

ANNOTATIE

Auray e.a. t. Frankrijk (EHRM, 1162/22) en Arnold en Marthaler t. Zwitserland (EHRM, 77686/16 en 76791/16)

M.A.D.W. de Jong

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 08-02-2024,
ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222 (EHRC-2024-0047)*

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19-12-2023,
ECLI:CE:ECHR:2023:1219JUD007768616 (EHRC-2024-0047)*

1. Inleiding

De twee in deze combinoot besproken arresten gaan over vergaande preventieve bestuurlijke vrijheidsbeperking van demonstranten. De politie gaat hiertoe over ter handhaving van de openbare orde. In beide zaken is sprake van *kettling*, ofwel het urenlang insluiten van potentiële ordeverstoorders en/of demonstranten in een gesloten politiecordons. In *Auray e.a. t. Frankrijk* blijft het daarbij en wordt de maatregel ingezet om relschoppers zo veel mogelijk van demonstranten te scheiden en zo een geplande demonstratie tegen omstrede pensionwetgeving doorgang te verlenen.^[1] Het EHRM achtte *kettling* geen vrijheidsbeneming (art. 5 EVRM) in dit geval, maar wel een onrechtmatige aantasting van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM) en de demonstratievrijheid (art. 11 EVRM). De Zwitserse zaak *Arnold en Marthaler* is anders: daar liep een geplande demonstratie waaraan klagers deelnamen ter gelegenheid van de viering van de Dag van de Arbeid ten einde. Om te voorkomen dat aansluitend een verboden demonstratie en rellen ontstonden, begon de politie met *kettling* en identiteitscontroles ter plaatse. Personen die niet bij de spontane

demonstraties betrokken waren werden vrijgelaten en meer dan 540 personen die in aanmerking kwamen voor verdere veiligheidscontroles en verwijderingsbevelen, waaronder ook de klagers, bracht de politie geboeid over naar massacellen elders. Daar werden ze enige uren vastgehouden (*Festhaltung für sicherheitspolizeiliche Überprüfung*).[2] Het EHRM acht het overbrengen en vasthouden van klagers willekeurige vrijheidsbeneming. De detentie was niet noodzakelijk omdat *kettling* ordeverstoring reeds voorkwam. Ook in veel andere opzichten werd niet voldaan aan de eisen die het EHRM aan bestuurlijke detentie op grond van art. 5 lid 1 (b) en (c) EVRM stelt, concludeerde het Hof.

2. Drie arresten waarop het EHRM voortbouwt

Eerder oordeelde het EHRM dat actief en effectief politieoptreden ter voorkoming van ernstige ordeverstoringen mogelijk moet zijn binnen de grenzen van het EVRM om in explosieve omstandigheden de orde te handhaven. Dit kan voor de nationale autoriteiten immers noodzakelijk zijn om aan de positieve verplichtingen te voldoen die uit art. 2 en 3 EVRM voortvloeien. De overheid dient uit dien hoofde actief op te treden om doden, gewonden en grootschalige vernielingen te voorkomen.[3] Collectieve vrijheidsbeperkende maatregelen verdragen zich echter moeizaam met het EVRM en kunnen bovendien de demonstratievrijheid in gevaar brengen als ze in die context worden toegepast. In een reeks arresten over *kettling* en bestuurlijke detentie, ofwel individuele of collectieve vergaande beperking van de bewegingsvrijheid bij (dreigende) grootschalige ordeverstoringen, heeft het EHRM stapsgewijs een beoordelingskader ontwikkeld. Daarmee kan bepaald worden aan welke voorwaarden een dergelijk optreden moet voldoen om binnen de grenzen van art. 5, 11 en 2 P4 EVRM te blijven. Sinds *Austin e.a. t. VK* (2012) heeft het EHRM aangegeven dat van de omstandigheden afhangt of *kettling* als vrijheidsontneming (art. 5 EVRM) of als beperking van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM) moet worden aangemerkt.[4] De criteria die het Hof daarbij aanhoudt en de eisen waar rechtmatige *kettling* aan moet voldoen, worden in *Auray e.a. t. Frankrijk* uitgewerkt en worden hieronder in par. 3-6 besproken, met in par. 7 een aanvullende analyse daarvan. Valt *kettling* en/of preventieve detentie ter handhaving van de openbare orde binnen art. 5 EVRM dan kan dit, onder een reeks voorwaarden, ook toelaatbaar zijn. Sinds de arresten *Ostendorf t. Duitsland* (2012)[5] en *S. V. en A. t. Denemarken* (2018)[6] heeft het EHRM het mogelijk gemaakt dat bij dreigende grootschalige rellen (preventieve) bestuurlijke vrijheidsbeneming van voetbalhooligans mogelijk is om hen respectievelijk aan specifieke wettelijke verplichting te laten voldoen, dan wel om te voorkomen dat ze een specifiek strafbaar feit plegen. Ordehandhaving mag het doel van de detentie zijn, zo lang een spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de maatregel mogelijk is (art. 5 lid 3 EVRM).[7] De eisen die aan bestuurlijke detentie op grond van art. 5 lid 1 EVRM worden gesteld en de intensiteit van de rechterlijke toetsing op dit punt staan centraal in *Arnold en*

