

Nieuwsbrief - EHRC Updates 2024/17

Nummer 17, 2024

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:2024:0917JUD005223220 17-09-2024

P.J. en R.J. t. Zwitserland, EHRM 17 september 2024, nr. 52232/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0917JUD001667822 17-09-2024

C.O. t. Duitsland, EHRM 17 september 2024, nr. 16678/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0910JUD002128615 10-09-2024

Dianova e.a. t. Rusland, EHRM 10 september 2024, nrs. 21286/15 en 4 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827DEC003578018 27-08-2024

Longo t. Italië, EHRM 27 augustus 2024 (ontv.besl.), nr. 35780/18

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:741 12-09-2024

Syndyk Masy Upadłości A, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-709/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:739 12-09-2024

Sagrario, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-63/23

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:748 12-09-2024

Changu, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-352/23

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:723 10-09-2024

Neves 77 Solutions, HvJ EU (GK) 10 september 2024, zaak C-351/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:725 10-09-2024

KS en KD t. Raad e.a., HvJ EU 10 september 2024, zaak C-29/22 P

Annotatie

Ždanoka t. Litouwen (nr. 2) (EHRM, 42221/18) – Nog steeds geen kiesrecht voor

voormalig communisten

J.L.W. Broeksteeg

Annotatie

Verein KlimaSeniorinnen, Duarte Agostinho, Carême (EHRM, 53600/20, 39371/20, 7189/21) – Klimaatproblematiek onder het EVRM

A.A. al Khatib en T.M. Linders

Annotatie

Tribunale di Bolzano (HvJ EU, C-178/22) – Vorderen van telecommunicatiegegevens: definitie van ernstige criminaliteit

R.M. te Molder

Annotatie

Pasquinelli e.a. t. San Marino (EHRM, nr. 24622/22) – Klacht gezondheidswerkers die weigerden zich te laten vaccineren ongegrond

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

M.B. t. Nederland (EHRM, 71008/16) – Limiet aan mogelijkheden om migranten in detentie te plaatsen

E. Sevrin

RECHTSPRAAK

C.O. t. Duitsland, EHRM 17 september 2024, nr. 16678/22

C.O. is strafrechtelijk vervolgd op verdenking van belastingontduiking, samen met onder meer M.S. en N.D. De procedure is uiteindelijk vanwege complexiteit gesplitst. M.S. en N.D. zijn veroordeeld wegens medeplichtigheid. In hun zaak heeft de rechter ook feitelijke vaststellingen gedaan die duidelijk maken dat C.O. aan in ieder geval twee vereisten voor strafbaarheid voldeed. Omdat de nationale rechter niet heeft geoordeeld over de uiteindelijke schuld van C.O. en de beoordeling geen invloed heeft gehad op de procedure jegens hem, levert dit geen schending op van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM).

Klager is eigenaar en persoonlijk verantwoordelijk aandeelhouder van een Duitse bank, de W-Bank. Van 2014 tot 2019 was hij ook voorzitter van de raad van toezicht van deze bank. De W-bank raakte in deze periode verwickeld in het Cum-Ex-schandaal: een belastingschandaal waarbij onder valse voorwendselen aanzienlijke teruggaven waren gekregen van dividendbelastingen. In 2016 werd in verband hiermee een strafrechtelijk onderzoek gestart tegen onder meer klager. Ook M.S. en N.D. waren betrokken bij het schandaal; zij legden daarbij enige bekentenissen af. In de procedure tegen M.S. en N.D. werd klager uitgenodigd om als getuige te verschijnen, maar hij werd niet gehoord omdat hij zich op zijn zwijgrecht beriep. M.S. en N.D. werden veroordeeld wegens medeplichtigheid aan belastingontduiking en er werd beslag gelegd op het bedrag dat beweerdelijk onrechtmatig was verkregen, namelijk zo'n 176 miljoen euro. In de uitspraak werd ook een aantal feiten vastgesteld die op de situatie van klager betrekking hadden en werd hij aangewezen als medepleger. In 2022 werd ook klager zelf strafrechtelijk vervolgd, maar in 2024 is de procedure beëindigd vanwege de slechte gezondheid van klager.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de onschuldpresumptie is geschonden door de vermelding als mededader in de uitspraken tegen M.S. en N.D. Het Hof merkt op dat aanvankelijk één strafrechtelijk onderzoek was gestart, maar dat de procedure later is gesplitst

vanwege de complexiteit en de noodzakelijke snelheid. Die beslissing acht het Hof op zichzelf gerechtvaardigd. In de uitspraak tegen M.S. en N.D. kwam de rechter vervolgens tot de conclusie dat ook klager in ieder geval aan twee van de drie basisvoorwaarden voor strafbaarheid had voldaan. Rechters mogen daarbij niet meer informatie geven dan noodzakelijk is om de strafbaarheid van de beklaagden vast te kunnen stellen. In het onderhavige geval is afdoende gebleken dat de bevindingen over de strafbaarheid van klager inderdaad noodzakelijk waren om te kunnen vaststellen dat M.S. en N.D. medeplichtig waren hieraan. De rechters hebben in deze zaak geen vaststellingen gedaan ten aanzien van klagers schuld en gebleken is ook niet dat deze vaststellingen uiteindelijk invloed hebben gehad op de strafzaak tegen klager zelf. Art. 6 lid 2 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-09-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0917JUD001667822

Zaaknummer: 16678/22

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 2

RECHTSPRAAK

Changu, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-352/23

Een derdelander verblijft langdurig onregelmatig in Bulgarije en dient steeds nieuwe asielverzoeken in. Bulgarije wil hem uitzetten, maar de derdelander verkeert in zeer slechte gezondheid. Ook als die situatie in strijd is met art. 1 en 4 Hv, verzet richtlijn 2011/95 zich tegen het toekennen van de asielstatus. De staat mag wel zelf een verblijfsstatus toekennen, mits die duidelijk anders is dan die van de richtlijn. Zolang nog een procedure loopt mag de asielzoeker die in de lidstaat afwachten. De lidstaat moet dan voorkomen dat deze in een met art. 1 en 4 duidelijk strijdige situatie komt te verkeren.

LF is een derdelander die sinds 1996 in Bulgarije verblijft. Hij heeft verschillende malen zonder succes asiel aangevraagd. Hem zijn ook verschillende terugkeerbevelen opgelegd, maar die zijn nooit ten uitvoer gelegd. In 2021 heeft hij voor de elfde keer een asielverzoek ingediend, waarin hij nu ook stelt dat hij in een bijzonder slechte gezondheid verkeert en hij geen toegang heeft tot de voor hem noodzakelijke medische hulp. In 2022 is geweigerd hem de vluchtelingenstatus en de gevraagde humanitaire status toe te kennen. LF heeft tegen deze weigering geprocedeerd. In dit verband zijn bij de verwijzende rechter enkele vragen opgekomen die deze aan het HvJ EU heeft voorgelegd.

De eerste vraag is of richtlijn 2011/95, gelezen in samenhang met art. 1 en 4 Hv, zo kan worden uitgelegd dat een lidstaat aan een derdelander een humanitaire verblijfsstatus kan toekennen, ook als de gronden daarvoor niet samenhangen met de grondslagen en doelstellingen van de richtlijn. Het HvJ EU stelt voorop dat verdergaande normen inderdaad kunnen worden vastgesteld, mits ze verenigbaar zijn met de richtlijn. Het HvJ EU heeft eerder al geoordeeld dat art. 3 van de richtlijn zich ertegen verzet dat een vluchtelingen- of subsidiairebeschermingsstatus wordt toegekend aan een derdelander wegens met art. 4 Hv onverenigbaar handelen op het grondgebied van de lidstaat zelf. Die situatie houdt namelijk geen verband met de logica van de internationale bescherming. Dat geldt ook wanneer sprake is van een zodanige situatie van materiële deprivatie in de lidstaat dat die een onmenselijke

en vernederende behandeling oplevert. Art. 2 (h) van de richtlijn kan echter zo worden gelezen dat de richtlijn niet in de weg staat aan het krachtens het eigen nationale recht op humanitaire gronden toekennen van een verblijfsrecht. Voorwaarde is dan wel dat de toegekende status niet kan worden verward met een vluchtelingen- of subsidiairebeschermingsstatus in de zin van de richtlijn. Dat betekent onder meer dat de status niet in andere wettelijke regeling moet zijn neergelegd als die tot omzetting van richtlijn 2011/95.

De tweede vraag is of de lidstaat een asielzoeker die niet kan worden teruggestuurd, maar aan wie wel een terugkeerbevel is opgelegd, schriftelijk op de hoogte moet stellen van het feit dat het bevel niet kan worden uitgevoerd. Op zichzelf is de lidstaat op grond van art. 8 van richtlijn 2008/115 verplicht tot verwijdering van een derdelander, maar in sommige gevallen kan of moet die verwijdering inderdaad worden uitgesteld. In een dergelijk geval moet hij daar inderdaad schriftelijk van op de hoogte worden gesteld.

Ten derde vraagt de nationale rechter zich af of art. 1, 4 en 7 ertoe kunnen dwingen dat de lidstaat om humanitaire redenen een verblijfsrecht toekent aan een derdelander die al langdurig onregelmatig in die lidstaat verblijft. De vraag komt hierbij allereerst op of dit een kwestie is die tot het toepassingsbereik van het Handvest kan worden gerekend in het licht van art. 51 lid 1 Hv. Als iemand, zoals LF, niet voldoet aan de voorwaarden om internationale bescherming te krijgen, is richtlijn 2011/95 niet van toepassing op zijn situatie. Ook richtlijn 2008/115 kan niet zo worden uitgelegd dat zij een lidstaat dwingt tot het toekennen van een verblijfstitel aan een illegaal op zijn grondgebied verblijvende derdelander. Blijkens art. 51 lid 2 breiden de Handvestbepalingen het toepassingsbereik van het Handvest niet uit. Een lidstaat kan dan ook niet op grond van art. 1, 4 en 7 Hv niet verplicht worden om een derdelander een verblijfsrecht toe te kennen, of hij nu lang in de lidstaat verblijft of niet. Wel kan het zijn dat in een dergelijk geval de derdelander binnen de werkingssfeer valt van de richtlijnen 2013/32 en 2013/33, zodat hij in afwachting van de uitkomst van een procedure in de lidstaat mag blijven. Dit is het geval in de voorgelegde situatie. In dat geval is dit verblijfsrecht echter uitdrukkelijk niet hetzelfde als een recht op een verblijfstitel. Er is geen enkele bepaling die ertoe dwingt om zo'n verblijfstitel toe te kennen. Wel geldt dat wanneer iemand in afwachting van het beroep op het grondgebied van een lidstaat verblijft, die lidstaat ervoor moet zorgen dat hij niet wordt onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 1 en 4 Hv, zoals een situatie van verregaande materiële deprivatie die hem niet in staat stelt om te voorzien in zijn meest elementaire behoeften en negatieve gevolgen zou hebben voor zijn fysieke of mentale gezondheid of hem in een toestand van achterstelling zou brengen die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid. In een situatie als de onderhavige moet bovendien worden voorzien in enige opvang in overeenstemming met richtlijn 2013/33, in ieder geval in de

periode dat de derdelander in de lidstaat mag verblijven in afwachting van de beslissing op zijn beroep.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-09-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:748

Zaaknummer: C-352/23

Wetsartikelen: Hv art. 1, Hv art. 4, Hv art. 7, Hv art. 51 lid 2, Rl 2011/95/EU art. 2, Rl 2011/95/EU art. 3, Rl 2008/115/EG art. 14 en Rl 2013/33/EU

RECHTSPRAAK

Dianova e.a. t. Rusland, EHRM 10 september 2024, nrs. 21286/15 en 4 andere

Drie leden van een Openbare Toezichtcommissie voor de penitentiaire inrichtingen in een Russische regio hebben een openbare hongerstaking georganiseerd uit protest tegen de behandeling van een gedetineerde. Zij sliepen enkele dagen op veldbedden in een tentje bij het kantoor van de gevangenisautoriteiten. Uiteindelijk werden zij bestraft omdat zij niet aan de voorwaarden voor openbare protestacties voldeden. Het Hof acht die voorwaarden niet heel duidelijk. Daarnaast was de veroorzaakte hinder voor de openbare orde gering, terwijl de leden wel een belangrijke boodschap uitdroegen. Art. 11 EVRM is dan ook geschonden.

Drie van de klagsters in deze zaak zijn lid van de Openbare Toezichtcommissie (ONK) van de regio Sverdlovsk, die regelmatig inspecties uitvoert bij de detentiefaciliteiten in deze regio. In een van de strafkolonies werd in 2014 een gevangene mishandeld, waarop de ONK probeerde toegang te krijgen tot deze kolonie. Dat bleef zonder succes. Klagster begon daarop samen met een ander lid van de ONK met een hongerstaking om de aandacht te vestigen op de mishandeling. Zij vestigden zich bovendien op twee veldbedden voor het gebouw waarin de gevangenisdienst was gevestigd, waar zij met een spandoek en mondelinge toelichtingen informatie gaven over hun hongerstaking en het doel daarvan. Na een paar dagen besloot een derde ONK-lid zich bij de twee hongerstakers aan te sluiten en zetten zij een tent op bij de veldbedden. Uiteindelijk besloot de politie op te treden en werden klagsters aangehouden. Zij werden vervolgd en veroordeeld tot een boete (van ongeveer een maandsalaris) vanwege overtreding van de regels voor deelname aan openbare activiteiten.

In twee andere, gevoegde zaken is sprake van verwante feitelijke omstandigheden waarbij klagers zijn aangehouden en beboet wegens deelname aan openbare protestacties. In die gevallen ging het om het opnemen van een politiek-satirische film in een openbaar park.

Voor het EHRM hebben alle klagers gesteld dat het optreden van de politie en de bestraffing in strijd zijn met art. 10 en 11 EVRM. Het Hof herinnert eraan dat in de onderlinge verhouding tussen art. 10 en 11 EVRM, art. 10 EVRM de *lex generalis* is en art. 11 EVRM de *lex specialis*. Daarbij is het onderscheidende kenmerk dat bij het demonstratierecht steeds sprake is van het verkondigen van een mening in gezamenlijkheid met anderen. Het Hof heeft een ruim bereik toegekend aan art. 11 EVRM, waarbij bijvoorbeeld ook statische demonstraties binnen dit bereik zijn gebracht. In het geval van eerste drie klaagsters was duidelijk sprake van een protestactie die als vreedzame demonstratie in de zin van art. 11 EVRM kan worden aangemerkt.

De toepasselijke wetgeving maakt het de autoriteiten mogelijk om in te grijpen bij een veelheid van protestacties, zelfs als geen sprake is van verstoringen of wanordelijkheden. Er zijn geen specifieke bepalingen van toepassing op hongerstakingen buiten de context van een gevangenis. Acties zoals die van klaagsters kunnen alleen worden aangemerkt als statische protestacties en daarvoor geldt naar nationaal recht dat zij niet gedurende de nacht mogen plaatsvinden. Dit maakt het heel moeilijk om dit soort acties uit te oefenen. Het Hof betwijfelt dan ook sterk of de beperkingen een voldoende voorspelbare en voorzienbare wettelijke grondslag hadden. Het besluit echter om dit in het midden te laten, omdat het zich primair wil richten op de noodzakelijkheid van de beperkingen.

Het Hof is bereid om aan te nemen dat de beëindiging van de actie was ingegeven door de wens van de autoriteiten om verdere verstoring van het verkeer te voorkomen en de verslechterende gezondheid van de klaagsters te beschermen. Gebleken is echter niet dat het verkeer echt werd gehinderd door de bedden en de tent en evenmin dat de gezondheid zodanig op het spel stond dat daadwerkelijke beëindiging van de demonstratie nodig was. Het Hof acht de gegeven redenen daarmee niet overtuigend, terwijl klaagsters wel de aandacht probeerden te vestigen op een onderwerp van algemeen belang. Art. 11 EVRM is dan ook geschonden.

In het geval van de opname van de film in de openbare ruimte oordeelt het Hof dat uit de wet over openbare protestacties niet kon worden afgeleid dat het maken van zo'n film als protestactie kon worden aangemerkt en verboden was. In die zaak is dan ook sprake van een schending van art. 11 EVRM op basis van het ontbreken van een voldoende duidelijke wettelijke grondslag; het Hof gaat niet verder in op de noodzakelijkheid van de schending.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-09-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0910JUDoo2128615

Zaaknummer: 21286/15 en 4 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

KS en KD t. Raad e.a., HvJ EU 10 september 2024, zaak C-29/22 P

KS en KD stellen dat de rechtsstaatmissie in Kosovo onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar het overlijden van familieleden, in strijd met het EVRM en het Hv. Het Gerecht heeft zich onbevoegd verklaard om hierover te oordelen, omdat het gaat om een GBVB-onderwerp. Het HvJ bevestigt dat er in beginsel geen rechterlijke bevoegdheid is om zich daarover uit te spreken. Dit is anders als grondrechten zijn geraakt en in het concrete geval geen sprake is van een rechtstreeks verband van een handelen of nalaten met politieke of strategische keuzes. Dat is hier aan de orde; het Gerecht moet de zaak herbeoordelen.

KS en KD zijn bij het Gerecht opgekomen tegen schade die zij beweerdelijk hebben geleden door de uitvoering van een rechtsstaatmissie van de EU in Kosovo (HRRP) op grond van het gemeenschappelijk optreden 2008/124/GBVB. Deze rechtsstaatmissie had onder meer tot doel onderzoek te doen naar de foltering en verdwijning van en de moord op hun familieleden in 1999 in Pristina. Hierover hebben KD en KS klachten ingediend bij het HRRP, waarbij zij stelden dat verschillende EVRM- (art. 2, 3, 8 en 13) en Handvestbepalingen (art. 2, 4 en 47) waren geschonden. Het Gerecht heeft zich onbevoegd verklaard om over de kwestie te oordelen.

