachten voor infrastructuurprojecten wilden binnenhalen. Het Openbaar Ministerie, bijgestaan door de Nationale Politie, startte een onderzoek. Een onderzoeksrechter gaf toestemming voor het aftappen van telefoongesprekken van enkele werknemers van de aannemersbedrijven. De Politie speelde vervolgens gegevens uit het onderzoek die verband houden met prijsafspraken door aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA). De NMA deed vervolgens doorzoeken van de bedrijven in kwestie, bekeek documenten en ondervroeg werknemers. De bedrijven verzochten daarop een burgerlijke rechter om de teruggave van hun gegevens door de NMA aan het Openbaar Ministerie te bevelen op grond van art. 8 EVRM, maar dat verzoek werd afgewezen. Toen de NMA de bedrijven een sanctie oplegde voor het overtreden van de Mededingingswet, gingen de bedrijven in beroep bij de bestuursrechter, opnieuw met een beroep op een schending van art. 8 EVRM. De lagere rechter gaf de bedrijven gelijk, omdat strafrechtelijke gegevens waren gedeeld zonder passende beoordeling van de privacybelangen van bedrijven. In hoger beroep volgde de hoogste bestuursrechter echter niet het oordeel van de rechtbank. De lagere rechter had geoordeeld dat de overdracht van strafrechtelijke gegevens gebaseerd moet zijn op een belangenafweging door de officier van justitie en dat die belangenafweging bekend is en door de rechter kan worden beoordeeld. De beschikbaarheid van een schriftelijke motivering van de officier van justitie op het moment van de doorgifte kan de controle op de naleving van de wet vereenvoudigen, maar noch de wet noch de wetsgeschiedenis suggereert dat het niet beschikbaar zijn van een schriftelijke motivering op het moment van de doorgifte betekent dat niet aan de vereisten voor doorgifte is voldaan. Daarom vond de hoogste administratieve rechter op dit punt geen schending van artikel 8 EVRM.

2. Het EHRM was van oudsher terughoudend om aanvragen van rechtspersonen ontvankelijk te verklaren onder art. 8 EVRM, omdat het vond dat het recht op privacy, meer dan de meeste

andere rechten onder het Verdrag, een persoonlijk en privé karakter heeft. Langzaam aan, te beginnen met het *Stes Colas Est*-arrest uit 2002,[1] heeft het echter geaccepteerd dat rechtspersonen onder bepaalde omstandigheden zich ook rechtstreeks op art. 8 EVRM beroepen. Sindsdien heeft het EHRM een dozijn of wat zaken aanvaard waarin het de privacyklachten van rechtspersonen ontvankelijk verklaart. In het algemeen gaat het dan om twee soorten klachten. Ten eerste klachten waarbij het bedrijfsspan van een rechtspersoon werd betreden door overheidsfunctionarissen, wat neerkwam op een inmenging in de 'woning' van de rechtspersoon. Ten tweede massasurveillancezaken waarbij het Hof het slachtoffervereiste losliet en eenieder toestond om te klagen, niet over de aantasting van eigen belangen, maar over de geldigheid van het vigerende wettelijke regime.[2]

3. In het onderhavige geval kent het Hof een nogal onspecifiek recht toe aan de rechtspersonen, dat het koppelt aan het briefgeheim, maar dat ook zou kunnen worden gelezen als een meer algemeen recht op gegevensbescherming, omdat de kern van de zaak niet het onderscheppen van privécorrespondentie betreft, maar de daaropvolgende overdracht van de onderschepte gegevens aan derden en het hergebruik van die gegevens voor secundaire doeleinden. Bijgevolg zou deze zaak de eerste stap kunnen zijn in de toekenning door het EHRM van een recht op gegevensbescherming aan rechtspersonen, wat om twee redenen opmerkelijk zou zijn. Ten eerste omdat er geen recht op gegevensbescherming expliciet is vastgelegd in het Verdrag. De Raad van Europa heeft weliswaar in 1981 wel Verdrag 108 aangenomen, dat recentelijk is vervangen door Verdrag 108+, waarin tal van gegevensbeschermingsrechtelijke principes zijn vervat, maar deze principes, alsmede soortgelijke principes die te vinden zijn in de jurisprudentie van het EHRM, werden traditioneel gekoppeld aan het recht op privéleven en het recht op correspondentie, zoals vastgelegd in art. 8 EVRM. Dat betekende dat de principes een veel beperktere reikwijdte hadden dan onder het acquis van de EU. Gradueel heeft het EHRM gegevensbeschermingsregels onder de reikwijdte van het recht op privacy gebracht. Deze zaak zou een volgende stap kunnen zijn in de erkenning van het recht op gegevensbescherming, dat in het EU-Handvest als een afzonderlijk grondrecht wordt erkend (art. 8 Hv), en de beginselen inzake gegevensbescherming zoals vastgelegd in de AVG van de EU, zoals beperkingen op de doorgifte van persoonsgegevens en het doelbindingsbeginsel. Ten tweede zou de Raad van Europa hiermee een stap verder gaan dan de EU, omdat het recht op gegevensbescherming in EU-wetgeving alleen van toepassing is op gegevens van natuurlijke personen, niet op die van rechtspersonen. Daarbij moet worden opgemerkt dat het Verdrag 108landen expliciet de mogelijk gaf om de gegevensbeschermingsregels ook op gegevens van rechtspersonen van toepassing te verklaren. Wat dit tweede punt complex maakt, is dat *in casu* de afgetapte gegevens betrekking hebben op de activiteiten van de rechtspersoon, maar dat het uiteraard natuurlijke personen (werknemers) waren die deze gegevens

communiceerden. Het Hof maakt niet duidelijk in hoeverre:

- a. de bedrijven een zelfstandig recht op gegevensbescherming hebben, dat in het geding was omdat gegevens over hun gedrag werden verwerkt en doorgegeven; of
- b. de belangen van het bedrijf en de werknemers zozeer met elkaar vervlochten waren dat het onmogelijk was om die belangen te scheiden; of
- c. de bedrijven een indirect recht op gegevensbescherming hebben, afgeleid van dat van hun werknemers; of
- d. er in deze zaak twee rechten in het geding zijn, namelijk enerzijds het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de correspondentie van natuurlijke personen en anderzijds het recht op gegevensbescherming van de rechtspersonen, waarbij laatstgenoemden een zaak aanhangig hebben gemaakt; of
- e. de vordering van de rechtspersonen representatief moet worden opgevat: zij komen op voor de rechten van natuurlijke personen, namelijk hun werknemers.