Marthaler t. Zwitserland en komen hieronder in par .8-10 aan bod. Ik sluit af met een samenvatting van de belangrijkste conclusies (par. 11).

3. Kwalificatiecriteria voor kettling: vrijheidsbeneming of vrijheidsbeperking?

Het Hof benadrukt in *Auray e.a.* zoals gebruikelijk dat het onderscheid tussen vrijheidsbeneming en -beperking geen principieel maar een gradueel onderscheid is.[8] De criteria uit *Austin e.a. t. VK* zijn bepalend om te achterhalen welke bepaling van toepassing is in zaken die openbare-ordehandhaving betreffen. Sinds *Austin e.a.* redeneert het Hof bovendien dat de noodzaak om de orde te handhaven en de proportionaliteit van het overheidsoptreden mede bepalend zijn voor het toepassingsbereik van art. 5 EVRM. Noodzakelijke, proportionele vrijheidsbeneming kan dan buiten deze bepaling vallen, zoals in *Austin e.a.* en *Auray e.a.*, terwijl gebreken op die punten, bij eenzelfde vorm van vrijheidsbeperking, kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van willekeurige vrijheidsbeneming en aldus art. 5 EVRM wel van toepassing wordt geacht.[9] Samengevat bepalen dus de noodzaak van de politie om haar werk te kunnen doen en de feitelijke omstandigheden (de context) in hoge mate of een vrijheidsbeperkende maatregel al dan niet onder art. 5 EVRM valt. Het Hof kijkt daarbij naar (1) de mate of intensiteit van de beperking van de bewegingsvrijheid. Voor de beoordeling daarvan zijn onder meer van belang de aard van de maatregel, de duur en de gevolgen en de wijze van uitvoering. Dit leidt tot een eerste, niet-definitieve inschatting of het om vrijheidsbeneming of -beperking gaat. (2) Als voornoemde omstandigheden op vrijheidsbeneming wijzen wordt vervolgens de context in de overwegingen betrokken en daardoor kan de maatregel van 'kleur verschieten' en toch vrijheidsbeperking wordt aangenomen. Bij (dreigende) grootschalige rellen moeten burgers tijdelijke beperkingen van de bewegingsvrijheid die 'crowd control' tot doel hebben accepteren zonder dat dit vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM is. Dat is het geval bij gerechtvaardigde (noodzakelijk en proportioneel) *kettling* gedurende enkele uren. Anders ligt het bij het geboeid overbrengen en insluiting op het politiebureau voor een vergelijkbare termijn, want dat is zonder meer vrijheidsbeneming, zoals onder meer uit *Arnold en Marthaler* blijkt.[10] (3) Tot slot mogen de beperkende maatregelen niet gebruikt worden om (in)direct de vrijheid van meningsuiting en/of vergadering of betoging aan banden te leggen gelet op het belang van deze grondrechten in een democratische rechtsstaat. Dat neemt niet weg dat de bewegingsvrijheid van demonstranten in sommige gevallen gerechtvaardigd beperkt kan worden (art. 11 lid 2 EVRM).