In hogere voorziening stelt het HvJ EU voorop dat verschillende VEU-bepalingen laten zien dat het internationaal optreden van de EU berust op en gericht is op onder meer de democratie, de rechtsstaat en de mensenrechten. Ook de vaste rechtspraak over art. 51 lid 1 Hv bevestigt dat de EU-grondrechten toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het EU-recht worden beheerst. De opname van het GBVB in het constitutionele kader van de Unie betekent dan ook dat de fundamentele beginselen van de EU-rechtsorde ook van toepassing zijn in het kader van dat beleid. Dat geldt in ieder geval ook voor de eerbiediging van de

grondrechten en de rechtsstaat. Op hun beurt betekenen die dat zowel de autoriteiten van de lidstaten als die van de EU aan rechterlijk toezicht moeten worden onderworpen.

De bevoegdheid van het HvJ EU om de bepalingen inzake het GBVB te beoordelen is beperkt door art. 24 lid 1 VEU, maar dat valt te verenigen met art. 47 Hv en art. 6 en 13 EVRM. Art. 47 Hv kan geen bevoegdheid voor het Hof in het leven roepen als de Verdragen dit uitsluiten. Ook kan in deze bepaling niet worden gelezen dat het stelsel van rechtsmiddelen binnen de EU wordt gewijzigd. De beginselen van bevoegdheidsverdeling en institutioneel evenwicht zijn bovendien ook van toepassing op het terrein van het GBVB. Dit betekent dat het enkele feit dat individuele rechten zijn geschonden als gevolg van een handelen of nalaten van EU-actoren niet betekent dat het HvJ EU automatisch bevoegd is om kennis te nemen van een beroep daarover.

Deze uitleg van art. 47 Hv komt volgens het HvJ EU niet in strijd met het minimum beschermingsniveau dat moet worden geboden volgens art. 6 en 13 EVRM. Ook het EHRM heeft in het licht van art. 6 EVRM geoordeeld dat het zich niet mag mengen in het institutionele evenwicht tussen de nationale uitvoerende macht en de nationale rechter. Het EHRM heeft bovendien bepaalde beperkingen aanvaard van de bevoegdheden van een nationale rechter om zich uit te spreken over internationale betrekkingen van een staat. Art. 13 EVRM geeft weliswaar recht op een effectief rechtsmiddel, maar deze bepaling kan niet als absoluut worden gezien. Bovendien kan de bepaling geen afbreuk doen aan de noodzaak om legitieme beperkingen van art. 6 lid 1 EVRM te aanvaarden.

Het Gerecht heeft dan ook niet ten onrechte geoordeeld dat art. 24 lid 1, ook gelezen in het licht van art. 47 Hv en art. 13 EVRM en ook bij een beroep op andere grondrechten, betekent dat het geen kennis kan nemen van het door KS en KD ingestelde beroep.

Wel erkent het HvJ EU dat moet worden nagegaan of een concrete situatie inderdaad valt onder een van de in art. 24 lid 1 en art. 275 VWEU bedoelde gevallen waarin de bevoegdheid tot toetsing uitdrukkelijk wordt erkend. Dat is het geval als het betrokken handelen en nalaten niet rechtstreeks in verband staat met politieke of strategische keuzes. Om dat te kunnen nagaan moet elk handelen dat onder het GBVB valt concreet worden geanalyseerd.

In het onderhavige geval hebben KS en KD aangevoerd dat in Kosovo de art. 2 en 3 EVRM en 2 en 4 Hv zijn geschonden omdat er geen geëigend onderzoek is ingesteld, met name bij gebrek aan de nodige middelen en geschikt personeel. Het HvJ EU erkent dat wat betreft de middelen sprake kan zijn van een rechtstreeks verband met de gemaakte politieke of strategische keuzes. Dat is anders als het gaat om de inzet van geschikt personeel. Hierover had het Gerecht zich dus wel degelijk kunnen uitspreken. Ook voor het optreden van het HRRP geldt

dat handelen en nalaten daarvan geen verband houdt met politieke en strategische keuzes. Daardoor heeft het Gerecht zich ten onrechte onbevoegd verklaard als het gaat om het beoordelen van grondrechtenschendingen bij het instellen en uitvoeren van een deugdelijk onderzoek, althans op een aantal specifieke onderdelen daarvan. Het HvJ EU verwijst de kwestie dan ook voor nieuwe beoordeling terug naar het Gerecht.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-09-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:725

Zaaknummer: C-29/22 P

Wetsartikelen: EVRM art. 6, EVRM art. 13, VEU art. 3 lid 5, VEU art. 24 lid 1, VWEU art. 275, Hv art. 47, Hv art. 51 lid 1, Gem. optreden 2008/124/GBVB, Besluit 2014/349 en Besluit 2018/856

RECHTSPRAAK

Longo t. Italië, EHRM 27 augustus 2024 (ontv.besl.), nr. 35780/18

Longo heeft in 1993 zonder bouwvergunning een groot pakhuis laten bouwen. Hij werd hiervoor strafrechtelijk veroordeeld en bij deze veroordeling werd hem ook een sloopbevel opgelegd. Longo kwam dit niet na, waarop in 2015 werd besloten om het sloopbevel alsnog ten uitvoer te laten leggen. Het Hof oordeelt dat een sloopbevel een puur reparatoire en geen strafrechtelijke sanctie is. Daardoor is art. 7 EVRM niet van toepassing. Ook verjaart een dergelijke sanctie niet, nu het doel van het herstellen van een onrechtmatige situatie relevant blijft. De klacht over aantasting van het eigendomsrecht is daarom kennelijk ongegrond.

Bij een inspectie in 1995 bleek dat klager geen bouwvergunning had voor een groot pakhuis dat hij had laten bouwen. Hij deed vervolgens beroep op een amnestieregeling voor bouwen zonder vergunning, maar daarbij gaf hij beweerdelijk onjuiste informatie door. Hij werd hierop strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden en een boete. Ook werd een bevel gegeven tot het slopen van het pakhuis. In 1998 werd klager alsnog amnestie verleend en werd de boete vernietigd. Wel bleven de eigenlijke veroordeling en het sloopbevel in stand. In 2015 werd hem te kennen gegeven dat hij echt gevolg moest geven aan het sloopbevel. Toen hij dat naliet werd een bevel tot afdwinging van de sanctie gegeven, waartegen klager zonder succes procedeerde.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de Italiaanse rechters ten onrechte het sloopbevel niet hebben gekwalificeerd als een strafrechtelijke sanctie. Bovendien zou het sloopbevel een disproportionele aantasting van zijn eigendomsrecht opleveren. Over het eerste punt overweegt het Hof dat een sloopbevel voor onrechtmatig gebouwde constructies kon worden opgelegd ongeacht de vraag wie eigenaar is van zo'n constructie. Dit laat zien dat de functie van het bevel primair reparatoir van aard is en dat er geen bestraffend doel is. Dat een

sloopbevel door een strafrechter kan worden opgelegd, maakt dit niet anders. Strafrechters kunnen immers wel vaker niet-strafrechtelijke remedies opleggen, zoals betaling van een civielrechtelijke schadevergoeding aan slachtoffers van misdrijven. Dit betekent dat art. 7 EVRM in dit geval niet van toepassing is en dat dit klachtonderdeel niet-ontvankelijk is. Evenmin is gebleken dat door de kwalificatie als strafrechtelijk sprake is van een oneerlijk proces, zodat ook de klacht over art. 6 EVRM niet kan worden ontvangen.

Over het eigendomsrecht merkt het Hof op dat klager het pakhuis zonder geldige bouwvergunning had laten bouwen. Het doel van een sloopbevel is in die situatie om een onrechtmatige toestand te herstellen. Gelet op dat doel is het redelijk dat er geen verjaringstermijn voor zo'n bevel geldt. Alleen dan kan immers de effectiviteit van bouwvoorschriften worden gegarandeerd en kan van de relevante regelgeving een zeker preventief effect uitgaan. In deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat klager een excessieve last zou ondervinden als hij gedwongen zou worden om het gebouw te laten slopen, zodat dit onderdeel van de klacht kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk is.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827DECoo3578018

Zaaknummer: 35780/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6, EVRM art. 7 en EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Neves 77 Solutions, HvJ EU (GK) 10 september 2024, zaak C-351/22

Neves is een tussenhandelaar die in 2019 de verkoop heeft geregeld van 32 radiostations door een Oekraïense onderneming aan een onderneming in Indië. De radiostations bleken onder een GBVB-sanctieregeling voor militaire goederen te vallen, wat leidde tot onmiddellijke confiscatie van de volledige opbrengst en een boete. Het HvJ EU verklaart zich bevoegd om de GBVB-regeling uit te leggen. De confiscatie vormt een eigendomsbeperking onder art. 17 Hv, maar is gerechtvaardigd en evenredig gelet op de legitieme doelstellingen van de sanctieregeling. Evenmin lijkt het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel te zijn geschonden, maar het is aan de nationale rechter om dat na te gaan.

Neves is een in Roemenië gevestigde tussenhandelaar bij de verkoop van luchtvaartproducten. Het bedrijf is op zeker moment opgetreden als tussenpersoon bij de verkoop van 32 radiostations van de Oekraïense vennootschap SFTE aan een Indiase vennootschap. De verkoop verliep via de Verenigde Arabische Emiraten. In 2019 bleek dat de radiostations stonden op een lijst van militaire producten die alleen met een speciale vergunning kunnen worden verhandeld. Bovendien viel de verkoop onder een EU-sanctieregeling. Daarop zijn de opbrengsten (bijna 3 miljoen euro) middels een bestuursrechtelijk besluit verbeurdverklaard en is aan Neves een geldboete opgelegd. Hierover heeft Neves geprocedeerd; in deze procedure zijn prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld.

Allereerst zijn in dit verband vragen opgekomen over de bevoegdheid van het HvJ EU om uitleg te geven aan een bepaling van algemene strekking die onder het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB) valt en die de grondslag vormt voor nationale sanctiemaatregelen. Het HvJ EU oordeelt dat de mogelijkheid om prejudiciële vragen te

stellen ten aanzien van op grond van art. 215 lid 1 VWEU vastgestelde verordeningen moet openstaan voor alle bepalingen die de Raad in zo'n verordening had moeten opnemen en die dienen als grondslag voor een nationale sanctiemaatregel jegens derden. De in dit geval opgelegde sanctiemaatregel valt binnen dit raamwerk en het Hof is dan ook bevoegd de prejudiciële vragen te beantwoorden.

Het Hof overweegt verder dat het betrokken GBVB-besluit zo moet worden uitgelegd dat het ook moet worden toegepast als een militaire uitrusting nooit op het grondgebied van een lidstaat is ingevoerd.

Een verdere vraag is of de aan Neves opgelegde maatregelen verenigbaar zijn met art. 17 Hv en de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit van straffen. In het licht van art. 52 lid 3 Hv moet bij de uitleg van art. 17 Hv rekening worden gehouden met de EHRM-rechtspraak over art. 1 EP EVRM. Daarbij is ook voor de uitleg van art. 17 Hv relevant dat in de rechtspraak over eigendomsrecht drie regels worden onderscheiden: een algemene regel, een regel over eigendomsontneming en een regel over gebruiksbeperkingen. Volgens de EHRM-rechtspraak zijn confiscatiemaatregelen die zijn opgelegd vanwege criminele activiteiten als een gebruiksbeperking aan te merken, al is feitelijk sprake van een ontneming. In het onderhavige geval betekent dit dat de maatregelen onder de derde regel van art. 17 Hv vallen.

Dergelijke gebruiksbeperkingen kunnen in het licht van art. 52 lid 1 Hv gerechtvaardigd zijn. In dit geval bestaat daarvoor duidelijk een wettelijke basis in het EU-recht die bovendien strekt tot het verwezenlijken van doelstellingen van algemeen belang. De maatregel is geschikt om deze doelstellingen te bereiken omdat deze marktdeelnemers ervan kan weerhouden transacties te verrichten ten aanzien van goederen waarvoor internationale sancties gelden. In de omstandigheden van het geval lijkt verbeurdverklaring van de volledige opbrengst noodzakelijk om de marktdeelnemers daadwerkelijk en doeltreffend van het sluiten van transacties over militaire goederen te weerhouden.

Wel moet gewicht worden toegekend aan de blijkens de rechtspraak over art. 1 EP EVRM geldende verplichting om een procedure in te richten die de betrokkene de mogelijkheid biedt om zich te verdedigen en de opgelegde maatregelen te betwisten. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of er in het onderhavige geval voldoende procedurele waarborgen zijn gegund.

Tot slot is de vraag of de maatregel evenredig is, dat wil zeggen of de ernst van de sanctie in verhouding staat met de ernst van de inbreuk. Van belang is hierbij dat weliswaar sprake is van automatische verbeurdverklaring van de gehele opbrengst, maar dat de hoogte van de geldboete kan worden aangepast. Bovendien worden sancties alleen opgelegd als een

onderneming een transactie bewust niet heeft aangemeld of die ondanks aanmelding een transactie toch hebben verricht. De maatregel staat dan ook in voldoende verhouding tot de ernst van de overtreding.

Over de gestelde vragen over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van art. 49 Hv oordeelt het Hof dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of de bepalingen van de lijst van militaire goederen al van kracht waren op het moment waarop de transactie werd aangegaan. Als dat het geval is, is geen sprake van terugwerkende kracht. Wel moet de nationale rechter ook nagaan of de vereisten van duidelijkheid en voorzienbaarheid in acht zijn genomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-09-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:723

Zaaknummer: C-351/22

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP, VEU art. 215, VWEU art. 215, VWEU art. 275, Hv art. 17, Hv art. 49, Hv art. 52 lid 1, Hv art. 52 lid 3 en Besluit 2014/512/GBVB art. 2 lid 2 (a)]

RECHTSPRAAK

**P.J. en R.J. t. Zwitserland, EHRM 17 september 2024, nr.
52232/20**

Van een gehuwd echtpaar met twee kinderen, wordt aan de echtgenoot – die de Bosnische nationaliteit bezit – door de Zwitserse autoriteiten een uitzettingsbevel opgelegd, nadat hij is aangehouden en veroordeeld wegens cocaïnesmokkel. Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun recht op respect voor hun gezinsleven door de uitzettingsbeslissing en het terugkeerverbod zijn aangetast. Het Hof oordeelt dat staten de bevoegdheid hebben om vreemdelingen uit te zetten die een strafbaar feit hebben gepleegd. De autoriteiten moeten voldoende redenen geven voor hun beslissing tot uitzetting, daarbij zowel de individuele als de publieke belangen in acht nemend. In casu oordeelt het Hof dat de autoriteiten bij hun beslissing een onjuiste belangenafweging hebben gemaakt. Schending van art. 8 EVRM.

Klagers zijn een gehuwd echtpaar met twee kinderen. Eerste en tweede klager hebben respectievelijk de Bosnische en de Servische nationaliteit. In 2013 verhuisde eerste klager vanuit Bosnië en Herzegovina naar Zwitserland om daar te kunnen wonen met zijn echtgenote, die daar haar hele leven heeft gewoond. In 2021 hebben de echtgenote en de twee kinderen de Zwitserse nationaliteit verkregen. Eerste klager werd in 2018 aangehouden op verdenking van cocaïnesmokkel. Hij werd tot een voorwaardelijke gevangenisstraf veroordeeld en hem werd een uitzettingsbevel opgelegd met een terugkeerverbod voor een periode van vijf jaar. Dit laatste werd niet als onredelijk bezwarend gezien omdat hij nog niet zo lang in Zwitserland woonde, slecht Duits sprak en niet goed in de Zwitserse samenleving was geïntegreerd. Zijn echtgenote kon als gediplomeerd verpleegster bovendien vrij gemakkelijk werk vinden in Bosnië-Herzegovina. Daarop is eerste klager in 2021 naar Bosnië-Herzegovina uitgezet.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun recht op respect voor hun gezinsleven door de

uitzettingsbeslissing en het terugkeerverbod zijn aangetast. Het Hof overweegt dat staten de bevoegdheid hebben om vreemdelingen uit te zetten die een strafbaar feit hebben gepleegd. De autoriteiten moeten voldoende redenen geven voor hun beslissing tot uitzetting, daarbij zowel de individuele als de publieke belangen in acht nemend.

Het Hof is echter van oordeel dat de nationale autoriteiten bij hun beslissing een onjuiste belangenafweging hebben gemaakt. De Zwitserse rechter heeft onvoldoende rekening gehouden met de lage mate van verwijtbaarheid van klager, aan het feit dat een voorwaardelijk straf was opgelegd, dat klager geen strafblad had gehad voorafgaand aan de veroordeling en de negatieve gevolgen van de uitzetting voor zijn gezin. De Zwitserse rechter had zijn beoordeling uitsluitend gericht op de aard en de ernst van het strafbare feit, zonder er rekening mee te houden dat klager geen bedreiging voor de openbare orde vormde. Kort na zijn veroordeling had klager een voltijdbaan gevonden die hij tot zijn uitzetting uit Zwitserland had behouden. Na zijn veroordeling heeft klager bovendien geen andere strafbare feiten gepleegd. Het Hof komt derhalve tot het oordeel dat er een schending van artikel 8 EVRM heeft plaatsgevonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-09-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0917JUD005223220

Zaaknummer: 52232/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Sagrario, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-63/23

Een verzoek om gezinshereniging is afgewezen omdat de vader – de gezinshereniger – een strafblad heeft. De gezinsleden, waaronder minderjarige kinderen, willen daarom een beroep doen op een autonome status wegens ‘buitengewoon moeilijke omstandigheden’. Het HvJ EU ziet die in zo’n situatie van een strafblad niet, maar alleen bij omstandigheden die in hoge mate ernstig of zwaar zijn. De minderjarige kinderen moeten in zo’n geval wel kunnen worden gehoord en er moet dan kennis worden genomen van wat zij zeggen, maar art. 24 Hv verplicht er niet toe dat kinderen in alle omstandigheden worden gehoord.

De drie verzoekers in het hoofdgeding zijn een moeder die een verblijfsvergunning heeft uit hoofde van gezinshereniging en haar twee minderjarige kinderen. De gezinshereniger is de echtgenoot van de moeder en de vader van de kinderen. Gezamenlijk hebben zij in 2021 een aanvraag voor een vergunning voor langdurig verblijf ingediend, maar het verzoek van de gezinshereniger is afgewezen omdat hij een strafblad heeft. Vervolgens zijn vanwege het ontbreken van een vergunning voor de gezinshereniger ook de aanvragen van de moeder en haar kinderen afgewezen. Art. 15 lid 3 van richtlijn 2003/86 maakt het wel mogelijk om de gezinsleden van de gezinshereniger een autonome verblijfstitel te geven als sprake is van ‘buitengewoon moeilijke omstandigheden’. De verwijzende rechter heeft een aantal vragen gesteld die op deze situatie betrekking hebben.