‘The Court accepts that the transmission to the NMA of data obtained in the “Cleveland” criminal investigation against the applicant companies through tapping of their employees’ telephones constituted an interference with those companies’ rights under Article 8 of the Convention (*Janssen BV*, par. 45)’. Ten slotte is het interessant dat het Hof erop wijst dat de beoordelingsmarge van de verdragsstaten groter is met betrekking tot mogelijke inbreuken op rechten van rechtspersonen dan op die van natuurlijke personen.

4. Naast de zaak *Janssen De Jong Groep B.V. e.a.* heeft het EHRM op dezelfde dag twee andere zaken gewezen tegen Nederland, aangaande soortgelijke vraagstukken. In een van die twee zaken, namelijk *Burando*, staat ook centraal de vraag in hoeverre een bedrijf kan klagen over het verzamelen van gegevens van werknemers van een ander bedrijf (niet zijnde *Burando*), waarvan *Burando* wel de eigenaar is. Op dit punt stelt het EHRM ‘that only conversations of the I. company’s employees were intercepted and subsequently transmitted to the NMA. However, at the relevant time *Burando Holding B.V.* controlled all the shares in the I. company via *Port Invest B.V.*, who was also a board member of the I. company. For this reason, the domestic authorities assumed that *Port Invest B.V.* and *Burando Holding B.V.* exercised decisive influence on the I. company’s actions. Under these circumstances, the Court considers that the I. company and the applicant companies are so closely identified with each other that it is artificial to distinguish between them (*Burando*, par. 46)’. Deze frase zou zo

geïnterpreteerd kunnen worden dat wanneer gegevens worden verzameld over een werknemer van bedrijf A dat eigendom is van bedrijf B, B een beroep kan doen op art. 8 EVRM.

5. Het Hof verwijst in alle drie de zaken naar zijn vaste jurisprudentie over de kwaliteit van de wet, wat betekent dat de wet voldoende duidelijk moet zijn over wanneer, hoe en door wie bevoegdheden kunnen worden gebruikt, om willekeur bij de inzet van bevoegdheden te voorkomen. Deze doctrine wordt minstens sinds het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw gebruikt en ontwikkeld, maar is de laatste jaren door het Hof uitgebreid, in het bijzonder met betrekking tot inlichtingendiensten en speciale politie-eenheden waarvan de werking geheel of gedeeltelijk geheim blijft. Het EHRM heeft een uitgebreid kader ontwikkeld om ervoor te zorgen dat deze operaties voldoen aan de minimumnormen van de rechtsstaat. In deze zaak onderstreept het Hof dat het nog geen specifieke richtlijnen heeft gegeven voor het delen van gegevens tussen organisaties, behalve in de speciale context van het delen van inlichtingenmateriaal door een Europese organisatie aan een buitenlandse staat of internationale organisaties. Het Hof wijst er ook op dat deze zaak, anders dan andere zaken, in de eerste plaats draait om de overdracht van gegevens, en niet zozeer om het verzamelen ervan. In een moeilijk te volgen redenering wijst het Hof erop dat de 'transmission of data was derivative of an interference which already provided for safeguards against arbitrariness and which the Court assumes was in accordance with Article 8. For this reason already, the power to transmit the data obtained by that interference was not "unfettered" (*Janssen BV*, par. 54)'. Het Hof stelt vast dat het wettelijk kader voldoende waarborgen bood tegen machtsmisbruik en oordeelt daarom dat de inmenging bij wet was voorzien. Wat deze redenering opmerkelijk maakt, is dat normaal gesproken zowel het verzamelen als de daaropvolgende doorgifte van gegevens wordt beschouwd als het verwerken van gegevens, waarvoor een passende rechtsgrondslag moet bestaan en die moeten voldoen aan alle normen van de privacy- en gegevensbeschermingswetgeving. Hier lijkt het alsof het EHRM oordeelt dat omdat de eerste verzameling van gegevens adequaat was geregeld, de daaropvolgende doorgifte ook als adequaat moet worden beschouwd, terwijl het tegenovergestelde waar lijkt te zijn. Er kunnen zeer strikte richtlijnen zijn voor wanneer en hoe een instantie gegevens mag verzamelen, maar geen of zeer weinig richtlijnen voor de daaropvolgende doorgifte.

6. Bij de vraag of de inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving, besteedt het EHRM bijzondere aandacht aan het feit dat er sprake was van uitgebreid *ex post facto* rechterlijk toezicht. Dit is op zijn minst om twee redenen opmerkelijk. In de eerste plaats maakt de evaluatie van de vraag of er adequaat rechterlijk toezicht was normaliter onderdeel uit van de discussie omtrent het voorgeschreven recht criterium en de daarmee samenhangende deelcriteria omtrent de kwaliteit van wet. Ten tweede zijn de criteria voor de

kwaliteit van wet primair gericht op het voorkomen van willekeur en niet op het verhelpen daarvan, hoewel adequaat toezicht achteraf en klachtenprocedures altijd belangrijke pijlers zijn geweest in de benadering van het Hof. Het EHRM wijst erop dat in dit geval het toezicht adequaat was. Bovendien verschillen de drie zaken aangaande de doorgifte van data van de politie aan de NMA van de *Sanoma*-zaak, die betrekking had op het vitale belang voor de persvrijheid van de bescherming van journalistieke bronnen en van informatie die tot hun identificatie zou kunnen leiden, en die geen betrekking had op de overdracht van rechtmatig verkregen gegevens tussen rechtshandavingsinstanties. Gelet op de aard en de omvang van de inmenging in het onderhavige geval, in combinatie met de waarborgen die in het nationale rechtskader waren voorzien, waaronder de voorzorgsmaatregelen die zijn genomen bij het doorgeven van de door middel van interceptie van communicatie verkregen gegevens aan een andere overheidsinstantie, is het Hof ervan overtuigd dat het systeem voldoende in staat was om machtsmisbruik te voorkomen en is het van oordeel dat in de onderhavige context geen voorafgaande toestemming van een rechter vereist was. Tot slot acht het Hof in de zaak *Janssen De Jong Groep B.V.* het delen van gegevens evenredig omdat het slechts 2% van de afgetapte telefoongesprekken betrof.