4. Toetsing en kwalificatie van kettling in Auray e.a.

Direct relevant voor de beoordeling van *kettling* in de Franse zaak zijn de volgende omstandigheden: Auray was met de tien andere klagers op het Place Bellecour in Lyon, de

startlocatie van de demonstratie. Zij bevonden zich in een groep van circa 600 demonstranten, waaronder ook relschoppers die deels voorzien waren van gezichtsbedekking. In overleg met de organisatie van de demonstratie werd rond het middaguur besloten de demonstratie vanaf een andere plaats te laten beginnen. Een uur later werd het politiecordon rond Place Bellecour aangelegd, waar klagers nog verbleven, om te voorkomen dat meer relschoppers zich onder de demonstranten zouden mengen. Klagers konden uiteindelijk niet of nauwelijks meedoen aan de demonstratie die vanaf 14.30 uur van start ging en om 15.45 uur was afgelopen. Zij zijn drie tot vijf en een half uur opgehouden in het politiecordon en konden na identificatie tussen 16.45 en 19.00 uur vertrekken.[11] De kwalificatiecriteria toegepast op deze zaak leveren het volgende op. (*Ad 1*) In het geval van verzoekers wijzen de duur (meerdere uren), aard van de maatregel (volledig gesloten politiecordon), en de gevolgen voor verzoekers (fysiek ongemak doordat er geen sanitaire voorzieningen en geen eten of drinken beschikbaar was; de politie gebruikte ter bestrijding van de ongeregelde traangas en een waterkanon), op vrijheidsbeneming. (*Ad 2-3*). De context van deze zaak maakt echter dat geen sprake is van vrijheidsbeneming maar van vrijheidsbeperking. Doorslaggevend is de noodzaak om in casu *kettling* toe te passen. Dit was in casu proportioneel en het minst ingrijpend (subsidiar). De politie gebruikte het niet om de demonstratievrijheid in te perken. Het Hof verwijst hierbij naar het gelijklopende oordeel van de nationale rechter maar zet, onderbouwd met omstandigheden uit het dossier concreet uiteen waarom het tot dezelfde conclusie komt. Aldus toetst het EHRM aldus intensief. Dat lijkt me ook onontkoombaar omdat de feitelijke onderbouwing van de maatregelen door de nationale instanties in wezen bepalen of de bescherming van art. 5 dan wel art. 2 P4 EVRM voor de burger openstaat. Bovendien is het gevaar van willekeurige detentie in deze omstandigheden relatief groot. Toetsing door het Hof is derhalve van groot belang. Samengevat acht het Hof essentieel dat gelet op de die dag al aangerichte vernielingen en het uitgeoefende geweld door een deel van de groep op Place Bellecour en de ervaringen van de dagen ervoor, de Franse autoriteiten objectief gezien genooddaakt waren om actie te ondernemen. Zij dienden maatregelen te nemen om de veiligheid van personen te waarborgen, verdere grote vernielingen te voorkomen en een vreedzaam en veilig verloop van de demonstratie mogelijk te maken. *Kettling* is aantoonbaar ingezet om de demonstratie te faciliteren door te voorkomen dat relschoppers zich bij de demonstratie aansloten, niet om de betoging te belemmeren. Het was de bedoeling dat vreedzame demonstranten Place Bellecour zouden verlaten voor het aanleggen en sluiten van het cordon. Zij kregen daarvoor een uur de tijd. Na het sluiten van het cordon zouden achtergebleven demonstranten er zo snel mogelijk door de politie uitgehaald worden zodat zij aan de demonstratie, die nog moest beginnen, konden deelnemen. Het liep toch anders zonder dat dit de politie aangerekend kon worden. Op het plein ontstonden ongeregelde heden tussen de politie en de aanwezigen, vooral door opstootjes veroorzaakt door relschoppers die

met vuurwerk en stenen naar de politie gooiden, maar ook doordat mensen naar de demonstratie wilden en de gelegenheid kregen om te vertrekken, maar dat deels weigerden omdat andere demonstranten geen toestemming kregen. Daarmee bleef een gemengde groep van demonstranten en reischoppers achter en vertraagde het vrijlaten van demonstranten uit het cordon en later de identificatieprocedures van de achtergebleven mensen, waaronder een deel van de klagers.[12]

