

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-12

Nummer 12, 2021

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:2021:0603JUD004843118 03-06-2021

Busuttill t. Malta, EHRM 3 juni 2021, nr. 48431/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD001923716 01-06-2021

Association ACCEPT e.a. t. Roemenië, EHRM 1 juni 2020, nr. 19237/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD006281917 01-06-2021

Denis en Irvine t. België, EHRM (GK) 1 juni 2021, nrs. 62819/17 en 63921/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0527JUD000567116 27-05-2021

J.L. t. Italië, EHRM 27 mei 2021, nr. 5671/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0527JUD005497817 27-05-2021

Jessica Marchi t. Italië, EHRM 27 mei 2021, nr. 54978/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 25-05-2021

Centrum för Rättvisa t. Zweden, EHRM (GK) 25 mei 2021, nr. 35252/08

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 25-05-2021

Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM (GK) 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005757414 25-05-2021

Milosavljević t. Servië, EHRM 25 mei 2021, nr. 57574/14

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:430](#) 03-06-2021

Ministero della Giustizia (notarissen), HvJ EU 3 juni 2021, zaak C-914/19

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:429](#) 03-06-2021

Tesco Stores, HvJ EU 3 juni 2021, zaak C-624/19

Annotatie

[Xero Flor w. Polsce sp. z. o.o. t. Polen \(EHRM, nr. 4907/18\) – Het EHRM mengt zich in de Poolse rechtsstaat-crisis](#)

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Annotatie

[Repubblika / Il-Prim Ministru \(HvJ EU, zaak C-896/19\) – Rechterlijke onafhankelijkheid en het EU-beginsel van non-regressie](#)

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Annotatie

[M.C. t. Verenigd Koninkrijk \(EHRM, nr. 51220/13\) – Openbaarmaking strafblad geen schending van art. 8 EVRM](#)

B. van der Vorm

Annotatie

[Hussein t. België \(EHRM, nr. 45187/12\) – Afschaffing van universele bevoegdheid in lopende strafprocedure niet strijdig met art. 6 EVRM](#)

S. Dewulf

RECHTSPRAAK

Tesco Stores, HvJ EU 3 juni 2021, zaak C-624/19

Art. 157 VWEU (het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen) kan volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU niet alleen in verticale rechtsverhoudingen worden ingeroepen, maar ook in verhoudingen tussen particulieren. Daarbij moet de bepaling zo worden uitgelegd dat het geen verschil maakt of het beginsel wordt ingeroepen voor ‘gelijke arbeid’ of ‘gelijkwaardige arbeid’, zoals de verzoeker in het hoofdgeding heeft betoogd.

Tesco Stores is een supermarkt in het Verenigd Koninkrijk waar in totaal ongeveer 250.000 werknemers werken. De verzoekende partijen in het hoofdgeding zijn werknemers of voormalige werknemers bij deze supermarkt. Zij zijn van mening dat zij daarbij geen gelijke beloning voor gelijke arbeid hebben ontvangen, in strijd met art. 157 VWEU, maar Tesco Stores heeft in het hoofdgeding aangevoerd dat de vergeleken werknemers andere arbeid verzetten en art. 157 om die reden geen rechtstreekse werking heeft. In dit verband heeft de nationale rechter prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het HvJ EU merkt allereerst op dat de bewoordingen van art. 157 VWEU de door Tesco Stores gegeven uitleg niet ondersteunen, nu niet alleen wordt gesproken van ‘gelijke arbeid’ maar ook van ‘gelijkwaardige arbeid’. Het Hof heeft eerder bovendien al geoordeeld dat het dwingendrechtelijke karakter van art. 157 VWEU met zich brengt dat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet alleen geldt voor het optreden van de overheid, maar ook van toepassing is op alle overeenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, alsmede op overeenkomsten tussen particulieren. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft die bepaling rechtstreekse werking, doordat zij voor particulieren rechten in het leven roept die de nationale rechter dient te handhaven. Tot slot is het Hof van oordeel dat de uitlegging die inhoudt dat ten aanzien van de rechtstreekse werking van artikel 157 VWEU een onderscheid moet worden gemaakt naargelang het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers wordt ingeroepen voor ‘gelijke arbeid’ dan wel voor ‘gelijkwaardige arbeid’ afbreuk doet aan het nuttig effect van dat

artikel en aan de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 03-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:429