7. In hun gezamenlijke *dissenting opinion* stellen rechters Grozev, Pavli en Ktistakis dat alhoewel de verdragsstaten een 'iets' grotere beoordelingsmarge hebben met betrekking tot inbreuken op de rechten van rechtspersonen dan op die van natuurlijke personen, dit eerder een pragmatisch dan een paradigmatisch onderscheid moet zijn. Zij wijzen ook op het feit dat het arrest van de meerderheid bijna uitsluitend gebaseerd is op verwijzingen naar eerdere jurisprudentie van het Hof over massasurveillance, terwijl het grotendeels voorbijgaat aan de beginselen inzake gegevensbescherming zoals die onder meer zijn neergelegd in de AVG. Zij wijzen er in het bijzonder op dat gerechtelijke toestemming werd verleend aan wetshandavingsinstanties voor het verzamelen van gegevens in het licht van strafrechtelijke onderzoeken, niet voor bijvangstgegevens die kunnen worden gebruikt om een schending van het mededingingsrecht vast te stellen. Zij brengen een punt naar voren dat het Hof gewoonlijk maakt met betrekking tot de overdracht van gegevens tussen verschillende instanties, maar niet in dit geval, en dat is het risico van wetsomzeiling en -ontduiking. Het onderliggende idee is eenvoudig en wordt vaak toegepast. Stel dat instantie A en instantie B onder verschillende wettelijke regelingen vallen. Instantie A heeft ruimere bevoegdheden om gegevens te verzamelen. Als A, op eigen initiatief of op een direct of indirect verzoek of suggestie van B, gegevens verzamelt die relevant zijn voor B, kan het wettelijk gemachtigd zijn, en soms zelfs verplicht, om die gegevens door te geven aan B. B kan op die manier gegevens verkrijgen die het zelf niet zou mogen verzamelen. De drie rechters stellen dat de jurisprudentie van het EHRM op dit punt onderontwikkeld is en zijn van mening dat de nationale wetgeving op zijn minst een bepaald minimumniveau van ernst van potentiële wetsovertredingen moet

vaststellen waarvan dat de verdere overdracht van strafrechtelijke onderzoeksgegevens kan rechtvaardigen, vooral als dergelijke niet-strafrechtelijke overtredingen op zichzelf niet kunnen leiden tot het gebruik van geheime suveillancemaatregelen. Bovendien stellen zij voor dat er sprake moet zijn van rechterlijke toetsing vooraf, en niet alleen van rechterlijke toetsing achteraf, en benadrukken zij dat een naar behoren gemotiveerde beslissing voor het uitwisselen van gegevens een minimumvoorwaarde moet zijn op grond van art. 8 EVRM. Het feit dat er geen gemotiveerde beslissing was die door een onafhankelijke instelling kon worden getoetst, betekende dat controle vooraf moeilijk tot onmogelijk was. De nationale regeling bood geen expliciete richtsnoeren voor de uitvoering van de evenredigheidsbeoordeling en de beoordeling van de verschillende gegevensbeschermingsnormen. Tot slot zijn zij er niet van overtuigd dat de ex post facto rechterlijke toetsing door de hoogste administratieve rechtbank in overeenstemming was met de normen van art. 8 EVRM. Daarbij wijzen zij erop dat de rechtbank een aantal belangrijke overwegingen over het hoofd zag, onder andere dat het feit dat de mededingingsautoriteit geen wettelijke bevoegdheden heeft om geheime toezichtmaatregelen te vragen. Bovendien wordt de NMA normaal gesproken in staat geacht haar taken op het gebied van de handhaving van het mededingingsrecht te vervullen zonder haar toevlucht te nemen tot zulke surveillance. Derhalve zijn er uitzonderlijke omstandigheden nodig om een dergelijk gebruik te rechtvaardigen, terwijl die in deze drie zaken afwezig leek. De kritiek van de dissenting rechters is goed in te voelen. Het is de vraag of het EHRM tot dezelfde conclusie zou zijn gekomen als dezelfde feiten en omstandigheden zich in Hongarije, Polen of Turkije hadden voltrokken. Het lijkt erop dat het Hof wel erg veel waarde hecht aan de vermeende professionaliteit, onafhankelijkheid en terughoudendheid van de uitvoerende instanties in Nederland. Nederland is wat dat betreft vast Nirwana in vergelijking met sommige andere Europese landen, maar iedereen die de Nederlandse krant bijhoudt weet dat ook in Nederland de praktijk weerbarstig kan zijn.

Bart van der Sloot

Tilburg University

[1] ECtHR, *Stes Colas Est e.a. t. Frankrijk*, EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197.

[2] Zie voor een overzicht: van der Sloot, B. (2015). Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system. *Computer law & security review*, 31(1), 26-45.

ANNOTATIE

Buhuceanu e.a. t. Roemenië (EHRM, 20081/19) – Bescherming van regenboogkoppels door art. 8 EVRM

H. van Eijken en J.E. Mink

Inleiding

1. In deze zaak spreekt het EHRM zich duidelijk uit over de erkenning van het partnerschap van partners van gelijk geslacht als mensenrecht onder artikel 8 EVRM. Zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hebben de afgelopen jaren belangrijke arresten gewezen over de rechten van partners van hetzelfde geslacht. Het onderhavige, recente arrest van het EHRM is daar één van en deze zaak gaat over de erkenning en bescherming van relaties van partners van hetzelfde geslacht, in navolging van het arrest *Fedotova t. Rusland* begin dit jaar.[1]

Feiten

2. De zaak betreft 21 Roemeense stellen van hetzelfde geslacht (klagers) wier verzoeken om voor de wet te trouwen door de Roemeense overheid zijn geweigerd. In Roemeense wetgeving is opgenomen dat alleen man en vrouw met elkaar kunnen trouwen en is het huwelijk voor stellen van het hetzelfde geslacht verboden. Ook wordt een in het buitenland gesloten huwelijk tussen Roemeense en/of buitenlandse partners van hetzelfde geslacht in Roemenië niet erkend. Het is niet mogelijk om op andere wijze een partnerschap aan te gaan in Roemenië.