5. Kettling gerelateerd aan art. 5, 2 P4 en 11 EVRM

Het EHRM brengt vergaande vrijheidsbeperking van de demonstranten in *Auray e.a. t. Frankrijk* derhalve niet binnen de reikwijdte van art. 5 EVRM, en daarmee vervalt voor burgers een belangrijke waarborg. Ik constateer dat de bescherming van het individu tegen willekeurige vrijheidsbeneming die ten grondslag ligt aan art. 5 EVRM in geval van proportionele en noodzakelijke *kettling*-maatregelen op een beperkte manier ingevuld wordt. Zij brengt immers niet met zich mee dat een individuele afweging gemaakt moet worden over vrijheidsbeperking, want een beslissing over collectieve vergaande vrijheidsbeperking is toegestaan, als maar voortdurend de noodzaak daarvan geëvalueerd wordt. De beslissing ten aanzien van het collectief moet daarnaast aan de hiervoor genoemde eisen voldoet. Het Hof toetst daarbij intensief op proportionaliteit en subsidiariteit. Voor wat betreft de relatie met de demonstratievrijheid (art. 11 EVRM) is cruciaal dat *kettling* aantoonbaar niet is ingezet om de geplande demonstratie te beperken maar juist om deze te faciliteren. Dat daardoor de individuele demonstratievrijheid in het gedrang is gekomen beïnvloedt niet het rechtskarakter van de *kettling*-maatregel. Zou de overheid *kettling* wel gericht inzetten om de demonstratie te belemmeren dan zou de uitkomst echter anders kunnen zijn. Voorts neemt het voorgaande niet weg dat de vrijheidsbeperking uiteindelijk strijdig is met art. 2 P4 EVRM en art. 11 EVRM. Op deze punten volgt nog een toetsing door het EHRM.

6. Kettling vereist een goed voorzienbare wettelijke regeling

De urenlange opsluiting in het cordon van Auray c.s. is een schending van de bewegingsvrijheid en van de demonstratievrijheid (art. 2 P4 lid 3, art. 11 lid 2 EVRM) oordeelt het EHRM. Dit vanwege het feit dat de vrijheidsbeperking door insluiting in het politiecordons niet bij wet (*by law*) voorzien was. Het Franse recht bevatte geen voldoende voorzienbare regeling die burgers afdoende tegen willekeur beschermt. Dit was overigens onder meer door de Franse nationale ombudsman ook al geconstateerd.[13] *Kettling* was als bevoegdheid destijds niet expliciet geregeld in het nationale recht.[14] De Franse autoriteiten baseerden de maatregel op een wettelijke taakomschrijving voor de Franse overheid om veiligheid te verzekeren en de openbare orde te handhaven. In dat kader diende zij ordeverstoringen waaronder het bestrijden van strafbare samenscholingen te bestraffen. Strafbare

samenscholing was wel wettelijk geregeld. Daarnaast bleek uit Franse jurisprudentie dat ordehandhavende maatregelen die fundamentele vrijheden zoals de bewegingsvrijheid beperken, passend, noodzakelijk en evenredig moesten zijn.[15] Al met al levert dit complex van regelgeving en jurisprudentie geen voldoende voorzienbare regeling op. Het Hof zet vervolgens de volgende voorwaarden uiteen voor een voorzienbare regeling betreffende *kettling*. Als voorafgaand aan een demonstratie de bewegingsvrijheid wordt beperkt waardoor ook het betogingsrecht van vreedzame deelnemers geraakt kan worden, is een specifieke regeling betreffende de bevoegdheid inzake *kettling* noodzakelijk om aan de eisen van art. 2, lid 3 P4 te voldoen. Daarin moet worden opgenomen: een precieze omschrijving van de voorwaarden waaronder *kettling* is toegestaan, de wijze waarop (vorm) de maatregel kan worden toegepast en de maximale duur.[16]

