

Nieuwsbrief - EHRC Updates 2024-9

Nummer 9, 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:2024:0502JUD003527119 02-05-2024

The J. Paul Getty Trust e.a. t. Italië, EHRM 2 mei 2024, nr. 35271/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD004291716 23-04-2024

Zaicescu en Falticineanu t. Roemenië, EHRM 23 april 2024, nr. 42917/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD003930018 23-04-2024

Sacharuk t. Litouwen, EHRM 23 april 2024, nr. 39300/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD007100816 23-04-2024

M.B. t. Nederland, EHRM 23 april 2024, nr. 71008/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD0000005917 23-04-2024

Aydin Sefa Akay t. Turkije, EHRM 23 april 2024, nr. 59/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:374 30-04-2024

Trade Express-L, HvJ EU 30 april 2024, gev. zaken C-395/22 en C-428/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:371 30-04-2024

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano, HvJ EU (GK) 30 april 2024, zaak C-178/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:372 30-04-2024

M.N., HvJ EU 30 april 2024, zaak C-670/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:370 30-04-2024

La Quadrature du Net e.a. (Persoonsgegevens en bestrijding van namaak), HvJ EU 30 april 2024, zaak C-470/21

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:345 25-04-2024

Stadt Duisburg (Perte de la nationalité allemande), HvJ EU 25 april 2024, gev. zaken C-684/22-C-686/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:344 25-04-2024

NW (Informations classifiées), HvJ EU 25 april 2024, gev. zaken C-420/22 en C-528/22

Annotatie

Zöldi t. Hongarije (EHRM, nr. 49049/18) – Recht van journalist op overheidsinformatie weegt zwaarder dan bescherming persoonsgegevens

Dr. mr. A.W. Hins

Annotatie

Wa Baile t. Zwitserland (EHRM, 43868/18 en 25883/21) – Het EHRM biedt meer bescherming tegen etnisch profileren

K.M. de Vries

Annotatie

SCHUFA Holding (Scoring) (HvJ EU, C-634/21) – Privacyregels omtrent volledig geautomatiseerd inschatten van kredietwaardigheid aangescherpt

S.E. Huting

Annotatie

Pagerie t. Frankrijk (EHRM, 24203/16) – EHRM beoordeelt Franse noodtoestandsmaatregelen als ‘gewone’ beperkingen van de bewegingsvrijheid

J.P. Loof

Annotatie

K.L. (HvJ EU, C-715/20) – Horizontale directe werking van richtlijnen en het Handvest

T. Hendriks

Annotatie

Colombier t. Frankrijk (EHRM, 14925/18) en Jarre t. Frankrijk (EHRM, 14157/18) – ‘Pech’ in IPR voor ‘onterfden’ niet per se inbreuk op EVRM

R. Blauwhoff

RECHTSPRAAK

Aydin Sefa Akay t. Turkije, EHRM 23 april 2024, nr. 59/17

Toen in 2016 in Turkije de couppoging plaatsvond, was Akay rechter bij het VN-mechanisme voor strafrechtelijke tribunalen. Hij genoot daardoor immuniteit, maar werd toch aangehouden en in voorarrest genomen op verdenking van betrokkenheid bij de FETÖ/PDY – de organisatie die verantwoordelijk zou zijn voor de couppoging. De Turkse autoriteiten hebben volgens het EHRM te weinig aandacht gegeven aan het beroep van Akay op zijn immuniteit, terwijl die immuniteit voor internationale rechters volledige gelding heeft en bijzonder respect verdient vanwege de rechterlijke onafhankelijkheid. Door dit niet te honoreren heeft Turkije in strijd gehandeld met art. 5 lid 1 en art. 8 EVRM.

Klager heeft sinds 1987 voor het Turkse ministerie van buitenlandse zaken gewerkt en heeft talrijke internationale functies en functies in het buitenland uitgeoefend. Hij was onder meer agent voor Turkije bij de Raad van Europa en vertegenwoordigde Turkije in zaken voor het EHRM. Na de mislukte coup in 2016 is een onderzoek ingesteld naar betrokkenheid van medewerkers van het ministerie van buitenlandse zaken bij wat de Turkse autoriteiten de terroristische organisatie FETÖ/PDY noemen (geleid door Fetullah Gülen). Klager is in dit verband aangehouden en in voorarrest genomen, onder meer omdat hij gebruik maakte van Bylock, een versleutelde berichtendienst die specifiek door leden van FETÖ/PDY zouden worden gebruikt. Ook werden bij een huiszoeking twee boeken van Gülen gevonden. In verband met de procedure tegen hem heeft klager aangevoerd dat hij diplomatieke bescherming genoot. Hij was op dat moment rechter bij het VN-mechanisme voor strafrechtelijke tribunalen en zowel de president daarvan als een andere VN-dienst verzochten de Turkse autoriteiten om klager onmiddellijk vrij te laten. Dat gebeurde echter niet en klager werd in 2017 schuldig bevonden aan lidmaatschap van een terroristische organisatie. De rechtbank oordeelde dat hij weliswaar immuniteit genoot voor zijn handelen als VN-rechter, maar niet voor zijn handelen binnen Turkije. Hij werd veroordeeld tot 7,5 jaar

gevangenisstraf.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn detentie in strijd was met art. 5 lid 1 EVRM. Het Hof stelt voorop dat de bijzondere rol van de rechterlijke macht en de noodzaak van het bieden van goede waarborgen aan rechters ook aan de orde zijn als het gaat om internationale rechters. Duidelijk is dat de Turkse rechters de aanspraken van klager op immuniteit pas hebben onderzocht toen zij de zaak ten gronde beoordeelden. Klager zat toen al 8,5 maand in voorarrest en 7,5 maand waren al verstreken nadat verzocht was om zijn vrijlating vanwege zijn immuniteit. Een dergelijke vertraging bij de beoordeling van dit immuniteitsverweer is hoe dan ook al in strijd met art. 5 lid 1 EVRM en maakt bovendien de diplomatieke bescherming zinledig.

Volgens het Hof berust het niet-honoreren van het immuniteitsverweer van klager daarnaast op een verkeerde lezing van het internationale recht. Rechters van het VN-mechanisme voor strafrechtelijke tribunalen vertegenwoordigen niet de staat, zoals het Turkse Constitutionele Hof heeft aangenomen, maar hebben een eigen, onafhankelijke positie. Een dergelijke rechter kan niet helemaal gelijk worden gesteld met een diplomaat in het licht van de Weense Conventie over Diplomatieke Betrekkingen. Dat betekent dat niet kan worden gezegd, zoals de regering heeft gedaan, dat klager alleen immuniteit kon claimen buiten de ‘uitzendende staat’ en dus niet binnen Turkije zelf. Klager had deze uitleg van het internationale recht niet kunnen voorzien; deze is bovendien in strijd met het in art. 5 lid 1 EVRM neergelegde beginsel van rechtszekerheid.

Klager kon in zijn hoedanigheid als internationale rechter gedurende zijn zittingstermijn juist aanspraak maken op volledige diplomatieke immuniteit, waaronder persoonlijke onschendbaarheid en bescherming tegen iedere vorm van arrestatie of detentie. Deze interpretatie baseert het Hof mede op de uitleg die ook de VN-mechanismen zelf hebben gegeven.

Het feit dat Turkije een beroep heeft gedaan op de noodtoestand maakt dit niet anders. Het Hof is er niet van overtuigd dat in dit geval geen uitzondering nodig was op art. 5 lid 1 EVRM in verband met de ‘exigencies of the situation’. Bovendien zouden dergelijke uitzonderingen zelf in overeenstemming moeten zijn met het internationale recht. Dit betekent dat art. 5 lid 1 EVRM is geschonden.

Op grond van art. 8 EVRM heeft klager verder gesteld dat de onschendbaarheid van zijn persoon en van zijn woning zijn aangetast. Gelet op zijn functie als VN-rechter oordeelt het Hof dat zijn woning inderdaad aanvullende bescherming toekwam, vergelijkbaar met de bescherming die een advocaat voor zijn kantoor kan claimen onder art. 8 EVRM. Bij het

opleggen van een huiszoekingsbevel is geen rekening gehouden met deze bijzondere bescherming. De regering heeft ook niet verzocht om het opheffen van de immuniteit en die is ook niet achteraf nog toegekend. Dit betekent dat de uitgevoerde huiszoeking en het fouilleren van klager niet waren voorzien bij wet en daarmee in strijd waren met art. 8 EVRM.

In het licht van art. 46 EVRM honoreert het Hof niet het verzoek van klager om Turkije verzoeken om tot zijn onmiddellijke vrijlating over te gaan. Hij zit momenteel immers vast op grond van een einduitspraak, terwijl het oordeel van het EHRM in deze zaak alleen het voorarrest betreft.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD0000005917

Zaaknummer: 59/17

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, EVRM art. 8 en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

La Quadrature du Net e.a. (Persoonsgegevens en bestrijding van namaak), HvJ EU 30 april 2024, zaak C-470/21

Ter bestrijding van auteursrechtinbreuken kunnen lidstaten internetproviders een algemene en ongedifferentieerde verplichting opleggen om IP-adressen te bewaren. Het HvJ EU acht dat toelaatbaar als uit die bewaring geen nauwkeurige conclusies kunnen worden getrokken over het prive|leven van de betrokkene. Daarvoor is nodig dat een volledig waterdichte scheiding wordt gemaakt tussen de IP-adressen en andere categorieën van persoonsgegevens, in het bijzonder identiteitsgegevens. Mocht in bijzondere gevallen het koppelen van identiteitsgegevens en IP-adressen ervoor zorgen dat nauwkeurige conclusies kunnen worden getrokken over het prive|leven van de betrokkene, moet een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit de toegang vooraf controleren.

Vier organisaties hebben in Frankrijk geprocedeerd tegen regelgeving waardoor verwerking van persoonsgegevens mogelijk is om door auteursrechten of naburige rechten beschermde werken te beschermen tegen online gepleegde strafbare feiten. Organisaties die de auteurs vertegenwoordigen kunnen daardoor IP-adressen verzamelen die op P2P-websites worden gebruikt om dergelijke strafbare feiten te plegen en deze adressen ter beschikking stellen aan de bevoegde autoriteit voor bescherming van auteursrechten op het internet (Hadopi). Vervolgens kan Hadopi de verzamelde en doorgegeven IP-adressen koppelen aan gegevens over de identiteit van de houder van dat adres, zodat Hadopi tegen de betrokkene kan procederen of het openbaar ministerie kan inschakelen. In deze procedure zijn vragen opgekomen die de nationale rechter aan het HvJ EU heeft voorgelegd.

Bij de interpretatie van de relevante bepaling uit richtlijn 2002/58/EG moet volgens het HvJ EU rekening worden gehouden met de specifieke context waarin sprake is van aantasting van auteursrechten of naburige rechten. Tegelijkertijd moet de relevante richtlijnbeepaling worden

uitgelegd in het licht van art. 7, 8 en 11 Hv. Het Hof heeft eerder vastgesteld dat IP-adressen een gedetailleerd profiel kunnen prijsgeven van iemands online activiteit. Daardoor kan sprake zijn van een ernstige inbreuk op art. 7 en 8 Hv en kunnen mensen er zelfs van worden weerhouden om gebruik te maken van hun door art. 11 Hv beschermde informatierechten. De algemene bewaring van grote hoeveelheden statische en dynamics IP-adressen levert echter niet per definitie zo'n ernstige inbreuk op. Dit is alleen het geval als de nationale wetgeving zo is ingericht dat het daadwerkelijk mogelijk is om precieze conclusies te trekken over iemands privéleven, bijvoorbeeld doordat data kunnen worden gecombineerd. Als vaststaat dat echt geen privacyrechten worden aangetast en de bewaring van de adressen tot doel heeft om criminaliteit te bestrijden, levert het Handvest geen belemmering op voor het bewaren van IP-adressen. Dit vergt wel dat de verschillende categorieën van bewaarde data strikt en op een waterdichte manier van elkaar worden gescheiden door middel van een veilig en betrouwbaar computersysteem. Als het met elkaar combineren van data al wordt toegelaten, mag dit geen afbreuk doen aan de onderliggende strikte scheiding van de gegevenscategorieën. Ten slotte moet de bewaringsperiode beperkt zijn tot hetgeen strikt noodzakelijk is.

Verder verzet art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58, gelezen in het licht van de art. 7, 8, 11 en 52 lid 1 Hv zich er in beginsel niet tegen dat een met bescherming van auteursrechten belaste overheidsinstantie toegang heeft tot gegevens betreffende de civiele identiteit die is verbonden aan IP-adressen die eerder door auteursrechtenorganisaties zijn verzameld, zoals in het onderhavige geval. Wel vergt dit dat de aanbieders van de elektronische-communicatiediensten die adressen en data echt op een waterdichte manier bewaren, met als enig doel de betreffende autoriteit in staat te stellen als toezichthouder en handhaver op te treden. De ambtenaren die toegang hebben tot de verschillende gegevens moet daarbij worden verboden om (i) in welke vorm dan ook informatie over de inhoud van de geraadpleegde bestanden openbaar te maken, behalve met het enkele doel om de zaak aan het openbaar ministerie voor te leggen, (ii) op enigerlei wijze de clickstream van de houders van IP-adressen te traceren en (iii) deze IP-adressen te gebruiken voor andere doeleinden dan het nemen van deze maatregelen.

Een derde voorgelegde vraag is of de toegang tot de burgerlijke identiteit die is geassocieerd met een bepaald IP-adres door een rechter of onafhankelijke administratieve entiteit moet worden geautoriseerd. Het Hof heeft dat voor bepaalde categorieën van gegevensverzameling en -toegang inderdaad vereist. Dit vereiste moet echter wel in overeenstemming zijn met de ernst van de inbreuk die wordt gemaakt op art. 7, 8 en 11 Handvest. Als niet van een ernstige inbreuk sprake is, is voorafgaande toestemming ook niet vereist. Het Hof heeft eerder al uitgemaakt dat de inbreuk op de privacy die samenhangt met de toegang tot informatie over de burgerlijke identiteit van een houder van een IP-adres met het oog op identificatie, niet als

een ernstige inbreuk kan worden aangemerkt. Voorafgaand rechterlijk toezicht is dan ook niet nodig. Dat kan echter anders worden als in een procedure alsnog gevoelige privé-informatie over iemand naar voren komt of als een combinatie van gegevens het mogelijk maakt om een gedetailleerd profiel van iemand op te stellen. Daarbij moet tegelijkertijd de doelmatigheid van de procedure worden behouden door het in het bijzonder mogelijk te maken om de gevallen te identificeren waarin het betrokken inbreukmakende gedrag opnieuw begint. Hierbij is een afweging van belangen dus vereist.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:370

Zaaknummer: C-470/21

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 11, Hv art. 52 lid 1, RL 2002/58/EG art. 5 en RL 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

M.B. t. Nederland, EHRM 23 april 2024, nr. 71008/16

Een Syrische vluchteling heeft in Nederland asiel aangevraagd, maar werd in detentie gehouden wegens een strafrechtelijk proces waarbij hij verdacht werd van terroristische activiteiten. Na een initiële veroordeling, werd hij in beroep vrijgesproken. Hij is ook aangehouden en vervolgens strafrechtelijk veroordeeld vanwege het beramen van terroristische activiteiten, al had hij ondertussen de initiële gevangenisstraf (tien maanden) reeds uitgezeten. Op de dag dat hij weer vrijkwam, werd hij in vreemdelingenbewaring gehouden. Dit zou noodzakelijk zijn voor de behandeling van zijn verzoek tot internationale bescherming. Gedurende die behandeling werd klager in vreemdelingenbewaring gehouden. Het EHRM stelt voorop dat M.B. nog niet rechtmatig in Nederland was en dat bewaring op zichzelf in overeenstemming was met art. 5 lid 1 (f) EVRM. Omdat het asielverzoek eerder had kunnen worden behandeld en M.B. niet al bij binnenkomst in bewaring is genomen, acht het Hof de bewaring niettemin willekeurig en strijdig met art. 5 lid 1 (f) EVRM.

Klager is een Syrische vluchteling die in 2015 via Turkije Nederland is binnengekomen. Twee andere asielzoekers, die in dezelfde opvanglocatie waren ondergebracht, meldden bij de politie dat klager hun had verteld dat hij in Syrië betrokken was geweest bij een terroristische organisatie en dat hij onder meer autobommen had laten ontploffen. Daarop is een onderzoek ingesteld en in november 2015 werd klager aangehouden op verdenking van lidmaatschap van een organisatie die zich bezighield met het beramen van terroristische activiteiten. Hij werd daarop ook in voorarrest genomen. Hoewel de officier van justitie wegens gebrek aan bewijs had geconcludeerd dat klager vrijgesproken had moeten worden, werd hij in 2016 veroordeeld tot tien maanden gevangenisstraf. De rechtbank achtte namelijk wel wettelijk en overtuigend

bewezen dat klager zich schuldig had gemaakt aan het ten laste gelegde. Zijn gevangenisstraf eindigde op 23 september 2016, maar vanaf dat moment werd hij in vreemdelingenbewaring genomen, onder meer omdat uit de veroordeling was gebleken dat hij een gevaar voor de nationale veiligheid vormde. Dat er geen concreet zicht was op uitzetting naar het land van herkomst was volgens de staatssecretaris geen beletsel hiervoor. De procedures die klager hierover voerde waren voor hem niet succesvol. Het hof van beroep van Den Haag oordeelt in 2017 tot vrijspraak, wegens onvoldoende bewijs. Enkele maanden later wordt M.B.'s verzoek tot internationale bescherming goedgekeurd, met retroactief effect vanaf oktober 2015.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de vreemdelingenbewaring in strijd was met art. 5 lid 1 (f) EVRM. Daarbij heeft klager zich onder meer beroepen op de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven in de zaak *N*. Het EHRM benadrukt dat het niet bevoegd is om het EU-recht uit te leggen, maar geeft wel aan dat de bevoegde rechtbank in haar uitspraak heeft toegelicht dat de wettelijke bepaling die als basis is gehanteerd voor de bewaringsmaatregel in overeenstemming is met het EU-recht. Ten eerste buigt het Hof zich over de vraag of de detentiemaatregel in overeenstemming was met nationaal recht. Het Hof ziet geen reden om tot een ander oordeel te komen dan de nationale rechtbanken en hoven, en gaat er dus vanuit dat de detentie voldoende basis had in nationaal recht. De vervolgvraag is of hoe de bewaringsmaatregel binnen de uitzonderingsmogelijkheden van art. 5, lid 1 (f) EVRM valt. Dit artikel voorziet namelijk twee uitzonderingen op het recht op vrijheid voor migranten, specifiek wanneer de detentiemaatregel dient om de vreemdeling te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of om een uitwijzings- of uitleveringsprocedure te bestendigen. Het Hof volgt de rechtspraak die ze in *Saadi* ontwikkelde, waarbij zich verhoudt tot het in *Saadi* gegeven oordeel dat de binnenkomst van een land onrechtmatig is totdat de staat die toegang zelf heeft geautoriseerd. Zolang van een dergelijke autorisatie geen sprake is, is bewaring mogelijk zolang er een formele autorisatie wordt uitgevaardigd om te voorkomen dat iemand onrechtmatig het land binnenkomt in de zin van art. 5 lid 1 (f) EVRM. Het is dus niet de *de facto* binnenkomst die hiervoor bepalend is, maar de *de jure* binnenkomst. In het onderhavige geval is klager weliswaar langer in Nederland geweest dan het geval was in *Saadi*, maar ook in zijn geval was nog geen beslissing genomen over zijn asielverzoek. Ondanks het feit dat artikel 8(f) Vreemdelingenwet 2000 over een "rechtmatig verblijf" spreekt voor personen die een verzoek tot internationale bescherming indienen, zou het niet de bedoeling van de Nederlandse wetgever zijn geweest om hiermee een formele autorisatie voor toegang tot het grondgebied te creëren. Weliswaar had klager op basis van de Vreemdelingenwet recht op onderdak voor de duur dat zijn asielverzoek aanhangig zou zijn, maar daaruit kan nog niet worden afgeleid dat zijn verblijf rechtmatig was verklaard. Het Hof gaat er dan ook vanuit dat de bewaring een wettelijke basis had en binnen het toepassingsbereik van art. 5 lid 1 (f) EVRM viel.