3. De klagers zijn in beroep gegaan tegen verschillende besluiten van zorgverzekeraars. In het bijzonder werd hun geen recht op medeverzekering in het kader van de zorgverzekeringsovereenkomsten van hun partners toegekend, nu alleen getrouwde partners daarop aanspraak kunnen maken. Dat betekent dat enkel heterostellen dit voordeel kunnen genieten. Verschillende rechtbanken hebben zich onbevoegd verklaard. De zaken zijn vervolgens ingeschreven bij het gerechtshof van Boekarest. Dit gerechtshof heeft rechtsvragen gesteld aan het Constitutioneel Hof van Roemenië. Die procedure loopt nog.

Arrest van het EHRM

4. Het EHRM oordeelt allereerst dat artikel 8 EVRM van toepassing is, omdat de feiten van de zaak het privé- en familieleven van klagers betreffen. Het EHRM verwijst vervolgens naar het al genoemde arrest *Fedotova* van januari 2023, waarin sprake was van een vergelijkbaar feitencomplex. In dit arrest herhaalde het EHRM zijn algemene beginselen over de positieve verplichtingen van een verdragsstaat bij zaken als de onderhavige. Gelet op zijn eerdere jurisprudentie zoals bestendigd door een duidelijke, voortdurende tendens in de verdragsstaten om relaties van partners van hetzelfde geslacht te erkennen, bepaalt het EHRM in zowel *Fedotova* als in het onderhavige arrest dat staten verplicht zijn om stellen van hetzelfde geslacht adequate erkenning en bescherming te geven van hun relatie. Over de beoordelingsmarge van de staten bij deze positieve verplichting merkt het EHRM op dat deze aanzienlijk is beperkt omdat bijzonder belangrijke facetten van het sociale en persoonlijk leven van de betreffende stellen in het geding zijn. Daarnaast is de beoordelingsmarge beperkt vanwege de voornoemde waargenomen duidelijke tendens in de staten. De staten genieten nog wel een ruimere beoordelingsmarge ten aanzien van de vorm en de inhoud van de bescherming van de betreffende stellen en hun relaties.[2]

5. In onderhavig arrest wijst het EHRM op de Roemeense wettelijke beperking voor stellen van hetzelfde geslacht om te trouwen. Ook heeft de Roemeense overheid, net als de Russische overheid[3] en in tegenstelling tot de Franse, Oostenrijkse en Italiaanse overheid in vergelijkbare zaken,[4] niet aangetoond dat zij van plan is wetswijzigingen door te voeren om deze beperkingen op te heffen. Integendeel: de Roemeense overheid heeft wijzigingsvoorstellen juist tegengehouden.[5] Recent aangenomen algemene anti-discriminatiewetgeving is er wel, maar die volstaat volgens het Hof niet als onderbouwing om aan te tonen dat de Roemeense overheid stellen van hetzelfde geslacht wettelijke erkenning van hun relatie zal bieden. De Roemeense overheid heeft evenmin aangetoond dat de door haar aangehaalde mogelijkheid tot 'civil partnerships' daartoe leidt.[6]

6. Door het gebrek in de wet krijgen stellen van hetzelfde geslacht niet de sociale en burgerlijke rechten die getrouwde (hetero)stellen wel krijgen. Partners van hetzelfde geslacht kunnen bijvoorbeeld geen (medische) beslissingen voor elkaar nemen in geval van een ziekenhuisopname of na overlijden het lichaam van de andere partner opeisen. Daarnaast hebben partners van hetzelfde geslacht geen mogelijkheid om medeverzekerde van elkaar te zijn bij een zorgverzekeringsovereenkomst. De klagers worden volgens het EHRM daardoor op meerdere manieren benadeeld op het terrein van bijvoorbeeld het eigendomsrecht, nalatenschap en alimentatie. Het EHRM oordeelt dat het voor ieder stel in een stabiele en toegewijde relatie van belang is om dit soort basisrechten te genieten. Het Roemeense wettelijk kader biedt die niet aan partners van hetzelfde geslacht.[7]

7. In lijn met eerdere rechtspraak oordeelt het EHRM verder dat het argument dat een negatieve of zelfs vijandige houding tegenover homoseksuele relaties van de heteroseksuele meerderheid in een land niet kan worden afgezet tegen het belang van klagers om wettelijke erkenning van hun relatie te krijgen.[8] Het EHRM merkt op dat het Roemeense Constitutioneel Hof in 2016 en 2018 heeft geoordeeld dat ‘family life’ een breder begrip is, dat ook stellen van hetzelfde geslacht zichzelf mogen uiten, en dat zij voordelen en erkenning dienen te krijgen op grond van de wet. Echter, tot op heden is aan deze oordelen geen gevolg gegeven, aldus het EHRM. Het argument dat deze voorstellen het instituut ‘huwelijk’ in gevaar brengen gaat niet op, aangezien heteroseksuele partners – bij toekenning van dezelfde rechten aan niet-heteroseksuele stellen – nog steeds met elkaar kunnen trouwen en hun rechten behouden.[9]

8. Het EHRM oordeelt op grond van het voorgaande dat geen van de door de overheid aangehaalde publieke belangen prevaleren boven het belang van klagers om wettelijke erkenning en bescherming te krijgen van hun relaties. Volgens het EHRM heeft de Roemeense overheid haar beoordelingsruimte overschreden en niet voldaan aan haar positieve verplichtingen om het recht op het privé- en familieleven van klagers te respecteren. Het EHRM oordeelt derhalve dat sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Vanwege de vaststelling van deze schending, acht het EHRM het niet nodig om apart een eventuele schending van het discriminatieverbod te onderzoeken. Tot slot acht het EHRM de enkele constatering van de schending van artikel 8 EVRM voldoende genoegdoening in de zin artikel 41 EVRM.[10]