7. Analyse

Het Nederlandse openbare-orderecht bevat geen regeling inzake *kettling*. De politie past deze tactiek niet toe rond demonstraties bij mijn weten. Vergaande vrijheidsbeperking, bijvoorbeeld door demonstranten af te voeren in bussen en vervolgens weer in vrijheid te stellen komt echter wel voor zonder dat daar een genoegzame basis voor is. De nationale rechter acht dat vooralsnog onrechtmatig en de hier besproken jurisprudentie laat zien dat dit in lijn is met de jurisprudentie van het EHRM.[17] *Auray e.a. t. Frankrijk* zet belangrijke lijnen uit voor de Nederlandse ordehandhaving: als tot vergaande vrijheidsbeperking wordt overgegaan zal een specifieke regeling daarvoor noodzakelijk zijn. Meer precies gezegd maakt het arrest het ten aanzien van ordehandhaving rond demonstraties duidelijk dat de *kettling*-methode EVRM-*proof* kan zijn, mits het nationale recht deze tactiek goed regelt (bevoegdheid, situatie, voorwaarden en termijn). Voorts moet de toepassing voldoen aan eisen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. In de context van demonstraties betekent dit dat *kettling* alleen mag worden toegepast in situaties waarin een concrete en acute vrees bestaat voor ernstige rellen. De maatregel moet primair gericht zijn op de beperking van de bewegingsvrijheid van potentieel agressieve groepen en individuen, niet op vreedzame demonstranten of het belemmeren van demonstraties. In beginsel moeten laatstgenoemden de mogelijkheid krijgen om zich te verwijderen voort het cordon wordt aangelegd. Voor zover zij dan toch tijdens (dreigende) ongeregelheden in het cordon opgesloten raken, moet de politie voortdurend bezien of vrijlating mogelijk is. Het Hof toetst dit alles vrij indringend.

Indien niet is voldaan aan is de eisen, kan de maatregel worden aanmerkt als onrechtmatige vrijheidsberoving (art. 5 EVRM) of onrechtmatige aantasting van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM), eventueel gecombineerd met schending van art. 11 EVRM indien van toepassing. Is wel aan de eisen voldaan behalve aan de voorwaarde dat de bevoegdheid voldoende

gedetailleerd *by law* is geregeld, dan leidt dat alsnog tot schending van art. 2 P4 en eventueel art. 11 EVRM.

8. Arnold & Marthaler: analyse en toetsing door het Bundesgerichtshof

In de Zwitserse zaak werden Arnold en Marthaler tot anderhalf uur na afloop van de demonstratie waaraan ze deelnamen in een cordon vastgehouden. In die tijd hebben zij zich geïdentificeerd met hun rijbewijs. De klacht in Straatsburg spitst zich toe op de preventieve detentiemaatregelen die aansluitend werden genomen: samen met 540 anderen werden ze geboeid overgebracht naar het politiebureau voor verdere controle.[18] Ruim drie uur later werd aldaar de identiteit nogmaals gecontroleerd en met onmiddellijke ingang een gebiedsverbod voor 24 uur opgelegd voor drie stadswijken in Zürich, waarna klagers mochten vertrekken, aangezien ze geen strafbaar feit hadden gepleegd.[19] Het Bundesgerichtshof achtte, met verwijzing naar *Ostendorf en S. V. en A.* de vrijheidsbeneming zowel gerechtvaardigd op grond van art. 5 lid 1 (b) (detentie om alsnog aan een wettelijke verplichting te voldoen), als op art. 5 lid 1 (c) (detentie ter voorkoming van een strafbaar feit). Ik vat de redenering even samen om te illustreren dat een dergelijk van de individuele situatie geabstraheerde toetsing in zaken rond bestuurlijke detentie tekort schiet in de ogen van het Hof. Het Bundesgerichtshof redeneerde dat de maatregelen tot doel hadden ernstige ordeverstoringen in het kielzog van illegale demonstraties vanwege de dag van de Arbeid te voorkomen. De grondslag hiervoor lag in de Politiewet, ten eerste in de taakomschrijving tot handhaving van de openbare orde door passende maatregelen te nemen ter voorkoming en bestrijding van strafbare feiten en bescherming tegen gevaar. Daarnaast in de bevoegdheid tot aanhouding voor identiteitscontrole en om na te gaan of betrokkene een strafbaar feit had gepleegd. Als dat redelijkerwijs niet op de openbare weg plaats kon vinden dan mogen betrokkenen volgens het Zwitserse recht naar het politiebureau worden overgebracht, mits onmiddellijke identiteitscontrole noodzakelijk is en het primaire doel is van de verplaatsing.[20] Het Bundesgerichtshof wijst op de ernstige rellen in eerdere jaren, op de mogelijkheid voor mensen om zich te verwijderen voor insluiting en acht het daarom gerechtvaardigd dat de politie ervan uitging dat alle mensen uit het cordon tijdelijk gedetineerd moesten worden voor identificatie en nader onderzoek.[21] Tevens mocht zij daarom aannemen dat betrokkenen een strafbaar feit zouden plegen en dat een groot gevaar voor mensen of materiële schade bestond. Hoewel het Bundesgerichtshof zich op de genoemde jurisprudentie van het EHRM beroept, is de toetsing aan de eisen voor detentie bepaald minder strikt dan het EHRM destijds voorschreef.