Het Hof dient tenslotte te controleren of er sprake is van een arbitraire detentiemaatregel. Het dossier zou geen aanwijzingen vertonen van een onredelijk lange duur van de bewaring, van slechte detentieomstandigheden of van kwade trouw bij de autoriteiten. Wel is van belang dat art. 5 lid 1 (f) EVRM in deze alleen detentie toelaat met het oog op het beletten van een onrechtmatige toegang tot het grondgebied of uitzetting. Als het hoofddoel een ander is, zoals bescherming van de openbare orde, dan wordt de detentie daardoor niet gedekt, ook al is dit binnen het EU-recht wel een mogelijkheid. Hoewel het Hof benadrukt begrip te hebben voor veiligheidsgelateerde bezorgdheden omtrent asielzoekers die recent veroordeeld werden voor terroristische activiteiten, kan dit niet leiden tot “preventieve detentie”. De detentie lijkt voor het Hof niet noodzakelijk en disproportioneel, doordat er geen enkele stap in de asielpcedure werd genomen tijdens M.B.’s voorhechtenis en gevangenisstraf. Hoewel het tijdsverloop geen beslissende factor is om te kijken of de detentie daadwerkelijk een onrechtmatig binnenkomen van het land wil voorkomen, blijft het wel een relevant element om te weten of er een voldoende nauwkeurige link bestaat tussen de detentie en dit doel. Voorkomen moet immers worden dat iemand vastgehouden wordt om het enkele feit dat dit in de publieke opinie nodig is. In dit geval was er bovendien niet veel reden voor de bewaring na afloop van de strafzaak, omdat de asielaanvraag gedurende de periode van voorarrest had kunnen worden behandeld. Zeker nu klager ook niet in bewaring is genomen na binnenkomst en na indiening van zijn asielverzoek, maar pas na het aflopen van zijn straf, is er volgens het EHRM onvoldoende verband tussen de detentie en het doel van het tegengaan van onrechtmatige binnenkomst van het land. Dit betekent dat de detentie willekeurig was en daarmee in strijd met art. 5 lid 1 (f) EVRM (6 stemmen tegen. 1). Er werden twee afzonderlijke opinies toegevoegd aan het arrest, waarbij de Nederlandse rechter, rechter Schukking, een uitgebreide afwijkende opinie schreef.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD007100816

Zaaknummer: 71008/16

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (f)

RECHTSPRAAK

M.N., HvJ EU 30 april 2024, zaak C-670/22

In 2020 hebben de Franse en Nederlandse strafrechtelijke autoriteiten informatie bekend gemaakt over EncroChat, een versleutelingsmechanisme voor mobiele telefoons dat primair wordt gebruikt om drugshandel te faciliteren. Duitsland heeft in verband met die beschikbare gegevens een Europees Onderzoeksbevel uitgegeven. In antwoord op vragen over de transfer van gegevens vergaard in Frankrijk naar Duitsland verduidelijkt het HvJ EU onder meer dat als bewijsmateriaal al in handen is van een bepaalde lidstaat, zoals hier, een EOB kan worden gehonoreerd als aan dezelfde eisen is voldaan die in een nationale situatie van gegevensdoorgifte worden gesteld. Wel moeten de rechten van de verdachte worden gerespecteerd.

Tijdens een Frans strafrechtelijk onderzoek bleek dat een aantal verdachten gebruik maakten van versleutelde mobiele telefoons met behulp van een EncroChat-licentie. Zij gebruikten de telefoons voornamelijk in verband met drugshandel. De mobiele telefoons waren voorzien van speciale software en aangepaste hardware waardoor end-to-end-encryptie mogelijk was via een server in Frankrijk. Het systeem zorgde ervoor dat ze niet via conventionele onderzoeksinstrumenten konden worden afgeluisterd. In 2020 namen vertegenwoordigers van de openbare ministeries en andere vervolgings- en opsporingsautoriteiten van Duitsland, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk deel aan een videoconferentie, waarin de Franse en Nederlandse autoriteiten de aanwezigen vertelden over hun kennis van EncroChat. Het Duitse federale openbaar ministerie (BKA) besloot daarop een onderzoek te starten naar alle onbekende gebruikers van EncroChat op verdenking van betrokkenheid bij drugshandel en lidmaatschap van een criminele organisatie. Volgens het BKA kon het enkele gebruik van EncroChat al een verdenking oproepen van ernstige strafrechtelijke activiteiten. In 2020 stelde het openbaar ministerie van Frankrijk in het bredere raamwerk van het BKA-onderzoek ook een urgent onderzoek in naar betrokkenheid van de specifieke verdachte X (de 'UJ's-procedure'). In verband met deze onderzoeken heeft het openbaar ministerie van Frankfurt

Europese Onderzoeksbevelen (EOB) gericht aan de Franse autoriteiten, met het verzoek om onbeperkt gebruik te mogen maken van de EncroChatgegevens. De Franse rechter heeft dit toegestaan en ook toestemming gegeven om deze gegevens te mogen gebruiken in de Duitse strafzaak. De verwijzende rechter heeft in verband met deze EOB's een reeks prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het HvJ EU bepaalt allereerst dat het niet per se noodzakelijk is dat een EOB wordt uitgevaardigd door een rechter als het gaat om een situatie waarbij, als het zou gaan om een puur nationale kwestie, een rechter weliswaar opdracht zou moeten geven voor het verzamelen van het materiaal, maar het aan een officier van justitie zou zijn om het bewijsmateriaal door te geven. Voor het uitvaardigen van een EOB voor het verwerven van bewijsmateriaal dat al in het bezit is van de bevoegde autoriteiten van de uitvoerende staat is het daarnaast niet vereist dat sprake is van een verdenking van een ernstig misdrijf, als een dergelijk vereiste niet al voortvloeit uit het nationale recht van de uitvaardigende staat. De uitvaardiging van een EOB kan verder niet afhankelijk worden gemaakt van de integriteit van de gevraagde data. Uit de aard der zaak kan die immers alleen worden bepaald als de autoriteiten de informatie eenmaal in bezit hebben gekregen en niet al daarvoor.

De relevante richtlijn 2014/41 betekent in algemene zin dat, waar het gaat om bewijsmateriaal dat al in het bezit is van de uitvoerende lidstaat, de autoriteiten van die lidstaat ervoor moeten zorgen dat het EOB aan alle voorwaarden voldoet die in het nationale recht van die staat worden gesteld aan vergelijkbare nationale verzoeken. In samenhang met het voorgaande betekent dit dat als in het nationale recht van die staat bijvoorbeeld het vereiste bestaat dat voor het verzamelen van bewijsmateriaal sprake moet zijn van een redelijke verdenking, dat ook nodig is als het gaat om bewijsmateriaal waarvoor een EOB is ingediend. Andersom is het afhankelijk van de nationale regels of het relevant is dat de uitvoerende staat bewijsmateriaal heeft verzameld in de uitvaardigende staat. Dit betekent dat dus ook een EOB kan worden ingediend als het gaat om bewijsmateriaal dat is verkregen via bijzondere interceptie van versleutelde gegevens, mits het EOB voldoet aan alle eisen die in de uitvaardigende staat voor de doorgifte van dit soort gegevens worden gesteld als het zou gaan om een puur nationale situatie.

Een andere vraag is of een maatregel die inhoudt dat 'terminal devices' worden geïnfilteerd om data te verzamelen kan worden gezien als interceptie van telecommunicatiegegevens. Het HvJ EU is van oordeel dat dit inderdaad het geval is en dat het op grond van art. 31 van richtlijn 2014/41 dus nodig is om de autoriteiten van de lidstaat waar de interceptie plaatsvindt (in dit geval Duitsland) hiervan op de hoogte te stellen. De lidstaat die de gegevens onderschept (in dit geval Frankrijk), kan daarbij zelf bepalen aan welke autoriteiten van de te notificeren lidstaat bericht wordt gegeven. De geïnformeerde autoriteit van die lidstaat heeft dan de

mogelijkheid om de intercepterende lidstaat te verwittigen van het feit dat de uitvoering van de interceptie op het grondgebied van de andere lidstaat niet zou zijn toegestaan naar het nationale recht van die lidstaat, en dus moet stoppen. In zoverre een interceptiemaatregel inbreuk zou maken op het recht op respect voor het privéleven en het communicatiegeheim (art. 7 Hv), moet worden aangenomen dat dit recht zich ook uitstrekt tot diegenen die worden geraakt door zo'n maatregel, ook als het gaat om dataverzameling met het oog op vervolging van strafrechtelijke vergrijpen. In het verlengde hiervan oordeelt het Hof dat in een strafzaak waarin een redelijke verdenking bestaat, de nationale strafrechters verplicht zijn om informatie en bewijsmateriaal buiten beschouwing te laten als de verdachte niet in de gelegenheid is om effectief op dat materiaal te reageren, terwijl het waarschijnlijk wel een overwegende invloed zal hebben op de feitenvaststelling.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:372

Zaaknummer: C-670/22

Wetsartikelen: Hv art. 7, Rl. 2014/41/EU art. 14 lid 7 en Rl. 2014/41/EU art. 31

RECHTSPRAAK

NW (Informations classifiées), HvJ EU 25 april 2024, gev. zaken C-420/22 en C-528/22

Hongarije heeft verklaard dat de (rechtmatige) aanwezigheid van twee derdelanders in Hongarije in strijd is met de nationale veiligheid, maar houdt de gronden daarvoor geheim. Het HvJ EU oordeelt dat in dit soort gevallen steeds een zorgvuldige, individuele beoordeling van redelijkheid en rechtmatigheid moet plaatsvinden als het gaat om derdelanders die een familierelatie hebben met EU-burgers. Daarbij moeten zij toegang hebben tot de kern van de tegen hen gebruikte informatie, al hoeft de nationale rechter hen geen toegang te geven tot alle vertrouwelijke informatie en hoeft hij ook niet de rechtmatigheid van de feitenkwalificatie te beoordelen.

Twee derdelanders met de Turkse respectievelijk Nigeriaanse nationaliteit, wonen al enkele jaren in Hongarije. Zij zijn getrouwd met respectievelijk wonen samen met een Hongaarse partner en hebben daarmee kinderen. In 2020 en 2021 hebben de Hongaarse autoriteiten geoordeeld dat hun aanwezigheid in Hongarije in strijd is met de nationale veiligheid. De gronden voor dit oordeel zijn geheim gehouden. Dit heeft geleid tot het verlies van de verblijfsstatus van de twee betrokkenen, zonder dat zij toegang hadden tot de informatie waarop de betreffende beslissingen waren gebaseerd. In verband hiermee hebben beiden geprocedeerd en zijn er prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het HvJ EU overweegt allereerst dat een lidstaat hoe dan ook nooit iemands verblijfsvergunning mag intrekken of een verblijfsvergunning voor een familielid mag weigeren zonder allereerst na te gaan of er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen dit familielid en een EU-burger die de laatste tot vertrek uit de EU zou kunnen noodzaken. Ook moeten in dit soort gevallen steeds de relevante individuele omstandigheden worden onderzocht en moet de proportionaliteit van de gevolgen worden vastgesteld. Tot slot acht het HvJ EU het niet aanvaardbaar als een verblijfsvergunning wordt ingetrokken of geweigerd en

een familielid van een EU-burger niet tenminste op de hoogte wordt gesteld van de kern van de gronden voor deze beslissingen. De betrokkenen moeten deze informatie kunnen benutten om tegen de beslissingen te kunnen procederen. EU-recht vergt daarentegen niet dat de bevoegde rechters de rechtmatigheid van de rubricering van de feiten beoordelen en evenmin dat zij toegang verstrekken tot vertrouwelijke informatie.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 25-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:344

Zaaknummer: C-420/22 en C-528/22

Wetsartikelen: VWEU art. 20 en Hv art. 47

RECHTSPRAAK

**Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano,
HvJ EU (GK) 30 april 2024, zaak C-178/22**

In Italië is aangifte gedaan van diefstal van een mobiele telefoon. Volgens de Italiaanse wet kunnen in zo'n geval, met rechterlijke toestemming, allerhande telefoongegevens worden opgevraagd. Die toegang kan volgens het HvJ EU een ernstige privacy-inbreuk opleveren. Daarom mag de toegang worden verleend als het gaat om een 'ernstig strafbaar feit'. Het HvJ EU laat het aan de lidstaten over om dit begrip te definiëren. De nationale rechter moet de toegang echter kunnen weigeren als duidelijk is dat het strafbare feit, gelet op de maatschappelijke omstandigheden in de betrokken lidstaat, niet daadwerkelijk zware criminaliteit uitmaakt.

In 2021 zijn bij het Italiaanse openbaar ministerie twee aangiftes gedaan wegens diefstal van mobiele telefoons. Het openbaar ministerie heeft daarop twee strafprocedures ingeleid tegen onbekende daders wegens gekwalificeerde diefstallen. Om de daders te kunnen identificeren heeft het openbaar ministerie een rechter verzocht om toestemming om bij alle telefoonbedrijven de telefoongegevens van de gestolen telefoons op te vragen. Daarvoor bestaat naar Italiaans recht een wettelijke grondslag, maar de rechter vraagt zich af of die wel verenigbaar is met art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58. Om die reden heeft hij prejudiciële vragen bij het HvJ EU voorgelegd.

Het HvJ EU stelt voorop dat het in eerdere uitspraken al heeft geoordeeld dat toegang tot dit soort gegevens, die zijn opgeslagen door aanbieders van elektronische-communicatiediensten, alleen kan worden verleend voor zover die gegevens door deze aanbieders overeenkomstig richtlijn 2002/58 zijn bewaard. Daarnaast heeft het HvJ EU eerder al benadrukt dat alleen de doelstellingen van bestrijding van zware criminaliteit of voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid een rechtvaardiging kunnen vormen voor een ernstige inmenging in de art. 7 en 8 Hv.

Deze rechtspraak roept de vraag op of ook in het hoofdgeding sprake is van zo'n ernstige inmenging in de genoemde Handvestgrondrechten. Het gaat in dit geval in het bijzonder om de telefoonnummers en de IMEI-codes van uitgaande en inkomende oproepen, bezochte en bereikte sites, tijd en duur van de oproepen en verbindingen, vermelding van de betrokken cellen of zendmasten, en de abonnees en de IMEI-codes van de zenders en geadresseerden van sms- of mms-berichten. Volgens het HvJ EU kunnen uit de toegang tot dergelijke gegevens precieze conclusies worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer van de mensen van wie deze gegevens zijn bewaard. Het gaat ook in het onderhavige geval dus inderdaad om een ernstige inmenging. Hieraan doet niet af dat het gaat om gegevens over de relatief korte periode van twee maanden en dat het niet gaat om informatie over de eigenaren van de telefoons, maar alleen over het gebruik daarvan.

De definitie van strafbare feiten, verzachtende en verzwarende omstandigheden en sancties weerspiegelt zowel de maatschappelijke realiteit als de verschillende rechtstradities. Daardoor kan wat een 'ernstig strafbaar feit is' van lidstaat tot lidstaat en in de tijd verschillen. Het is dan ook aan de lidstaten om een definitie te geven van deze notie, maar die definitie moet wel passen bij de vereisten van art. 15 lid 1 van de richtlijn, gelezen in het licht van art. 7, 8, 11 en 52 lid 1 Hv. Een objectief criterium voor wat een ernstig strafbaar feit is, kan zijn gelegen in de maximale gevangenisstraf die hiervoor kan worden opgelegd. Daarnaast moet de definitie eng genoeg zijn om te verzekeren dat de uitzondering niet tot de regel verwordt.

De in Italiaans recht vastgelegde drempel van een maximale gevangenisstraf van drie jaar is volgens het HvJ EU niet buitensporig laag. Wel moet een rechter of onafhankelijke bestuurlijke entiteit, bij een voorafgaande toetsing naar aanleiding van een met redenen omkleed verzoek om toegang, die toegang kunnen weigeren of beperken wanneer deze vaststelt dat de inmenging in de grondrechten die een dergelijke toegang zou opleveren ernstig is, terwijl het duidelijk is dat het strafbare feit in kwestie niet daadwerkelijk zware criminaliteit uitmaakt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:371

Zaaknummer: C-178/22

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 11, Hv art. 52 lid 1 en RL 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

Sacharuk t. Litouwen, EHRM 23 april 2024, nr. 39300/18

Een Litouwse parlementariër heeft – in strijd met de toepasselijke wetgeving – in 2010 namens (en op verzoek van) een andere parlementariër gestemd. Hoewel dit volgens de parlementariër gebruikelijk is, is hij hiervoor uiteindelijk toch strafrechtelijk vervolgd en bestraft wegens misbruik van bevoegdheid. Het EHRM oordeelt dat de veroordeling in overeenstemming was met art. 7 EVRM, nu het handelen duidelijk strafbaar was. Dat sprake was van een gevestigde praktijk kan daaraan niet afdoen. Wel stelt het een schending van art. 6 EVRM vast omdat één raadsheer van de Hoge Raad na verwijzing en nader hoger beroep nogmaals over de zaak heeft geoordeeld.

Klager was van november 2008 tot november 2012 lid van de Seimas, het Litouwse Parlement. In 2010 stemde hij een aantal keren namens een andere parlementariër, die met vakantie was, gebruikmakend van diens identiteitskaart. Dit was in strijd met de interne regels van de Seimas en leidde tot een onderzoek door een bijzonder onderzoekscomité van de Seimas (SSIC). De procureur-generaal verzocht in dit verband aan de Seimas om klagers parlementaire immuniteit op te heffen, maar daar bleek geen meerderheid voor te bestaan. Niettemin concludeerde de SSIC dat het handelen van klager strafbare elementen bevatte. Gelet daarop werd wel een procedure tegen hem gestart wegens professioneel wangedrag. Het Constitutionele Hof oordeelde dat zowel klager als de parlementariër voor wie hij stemde in strijd hadden gehandeld met hun parlementaire eed en dat ze de Grondwet ernstig hadden geschonden. Klager kon echter alleen zijn mandaat in het parlement verliezen als de Seimas daarmee instemde, hetgeen niet gebeurde. De andere parlementariër raakte zijn mandaat wel kwijt. Na afloop van klagers eigen mandaat werd hij alsnog strafrechtelijk vervolgd. In eerste aanleg werd hij vrijgesproken. Daarbij speelde een rol dat uit tal van getuigenverklaringen bleek dat het niet ongebruikelijk was dat parlementariërs namens afwezigen uit dezelfde fractie stemden. Na hoger beroep oordeelde Hoge Raad echter dat de zaak opnieuw moest worden beoordeeld. Op basis van die hernieuwde beoordeling werd klager alsnog veroordeeld

tot betaling van een boete wegens misbruik van bevoegdheden en het illegale gebruik van een identiteitsdocument. In laatste instantie werd zijn zaak beoordeeld door een panel van drie rechters van de Hoge Raad, waarvan ook een rechter deel uitmaakte die al het eerste deel van de procedure over de kwestie had geoordeeld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de beoordeling van zijn zaak bij de Litouwse Hoge Raad in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt voorop dat in de herbeoordeling van de zaak in eerste aanleg geen nieuwe feiten zijn voorgelegd. Dat betekent dat de schuldvraag op dezelfde gronden beoordeeld werd als in de eerste procedure. Uit de uitspraak blijkt bovendien dat de Hoge Raad in de tweede beoordelingsronde de zaak niet opnieuw heeft beoordeeld. Daardoor kon klager volgens het Hof een legitieme twijfel koesteren aan de onpartijdigheid van de betreffende rechter, zodat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden.

In de tweede plaats heeft klager aangevoerd dat art. 7 EVRM is geschonden omdat het stemmen namens andere leden van dezelfde fractie in Litouwen een 'traditie' was en dat de toepassing van de strafwetgeving daardoor willekeurig was. Het Hof overweegt dat dit de eerste zaak was waarin de kwestie aan een strafrechter werd voorgelegd. Dit maakt echter nog niet dat de strafvervolgning van klager in strijd is met art. 7 EVRM, nu klager op basis van de wettelijke regeling als zodanig had kunnen voorzien dat zijn handelen zou kunnen worden gezien als strafbaar.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD003930018

Zaaknummer: 39300/18

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

RECHTSPRAAK

**Stadt Duisburg (Perte de la nationalité allemande), HvJ EU
25 april 2024, gev. zaken C-684/22-C-686/22**

Duitse wetgeving schrijft voor dat mensen automatisch de Duitse nationaliteit kwijtraken zodra zij de nationaliteit van een derde land verkrijgen. Op die manier beoogt de wetgeving meervoudige nationaliteit te vermijden. Dit is volgens het HvJ EU een principieel legitiem doel dat steun vindt in het Verdrag inzake nationaliteit. Het Unierecht staat hieraan dan ook niet in de weg. Wel moet worden onderzocht of het verlies van nationaliteit geen onevenredige gevolgen heeft voor de betrokkenen of hun naasten, mede in het licht van art. 7 en 24 lid 2 Hv.

Deze zaak heeft betrekking op verschillende Turkse staatsburgers die op verschillende momenten in het verleden Duitsland binnen zijn gekomen en die door naturalisatie de Duitse nationaliteit hebben verkregen. Op een later moment hebben de betrokkenen erkend dat zij op enig moment de Turkse nationaliteit hebben herkreken. Volgens de gemeentelijke autoriteiten van de stad Duisburg, waar zij nieuwe identiteitsdocumenten aanvroegen, hebben zij daardoor automatisch de Duitse nationaliteit verloren. Tegen dit verlies van de Duitse nationaliteit hebben de betrokkenen geprocedeerd, waarbij de nationale rechter prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het HvJ EU.