Het HvJ EU benadrukt dat de lidstaten bij het geven van uitleg aan dit begrip geen onbeperkte beoordelingsmarge hebben. De bewoordingen moeten volgens het Hof worden uitgelegd in overeenstemming met het normaal spraakgebruik, het doel van de bepaling en van de richtlijn als geheel, en met art. 7 en 24 lid 2 en 3 Hv. Dit betekent dat moet worden aangetoond dat de derdelander die uit hoofde van gezinshereniging op het grondgebied van de gastlidstaat verblijft, door aan het gezin gerelateerde factoren geconfronteerd wordt met omstandigheden die door hun aard in hoge mate ernstig of zwaar zijn, of die hem blootstellen aan een hoge

mate van onzekerheid of kwetsbaarheid, met als gevolg dat hij daadwerkelijk bescherming door middel van de verlening van een autonome verblijfstitel nodig heeft, zonder dat het relevant is of de echtelijke band al dan niet is verbroken. Het enkele feit dat bij de gezinsleden van de gezinshereniger minderjarige kinderen zijn is hierbij niet voldoende. Hetzelfde geldt voor de situatie dat die minderjarige kinderen hun verblijfstitel hebben verloren als gevolg van het plegen van een strafbaar feit door de gezinshereniger.

Een andere vraag is of bij de besluitvorming ook de minderjarige kinderen moeten worden gehoord. Voor de beantwoording van deze vraag is art. 24 Hv relevant. Die bepaling vergt dat de belangen van het kind steeds een essentiële overweging vormen bij de toepassing van art. 2003/86. De belangen van het kind vergen niet noodzakelijkerwijs dat het wordt gehoord; art. 24 bevat geen verplichting tot horen, maar legt alleen op dat de mogelijkheid daartoe bestaat. Dat betekent dat wel de nodige procedures en wettelijke voorwaarden aanwezig zijn om het mogelijk te maken om een kind te horen en om kennis te nemen van wat het kind heeft gezegd, in overeenstemming met zijn leeftijd of rijpheid.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-09-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:739

Zaaknummer: C-63/23

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 24 lid 2, Gv art. 24 lid 3, Rl 2003/86/EG art. 15 lid 3, Rl 2003/86/EG art. 16 lid 3 en Rl 2003/86/EG art. 17

RECHTSPRAAK

Syndyk Masy Upadłości A, HvJ EU 12 september 2024, zaak C-709/22

In Polen bestaat een mechanisme van gesplitste betaling voor btw. In een procedure daarover zijn vragen opgekomen over de verenigbaarheid van dit mechanisme met het eigendomsrecht (art. 17 Hv). Het HvJ EU stelt echter vast dat er geen Unierechtelijke bepaling is die de lidstaten specifieke verplichtingen oplegt met betrekking tot een mechanisme van gesplitste betaling. Dat betekent dat het Handvest niet van toepassing is en dat de gestelde vragen niet-ontvankelijk zijn.

In 2021 heeft curator A het hoofd van een belastingkantoor gevraagd om het geld dat op de btw-rekening van een failliete belastingplichtige stond, over te boeken naar de rekening van een insolvente boedel. Het hoofd van het belastingkantoor heeft dit verzoek afgewezen. De curator heeft daartegen geprocedeerd. Daarbij zijn onder meer vragen opgekomen over de verenigbaarheid met het eigendomsrecht (art. 17 Hv) van een mechanisme van gesplitste betaling. Daarbij geldt dat een nationale regeling op grond waarvan een btw-bedrag dat wordt gestort op een aparte btw-rekening van een leverancier bij een bankinstelling, alleen mag worden gebruikt voor de afdracht van btw aan de belastingautoriteit en voor de betaling van de btw die is vermeld op van goederenleveranciers of dienstverrichters ontvangen facturen.

Voor zover relevant voor het Handvest benadrukt het HvJ EU dat art. 51 lid 1 Hv alleen van toepassing is als er 'tussen een Unierechtelijke handeling en de betrokken nationale maatregel een verband bestaat dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere'. In het voorliggende geval is er geen Unierechtelijke bepaling die de lidstaten specifieke verplichtingen oplegt met betrekking van een mechanisme van gesplitste betaling. Weliswaar vertoont het mechanisme een zeker verband met de btw-regeling van richtlijn 2006/112, maar dat neemt niet weg dat de wijze van betaling hierdoor niet wordt bepaald. Dat betekent dat het Handvest niet van toepassing is en dat de vragen hierover niet-ontvankelijk zijn.

Evenmin ziet het Hof in waarom een uitleg van een aantal andere algemene beginselen, inclusief het beginsel van behoorlijk bestuur dat voortvloeit uit art. 41 lid 1 Hv, in dit geval noodzakelijk zou zijn. Ook de vragen hierover zijn dan ook niet-ontvankelijk.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-09-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:741

Zaaknummer: C-709/22

Wetsartikelen: Hv art. 17, Hv art. 41 lid 1 en Hv art. 51 lid 1

ANNOTATIE

Ždanoka t. Litouwen (nr. 2) (EHRM, 42221/18) – Nog steeds geen kiesrecht voor voormalig communisten***J.L.W. Broeksteeg***

1. In 2006 deed de Grote Kamer van het EHRM uitspraak in de eerste zaak die Ždanoka aanspande tegen Letland,[1] 18 jaar later speelt dezelfde kwestie opnieuw. Ždanoka is vanwege haar actieve lidmaatschap van de voormalige communistische partij uitgesloten van het passief kiesrecht voor de Letse parlementsverkiezingen. Toen oordeelde en nu oordeelt het Hof dat deze uitsluiting van het kiesrecht niet onredelijk is. Er is geen sprake van een schending van art. 3 Eerste Protocol EVRM. Toch is deze tweede zaak opzienbarend, mede gezien de overwegingen van het Hof in de eerste zaak. Ik leg dat uit door eerst *Ždanoka no. 1* kort te bespreken (onder 2), alsmede de daarop gebaseerde jurisprudentie (onder 3). Daarna ga ik in op *Ždanoka no. 2* (onder 4 en 5).

2. De casus van *Ždanoka no. 1* is eenvoudig weer te geven: omdat Ždanoka actief lid was van de communistische partij ná 13 januari 1991,[2] was zij uitgesloten van het passief kiesrecht voor het Letse parlement. Haar klacht daaromtrent bij het Hof leek in eerste instantie succesvol. De Kamer van het Hof oordeelde dat de uitsluiting van het passief kiesrecht van personen die in het communistische regime actieve functies hebben vervuld, in de eerste jaren na dat regime een gelegitimeerde maatregel kan zijn. Zij overwoog ook, dat deze maatregel na een aantal jaren kritische heroverweging behoeft. Dat was niet gebeurd en omdat Ždanoka nooit een belangrijke positie in de communistische partij heeft gehad en nimmer is veroordeeld wegens een delict, kon de beperking van haar kiesrecht niet langer voortduren.[3] De Letse regering verzocht de zaak te verwijzen naar de Grote Kamer, die tot een ander oordeel kwam. Zij overwoog dat de Letse wetgeving strikt was geformuleerd: alleen personen die actief hebben geparticipeerd in de communistische partij ná 13 januari 1991 zijn uitgesloten van het kiesrecht. Daarmee was de Letse wetgeving voldoende individualiseerbaar. Dat Ždanoka niet is veroordeeld vanwege haar activiteiten in de communistische partij deed niet ter zake. Wél overwoog de Grote Kamer, in navolging van de Kamer, dat na een aantal jaren de betreffende wetgeving kritisch tegen het licht moet worden gehouden. Een bepaling, zoals deze Letse, zou in gevestigde democratieën onacceptabel zijn en alleen toelaatbaar in landen die een nieuwe

democratische orde kennen en die dienen te herstellen van een eerder niet-democratisch regime. Hoewel geen inbreuk op art. 3 EP EVRM kon worden aangenomen, zou de kiesrechtbepaling op een bepaald moment moeten worden geschrapt, zeker nu Letland een stabiel land is geworden en lid is van de EU.[4]

3. Het Hof is niet altijd even soepel geweest in het toestaan van zulke beperkingen van het kiesrecht. In *Adamsons t. Letland* ging het om de uitsluiting van het passief kiesrecht van agenten van geheime diensten en veiligheidsdiensten. Zulke uitsluitingen kunnen weliswaar een legitiem doel dienen, maar door alle personen in dienst van de KGB uit te sluiten van het kiesrecht, zonder enig onderscheid naar (bijvoorbeeld) het tijdvak waarin zij deze functie bekleedden, of hun functie dan wel hun concrete gedrag, is de wetgeving onvoldoende individualiseerbaar. Ook hier overwoog het Hof dat zulke individualisering van het kiesrecht met het verstrijken van de tijd telkens belangrijker wordt.[5] In dezelfde lijn ligt *Petkov e.a. t. Bulgarije*. Hier stelde het Hof uiteindelijk vast dat de regels omtrent uitsluiting van het passief kiesrecht onvoldoende voorzienbaar waren.[6]

4. Inmiddels zijn we 18 jaar verder – en zijn er 33 jaar verstreken sinds 1991. Nog steeds kan Ždanoka zich niet kandideren voor de Letse parlementsverkiezingen; haar klacht betreft de verkiezingen van 2018. Het is dan natuurlijk de vraag of de nationale autoriteiten de betreffende kiesrechtbepaling konden intrekken. Immers, met de ontwikkeling naar een gevestigde democratie en als lid van de EU zou Letland dat, zoals het Hof overwoog in *Ždanoka no. 1*, telkens opnieuw moeten overwegen. Dat heeft Letland volgens het Hof in voldoende mate gedaan. Het Hof weegt in zijn afwegingen mee, dat het parlement tot drie keer toe (tussen 2007 en 2010) heeft besloten de betreffende wetgeving niet in te trekken. Dat de wetgever dat daarna niet meer heeft gedaan, zou in een andere context wellicht aanleiding geven tot een kritische benadering van het Hof en mogelijk een schending van art. 3 EP EVRM kunnen betekenen (par. 56). Maar Letland verkeert nu eenmaal in bijzondere omstandigheden. Buurland Rusland bezet delen van Georgië en Oekraïne (par. 55). Dat maakt de situatie nu, aldus het Hof, wezenlijk anders dan in 2006 en heeft gevolgen voor de stabiliteit van Letland. Het land heeft legitieme redenen om te vrezen voor zijn veiligheid, de territoriale integriteit en de democratische rechtsorde. Dat betekent dat de *margin of appreciation* nog ruimer is dan gebruikelijk, om deze waarden te beschermen (par. 56). Het Hof stelt vast dat de betreffende kiesrechtelijke regelgeving niet willekeurig of onredelijk is (par. 58). Daarnaast kon Ždanoka actief zijn in politieke partijen en verenigingen. Zij was politiek actief als lid van het Europees Parlement (par. 60), namelijk van 2004 tot 2018 en van 2019 tot 2024; de Letse kiesregelgeving bevat voor dat parlement geen uitsluiting van het kiesrecht. Het Hof concludeert dan ook dat de uitsluiting van het passief kiesrecht verenigbaar is met art. 3 EP EVRM.

5. Hoewel ik de uitkomst van deze zaak kan onderschrijven, is op de argumentatie van het Hof wel wat af te dingen. In de eerste plaats de overweging van het Hof dat de Letse wetgever tot drie maal toe heeft overwogen de betreffende kiesrechtelijke regelgeving af te schaffen. Dat was voor het laatst in 2010. Daaruit blijkt geen constante kritische reflectie op deze regelgeving. Weliswaar bezette Rusland al in 2008 delen van Georgië en in 2014 de Krim, maar dat maakt nog niet dat er een directe dreiging voor Letland was. Wellicht had, bijvoorbeeld in 2012 of in 2018, de situatie anders kunnen zijn. Misschien ook niet, maar dat had uit een afweging van de wetgever kunnen blijken. In de tweede plaats lijkt het mij weinig relevant dat Ždanoka politiek actief kon zijn, of zelfs lid was van het Europees Parlement. Het gaat hier om het lidmaatschap van het nationale parlement en de uitsluiting daarvan lijkt mij moeilijk gecompenseerd te kunnen worden met andere politieke activiteiten, of met het lidmaatschap van het Europees Parlement. Hoe dan ook, het is voor een buitenstaander moeilijk, zo niet onmogelijk om te beoordelen of de Letse democratie weerbaar genoeg is om personen als Ždanoka van het kiesrecht uit te sluiten. Zij heeft nimmer afstand genomen van haar antidemocratische verleden. Een korte rondgang op het internet leert dat zij nauwe banden met de Russische veiligheidsdienst FSB heeft, dat zij weigert de Russische inval in Oekraïne te veroordelen, dat zij nog steeds tegen het NAVO-lidmaatschap van Letland ageert, dat zij ‘internationaal waarnemer’ is geweest bij het Krim-referendum, etc. etc. (Nota bene: de politieke partij waarin zij actief is, de Lets-Russische Unie, had tot omstreeks 2010 een wezenlijk rol in de Letse politiek, maar speelt daarin geen rol van betekenis meer. Hoewel de partij waarschuwingen heeft ontvangen van de veiligheidsdiensten vanwege pro-Russische propaganda, is zij nooit verboden.) In de Nederlandse politieke context zouden deze factoren, hoe ernstig ook, geen uitsluiting van het kiesrecht betekenen. Het is voorstelbaar dat de Letse democratie minder weerbaar is, mede gezien de context waar het Hof op wijst. De terughoudende benadering van het Hof is om die reden zeer voorstelbaar.

J.L.W. Broeksteeg

[1] EHRM 16 maart 2006, appl.no. 58278/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0316JUD005827800, *EHRC* 2006/57, m.nt. Broeksteeg.

[2] In de maanden januari-maart 1991 vonden in het onafhankelijkheidsstreven van de Baltische staten gewelddadigheden plaats van de zijde van Sovjet-militairen. Op 13 januari 1991 openden zij in Vilnius (Litouwen) het vuur op ongewapende burgers, met veel doden en gewonden tot gevolg.

[3] EHRM 17 juni 2004, appl.no. 58278/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0617JUD005827800, *EHRC* 2004/76.

[4] EHRM 16 maart 2006, appl.no. 58278/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0316JUD005827800, *EHRC* 2006/57, m.nt. Broeksteeg.

[5] EHRM 24 juni 2008, appl.no. 3669/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, *EHRC* 2008/98, m.nt. Broeksteeg.

[6] EHRM 11 juni 2009, appl.nos. 77568/01, 178/02 en 505/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD007756801, *EHRC* 2009/98, m.nt. Broeksteeg.

ANNOTATIE

**Verein KlimaSeniorinnen, Duarte Agostinho, Carême
(EHRM, 53600/20, 39371/20, 7189/21) –
Klimaatproblematiek onder het EVRM*****A.A. al Khatib en T.M. Linders***

1. Zwitserse klimaatoma's, Portugese jongeren en een Franse ex-burgemeester stappen omwille van het klimaat naar het EHRM. Dat klinkt als het begin van een sprookje, maar niets is minder waar. De rechtsgang van deze partijen leidt namelijk op 9 april 2024 tot een historisch resultaat in de vorm van drie uitspraken.[1] De Grote Kamer van het EHRM oordeelt – in de zaak van de klimaatoma's – (met zestien stemmen voor en één stem tegen) voor het eerst dat overheden op basis van het EVRM de schadelijke gevolgen van klimaatverandering moeten tegengaan. Daarmee geeft het EHRM een steun in de rug aan de Hoge Raad, die in het *Urgenda*-arrest een voorschot had genomen op dit oordeel van het EHRM,[2] en aan andere Europese nationale rechters die in klimaatzaken het EVRM van toepassing hebben geacht.[3] Tevens zet het EHRM, zeker wanneer het oordeel in alle drie de uitspraken in samenhang wordt beschouwd, de EVRM-rechtelijke contouren uiteen voor lopende en toekomstige klimaatprocedures.

2. In deze noot gaan wij in op de volgende thema's die in deze uitspraken aan bod komen: de rechtspositie van individuen bij het EHRM (alinea's 4-8), de rechtspositie van (milieu)organisaties bij het EHRM (alinea's 9-14), extraterritoriale rechtsmacht en de noodzaak tot uitputting van nationale rechtsmiddelen (alinea 15), de inhoudelijke beoordeling van de problematiek van klimaatverandering onder artikelen 2 en 8 EVRM (alinea's 16-19), of het Nederlandse klimaatbeleid EHRM-proof is (alinea 20) en de reacties in de (Europese) literatuur (alinea's 21-22). Wij sluiten af met enkele opmerkingen over de bevoegdheid van het EHRM in klimaatzaken (alinea 23).

3. Een aantal interessante punten die in de literatuur worden opgeworpen, maar waar wij in deze annotatie niet uitgebreid op ingaan zijn (1) de (Unierechtelijke) vraag of de gevolgen van deze uitspraak daadwerkelijk groot zullen zijn, aangezien in Zwitserland een in de wet neergelegde klimaatambitie ontbrak terwijl veel Europese landen zijn gebonden aan de

Europese Klimaatwet, waarin bindende emissiereductieverplichtingen voor de Staat zijn opgenomen,[4] (2) het grote belang dat het EHRM heeft gegeven aan het Akkoord van Parijs voor de invulling van art. 8 EVRM,[5] en (3) de vraag of de uitbreiding van de *locus standi* van belangenorganisaties in klimaatzaken ook zal worden voortgezet in andere milieuzaken met grootschalige, grensoverschrijdende gevolgen zoals luchtvervuiling.[6]

De rechtspositie van individuen bij het EHRM

4. Het is duidelijk dat het EHRM in deze klimaatzaken een balans heeft gezocht door enerzijds het mensenrechtelijk belang van het tegengaan van klimaatverandering te benadrukken en anderzijds te voorkomen dat burgers in groten getale bij het EHRM aankloppen om het klimaatvraagstuk te agenderen. Het EVRM voorziet niet in een *actio popularis*, waardoor het EHRM het niet aanvaardbaar acht om in klimaatzaken individuele slachtoffers gemakkelijk als verzoekers toe te laten: klimaatverandering gaat immers potentieel iedereen aan.