9. Analyse en toetsing door het EHRM: schending van art. 5 lid 1(b))

Als het EHRM vervolgens de klachten van Arnold en Marthaler beoordeelt wijst het op

meerdere gebreken: zowel ten aanzien van de wettelijke grondslag, de beoordeling van de feiten, als de toepassing van art. 5 EVRM bij bestuurlijke detentie is een andere, meer specifieke beoordeling nodig. Het EHRM komt vervolgens op alle punten tot een andere conclusie dan de nationale rechter. In geval van detentie is met name belangrijk dat de regeling rechtszekerheid (voorzienbaarheid voor de burger) waarborgt en waarborgen biedt tegen willekeur. De wet moet duidelijk maken wanneer detentie kan worden bevolen, voor hoe lang en wanneer verlenging mogelijk is. Een taakomschrijving of bevoegdheid waarin detentie niet expliciet wordt geregeld, zoals de bevoegdheid om passende maatregelen te nemen om de orde te handhaven, voldoet derhalve niet.[22] Het nationale recht bevatte voor de identiteitscontrole en nader onderzoek weliswaar de mogelijkheid van detentie,[23] maar er is niet aangetoond, noch voldoende diepgaand getoetst door de nationale rechter of detentie in geval van Arnold en Marthaler geschikt, passend en proportioneel was om aan de wettelijke identificatieverplichting te voldoen. Zij hadden zich immers geïdentificeerd, waarom kon op basis van die gegevens het onderzoek niet plaatsvinden? Dat zou minder ingrijpender zijn dan vervoer en detentie op het bureau en dus is die maatregel strijdig met art. 5 EVRM. Het is niet uitgesloten dat de detentie tot doel had betrokkenen gedurende een etmaal van uit de buurt te houden. Het Hof geeft hierbij aan dat dit bij niet diepgaand door het Bundesgerichtshof is onderzocht. Het Hof kan dit dan ook niet meer doen als ware het een feitenrechter in eerste instantie.[24] Tevens wordt duidelijk dat voor elk individu aangetoond moet worden dat in concreto aan de voorwaarden voor de detentiegrondslag van art. 5 is voldaan. De regering voerde aan dat detentie noodzakelijk was vanwege het niet nakomen van de wettelijke verplichting om de openbare orde niet te verstoren (art. 5 lid 1(b)) EVRM. Daarvoor zijn de bepalingen uit de Politiewet echter niet specifiek genoeg en er waren geen concrete omstandigheden aangevoerd die op ordeverstoring door klagers wezen. Integendeel, zij waren niet bij een verboden demonstratie betrokken en er is geen vervolging ingesteld. Voorts is dan vereist dat de politie een concreet bevel had gegeven en dat klagers dit niet (wilden) nakomen, maar ook daarvan is niet gebleken. Bovendien voorkwam *kettling* ordeverstoring dus verdere vrijheidsbeneming was willekeurige detentie, strijdig met art. 5 lid 1(b).[25].