Het vaststellen van de voorwaarden voor verkrijging en verlies van de nationaliteit hoort volgens het HvJ EU op zichzelf tot de bevoegdheid van de lidstaten. Wel moeten de betreffende nationale voorschriften het Unierecht eerbiedigen voor zover ze binnen de werkingssfeer daarvan vallen. Dit is aan de orde voor zover verlies van nationaliteit ook verlies van het door art. 20 VWEU geregelde Unieburgerschap tot gevolg heeft. De Duitse wetgeving houdt in dat zodra iemand de nationaliteit van een derde land verkrijgt, zij hun Duitse nationaliteit verliezen. Op die manier beoogt de wetgeving meervoudige nationaliteit te vermijden. Dit is een principieel legitiem doel dat steun vindt in het Verdrag inzake nationaliteit. Het Unierecht staat hieraan dan ook niet in de weg. Wel moet worden

onderzocht of het verlies van nationaliteit geen onevenredige gevolgen heeft voor de betrokkenen of hun naasten. In het kader van deze evenredigheidstoetsing moet onder meer worden onderzocht of het nationaliteitsverlies in overeenstemming is met het Handvest, in het bijzonder met art. 7 en art. 24 lid 2 Hv. Waar nodig moet ervoor kunnen worden gezorgd dat mensen de Duitse nationaliteit met terugwerkende kracht kunnen herkrijgen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 25-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:345

Zaaknummer: C-684/22-C-686/22

Wetsartikelen: VWEU art. 20, Hv art. 7 en Hv art. 24 lid 2

RECHTSPRAAK

The J. Paul Getty Trust e.a. t. Italië, EHRM 2 mei 2024, nr. 35271/19

In 1964 heeft een Italiaans vissersschip in de Adriatische Zee een Grieks bronzen beeld gevonden. In 1965 is het beeld (eigendom van Italië) illegaal verkocht. In 1977 heeft de Amerikaanse Getty Trust het bij een veiling aangekocht. In 2018 heeft het Italiaanse Cassatiehof een definitief bevel tot inbeslagname jegens de Getty Trust afgegeven. Het EHRM ziet hier in geen onrechtmatige beperking van het eigendomsrecht van de Getty Trust. Redenen hiervoor zijn onder meer het belang van het beschermen van cultureel erfgoed en de onzorgvuldigheid van de Getty Trust bij de aankoop. Art. 1 EP EVRM is dan ook niet geschonden.

Klagers in deze zaak zijn een de VS gevestigde non-profitorganisatie en 14 Amerikaanse staatsburgers die lid zijn van de 'board of trustees' van de J. Paul Getty Trust (hierna: de Getty Trust). De zaak heeft betrekking op een bronzen beeld uit de Griekse oudheid, daterend uit de periode tussen 300-100 v. Chr., dat in 1964 in de Adriatische Zee is opgevist. In 1965 werd het beeld illegaal aan een onbekende koper verkocht en in 1977 werd het in Duitsland geveild. De Getty Trust heeft het beeld bij deze veiling gekocht voor 3,95 miljoen Amerikaanse dollar. Het is daarop overgebracht naar de VS en daar in de Getty Villa geplaatst. De Italiaanse autoriteiten hebben verschillende pogingen gedaan om het beeld terug te krijgen, maar die zijn zonder succes gebleven. In het bijzonder heeft op zeker moment het Getty Museum geweigerd om het beeld terug te geven omdat de eerder begane misdrijven bij de verkoop van het beeld verjaard zouden zijn en de Getty Trust zelf te goeder trouw had gehandeld toen deze het beeld in 1977 kocht. Uiteindelijk werd in 2010 echter een bevel tot inbeslagname van het beeld afgegeven. Omdat het beeld was opgevist door een onder Italiaanse vlag varend schip in internationale wateren, was Italië eigenaar van het beeld. Na verdere procedures is het bevel tot inbeslagname in 2018 definitief geworden. Italië heeft sindsdien verschillende pogingen gedaan om het bevel ten uitvoer te laten leggen, maar een verzoek daartoe is nog in

behandeling bij de Amerikaanse autoriteiten.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het bevel tot inbeslagname van het beeld onrechtmatig was wegens onvoorzienbaarheid; gelet daarop zou het bevel in strijd zijn met art. 1 EP EVRM. Het EHRM stelt voorop dat er een geldige rechtsbasis bestond voor de inbeslagname, zeker nu in Italië er geen verjaringstermijn is gesteld waar het gaat om het terughalen van verdwenen of gestolen culturele of kunstobjecten. Het ontbreken van een dergelijke verjaringstermijn is ook niet uniek Italiaans, maar is ook in een aantal andere Europese staten te vinden. Staten hebben dan ook een zekere beleidsvrijheid om te besluiten om zo'n verjaringslimiet niet op te nemen.

Het Hof overweegt daarnaast dat het beschermen van cultureel erfgoed en kunstobjecten een legitiem doel is. Er zijn verschillende internationale verdragen die het belang onderstrepen van het beschermen van kunst- en culturele objecten tegen illegale export. Daarmee is er geen twijfel mogelijk aan de legitimiteit van de pogingen van de Italiaanse autoriteiten om het beeld terug te halen om op die manier een zo groot mogelijke toegang van het publiek ertoe te faciliteren. De nationale hoogste rechter heeft overtuigend aannemelijk gemaakt dat het beeld juridisch gezien als eigendom van de Italiaanse staat kon worden gerekend.

Verder acht het Hof het van belang dat een koper steeds uiterste zorgvuldigheid moet betrachten als het gaat om belangrijke culturele objecten. Ook dat vereiste is in verschillende internationale en Europese regelingen terug te vinden. De nationale rechters hebben vastgesteld dat de Getty Trust in vol bewustzijn van de Italiaanse eigendomsaanspraak op het beeld is overgegaan tot de koop. Daardoor heeft de Getty Trust op zijn minst zeer onzorgvuldig, en misschien zelfs te kwader trouw, gehandeld. Ook dit oordeel van de nationale rechters acht het Hof niet willekeurig of kennelijk onredelijk.

De Getty Trust had daarna redelijkerwijze kunnen weten dat er geen verjaringstermijn bestond voor inbeslagname van onrechtmatig geëxporteerd cultureel erfgoed. Daardoor kon de Getty Trust geen legitieme verwachting hebben dat het beeld zou kunnen behouden of dat de Italiaanse autoriteiten bij het terughalen enige compensatie zouden betalen.

Weliswaar waren de inmiddels bestaande procedures voor het terughalen van tot cultureel erfgoed behorende objecten nog niet van toepassing op het moment waarop de Italiaanse autoriteiten hun beslissingen moesten nemen, maar gelet op de ruime margin of appreciation die staten in dit verband toekomt, het belang van het nagestreefde legitieme doel, en het eigen onzorgvuldige gedrag van de Getty Trust, oordeelt het Hof dat de inbeslagname proportioneel was. Art. 1 EP EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-05-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0502JUD003527119

Zaaknummer: 35271/19

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Trade Express-L, HvJ EU 30 april 2024, gev. zaken C-395/22 en C-428/22

Twee handelaren in smeerolie en petroleumcokes hebben een verplichting opgelegd gekregen om op eigen kosten een veiligheidsvoorraad zware stookolie aan te leggen, terwijl zij die olie voor hun eigen activiteiten niet gebruiken. Het HvJ EU overweegt dat zo'n verplichting inbreuk maakt op het eigendomsrecht en de ondernemingsvrijheid (art. 16 en 17 Hv), maar dat die vanuit overwegingen van nationale veiligheid gerechtvaardigd kan zijn. Wel moet de verplichting evenredig zijn, waarbij rekening moet worden gehouden met factoren als de omvang van de onderneming, het marktaandeel en de opslagkosten. Ook moet een vergelijking worden gemaakt met soortgelijke verplichtingen voor andere marktdeelnemers.

Trade Express respectievelijk Devnia Tsiment hebben in 2020 melding gedaan van de aankoop van smeeroliën respectievelijk petroleumcokes, bestemd voor de verkoop. Naar aanleiding van deze verklaring heeft het bevoegde staatsagentschap Trade Express opgedragen om voor eigen rekening en met eigen middelen gedurende de periode van een jaar veiligheidsvoorraden zware stookolie aan te leggen en aan te houden. De beide vennootschappen zijn tegen deze verplichting opgekomen, omdat zij zware stookolie niet gebruiken voor hun eigen economische activiteiten. In verband hiermee zijn vragen opgekomen over onder meer de verenigbaarheid van de aan de verplichting ten grondslag liggende richtlijn 2009/119/EG en art. 16 en 17 Hv. Deze vragen heeft de nationale rechter aan het HvJ EU voorgelegd.

Het HvJ EU stelt voor op dat richtlijn 2009/119, rekening houdend met de beoordelingsmarge

die die richtlijn toekent, niet in de weg staat aan het opleggen van een verplichting aan marktdeelnemers om een veiligheidsvoorraad aan te leggen, ook al houdt de productcategorie geen verband met de economische activiteiten van de marktdeelnemer. Wel is de vraag of het opleggen van die verplichting verenigbaar is met art. 16 en 17 Hv. Het gebruik dat in dit geval is gemaakt van de beoordelingsmarge brengt de nationale verplichting binnen het in art. 51 lid 1 Hv vastgelegde toepassingsbereik van het Handvest. Onderzocht moet vervolgens worden of de beperkingen op de ondernemingsvrijheid en het eigendomsrecht, die het gevolg zijn van de verplichting, aanvaardbaar zijn in het licht van art. 52 lid 1 Hv.

Het gaat in dit geval niet om ontneming van eigendom en daarmee niet om een beperking van de wezenlijke kern van het eigendomsrecht. Het doel van de verplichting is om de oliebevoorrading veilig te stellen, hetgeen een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang is die verband houdt met de nationale veiligheid. Het is nu aan de verwijzende rechter om de evenredigheid te beoordelen aan de hand van een omvattende beoordeling van alle relevante omstandigheden van het hoofdgeding. Daarbij moet hij onder meer rekening houden met de mogelijkheid om opslagkosten vergoed te kunnen krijgen, met de duur van de verplichte opslag en de mogelijkheden om de opgeslagen olie op zeker moment ook weer te verkopen. Relevant zijn ook de financiële gevolgen van de opslagverplichtingen in verhouding tot de omvang van de betrokken vennootschappen en de door hen met hun activiteiten behaalde omzet. Die gevolgen zal de rechter moeten vergelijken met de last die wordt opgelegd aan alle andere marktdeelnemers voor wie opslagverplichtingen gelden. Mits aan die voorwaarden van evenredigheid wordt voldaan, is de opslagverplichting verenigbaar met het Handvest.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-04-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:374

Zaaknummer: C-395/22 en C-428/22

Wetsartikelen: Hv art. 16, Hv art. 17, Hv art. 51 lid 1, Hv art. 52 lid 1, Vo. 1099/2008, Rl 2009/119/EG art. 3 en Rl 2009/119/EG art. 8

RECHTSPRAAK

**Zaicescu en Falticineanu t. Roemenië, EHRM 23 april 2024,
nr. 42917/16**

In de jaren '40 zijn verschillende Roemenen veroordeeld wegens misdaden tegen de menselijkheid en genocide vanwege hun betrokkenheid bij de Holocaust. In de jaren '90 is een aantal van deze zaken heropend en zijn veroordeelden alsnog vrijgesproken. Hieraan werd geen ruchtbaarheid gegeven, maar twee Holocaustoverlevenden hebben dit alsnog ontdekt. Het EHRM acht de vrijspraken in strijd met hun recht op respect voor het privéleven. Er was geen enkele reden om de zaken te heropenen en die heropening is bovendien strijdig met de bijzondere verantwoordelijkheid van staten om op te komen tegen de Holocaust. Art. 8 EVRM is hierdoor geschonden.

De onderhavige zaak moet worden gelezen tegen een historische achtergrond waarbij in en na 1940 alle joodse Roemenen werden onteigend en sprake was van grootschalige deportaties, pogroms, massamoorden en plaatsing van joden in getto's. Na de oorlog, in 1945, werden twee tribunalen opgericht om mensen te vervolgen en te veroordelen die betrokken waren bij de massamoorden op de joodse bevolking. Daarbij werd onder meer de toenmalige Roemeense minister-president ter dood veroordeeld; verschillende anderen werden tot lange gevangenisstraffen veroordeeld. De veroordeling van luitenant-kolonel R.D. werd in 1957 herbeoordeeld en daarbij werden zijn daden geherkwalificeerd onder een minder ernstige categorie van oorlogsmisdrijven. In de jaren '90 werden verschillende zaken nogmaals herbeoordeeld, waaronder die van R.D. (toen inmiddels overleden) en hij en verschillende andere veroordeelden postuum alsnog vrijgesproken. In 2004 volgde een rapport van een internationale holocaustcommissie, waarin werd geadviseerd om deze vrijspraken te herzien.

Klagers zijn twee slachtoffers van de misdrijven tegen de menselijkheid, die de Holocaust beiden hebben overleefd. Zij hebben de vrijspraken bij toeval ontdekt en hebben daarop, zonder succes, geprobeerd toegang te krijgen tot de dossiers.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het ontbreken van informatie over de heropening van de procedures in de jaren '90 en de vrijspraken hen het recht hebben ontnomen op een effectief onderzoek naar de Holocaust. Ook zou hierdoor hun mentale integriteit als overlevenden van de Holocaust zijn aangetast.

Het EHRM stelt voorop dat het *ratione temporis* alleen klachten kan behandelen over handelen dat in de tijd vooraf is gegaan aan inwerkingtreding van het EVRM voor een staat, wanneer na die inwerkingtreding nog onderzoekshandelingen hadden moeten plaatsvinden. Een dergelijke 'daadwerkelijke relatie' is in de onderhavige zaak niet gebleken. De pogroms en het plaatsen van joden in getto's hebben meer dan vijftig jaar voor de Roemeense ratificatie van het EVRM plaatsgevonden, en ongeveer negen jaar voor de inwerkingtreding van het EVRM als zodanig. Ook de belangrijkste onderzoekshandelingen hebben geruime tijd voor de Roemeense ratificatie plaatsgevonden, zodat het Hof niet bevoegd is om dit deel van de klacht te onderzoeken. De klacht over schending van art. 3 jo. 14 EVRM is dan ook niet-ontvankelijk.

Het Hof oordeelt in het licht van art. 8 EVRM wel dat het onaanvaardbaar is dat een aantal verantwoordelijken in de jaren '90 alsnog is vrijgesproken op grond van de redenering dat alleen Duitse troepen misdaden tegen de menselijkheid hebben begaan en dat R.D. alleen van hogerhand opgelegde bevelen had gevolgd. In die redenering worden de schuld en verantwoordelijkheid voor de Holocaust afgeschoven op een andere natie, terwijl inmiddels onomstreden historisch vast is komen te staan dat dat niet terecht is. Daardoor heeft de redenering sterke trekken van Holocaustontkenning en -vertekening. De staten waarin vanuit het nazisme gruwelijkheden zijn begaan hebben een bijzondere morele verantwoordelijkheid om zichzelf te distantiëren van de begane massamoorden en andere misdaden. In het onderhavige geval hadden de autoriteiten ten minste bekendheid moeten geven aan de heropening van de strafzaken en de uitkomst daarvan. Doordat dit niet is gebeurd, hebben klagers dit bij toeval ontdekt, waardoor zij zich vernederd en kwetsbaar zullen hebben gevoeld. Nu de regering ook nog onvoldoende relevante redenen heeft aangevoerd voor de herziening van de opgelegde straffen voor de Holocaust, waren de vrijspraken excessief en niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Art. 8 en 14 EVRM zijn dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD004291716

Zaaknummer: 42917/16

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 8 en EVRM art. 14

ANNOTATIE

Zöldi t. Hongarije (EHRM, nr. 49049/18) – Recht van journalist op overheidsinformatie weegt zwaarder dan bescherming persoonsgegevens

Dr. mr. A.W. Hins

1. Journalisten en maatschappelijke organisaties kunnen onder bepaalde voorwaarden met een beroep op artikel 10 EVRM inzage eisen in documenten die bij de overheid berusten. De reikwijdte van dit recht is uitvoerig geanalyseerd in het arrest van de Grote Kamer in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* uit 2016.[1] Hierin zijn vier ‘drempelvoorwaarden’ voor de toepasselijkheid van artikel 10 EVRM in zaken over toegang tot overheidsinformatie te vinden: (1) de aanvrager heeft de informatie nodig voor het uitoefenen van de uitingsvrijheid, (2) de inhoud van de informatie betreft een onderwerp van algemeen belang, (3) de aanvrager vervult de rol van ‘public watchdog’ en (4) de documenten zijn kant en klaar bij de overheid aanwezig. Artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat correspondeert met artikel 10 EVRM, heeft dezelfde betekenis (vgl. artikel 52, derde lid, Handvest). Dit wordt geïllustreerd door een arrest van het Hof van Justitie van de EU naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Nederlandse Raad van State.[2] Die zaak betrof een verzoek van de omroep RTL om inzage te krijgen in documenten over de ramp met het vliegtuig MH17.

2. Nadat aan de hand van deze criteria is vastgesteld dat een journalist in principe recht heeft op de gevraagde informatie, rijst de vraag of een beperking op dit recht is toegestaan. Die vraag wordt beantwoord aan de hand van artikel 10, tweede lid, van het EVRM. Er kunnen verschillende redenen bestaan het verzoek alsnog af te wijzen. In de onderhavige zaak *Zöldi t. Hongarije* gaat het om de bescherming van de rechten van anderen. De centrale vraag in dit arrest is of de Hongaarse overheid mocht weigeren aan de journaliste Zöldi inzage te geven in de namen van natuurlijke personen die subsidies hadden gekregen voor het doen van wetenschappelijk onderzoek. Dat het verzoek van mevrouw Zöldi onder de reikwijdte valt van artikel 10 EVRM is niet het meest interessante deel van het arrest. De overwegingen daarover laten een toepassing van de genoemde vier criteria zien. Belangrijker is de vraag naar de beperkingsmogelijkheden. In de ene schaal van de weegschaal ligt de wens van de

gesubsidieerde onderzoekers anoniem te blijven. In de andere schaal ligt het belang van transparantie, waardoor de wijze van besteding van belastinggeld in een publiek debat kan worden besproken.

3. In par. 52 noemt het Hof zeven criteria voor het afwegen van de belangen. Om vast te stellen of de weigering een proportionele beperking was van artikel 10 EVRM stelt het EHRM de volgende vragen: (1) Zijn de betrokkenen bekende publieke personen? (2) Hebben zij de publieke belangstelling voor de informatie zelf veroorzaakt? (3) Hoeveel schade dreigt voor hun persoonlijke levenssfeer bij een openbaarmaking? (4) Hoeveel schade dreigt voor een effectieve uitoefening van de journalistieke vrijheid als de informatie geheim blijft? (5) Heeft de journaliste haar verzoek om informatie voldoende gemotiveerd? (6) Hoe groot is het publieke belang van het onderwerp? (7) Maakte het nationale recht een zinvolle afweging van belangen mogelijk en hebben de nationale autoriteiten de belangenafweging daadwerkelijk uitgevoerd? Helemaal nieuw zijn deze criteria niet. De eerste zes vragen zijn letterlijk overgenomen uit het *arrest Saure (nr. 2) t. Duitsland*.^[3] De zevende vraag is ontleend aan het reeds genoemde arrest *Magyar Helsinki Bizottság*.^[4] Ook in diverse andere arresten heeft het EHRM aangegeven niet gediend te zijn van nationale wetgeving die het autoriteiten onmogelijk maakt rekening te houden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval.^[5]

4. In de zaak *Saure (nr. 2)* was de klager een journalist van de Duitse Bild Zeitung. Hij wilde onder meer de namen weten van 13 rechters en een officier van justitie die in het verleden hadden samengewerkt met het ministerie van Staatsveiligheid van de voormalige DDR. Naar aanleiding van vragen uit het parlement van de deelstaat Brandenburg had de regering van deze deelstaat een tipje van de sluier opgelicht, zonder namen te noemen en zonder details te geven over de aard van de genoemde samenwerking. De journalist Saure wilde er meer over weten ten behoeve van een publicatie over dit onderwerp, maar kreeg slechts in zeer beperkte mate aanvullende informatie. De privacy van de betrokkenen zou zich verzetten tegen een verdergaande openbaarmaking, aldus de nationale rechter. Daarop klaagde de journalist bij het EHRM over een schending van artikel 10 EVRM. De weigering om namen te noemen en actuele gegevens waaruit de identiteit van de betrokkenen kon worden achterhaald, achtte het EHRM gerechtvaardigd op grond van het tweede lid van artikel 10 EVRM. Op een ander punt was de klacht wel gegrond. De weigering om geanonimiseerde informatie te verschaffen over het verleden in de DDR was inderdaad in strijd met artikel 10 EVRM.