5. Het EHRM legt de lat daarom hoog om bij klachten over klimaatverandering aangemerkt te kunnen worden als slachtoffer in de zin van art. 34 EVRM; er moet sprake zijn van een ‘*high intensity of exposure to the adverse effects of climate change*’, ‘*the level and severity of (the risk of) adverse consequences [...] must be significant*’ en ‘*there must be a pressing need to ensure the applicant’s individual protection*’.[7] Deze drempel lijkt geïnspireerd door de hoge drempel die het EHRM hanteert in milieuzaken: om art. 8 EVRM in deze zaken te kunnen activeren moet de overlast voldoende ernstig zijn. Barkhuysen en Van Emmerik concluderen dat sprake moet zijn van ernstige vervuiling die het welzijn van burgers zodanig schaadt dat een effectief genot van het recht op privé- en familielevens niet meer mogelijk is.[8] Uit de overwegingen van het EHRM in de zaak van de Zwitserse klimaatoma’s volgt dat alleen bij ernstige medische condities, of levensbedreigende situaties, individuen recht hebben om te klagen over de effecten van klimaatverandering. Dat blijkt ook uit hoe het EHRM deze criteria op de casus van de klimaatoma’s toepast. Het EHRM stelt vast dat hittegolven de medische conditie van de klimaatoma’s negatief beïnvloeden, maar oordeelt dat niet uit het beschikbare materiaal blijkt dat zij aan de nadelige gevolgen van klimaatverandering zijn blootgesteld, of in de toekomst dreigen daaraan te worden blootgesteld, met een intensiteit die het noodzakelijk maakt om individuele bescherming te verzekeren. Relevant daarbij is volgens het EHRM dat geen sprake is van een kritieke medische conditie die niet middels *persoonlijke* adaptatie kon worden verlicht.[9] Het is gissen naar wat het EHRM bedoelt met persoonlijke adaptatie, maar aangenomen kan onzes inziens worden dat het EHRM meent dat de klimaatoma’s door vaker thuis te blijven en een airco te kopen kunnen ontkomen aan de genoemde gevolgen. De nadruk van het EHRM op persoonlijke adaptatie kan steun vinden in de literatuur,[10] maar roept ook principiële juridische vragen op aangezien persoonlijke adaptatie op zichzelf weer

een inbreuk kan vormen op EVRM-rechten: iemand die vaker door hittegevolgen thuis moet blijven wordt beperkt in het effectieve genot van het recht op privé- en familielevens. Andere bezwaren die genoemd kunnen worden tegen adaptatie in het algemeen zijn onder meer dat aandacht voor adaptatie het moeilijker kan maken om mitigerende maatregelen aangenomen en geïmplementeerd te krijgen en er geen ‘one-size-fits-all’ adaptatiemaatregelen zijn, aangezien de gevolgen van klimaatverandering verschillen van regio tot regio.[11] Het grootste probleem is volgens Verschuuren dat mitigerende maatregelen voornamelijk kunnen worden geïmplementeerd op één beleidsgebied (milieuwetgeving), terwijl adaptatiemaatregelen moeten worden geïmplementeerd via een breed scala aan beleidsgebieden. Dit vergt een grote, gecoördineerde inspanning.[12]

6. Hosli en Rehmann hebben opgemerkt dat ook andere soorten milieuschade (zoals lucht- of watervervuiling) kunnen worden veroorzaakt door meerdere bronnen en schade kunnen aanbrengen aan grote delen van een bevolking, maar dat het EHRM de slachtofferstatus in dergelijke zaken niet heeft uitgesloten.[13] Een voorbeeld is de zaak *Pavlov e.a. t. Rusland*, waarin het EHRM de deur leek te openen voor een ruimere ontvankelijkheid onder art. 8 EVRM.[14] Verzoekers in deze zaak waren inwoners van een stad waarin door luchtverontreiniging door nabije fabrieken de toepasselijke veiligheidsnormen werden overschreden. Hun klacht werd ontvankelijk verklaard, ondanks het feit dat zij (onder meer) geen specifieke gezondheidsklachten hadden en zichzelf niet van de andere stadsbewoners onderscheidden. Toch hoeft dit niet meteen te wijzen op een inconsistentie. Het EHRM is namelijk altijd streng als een lidstaat (langdurig) nationale normen overschrijdt[15] en dat was mogelijk doorslaggevend in de zaak *Pavlov e.a. t. Rusland*.

7. Een te strikte invulling van het slachtoffervereiste kan, zo oordeelde het EHRM eerder, in de weg staan aan effectieve bescherming van mensenrechten.[16] Het beginsel van effectieve bescherming van grondrechten kan daarom een rol spelen bij een ruimere uitleg van de ontvankelijkheidscriteria. Uit de drie uitspraken van 9 april 2024, en in het bijzonder de zaak van de klimaatoma's, blijkt echter dat de Grote Kamer van het EHRM deze lijn voor een ruime ontvankelijkheid voor individuele burgers niet voortzet bij klimaatzaken. Een afwijkende benadering bij klimaatzaken is te rechtvaardigen aangezien broeikasgassen, anders dan bijvoorbeeld bepaalde vervuilende stoffen, op zichzelf niet gevaarlijk zijn. Het zijn de gevolgen van broeikasgassen die de EVRM-rechten mogelijk schaden, en er valt op dit moment bijna altijd te twisten over de vraag of deze gevolgen in een individueel geval tot schade hebben geleid en of die schade van zodanige aard is dat individuele slachtofferschap aangenomen kan worden.

8. Deze strikte benadering in klimaatzaken roept de vraag op in hoeverre individuen nog op

nationaal niveau met enige kans op succes kunnen procederen over de negatieve gevolgen van klimaatverandering wanneer zij daarbij een beroep doen op EVRM-rechten. De rechtbank Den Haag oordeelt in een uitspraak van 25 september 2024 over de ontvankelijkheid van Greenpeace Nederland en acht individuele eisers (grotendeels inwoners van Bonaire) in een klimaatprocedure dat de vordering van de individuele eisers niet-ontvankelijk is.[17] De rechtbank overweegt onder meer dat, indien de individuele eisers naast Greenpeace Nederland een eigen rechtstreeks belang zouden willen aantonen, zij aan een aantal eisen moeten voldoen. Daarbij verwijst de rechtbank expliciet naar de hoge eisen die het EHRM stelt aan persoonlijk slachtofferschap. In zoverre lijkt de strikte invulling van het slachtoffervereiste van het EHRM ook op nationaal niveau de procespositie van individuele burgers te beïnvloeden. De vorderingen van Greenpeace Nederland – die ook strekken tot het behartigen van de belangen van deze individuele eisers – zijn evenwel ontvankelijk verklaard. De rechtbank overweegt dat Greenpeace Nederland voldoet aan de voorwaarden voor ontvankelijkheid, zoals neergelegd in art. 3:305a BW, om een collectieve actie in de vorm van een algemeen belang actie te starten.[18]

De rechtspositie van belangenorganisaties bij het EHRM

9. Tegenover de hoge drempel die het EHRM opwerpt voor individuele burgers in deze klimaatzaken staat dat het EHRM bij belangenorganisaties op het terrein van klimaat een andere benadering kiest. Aan deze benadering ligt het bijzondere en urgente karakter van klimaatzaken ten grondslag. Volgens het EHRM hoeft bij dergelijke belangenorganisaties niet nagegaan te worden of de leden van die belangenorganisatie daadwerkelijk ernstig worden geschaad door klimaatverandering. In plaats daarvan moet worden voldaan aan drie criteria, die het EHRM formuleert naar analogie van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (Verdrag van Aarhus), om *locus standi* te kunnen krijgen. Hiermee breekt het EHRM met eerdere rechtspraak.

10. Volgens vaste rechtspraak interpreteert het EHRM art. 34 EVRM zo dat belangenorganisaties in beginsel alleen kunnen klagen over schendingen van hun eigen rechten onder het EVRM.[19] Daarvoor heeft het twee belangrijke redenen. Ten eerste is een collectieve actie waarmee een belangenorganisatie bij het EHRM opkomt voor anderen bij het EHRM in beginsel niet mogelijk. Daarnaast kunnen bepaalde verdragsrechten naar hun aard niet worden uitgeoefend door een belangenorganisatie.[20] Daar staat tegenover dat het weleens voorkomt dat het EHRM de klachten van belangenorganisaties ontvankelijk verklaart als zij voor anderen opkomen. Het EHRM verwijst in de zaak van de Zwitserse klimaatoma's naar twee zaken uit 1999 en 2021,[21] waarin het oordeelde dat het voor een belangenorganisatie mogelijk kan zijn om te procederen bij het EHRM ondanks dat zij zelf

geen slachtoffer is.[22]

11. In de zaak uit 1999 oordeelt het EHRM dat een belangenorganisatie (in dat geval Greenpeace) zelf op basis van art. 8 EVRM niet kan klagen over (milieu)hinder veroorzaakt door een fabriek nabij de feitelijke vestigingsplaats van de belangenorganisatie. De belangenorganisatie zou slechts een klacht kunnen indienen namens haar leden of werknemers die op deze vestigingsplaats actief zijn. Dat kan de belangenorganisatie doen op dezelfde wijze als een advocaat zijn cliënt vertegenwoordigt.[23] Wij nemen aan dat dit in principe betekent dat een belangenorganisatie een machtiging van de leden of de werknemers nodig heeft om te procederen namens leden en medewerkers. In deze zaak uit 1999 stelt het EHRM verder geen nadere eisen voor de procesbevoegdheid van belangenorganisaties.

12. In de zaak uit 2021 verduidelijkt het EHRM dat de mogelijkheid dat belangenorganisaties kunnen klagen over een schending van het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) bij het EHRM om voor de rechten van hun leden (zoals het recht op een gezond milieu) op nationaal niveau te kunnen opkomen, niet automatisch betekent dat de belangenorganisatie ook art. 8 EVRM kan invoeren bij het EHRM: *‘The Court notes that in granting standing to associations under Article 6 of the Convention where the dispute at the domestic level is related to their members’ rights or interests (such as the right to a healthy environment or respect for home) or a more general interest in the protection of the environment, it has regard to the fact that an association could sufficiently have a “right” to which it could claim to be entitled as a legal entity [...]. Thus, the fact that an association enjoys a civil right, within the meaning of the Convention, does not automatically render a substantive provision of the Convention applicable by virtue of the rights enjoyed individually by that association’s members. Similar considerations apply to the case brought by the applicant association. The fact that the substantive issues fall within the ambit of the sphere of Article 8 on account of environmental issues and the displacement of the local residents of the area in question does not endow the applicant association with more than the intermediary role that it played in the pursuit of its members’ rights.’*[24]

13. Wij stellen vast dat de hierboven besproken uitspraken uit 1999 en 2021 geen precedent zijn voor de nieuwe lijn van het EHRM: in de zaak van de klimaatoma's geeft het EHRM een veel sterkere en omvangrijkere procespositie aan belangenorganisaties in klimaatzaken, gelet op het bijzondere karakter van klimaatverandering en het belang van het bevorderen van intergenerationele lastenverdeling. Zo is niet vereist dat de leden van de organisatie individueel als slachtoffer in de zin van art. 34 EVRM kunnen worden aangemerkt en is geen machtiging per individu vereist. Het EHRM komt met drie criteria waar een belangenorganisatie in deze zaken aan moet voldoen: de organisatie moet op nationaal niveau wettig zijn opgericht of daar procesbevoegdheid hebben (criterium 1), een specifiek doel nastreven dat in overeenstemming is met haar statutaire doelstellingen (criterium 2) en

werkelijk gekwalificeerd en representatief zijn om op te treden namens getroffen partijen (criterium 3).[25] Het EHRM oordeelt dat de vereniging KlimaSeniorinnen voldoet aan deze criteria, waarbij het met name acht slaat op de activiteiten van de vereniging, de statutaire doelstellingen en het aantal leden. Verder benadrukt het EHRM dat de vereniging niet alleen handelt in het belang van haar leden, maar ook opkomt voor het algemeen belang en de belangen van toekomstige generaties. Daardoor kan de vereniging worden gezien als een *'vehicle of collective recourse'*, gericht op het verdedigen van de rechten en belangen van individuen tegen de schadelijke gevolgen van klimaatverandering.[26] Volgens het EHRM hoeft de vereniging niet aan te tonen dat degenen wier belangen zij behartigt voldoen aan de hoge lat voor ontvankelijkheid van individuen in klimaatzaken. De uitzonderingspositie die belangenorganisaties hiermee krijgen is bijzonder te noemen. In dat opzicht is de *partly concurring partly dissenting opinion* van rechter Eicke, voor zover hij aangeeft dat het EHRM hiermee de facto een *actio popularis* heeft toegestaan, te volgen.[27]

14. Het EHRM lijkt ook de nationale positie van belangenorganisaties te versterken door in de zaak van de klimaatoma's te oordelen dat het recht op toegang tot de rechter (artikel 6 EVRM) van de vereniging KlimaSeniorinnen is geschonden omdat de nationale rechter haar zaak in het geheel niet inhoudelijk heeft behandeld. In Nederland bestaat bij sommige partijen de wens om de toegang van belangenorganisaties tot de rechter meer te beperken.[28] Een dergelijke beperking zal echter proportioneel moeten zijn. Overheden moeten in het geval van belangenorganisaties de bijzondere rol die zij hebben volgens het EHRM in klimaatzaken in acht nemen. Daarnaast betoogt Stolk, onzes inziens terecht, dat voorkomen moet worden dat de rechter belangenorganisaties langs de maatstaf van de representatieve democratie legt, aangezien dit zou leiden tot politisering van de toegang tot de rechter.[29]

Extraterritoriale rechtsmacht en de noodzaak tot uitputting rechtsmiddelen

15. In de zaak *Duarte Agostinho e.a. t. Portugal en 32 anderen* stellen Portugese jongeren dat de desbetreffende 33 verdragsstaten onvoldoende actie hebben genomen op het gebied van klimaatverandering. Klagers stellen dat Portugal territoriale rechtsmacht heeft en de andere betrokken Staten (bijzondere) extraterritoriale rechtsmacht hebben. Verder stellen klagers onder meer dat zij vrijgesteld moeten worden van de verplichting zoals neergelegd in art. 35 EVRM om de nationale rechtsmiddelen in elke lidstaat uit te putten. Het EHRM benadrukt dat klimaatzaken in een aantal opzichten anders zijn dan de 'klassieke' milieuzaken. Het gaat daarom na of voor deze gevallen een geldige reden bestaat om de bestaande rechtspraak inzake extraterritoriale rechtsmacht te ontwikkelen.[30] Het EHRM concludeert echter dat de bijzondere omstandigheden in klimaatzaken niet kunnen leiden tot een herziening van de benadering van extraterritoriale rechtsmacht. Dat lijkt ons in lijn met de bepalingen in het EVRM. Een andere conclusie zou leiden tot een gebrek aan voorspelbaarheid, waardoor

iedereen die nadelige gevolgen ondervindt van klimaatverandering een Staat aansprakelijk kan stellen, waar ook ter wereld hij of zij de effecten daarvan ondervindt. Hoewel Portugal onder art. 1 EVRM wel territoriale rechtsmacht heeft, verklaart het EHRM de klacht tegen Portugal ook niet-ontvankelijk, aangezien klagers ook daar niet alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput.

De inhoudelijke beoordeling van de problematiek van klimaatverandering onder art. 2 en 8 EVRM

16. Het oordeel dat de bescherming tegen klimaatverandering onder de reikwijdte van art. 2 en 8 EVRM kan vallen, ligt in het verlengde van het oordeel van het EHRM in eerdere milieuzaken. Voor de toepasselijkheid van art. 2 EVRM in milieuzaken moet sprake zijn van overlijden of een *real and imminent* risico daarop, waaronder wordt verstaan een *serious, genuine and sufficiently ascertainable threat*, met materiële en temporele nabijheid van het risico.[31] In de context van klimaatverandering verwoordt het EHRM daarnaast dat de nadelige gevolgen onvermijdelijk en onomkeerbaar moeten zijn en dat het zeer waarschijnlijk is dat de frequentie en ernst zullen toenemen. Dit impliceert volgens het EHRM dat in zaken waarin een klager voldoet aan de criteria die het EHRM stelt om aangemerkt te kunnen worden als slachtoffer in de zin van art. 34 EVRM, en sprake is van een ernstig risico van een aanzienlijke daling van iemands levensverwachting als gevolg van klimaatverandering, art. 2 EVRM van toepassing kan zijn. Deze toepasselijkheid van art. 2 EVRM is onzes inziens verklaarbaar, nu uit onder meer rapporten van het IPCC blijkt dat klimaatverandering levensgevaarlijke en onomkeerbare gevolgen kan hebben voor de mensheid.

17. Voor de toepasselijkheid van art. 8 EVRM in milieuzaken moet sprake zijn van een daadwerkelijke inbreuk (rechtstreeks en onmiddellijk) en een minimale mate van ernst: milieuoverlast op zichzelf leidt niet tot een aantasting van rechten neergelegd in art. 8 EVRM. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat door verzoeker moet worden aangetoond dat sprake is van een serieuze aantasting met een directe impact op de beschermde rechten. Of daarvan sprake is beoordeelt het EHRM aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de intensiteit en de duur van de milieuoverlast en de fysieke en psychologische effecten daarvan.[32] In de context van klimaatzaken onderzoekt het EHRM dit aan de hand van de criteria die het heeft vastgesteld met betrekking tot de slachtofferstatus van individuen of de status van belangenorganisaties.[33] Het EHRM concludeert dat art. 8 EVRM moet worden gezien als een recht voor individuen op doeltreffende bescherming door de autoriteiten van de Staat tegen ernstige nadelige gevolgen van klimaatverandering voor hun leven, gezondheid, welzijn en levenskwaliteit.