10. EHRM: schending van voorwaarden voor preventieve bestuurlijke detentie (art. 5 lid 1 (c))

Zoals ik in par. 1 aangaf heeft het Hof in het belang van ordehandhaving bij (dreigende) ernstige rellen waarbij mensen in gevaar komen of grote materiële schade dreigt, ook preventieve bestuurlijke detentie mogelijk gemaakt om te voorkomen dat betrokkene een strafbaar feit pleegt.[26] Ook hier ligt willekeurige detentie op de loer en vandaar dat het Hof deze vorm van detentie aan een reeks voorwaarden heeft verbonden die de nationale

autoriteiten in elk individueel geval daadwerkelijk moeten toepassen. Dat was ten aanzien van Arnold en Marthaler overduidelijk niet gebeurd. Het Hof eist dat de detentie gelet op het doel evenredig en subsidiair is. Derhalve moeten minder ingrijpende maatregelen eerst overwogen worden en moeten deze niet toereikend zijn gebleken. Er moet aangetoond worden dat betrokkenen, in casu Arnold en Marthaler, zelf op het punt stonden om een concreet, specifiek strafbaar feit te plegen, bijvoorbeeld deelname aan een verboden demonstratie, en dat dit levensgevaar of grote materiële schade had kunnen veroorzaken. Een en ander dient concreet en specifiek onderbouwd te worden door plaats, tijd en mogelijke slachtoffers te omschrijven. Klagers waren echter niet bij een verboden demonstratie. Het meer algemene bewijs naar aanleiding van eerdere ervaringen met dit soort demonstraties en ontwikkelingen buiten de locatie waar klagers zich bevonden, voldoet niet.[27] Ook in andere opzichten is niet aan de eisen voldaan, met name betreffende subsidiariteit en proportionaliteit oordeelde het EHRM: de detentie was niet noodzakelijk nu *kettling* van klagers reeds eventuele ordeverstoringen en strafbare feiten voorkwam en de Zwitserse autoriteiten hebben niet voortdurend gemonitord hoe lang de detentie inmiddels duurde en evenmin gezien of de detentie beëindigd kon worden. Daarmee is de detentie strijdig met art. 5 lid 1 (c) EVRM aldus het EHRM.

11. Afrondende conclusies

Met de in deze combinoot besproken uitspraken *Arnold en Marthaler t. Zwitserland* en vooral het meest recente arrest *Auray e.a. t. Frankrijk* voegt het EHRM enkele ontbrekende belangrijke elementen toe aan het beoordelingskader voor vrijheidsbeperkende maatregelen bij ordehandhaving. Het Hof maakt duidelijk dat zowel voor vrijheidsbeneming als voor vergaande vrijheidsbeperking zoals bij *kettling* het geval is, het nationale recht een gedetailleerde, specifieke regeling moet bevatten van bestuurlijke vrijheidsbeneming – en vrijheidsbeperking om aan de eisen van respectievelijk art. 5 en art. 2 P4 EVRM te voldoen. De nadruk ligt op de voorzienbaarheid van de vrijheidsbeneming en -beperking voor de burger. Daarnaast dienen het nationale recht en de procedures ter uitvoering van de betreffende regelingen stevige waarborgen tegen willekeur te bevatten. Tot slot moet behoorlijke rechtsbescherming openstaan. Voorts mag vrijheidsbeperking niet primair op vreedzame demonstranten gericht zijn om een inbreuk op het demonstratierecht te voorkomen. Tot slot zijn een op het individu toegesneden afweging en motivering nodig waaruit blijkt dat de vrijheidsbeneming of -beperking voldoet aan eisen van proportionaliteit, noodzakelijkheid en subsidiariteit. De nationale rechter dient het overheidsoptreden indringend te toetsen om te achterhalen of aangetoond is dat in het individuele geval aan de eisen voldaan is. Het EHRM toetst gedetailleerd of dat is gebeurd. Bestuurlijke detentie en bestuurlijke vrijheidsbeperking in de vorm van *kettling* geven andere mogelijkheden aan de overheid dan strafrechtelijk optreden om te orde te handhaven bij dreigende grootschalige rellen rond demonstraties. Het

kán ook binnen de voorwaarden die het EVRM stelt, zelfs als maatregelen tegen groepen burgers worden getroffen. In die zin is dit een belangrijke aanvulling op strafrechtelijk optreden in dergelijke omstandigheden. Het eist echter een zorgvuldige, arbeidsintensieve aanpak van politie en bestuur, inclusief een gedegen voorbereiding zodat een en ander procedureel ook zonder problemen verloopt en uiteindelijk ook individuele afwegingen worden gemaakt. Het is derhalve anders, maar niet minder uitdagend of arbeidsintensief dan strafrechtelijk optreden in dergelijke omstandigheden.