5. Een belangrijke overweging in het arrest *Saure (nr. 2)* luidt: ‘*The Court finds that the disclosure of their names would affect the judges and the public prosecutor concerned to such degree as to bring Article 8 of the Convention into play*’.^[6] Twee grondrechten stonden dus tegenover elkaar: het recht op vrijheid van meningsuiting, neergelegd in artikel 10 EVRM en

het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, neergelegd in artikel 8 EVRM. Het is vaste jurisprudentie dat er geen abstracte hiërarchie tussen beide grondrechten bestaat.[7] Het hangt van de omstandigheden af welk recht het zwaarst moet wegen. De bovengenoemde criteria zijn dus een hulpmiddel om twee gelijkwaardige rechten met elkaar te verzoenen. Wat betreft het verzoek inzage te krijgen in de namen van de rechterlijke ambtenaren stelde het EHRM vast dat de nationale rechter alle relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling had betrokken. Doorslaggevend was geweest dat de gevraagde informatie geen betrekking had op het professionele functioneren van de betrokkenen, dat de gebeurtenissen in de DDR meer dan twintig jaar geleden hadden plaatsgevonden en dat de rechters en de officier van justitie ten tijde van hun overgang naar de rechterlijke macht van de deelstaat Brandenburg hun verleden in de DDR niet hadden verborgen. Het EHRM zag geen reden van deze beoordeling af te wijken.

6. Het uitgangspunt in het onderhavige arrest *Zöldi* is anders. In dit arrest stelt het EHRM namelijk voorop dat artikel 8 EVRM *niet* in het geding is. Niet elke vermelding van iemands naam valt binnen de reikwijdte van dit artikel. Volgens eerdere jurisprudentie van het Hof moet worden nagegaan of de betrokkene redelijkerwijs mag verwachten dat zijn of haar naam vertrouwelijk blijft. Hier is dat niet het geval. De onderzoekers zouden uitsluitend worden genoemd in de context van de verdeling van publiek geld en de Hongaarse regering heeft niet duidelijk gemaakt hoe het bekend worden van hun namen gevolgen zou hebben voor hun persoonlijke levenssfeer. Mede gezien het feit dat transparantie bij de besteding van publiek geld een belangrijk constitutioneel principe is in Hongarije, moesten de onderzoekers er rekening mee houden dat hun identiteit bekend zou worden gemaakt. Een 'balancing exercise' tussen botsende grondrechten is daarom niet noodzakelijk. Wel oordeelt het Hof dat de bescherming van de persoonsgegevens ook in het geval van subsidieontvangers een legitiem doel is in de zin van artikel 10, tweede lid, van het EVRM. De term 'rechten van anderen' omvat meer dan alleen grondrechten.

7. De casus van het arrest *Zöldi* lijkt daarmee eerder op die van de arresten *Magyar Helsinki Bizottság* en *Centre for Democracy and the Rule of Law t. Oekraïne*.^[8] In de eerstgenoemde zaak had een non-profitorganisatie de namen willen weten van alle toegevoegde advocaten die door de politie waren aangewezen om verdachten bij te staan. Dat was een maatschappelijk relevant verzoek, omdat het risico bestaat dat de politie de voorkeur geeft aan hulpverleners die niet al te kritisch doen over het gedrag van de politie. In de tweede zaak had een vergelijkbare organisatie bij de Kiesraad van Oekraïne het curriculum vitae opgevraagd van de lijstaanvoerders van partijen die zojuist in het parlement waren gekozen. In beide zaken was de informatie geweigerd met het argument dat het nationale recht zich verzette tegen de gevraagde verstrekking van persoonsgegevens. Net als in de zaak *Zöldi* kwam het EHRM

evenwel tot de conclusie dat artikel 8 EVRM niet van toepassing was en dat het belang van een maatschappelijk debat zwaarder moest wegen dan de bescherming van de rechten van de betrokkenen. De beperking van artikel 10 EVRM was daarom niet gerechtvaardigd.

8. Het is opvallend dat in de zaak *Zöldi*, waar de drempel van artikel 8 EVRM niet werd gehaald, dezelfde checklist wordt gehanteerd als in de zaak *Saure* (nr. 2), waarin artikel 8 EVRM wel van toepassing was. Dat kan de indruk wekken dat het er niet toe doet of een beperking van artikel 10 EVRM verdedigd wordt met een beroep op de bescherming van grondrechten dan wel de bescherming van ‘gewone’ rechten van anderen. Dat kan echter niet de bedoeling zijn. Als een grondrecht in botsing komt met een recht dat geen grondrecht is, is het uitgangspunt dat het grondrecht zwaarder weegt. Slechts in uitzonderingsgevallen kan het noodzakelijk zijn een beperking van een grondrecht toe te staan. Als grondrechten en gewone rechten evenveel gewicht in de schaal zouden leggen, heeft een kwalificatie als ‘grondrecht’ immers geen betekenis. Het ligt dus voor de hand dat bij de toepassing van de checklist, opgenomen in par. 55 van *Saure* (nr. 2), respectievelijk par. 52 van *Zöldi*, consequenties worden verbonden aan de vaststelling of artikel 8 EVRM wel of niet van toepassing is. Daarbij valt vooral te denken aan het derde criterium van de checklist inzake ‘*the degree of potential harm to the individual’s privacy in the event of disclosure*’. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de uitkomst van beide zaken verschilt. In *Saure* (nr. 2) was er geen schending van artikel 10 EVRM, in *Zöldi* wel.

9. In Nederland is de vraag of de overheid bepaalde persoonsgegevens openbaar moet maken bijna altijd beantwoord aan de hand van de voormalige Wet openbaarheid van bestuur (Wob), die in 2022 vervangen werd door de Wet open overheid (Woo). Op grond van artikel 10, tweede lid onder e (oud), van de Wob was het vaste rechtspraak dat het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zich verzet tegen openbaarmaking van namen van ambtenaren die niet wegens hun functie in de openbaarheid treden, tenzij de indiener van een openbaarmakingsverzoek aannemelijk heeft gemaakt dat het belang van de openbaarheid in een concreet geval zwaarder weegt.[9] Aan te nemen valt dat artikel 5.1, tweede lid onder e, van de Woo op dezelfde wijze zal worden uitgelegd. In 2018 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak in een zaak waarin gevraagd was om openbaarmaking van de namen van personen die bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een subsidie hadden aangevraagd voor sociale innovatieprojecten, alsmede de namen van hun adviseurs.[10] Volgens de Afdeling had de minister zich niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zwaarder woog dan het belang van openbaarheid. Een andere uitkomst had een latere zaak over het niet openbaar maken van de namen van toegewezen advocaten. Toen oordeelde de Afdeling dat het belang van de persoonlijke levenssfeer zwaarder woog, omdat

met deze informatie het inkomen van de advocaten zou kunnen worden berekend.[11]

10. Er bestaat een groot verschil tussen de wijze waarop de Nederlandse rechter een weigering om informatie te verstrekken toetst aan de Woo en de wijze waarop het EHRM zo'n weigering toetst aan artikel 10 EVRM. Bij toepassing van de Woo is niet relevant wie openbaarmaking verzoekt en met welk motief (artikel 1.1 Woo). Het specifieke belang van de opgevraagde informatie is evenmin relevant, ook niet als een afweging moet plaats vinden tegenover andere belangen. Openbaarheid is een algemeen belang dat altijd hetzelfde gewicht heeft (artikel 2.5 Woo). Bij de absolute weigeringsgronden heeft de wetgever zelf besloten dat het belang van openbaarheid moet wijken voor het belang dat in de weigeringsgrond genoemd wordt. Bestuursorganen en rechters zijn daaraan gebonden (artikel 5.1, eerste lid, Woo). Op al deze punten bepaalt de jurisprudentie van het EHRM iets anders. In het bijzonder uit het arrest *Magyar Helsinki Bizottság* blijkt dat artikel 10 EVRM alleen van toepassing is wanneer de aanvrager een 'public watchdog' is en als de informatie nodig is voor een publicatie over een onderwerp van algemeen belang. Bij het beantwoorden van de vraag of de informatie wellicht toch geweigerd kan worden op grond van artikel 10, tweede lid, EVRM kan de rechter zich niet verschuilen achter de wetgever.

11. Onder het regime van de toenmalige Wob heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in 2017 de deur op een kier gezet om af te wijken van de wet.[12] Als de verzoeker 'zeer bijzondere omstandigheden' aannemelijk maakt die meebrengen dat de normale toepassing van de Wob in strijd komt met artikel 10 EVRM, gaat het verdragsartikel voor. Zo overweegt de Afdeling dat een absolute weigeringsgrond ingevolge artikel 94 van de Grondwet buiten toepassing kan worden gelaten. En zij vervolgt: *'Indien een relatieve weigeringsgrond aan de weigering ten grondslag is gelegd, zal het ontbreken van een rechtvaardiging als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM in beginsel tot uitdrukking kunnen komen bij uitleg en toepassing van de bepalingen van de Wob waarin de relatieve weigeringsgrond is neergelegd'*. Een verdragsconforme interpretatie dus. Anders dan de Wob kent de Woo in artikel 5.7 een expliciete mogelijkheid om journalisten tegemoet te komen. Journalisten kunnen soms vertrouwelijk inzage krijgen in geheime stukken. Wil de journalist de informatie echter publiceren, dan gelden volgens het derde lid van artikel 5.7 de gewone regels. Om daar onderuit te komen kan alleen de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2017 soelaas bieden. Journalisten doen er daarom goed aan bij elk Woo-verzoek voor de zekerheid tegelijk een beroep te doen op artikel 10 EVRM. De afwegingscriteria van het arrest *Zöldi*, neergelegd in par. 52, worden dan immers relevant, ook al zijn zij in strijd met het stelsel van de Woo.

Wouter Hins (prof. dr. A.W. Hins) is emeritus hoogleraar Mediarecht aan de Universiteit Leiden

- [1] *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, «EHRC» 2017/36 m.nt. T. McGonagle.
- [2] *RTL Nederland en RTL Nieuws*, HvJ EU 18 januari 2024, zaak C-451/22, ECLI:EU:C:2024:54.
- [3] *Saure (nr. 2) t. Duitsland*, EHRM 28 maart 2023, nr. 6091/16, ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD000609116, par. 55.
- [4] *Magyar Helsinki Bizottság*, reeds aangehaald (noot 1), par. 201.
- [5] *MTE en Index.hu t. Hongarije*, EHRM 2 februari 2016, 22947/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, par. 88 en 89; *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, 10454/83, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001045483, par. 49.
- [6] *Saure (nr. 2)*, reeds aangehaald (noot 3), par. 61.
- [7] *Axel Springer AG t. Duitsland*, EHRM 7 februari 2012, 39954/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD003995408, par. 87.
- [8] *Magyar Helsinki Bizottság*, reeds aangehaald (noot 1), respectievelijk EHRM 26 maart 2020, *Centre for Democracy and the Rule of Law t. Oekraïne*, nr. 10090/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0326JUD001009016.
- [9] Zie bijvoorbeeld *ABRvS* 2 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:640, *AB* 2022/118, m.nt. P.J. Stolk, besproken in E.C. Pietermaat en N.N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2024/97.
- [10] *ABRvS* 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1691.
- [11] *ABRvS* 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:381. Het EHRM-arrest *Magyar Helsinki Bizottság* (zie noot 1), dat ook over de namen van toegewezen advocaten ging, wordt in deze uitspraak niet genoemd.
- [12] *ABRvS* 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, *AB* 2017/398 m.nt. J. Tingen, *Mediaforum* 2018-1, nr. 2 m.nt. A.W. Hins (*Minister van Veiligheid en Justitie/NOS e.a.*).

ANNOTATIE

**Wa Baile t. Zwitserland (EHRM, 43868/18 en 25883/21) –
Het EHRM biedt meer bescherming tegen etnisch profileren****K.M. de Vries**

1. Op 18 oktober 2022 wees het EHRM de arresten *Basu t. Duitsland* en *Muhammad t. Spanje*.^[1] Het Hof boog zich in die arresten voor het eerst rechtstreeks over de vraag of etnisch profileren – het gebruik van etnische kenmerken in het kader van rechtshandhaving – is toegestaan onder het EVRM, en welke verplichten de verdragsstaten in dat verband hebben. De uitspraken in *Basu* en *Muhammad* waren voorzichtig te noemen: het Hof erkende dat etnisch profileren binnen de reikwijdte van de artikelen 14 jo. 8 EVRM kan vallen, maar formuleerde slechts een beperkte procedurele positieve verplichting (in *Basu*) en achtte in geen van beide zaken een schending van een materiële verplichting aanwezig.

De casus in het onderhavige arrest, *Wa Baile t. Zwitserland*, lijkt inhoudelijk sterk op die in *Basu* en *Muhammad*. Het EHRM zet in dit arrest echter een stapje verder: het acht nu wel een schending van zowel de procedurele als de materiële aspecten van artikel 14 jo. 8 aanwezig en toont zich – meer dan anderhalf jaar geleden – bewust van het feit dat etnisch profileren een vorm van structurele discriminatie is.

Hieronder wordt eerst kort uiteengezet waaróm etnisch profileren problematisch is (punt 2). Daarna volgt een analyse van het arrest waarbij vooral benoemd wordt wat deze uitspraak toevoegt aan de arresten *Basu* en *Muhammad*. Aan de orde komen de toepasselijkheid van artikel 14 jo. 8 EVRM (punt 3), de procedurele verplichting om racistische motieven bij handhavingscontroles te onderzoeken (punt 4) en de bewijslast en bewijselementen die het Hof betreft bij de vraag of het materiële discriminatieverbod is geschonden (punt 5). Ik sluit af met een korte opmerking over de recente beslissing van de Nederlandse politie om te stoppen met etnisch profileren (punt 6).

2. Bij etnisch profileren gaat het, zoals al gezegd, om het gebruik van etnische kenmerken bij handhavingsacties zoals de opsporing van strafbare feiten of controles op onrechtmatig verblijf. Onder etnische kenmerken valt huidskleur, maar bijvoorbeeld ook iemands

nationaliteit, (achter)naam of geboorteplaats wanneer dat kenmerken zijn op grond waarvan iemand tot een bepaalde etnische groep wordt gerekend. Zo kan iemand die in Ankara is geboren op grond daarvan door anderen, onder wie handhavingsambtenaren, als ‘Turks’ worden beschouwd. Bij etnisch profileren wordt dit soort kenmerken bovendien in verband gebracht met een verhoogde kans dat iemand de wet heeft of nog zal overtreden. Het EU-Grondrechtenagentschap (*Fundamental Rights Agency*, hierna FRA) onderscheidt in dit verband tussen *reactive* en *predictive profiling*: in het eerste geval wordt een profiel opgesteld om de verdachte te identificeren van een feit dat al heeft plaatsgevonden (‘lichte huidskleur, rode capuchon, tenger postuur’) terwijl in het tweede geval kenmerken worden gebruikt als risico-indicatoren, om controles gericht te kunnen inzetten bij personen van wie de kans het grootst is dat zij zich onrechtmatig zullen gedragen.[2] Daarbij geldt dat het gebruik van etnische kenmerken bij reactief profileren niet per se problematisch is, mits die kenmerken onderdeel zijn van een gedetailleerd en op deugdelijk onderzoek gebaseerd daderprofiel. Summiere of niet goed onderbouwde reactieve profielen kunnen er daarentegen toe leiden dat mensen met bijvoorbeeld dezelfde huidskleur als de dader ten onrechte als verdachte worden beschouwd (zie daarover de aangrijpende Netflixserie *When they see us*). Bij voorspellend profileren is het probleem dat etnische kenmerken op basis van getalsmatige correlaties in verband worden gebracht met bepaalde vormen van onrechtmatig gedrag. Zelfs wanneer die correlaties statistisch correct zijn en gebaseerd zijn op data zonder ‘bias’ (wat in de praktijk vaak al lastig te bereiken is), geven dergelijke statistische gegevens slechts informatie over groepen mensen en niet over individuen binnen die groepen. Bij voorspellend profileren gaat het daarom steeds om controles waarbij mensen op grond van hun huidskleur, nationaliteit of achternaam worden aangemerkt als iemand die waarschijnlijk de wet heeft overtreden. Dergelijke aannames zijn stigmatiserend en kunnen negatieve stereotypering en discriminatie jegens etnische groepen in de hand werken.

3. De feiten in *Wa Baile* lijken, zoals al gezegd, op die in *Basu* en *Muhammad*. Wa Baile werd, onderweg naar zijn werk, op station Zürich door de politie aan een identiteitscontrole onderworpen. Volgens het politierapport werd hij gecontroleerd omdat hij zijn blik had afgewend toen hij de politie zag, wat de betrokken agenten deed vermoeden dat hij mogelijk een onrechtmatig verblijvende vreemdeling was. Hoewel er –voor zover dat uit de casus blijkt– geen gebruik werd gemaakt van een vooraf vastgesteld risicoprofiel, kan een dergelijke selectie toch worden aangemerkt als een vorm van preventief profileren, waarbij –althans volgens de politie– het gedrag van de klager als indicator gold van een mogelijke wetsovertreding. Het politierapport vermeldt echter ook dat dit gedrag werd waargenomen bij ‘een individu met een donkere huidskleur en van het mannelijke geslacht’. Volgens Wa Baile zelf was zijn huidskleur de reden geweest voor de controle en had hij zijn blik pas afgewend nadat de agenten hem hadden benaderd. Hij weigerde mee te werken aan de

identiteitscontrole, waarop hij ter plekke werd gefouilleerd. Daarbij vond de politie zijn identiteitsbewijs, waaruit zijn Zwitserse staatsburgerschap bleek.

In *Basu en Muhammad* erkende het EHRM al dat discriminerende identiteitscontroles onder de reikwijdte van artikel 14 jo. 8 EVRM kunnen vallen, ook wanneer daar geen verdere actie uit volgt, zoals een arrestatie of het opleggen van een sanctie. Het enkele feit dat iemand ‘eruit gepikt wordt’ vanwege bepaalde fysieke of etnische kenmerken kan een schending van het EVRM opleveren.[3] Het Hof benadrukt wel dat in *Wa Baile*, anders dan in *Basu en Muhammad*, aan de klager een boete was opgelegd vanwege zijn weigering om mee te werken aan de controle. De vraag die in dit arrest centraal staat is daarom of de Zwitserse overheid in strijd met het discriminatieverbod heeft gehandeld door strafrechtelijk op te treden tegen de klager, terwijl het in *Basu en Muhammad* de klagers waren die in eerste instantie procedures hadden aangespannen tegen de overheid omdat zij meenden op etnische gronden te zijn gecontroleerd (par. 93). Waarom dit een relevant verschil is blijkt niet helder uit het arrest, terwijl het wel wat kunstmatig aandoet. De vraag of het strafrechtelijk optreden tegen *Wa Baile* gerechtvaardigd was, hangt immers rechtstreeks samen met de vraag of de controle waaraan hij weigerde mee te werken het gevolg was van etnisch profileren.

Het EHRM kent in *Wa Baile* verder gewicht toe aan de plek waar de controle heeft plaatsgevonden, namelijk op een druk treinstation (par. 102). In *Basu en Muhammad* was al bepaald dat het openbare karakter van een identiteitscontrole effect kan hebben op iemands reputatie en gevoel van zelfrespect, en daarmee van belang kan zijn voor de vraag of de inmenging voldoende ernstig is om onder de reikwijdte van artikel 14 jo. 8 te vallen. Dit bevestigt het Hof in *Wa Baile*. De stelling van de klager dat hij, op een openbare en drukke plaats, is gecontroleerd vanwege zijn huidskleur levert aldus een ‘arguable claim’ op van een schending van het EVRM en roept daarbij bovendien een procedurele positieve verplichting in het leven voor de Zwitserse overheid om te onderzoeken of racistische motieven een rol hebben gespeeld bij de beslissing om de klager te controleren. Het is wel opmerkelijk dat het EHRM het bestaan van die ‘arguable claim’, anders dan in *Basu en Muhammad*, niet vaststelt als onderdeel van de ontvankelijkheidstoets, maar pas nádat het heeft onderzocht of Zwitserland aan zijn procedurele positieve verplichting heeft voldaan. Het Hof kondigt in zijn beoordeling wel aan dat het de ‘arguable claim’-vraag samen met de hoofdvraag zal beantwoorden (par. 72), maar waarom het dat doet wordt niet duidelijk.