18. Het EHRM beoordeelt in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland* de klacht

inhoudelijk louter aan de hand van art. 8 EVRM. Het laat in het midden of Zwitserland inbreuk maakt op art. 2 EVRM, aangezien twijfelachtig is of de tekortkomingen van Zwitserland zodanige levensbedreigende gevolgen hadden.[34] Daarbij geeft het EHRM aan dat de ontwikkelde positieve verplichtingen onder art. 2 en 8 EVRM in milieuzaken in hoge mate vergelijkbaar zijn. Toch zijn er verschillen aan te wijzen tussen de benadering van positieve verplichtingen onder de beide EVRM-bepalingen. Art. 2 EVRM is een van de meest fundamentele bepalingen van het EVRM, waardoor deze bepaling als zodanig in andere zaken strikt door het EHRM wordt geïnterpreteerd.[35] Dat betekent dat het EHRM vaker tot een beperkte *margin of appreciation* komt bij art. 2 EVRM en een ruimere *margin of appreciation* laat bij art. 8 EVRM.[36] Tegelijkertijd heeft het EHRM onder art. 8 EVRM meer positieve verplichtingen aangenomen dan onder art. 2 EVRM.[37] Ook benadert het EHRM deze bepalingen niet altijd gelijk; het EHRM formuleert positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM vaak aan de hand van een ‘*reasonable knowledge and means*’-toets (wist of behoorde de overheid te weten dat er een reëel en dreigend gevaar was voor de aantasting en legt de verplichting geen onmogelijke of disproportionele last op de overheid?), terwijl het dat onder art. 8 EVRM vaak doet aan de hand van een ‘*fair balance*’-toets (aan de hand van alle belangen wordt beoordeeld welke acties van een overheid nodig zijn voor een goede balans).[38] In deze klimaatzaken staat het EHRM niet (uitgebreid) stil bij deze verschillen tussen art. 2 en 8 EVRM.

19. Het EHRM leest in art. 8 EVRM de positieve verplichting voor Staten om effectieve bescherming te bieden tegen de ernstige nadelige gevolgen van klimaatverandering. Primair hebben Staten de plicht om regelgeving en maatregelen aan te nemen die de bestaande en mogelijk onomkeerbare toekomstige effecten van klimaatverandering kunnen beperken. Vervolgens moeten zij deze maatregelen ook effectief in de praktijk toepassen. Het EHRM overweegt aan de hand van algemene uitgangspunten dat art. 8 EVRM vereist dat de Staat maatregelen neemt met het oog op het bereiken van een emissieneutrale economie binnen drie decennia (uiterlijk 2050). Om een onevenredige belasting van toekomstige generaties te voorkomen, moeten daarnaast adequate (tussentijdse) reductiedoelstellingen worden vastgesteld. Dat het EHRM dergelijke algemene uitgangspunten formuleert is niet ongebruikelijk: positieve verplichtingen zijn voornamelijk algemeen verwoorde inspanningsverplichtingen waarbij een Staat de keuze heeft welke maatregelen te treffen bij het beschermen van de grondrechten.[39] Het EHRM onderzoekt in deze gevallen of daadwerkelijk sprake is van een schending aan de hand van de omstandigheden van het geval.[40] Daarvoor zoekt het EHRM in de zaak van de klimaatoma's aansluiting bij de internationaal (in het VN-Klimaatverdrag en het Akkoord van Parijs) gemaakte afspraken om de opwarming van de aarde te beperken en bij de wetenschappelijke rapporten van het IPCC,

waarin wordt aangegeven dat het voor het beperken van de opwarming van aarde tot 1,5 °C nodig is dat in 2050 wereldwijd sprake is van netto nul CO₂-emissies.[41] Het EHRM vaart daarmee op internationale afspraken bij de analyse naar de benodigde aanpak tegen (de schadelijke gevolgen van) klimaatverandering. Dat is overigens niet zó bijzonder: ook in het *Urgenda*-arrest en in een Belgische klimaatzaak werd het klimaatbeleid getoetst aan toezeggingen die door de Staat zelf waren gedaan.[42] Spannender wordt het als zaken niet direct betrekking hebben op het behalen van de lange-termijn-doelstellingen, waarover duidelijke internationale afspraken zijn gemaakt. Zo lopen er op dit moment rechterlijke procedures in Nederland en België over onder meer de omvang van de verplichting van een Staat om klimaatverandering tegen te gaan en het bijhorende reductiepad van broeikasgassen.[43] Daarin wordt gesteld dat niet pas in 2050, maar al eerder klimaatneutraliteit moet worden bereikt. Ook in de zaak *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland* vroegen klagers (onder meer) aan het EHRM Zwitserland op te dragen om per 2030 minimaal een broeikasgasemissiereductie van 40% te bereiken. Het EHRM gaat hier niet op in, en lijkt in het midden te laten wat de omvang van tussentijdse reductiedoelstellingen zou moeten zijn.[44] Het EHRM komt tot de conclusie dat het Zwitserse klimaatbeleid niet voldoet aan de eisen die voortvloeien uit art. 8 EVRM, aangezien onder meer concrete reductiedoelstellingen niet worden gehaald, een in de wet neergelegde klimaatambitie ontbreekt, in een Klimaatwet neergelegde maatregelen ontbreken en geen nationaal CO₂-emissieplafond is vastgesteld.

Is het Nederlandse klimaatbeleid EHRM-proof?

20. Het voorgaande roept de vraag op hoe het Nederlandse klimaatbeleid zich verhoudt tot de drie uitspraken van het EHRM en in het bijzonder de zaak van de klimaatoma's. Volgens voormalig Minister voor Klimaat en Energie Rob Jetten voldoet het Nederlandse (regelgevende) kader aan de eisen die het EHRM stelt aan het klimaatbeleid, zo blijkt uit een Kamerbrief van 16 juni 2024.[45] Jetten geeft aan dat Nederland en de Europese Unie beschikken over een regelgevend kader gericht op het realiseren van netto nul uitstoot in uiterlijk 2050 en dat in regelgeving tussendoelen zijn verankerd en mechanismen zijn vastgesteld zodat het vaststellen van klimaatplannen, monitoren en rapporteren over de resultaten van deze plannen en het eventueel bijstellen van deze plannen te waarborgen. Ook zijn volgens Jetten de Nederlandse wet- en regelgeving en rechtspraktijk in overeenstemming met de eisen die het EHRM stelt aan de toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) in klimaatzaken, nu in het Burgerlijk Wetboek en in de Algemene wet bestuursrecht de mogelijkheid van een collectieve actie wettelijk is vastgelegd. Franken stelt echter dat de Nederlandse Klimaatwet vermoedelijk niet EHRM-proof is: zo wordt in de Nederlandse Klimaatwet enkel gesproken van een 'streefdoel' in 2030. Ook zijn de doelen voor 2030 en 2050 volgens Franken niet bij de

rechter afdwingbaar en geldt de Nederlandse Klimaatwet niet voor Caribisch Nederland, waardoor daar mogelijk (zoals in het geval van Zwitserland) ook sprake is van een rechtsvacuüm.[46] Dit is ook een aandachtspunt in de dagvaarding van Bonaire en Greenpeace tegen Nederland, waarin wordt aangegeven dat de Klimaatwet en het Klimaatplan niet van toepassing zijn op het Caribisch Nederland en dat in het Klimaatplan 2021-2030 niets is opgenomen over Bonaire, de BES-eilanden of Caribisch Nederland.[47] Verder benadrukt Douma dat het kabinet-Schoof een ander, minder ambitieus, klimaatbeleid lijkt na te streven, met als gevolg dat niet alleen het risico op schadelijke gevolgen van klimaatverandering toeneemt, maar dat ook het risico dat Nederland opnieuw veroordeeld wordt door rechterlijke instanties wegens een schending van art. 8 EVRM toeneemt.[48] In het regeerprogramma van kabinet-Schoof is over het klimaat opgenomen dat vastgehouden wordt aan de bestaande klimaatafspraken, maar dat alternatief beleid zal worden gemaakt als deze doelen niet behaald kunnen worden.[49]

Ontvangst van deze uitspraken in de (Europese) literatuur

21. In de kritiek op het arrest wordt de nadruk voornamelijk gelegd op het ‘rechterlijk activisme’ dat het EHRM laat zien door met evolutieve interpretatie verder te gaan dan wat legitiem en toelaatbaar wordt geacht.[50] Dergelijke kritiek komt tot uitdrukking in de *partly concurring, partly dissenting opinion* van rechter Eicke[51] en is in Nederland niet onbekend: na het *Urgenda-arrest* werd ook kritiek geuit over de rol van de rechterlijke macht met betrekking tot klimaatproblematiek.[52] Žatková en Paľuchová spreken daarnaast van een ‘greening’ van het EVRM en geven aan dat het verrassend is dat het EHRM ‘verder ging dan verwacht’: naast de bevestiging dat het EVRM bescherming biedt tegen de schadelijke gevolgen van klimaatverandering overweegt het EHRM dat Staten onder meer maatregelen moeten nemen die de komende drie decennia een ‘netto-nul’-uitstoot van broeikasgassen moeten bewerkstelligen. Daarnaast wordt de vraag gesteld waarom het EHRM in de zaak van de klimaatoma’s de klacht over art. 6 EVRM slechts relevant acht voor de vereniging en niet voor de individuele verzoekers.[53] Ook dit kritiekpunt komt terug in de *partly concurring partly dissenting opinion* van rechter Eicke, waarin hij aangeeft dat ook een schending van art. 6 EVRM had moeten worden vastgesteld voor wat betreft de klacht van de individuele verzoekers.[54]

22. Ondanks dergelijke kritiek is de uitspraak van het EHRM is voornamelijk positief ontvangen.[55] Er lijkt consensus te zijn over het feit dat het EVRM een ‘living instrument’ is en dat het EHRM heeft voortgebouwd op de bestaande lijn. Volgens Hoffmann is het daarom geen onconventionele uitspraak, zeker nu het EHRM de best beschikbare wetenschappelijke consensus als leidraad heeft gebruikt.[56] Daarnaast benadrukt Hoffmann dat rechters in een

democratische samenleving de taak hebben om toezicht te houden en de rechtsstaat te handhaven, grondrechten op een evolutieve manier moeten interpreteren, rekening houdend met de opvattingen in de samenleving, en vervolgens een taak hebben om deze grondrechten te beschermen, zelfs wanneer een democratische meerderheid daar tegen is.

Tot slot

23. Na het *Urgenda*-arrest werd in de literatuur kritiek geuit over de rol van de rechterlijke macht met betrekking tot klimaatproblematiek, met name vanuit het oogpunt van machtscheiding.[57] Dergelijke bezwaren lijkt het EHRM in deze uitspraak te willen ondervangen. Het EHRM benadrukt dat zijn eigen bevoegdheid begrensd wordt door art. 19 EVRM en dat Staten primair zelf verantwoordelijk zijn om de gevolgen van klimaatverandering tegen te gaan. Toch acht het EHRM zich bevoegd te oordelen in deze zaken, gelet op onder meer de urgentie van het algemeen erkende probleem van klimaatverandering, aangezien de rechterlijke macht ook als taak heeft om toe te zien op de naleving van mensenrechten. Een actieve houding van de rechter is onzes inziens gerechtvaardigd als politieke actoren (bestuur en wetgever) niet thuis geven als het gaat om het tegengaan van de schadelijke gevolgen van klimaatverandering.

A.A. al Khatib, advocaat bij Stibbe en tevens als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden, & T.M. Linders, professional support lawyer bij Stibbe.

[1] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, EHRM (GK) 9 april 2024, nr. 53600/20, ECLI:CE:ECHR:2024:0904JUD005360020, *M en R* 2024/99 m.nt. T.R. Bleeker, *RAV* 2024/49, *NJB* 2024/940, *JM* 2024/72 m.nt. W.T. Douma; «EHRC» 2024/0102; *Duarte Agostinho e.a. t. Portugal en 32 anderen*, EHRM (GK) 9 april 2024 (ontv.), nr. 39371/20, ECLI:CE:ECHR:2024:0904DEC003937120, «EHRC» 2024/0101; *Carême t. Frankrijk*, EHRM (GK) 9 april 2024 (ontv.), nr. 7189/21, ECLI:CE:ECHR:2024:0409DEC000718921, «EHRC» 2024/0103.

[2] *Urgenda*, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *JM* 2020/33, m.nt. Douma; *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes, r.o. 5.6.4.

[3] *Conseil d'État*, 1 juli 2021, nr. 427301, ECLI:FR:CECHR:2021:427301.20210701; *VZW/ASBL Klimaatzaak e.a. t. Belgische staat, Waalse Gewest, Vlaamse Gewest en Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, Hof van beroep Brussel 30 november 2023, 2021/AR/1589, 2022/AR/737, 2022/AR/891; *Urgenda*, HR 20 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:2006, *JM* 2020/33, m.nt. Douma; *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes.

- [4] Zie bijv. S. Žatková & P. Paľuchová, 'Insufficient Measures to Combat Climate Change Resulting in Violation of Human Rights', *Bratislava Law Review*, 2024/8(1), <https://doi.org/10.46282/blr.2024.8.1.874>.
- [5] A. Hoffmann, 'Five key points from the groundbreaking European Court of Human Rights climate judgment in Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v Switzerland', *Environmental Law Review* 2024/26(2), p. 91-99.
- [6] A. Hosli & M. Rehmann, 'Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: the European Court of Human Rights' Answer to Climate Change', *Climate Law*, 2024/1(22), <https://doi.org/10.1163/18786561-bja10055>.
- [7] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 487.
- [8] T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2023, p. 119.
- [9] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 532-535.
- [10] T. Barkhuysen, 'De blinde vlek in klimaat zaken', *NJB* 2023/1955.
- [11] J. Verschuuren, *Research Handbook on Climate Change Adaptation Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 2-3.
- [12] Idem.
- [13] A. Hosli & M. Rehmann, 'Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: the European Court of Human Rights' Answer to Climate Change', *Climate Law*, 2024/1(22), <https://doi.org/10.1163/18786561-bja10055>.
- [14] *Pavlov e.a. t. Rusland*, EHRM 11 oktober 2022, nr. 31612/09, ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD003161209, «EHRC» 2022/270 m.nt. R.P.C.M. van Wel, AB 2023/159 m.nt. A.A. al Khatib & T.M. Linders, O&A 2022/91.
- [15] T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2023, p. 121; zie bijv. *Moreno Gómez t. Spanje*, nr. 4143/02, EHRM 16 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302, «EHRC» 2005/12 m.nt. H.L. Janssen, AB 2004/453 m.nt. T. Barkhuysen, JB 2005/2, m.nt. A.M.L. Jansen.
- [16] *Klass e.a. t. Duitsland*, EHRM (GK) 6 september 1978, nr. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971, par. 34; zie ook J.H. Gerards, *EVRM - Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 32 en 33.

[17] Rb. Den Haag, 25 september 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:14834, r.o. 3.21.

[18] Idem, r.o. 3 e.v. De rechtbank overweegt dat de belangen waarvoor Greenpeace Nederland in deze zaak opkomt aansluiten bij de belangen die zij ingevolge haar statuten behartigt en dat Greenpeace Nederland voldoende representatief is en een adequate vertegenwoordiger voor de belangen waarvoor zij zegt op te komen. Ook voldoet Greenpeace Nederland aan de voorwaarden van ontvankelijkheid zoals neergelegd in art. 3:305a, derde lid, BW.

[19] Zie bijv. *Stichting Mothers of Srebrenica e.a. t. Nederland*, EHRM 11 juni 2013 (ontv.), nr. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212, «EHRC» 2014/22 m.nt. A.M.H. Vermeer-Künzli, NJ 2014/263 m.nt. N.J. Schrijver, AB 2014/25 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 114-117.

[20] [20] *Asselbourg e.a. t. Luxemburg*, EHRM 29 juni 1999 (ontv.), nr. 29121/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002912195, par. 41.

[21] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 498.

[22] *Asselbourg e.a. t. Luxemburg*, EHRM 29 juni 1999 (ontv.), nr. 29121/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002912195; *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği t. Türkiye*, EHRM 7 december 2021 (ontv.), nr. 37857/14, ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC003785714, par. 41-43.

[23] *Asselbourg e.a. t. Luxemburg*, EHRM 29 juni 1999 (ontv.), nr. 29121/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002912195.

[24] *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği t. Türkiye*, EHRM 7 december 2021 (ontv.), nr. 37857/14, ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC003785714, par. 43.

[25] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 502.

[26] Idem, par. 521-526.

[27] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, *Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Eicke*.

[28] Zie Hoofdlijnenakkoord 2024-2028 van PVV, VVD, NSC en BBB, p. 18. Daarnaast werd in februari 2023 een motie aangenomen waarin werd verzocht om nadere vereisten op te stellen met het oog op de representativiteit van belangenorganisaties die rechtszaken tegen de Staat aanspannen, *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 37.

- [29] R. Stolk, 'De algemeenbelangactie in strijd met het algemeen belang?', *NJB* 2023/970.
- [30] *Duarte Agostinho e.a. t. Portugal en 32 anderen*, par. 189 en 190.
- [31] *Nicolae Virgiliu Tănase t. Roemenië*, EHRM (GK) 25 juni 2019, nr. 41720/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD004172013, par. 140|41, *RAV* 2019/71; *Öneryildiz t. Turkije*, EHRM (GK) 30 november 2004, nr. 48939/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, AB 2005/43 m.nt. A.J.T. Woltjer, «EHRC» 2005/10, *NJ* 2005/210 m.nt. E.A. Alkema, par. 71; *Budayeva e.a. t. Rusland*, EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, 21166/06, 20058/02, 11673/02 en 15343/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0320JUD001533902, par. 130; *Kolyadenko e.a. t. Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17425/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0228JUD001742305, par. 150-158; *Fadeyeva t. Rusland*, EHRM 9 juni 2005, nr. 5523/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0609JUD005572300, «EHRC» 2005/80 m.nt. Janssen, *M&R* 2005/10, m.nt. Kamminga.
- [32] *Fadeyeva t. Rusland*, EHRM 9 juni 2005, nr. 5523/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0609JUD005572300, «EHRC» 2005/80 m.nt. Janssen, *M&R* 2005/10, m.nt. Kamminga, par. 68; *Dutbetska e.a. t. Oekraïne*, EHRM 10 februari 2011, nr. 30499/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0210JUD003049903, par. 105.
- [33] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 520 e.v.
- [34] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 536 & 537.
- [35] *Andronicou and Constantinou t. Cyprus*, EHRM 9 oktober 1997, nr. 25052/94, ECLI:CE:ECHR:1997:1009JUD002505294, par. 171.
- [36] J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2023, p. 250 e.v.
- [37] Zie daarover ook de 'Wenk' in *RAV* 2024/49 bij *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, EHRM (GK) 9 april 2024, nr. 53600/20, ECLI:CE:ECHR:2024:0904JUD005360020.
- [38] J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2023, p. 177 e.v.
- [39] M. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Cambridge: Intersentia 2017, p. 46; vgl. *Öneryildiz t. Turkije*, EHRM (GK) 30 november 2004, nr. 48939/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, AB 2005/43 m.nt. A.J.T. Woltjer, «EHRC» 2005/10, *NJ* 2005/210 m.nt. E.A. Alkema, par. 89 e.v.
- [40] M. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU* (diss. Radboud

Universiteit Nijmegen), Cambridge: Intersentia 2017, p. 46.