De lijn in de rechtspraak

9. De erkenning en bescherming van het huwelijk van twee partners van hetzelfde geslacht is eerder onderwerp geweest van jurisprudentie van het EHRM. In 2010 klaagden de heren Schalk en Kopf over de weigering van de Oostenrijkse overheid om hen te trouwen. Het EHRM onderzocht in die zaak voor het eerst of het recht om te huwen (artikel 12 EVRM) ook geldt voor partners van hetzelfde geslacht.[11] In 2016 ging het EHRM in op een klacht van een stel van hetzelfde geslacht dat klaagt over het nietig verklaren van hun huwelijk door de Franse overheid.[12] In 2015 en 2017 klaagden 6 respectievelijk 11 stellen van hetzelfde geslacht over de weigering van de Italiaanse overheid om hun te trouwen en/of hun in het buitenland gesloten huwelijken in Italië te erkennen.[13] Het EHRM onderzocht in deze zaken eveneens of sprake is van een schending van het recht op het privé- en familieleven.

10. In alle genoemde arresten gaat het EHRM in op de positieve verplichting van de overheid en (het proces van) het aanpassen van wetgeving met het oog op erkenning en bescherming van stellen van hetzelfde geslacht. Daarbij wordt ook verwezen naar de eventuele consensus

tussen Europese staten: de consensusdoctrine. Deze doctrine verwijst naar de mate van uniformiteit die in de rechtskaders van de lidstaten van de Raad van Europa over een bepaald onderwerp bestaat en heeft invloed op de beoordelingsmarge van deze lidstaten. Er bestaat een ruime beoordelingsmarge als er geen consensus bestaat. Als er consensus bestaat, genieten staten minder beoordelingsmarge, kunnen nieuwe normen door het EHRM worden opgelegd en wordt de interpretatie van het EVRM bevorderd. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij een duidelijk te bemerken tendens in de staten.

11. In enkele van deze vergelijkbare zaken heeft het Hof *geen* schending van artikel 8 EVRM aangenomen indien inmiddels een wet is aangenomen, en eventueel in werking is getreden, die ervoor zorgt dat stellen van hetzelfde geslacht wettelijke erkenning en bescherming van hun relatie krijgen. In die zaken bestaat geen Europese consensus over dit onderwerp en oordeelt het EHRM in lijn met eerdere rechtspraak dat staten in dat geval de ruimte moeten krijgen om eerst in het licht van de omstandigheden in de eigen samenleving te beoordelen welke veranderingen moeten worden doorgevoerd.[14] Het EVRM en het EHRM bewegen mee in die ontwikkelingen: het EVRM is een 'living instrument'.

12. In enkele voornoemde vergelijkbare zaken is *wel* een schending van artikel 8 EVRM aangenomen omdat sprake was van langdurige[15] of vruchteloze[16] pogingen tot verandering of uitvoering van wetgeving ten behoeve van erkenning en bescherming van stellen van hetzelfde geslacht. Het EHRM nam in die zaken aan dat er een *groei richting* Europese consensus plaatsvond; nog maar een kleine meerderheid – 24/47 respectievelijk 27/47 – van de verdragsstaten boden op dat moment wettelijke erkenning.[17] Het EHRM lijkt een groei richting Europese consensus in deze zaken voldoende te achten omdat het EHRM expliciet opmerkt dat de ontwikkelingen op Europees niveau op het gebied van deze wettelijke erkenning snel zijn gegaan sinds het eerste arrest *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*. Datzelfde geldt voor de wereldwijde ontwikkelingen op dit gebied. Daaruit blijkt de voortdurende internationale beweging in de richting van wettelijke erkenning, waaraan het EHRM niet anders dan enig belang kan hechten, aldus het EHRM.[18]

De consensusdoctrine

13. De consensusdoctrine heeft iets merkwaardigs.[19] Want wat als de consensus geleidelijk afbrokkelt en staten zich weer ontwikkelen naar een consensus over het willen inperken van de rechten van partners van hetzelfde geslacht? Gelukkig benadrukt het EHRM in het onderhavige arrest en het arrest *Fedotova* allereerst dat de beoordelingsruimte van de staten wordt beperkt gelet op de in het geding zijnde bijzonder belangrijke facetten van de persoonlijke en sociale identiteit van personen van hetzelfde geslacht. Daarna wordt pas ingegaan op de 'clear ongoing trend' die leidt tot Europese consensus op dit vlak. Onzes

inziens betekent dit dat de genoemde bijzonder belangrijke facetten als zodanig al voldoende redenen zouden kunnen opleveren om partners van hetzelfde geslacht dezelfde mensenrechtelijke bescherming te geven als andere (heteroseksuele) stellen.

Het discriminatieverbod

14. Het is niet ongebruikelijk dat het EHRM geen apart oordeel velst over het discriminatieverbod, aangezien het discriminatieverbod uit artikel 14 geen op zichzelf staande bepaling is en altijd in samenhang wordt bekeken met (de schending van) een ander Verdragsrecht. Toch vinden wij – met rechter Guerra Martins, die een *separate opinion* schreef bij het arrest – dat het EHRM had gesierd als het wel een apart oordeel had gevelde over het discriminatieverbod, juist vanwege de inhoud van de klacht.[20] Het EHRM heeft in onderhavige zaak onomstotelijk vastgesteld dat stellen van hetzelfde geslacht minder rechten genieten dan heteroseksuele stellen en dat daar geen rechtvaardiging voor bestaat. Dat betekent dat onderscheid is gemaakt op grond van seksuele oriëntatie. Dit fundamentele aspect van de zaak verdient derhalve een aparte beoordeling, al is het maar als af te geven signaal in de hierna te bespreken globale context. Daarnaast zou een dergelijk oordeel bijdragen aan de ontwikkeling van de rechtspraak over discriminatie.