4. Net als in *Basu* stelt het EHRM in *Wa Baile* vast dat er op grond van artikel 14 jo. 8 EVRM een (procedurele) positieve verplichting bestaat om klachten over gesteld etnisch profileren effectief te onderzoeken, en dat die verplichting is geschonden. Hoewel de klacht van *Wa Baile* door verschillende rechters was behandeld, in zowel een strafrechtelijke als een bestuursrechtelijke procedure, hadden alle instanties nagelaten om te onderzoeken of hij was

gecontroleerd vanwege zijn huidskleur. Het Hof hekelt daarbij in het bijzonder de Zwitserse doctrine inzake de geldigheid van politiebevelen, die inhoudt dat ongeldigheid alleen het gevolg kan zijn van (ernstige) vormfouten. Voor de vraag of Wa Baile terecht had geweigerd om de aan hem gerichte bevelen op te volgen, was de mogelijke aanwezigheid van racistische motieven daarom niet relevant en hoefde die niet te worden onderzocht. In de bestuursrechtelijke procedure was weliswaar vast komen te staan dat de beslissing om Wa Baile te controleren niet op objectieve gronden was gebaseerd, maar hadden de rechters eveneens nagelaten om vast te stellen of zijn huidskleur een rol had gespeeld en dus of er sprake was geweest van discriminatie in strijd met artikel 14 jo. 8 EVRM. Het EHRM maakt duidelijk dat die vraag expliciet moet worden beantwoord.

5. Een belangrijk verschil met de arresten *Basu* en *Muhammad* is ten slotte dat het EHRM in *Wa Baile* wél een materiële schending van het discriminatieverbod vaststelt. In discriminatiezaken is het, volgens vaste rechtspraak van het Hof, aan de klager om bewijs te leveren van een vermoeden van discriminatie. Als dat lukt verschuift de bewijslast naar de aangesproken Staat, die moet aantonen dat er geen verboden discriminatie heeft plaatsgevonden (hetzij door het geleverde bewijs te ontkrachten, hetzij door aan te tonen dat voor het verschil in behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond).[4] In *Basu* en *Muhammad* werd een dergelijk bewijsvermoeden niet aangenomen. In *Basu* ontbrak relevant bewijsmateriaal omdat de Duitse autoriteiten hadden nagelaten om de toedracht van de identiteitscontrole nader te onderzoeken. In *Muhammad* had de klager meerdere bewijsstukken ingebracht, waaronder statistische gegevens, nieuwsberichten, en rapporten van NGO's en mensenrechtenorganisaties, waaruit bleek dat etnisch profileren door de politie in Spanje een veelvoorkomend fenomeen is. Het Hof achtte die informatie echter niet relevant, omdat daaruit niet bleek dat ook in het individuele geval van de klager sprake was geweest van racistische motieven.[5] Met name die laatste redenering kwam het Hof op de kritiek te staan dat het onvoldoende oog had voor het structurele karakter van etnisch profileren, dat immers niet het gevolg is van een paar 'rotte appels' binnen de politie, maar van wijdverbreide vooroordelen en een gebrek aan procedures en waarborgen om te voorkomen dat die vooroordelen tot uiting komen in het politiewerk.[6] In *Wa Baile* lijkt het Hof zich die kritiek te hebben aangetrokken en kent het wel gewicht toe aan bewijs van structurele discriminatie. De vaststelling van een vermoeden van discriminatie berust op drie elementen: 1) het gegeven dat Zwitserland, zoals vastgesteld door internationale mensenrechtenorganisaties waaronder het Comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD Committee) en de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI), heeft nagelaten om in wetgeving en beleid effectieve waarborgen neer te leggen tegen etnisch profileren, waaronder waarborgen voor adequate opleiding van de politie; 2) de vaststelling door de Zwitserse bestuursrechter dat de beslissing om de klager te

controleren niet op objectieve gronden was gebaseerd, en 3) rapporten van internationale mensenrechtenorganisaties en Amnesty International (dat als *third party intervener* optrad) waaruit bleek dat etnisch profileren in Zwitserland voorkomt. Het Hof merkt bovendien op dat de bewijslast bij de overheid zal moeten liggen in situaties waarin zij als enige kennis heeft van de toedracht van de gebeurtenissen waarover geklaagd wordt (par. 133). Het lijkt daarmee een (veel) minder zware bewijslast op de klager te leggen, die in ieder geval niet meer hoeft aan te tonen dat etnische kenmerken in het concrete geval de reden zijn geweest voor de controle. Het Hof gaat echter niet zo ver dat het daadwerkelijk positieve verplichtingen formuleert voor Zwitserland om waarborgen te treffen tegen etnisch profileren. Het bewijsvermoeden lijkt bovendien toch vooral te steunen op de vaststelling door de nationale rechter dat er voor de controle van de klager geen objectieve reden bestond. Enkel bewijs van structurele discriminatie blijft daarmee – vooralsnog – onvoldoende om een vermoeden van etnisch profileren te vestigen.

6. Intussen staat ook in Nederland de discussie over etnisch profileren niet stil. Niet lang na de EHRM-uitspraken in *Basu* en *Muhammad* oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat de Koninklijke Marechaussee (KMar) het discriminatieverbod van artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM had geschonden door etnische kenmerken, waaronder huidskleur, onderdeel te laten zijn van risicoprofielen voor de controle van passagiers in het kader van het Mobiel Toezicht Vreemdelingen (MTV).[7] De regering heeft daarna laten weten dat bij deze controles, voor zover die betrekking hebben op luchtvaartpassagiers, voortaan geen gebruik meer zal worden gemaakt van etnische kenmerken.[8] De uitspraak van het Gerechtshof wordt door de regering echter beperkt uitgelegd, in die zin dat zij slechts van toepassing wordt geacht op controles op luchthavens en niet op controles op het spoor, op de weg of op het water. De regering benadrukte in eerste instantie bovendien dat de uitspraak geen betrekking had op taken van de KMar anders dan het MTV en ook niet op handelingen van andere overheidsdiensten.[9] Deze beperkte lezing kwam de regering op kritiek te staan van de organisaties die de zaak bij het Gerechtshof hadden aangespannen, in het bijzonder Amnesty International, Stichting Radar en Control Alt Delete.[10] Hoewel de regering vasthoudt aan de stelling dat de uitspraak van Gerechtshof ‘niet direct’ betrekking heeft op andere overheidsdiensten, is er inmiddels toch voor gekozen om het Handelingskader Professioneel Controleren van de politie te actualiseren met inachtneming van die uitspraak. In dat handelingskader is voortaan expliciet opgenomen dat controles alleen op basis van objectiveerbare gronden mogen plaatsvinden, waarvan ras, etniciteit, afkomst of uiterlijke kenmerken nooit deel mogen uitmaken (tenzij er sprake is van een signalement in het kader van reactief profileren).[11] Daarmee is een belangrijke stap gezet, die zeker in lijn is met het arrest *Wa Baile*.

K.M. (Karin) de Vries

universitair hoofddocent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht en onderzoeker bij het
Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging

[1] *Basu t. Duitsland*, EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 en *Muhammad t. Spanje*, EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517, *EHRC Updates* 2022/258 m.nt. K.M. de Vries.

[2] European Union Agency for Fundamental Rights, *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2018, p. 18.

[3] *Basu*, par. 25 en *Muhammad*, par. 50.

[4] Bijv. *Fábián t. Hongarije*, EHRM (GK) 5 september 2017, nr. 78117/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD007811713, par. 116.

[5] *Muhammad*, par. 100.

[6] Bijv. M. Möschel, 'Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: room for improvement in the Court's first judgments on racial profiling', *Strasbourg Observers* 8 november 2022. Zie, over etnisch profileren als een vorm van structurele discriminatie bijv. het rapport van het International Independent Expert Mechanism to Advance Racial Justice and Equality in Law Enforcement aan de VN-Mensenrechtenraad van 21 augustus 2023, A/HRC/54/69 en, specifiek voor Nederland, M. van Meeteren e.a., *Etnisch profileren door de politie; een systematische literatuurstudie toegespitst op de Nederlandse context* (onderzoek in opdracht van het WODC), Radboud Universiteit/Universiteit Leiden 2023, beschikbaar op <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/3347>.

[7] Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, *JV* 2023/91 m.nt. V. Djwalapersad en K.M. de Vries.

[8] *Kamerstukken II* 2022-2023, 30 950, nr. 328.

[9] *Kamerstukken II* 2022-2023, 30 950, nr. 349.

[10] Amnesty International e.a., brief van 12 februari 2024 aan het kabinet, kenmerk 20240212/2403/DO, beschikbaar op <https://controlealtdelete.nl/articles/kabinet-etnisch-profileren-onder-voorwaarden-nog-steeds-toegestaan>.

[11] *Kamerstukken II* 2023-2024, 30 950, nr. 361.

ANNOTATIE

**SCHUFA Holding (Scoring) (HvJ EU, C-634/21) –
Privacyregels omtrent volledig geautomatiseerd inschatten
van kredietwaardigheid aangescherpt*****S.E. Huting***

1. Je vraagt een lening aan, maar krijgt deze niet. Er is namelijk besloten dat je waarschijnlijk onvoldoende 'kredietwaardig' bent: de kans dat de lening niet zal worden terugbetaald lijkt te groot. Deze conclusie blijkt de leningverstrekker hoofdzakelijk te hebben gebaseerd op een 'waarschijnlijkheidswaarde' die zij heeft ontvangen van een kredietinformatiebureau. Dit soort bureaus verzamelen grote hoeveelheden (persoons)gegevens uit verschillende bronnen. Vervolgens laten deze bureaus een systeem op basis van die data voorspellen hoe waarschijnlijk het is dat iemand kredietwaardig is. De voorspelling wordt in de vorm van een waarschijnlijkheidswaarde verstrekt aan contractuele partners, die de waarde vervolgens gebruiken bij hun besluitvorming. Als bij weigering van de lening blijkt dat jij een negatieve uitkomst had, wil je uiteraard weten hoe die uitkomst tot stand is gekomen. Dat blijkt lastig. De leningverstrekker heeft die informatie niet en het kredietinformatiebureau wil het niet geven vanwege haar zakengeheim. Jij eindigt met lege handen: geen lening, maar ook geen nuttige informatie over de weigering daarvan en daarmee een moeilijke positie om je tegen het besluit te verzetten. In het geding dat aanleiding heeft gegeven voor de uitspraak van het Hof van Justitie die in deze annotatie centraal staat, was de verzoekster in een vergelijkbare situatie terecht gekomen.

Aanleiding

2. Voor de verzoekster in het geding is het namelijk ook begonnen met de weigering van een lening. De waarschijnlijkheidswaarde die hier een rol in heeft gespeeld blijkt vastgesteld door het kredietinformatiebureau SCHUFA Holding AG (SCHUFA). Als verzoekster daar aanklopt, krijgt zij enkel te horen wat haar waarde is (namelijk 85,96%) en in algemene bewoordingen hoe zo'n berekening werkt. Het blijft voor haar onbekend welke informatie er is meegenomen in die berekening en hoe deze informatie is gewogen. Verzoekster had meer verwacht toen zij SCHUFA om inzage in haar persoonsgegevens en verwijdering van onjuiste gegevens

verzocht.[1] Deze beperkte reactie van SCHUFA maakt volgens verzoekster inbreuk op het gegevensbeschermingsrecht. Uit de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)[2] volgt namelijk op welke informatie zij recht heeft. Dit hangt onder meer af van de vraag of het vaststellen van haar waarschijnlijkheidswaarde door SCHUFA een vorm van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming is.[3] Verzoekster meent dat zij onvoldoende informatie heeft gekregen. Ze klaagt dan ook bij de bevoegde toezichthouder en wil dat zij iets doen aan haar situatie door SCHUFA te gelasten haar inzage- en verwijderverzoek naar behoren in te willigen. De betreffende toezichthouder ziet echter onvoldoende bewijs dat het gegevensbeschermingsrecht is overtreden en besluit niet handhavend op te treden.[4] Tegen dit besluit van de toezichthouder gaat verzoekster in beroep bij de Duitse bestuursrechter.[5]

Is het vaststellen van de waarschijnlijkheidswaarde uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming?

3. Het gaat verzoekster dus met name om informatie over de onderliggende logica van haar waarschijnlijkheidswaarde en de reikwijdte en gevolgen van de gegevensverwerkingen die zijn uitgevoerd om die waarde te berekenen.[6] SCHUFA is echter alleen verplicht om dergelijke informatie te verstrekken als het vaststellen van haar waarschijnlijkheidswaarde wordt gezien als uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming.[7] Ingevolge artikel 22 AVG moet het vaststellen van de waarde daarvoor zijn aan te merken als een besluit, dat uitsluitend is gebaseerd op een geautomatiseerde verwerking, en waaraan voor verzoekster rechtsgevolgen zijn verbonden of haar anderszins in aanmerkelijke mate treft.[8] De Duitse bestuursrechter twijfelt of de waarschijnlijkheidswaarde als zodanig kan worden aangemerkt en legt het vraagstuk voor aan het Hof van Justitie met een verzoek om een prejudiciële beslissing.[9]

4. De worsteling van de bestuursrechter is met name gelegen in het feit dat de uiteindelijke besluitvorming plaatsvindt bij derden zoals de leningverstrekker. Daar kiest een medewerker er immers voor om verzoekster geen lening te verstrekken. SCHUFA stelt dan ook dat zij enkel op geautomatiseerde wijze voorbereidend werk doet voor haar contractuele partners en vervolgens de waarschijnlijkheidswaarde zonder enige aanbeveling of commentaar (ten aanzien van de besluitvorming) aan hen verstrekt. Hun dienstverlening zou helemaal geen besluitvorming behelzen en artikel 22 AVG zou geen rol spelen.[10] Uit de praktijk blijkt volgens de verwijzende rechter echter dat contractuele partners van kredietinformatiebureaus hun besluit vaak hoofdzakelijk van de waarschijnlijkheidswaarde laten afhangen. Bij een negatieve waarde zou dit zelfs in bijna alle gevallen tot een afwijzend besluit leiden.[11] Gelet op de impact die deze automatisch bepaalde waarde heeft op de besluitvorming, vraagt de verwijzende rechter zich af of in dergelijke situaties het vaststellen van de waarschijnlijkheidswaarde niet al een besluit is als bedoeld in artikel 22 AVG.[12]

5. Om deze vraag te beantwoorden staat het Hof eerst stil bij het begrip ‘besluit’ in de zin van artikel 22 AVG, dat volgens het Hof ruim moet worden opgevat. Het kan om allerlei soorten handelingen gaan, mits deze handelingen een persoon op zijn minst in aanmerkelijke mate treffen.[13] Volgens het Hof is daarvan sprake wanneer de waarschijnlijkheidswaarde *een beslissende rol* speelt bij de uiteindelijke besluitvorming door een derde. De handelswijze van deze derde moet *hoofdzakelijk* door deze waarde worden bepaald.[14] Daarnaast dient dit besluit *uitsluitend* te zijn gebaseerd op een geautomatiseerde verwerking, dus zonder menselijke tussenkomst. Het kan hierbij gaan om elke vorm van een geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering. Van deze laatste verwerkingsactiviteit is hier sprake. SCHUFA evalueert namelijk op geautomatiseerde wijze aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van iemand met als doel om te voorspellen of die persoon het vermogen heeft om in de toekomst een lening af te lossen.[15]

6. Het Hof concludeert vervolgens dat de activiteiten van een kredietinformatiebureau als SCHUFA onder de reikwijdte van artikel 22 AVG vallen wanneer: (1) het gaat om een waarschijnlijkheidswaarde die op de persoonsgegevens van een persoon is gebaseerd en betrekking heeft op diens vermogen om in de toekomst betalingsverplichtingen na te komen, (2) deze waarde geautomatiseerd is vastgesteld, en (3) een derde aan wie deze waarde wordt verstrekt het besluit om met die persoon een contractuele relatie tot stand te brengen, uit te voeren of te beëindigen *hoofdzakelijk* laat afhangen van die ontvangen waarschijnlijkheidswaarde.[16]

7. Verder benadrukt het Hof dat het in beginsel *verboden* is om personen te onderwerpen aan volledig geautomatiseerde individuele besluitvorming, tenzij sprake is van een uitzonderingsgrond waarbij extra waarborgen worden getroffen. Artikel 22 AVG stelt dus een ‘fundamenteel verbod’ in.[17] Vervolgens zet het Hof uiteen op welke drie manieren dit verbod kan worden doorbroken. De besluitvorming kan ten eerste nodig zijn voor de uitvoering van een overeenkomst met de persoon ten aanzien van wie de waarschijnlijkheidswaarde wordt berekend. Daarnaast kan deze persoon ook uitdrukkelijk toestemming hebben gegeven voor het vaststellen van de waarde. Tot slot kan dergelijke besluitvorming zijn toegestaan bij wet.[18] Daarnaast moeten passende waarborgen worden getroffen, die bijvoorbeeld menselijke tussenkomst, het kenbaar maken van standpunten en aanvechten van het besluit mogelijk maken.[19] Daarbij moet ook worden gelet op het eventuele verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, wat slechts onder strikte voorwaarden mogelijk is.[20] Naast deze hogere rechtmatigheidseisen gelden er ook extra informatieverplichtingen. Al bij verzameling van de persoonsgegevens en vervolgens bij een verzoek om inzage moet duidelijk worden gemaakt dat sprake is van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming en moet “nuttige informatie [worden verstrekt] over de

onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.”[21]

8. Deze verhoogde bescherming voor dit soort besluitvorming is volgens het Hof nodig gelet op de bijzondere risico's die het met zich mee kan brengen voor de personen waarover het besluit gaat. Denk bijvoorbeeld aan volledig geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering (zonder menselijke tussenkomst) die discriminerende gevolgen blijkt te hebben.[22] Het Hof kijkt voor het beantwoorden van de vraag dus niet alleen naar de bewoording van artikel 22 AVG, maar ook naar de beoogde bescherming en daarmee het doel van dit artikel. Gelet op dit doel zou er volgens het Hof een leemte in de rechtsbescherming ontstaan, wanneer een waarschijnlijkheidswaarde, die op geheel geautomatiseerde wijze is bepaald en veel impact heeft op de uiteindelijke besluitvorming, niet hoeft te voldoen aan de extra rechtmatigheids- en transparantievereisten in artikel 22 AVG.[23]

Gevolgen voor de praktijk

9. Het is de vraag of die leemte in de rechtsbescherming met deze uitspraak helemaal is ingevuld. Zo lijkt de handhaving nog een uitdaging. Niet altijd zal goed zijn vast te stellen dat een waarschijnlijkheidswaarde doorslaggevend is geweest in de genomen beslissing door een medewerker van bijvoorbeeld een leningverstrekker. De verwijzende rechter leunt op de bevinding dat een negatieve waarde in bijna alle gevallen leidt tot weigering, maar is dit voldoende bewijs?

10. Daarnaast zal nog moeten blijken of personen zoals verzoekster na deze uitspraak wel de informatie krijgen die zij nodig hebben om een vastgestelde waarde te controleren of zich ertegen te verzetten. Het is namelijk nog onduidelijk op hoeveel informatie deze personen precies recht hebben en wanneer de informatie voldoende 'nuttig' is. Dit vraagstuk ligt momenteel voor bij het Hof in een andere zaak.[24] Hierbij botsen er verschillende belangen en fundamentele rechten, wat ook terug te zien is in de AVG. Zo bepaalt de AVG dat het recht op inzage geen afbreuk mag doen aan de rechten en vrijheden van anderen, waaronder het zakengeheim en recht op intellectueel eigendom. Aangezien dit er ook weer niet tot toe mag leiden dat helemaal geen informatie wordt verstrekt, zal er dus een balans moeten worden gevonden.[25]

11. Voor kredietinformatiebureaus is deze uitspraak op zijn zachtst gezegd niet handig. Zo zal het doorbreken van het verbod moeilijk worden. Er is niet vaak sprake van een overeenkomst met de personen van wie zij persoonsgegevens verwerken en ook lijkt het vragen van uitdrukkelijke toestemming lastig te organiseren gelet op de manier waarop zij informatie verzamelen. In Nederland is het vaststellen van waarschijnlijkheidswaardes door

kredietinformatiebureaus tot dusver ook nog niet geregeld bij wet. Hoewel de Nederlandse wetgever gebruik heeft gemaakt van de ruimte om het verwerkingsverbod met een nationale regeling te doorbreken, kan een kredietinformatiebureau van deze huidige regeling geen gebruik maken.[26]

12. Door de uitspraak van het Hof is het voor deze bureaus dus belangrijk geworden hoe zwaar hun contractuele partners leunen op de waarschijnlijkheidswaarde en in hoeverre deze partners autonoom beslissingen nemen. Daarmee zijn kredietbureaus afhankelijk geworden van het gedrag van hun contractuele partners voor de vraag of artikel 22 AVG op hun activiteiten van toepassing is en of er aanvullende rechtmatigheids- en transparantievereisten gelden. De overeenkomsten zullen dus waarschijnlijk flink worden aangescherpt. Het roept ook de vraag op in hoeverre deze contractuele partners zelf rekening moeten houden met artikel 22 AVG. Hoewel een mens de uiteindelijke beslissing neemt, is het de vraag of daarbij sprake is van daadwerkelijke en zinvolle menselijke tussenkomst als deze beslissing hoofdzakelijk is gebaseerd op de waarschijnlijkheidswaarde.[27]

13. Met deze aanscherpingen van de regels in het kader van gegevensverwerkingen door kredietinformatiebureaus heeft het Hof weer een stap verder gezet in de effectieve bescherming van het fundamentele recht op gegevensbescherming zoals neergelegd in artikel 8 van het EU-Handvest. Hierdoor komen personen zoals verzoekster hopelijk minder vaak met lege handen te staan. Het zou nu makkelijker moeten zijn om erachter te komen waarom je niet als kredietwaardig werd ingeschat, waardoor je in staat bent om na te gaan of de conclusie terecht was en verzet mogelijk is. Om deze verdere bescherming ook echt te realiseren is wel meer duidelijkheid nodig over de mate van informatie die moet worden verstrekt en ligt er een belangrijke rol voor handhaving om te voorkomen dat oude praktijken worden voortgezet.