[41] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 546 e.v.; zie ook par. 104 e.v.

[42] *VZW/ASBL Klimaatzaak e.a. t. Belgische staat, Waalse Gewest, Vlaamse Gewest en Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, Hof van beroep Brussel 30 november 2023, 2021/AR/1589, 2022/AR/737, 2022/AR/891; *Urgenda*, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *JM* 2020/33, m.nt. Douma; *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes.

[43] Dagvaarding in zaak Bonaire en Greenpeace tegen Nederland; *VZW/ASBL Klimaatzaak e.a. t. Belgische staat, Waalse Gewest, Vlaamse Gewest en Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, Hof van beroep Brussel 30 november 2023, 2021/AR/1589, 2022/AR/737, 2022/AR/891.

[44] *KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, par. 653-657; zie ook A.Ch.H. Franken, 'Effectief klimaatbeleid voor 2030 is een grondrecht', *AV&S* 2024/12.

[45] *Kamerstukken II* 2023/23, 31793, nr. 269.

[46] A.Ch.H. Franken, 'Effectief klimaatbeleid voor 2030 is een grondrecht', *AV&S* 2024/12.

[47] Dagvaarding in zaak Bonaire en Greenpeace tegen Nederland, p. 98; zie ook Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (2020), *Klimaatplan 2021-2030*.

[48] W.Th. Douma, 'EHRM bevestigt dat onvoldoende bescherming tegen klimaatverandering schending mensenrecht vormt', *JM* 2024/95, par. 5.

[49] Regeerprogramma PVV, VVD, NSC en BBB, 13 september 2024, p. 7.

[50] Zie bijv. F. de Fossard, 'Climate change is not a matter for human rights law', 10 april 2024, te raadplegen via <https://www.spectator.co.uk/article/climate-change-is-not-a-matter-for-human-rights-law/>.

[51] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*, *Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Eicke*.

[52] Zie bijvoorbeeld P.P.T. Bovend'Eert, 'Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda', *RegelMaat* 2021/3.2; R. van der Hulle, 'De rol van de rechter in politieke geschillen', *AA* 2021/0647; L.A.D. Keus, 'Urgenda-arrest en wetgevingsbevel', *RegelMaat* 2021/3.3; G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *AA* 2016/0026; L.F.M. Besselink, 'Rechter en politiek: machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *TvCR* 2020/2.1.

[53] A. Hosli & M. Rehmann, 'Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: the European Court of Human Rights' Answer to Climate Change', *Climate Law*, 2024/1(22), <https://doi.org/10.1163/18786561-bja10055>.

[54] *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland, Partly concurring partly dissenting opinion of Judge Eicke*.

[55] Zie bijv. Y. Buruma, 'De Klima-zaak en de rol van de rechter', *NJB* 2024/866; W.Th. Douma, 'EHRM bevestigt dat onvoldoende bescherming tegen klimaatverandering schending mensenrecht vormt', *JM* 2024/95.

[56] A. Hoffmann, 'Five key points from the groundbreaking European Court of Human Rights climate judgment in Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v Switzerland', *Environmental Law Review* 2024/26(2), p. 91-99.

[57] Zie bijv. P.P.T. Bovend'Eert, 'Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda', *RegelMaat* 2021/3.2; R. van der Hulle, 'De rol van de rechter in politieke geschillen', *AA* 2021/0647; L.A.D. Keus, 'Urgenda-arrest en wetgevingsbevel', *RegelMaat* 2021/3.3; G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *AA* 2016/0026; L.F.M. Besselink, 'Rechter en politiek: machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *TvCR* 2020/2.1.

ANNOTATIE

Tribunale di Bolzano (HvJ EU, C-178/22) – Vorderen van telecommunicatiegegevens: definitie van ernstige criminaliteit***R.M. te Molder*****Inleiding**

1. In de rechtspraak is reikhalzend uitgekeken naar (meer) duidelijkheid over de betekenis van het begrip *ernstige criminaliteit*, zoals dat wordt gebruikt in de jurisprudentie over telecommunicatiegegevens van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).[1] Het vorderen van verkeers- en locatiegegevens is namelijk volgens vaste rechtspraak alleen mogelijk indien sprake is van ernstige criminaliteit.[2] De reden hiervoor is dat de autoriteiten uit dergelijke gegevens, in hun geheel beschouwd, nauwkeurige conclusies kunnen trekken over het privéleven van de betrokkene. Het vereiste dat het moet gaan om ernstige criminaliteit geldt niet als het gaat om geringe(re) inmengingen in het privéleven.[3] Daarbij valt vooral te denken aan het vorderen van identificerende gegevens. Vooralsnog was onduidelijk of het begrip ernstige criminaliteit een autonoom (Unierechtelijk) begrip is of dat de invulling ervan aan de lidstaten is. In de zaak *Tribunale di Bolzano* maakt het HvJ EU duidelijk dat deze laatste opvatting juist is: de invulling van ernstige criminaliteit is aan de lidstaten. Daarmee is ook een prejudiciële vraag van de Hoge Raad aan het HvJ EU beantwoord, die hij in 2022 naar aanleiding van een cassatie in het belang der wet als gevolg van de zaak *Prokuratuur* stelde.[4] Op de betekenis van de zaak *Tribunale di Bolzano* voor Nederland kom ik hieronder nog terug. Allereerst zal ik uitdiepen wat precies uit *Tribunale di Bolzano* volgt.

Invulling ernstige criminaliteit is aan lidstaten

2. De voorliggende zaak komt voort uit een Italiaanse strafzaak waarin het openbaar ministerie verkeers- en locatiegegevens wilde vorderen. Aan deze vordering is naar Italiaans recht onder meer als eis verbonden dat het moet gaan om een strafbaar feit waarop ten minste drie jaar gevangenisstraf staat. In de procedure bij het HvJ EU rees in het bijzonder de vraag of

de inmenging in het privéleven die het gevolg is van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens kan worden gerechtvaardigd door strafbare feiten als in vorenbedoelde zin. Bij de beantwoording van deze vraag heeft het Europese Hof van Justitie zich in navolging van verscheidene A-G's eindelijk uitgelaten over de vraag of ernstige criminaliteit een autonoom (Unierechtelijk) begrip is.[5] Het HvJ EU concludeert dat ernstige criminaliteit geen autonoom begrip (pnt. 46) betreft.[6] De invulling van dit begrip is dus aan de lidstaten. Voor deze conclusie noemt het Hof twee argumenten. In de eerste plaats is het begrip in het EU-recht niet nader gedefinieerd en daarmee behoort de invulling ervan tot de competentie van lidstaten (pnt. 44). In de tweede plaats hangt de definitie van strafbare feiten en daarmee ook de invulling van ernstige criminaliteit af van de maatschappelijke en juridische tijdsgeest die bovendien kan variëren per lidstaat (pnt. 45).

3. Dat de invulling van het begrip ernstige criminaliteit aan de lidstaten is gelaten, betekent niet dat het Hof van Justitie zich verder niet meer uitlaat over het begrip. Het vorderen van verkeers- en locatiegegevens vormt een beperking van enkele in de e-Privacy Richtlijn (2002/58) neergelegde rechten en een inmenging in door het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (Hv) beschermde rechten. In het bijzonder vormen dergelijke vorderingen een inmenging in het recht op privacy dat zowel in de richtlijn als in het Hv is geborgd. Dit impliceert dat de nationaalrechtelijke invulling van ernstige criminaliteit wel moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel dat zowel in artikel 15 e-Privacyrichtlijn als in artikel 52 Hv besloten ligt. Uiteindelijk moet het HvJ EU de bescherming van het Unierecht waarborgen en via deze weg krijgt het dus toch (enige) ruimte zich uit te laten over de invulling van ernstige criminaliteit naar nationaal recht. Deze ruimte heeft het Hof in het onderhavige arrest in beperkte mate ook ingevuld door enige piketpaaltjes te slaan. Voordat het Hof zich uitlaat over de drempel van drie jaar als afbakening voor ernstige criminaliteit stelt het immers twee uitgangspunten voorop. In de eerste plaats mogen lidstaten het begrip ernstige criminaliteit niet uithollen door onder het begrip strafbare feiten te scharen die in het licht van de maatschappelijke omstandigheden in de betrokken lidstaat niet als ernstig kwalificeren (pnt. 50). In de tweede plaats is van wezenlijk belang dat het vorderen van verkeers- en locatiegegevens wordt voorafgegaan door toetsing door ofwel een onafhankelijke rechter ofwel een onafhankelijke bestuurlijke entiteit (pnt. 51). Dit tweede uitgangspunt is herhaling van eerdere, vaste jurisprudentie, maar speelt zoals hieronder zal blijken wel een belangrijke rol in het onderhavige arrest.[7]

4. In het licht van deze piketpaaltjes laat het HvJ EU zich vervolgens specifiek uit over de vraag of het Italiaanse criterium waarin de definitie van strafbare feiten is afgebakend aan de hand van het strafmaximum van drie jaar te ruim is. Dat is niet het geval. De gekozen afbakening berust op een objectief criterium (pnt. 54), hetgeen in overeenstemming is met eerdere

jurisprudentie waaruit volgt dat lidstaten op grond van objectieve criteria moeten bepalen onder welke voorwaarden autoriteiten toegang kunnen krijgen tot telecommunicatiegegevens.[8] Voorts is de drempel van drie jaar niet buitensporig laag (pnt. 55-56). Van een buitensporig lage drempel zou wel sprake zijn als de definitie van ernstige criminaliteit de overgrote meerderheid van strafbare feiten zou omvatten. Een nadeel van het afbakenen van ernstige criminaliteit op basis van een maximumstraf in plaats van een minimumstraf is evenwel dat een strafbaar feit dat formeel aan het criterium voldoet in concreto niet als ernstig is aan te merken (pnt. 57). Dit nadeel neemt echter niet weg dat een afbakening op basis van een minimale maximumstraf in beginsel mogelijk is (pnt. 58). Wel is dan in het bijzonder vereist dat de rechter of bestuurlijke entiteit in het kader van de voorafgaande toetsing daadwerkelijk nagaat of in concreto sprake is van ernstige criminaliteit (pnt. 60-61).

5. De vraag is wat het arrest nu precies leert over de invulling van ernstige criminaliteit in de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens. In het bijzonder is onduidelijk of de afbakening van ernstige criminaliteit *uitsluitend* zou kunnen plaatsvinden op basis van een strafmaximum. Deze benadering is wel gevolgd in de voorgenomen overeenkomst om vanuit de EU aan Canada passagiersgegevens door te geven. Het Hof van Justitie zag hierin geen probleem.[9] In het onderhavige arrest is het Hof minder duidelijk. Weliswaar overweegt het Hof dat lidstaten het begrip ernstige criminaliteit zouden kunnen afbakenen aan de hand van een strafmaximum (pnt. 58), maar de vraag rijst hoe groot die ruimte in de praktijk daadwerkelijk is. Die ruimte bestaat waarschijnlijk wel als lidstaten voor een tamelijk hoge strafbedreiging als drempelvoorwaarde voor ernstige criminaliteit kiezen. Ook hierbij moet ingevolge vaste jurisprudentie van het HvJ EU een rechter of een andere bestuurlijke entiteit voorafgaand aan de vordering nog steeds toetsen, maar wellicht dat deze toetsing dan meer formeel ingestoken kan worden: is aan het wettelijk criterium voldaan? In casu heeft Italië kennelijk niet voor een dergelijk hoge grens gekozen (drie jaar is volgens het Hof niet 'buitensporig laag'), waardoor het toch vooral aankomt op de toetsende autoriteit die beoordeelt of de criminaliteit in het concrete geval ook als ernstig is aan te merken.

6. Ten tweede is de conclusie dat de driejaarsdrempel niet buitensporig laag is moeilijk te duiden (pnt. 56).[10] Dat komt ook doordat het Europese Hof overweegt dat de Italiaanse bepaling waarin de driejaarsdrempel was opgenomen niet alleen het vorderen van verkeers- en locatiegegevens mogelijk maakte maar ook andere gegevens waarvoor de eis van ernstige criminaliteit überhaupt niet geldt. Maakt het Hof hier tussen de regels door duidelijk dat hij liever een wat hogere drempel ziet als het gaat om verkeers- en locatiegegevens? In het vorenbedoelde arrest over passagiersgegevens vond het HvJ EU de grens van drie jaar als afbakening van ernstige criminaliteit toelaatbaar.[11] Passagiersgegevens lijken echter minder

inzicht in het privéleven te kunnen bieden dan verkeers- en locatiegegevens. Andersom lijkt het arrest er wel op te wijzen dat een strafmaximum van minder dan drie jaar doorgaans wel buitensporig laag is, maar met zekerheid valt ook deze conclusie niet te trekken.[12] Als een lidstaat ervoor kiest om een drempel lager dan drie jaar te hanteren, zou dat wel in overeenstemming kunnen worden gebracht met het onderhavige arrest. De lidstaat zou dan wel moeten waarborgen dat het criterium niet de overgrote meerderheid van de strafbare feiten omvat (in de praktijk zal dat doorgaans moeilijk zijn) en dat is voorzien in daadwerkelijke beoordeling van de ernst van het strafbare feit door een rechter of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.

7. Het onderhavige arrest past in de stroom van jurisprudentie over telecommunicatiegegevens waarin het Hof van Justitie langzamerhand en op zeer casuïstische wijze steeds meer duidelijkheid schept.[13] Een nadeel van deze werkwijze is dat veel jurisprudentie op dit thema vervolgvragen oproepen. Dat geldt ook voor het onderhavige arrest. In het licht van voorgaande vragen en onduidelijkheden zou het nuttig zijn als het HvJ EU meer richting had gegeven aan lidstaten. Dat zou mogelijk ook meer toekomstige prejudiciële vragen kunnen voorkomen, hetgeen in het belang is van het Europese Hof. Dat ernstige criminaliteit geen autonoom (Unierechtelijk) begrip is, staat daaraan evenmin in de weg.[14] Zo had het Hof minstens kunnen verduidelijken wat de betekenis van strafmaxima zou kunnen zijn bij het bepalen van de ernst van criminaliteit (zijn strafbedreigingen van bijvoorbeeld 8 jaar of meer wel zonder meer voldoende?) en of andere factoren zoals de concrete omstandigheden waaronder het feit is begaan, de toegebrachte schade, opzet of culpa bijvoorbeeld ook relevant zijn.[15]

Betekenis voor Nederland

7. Het onderhavige arrest heeft ook betekenis voor Nederland, zowel voor het geldende recht als voor (de discussie inzake) het voorgestelde recht in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Naar geldend recht is in het geval van klassieke opsporing voor het vorderen verkeers- en locatiegegevens een verdenking van een zogeheten voorlopige hechtenis misdrijf (VH-misdrijf) vereist: een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid Sv (art. 126n Sv).[16] Het gaat hierbij dus om misdrijven waarop een maximum gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld en enkele specifieke misdrijven waarop weliswaar een lagere gevangenisstraf staat maar die in de ogen van de wetgever wel voldoende ernstig zijn. Reeds in 2022 en vooruitlopend op de beantwoording van een prejudiciële vraag hierover oordeelde de Hoge Raad dat deze misdrijven als ernstig in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn te beschouwen.[17] Deze conclusie is bevestigd in het onderhavige arrest: een afbakening tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit kan (in eerste instantie) plaatsvinden op basis van het criterium van artikel 67, eerste lid Sv.[18] Het is dus niet nodig om het criterium van

artikel 67, eerste lid Sv beperkter te interpreteren, bijvoorbeeld door naast een verdenking van een VH-misdrijf ook te vereisen dat het feit een ernstige inbreuk maakt op de rechtsorde.[19]

8. Het criterium van artikel 67, eerste lid Sv brengt een eerste afbakening aan tussen ernstige en minder ernstige strafbare feiten. Misdrijven als dwang en belediging voldoen bijvoorbeeld niet aan het criterium. Dit criterium is dus niet zo ruim dat het de overgrote meerderheid van strafbare feiten omvat en in dit opzicht voldoet het dus aan de door het Hof geformuleerde uitgangspunten. Toch is hiermee de kous mijns inziens niet af.[20] Aan de hand van het criterium van artikel 67, eerste lid Sv is weliswaar een eerste afbakening aan te brengen tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit, maar deze misdrijven zijn in het concrete geval mijns inziens niet altijd als ernstige criminaliteit te beschouwen (vgl. pnt. 57). Dit heeft dan ook tot gevolg dat de R-C in de praktijk ook daadwerkelijk de ruimte moet hebben om een machtiging niet te verlenen als in het concrete geval geen sprake lijkt te zijn van ernstige criminaliteit.[21] Als de Hoge Raad zich weer moet uitlaten over het vorderen van verkeers- en locatiegegevens in het licht van het Unierecht, zou een vingerwijzing aan de R-C's dat zij vol moeten toetsen of in concreto ook sprake is van ernstige criminaliteit dus niet misstaan. Impliciet ligt deze vingerwijzing ook wel besloten in het eerder aangehaalde arrest uit 2022.[22]

9. Voorts rijst de vraag of de Hoge Raad de R-C's niet enige aanknopingspunten moet meegeven om te kunnen beoordelen of sprake is van ernstige criminaliteit. Veel meer dan enige algemene uitgangspunten schetsen en factoren formuleren kan de Hoge Raad mijns inziens niet doen, en zou hij ook niet moeten doen. Een gedetailleerd toetsingskader heeft immers als risico dat de R-C verwordt tot een stempelmachine. Tegelijkertijd kan men zo gemakkelijk van opvatting verschillen over de vraag wat ernstige criminaliteit inhoudt dat enige houvast toch wel is geboden.[23] In het bijzonder zou de Hoge Raad kunnen ophelderen welke factoren van belang kunnen zijn voor het beoordelen van de ernst van criminaliteit in concreto. Zo lijkt mij bijvoorbeeld van belang onder welke (strafverzwarende of -verlichtende) omstandigheden het feit is gepleegd, de concreet toegebrachte schade en de redelijkerwijs te verwachten straf mocht het tot een veroordeling komen.[24]

10. In het wetsvoorstel voor een nieuw Wetboek van Strafvordering is voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens een verdenking vereist van een misdrijf waarop vier jaar of meer staat.[25] Voor dit criterium geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor het criterium van artikel 67, eerste lid Sv. Op zichzelf kan dit criterium dienen als een eerste afbakening tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit, mits de R-C in de praktijk daadwerkelijk toetst of in concreto ook sprake is van ernstige criminaliteit. Nog meer dan voor de Hoge Raad rijst voor de wetgever de vraag of hij niet wat meer duidelijkheid kan bieden over hoe de R-C de concrete ernst van een strafbaar feit zou moeten beoordelen. Tegelijkertijd blijft het voorlopig ook voor

de moderniseringswetgever nog steeds zoeken. Voorlopig blijft immers ruis bestaan over de vraag in welke gevallen het criterium van ernstige criminaliteit precies geldt.[26] Over deze onduidelijkheid heeft de Hoge Raad ook een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ EU.[27] Niettemin is wel duidelijk dat het Unierecht en in het bijzonder ook het gegevensbeschermingsrecht belangrijk onderwerp is (geworden) van de discussies inzake de wettelijke regeling van opsporingsbevoegdheden in strafvordering.