Zaaknummer: C-624/19

Rechters: A. Arabadjiev, A. Kumin, T. von Danwitz, P.G. Xuereb en I. Ziemele

Wetsartikelen: 157 VWEU

RECHTSPRAAK

Ministero della Giustizia (notarissen), HvJ EU 3 juni 2021, zaak C-914/19

In Italië is een leeftijdsgrens van 50 jaar vastgesteld om te kunnen deelnemen aan het vergelijkend onderzoek voor toegang tot het beroep van notaris. Volgens het Hof lijkt een dergelijke regeling niet de gestelde doelstellingen na te streven (waarborgen van een stabiele uitoefening van dit beroep gedurende een aanzienlijke periode voorafgaand aan de pensionering, beschermen van de goede werking van de notariële prerogatieven, en vergemakkelijken van generatievernieuwing en verjonging van de beroepsstand). Hoe dan ook gaat de regeling verder dan nodig is om die doelstellingen te verwezenlijken.

Bij besluit van 21 april 2016 heeft het Italiaanse ministerie van Justitie een vergelijkend onderzoek op de grondslag van examens aangekondigd voor de invulling van 500 notarisambten. Bij dit besluit is de leeftijdsgrens voor deelname aan dit vergelijkend onderzoek overeenkomstig de nationale wetgeving vastgesteld op 50 jaar. GN is opgekomen tegen dit besluit omdat zij de leeftijd van 50 jaar al had bereikt en op die grond werd uitgesloten van deelname aan de examens. In verband hiermee heeft de Italiaanse Consiglio di Stato het HvJ een prejudiciële vraag voorgelegd over de vraag of de leeftijdsgrens in strijd is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd.

Het HvJ beredeneert allereerst dat de leeftijdsgrens een impact heeft op de criteria voor de aanstelling in het beroep van notaris, zodat richtlijn 2000/78 hierop van toepassing is. Bovendien is door de gestelde eis duidelijk sprake van een verschil in behandeling op grond van leeftijd in de zin van deze richtlijn. De vraag is dan ook of dit onderscheid in het licht van art. 6 lid 1 kan worden gerechtvaardigd. Bij het bepalen van zo'n rechtvaardiging komt de lidstaten een ruime beoordelingsmarge toe, maar die mag niet tot gevolg hebben dat de toepassing van het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd zinloos

wordt. Volgens de regering worden er drie doelstellingen nagestreefd met de leeftijdsgrens: het verzekeren van een voldoende lange beroepsuitoefening om de levensvatbaarheid van het socialezekerheidssysteem te verzekeren, het beschermen van de goede werking van notariële prerogatieven en het vergemakkelijken van de toegang tot het beroep voor nieuwe generaties en verjonging van de beroepsstand. Wat betreft het eerste doel merkt het Hof op dat de voorwaarden om het socialezekerheidsstelsel voor notarissen levensvatbaar te houden, los lijken te staan van de leeftijdsgrens, al is het aan de nationale rechter om dat na te gaan. Voor het tweede doel geldt dat hiervoor ook andere, materiële eisen kunnen worden en ook daadwerkelijk worden gesteld, zodat de leeftijdsgrens niet lijkt te strekken tot de verwezenlijking van de in het vorige punt vermelde doelstelling. De derde genoemde doelstelling wordt in art. 6 lid 1 Hv zelf uitdrukkelijk als legitiem benoemd. Het Hof merkt hierbij niettemin op dat niet is gebleken van concurrentie tussen verschillende leeftijdscategorieën op de specifieke arbeidsmarkt voor notariële activiteiten. Voor het meest recente examen zijn ook veel minder mensen geslaagd dan er plaatsen beschikbaar waren. Het Hof is er dan ook niet van overtuigd dat de leeftijdsgrens is bedoeld om de toegang van jonge juristen tot het beroep van notaris te bevorderen.

Het Hof merkt verder nog op dat er een koppeling bestaat tussen de maximale leeftijd om het beroep te kunnen uitoefenen, namelijk 75 jaar, en de leeftijdsgrens, om ervoor te zorgen dat iemand het beroep gedurende een aanzienlijke periode zal bekleden. Het Hof overweegt echter dat de bepaling verder lijkt te gaan dan noodzakelijk is om een stabiele beroepsuitoefening te kunnen waarborgen. Hetzelfde geldt voor het waarborgen van het deelnemen aan de vereiste opleiding.