Mijlpaalarresten en verwachtingen

15. Het onderhavige arrest is een welkome beslissing en een duidelijk signaal in het jaar waarin ontwikkelingen op bijvoorbeeld het Afrikaanse en Aziatische continent in de tegengestelde richting zijn gegaan. Denk aan Oeganda en de aanscherping van de anti-LHBTIQ+-wetgeving daar, inclusief strafbaarstellingen van homoseksueel gedrag, of aan de oproep van de Indiase regering aan het Indiase Hooggerechtshof om het huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht niet open te stellen. Dat geldt ook voor de Europese landen als Georgië of Polen, waar LHBTIQ+-rechten ver te zoeken zijn of nauwelijks worden beschermd. Daarbij kan worden gedacht aan de LHBTIQ+-vrije zones in Polen.

16. Het onderhavige arrest en het arrest *Fedotova* van dit jaar vormen beide een mijlpaal omdat het erkennen en het bieden van bescherming van relaties van stellen van hetzelfde geslacht jaren geleden ondenkbaar was. De beschrijving van het feitenrelaas in de eerder aangehaalde Franse zaak uit 2016 laat bijvoorbeeld zien dat in 2005 door de Franse autoriteiten nog werd geoordeeld dat stellen van hetzelfde geslacht ‘vanzelfsprekend niet onder het instituut huwelijk kunnen vallen vanwege hun onmogelijkheid om samen kinderen te krijgen’.[21] Het EHRM spreekt inmiddels over een vaststaande Europese consensus en een beperkte beoordelingsruimte voor de staten ten aanzien van de erkenning en bescherming van partners van hetzelfde geslacht. Een meerderheid van de staten biedt bescherming en erkenning van

relaties van partners van hetzelfde geslacht: de ‘clear ongoing trend’ waarvan we hiervoor al melding maakten.[22]

17. De bevestiging van het mijlpaalarrest in *Fedotova* is belangrijk op het gebied van de rechten van regenboogfamilies binnen Europa. Dat geldt ook voor een tweede bevestiging van de regel in *Fedotova* in het arrest *Maymulakhin en Markiv t. Oekraïne*, dat tijdens het schrijven van deze annotatie is gepubliceerd.[23] Stellen van hetzelfde geslacht kunnen nu binnen iedere staat die partij is bij het EVRM erkenning en bescherming van hun relatie afdwingen.

De vergoeding van immateriële schade na schending van het discriminatieverbod

18. Zoals vermeld volstaat het EHRM in deze zaak met de enkele constatering van de schending van het discriminatieverbod als voldoende genoegdoening (artikel 41 EVRM). De klagers hebben per persoon 25.000 euro geclaimd voor psychisch lijden wegens het gebrek aan wettelijke erkenning van hun relaties. Een verdere onderbouwing blijft uit.[24]

19. Het ontbreken van een onderbouwing van een dergelijke claim in discriminatiezaken hoeft niet in de weg te staan aan de toekenning van een vergoeding van immateriële schade op grond van artikel 41 EVRM. De toekenning wordt door het EHRM in die gevallen eveneens nauwelijks onderbouwd.[25] Het is daarom lastig bepalen waarom en in welke gevallen het EHRM een vergoeding van immateriële schade wegens schending van het discriminatieverbod toekent.[26] In bepaalde gevallen stelt het EHRM expliciet dat de immateriële schade het gevolg is van schending van het discriminatieverbod.[27] In sommige gevallen lijkt het EHRM te stellen dat de aard van de normschending een reden is om de vergoeding toe te kennen.[28] In een discriminatiezaak heeft het EHRM de toekenning wel gemotiveerd. Het EHRM stelt in dat arrest dat de immateriële schade bestaat uit stress en angst en is veroorzaakt door de discriminatoire regelgeving, die nog steeds van kracht is. De effecten daarvan zijn daardoor niet verzacht. Om die redenen kent het EHRM een billijke vergoeding toe.[29]

20. Meestal wordt in LHBTIQ+-zaken waarin letsel een rol speelt – bijvoorbeeld wegens het niet voorkomen of bestrijden van geweld en het daarmee niet voldoen aan de positieve verplichting van een staat – wel een billijke vergoeding op grond van artikel 41 EVRM toegekend.[30] Dat is ook niet verwonderlijk gelet op de ernst van de zaken vanwege de schendingen van (het inhoudelijke of procedurele aspect van) het folterverbod.[31] Meermaals kent het EHRM ook een vergoeding toe in discriminatiezaken waarin letsel *geen* rol speelt en waarbij het discriminatieverbod in combinatie met het recht op het privé- en familieleven is geschonden. Dat lijkt samen te hangen met het effect van een dergelijke schending op de personen van de benadeelden. Zo oordeelt het EHRM bijvoorbeeld dat hatelijke online

commentaren over de seksuele geaardheid van een homostel ‘affected the applicants’ psychological well-being and dignity’, waardoor deze vallen in de sfeer van het privéleven van de verzoekers.[32] Dit effect op de (personen van de) benadeelden lijkt terug te komen in de motivering van de beslissing tot de toekenning van de billijke vergoeding. Het EHRM erkent dat de verzoekers “distress and frustration” hebben ervaren *wegens* de schendingen en oordeelt vervolgens dat *de daaruit volgende* immateriële schade niet kan worden gecompenseerd met een enkele constatering van de schendingen.[33] Daarbij wijst het EHRM veelal ook op het niet nakomen van de positieve verplichtingen van de staat.[34]

21. Het is de vraag waarom in het onderhavige arrest geen vergoeding van immateriële schade is toegekend. In het arrest van de Grote Kamer inzake *Fedotova* volstaat het EHRM eveneens met een constatering van de schending. Dat is begrijpelijk vanwege de claims die al eerder voor de Kamer zijn ingediend.[35] In de eerder aangehaalde derde vergelijkbare zaak, de Oekraïense zaak, heeft het EHRM echter wel een vergoeding van de immateriële schade van € 5.000,- toegekend.[36] Mogelijk spelen de andere feiten daarbij een rol, inhoudende dat de twee partners van hetzelfde geslacht in oorlog verkeren, te horen hebben gekregen dat een moeder in plaats van partner wordt geïnformeerd in geval een van de partners – tevens in dienst bij het nationale leger – tijdens de oorlog zou overlijden, en deze partner vervolgens ook gezondheidsproblemen heeft gekregen en daardoor ontslag heeft genomen.[37] Daarbij hebben de klagers in die zaak hun immateriële schade meer gemotiveerd.[38] Het blijft echter gissen, want het EHRM heeft in de zaak wederom geen motivering voor de toekenning gegeven.[39]

22. Gelet op de invloed van het gebrek aan niet wettelijke erkenning van hun relaties op het persoonlijke leven van LHBTIQ+-personen, zou gepleit kunnen worden voor een vergoeding van immateriële schade in deze gevallen, ook in *Buhuceanu*. De vraag is dus nog hoe dit vraagstuk zich verder zal ontwikkelen in deze gevallen.