R.M. te Molder

Ruben te Molder is als promovendus straf(proces)recht verbonden het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR).

[1] Zie onder meer X. Tracol, 'Ministerio Fiscal: Access of Public Authorities to Personal Data Retained by Providers of Electronic Communications Services', *European Data Protection Law* 2019 (1), p. 134; G.P. Sholeh, 'De betekenis van het Prokuratuur-arrest: digitale opsporing en privacy onder de loep', *DD* 2022/15, p. 227-247.

[2] Zie onder meer *Tele 2 Sverige AB*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, zaak C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79, m.nt. Koning, *NJ* 2017/186 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 99-102; *Ministerio Fiscal*, HvJ EU (GK) 2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, *NJ* 2020/232 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 54.

[3] *Ministerio Fiscal*, pnt 63; *La Quadrature du net I*, HvJ EU (GK) 6 oktober 2020, C-511/18 e.a., ECLI:EU:C:2020:791, *EHRC-Updates* m.nt. J. Schroers, *NJ* 2021/362 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 140.

[4] De Unierechtelijke zaak is bij het Hof aanhangig als DX, C-241/22.

[5] Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300, pnt. 93-99 (*Ministerio Fiscal*); Conclusie A-G Pitruzzella, C-746/18, ECLI:EU:C:2020:18, pnt. 91 (*Prokuratuur*). Ook A-G Collins, C-178/22, ECLI:EU:C:2023:463, pnt. 25-26, 44 kwam tot deze conclusie. A-G Szpunar pleitte voor een autonome Unierechtelijke invulling van ernstige criminaliteit. Zie ECLI:EU:C:2022:838, pnt. 74.

[6] Overigens spreekt het Hof van Justitie niet consequent over 'ernstige criminaliteit'. Het Hof rept ook weleens over 'zware criminaliteit', maar daarmee lijkt geen verschil in betekenis te zijn beoogd.

[7] Zie in het bijzonder *Prokuratuur*, HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates* 2021-0088 m.nt. Van Toor.

- [8] Zie onder meer *Commissioner of An Garda Síochána e.a.*, HvJ EU (GK) 5 april 2022, C/140/20, EU:C:2022:258, *EHRC-Updates* m.nt. Jansen & Te Molder, pnt. 105
- [9] *Advies 1/15*, HvJ EU (GK) 26 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:592, pnt. 177.
- [10] Richtlijn (EU) 2016/681.
- [11] *Advies 1/15*, HvJ EU (GK) 26 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:592, pnt. 177.
- [12] Vgl. in dit verband de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300 (*Ministerio Fiscal*), voetnoot 113 waarin hij opmerkt dat naar Deens recht op het bezit van kinderpornografie een jaar gevangenisstraf staat, terwijl de Deense regering dit wel als ernstige criminaliteit ziet.
- [13] Zie voor een mooi overzicht van deze jurisprudentie onder meer K.C. van Horssen, 'Aan het uitkristalliseren: de betekenis van het EU-recht voor de opsporingsbevoegdheden', *TBS&H* 2024, afl. 1, p. 22-32 en P. Verrest, 'De invloed van het Handvest op het Nederlandse strafrecht', in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen (Handelingen Nederlandse Juristen- Vereniging 153e jaargang)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 198-206.
- [14] In *P.I. t. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, HvJ EU (GK) 22 mei 2012, C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300 moet het HvJ zich uitlaten over het begrip 'openbare veiligheid'. De invulling van dit begrip is weliswaar aan de lidstaten overgelaten, maar het Hof noemt wel factoren die van belang voor het bepalen wat al dan niet onder het begrip valt.
- [15] Vgl. conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300, (*Ministerio Fiscal*), pnt. 105 waar hij een aantal factoren opsomt.
- [16] De vorderingsbevoegdheden in het geval van een georganiseerd verband (126u Sv) en terrorisme (126zh Sv) laat ik hier buiten beschouwing, aangezien deze bepalingen zich al tot meer ernstige criminaliteit beperken.
- [17] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk, r.o. 6.8.1.
- [18] Vgl. ook Sholeh, *a.w.*, p. 244-245.
- [19] In lagere rechtspraak gebeurde dat wel. Vgl. in dit verband Hof Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1588 en Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3273.
- [20] Sholeh 2022, *a.w.*, p. 240-246 betoogt dit wel, voordat *Tribunale di Bolzano* werd gewezen.

[21] Sholeh 2022, *a.w.*, p. 241 lijkt dit overigens wel te erkennen.

[22] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk, r.o. 6.8.1 en 6.8.3.

[23] Dat blijkt in zekere zin ook wel uit de onderliggende casus in HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk. De diefstal van een shovel in vereniging is volgens de R-C niet als ernstige criminaliteit te kwalificeren, terwijl dat volgens de rechtbank wel het geval is.

[24] Vgl. J. uit Beijerse en J.B.H.M. Simmelink, 'Voorarrest', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 647 die ook al op de te verwachten straf als criterium in het kader van de voorlopige hechtenis.

[25] *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 2, artikel 2.7.47 Sv.

[26] Tegelijkertijd met het onderhavige arrest wees de voltallige kamer van het HvJ EU *La Quadrature II*, HvJ EU 30 april 2024, C-470/21, ECLI:EU:C:2024:370 *EHRC-Updates* m.nt. Oerlemans & Hagens, waaruit kort gezegd volgt dat een algemene bewaarplicht van verkeersgegevens (IP-adressen) ook is gerechtvaardigd met het oog op 'gewone', (d.w.z. niet-ernstige) criminaliteit, omdat de gegevens in casu alleen identificerend van aard zijn.

[27] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk, r.o. 6.7 en 8.4 en Van Horssen 2024, *a.w.*, p. 30-31.

ANNOTATIE

**Pasquinelli e.a. t. San Marino (EHRM, nr. 24622/22) –
Klacht gezondheidswerkers die weigerden zich te laten
vaccineren ongegrond*****prof. mr. A.C. Hendriks***

1. De maatregelen die overheden hebben genomen ter bestrijding van de Covid-19-pandemie hebben in veel landen geleid tot juridische procedures. Zo ook in de zaak *Pasquinelli*.^[1] In de kern betrof deze zaak een klacht over de arbeidsrechtelijke maatregelen die de autoriteiten van San Marino konden nemen tegen gezondheidswerkers die zich niet hadden laten vaccineren tegen Covid-19. Na ampel overwegingen besluit het EHRM, unaniem, de klachten van klagers op grond van art. 8 EVRM ongegrond en de klachten over de gestelde discriminatie niet-ontvankelijk te verklaren. Dit ondanks de omstandigheid dat vaccinatieweigeraars andere werkzaamheden aangeboden kregen en eventueel op non-actief konden worden gesteld. Waarop is de uitspraak van het EHRM gebaseerd? En heeft deze uitspraak gevolgen voor Nederland?

2. Het feitencomplex in deze zaak is als volgt. De autoriteiten van San Marino hadden in 2021 noodwetgeving ingevoerd ter voorkoming van de verdere verspreiding van Covid-19. Deze maatregelen waren neergelegd in *Law no. 85/2021*. Op basis van art. 14 van deze wet had het Sociale Veiligheidsinstituut de onder hem ressorterende gezondheids- en sociale gezondheidswerkers (hierna: gezondheidswerkers) een uitnodiging gestuurd om zich te laten vaccineren tegen Covid-19. Deze invitatie was niet vrijblijvend; volgens de wet waren de autoriteiten verplicht bij vaccinatieweigeraars te kijken of zij de organisatie van de zorg zo konden aanpassen dat contact van deze gezondheidswerkers met anderen kon worden geminimaliseerd. Reden hiervoor was dat Covid-19 een bedreiging vormde voor het recht op leven (art. 2 EVRM) en de volksgezondheid, alsmede dat er sprake was van noodzakelijke en urgente buitengewone omstandigheden. Met het oog op deze doelen konden de gezondheidswerkers een andere functie toegewezen krijgen of, in het uiterste geval, tijdelijk op non-actief worden gesteld. Dit laatste gold overigens niet voor gezondheidswerkers die om medische redenen niet konden worden gevaccineerd. Een groep van 26 gezondheidswerkers die om persoonlijke, niet-medische redenen zich niet wensten te laten vaccineren, was het

oneens met de arbeidsrechtelijke maatregelen tegen vaccinatieweigeraars. Nadat hun klachten door het Constitutioneel Hof van San Marino was afgewezen, dienden deze klagers een klacht in bij het EHRM.

3. Alvorens in te gaan op een bespreking van de overwegingen van het EHRM en zijn uitspraak, is het van belang te kijken naar eerdere uitspraken van het EHRM met betrekking tot vaccinaties. Daarin maakt het EHRM (en zijn voorganger de Europese Commissie (ECieHR)) onderscheid tussen ‘vrijwillige’ en ‘verplichte’ vaccinaties.[2] Uit deze beslissingen en uitspraken komt naar voren dat er alleen sprake kan zijn van een beperking van het recht op privéleven (art. 8 EVRM) als mensen direct of indirect worden verplicht zich te laten vaccineren. Deze lijn is doorgetrokken in de jurisprudentie van het EHRM over vaccinaties na de komst van de Covid-19-pandemie. Dat blijkt uit twee uitspraken van het EHRM over vaccinaties tegen Frankrijk[3] en een verzoek om een tijdelijke maatregel (*interim measure*) tegen Griekenland.[4] De twee klachten tegen Frankrijk werden door het EHRM om verschillende redenen niet-ontvankelijk verklaard, terwijl het verzoek tegen Griekenland zich volgens het EHRM niet leende voor een tijdelijke maatregel. Wel weten we uit andere, niet op vaccinatie betrekking hebbende uitspraken in het kader van Covid-19 dat deze pandemie volgens het Hof heeft geleid tot ‘uitzonderlijke en onvoorzienbare omstandigheden’, waarbij verdragsstaten een ruime beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) hebben om maatregelen te formuleren.[5]

4. Van belang voor de uitspraak van het EHRM in de zaak *Pasquinelli* is vooral de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Vavříčka*. [6] In deze zaak gaf het EHRM de juridische randvoorwaarden aan waarbinnen verdragsstaten burgers kunnen verplichten om zich te laten vaccineren. In deze zaak ging het niet over vaccineren tegen Covid-19, maar om het verplicht vaccineren van minderjarigen tegen enkele kinderziekten. De uitspraak van het EHRM in deze zaak volgde wel betrekkelijk kort na de uitbraak van Covid-19 – zodat alles erop wijst dat de Grote Kamer bij zijn uitspraak ook rekening heeft gehouden met deze pandemie. In zijn uitspraak in deze zaak stelt het EHRM vast dat de betrokken minderjarigen feitelijk verplicht waren zich te laten vaccineren, ook al werden zij niet fysiek gedwongen om zich te laten inenten. Het gedwongen karakter hing samen met de omstandigheid dat de ouders bij het niet vaccineren van hun kinderen een boete kregen en niet-gevaccineerde kinderen van het voorschoolse onderwijs werden uitgesloten. In dit verband benadrukte het EHRM de grote beoordelingsruimte van verdragsstaten, en oordeelde het dat bij het beoordelen van de noodzaak van dit soort gedwongen vaccinaties naar verschillende omstandigheden kan worden gekeken. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de veiligheid van vaccinaties, de hoogte van de boetes, de uitzondering voor kinderen die om medische redenen niet gevaccineerd kunnen worden, de bescherming van vaccinaties voor derden en het gezondheidsbelang van

betrokkenen kinderen bij vaccinaties. Deze factoren vormden, naast het bestaan van een wettelijke basis en een legitiem doel voor de vaccinaties, in de Tsjechische zaak een rechtvaardiging van de inbreuk op art. 8 EVRM. Het is niet voor niets dat het Constitutionele Hof van San Marino en, tijdens de procedure bij het EHRM, de autoriteiten van San Marino naar deze uitspraak van het EHRM verwezen.

5. Hoe oordeelde het EHRM nu op de klachten van klagers in de zaak *Pasq* In de eerste plaats stelt het EHRM vast dat er in San Marino geen algemene vaccinatieplicht gold. De door klagers bestreden vaccinatiemaatregel was alleen gericht op gezondheidswerkers en bevatte hooguit een indirecte plicht om zich te laten vaccineren. Aldus was het feitencomplex in de zaak *Pasquinelli* fundamenteel anders dan in de zaak *Vavříčka*, waar alle minderjarigen zich moesten laten vaccineren tegen bepaalde kinderziekten. In de tweede plaats kijkt het EHRM nadrukkelijk of de vaccinatiemaatregelen in San Marino gericht op gezondheidswerker wel inbreuk maken op het recht op privéleven. De niet verplichte vaccinatiemaatregelen betroffen immers het werkleven van klagers en niet rechtstreeks hun privéleven, zoals beschermd door art. 8 EVRM en zoals aan de orde in *Vavříčka*.

6. Ter beantwoording van de vraag of art. 8 EVRM wel van toepassing is op dit dispuut van klagers tegen de autoriteiten van San Marino overweegt het EHRM als volgt. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM kunnen klachten tegen een verdragsstaat over inbreuken op art. 8 EVRM die niet rechtstreeks betrekking hebben op het privéleven alleen onder bijzondere omstandigheden toch aan dit artikel worden getoetst. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Denisov* overweegt het EHRM dat dit slechts kan indien de gevolgen van de bestreden maatregel zeer ernstige consequenties en effecten hebben voor het privéleven van een individu met vergaande gevolgen.[7] Nu het Hof oordeelt dat dit ook geldt voor de vaccinatiemaatregelen in de zaak *Pasquinelli* beslist het EHRM dat het de klachten van klagers over de schending van hun privéleven aan art. 8 EVRM kan toetsen.

7. Deze mogelijkheid van toetsen van de klachten aan art. 8 EVRM betekent evenwel niet dat het EHRM een schending van deze bepaling vaststelt. Het EHRM overweegt dat er sprake was van een wettelijke basis voor de genomen maatregelen en dat deze wet een legitiem doel diende, te weten de bescherming van de gezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ook de gezondheid van gezondheidswerkers zou beter worden beschermd bij vaccinatie. Het EHRM stelt verder vast dat deze maatregelen noodzakelijk waren in een democratische samenleving, nu de autoriteiten van San Marino deze maatregelen in uitzonderlijke en onvoorzienbare omstandigheden hadden genomen na zorgvuldige overwegingen en mede lettend op de aanbevelingen van de Wereldgezondheidsorganisatie en andere landen. Daarbij waren er sterke aanwijzingen dat derden, waaronder patiënten, beter werden beschermd tegen Covid-19 bij gevaccineerde

gezondheidswerkers dan bij niet-gevaccineerde gezondheidswerkers. Er waren evenmin indicaties dat de gezondheid van personen die gevaccineerd werden schade zou ondervinden. Bovendien was de aanbevolen vaccinatie niet verplicht en waren de gevolgen voor personen die zich weigerden te laten vaccineren proportioneel. Hoewel de situaties van sommige klagers verschilden, oordeelt het EHRM daarom dat van een schending van art. 8 EVRM geen sprake was. Het EHRM verklaart daarnaast dat de klachten over de gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel en recht om niet te worden gediscrimineerd (art. 14 EVRM en art. 1 Protocol 12 EVRM) niet-ontvankelijk. Klagers hadden deze klachten onvoldoende onderbouwd.

8. De vraag of de uitspraak van het EHRM in de zaak *Pasquinelli* gevolgen heeft voor Nederland laat zich niet eenvoudig beantwoorden. Net als in San Marino kent Nederland geen vaccinatieplicht. Zorgaanbieders zijn op grond van de Arbeidsomstandighedenwet wel, en al vele jaren, verplicht om gezondheidswerkers een hepatitis-B-vaccinatie aan te bieden. Toen de vraag zich opdroeg of zorgaanbieders gezondheidswerkers ook een Covid-19-vaccinatie mochten of moesten aanbieden ontstond er een felle discussie of dit was toegestaan. Mede vanwege het verbod op het zonder toestemming verwerken van persoonsgegevens op grond van de AVG besloten de overheid en ziekenhuizen dat gezondheidswerkers niet verplicht mochten worden om zich te laten vaccineren, nog los van de vraag wie de vaccinatiegegevens mochten bewaren. De uitspraak van het EHRM in de zaak *Pasquinelli* geeft aan dat het aanbieden van vaccinaties met verdergaande consequenties voor gezondheidswerkers wel is toegestaan, gegeven de specifieke omstandigheden van de zich uitbreidende pandemie. Hierbij teken ik aan dat ook de AVG voorziet in de mogelijkheid om bij wet te voorzien in het verwerken van persoonsgegevens zonder toestemming van de betrokkene (art. 6 lid 1 onder c AVG). Kortom, de uitspraak van het EHRM in de zaak *Pasquinelli* verplicht de Nederlandse autoriteiten niet om vaccinatiemaatregelen ter bescherming van een pandemie aan te passen, maar biedt wel de mogelijkheid die maatregelen uit te breiden.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *Pasquinelli e.a. t. San Marino*, EHRM 29 augustus 2029, nr. 24622/22, ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD00246222.