Tot slot merkt het Hof op dat er een juist evenwicht moet worden gevonden tussen, enerzijds, de doelstelling van het vergemakkelijken van generatievernieuwing en verjonging van het bestand van praktiserende notarissen en, anderzijds, de noodzaak om ervoor te zorgen dat oudere werknemers aan het beroepsleven blijven deelnemen, aangezien deze werknemers wegens hun leeftijd kwetsbaarder zijn; bovendien bestaat op basis van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werkenden de noodzaak om passende maatregelen te nemen voor de sociale en economische integratie van ouderen. Het Hof acht in dit licht relevant dat de leeftijdsgrens niet wordt gerechtvaardigd door geschiktheid van de kandidaten om het beroep uit te oefenen. Ook acht het van belang dat een heel aantal functies niet zijn ingevuld, terwijl kandidaten die ouder zijn dan 50 jaar de mogelijkheid is ontnomen om hun bekwaamheden via deelname aan dat vergelijkend onderzoek te doen gelden. Door die leeftijdsgrens vast te stellen gaat de wetgeving dan ook verder dan noodzakelijk is om de doelstelling van het vergemakkelijken van generatievernieuwing en verjonging van de beroepsstand te verwezenlijken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 03-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:430

Zaaknummer: C-914/19

Wetsartikelen: Hv art. 21 en Rl 2000/78 art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Centrum för Rättvisa t. Zweden, EHRM (GK) 25 mei 2021,
nr. 35252/08**

In een zaak over bulkinterceptie oordeelt het EHRM dat er belangrijke verschillen zijn tussen gerichte surveillance en het grootschalig onderscheppen en analyseren van gegevens. Gelet op die verschillen identificeert het specifiek voor bulkinterceptie een aantal noodzakelijke waarborgen, waaronder voorafgaande autorisatie door een onafhankelijk orgaan, ‘end-to-end’-waarborgen die in iedere fase van het interceptieproces een proportionaliteitsbeoordeling mogelijk maken en een goede mate van toezicht en ex post facto rechtsbescherming. Hoewel het Zweedse bulkinterceptiesysteem in aanzienlijke waarborgen voorziet, zijn er toch tekortkomingen op het punt van privacy- en rechtsbescherming, zodat het Hof art. 8 EVRM geschonden acht.

/ Klager is een Zweedse stichting die opkomt voor de belangen van mensen die stellen dat hun EVRM-rechten en -vrijheden zijn aangetast. In dit verband communiceert klager dagelijks met individuen, organisaties en bedrijven in Zweden via e-mail, telefoon en fax, waarbij een groot deel van de communicatie beweerdelijk vertrouwelijk van aard is. Volgens klager is er onder de Zweedse wetgeving niettemin een risico is dat de communicatie via mobiele telefoons en via het mobiele breedbandnetwerk wordt onderschept en onderzocht via ‘signals intelligence’. Volgens klager bestaat daarvoor geen effectief rechtsmiddel, reden waarom de stichting ook niet in Zweden tegen de wet heeft geprocedeerd. Een Kamer van het EHRM heeft op 19 juni 2018 vastgesteld dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Op verzoek van de klager is de zaak ter beoordeling voorgelegd aan de Grote Kamer, die daarbij toestemming heeft gegeven aan verschillende staten om te interveniëren.

De Grote Kamer gaat allereerst in op de ontvankelijkheid van de kwestie, nu het in deze zaak gaat om bulkinterceptie of ‘signals intelligence’ en daardoor potentieel veel meer mensen dan

alleen klager kunnen zijn geraakt. Het Hof is het eens met de Zweedse regering dat er in het onderhavige geval geen aanleiding is om aan te nemen dat klager specifiek is 'getarget' door de inlichtingendiensten of bepaalde interceptiemaatregelen. Wel geldt dat potentieel de communicatie kan worden onderschept van iedere persoon of entiteit in Zweden, in ieder geval in het initiële stadium van het automatisch verzamelen van data. Het Hof merkt bovendien op dat het een onmogelijke bewijslast zou opleveren voor individuen als zij moeten aantonen dat hun eigen communicatie potentieel van bijzondere relevantie zou kunnen zijn voor de inlichtingendiensten. Het Hof stelt verder vast dat er in Zweden geen sprake is van notificatie bij bulkinterceptie en dat verder alleen klachten kunnen worden ingediend bij de Parlementaire Ombudsman en de minister van Justitie. Deze beperkingen acht het Hof zodanig dat het waardevol is om de klacht over de interceptiewetgeving als zodanig en *in abstracto* te beoordelen, zodat het Hof het verweer van de Zweedse regering over het slachtoffervereiste verwerpt.