De verhouding met het EU-recht

23. Zoals opgemerkt heeft ook het HvJ EU zich in de afgelopen jaren uitgesproken over discriminatie op grond van seksuele oriëntatie in het kader van het recht van EU burgers om vrij te reizen en in te verblijven in de EU. Zo heeft het HvJ EU in de zaken *Coman*[40] en *V.M.A.*[41] geoordeeld dat stellen en gezinssamenstellingen tussen partners van gelijk geslacht erkend moeten worden wanneer ze gebruik maken van het recht om vrij te reizen en te verblijven in de EU. In die zaken ging het om een rechtsgeldig gesloten homohuwelijk en de afgifte van een geboorteakte van een kind met twee moeders, in de context van het vrije verkeer van EU-burgers. Momenteel wordt in de EU onderhandeld over een Europese Ouderschapsverordening, waarin de erkenning van afstamming van kinderen in

grensoverschrijdende situaties binnen de Europese Unie wordt geregeld. Dat voorstel is een direct gevolg van de toezegging van Commissievoorzitter Von der Leyen in haar toespraak over de Staat van de Unie “Als je een ouder bent in één land, ben je een ouder in alle landen”. Daarbij benadrukte de Europese Commissie in de LHBTIQ+ Strategie 2020-2025[42] dat de Commissie de rechtsbescherming voor regenbooggezinnen in grensoverschrijdende situaties wilde verbeteren. Het voorstel voor de verordening is hier een onderdeel van.

24. Artikel 7 van het EU-Grondrechtenhandvest beschermt het recht van eenieder op eerbiediging van zijn privéleven en zijn familie en gezinsleven. Artikel 6, derde lid, EU-Verdrag bepaalt dat het EVRM, samen met de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de EU-lidstaten, deel uitmaken van de algemene beginselen van de EU. Het EVRM en de rechtspraak van het EHRM is daarmee een bron van Europeesrechtelijke rechtsbescherming. Dat betekent dat de uitleg in de onderhavige zaak – en zijn voorloper – ook in de EU-rechtelijke context een belangrijke rol zouden kunnen gaan spelen. Dit is bijvoorbeeld ook zichtbaar in de preambule van het voorstel voor de Europese Ouderschapsverordening, waarbij al expliciet is verwezen naar de rechtspraak van het EHRM over artikel 8 EVRM met betrekking tot draagmoederschap.[43]

25. Hoewel het HvJ EU tot dusver de erkenning van regenbooggezinnen via het vrije verkeer heeft ingevuld, is artikel 7 in het Handvest tezamen met artikel 8 EVRM wellicht in de toekomst een aanknopingspunt binnen het EU-recht. Dit opent de deur voor verdere rechtsontwikkeling en bescherming van de rechten van LHBTIQ+-gezinnen binnen de EU. De uitspraak van het EHRM in de onderhavige zaak is van belang omdat het betrekking heeft op een EU-lidstaat, in tegenstelling tot de arresten *Fedotova* en *Maymulakhin en Markiv*, die geen betrekking hadden op een EU-lidstaat. Het is interessant om te observeren hoe deze uitspraak van het EHRM zal doorwerken binnen de EU, met name gezien de verschillende visies op LHBTIQ+-kwesties tussen EU-lidstaten.

Dr. mr. H. van Eijken

Universitair docent en onderzoeker EU recht bij Universiteit Utrecht. Hanneke is verbonden aan The Utrecht Centre for European Research into Family Law en The Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe. Hanneke is eveneens werkzaam bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid, waar ze dossierhouder is van de Europese ouderschapsverordening. Deze noot is op academische titel geschreven.

Mr. J.E. Mink

Junior onderzoeker bij Universiteit Utrecht. Jitske verricht juridisch onderzoek naar

(systematische) discriminatie en racisme in Nederland in het kader van het rechtsvergelijkend Horizon-onderzoek UNDETERRED.

[1] *Fedotova t. Rusland*, EHRM 17 januari 2023, nr. 40792/10 e.a., ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, par. 219.

[2] *Buhuceanu t. Roemenië*, EHRM 23 mei 2023, nr. 20081/19 e.a., ECLI:CE:ECHR:2023:0523JUD002008119, par. 72-74.

[3] *Fedotova*.

[4] *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*, EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, «EHRC» 2010/92, m.nt. Koffeman, blog van P. Johnson van 8 november 2013 op www.echrblog.blogspot.com; *Chapin en Charpentier t. Frankrijk*, EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07, ECLI:CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, «EHRC» 2014/34, m.nt. Koffeman; *Orlandi e.a. t. Italië*, EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12 e.a., ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112.

[5] *Buhuceanu*, par. 14, 77.

[6] *Buhuceanu*, par. 77.

[7] *Buhuceanu*, par. 38, 50, 78.

[8] *Buhuceanu*, par. 79. Zie ook: *Fedotova*, par. 219.

[9] *Buhuceanu*, par. 79-81.

[10] *Buhuceanu*, par. 83-91.

[11] *Schalk en Kopf*, par. 50.

[12] *Chapin en Charpentier*.

[13] *Oliari e.a. t. Italië*, EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, «EHRC» 2015/219, m.nt. Koffeman; *Orlandi e.a. t. Italië*.

[14] *Schalk en Kopf*; *Chapin en Charpentier*, par. 36.

[15] *Oliari e.a.*

[16] *Orlandi e.a.*

[17] *Oliari e.a.*, par. 178; *Orlandi e.a.*, par. 204.