Mr. S.E. Huting

Docent/onderzoeker gegevensbescherming en privacyrecht aan de Open Universiteit

[1] *SCHUFA Holding (Scoring)*, HvJ EU (EK) 7 december 2023, zaak C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, punt 14-16. Zie ook het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland) op 15 oktober 2021 – OQ/Land Hessen (Zaak C-634/21), par. 1-2.

[2] Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van

persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

[3] Art. 15, eerste lid, onder h, AVG.

[4] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 17-18. Ingevolge art. 77, eerste lid, AVG kan de verzoekster een klacht indienen bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit aangezien zij meent dat inbreuk wordt gemaakt op haar rechten op grond van de AVG. Uit art. 57, tweede lid, onder c, AVG volgt dat elke toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid heeft om verwerkingsverantwoordelijken zoals SCHUFA te gelasten om verzoeken van betrokkenen tot uitoefening van rechten uit hoofde van de AVG in te willigen.

[5] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 19. Ingevolge art. 78, eerste lid, AVG kan verzoekster tegen een haar betreffend juridisch bindend besluit van een toezichthoudende autoriteit een doeltreffende voorziening in rechte instellen. Het besluit van een toezichthouder op haar klacht valt hieronder. Zie in dit kader ook *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 33.

[6] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland) op 15 oktober 2021 – OQ/Land Hessen (Zaak C-634/21), par. 2.

[7] Art. 15, eerste lid, onder h, AVG.

[8] Art. 22, eerste lid, AVG. Het Hof noemt ook deze drie cumulatieve voorwaarden. Zie *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 43.

[9] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 20-27.

[10] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland) op 15 oktober 2021 – OQ/Land Hessen (Zaak C-634/21), par. 2, 22.

[11] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland) op 15 oktober 2021 – OQ/Land Hessen (Zaak C-634/21), par. 25.

[12] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland) op 15 oktober 2021 – OQ/Land Hessen (Zaak C-634/21), par. 21, 24.

[13] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 44-46. Het Hof verwijst in dit kader ook naar ow. 71 AVG. Eerder gaf de Nederlandse wetgever in het kader van de uitvoeringswet AVG (UAVG) ook al een ruime uitleg aan dit begrip. Het zou verder gaan dan het besluitbegrip in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en ook privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen betreffen. Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, nr. 3, p. 120. Het Hof lijkt deze benadering nu te bevestigen.

- [14] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 48-50.
- [15] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 47. Zie voor de definitie van profilering in de zin van de AVG, art. 4, aanhef onder 4, AVG.
- [16] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 75.
- [17] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 52.
- [18] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 53. Zie voor de uitzonderingsgronden art. 22, tweede lid, onder a-c, AVG.
- [19] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 54. Zie voor deze vereisten art. 22, tweede lid, onder b, AVG en art. 22, derde lid, AVG.
- [20] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 55. Zie art. 22, vierde lid, AVG.
- [21] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 56. Zie art. 13, tweede lid, onder f, AVG, art. 14, tweede lid, onder g, AVG en art. 15, eerste lid, onder h, AVG.
- [22] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 57-59. Zie ook ow. 71 AVG.
- [23] *SCHUFA Holding (Scoring)*, punt 61-64.
- [24] Zie het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door het Verwaltungsgericht Wien (Oostenrijk) op 16 maart 2022 – CK (Zaak C-203/22).
- [25] Art. 15, vierde lid, AVG en ow. 63 AVG. Er moet een balans worden gevonden tussen het fundamentele recht op de bescherming van persoonsgegevens (art. 8 EU-Handvest) en bijvoorbeeld het recht op intellectueel eigendom (art. 17 EU-Handvest). Zie hierover ook *SCHUFA Holding (Scoring)*, A-G P. Pikamäe, 16 maart 2023, zaak C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, punt 53-58.
- [26] Zie art. 40 UAVG. Deze uitzondering op het verwerkingsverbod is alleen van toepassing op geautomatiseerde besluitvorming die *niet* is gebaseerd op profilering en kredietinformatiebureaus maken daar wel gebruik van voor het vaststellen van de waarschijnlijkheidswaarde.
- [27] Zie over het vereiste van daadwerkelijke en zinvolle menselijke tussenkomst ook EDPB Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679.

ANNOTATIE

Pagerie t. Frankrijk (EHRM, 24203/16) – EHRM beoordeelt Franse noodtoestandsmaatregelen als ‘gewone’ beperkingen van de bewegingsvrijheid***J.P. Loof***

1. Op de avond van 13 november 2015 vonden in Parijs twee terroristische aanslagen plaats, waarbij 130 mensen werden gedood en 351 mensen gewond raakten. Deze geweldsdaden vormden voor de Franse regering aanleiding om nog diezelfde nacht een noodtoestand uit te roepen: de *état d'urgence*. Deze noodtoestand is geregeld in een wet die stamt uit de tijd van de Algerijnse oorlog: *Loi No. 55-385 du 3 avril 1955* (te raadplegen via:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000031504662/>). Volgens artikel 1 van deze wet kan deze noodtoestand worden uitgeroepen ‘in geval van dreigend gevaar als gevolg van ernstige verstoringen van de openbare orde, of in geval van gebeurtenissen die naar hun aard en ernst het karakter van een openbare ramp hebben (vert. JPL)’. Tijdens de noodtoestand zijn allerlei buitengewone maatregelen toepasbaar, die vergaande inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden mogelijk maken, waaronder het opleggen van huisarrest door de regering (dus niet door een rechter), het opleggen van gebiedsverboden en contactverboden, het doen van huiszoeken zonder voorafgaande rechterlijke machtiging (zowel overdag als ’s nachts), het verbieden van demonstraties en andere publieke samenkomsten, het sluiten van gebouwen van samenkomst en het ontbinden van organisaties. De noodtoestand zou verschillende keren verlengd worden en uiteindelijk tot 1 november 2017 duren. Een aankondiging om de noodtoestand eerder te beëindigen, per 26 juli 2016, werd ijlings ingetrokken nadat op 14 juli 2016 opnieuw een terroristische aanslag met vele tientallen dodelijke slachtoffers plaatsvond, dit maal in Nice.

2. De klager in deze zaak, Pagerie, is aanvankelijk gearresteerd en enige tijd vastgehouden vanwege terrorismeverdenking. Na vrijlating wordt hem een combinatie van maatregelen opgelegd: een gebiedsverbod (hij mocht zijn woonplaats Angers niet verlaten); een meldingsplicht (drie maal daags melden bij een politiebureau); een contactverbod met een specifieke andere persoon; en een gedeeltelijk huisarrest (tussen 20:00 en 6:00 woning niet verlaten). Deze maatregelen duurden in totaal dertien maanden. Het is relevant om deze

maatregelen te zien tegen de achtergrond van enkele wetsvoorstellen van de Franse regering die direct na de aanslagen in Parijs werden gedaan. Een van die voorstellen behelsde het toepassen van administratieve detentie voor onbepaalde tijd op personen van wie vermoed werd dat ze waren geradicaliseerd en bereid tot het plegen van aanslagen. Dit wetsvoorstel werd echter ingetrokken nadat de Franse Raad van State in haar wetgevingsadvies – terecht: zie *A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (par. 137) – tot de conclusie kwam dat dit onverenigbaar zou zijn met artikel 5 EVRM (*Conseil d'État, Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risques de terrorisme*, No. 390867, 17 december 2015). In het licht van dit ingetrokken wetsvoorstel is het niet vreemd om de aan Pagerie opgelegde maatregelen te beschouwen als een alternatief voor die administratieve detentie (in punt 11 van deze noot kom ik daar nog even op terug).

3. Dit arrest heeft dus betrekking op noodtoestandsmaatregelen, maar het bijzondere is dat de noodtoestandsbepaling van het EVRM buiten beeld blijft. Omdat het Hof de aan Pagerie opgelegde vrijheidsbeperkende maatregelen compatibel acht met de beperkingsclausule van art. 2 Prot. 4 EVRM komt het niet toe aan een toetsing aan art. 15 EVRM. Dat artikel geeft de verdragsstaten de mogelijkheid om in het geval van een 'public emergency threatening the life of the nation' af te wijken van de normale verdragsverplichtingen en verdergaande beperkingen op te leggen aan de verdragsvrijheden dan op basis van de beperkingsclausules van die vrijheden toelaatbaar zou zijn. En misschien is het maar goed dat het Hof daar niet aan toekomt. Het derde lid van art. 15 EVRM vergt namelijk dat een staat die wil afwijken van zijn normale verdragsverplichtingen daarvan melding (notificatie) doet aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. Zo'n notificatie moet dan volgens art. 15 lid 3 EVRM informatie bevatten over 'the measures taken and the reasons therefore'. Nu is de Straatsburgse jurisprudentie behoorlijk soepel met betrekking tot eisen die aan de inhoud van zo'n notificatie worden gesteld (zie daarover: J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 607-615 en *Altan t. Turkije*, EHRM 20 maart 2018, 13237/17, EHRC 2018/131, m.nt. B. van der Sloot, par. 89), maar de notificatie die de Franse regering na het uitroepen van de noodtoestand in november 2015 aan de Raad van Europa deed (te raadplegen via: <https://rm.coe.int/090000168048d867>), vertoonde tekenen van 'de Franse slag'. Zij bevatte weliswaar een uitvoerige bijlage waarin uiteengezet werd welke wetgeving als gevolg van het uitroepen van de noodtoestand in werking was gesteld, maar stelde verder slechts dat het zo zou kunnen zijn dat door de noodtoestandsmaatregelen werd afgeweken van bepalingen van het EVRM ('sont susceptible d'impliquer une dérogation') en gaf niet aan

welke dat dan zouden zijn. In dit verband is relevant dat art. 4 IVBPR (het VN-equivalent van art. 15 EVRM) expliciet vergt dat in de notificatie wordt aangegeven van welke IVBPR-artikelen wordt afgeweken.

3. De klacht die Pagerie bij het EHRM had ingediend had, naast artikel 2 Protocol No. 4, ook betrekking op schending van de artikelen 8 (bescherming van het privéleven), 9 (godsdienstvrijheid) en 14 (discriminatieverbod) EVRM. Deze onderdelen van de klacht acht het Hof echter niet-ontvankelijk vanwege het niet-uitputten van de nationale rechtsmiddelen (par. 140-143). In de nationale rechterlijke procedures heeft Pagerie niet geklaagd over een inbreuk op zijn privéleven en voor zover hij in die procedures heeft opgemerkt dat de hem opgelegde maatregelen stigmatisering en discriminatie van moslims zouden opleveren, heeft hij dat verder niet juridisch onderbouwd of gesubstantieerd, waardoor het Hof concludeert dat ook op dit punt de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Voor zover Pagerie betoogt dat die uitputting van nationale rechtsmiddelen niet nodig zou zijn, omdat de Franse regering een praktijk van tolerantie ten aanzien van herhaalde verdragsschending zou kennen – zoals de Russische regering die volgens het Hof kent m.b.t. gedragingen op de Krim (zie *Oekraïne t. Rusland*, EHRM 16 december 2020, 20958/14 en 38334/18 (inzake de Krim)), par. 369-510) – oordeelt het Hof dat hij daarvoor geen begin van bewijs heeft aangeleverd.

4. Het EHRM oordeelt in dit arrest dus uiteindelijk alleen over de vraag of de Franse maatregelen jegens Pagerie een ongerechtvaardigde inbreuk vormden op de bewegingsvrijheid zoals gegarandeerd door art. 2 Protocol No. 4 EVRM. Het eerste lid van dit artikel stelt dat een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, binnen dat grondgebied het recht heeft ‘zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen’. Nu vormt deze bewegingsvrijheid niet het meest stevige EVRM-recht. Naast de beperkingsclausule die is opgenomen in het derde lid van het artikel en die grote gelijkenis vertoont met de beperkingsclausules zoals we die ook kennen bij art. 8-11 EVRM (‘De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’), heeft art. 2 Protocol No. 4 nog een aanvullende, zeer ruim geformuleerde, beperkingsclausule. Deze is te vinden in het vierde lid: ‘De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden onderworpen aan beperkingen die bij de wet zijn voorzien en gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving.’ Uit de toelichting bij Protocol No. 4 blijkt dat deze aanvullende beperkingsclausule vooral ziet op overheidsbeleid in de sfeer van het tegengaan van overbevolking in bepaalde regio’s en het

spreiden van de bevolking om sociaaleconomische redenen (zie: <https://rm.coe.int/1680oc92co>). Zij is in deze zaak dus ook niet aan de orde.

5. Om tot die toetsing aan art. 2 Protocol No. 4 te komen beoordeelt het Hof eerst nog wel of het karakter van de maatregelen zodanig is dat dit artikel in het geding komt (par. 154-160). Hoewel het Hof daar niet expliciet aan refereert, is deze stap in de beoordeling vooral relevant in verband met de niet altijd even duidelijke scheidslijn tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. Bij vrijheidsbeneming is art. 5 EVRM in het geding. Dit artikel is door de klager echter niet ingeroepen en uit eerdere jurisprudentie van het EHRM kan ook worden afgeleid dat het type maatregelen waaraan Pagerie werd onderworpen doorgaans wordt aangemerkt als vrijheidsbeperkingen en niet als vrijheidsbeneming (zie J.H. Gerards, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 2 Vierde Protocol, par. C.1.1.2, Den Haag: Sdu 2020 voor de relevante arresten). In deze zaak geeft het Hof aan dat Pagerie overdag binnen de gemeentegrenzen nog bewegingsvrijheid had en sociale contacten kon onderhouden. Hoewel het Hof dat niet met zoveel woorden zegt, is dat klaarblijkelijk een relevant gegeven om in dit geval niet van vrijheidsbeneming te spreken. Het gecombineerde effect van de het gebiedsverbod, de meldingsplicht en het partiële huisarrest is echter volgens het Hof zo indringend dat art. 2 Protocol No. 4 zeker in het geding komt, al helemaal nu die maatregelen dertien maanden lang hebben gegolden.

6. Zoals in terrorismezaken min of meer gebruikelijk is, stelt het Hof ook in dit arrest voorop dat het zich bewust is van de reële dreiging van terrorisme waar Frankrijk in de betreffende periode mee te maken had en van de positieve verplichting die op de EVRM-staten rust om hun bevolking te beschermen tegen schendingen van het recht op leven en het verbod van onmenselijke behandeling die kunnen voortvloeien uit terroristische aanslagen (par. 147-149). Welke gevolgen dat heeft voor de indringendheid van zijn toets, maakt het Hof – zoals wel vaker – dan weer niet echt duidelijk. Wel geeft het Hof aan dat de reikwijdte van zijn toets in dit type zaken beperkt is in die zin dat geen integrale beoordeling plaatsvindt van het Franse beleid om het hoofd te bieden aan de terreurdreiging. Het Europese toezicht op antiterrorismemaatregelen zoals uitgeoefend door het Hof richt zich hoofdzakelijk op de vraag of voorzien is in voldoende waarborgen tegen misbruik en willekeurig gebruik van de antiterrorismebevoegdheden en of die waarborgen in de praktijk ook effectief functioneren (par. 150). En ook in deze zaak vormt dat de hoofdmoot van de toets. Daarbij heeft het Hof overigens nadrukkelijk ook aandacht voor de vraag of die waarborgen in de praktijk ook effectief (kunnen) functioneren en adequate bescherming bieden. Het antwoord van het EHRM op beide vragen is positief.

7. Het Hof oordeelt in de eerste plaats dat de artikel 6 van de wet uit 1955, dat de basis vormt voor de aan Pagerie opgelegde maatregelen voldoende precies geformuleerd is en dus voldoet

aan de voorzienbaarheidseis. Het in de wettekst vermelde toepassingscriterium voor huisarrest, dat er 'serieuze redenen moeten zijn om aan te nemen dat iemand gedrag kan vertonen dat bedreigend is voor de nationale veiligheid' is op papier weliswaar behoorlijk vaag, maar moet volgens het Hof worden geïnterpreteerd met inachtneming van de wetsgeschiedenis. En die wetgeschiedenis bestaat ook uit de uitleg die is gegeven bij de aanpassing van artikel 6 nadat het in november 2015 in werking was gesteld. Volgens die uitleg moet het toepassingscriterium zo worden gelezen dat een loutere verdenking voor het opleggen van huisarrest niet voldoende is: er moeten 'ernstige redenen' zijn om aan te nemen dat iemand een bedreiging vormt. Bovendien is na november 2015 in de Franse bestuursrechtelijke rechtspraak over dit aangepaste artikel de drempel voor toepassing van dit soort maatregelen – zeker wanneer deze voor een langere periode werden opgelegd – nog weer verder verhoogd tot 'bijzonder ernstige redenen' (par. 182). Met betrekking tot het ook best vage begrip 'nationale veiligheid' overweegt het Hof dat van een wetgever die voorafgaand aan crisissituaties een wettelijk kader moet ontwerpen voor het uitoefenen van bevoegdheden tijdens die crisissituaties niet verlangd kan worden dat die, gegeven de onvoorzienbaarheid van die crisissituaties, tot een meer specifieke en gedetailleerde omschrijving daarvan te komen (par. 183-186). Dat alles in acht nemend, voldoet de wet aan de door het EHRM gestelde kwaliteitseisen.

8. In de tweede plaats oordeelt het EHRM dat de algemene waarborgen om oneigenlijke instandhouding van de noodtoestand te voorkomen voldoende stevig zijn. Na aanvankelijke uitroeping door de regering moet er binnen twaalf dagen bij wet een eventuele verlenging worden vastgesteld. Dat wetstraject garandeert parlementaire betrokkenheid en instemming. Bovendien geldt die verlenging dan voor een specifieke termijn, zodat periodiek telkens een heroverweging door de wetgever moet plaatsvinden. Waar het gaat om de specifieke maatregel van huisarrest en de daarmee samenhangende maatregelen als gebieds- en contactverboden en meldingsplichten constateert het Hof dat de toepassing van deze maatregelen op een bepaalde persoon volgens het Franse recht bij elke verlenging van de noodtoestand ook weer opnieuw bezien moet worden. Dus ook daar vindt een periodieke heroverweging plaats, door de regering. Die regeringsbeslissing is dan echter telkens voor beroep vatbaar bij de bestuursrechter, zodat een onafhankelijke rechterlijke toets op noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregel kan plaatsvinden. Het hof wijst er ook op dat in de Franse bestuursrechtelijke jurisprudentie na november 2015 de eis is geformuleerd dat de redenen voor het opleggen van deze maatregelen gelieerd moeten zijn aan de omstandigheden die noopten tot het uitroepen van de noodtoestand (dat is een belangrijk punt waarop ik hieronder nog terugkom) en dat na twaalf maanden toepassing van dit soort maatregelen niet volstaan kan worden met de redenen die in eerste instantie ten grondslag lagen aan de oplegging ervan. Er moeten dan nieuwe en aanvullende feiten en omstandigheden worden

aangevoerd die verlenging van deze maatregelen kunnen rechtvaardigen (par. 188-192). Verder is heel relevant dat de Franse Raad van State in zijn jurisprudentie heeft bepaald dat tegen de toepassing van huisarrest het rechtsmiddel van *référé-liberté* openstaat, dat is een soort bestuursrechtelijke spoedvoorziening die op elke dag van de week ingeroepen kan worden en dan binnen 48 uur tot een rechterlijke beoordeling leidt. Dat alles bijeen genomen biedt volgens het Hof voldoende bescherming tegen willekeur en misbruik en voldoende praktische en effectieve mogelijkheden om rechtsbescherming te krijgen.