M.A.D.W. de Jong

[1] *Auray e.a. t. Frankrijk*, EHRM 8 februari 2024, nr. 1162/22, ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222" target="_blank"> ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222, «EHRC» 2024-0047, m.n. par. 5-19.

[2] *Arnold en Marthaler t. Zwitserland*, EHRM (GK) 19 december 2023, nrs. 77686/16 en 76791/16, ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2023:1219JUD007768616, «EHRC» 2024-0002, m.n. par. 4-11.

[3] *Giuliano en Gaggio t. Italië*, EHRM 24 maart 2011, nr. 23458/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0324JUD002345802, «EHRC» 2011/87, m.n. par. 244-251.

[4] *Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 maart 2012, nrs. 39692/09 40713/09 en 41008/09, ECLI:NL:XX:2012:BW5601, «EHRC» 2012/12m.nt. M.A.D.W. de Jong.

[5] *In Ostendorf t. Duitsland*, EHRM 7 maart 2013, nr. 15598/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0307JUD001559808, «EHRC» 2013/107 m.nt. M.A.D.W. de Jong, stond art. 5 lid 1 (b) centraal.

[6] *S. V. en A. t. Denmark*, EHRM (GK) 22 oktober 2018, nrs. 35553/12, 36678/12 en 36711/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1022JUD003555312, «EHRC» 2019/26 m.nt. I. Tappeiner, betrof art. 5 lid 1(c).

[7] Uitgebreider hierover: M. de Jong & I. Tappeiner 'Bestuurlijke vrijheidsbeneming bij rellen en demonstraties. De overheid tussen Scylla en Charybdis?', *NJB* 2020/124, p. 114-121.

[8] Zie uitgebreider *De Tommaso t. Italië*, 23 februari 2017, nr. 43395/09, ECLI:CE:ECHR:2017:0223JUD004339509, «EHRC» 2017/118, par. 80-81.

[9] Zie ook *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 41-42 en 66: *kettling* zonder gelegenheid vooraf voor burgers om (alsnog) een wettelijke verplichting na te komen is

willekeurige detentie. *Austin e.a.*, reeds aangehaald, par. 52-60, in *Auray e.a.* besproken in par. 57-64.

[10] *Donat en Fassnacht-Albers t. Duitsland*, EHRM 11 februari 2014, nrs. 6315/09 en 12134/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0211DEC00063150, par. 46; *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 41-43

[11] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 4-22 en 65.

[12] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 65-74.

[13] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 84-87, zie ook *De Tommaso*, reeds aangehaald, par. 106-109.

[14] De Conseil d'État en de Franse Nationale ombudsman dringen al langer aan op een meer ingekaderde en gedetailleerde regeling van *kettling*, zie *Auray e.a.* reeds aangehaald, par. 39-42. Het ministerie van Binnenlandse zaken werkte daaraan.

[15] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 35-38.

[16] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 92.

[17] Zie Rb Amsterdam 30 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5080, AB 2023/6 m.nt. C.E.J. van Es & K. de Goede.

[18] Zie hierboven par. 1.

[19] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 4-16.

[20] Art. 3 en 21 *Polizeigesetzes des Kantons Zürich*, *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 22-23 en 34.

[21] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 24-27.

[22] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 47-49.

[23] De taakomschrijving van art. 3 *Polizeigesetzes des Kantons Zürich* met de bevoegdheid om passende maatregelen te nemen schoot hiervoor te kort.

[24] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 49-59.

[25] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 65-69.

[26] Zie par. 1, *S.V.A. t. Denemarken* reeds aangehaald en de literatuur in nt. 7 en *Arnold en*

Marthaler, reeds aangehaald, par. 76.

[27] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 71-80. Zie ook *Kurt. t. Oostenrijk (GC)*, 15 juni 2021 nr. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315, par. 186. en *S.V. en A*, reeds aangehaald, par. 114-116.