[18] *Oliari e.a.*, par. 178; *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, par. 85, «EHRC» 2002/74, m.nt. Van der Velde; *Vallianatos e.a. t. Griekenland*, EHRM 7 november 2013, nr. 29381/09 e.a., ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, par. 91, «EHRC» 2014/34, m.nt. Koffeman.

[19] Vgl: Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', 11 *Human Rights Law Review* 2011, p. 707-738; Arnardóttir, 'The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights', 14 *Human Rights Law Review* 2014 p. 647-670; Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 200; *Khamtokhu en Aksenchik t. Rusland*, EHRM 24 januari 2017, nr. 60367/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006036708, «EHRC» 2017/76, m.nt. Gerards; *Perinçek t. Zwitserland*, EHRM 17 december 2013, nr. 27510/08, ECLI:CE:ECHR:2013:1217JUD002751008, «EHRC» 2014/60, m.nt. Van Sasse van Ysselt, *NTM/NJCM-Bull.* 2014, p. 323, m.nt. De Morree; *Perinçek t. Zwitserland*, EHRM 15 oktober 2015, nr. 27510/08, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008, «EHRC» 2015/246, m.nt. Van Sasse van Ysselt; *S.A.S. t. Frankrijk*, EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, «EHRC» 2014/208, m.nt. Van Sasse van Ysselt.

[20] *Buhuceanu*, dissenting opinion van Judge Guerra Martins.

[21] *Chapin en Charpentier*, par. 17.

[22] *Fedotova*, par. 178, 187; *Buhuceanu*, par. 72-73. Zie ook: HRC Foundation, 'Marriage Equality Around the World', hrc.org.

[23] *Maymulakhin en Markiv t. Oekraïne*, EHRM 1 juni 2023, nr. 75135/14, ECLI:CE:ECHR:2023:0601JUD007513514.

[24] *Buhuceanu*, par. 88.

[25] Zie bijvoorbeeld: *Pajić t. Kroatië*, EHRM 23 februari 2016, nr. 68453/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, par. 88, 90; *Yocheva en Ganeva t. Bulgarije*, EHRM 21 mei 2021, nr. 18592/15 e.a., ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD001859215, par. 128, 131, «EHRC» 2021/145, m.nt. Leijten; *Ēcis t. Litouwen*, EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09, ECLI:CE:ECHR:2019:0110JUD001287909, par. 97, 99.

[26] Vgl.: Fikfak, 'Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights' *European Journal of International Law* 2018, 29, p. 1091-1125; Fikfak, 'Non-pecuniary

damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state', *Leiden Journal of International Law* 2020, 33, p. 335–369; Fikfak, 'Compliance and Compensation: Money as a Currency of Human Rights', *iCourts Working Papers Series* 2021, no 256, in: Murray en Long, *Handbook of implementation of Human Rights* (Edward Elgar) 2022.

[27] Zie bijvoorbeeld: *Palau-Martinez t. Frankrijk*, EHRM 16 december 2003, nr. 64927/01, ECLI:CE:ECHR:2003:1216JUD006492701, par. 48, 50, «EHRC» 2004/9, m.nt. Gerards; *Novruk e.a. t. Rusland*, EHRM 15 maart 2016, nr. 31039/11 e.a., ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD003103911, par. 120, 122.

[28] Zie bijvoorbeeld: *Cînta t. Roemenië*, EHRM 18 februari 2020, nr. 3891/19, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000389119, par. 83, 85, «EHRC» 2020/98, m.nt. Broderick.

[29] *Bayev e.a. t. Rusland*, EHRM 20 juni 2017, nr. 67667/09 e.a., ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709, par. 98, «EHRC» 2017/158, m.nt. Gerards.

[30] *Sabalić t. Kroatië*, EHRM 14 januari 2021, nr. 50231/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0114JUD005023113, par. 102–116, «EHRC» 2021/39, m.nt. Loven; *M.C. en A.C. t. Roemenië*, EHRM 12 april 2016, nr. 12060/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0412JUD001206012, par. 133; *Identoba e.a. t. Georgië*, EHRM 12 mei 2015, nr. 73235/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0512JUD007323512, par. 110, «EHRC» 2015/155, m.nt. Mackic; *Aghdgomelashvili en Japaridze t. Georgië*, EHRM 8 oktober 2020, nr. 7224/11, ECLI:CE:ECHR:2020:1008JUD000722411, par. 56–57, «EHRC» 2020/239, m.nt. Hendricks.

[31] *Sabalić*, par. 102–116; *M.C. en A.C.*, par. 133; *Identoba e.a.*, par. 110; *Aghdgomelashvili en Japaridze*, par. 56–57.

[32] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815, par. 117, «EHRC» 2020/58, m.nt. Janssen. Vgl.: *Association Accept e.a. t. Roemenië*, EHRM 1 juni 2021, nr. 19237/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD001923716, par. 63–68; *Pajić/Kroatië*, EHRM 23 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, par. 61–68.

[33] *Beizaras en Levickas*, par. 117. Vgl.: *Association Accept e.a.*, par. 167.

[34] *Beizaras en Levickas*, par. 160. In par. 160 wordt verwezen naar het arrest *Identoba*, waarin ook wordt ingegaan op het effect van discriminerende omstandigheden op de menselijke waardigheid en op de positieve verplichtingen van de staat: *Identoba e.a.*, par. 71, 74, 78. Zie daarbij: *Association Accept e.a.*, par. 66.

[35] *Fedotova*, par. 232–235.

[36] *Maymulakhin en Markiv*, par. 84, 86.

[37] *Maymulakhin en Markiv*, par. 2-8.

[38] *Maymulakhin en Markiv*, par. 84.

[39] *Maymulakhin en Markiv*, par. 86.

[40] *Coman*, HvJ EU 5 juni 2018, zaak C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, «EHRC» 2018/148, m.nt. Rijpma.

[41] *V.M.A. t. Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo'*, HvJ EU 14 december 2021, nr. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, *NJ* 2022/139, m.nt. S.F.M. Wortmann, «EHRC» 2022/1, m.nt. Van Eijken.

[42] Een Unie van gelijkheid: strategie voor gelijkheid van LHBTIQ+'ers 2020-2025 (COM(2020) 698 final).

[43] COM(2022) 695 final, preambule nr. 18.