9. Het relatieve gemak waarmee het EHRM de aan Pagerie opgelegde noodmaatregelen gerechtvaardigd acht, staat op het eerste oog in schril contrast met de forse kritiek die eerder werd geuit op het Franse noodtoestandsregime (zie voor een beknopt overzicht van die kritiek: B. Boutin & C. Paulussen, *From the Bataclan to Nice: A Critique of France's State of Emergency Regime*, Policy Brief 01, Den Haag: Asser Instituut, juli 2016). Niet alleen ngo's als Human Rights Watch en Amnesty International, maar ook de Mensenrechtenadviescommissie van het Franse parlement (CNCDH) en het nationale mensenrechteninstituut (de *Défenseur des droits*) bekritiseerden de wijze waarop de noodtoestandsmaatregelen gereguleerd waren en toegepast (telkens verlengd) werden (Human Rights Watch, *France: Abuses Under State of Emergency*, rapport van 2 februari 2016; Amnesty International, *Upturned lives: The disproportionate impact of France's state of emergency*, rapport van 4 februari 2016; CNCDH, *Statement of Opinion on the Constitutional Bill for the Protection of the Nation*, 18 februari 2016; Défenseur des droits, *Avis 16-03: Suivi de l'état d'urgence*, advies van 25 januari 2016; Amnesty International, *Punished without trial: the use of administrative control measures in the context of counter-terrorism in France*, Londen 2018). Er kwam zelfs een gezamenlijke verklaring van een vijftal speciaal rapporteurs van de VN waarin stond dat de Franse noodtoestand een excessieve en disproportionele inperking van fundamentele vrijheden opleverde (OHCHR, *UN rights experts urge France to protect fundamental freedoms while countering terrorism*, 19 januari 2016). Een belangrijk deel van de kritiek van al deze mensenrechten-actoren had nu juist te maken met de onduidelijkheid en vaagheid van de wettelijke toepassingscriteria voor de noodmaatregelen, met het verschuiven van rechterlijke toetsing (in plaats van een voorafgaande toets door de strafrechter bij zaken als huiszoekingen en huisarrest, nu een toets achteraf door de bestuursrechter) en met het toepassen van huisarrest en gebiedsverboden op klimaatdemonstranten rond de *United Nations Climate Change Conference* (COP21) die eind november 2015 in Parijs plaatsvond en op protesteersers tegen de hervorming van de arbeids- en pensioenwetgeving in het voorjaar van 2016, dat als misbruik van bevoegdheid werd beschouwd.

10. Hoe kan het dan dat we dit niet terugzien in het EHRM-arrest? Daarvoor zijn denk ik drie redenen. In de eerste plaats beoordeelt het EHRM natuurlijk alleen de maatregelen die zijn

opgelegd aan Pagerie. De kwestie van de huisarresten en gebiedsverboden rond de klimaatconferentie blijft daardoor buiten beschouwing, want Pagerie was geen klimaatactivist. Het EHRM refereert wel aan een juridisch aspect dat verband houdt met de uitoefening van noodtoestandsbevoegdheden ten opzichte van klimaatactivisten. Zoals reeds opgemerkt bij punt 8 verwijst het Hof naar de Franse bestuursrechtspraak waarin de eis is ontwikkeld dat de oplegging van noodmaatregelen aan een bepaalde persoon in verband moet staan met de omstandigheden die aanleiding gaven tot het uitroepen van de noodtoestand. Die jurisprudentielijn ontwikkelde zich onder meer naar aanleiding van de kritiek op de behandeling van de klimaatactivisten. Al moet daarbij de kanttekening worden geplaatst dat het wel even duurde voordat die lijn tot stand kwam: in de eerste weken na de aanslagen paste de Franse Raad van State nog een veel minder indringende toets toe en accordeerde nog gewoon de toepassing van de noodmaatregelen op klimaatdemonstranten (zie: Stéphanie H. Vauchez, 'The State of Emergency in France: Days Without End?', *European Constitutional Law Review* 2018, Vol. 14, p. 718).

In de tweede plaats leden Pagerie's pogingen om enkele andere frequent geuite kritiekpunten op de Franse noodtoestand aan de orde te stellen schipbreuk op de niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen (zie reeds onder punt 3). Kwesties als het op onduidelijke gronden sluiten van Islamitische gebedshuizen, het intrekken van de Franse nationaliteit van terrorismeverdachten en het stigmatiserende effect van de toegepaste huiszoekingen en huisarresten blijven daardoor eveneens buiten beeld in de EHRM-beoordeling. Dat is op zich spijtig, want dat stigmatiserende effect trok diepe sporen in de Franse samenleving. Deze huiszoekingen en huisarresten vonden namelijk vrijwel uitsluitend plaats bij (verondersteld) Islamitische personen waarvan vermoed werd dat zij waren geradicaliseerd en die al langer in de gaten werden gehouden door de politie- en veiligheidsdiensten of door familie, burens, collega's bij de autoriteiten waren aangegeven als potentieel gevaarlijke individuen. En dat gebeurde niet slechts incidenteel: 4181 huiszoekingen en 647 personen onder huisarrest in het eerste jaar van de noodtoestand (gegevens ontleend aan: Flora Hergon, 'The State of Emergency at Home: House Arrests, House Searches, and Intimacies in France', *Conflict and Society: Advances in Research* 2021, vol. 7, p. 42-59).

Ten derde, waar de eerdere kritiek van ngo's en mensenrechteninstanties zich richtte op de te onduidelijke en te breed uitlegbare wettelijke toepassingscriteria voor de noodmaatregelen, is het in wezen de Franse (bestuurs)rechter die de zaak voor de Franse regering ten goede doet keren in Straatsburg. Die rechtspraak heeft voor nadere interpretatie en inkadering van de vage wettelijke toepassingscriteria gezorgd en het EHRM leest die jurisprudentiële eisen nu als het ware in in het nationale wettelijke kader. En dat zorgt ervoor dat de eerdere kritiek van de ngo's en mensenrechteninstanties voor een belangrijk deel is ondervangen.

11. Het opvallende beeld dat blijft hangen na dit EHRM-arrest is dat het Hof maatregelen die volgens het Franse recht als 'buitengewoon' (slechts toepasbaar tijdens een noodtoestand) werden aangemerkt, beoordeelt als 'gewone' inperkingen van de bewegingsvrijheid. Daarmee geeft het Hof een nieuwe voedingsbodem aan kritiek die in het post 9/11-tijdperk al regelmatig werd geuit: de kritiek van 'normalization of the exception' (zie o.m. O. Gross & F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006, p. 228 e.v.; A. Greene, *Permanent states of emergency and the rule of law: constitutions in an age of crisis*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2018). Deze komt er kort samengevat op neer dat het Hof te veel ruimte heeft gelaten aan staten die, als alternatief voor administratieve detentie van met terrorisme in verband gebrachte personen, grepen naar maatregelen als huisarrest en gebiedsverboden (in Verenigd Koninkrijk werden die aangeduid als 'control orders'). Die maatregelen vergen dan misschien geen opschorting van de verdragsverplichtingen ex art. 15, maar leveren in de praktijk wel degelijk buitengewone en uitzonderlijk indringende inbreuken op vrijheidsrechten op. Het EHRM lijkt echter vast te houden aan de ingezette koers. Inmiddels wees het een tweede arrest over toepassing van huisarrest tijdens de Franse noodtoestand in 2015-2017: *Fanouni t. Frankrijk*, EHRM 15 juni 2023, nr. 31185/18, ECLI:CE:ECHR:2023:0615JUD003118518. Daarin wordt dezelfde lijn gevolgd als in *Pagerie*. Ook hier ging het om een gedeeltelijk huisarrest (tussen 20:00 en 06:00 uur), gecombineerd met een drie-maal-daagse meldingsplicht. In dit geval duurde de maatregel echter slechts drie maanden, maar deze kortere duur van de maatregel ontnemt daaraan niet het karakter van een inbreuk op de bewegingsvrijheid van artikel 2 Protocol No. 4. Die inbreuk acht het Hof echter gerechtvaardigd.

Mr. dr. J.P. Loof

Senior docent en onderzoeker, Instituut voor Publiekrecht, Faculteit der rechtsgeleerdheid,
Universiteit Leiden

ANNOTATIE

K.L. (HvJ EU, C-715/20) – Horizontale directe werking van richtlijnen en het Handvest**T. Hendrikx**

1. Benjamin Franklin zei ooit dat er twee zekerheden zijn in het leven: de dood en belastingen. Beoefenaars van het Unierecht zouden daar aan toevoegen: het verbod op horizontale directe werking van richtlijnen. Bijna veertig jaar na het arrest *Marshall* uit 1986 lijkt het namelijk een zekerheid dat particulieren zich niet jegens elkaar kunnen beroepen op rechtstreeks werkende bepalingen van EU-richtlijnen. Volgens het Hof van Justitie van de EU mogen die bepalingen immers niet (direct) verplichtingen opleggen aan individuen.[1] Parallel aan die strenge lijn, afkomstig uit het arrest *Marshall*, valt echter op dat Hof zich de afgelopen decennia tamelijk flexibel heeft opgesteld om ervoor te zorgen dat richtlijnen soms (toch) effect kunnen sorteren tussen individuen. Dit heeft geleid tot een complex “mozaïek” van verschillende sub-leerstukken die het verbod op horizontale directe werking op eigen wijze nuanceren.[2] In het arrest *K.L.* gaat het Hof specifiek in op de (zelfstandige) horizontale directe werking van artikel 47 van het EU-Handvest van de Grondrechten (hierna ook: Hv) in combinatie met een richtlijn. Hierna zet ik de feiten en het Unierechtelijk kader van het arrest uiteen (punt 2), gevolgd door het oordeel van het Hof (punt 3 en 4) en een analyse van het arrest (punt 5, 6 en 7).

2. De procedure bij het Hof draait om Poolse arbeidswetgeving. Op basis van deze wetgeving is een opgave van redenen voor ontslag enkel vereist bij het beëindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. K.L. had echter een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd met vennootschap X en werd – conform de Poolse wetgeving – zonder opgave van redenen ontslagen. K.L. is van mening dat de redenen voor zijn ontslag evenwel vermeld hadden moeten worden en stapte naar de rechter. Dit leidde uiteindelijk tot de twee prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie. Allereerst vraagt de rechter zich af of het onderscheid in de Poolse wet wat betreft de motivering van het ontslag in strijd is met clause 4 van de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze Raamovereenkomst komt voort uit een dialoog tussen Europese vak- en werkgeversbonden op basis van artikel 155 lid 1 VWEU, en is conform artikel 155 lid 2 VWEU ten uitvoer gelegd in

een richtlijn, namelijk Richtlijn 1999/70/EG.[3] Aangezien de Raamovereenkomst deel uitmaakt van deze richtlijn, is de jurisprudentie van het Hof omtrent directe werking van richtlijnbevestigingen ook van toepassing op de bepalingen uit de Raamovereenkomst.[4] Bepalingen uit de Raamovereenkomst zijn zodoende “gelijkgeschakeld” met richtlijnbevestigingen. Clausule 4 behelst een discriminatieverbod op het gebied van arbeidsvoorwaarden tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en vergelijkbare werknemers in vaste dienst. Uit eerdere jurisprudentie blijkt dat deze bepaling directe werking toekomt.[5] Dat brengt ons bij de tweede vraag van de Poolse rechter: kan een particulier (zoals K.L.) zich jegens zijn private werkgever (X) beroepen op clausule 4?

3. Ten aanzien van de eerste vraag volsta ik hier met opmerken dat de Poolse wetgeving volgens het Hof inderdaad in strijd is met clausule 4 van de Raamovereenkomst, en dus met artikel 1 van Richtlijn 1999/70/EG. Wat betreft de tweede vraag begint het Hof met een herhaling van zijn belangrijkste principes op het gebied van doorwerking van het Unierecht (punt 68 en verder): als de strijdigheid tussen een richtlijnbevestiging en een nationale bepaling vaststaat, zal de nationale rechter eerst moeten nagaan of de strijdigheid kan worden weggenomen middels richtlijnconforme interpretatie (punt 69). Mocht conforme interpretatie geen soelaas bieden, dan komt het buiten toepassing laten van de nationale bepaling als remedie in beeld. Daarvoor is echter wel vereist dat de Unierechtelijke bepaling in kwestie directe werking toekomt (punt 72).[6] Zoals gezien loopt het daar in casu niet op stuk. Waar het in eerste instantie wel op stuk lijkt te lopen is het bekende *Marshall*-mantra: richtlijnbevestigingen (of bepalingen die daaraan gelijk zijn te stellen, zoals clausule 4) kunnen geen verplichtingen opleggen aan individuen (punt 73). Zodoende kunnen zij niet door de ene particulier (K.L.) worden ingeroepen jegens een andere particulier (X).

4. De Poolse rechter kan zijn nationale wetgeving in casu dus niet buiten toepassing laten “op grond van de *loutere* vaststelling dat deze bepaling in strijd is met clausule 4, punt 1, van de raamovereenkomst” (cursivering TH) (punt 76). Maar, zo gaat het Hof verder, het is niet *louter* clausule 4 die in deze zaak van belang is. Het onderhavige geschil valt namelijk binnen de werkingssfeer van het Handvest, aangezien Polen het Unierecht ten uitvoer brengt (vgl. artikel 51 lid 1 Hv).[7] Nu een ontslagen werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel geen redenen voor zijn ontslag ontvangt, wordt volgens het Hof ook afbreuk gedaan aan het recht op effectieve rechtsbescherming, neergelegd in artikel 47 Hv (punt 79). Mocht de Poolse rechter zijn nationale arbeidsrecht niet conform clausule 4 kunnen uitleggen, dan moet hij het (alsnog!) buiten toepassing laten “voor zover dit nodig is om de volle werking van [artikel 47 Hv] te waarborgen” (punt 81).

5. Opvallend aan het arrest is dat het Hof de horizontale directe werking van artikel 47 Hv als zodanig onderstreept. Deze benadering werd door A-G Pitruzzella van de hand gewezen.

Volgens hem komt artikel 47 Hv slechts horizontale directe werking toe in combinatie met “[...] een bepaling van materieel recht die de betrokkene in de concrete situatie rechten verleent waarop hij zich voor de rechter kan beroepen”.^[8] Als voorbeeld verwijst de A-G naar het arrest *Egenberger*. In de optiek van de A-G kon het Hof toen artikel 47 Hv toepassen in een horizontale situatie omdat dat gebeurde in combinatie met het algemene discriminatieverbod uit artikel 21 Hv.^[9] Die laatste bepaling volstaat namelijk “op zich om aan particulieren een recht te verlenen dat deze als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht valt”.^[10] Doordat K.L. zich in casu echter niet kan beroepen op clause 4 jegens X, kan hij zich ook niet beroepen op artikel 47 Hv, aldus de A-G.^[11] Het Hof doet in zijn arrest weinig met deze argumentatie. Verwijzend naar *Egenberger* zegt het Hof in essentie: zelfstandige horizontale directe werking van artikel 47 Hv was reeds mogelijk, we hadden tot nu toe alleen nog geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid (punt 80).

6. Het arrest kan verder worden beschouwd als een toepassing van wat Lindeboom noemt “de richtlijn als jurisdictioneel instrument”.^[12] Valt een geschil binnen de materiële reikwijdte van een richtlijn, dan zorgt die richtlijn ervoor dat de grondrechten uit het Handvest ingevolge artikel 51, lid 1 Hv van toepassing zijn.^[13] Het betreffende (rechtstreeks werkende) grondrecht uit het Handvest vormt dan het toetsingskader waaraan nationale wetgeving kan worden getoetst, ook in geschillen tussen particulieren.^[14] Hoewel het hierbij niet vereist is dat de richtlijn bepaling het grondrecht uit het Handvest materieel concretiseert,^[15] zocht het Hof in eerdere rechtspraak desalniettemin vaak naar een bepaalde inhoudelijke koppeling tussen beiden.^[16] Op die manier betekent strijdigheid van nationaal recht met de richtlijn bepaling namelijk eveneens strijdigheid met de Handvestbepaling.^[17] De Handvestbepaling kan vervolgens in een horizontale situatie worden ingeroepen om te bewerkstelligen dat het strijdige nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten. De geschetste inhoudelijke koppeling ontbreekt in het onderhavige arrest. De strijdigheid van de Poolse arbeidswetgeving met clause 4 is met andere woorden niet “dezelfde” als de strijdigheid met artikel 47 Hv. In casu staat de strijdigheid met clause 4 meer op zichzelf, maar zorgt zij *daarbovenop* voor strijdigheid met artikel 47 Hv.^[18]

7. Zoals gezegd heeft het Hof de afgelopen decennia een complex mozaïek van leerstukken gecreëerd, die de harde lijn uit *Marshall* op eigen wijze nuanceren. Het onderhavige arrest laat zien dat het Hof voorlopig nog niet klaar is met het toevoegen en/of fijner hakken van de “steentjes” in dit mozaïek.^[19] Zo blijkt uit dit arrest dat artikel 47 Hv “echt” zelfstandig inroepbaar is, en dat een recht uit het Handvest “echt niet” geconcretiseerd hoeft te worden door een richtlijn bepaling om ervoor te zorgen dat nationaal recht in strijd met die richtlijn bepaling buiten toepassing kan worden gelaten. Bij elkaar zorgt dit ervoor dat het verbod op horizontale directe werking van richtlijnen in de praktijk steeds minder om het lijf

heeft.[20] Tegelijkertijd is het Hof nog altijd niet bereid om de kern van *Marshall* volledig overboord te gooien. Dat het onderwerp horizontale directe werking ons zal blijven bezighouden als beoefenaars van het Unierecht, lijkt mij daarom ook voor de toekomst een zekerheid.

Tijn Hendrikx

Onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR), Radboud Universiteit Nijmegen

[1] *Marshall*, HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84. Zie recent bijvoorbeeld: *Thelen Technopark Berlin*, HvJ EU 18 januari 2022, C|261/20, ECLI:EU:C:2022:33, punt 32.

[2] Voor een overzicht, zie: P. Craig & G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2020, p. 240-260.

[3] *Rosado Santana*, HvJ EU 8 september 2011, C|177/10, ECLI:EU:C:2011:557, punt 54.

[4] *Impact*, HvJ EG 15 april 2008, C|268/06, ECLI:EU:C:2008:223, punt 58.

[5] *Impact*, HvJ EG 15 april 2008, C|268/06, ECLI:EU:C:2008:223, punt 68.

[6] Zie: *Popławski*, HvJ EU 24 juni 2019, C|573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punt 68.

[7] Vgl. *Åkerberg Fransson*, HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

[8] Concl. A-G G. Pitruzzella, *K.L.*, 30 maart 2023, C|715/20, ECLI:EU:C:2023:281, par. 98-99.

[9] *Egenberger*, HvJ EU 17 april 2018, C|414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punt 79.

[10] *Egenberger*, HvJ EU 17 april 2018, C|414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punt 76.

[11] Concl. A-G G. Pitruzzella, *K.L.*, 30 maart 2023, K.L. C|715/20, ECLI:EU:C:2023:281, par. 69 en 102.

[12] J. Lindeboom, 'Continuïteit en verandering in de rechtspraak over de doorwerking van richtlijnen in de nationale rechtsorde', *NtER* 2022, p. 207.

[13] Zie bijvoorbeeld: *Shimizu*, HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, punt 49-50.

[14] Vgl. A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie', *NtER* 2019, p. 88.

[15] *Egenberger*, HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punt 76; *Bauer*, HvJ EU 6 november 2018, C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, punt 85.

[16] Bijvoorbeeld: *Shimizu*, HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, punt 52-55.

[17] J. Lindeboom, 'Continuïteit en verandering in de rechtspraak over de doorwerking van richtlijnen in de nationale rechtsorde', *NtER* 2022, p. 208.

[18] Vgl. F. van Reempts, 'The Effectiveness of Directives in Horizontal Situations: the Charter Unchained? (K.L. v. X)', *EU Law Live*, 5 maart 2024.

[19] Vgl. Ook recent: *Gabel Industria Tessile*, HvJ EU 11 april 2024, C-316/22, ECLI:EU:C:2024:301.

[20] Vgl. J. Lindeboom, 'Another Episode on Horizontal Direct Effect of Directives, Or: Who Should Clean Up the Mess? Case C-316/22 *Gabel Industria Tessile*', *EU Law Live*, 30 april 2024.

ANNOTATIE

Colombier t. Frankrijk (EHRM, 14925/18) en Jarre t. Frankrijk (EHRM, 14157/18) – ‘Pech’ in IPR voor ‘onterfden’ niet per se inbreuk op EVRM***R. Blauwhoff***

1. De feiten in deze twee uitspraken lijken bijzonder sterk op elkaar. Verzoekers zijn kinderen van twee verschillende Franse componisten die beiden in Californië (VS) hun laatste gewone verblijfplaats hadden. Naar Frans internationaal privaatrecht (ipr) is Californisch recht van toepassing op de vererving alsook de afwikkeling van de nalatenschap. Omdat het vermogen van beide erflaters grotendeels in Californische trusts was ondergebracht, kunnen verzoekers van hun erflaters niet erven. In de nationale procedures werden hun verzoeken, strekkend tot compensatie voor hun wettelijk erfdeel naar Frans recht, afgewezen.