[2] *Boffa e.a. t. San Marino*, ECieRM 15 januari 1998, nr. 26536/95, ECLI:CE:ECHR:1998:0115DEC002653695 en *Association of Parents t. Verenigd Koninkrijk*, ECieRM 12 juli 1978, nr. 7154/75, ECLI:CE:ECHR:1978:0712DEC000715475.

[3] *Zambrano t. Frankrijk*, EHRM (ontv.besl.) 13 september 2021, nr. 41994/21, ECLI:CE:ECHR:2021:1007DECoo4199421, «EHRC» 2021/255 en *Thevenon t. Frankrijk*, EHRM (ontv.besl.) 6 oktober 2022, nr. 46061/21, ECLI:CE:ECHR:2022:0913DECoo4606121, «EHRC» 2022/256.

[4] *Kakaletri e.a. t. Griekenland*, EHRM 7 september 2021, nr. 43375/21 en *Theofanopoulou e.a. t. Griekenland*, EHRM 7 september 2021, nr. 43910/21.

[5] *Terheş t. Roemenië*, EHRM 13 april 2021 (ontv.besl.), nr. 49933/20, ECLI:CE:ECHR:2021:0413DECoo49933/20 en *Piperea t. Roemenië*, EHRM 1 september 2022 (ontv.besl.), nr. 24183/21, ECLI:CE:ECHR:2022:0705DECoo241832.

[6] *Vavříčka e.a. t. Tsjechië* (GC), EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUDoo4762113, «EHRC» 2021/109, m.nt. (1) Hendriks en (2) Van Sasse van Ysselt.

[7] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUDoo7663911, «EHRC» 2018/245, m.nt. Gerards.

ANNOTATIE

M.B. t. Nederland (EHRM, 71008/16) – Limiet aan mogelijkheden om migranten in detentie te plaatsen**E. Sevrin**

Indien een staat lang geen stappen ondernam om een verzoek tot internationale bescherming te veroordelen, kan het niet zomaar na lange tijd de asielzoeker in kwestie in detentie plaatsen. Voor het Hof kan dit zelfs niet wanneer de verzoeker veroordeeld werd voor terroristische feiten.

In *M.B. t. Nederland* expliciteert het Hof een nieuwe limiet aan de mogelijkheden voor staten om migranten in detentie te plaatsen. Art. 5 lid 1(f) EVRM omvat twee uitzonderingen op het recht op vrijheid, specifiek voorzien voor migranten. Staten mogen migranten in detentie plaatsen om een onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen, of om een uitzettingsmaatregel te realiseren. Dit arrest gaat dieper in op de reikwijdte van die eerste uitzondering.

In deze noot focussen we in eerste plaats op de reikwijdte van de eerste uitzonderingsmogelijkheid onder art. 5, lid 1 (f) EVRM. Ten tweede zetten we uiteen hoe het arrest precies de voorwaarden voor detentie van migranten verder verheldert. Daarnaast wordt ook de verhouding van *M.B.* tot het EU-recht kort aangestipt. Tenslotte maken we ook enkele kanttekeningen bij wat de houding van het Hof betekent voor migranten waarbij een gedwongen uitzetting onmogelijk is, en hoe dit een impact heeft op staten die migranten voor veiligheidsredenen in administratieve detentie willen plaatsen.

1. Post Saadi: Ceci n'est pas un rechtmatig verblijf

In het Grote Kamerarrest *Saadi* interpreteerde het Hof de eerste uitzonderingsmogelijkheid uit art. 5, lid 1 (f) EVRM voor het eerst.^[1] Hierin stelde het Hof dat zolang een Staat de toegang tot het grondgebied niet formeel geautoriseerd heeft, elke toegang tot het grondgebied niet rechtmatig is. Hieruit volgt dat de detentiemaatregel dus binnen het toepassingsgebied van art. 5, lid 1 (f) EVRM valt.^[2] Ook asielzoekers die in afwachting zijn van een beslissing over hun verzoek tot internationale bescherming, en mogelijk een tijdelijk statuut hebben, kunnen

in detentie geplaatst worden wanneer het nationale recht dit toelaat.

Deze redenering was (en is) controversieel, in het bijzonder doordat ze niet overeenstemde met de bescherming geboden in internationaal recht.[3] Zo bekritiseerde de UNHCR het arrest, omdat het niet enkel verzoekers om internationale gelijkstelde aan de grotere groep “migranten”, maar ook omdat het impliceerde dat asielzoekers geen rechtmatige toegang hadden tot het grondgebied vooraleer hun asielaanvraag bevestigd werd.[4] Het idee was dat ook een tijdelijke vergunning om het grondgebied te betreden een vergunning vormt. Tenslotte bekritiseerde de organisatie ook het feit dat er geen noodzakelijkheid- of proportionaliteitstest werd toegepast.[5]

In *Suso Musa t. Malta* stelde het Hof dat hoofdzakelijk nationaal recht bepaalt wanneer er sprake is van een formele autorisatie tot toegang van het grondgebied.[6] Dit betekent specifiek dat asielzoekers die een beslissing afwachten niet sowieso in detentie gehouden kunnen worden. Indien het nationale recht verder gaat dan noodzakelijk, en de verzoeker ook in afwachting expliciet een rechtmatig verblijf toekent, zou er niet langer een voldoende verband zijn tussen een detentiemaatregel en de preventie van onrechtmatig verblijf op het grondgebied.[7] Het is hoofdzakelijk aan de nationale autoriteiten om de reikwijdte van dit nationale recht te interpreteren.[8] Het Hof stelt dat ook waar er sprake is van toestemming om op het gebied te verblijven, dit een loutere reflectie van internationale standaarden kan zijn, die als doel heeft om het verbod van deportatie van de asielzoeker in afwachting van een beslissing uit te drukken.[9]

In *M.B. t. Nederland* bekijkt het Hof dan ook het Nederlandse recht. Art. 8(f) Vreemdelingenwet 2000 stelt dat de vreemdeling, in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning, “rechtmatig verblijf” heeft. Ondanks deze expliciete bewoording, aanvaardt het Hof de argumenten van de staat. De parlementaire toelichting van de wet in kwestie, leest dat “rechtmatig verblijf” verwijst naar een tijdelijk verblijf, dat gelinkt wordt aan de onmogelijkheid om de verzoeker uit te zetten. Het Hof stelt dan ook dat het gebruik van een “rechtmatig verblijf” als woordkeuze, niet per se naar een rechtmatig verblijf verwijst, maar louter naar de internationale verplichtingen die bepalen dat asielzoekers niet uitgestuurd mogen worden (par. 67).

Waar het Hof in *Suso Musa* nog stelde dat een expliciet geautoriseerde toegang of verblijf tot het grondgebied de detentie arbitrair zou maken, lijkt de interpretatie van wat die autorisatie juist zou zijn wel zeer nauw geworden.[10] Costello schreef in 2015 dat de nadruk op nationaal recht tot een significante vernauwing zou kunnen leiden van de reikwijdte van art. 5, lid 1 (f) EVRM.[11] Dit lijkt echter ook met dit laatste arrest steeds minder realistisch.

2. Voldoende verband tussen de detentie en het tegengaan van een onrechtmatige binnenkomst

De brede interpretatie van de uitzonderingsmogelijkheid geeft de Staat echter geen vrijgeleide om asielzoekers en irreguliere migranten in detentie te plaatsen. Vooraleer de detentie toegelaten is onder art. 5, lid 1 (f) EVRM moet de detentiemaatregel voldoen aan een legaliteitsvereiste, en mag deze niet arbitrair zijn. In *Saadi* en daaropvolgende zaken ontwikkelde het Hof vier voorwaarden die moeten voorkomen dat een detentiemaatregel niet arbitrair is.[12] Zo mag de overheid niet handelen te kwader trouw, moet de detentie nauw verbonden zijn met het doel om de onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen, moeten de detentieomstandigheden gepast zijn en mag de lengte van de detentie niet onredelijk zijn. In beginsel is er dus geen volwaardige proportionaliteitstoets nodig, noch dient de detentiemaatregel noodzakelijk te zijn.[13] In de rechtspraak sinds *Saadi* struikelen detentiemaatregelen dan ook het vaakst op basis van deze vereisten.

Ook in *M.B. t. Nederland* krijgen we een beter beeld van wanneer detentie van migranten of verzoekers om internationale bescherming onacceptabel blijkt. Het Hof benadrukt dat de Nederlandse asielautoriteiten geen stappen ondernamen om het verzoek tot internationale bescherming van M.B. te behandelen, en pas de interviews afnamen nadat hij zijn gevangenisstraf had uitgezeten. Het Hof stelt dat dit stilzitten ertoe leidt dat de detentie “disproportioneel” lijkt, en zelfs “niet noodzakelijk”. [14]

Het Hof stopt hier niet, en introduceert “de tijd die verstreken is” als een relevant element om te kijken of er een voldoende nauw verband is tussen de detentie en het doel daarvan. Hoewel het geen bepalende factor is, dient er wel een “strikter toezicht” te zijn wanneer er een langere tijd verstreken is tussen de *de facto* binnenkomst en de detentiemaatregel.[15]

Het Hof gaat niet dieper in op de tijdlijn. Mijns inziens is het niet volledig onlogisch dat de Nederlandse autoriteiten hebben gewacht met de stappen in de asielprocedure tot na het vonnis in de strafzaak, gezien het feit dat deze betrekking heeft op terroristische feiten die de uitkomst van de asielprocedure direct kunnen beïnvloeden. De Nederlandse overheid bleef echter ook na het oordeel stilzitten. Het Hof had mogelijks kunnen specificeren of het de volledige periode van stilzitten problematisch vindt, of enkel de periode na het initiële vonnis.

Deze zaak is wederom een stap om de kritiek dat detentie post-*Saadi* “ad infinitum” mogelijk zou zijn, te weerleggen.[16] Lavrysen argumenteerde eerder, in zaken die over detentie met zicht op deportatie handelden, dat het Hof na *Saadi* leek te evolueren naar een “test van minder vergaande maatregelen.”[17] De voorwaarde dat er een voldoende link moet zijn met het doel van de detentie en de eigenlijke detentie zou zo een vehikel zijn om deze test toch

binnen te brengen in art. 5, lid 1 (f) EVRM. Hoewel er in *M.B.* niet expliciet sprake is van een dergelijke test, blijft de woordkeuze van het Hof (“disproportioneel” en “niet noodzakelijk”) wel opmerkelijk. Zo lijkt het Hof toch tenminste een subtielere versie ervan voorop te schuiven. *M.B.* toont in elk geval dat er een belangrijke temperende invulling gegeven wordt aan de verband-voorwaarde.

3. Divergentie met EU-recht

Het Hof neemt in deze zaak een duidelijk standpunt in over administratieve detentie van migranten bij openbare orde en nationale veiligheid bezorgdheden.[18] Het Hof had tot nu toe enkel geoordeeld over veiligheidsgerelateerde zaken waar de migrant gedetineerd werd in een deportatiecontext.[19] Indien de Staat de persoon wel vasthoudt, maar geen daadwerkelijke stappen tot deportatie onderneemt, is de detentie voor het Hof arbitrair. In *M.B.* zien we een gelijkaardige aanpak, maar dan in de context van de preventie van onrechtmatige toegang tot het grondgebied.

Nu staat het EU-recht expliciet wél detentie toe op basis publieke orde bezorgdheden. Zo bepaalt art. 8, lid 3, e) Opvangrichtlijn dat de detentie mogelijk is indien de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereist.[20] Het Hof stelt echter uitdrukkelijk dat dit geen afbreuk vormt van het EVRM, dat enkel detentie toelaat om ofwel de onrechtmatige toegang te voorkomen of de deportatie te bewerkstelligen.[21] Hoewel het Hof expliciet stelt begrip te hebben voor de “legitieme bezorgdheden” omtrent de vrijlating van een asielzoeker nadat deze vrijkomt uit een strafrechtelijke detentie, stelt het ook dat dit niet kan leiden tot “preventieve detentie”. [22] Het Hof kijkt dan ook grondig na of de detentie niet louter op veiligheidsredenen is gebaseerd, maar daadwerkelijk op preventie van onrechtmatige toegang op het grondgebied. Waar bij deportatie de Staat moet aantonen dat het voldoende stappen zet om de deportatie te bewerkstelligen, toont het Hof nu dat er bij de andere uitzondering stappen moeten gezet worden om de rechtmatige toegang tot het grondgebied te beoordelen. Met andere woorden, indien de Staat stilzit bij de beoordeling van een verzoek tot verblijfsrecht, is dat evenzeer problematisch.

4. Veiligheidsoverwegingen en onverwijderbaarheid

De vraag blijft wat het Hof zal doen in situaties waarin er reeds een negatieve beslissing over het verblijf van de verzoeker bestaat, en waarin detentie onmogelijk is. Mijn inziens impliceert de houding van het Hof dat er een *de facto* onmogelijkheid is om zogenaamde ‘onverwijderbare’ verzoekers waarbij er veiligheidsgerelateerde bezorgdheden zijn in administratieve detentie te plaatsen.

Hoewel *M.B.* uiteindelijk werd vrijgesproken en een positieve beslissing kreeg over zijn

verzoek tot internationale bescherming, zijn er alternatieve scenario's denkbaar. Zo zou een verzoeker uitgesloten kunnen worden van de vluchtelingenstatus op basis van de uitzondering omvat in art. 1F van de Vluchtelingenconventie. Dit artikel bepaalt dat vluchtelingen waarbij er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat ze bepaalde (uitzonderlijk) ernstige, niet politieke misdrijven hebben gepleegd in hun land van herkomst, geen bescherming kunnen genieten als vluchteling.

De persoon kan in de regel niet gedeporteerd worden, doordat deze wél aan alle andere vereisten van een vluchteling voldoet (en dus een gegronde vrees voor vervolging heeft). Art. 3 EVRM blijft dus op deze personen van toepassing. Daarnaast is het niet eens in alle landen mogelijk om de persoon strafrechtelijk te vervolgen, en zelfs wanneer dit in theorie een optie is, verhinderen praktische overwegingen vaak een strafrechtelijk proces. Dit belet niet dat Staten mogelijk ernstige redenen hebben om bezorgdheden omtrent veiligheid te hebben. Volgens de huidige stand van zaken, inclusief na het *M.B.*-arrest, lijkt de tekst van het EVRM dit soort detentie te verbieden. Staten zullen moeten onderzoeken of ook andere maatregelen mogelijk zijn om deze problematiek op te vangen.

5. Conclusie

In *M.B.* toont het Hof dat ondanks de brede mogelijkheden om migranten in detentie te plaatsen, er nog steeds grenzen aan verbonden zijn. Meer specifiek geeft het arrest verder inzicht in de limieten van detentie om een onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen. Hierbij brengt het Hof een nieuw element aan het licht om te bepalen of er sprake kan zijn van een voldoende verband tussen de detentiemaatregel en het doel daarvan, namelijk het verstrijken van de tijd. Hierbij wordt het gedrag van de staat belangrijk wanneer deze een detentiemaatregel wil uitvaardigen. Specifiek mag de asielprocedure niet langdurig stil liggen, om dan plots na lange tijd de migrant toch in detentie te plaatsen.

Eva Sevrin

[1] *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 29 januari 2008, nr. 13229/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903.

[2] *Saadi*, par. 65.

[3] UNHCR, "Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum seekers and Alternatives to Detention", 2012, 4.1. en 4.2; C. Costello, "Chapter 7: Immigration Detention", in *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 287-291; A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens"

Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 109-110. Zie ook de gedeeltelijk afwijkende opinie van rechter Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeu, Spielmann en Hirvelä in *Saadi*.

[4] *Saadi*, par. 54.

[5] UNHCR, "Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum seekers and Alternatives to Detention", 2012, 4.1. en 4.2; Ook onder het IVBPR is een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstest verplicht, zie bijvoorbeeld HRC, 5 november 2004, nr. 1324/2004, *Danyal Shafiq t. Australië*, 7.2; HRC, "General Comment No. 35", 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, 12. Voor kritiek in de doctrine zie Carlier, "L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile", 79(3) *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2009, 795; A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens' Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 98-99.

[6] *Suso Musa t. Malta*, EHRM 23 juli 2013, nr. 42337/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD004233712, par. 97.

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*, par. 98

[9] *Ibid.*

[10] *Suso Musa*, par. 97.

[11] C. Costello, reeds aangehaald, 290-291.

[12] *Saadi*, par. 74.

[13] A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens' Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 110.

[14] *M.B.*, par. 73. Noteer dat dit een merkwaardige woordkeuze is in een context waar er expliciet geen proportionaliteitstoets of noodzakelijkheidstoets hoeft uitgevoerd worden, zoals vermeld in par. 57 van hetzelfde arrest.

[15] *M.B.*, par. 74.

[16] Zie in het bijzonder Parlementaire vergadering Raad van Europa, "Report: The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe", Doc. 12105, 11 January 2010.

[17] Laurens Lavrysen, “Less stringent Measures and Migration Detention: Overruling Saadi v UK?”, *Strasbourg Observers* 2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/01/25/less-stringent-measures-and-migration-detention-overruling-saadi-v-uk/>

[18] *M.B.*, par. 72.

[19] Zie *Al Husin t. Bosnië en Herzegovina* (nr. 2), EHRM 25 juni 2019, nr. 10112/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD001011216, par. 104-107; *N.M. t. België*, EHRM 18 april 2023, nr. 4396619, ECLI:CE:ECHR:2023:0418JUD004396619, par. 119-20, «EHRC» m.nt. B. Schotel.

[20] Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming - Herschikking (Opvangrichtlijn).

[21] *M.B.*, par. 72.

[22] *M.B.*, par. 73-74.