IPR-erfrecht

2. Een wettelijk recht op een compensatoire vergoeding was in Frankrijk neergelegd in artikel 2 van een wet uit 1819.[1] Erfgenamen konden, indien zij de Franse nationaliteit hadden, daarop aanspraak maken wat betreft de goederen van erflater in Frankrijk wanneer zij onderbedeeld waren door toepassing van vreemd erfrecht. Als gevolg van een oordeel van de Conseil Constitutionnel uit 2011 kwam deze wettelijke regeling te vervallen, na bijna tweehonderd jaar lang in het Franse recht te hebben bestaan, zodat Franse staatsburgers niet langer aanspraak konden maken op vergoeding van hun wettelijk erfdeel naar Frans recht. Het Franse grondwettelijk hof achtte artikel 2 constitutioneel onhoudbaar, omdat de regel onderscheid maakte op grond van nationaliteit.

3. Doel van het ongrondwettelijk verklaarde artikel 2 was het ‘rechttrekken’ van situaties waarin Franse erfgenamen niet konden erven waar zij dat naar Frans erfrecht wel hadden gekund. De ruime uitleg in de Franse rechtspraak van dit *droit de prélèvement* of *droit d’aubaine* kwam echter alleen aan Franse staatsburgers toe, hetgeen mettertijd als problematisch werd gezien. Dit resulteerde in het oordeel van het Franse grondwettelijk hof op 5 augustus 2011 waardoor het *droit d’aubaine* buiten werking werd gesteld. Dit oordeel volgde op enkele

questions prioritaires de constitutionnalité in de twee voormelde zaken en kaderde daarmee de uitkomsten daarvan.

4. In overgangsrecht werd niet voorzien. In 2021 keerde een dergelijk compensatierecht in 'afgezwakte' vorm terug, waarbij het hebben van de Franse nationaliteit niet langer vereist was.

Verschillende rechtsingangen

5. In beide zaken wordt een beroep gedaan op verschillende verdragsbepalingen. In *Colombier* doen verzoekers een beroep op artikel 8 (en 14) EVRM (recht op privé- en gezinsleven) en in *Jarre* gaat het om artikel 1 EP EVRM (bescherming van eigendom) en artikel 6 lid 1 EVRM (recht op een eerlijke procedure). Spoiler: in beide zaken worden de klachten, na een uitvoerige analyse van het rechtskader, afgewezen.

I. Colombier

6. De Franse componist Michel Colombier (erflater) was in 1975 naar Californië geëmigreerd. Hij had zijn gehele nalatenschap ondergebracht in een Californische trust die hij met zijn derde echtgenote had opgericht. Bij zijn overlijden in 2004 ging de nalatenschap over op de langstlevende echtgenote.

7. De verzoekers, Christian Colombier, David Colombier en Agathe Colombier, zijn allen Franse staatsburgers, respectievelijk geboren in 1960, 1964 en 1967. Michel Colombier is hun vader. Verzoekers wonen in Coyo-la-Forêt, Tel Aviv, en Parijs. Door zich te beroepen op artikel 8 EVRM, ook in samenhang met artikel 14 EVRM, klagen verzoekers dat de Franse autoriteiten aan hen de nalatenschap van hun vader hebben onthouden.

8. De erflater had zes kinderen uit zijn eerste en tweede huwelijk. Op vijfjarige leeftijd werd één van de kinderen, David Colombier, getroffen door twee ernstige hersenbloedingen. In de VS kreeg de erflater nog een vierde kind, Emily, uit een informele relatie. Op 13 oktober 1990 trad de erflater in het huwelijk met mevrouw Dana Ko, met wie hij nog eens twee dochters kreeg, Siena en Arabella.

9. Op 14 februari 1999 stelde de erflater in de Verenigde Staten zijn testament op. Al zijn vermogensbestanddelen liet hij na aan de Colombier Family Trust. Op 16 februari 1999 richtten de erflater en zijn echtgenote een trust op. Alleen zij waren hierin gerechtigd. Alle bezittingen, inclusief onroerend goed in de Verenigde Staten en royalty's alsook de auteursrechten van organisaties in Frankrijk, zoals de *Society of Authors, Composers and Music Publishers* (SACEM) en de *Society for the Administration of Mechanical Reproduction Rights*

(SDRM), werden eveneens in deze trust ondergebracht.[2] In de trust werd bepaald dat de langstlevende echtgenoot, mevrouw Ko, de enige begunstigde zou worden wat betreft het vermogen van het echtpaar en dat bij het overlijden van beiden het vermogen (slechts) zou overgaan op de twee dochters (Siena en Arabella) uit dit huwelijk.

10. Op 12 september 2006 begonnen verzoekers in Frankrijk een procedure tegen de langstlevende echtgenote. Zij deden een beroep op artikel 2 van de wet van 14 juli 1819. Op 11 juni 2008 intervenueerden Emily Colombier, Siena Colombier en Arabella Colombier, van wie de laatste twee toen nog minderjarig waren, met succes in de nationale procedure waarbij zij een beroep op het gelijkheidsbeginsel deden. Dit resulteerde in het voormelde oordeel van het grondwettelijk hof van 5 augustus 2011, waardoor het voormelde artikel 2 ongrondwettig werd verklaard. Het gevolg was dat geen beroep meer kon worden gedaan op het *droit d' aubaine*.

Klacht

11. In de procedure bij het EHRM doen verzoekers een beroep op het recht op gezinsleven (artikel 8 EVRM). Het EHRM erkent dat de klacht onder de reikwijdte van de beschermingsbepaling van artikel 8 EVRM valt. Onder verwijzing naar de wetswijziging uit 2021, waarin het recht op compensatoire vergoeding in aangepaste vorm in het Franse terugkeerde, alsook de bescherming daarvan onder de Europese Erfrechtverordening voeren verzoekers aan dat het wettelijk erfdeel onderdeel uitmaakt van het openbare orde-begrip op nationaal en Europees niveau.

12. De Franse regering werpt tegen dat er geen consensus bestaat over een recht op een wettelijk erfdeel binnen de verdragsstaten. Dientengevolge hebben de verdragsstaten terzake een ruime beoordelingsvrijheid. De 'inmenging' is voorzien bij wet en gerechtvaardigd, aldus de Franse regering, omdat deze 'legitieme doelen' dient (bescherming van de rechten van derden; de testevrijheid van de erflater) en 'noodzakelijk' is in een 'democratische samenleving' (de proportionaliteit van dergelijke aanspraken moet kunnen worden beoordeeld, waarbij wordt opgemerkt dat verzoekers niet in een economisch behoeftige positie verkeerden). Daarnaast wijst de Franse regering op het belang van de rechtszekerheid, in die zin dat de erfwet voldoende voorzienbaar moet zijn. Dit laatste betekent dat, als de verwijzingsregels toepassing van vreemd recht voorschrijven, dit vreemde (erf)recht, hoe ongunstig voor de betrokkenen ook, gewoon in beginsel ten volle moet kunnen worden toegepast. Van enige strijd met de openbare orde is geen sprake, aldus de Franse regering.

EHRM

13. Het EHRM overweegt in *Colombier* dat artikel 8 EVRM zich verzet tegen willekeurige inmenging door de autoriteiten. Bij de vererving en afwikkeling van nalatenschappen zijn de

positieve verplichtingen van de verdragsstaat beperkt, in het bijzonder bij het betwisten van een gerechtelijke uitspraak die strijdig zou zijn met de wil van de erflater.[3] Artikel 8 EVRM bevat niet de erkenning van erfrechtelijke aanspraken van bepaalde familieleden en evenmin een recht van het kind om door een vader erkend te worden ten behoeve van diens erfrechtelijke aanspraken.[4] Het is in beginsel aan de nationale rechter om erfrechtelijke geschillen te beslechten. De nationale rechter heeft daarbij een ruime beoordelingsvrijheid, aldus het EHRM.

14. Het EHRM overweegt dat de Franse gerechten het verwijzingsresultaat - toepassing van het door het Franse IPR aangewezen Californisch erfrecht - binnen de (Franse) rechtsorde mochten eerbiedigen. Het EHRM oordeelt dat de uitspraken van de nationale rechterlijke instanties geen verschil in behandeling meebrengen tussen personen die zich in een gelijksoortige of vergelijkbare situatie bevinden. Evenmin rustte op hen een verplichting om een dergelijk verschil in behandeling weg te nemen. In tegenstelling tot de uitspraak *Pla en Puncernau t. Andorra* [5] waarin een beroep op artikel 8 juncto 14 EVRM werd gedaan, betrof deze zaak geen uitlegging van een individueel kenmerk van een erfgenaam, die in die zaak geresulteerd had in een uitsluiting van een geadopteerd kind tot toegang tot de nalatenschap. Wat het beroep van verzoekers op de openbare orde naar Frans recht betreft, wordt verder vastgesteld dat dit slechts zou spelen als er (overduidelijk) maatschappelijke, raciale, politieke, seksuele of religieuze belangen in het geding zouden zijn geweest.

15. Terzijde merkt het EHRM op dat het recht op het wettelijk gedeelte aan betekenis had ingeboet door een wetswijziging van 2006. Deze tendens zou ook waarneembaar zijn in de Europese Erfrechtverordening.[6] Tegelijkertijd werd de testeervrijheid van de erflater daarin geëerbiedigd. Ter onderbouwing herinnert het EHRM eraan dat de erflater gedurende dertig jaar zijn leven had opgebouwd in Californië en dat een groot deel van zijn vermogen uit de nalatenschap zich in Californië bevond.

Verwijzingsresultaat en ‘fair balance’

16. Dat het verwijzingsresultaat in dit geval nadelig uitpakt voor verzoekers, betekent volgens het EHRM nog niet dat daarmee de verdragsinbreuk vast is komen te staan. Aan de nationale rechter is het om te beslissen of onbillijke uitkomsten door de toepassing van vreemd recht moeten worden ‘rechtgezet.’ Het EHRM suggereert in dit kader wel dat een relatief slechte financiële positie van een (gepretendeerde) erfgenaam onder omstandigheden bij deze ‘fair balance’ een rol zou kunnen spelen. Alleen: in beide zaken speelt dit nu juist (kennelijk) niet. Daarbij neemt het EHRM in aanmerking dat volgens de Franse appelrechter niet vast kwam te staan dat de gehandicapte zoon van de erflater financieel afhankelijk was van zijn vader (erflater) noch dat gebleken was dat hij na zijn overlijden in een precarie financiële toestand

was komen te verkeren.

17. Het EHRM herinnert er nogmaals aan dat het ‘nooit’ heeft erkend dat er een algemeen en onvoorwaardelijk recht voor kinderen zou bestaan om van hun ouders te kunnen erven.[7] De negatieve uitkomst is hier direct gevolg van individuele keuzes van de betrokkenen - in elk geval de erflater maar wellicht dus ook de echtgenote en hun dochters - en dus niet van een tekortschieten door de Franse autoriteiten. Het EHRM ziet evenmin aanleiding om zich van de invulling door de Franse autoriteiten van het begrip openbare orde te distantiëren. Alles bij elkaar betekent dit in *Colombier* dat de klacht op grond van artikel 8 EVRM volgens het EHRM dus moet worden afgewezen.

18. Wat de afzonderlijke klacht op grond van artikel 8 juncto 14 EVRM betreft, herinnert het EHRM eraan dat het toepassingsbereik daarvan mede ziet op kwesties van louter persoonlijke aard.[8] De wil van de erflater moet vastgesteld worden door de nationale autoriteiten en de ‘nuttige werking’ van het testament gestand worden gedaan, waarbij geldt dat ‘niet mag worden verondersteld dat de erflater iets zou hebben gewild wat hij niet heeft vastgelegd’. Dat betekent dat diens testament op de meest met het nationale recht en de rechtspraak van het EHRM overeenkomende wijze dient te worden uitgelegd.

19. De slotsom is dan dat er geen ontoelaatbaar verschil in behandeling is gemaakt tussen personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Evenmin zijn de Franse autoriteiten tekortgeschoten in de verplichting om een verschil in behandeling weg te nemen en wel omdat dit gegeven primair moet gezien worden als een uitkomst van de testeervrijheid van de erflater en niet als een onterechte uitlegging door de Franse autoriteiten die een ongerechtvaardigd onderscheid oplevert tussen erfgenamen, bijvoorbeeld, omdat de erfgenaam geadopteerd is en niet uit het testament blijkt dat ook een geadopteerd kind als ‘kind’ of erfgenaam werd bedoeld (zoals in *Pla en Puncernau tegen Andorra*, reeds aangehaald).

II. Jarre

20. Evenals in *Colombier*, heeft een (andere) Franse componist Maurice Jarre, een trust opgericht naar Californisch recht. Met zijn vierde echtgenote bracht hij daarin zijn volledige vermogen en al zijn rechten en royalty-aanspraken onder. Na zijn overlijden was deze echtgenote bijgevolg de enige erfgename, tot ontsteltenis van twee kinderen uit een eerder huwelijk. Op grond van een wettelijke bepaling meenden zij eveneens recht te hebben op een compensatoire heffing, maar die bepaling werd ingetrokken na de voormelde ongrondwettigverklaring uit 2011.

21. Verzoekers, Jean-Michel Jarre en Stéphanie Jarre, zijn geboren gedurende het eerste en tweede huwelijk van de Franse componist Maurice Jarre. Jarre trouwde ook nog een derde en

een vierde keer, waarbij hij zijn muzikale en literaire nalatenschap en de rechten op zijn werken wilde laten beheren door zijn vierde echtgenote. In 1991 werd de 'Jarre Family Trust' opgericht. Daaraan werden alle goederen van Maurice Jarre overgedragen, evenals de royalty's en auteursrechten die een Franse *Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique* (SACEM) had ontvangen. In 1995 richtten Jarre en zijn echtgenote daarnaast nog een '*Société Civile Immobilière*' (SCI) naar Frans recht op, waarin een onroerende zaak was ondergebracht die Jarre in 1981 had verworven. In 2000 kwam daarbij nog een woning in Zwitserland. In 2008 wijzigde Jarre zijn testament, gevolgd door de trust, en werd de vierde echtgenote de enige begunstigde. Jarre overleed in 2009 in Californië. In 2009 berichtte SACEM klagers dat zij, blijkend uit documenten, alle royalty's van Jarre aan de trust moesten betalen. Klagers hebben hierover geprocedeerd en hebben daarnaast de vierde echtgenote gedagvaard om verdeling van de nalatenschap te gelasten. De rechtbank in eerste aanleg schortte de plicht tot betaling van de royalty's op en liet beslag leggen op de aandelen van Jarre in de SCI.

Klacht

22. Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de onmogelijkheid voor klagers om erkenning te krijgen van hun rechten in de nalatenschap van Jarre alsook het ontbreken van enige vergoeding daarvoor, in strijd is met art. 1 EP EVRM.

23. Klagers hebben in de tweede plaats naar voren gebracht dat de toepassing door de nationale rechters van het oordeel van de *Conseil constitutionnel* om het vergoedingsrecht in te trekken, in strijd was met hun door art. 6 lid 1 EVRM beschermde recht op een eerlijk proces.

EHRM

24. Het EHRM stelt vast dat de Franse rechters geen andere keuze hadden dan de toepassing van de ongrondwettig verklaarde bepaling uit te sluiten. Dat betekent nog geen willekeur. Die beoordeling was immers voorzienbaar en kenbaar op het moment waarop uitspraak werd gedaan over hun zaken. Van een schending van 6 lid 1 EVRM is daarom geen sprake.

25. Het geschil is ontstaan doordat de erflater (Jarre) er zelf voor heeft gekozen zijn nalatenschap naar Californisch recht af te wikkelen. Het gevolg hiervan was dat klagers werden uitgesloten van elke aanspraak op zijn nalatenschap, terwijl ze volgens het Franse recht wel erfgenamen van klager waren.

26. Verzoekers beschikten niet over een door art. 1 EP EVRM beschermd bestaand eigendomsrecht. Wel konden zij volgens het EHRM, in de omstandigheden van

het geval, een gewettigd vertrouwen van eigendom hebben, dat beschermd wordt door art. 1 EP EVRM.

27. Volgens het EHRM heeft de nationale rechter redelijkerwijs mogen oordelen dat een -immers, ingetrokken - wettelijke regeling niet kan worden toegepast. Daarbij voegt zich het argument dat de testeervrijheid van de erflater eenvoudigweg mocht worden gerespecteerd. Duidelijk was dat de erflater slechts zijn echtgenote wilde begunstigen. Kortom: artikel 1 EP EVRM is niet geschonden.

28. Wat de klacht onder art. 6 lid 1 EVRM betreft, wijst het EHRM erop dat de autoriteiten geen andere keuze hadden dan de toepassing van de ongrondwettig verklaarde bepaling uit te sluiten. Dat levert geen willekeur op, omdat de beoordeling voorzienbaar en kenbaar was op het moment waarop uitspraak werd gedaan over hun zaken.

Slot

29. Beide uitspraken raken op het eerste gezicht aan de verhouding tussen 'technische' nationale IPR-verwijzingsregels en 'fundamentele' verdragsbepalingen. Nu hadden verzoekers daarbij de 'pech' dat zij geen beroep konden doen op overgangsrecht of op aanspraken daterend van vóór de ongrondwettelijkverklaring van artikel 2 van de wet uit 1819. Bij nadere beschouwing van de uitspraken blijkt nu dat de beoordelingsvrijheid van verdragsstaten in het erfrecht ruim uitpakt, wanneer de verdenking van een inbreuk op een fundamenteel recht, zoals in Pla en Puncernau, niet op de loer lijkt te liggen. De beide uitspraken zullen verwachtingen voor potentiële rechtzoekenden temperen dat de toepassing van 'ongunstig' vreemd recht een ongerechtvaardigde inmenging oplevert van hun verdragsrechten. Het EHRM bevestigt eens te meer dat het primair aan de nationale rechter is om daarover een oordeel te vormen en de beoordelingsvrijheid lijkt in het (internationale) erfrecht ruim. Enigszins in het midden blijft in beide uitspraken wel of een relatief zwakke financiële positie van de (gepretendeerde) erfgenaam dan toch - onder omstandigheden - mee zou kunnen brengen dat de 'inmenging' een inbreuk oplevert.

30. Judge Mourou-Vikström geeft ervan blijk wat meer oog te hebben voor de positie van verzoekers -en hun gevoelens- in haar separate opinie bij beide uitspraken. Zij merkt inzake *Colombier* op dat gedurende bijna tweehonderd jaar Franse erfgenamen wel een recht op het wettelijk erfdeel konden opeisen in vergelijkbare situaties en dat dit recht in 2021 bovendien opnieuw, zij het in afgezwakte vorm, opnieuw wettelijk werd verankerd. Dit kon verzoekers evenwel in deze uitspraken niet baten. Deze rechter geeft ook in overweging dat er intellectuele eigendomsrechten meespelen. Ze suggereert zelfs dat het 'misgrijpen' bij een nalatenschap kan raken aan het zelfbeeld van betrokkenen en hun emotionele schade kan

berokkenen. Had een beroep op artikel 8 EVRM dan toch kunnen slagen?

Richard Blauwhoff

advocaat

[1] Vergelijk, wat het Nederlandse ipr betreft, ook artikel 10:147 lid 2 BW. Deze wettelijke bepaling ziet op situaties van aanknopingsovermacht en steunt op twee pijlers: erkenning van de verkrijging in het buitenland (lid 1) en verrekening van het nadeel in Nederland (lid 2). Zie Jan-Ger Knot, Boek 10 BW (IPR): Titel 12 Erfrecht – Art. 145 tot en met 152, WPNR 2010/6855, p. 555.

[2] De trust is naar Frans recht niet bekend. Frankrijk heeft het Haags Trustverdrag weliswaar ondertekend, maar niet geratificeerd. Toch worden de rechtsgevolgen van de trust wel in Frankrijk erkend. Zie hcch.net.

[3] Daarbij verwijst het EHRM naar de uitspraak *Pla en Puncernau t. Andorra*, EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801.

[4] Onder verwijzing naar *Haas t. Nederland*, EHRM 13 januari 2004, nr. 36983/97,

ECLI:CE:ECHR:2004:0113JUD003698397.

[5] *Pla en Puncernau t. Andorra*.

[6] Verordening (EU) nr. 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese Erfrechtverklaring. Zie bijvoorbeeld nr. 54 van de preambule: '*Bijgevolg mogen noch de collisieregels waarbij onroerende goederen aan een ander rechtstelsel worden onderworpen dan roerende goederen, noch de bepalingen waarbij een groter wettelijk erfdeel wordt toegekend dan in het recht dat ingevolge deze verordening van toepassing is, worden beschouwd als bijzondere regels die de vererving van die bepaalde goederen beperken of daarop van invloed zijn.*'

[7] *Marckx tegen België*, EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462.

[8] *Pla en Puncernau*, par. 59.