Ten aanzien van het Zweedse systeem voor bulkinterceptie formuleert de Grote Kamer een aantal voorafgaande overwegingen en stelt het een aantal vereisten, criteria en waarborgen vast, die overeenstemmen met de criteria die de Grote Kamer op dezelfde datum (25 mei 2021) in *Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* heeft geformuleerd. Het Hof onderzoekt vervolgens uitgebreid of het Zweedse 'signals intelligence'-systeem aan deze vereisten voldoet. Het benadrukt daarbij dat het niet aan het Hof is om een ideaalmodel voor te schrijven voor 'signals intelligence', maar vooral om bestaande regimes te beoordelen, waarbij het rekening moet houden met het gegeven dat die conceptueel en functioneel per staat kunnen verschillen. Het Hof overweegt dat het Zweedse systeem is neergelegd in gedetailleerde en goed afgebakende wetgeving, waarbij de gronden voor bulkinterceptie helder worden omschreven, de duur van interceptie voldoende is gereguleerd en de procedures voor het selecteren, analyseren en gebruiken van onderschept materiaal zijn omkleed met voldoende waarborgen tegen misbruik. Ditzelfde geldt bovendien voor de inhoud van onderschepte communicatie en verkeersgegevens. De rechterlijke pre-autorisatieprocedure en het uitgeoefende onafhankelijke toezicht kunnen in beginsel zorgen voor voldoende overeenstemming van toepassing van het bulkinterceptieregime met de eisen van nationaal recht en het EVRM. Niettemin zijn er drie tekortkomingen, namelijk het ontbreken van een duidelijke regel over het vernietigen van onderschept materiaal waarin geen persoonsgegevens zijn opgenomen, het ontbreken van een vereiste in de wetgeving dat rekening moet worden gehouden met individuele privacybelangen bij het verstrekken van gegevens aan buitenlandse partners en het ontbreken van een effectief systeem van rechtsbescherming *ex post facto*. Vooral het tweede gebrek kan problematische en disproportionele consequenties hebben in het licht van art. 8 EVRM en ook het ontbreken van goede rechtsbescherming kan niet worden verenigd met de onder art. 8 EVRM te stellen eisen.

In het licht van het beginsel van de 'rule of law' oordeelt het Hof dan ook dat het Zweedse systeem als geheel toch onvoldoende 'end-to-end'-waarborgen omvat om te beschermen tegen willekeur en het risico van misbruik. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden (vijftien stemmen tegen twee).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208

Zaaknummer: 35252/08

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM (GK)
25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15**

In een zaak over bulkinterceptie oordeelt het EHRM dat er belangrijke verschillen zijn tussen gerichte surveillance en het grootschalig onderscheppen en analyseren van gegevens. Gelet op die verschillen identificeert het specifiek voor bulkinterceptie een aantal noodzakelijke waarborgen, waaronder voorafgaande autorisatie door een onafhankelijk orgaan, ‘end-to-end’-waarborgen die in iedere fase van het interceptieproces een proportionaliteitsbeoordeling mogelijk maken en een goede mate van toezicht en ex post facto rechtsbescherming. Daarnaast formuleert het EHRM verschillende bijzondere waarborgen voor doorgifte van gegevens naar het buitenland en voor het onderscheppen van vertrouwelijke (journalistieke) gegevens.

De klagers in deze zaak zijn non-gouvernementele organisaties en natuurlijke personen die menen dat, vanwege de aard van hun activiteiten, hun elektronische communicatie mogelijk ofwel rechtstreeks is onderschept door de Britse inlichtingendiensten, ofwel bij die inlichtingendiensten terecht is gekomen na interceptie door buitenlandse diensten, ofwel door de Britse autoriteiten zijn verkregen van communicatiediensten (Communications Service Providers, CSPs). De nationale procedures in deze zaken hadden betrekking op drie gerelateerde, maar te onderscheiden regimes. Allereerst is er het ‘Article 8 (4)’-regime, verwijzend naar de relevante bepaling uit de Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA). Dit heeft betrekking op de mogelijkheid om ‘externe communicatie’ af te tappen via bulkinterceptie. Deze kwestie kwam op naar aanleiding van een (vermoede) operatie van de Britse Government Communications Headquarters (GCHQ) met de codenaam TEMPORA, die er volgens de klagers op was gericht om grote volumes van communicaties af te tappen en gegevens te verzamelen. Vervolgens werd binnen deze grote datahoeveelheden een gericht aantal datadragers geselecteerd (‘targeted bearers’) waarvan de data daadwerkelijk worden

geanalyseerd. Alle andere verzamelde data werden automatisch terzijde geschoven. In de tweede plaats is er een ‘intelligence sharing’-regime, dat verband houdt met het vermoeden van de klagers dat de Britse inlichtingendiensten gegevens hebben ontvangen die binnen het Amerikaanse programma PRISM zijn verkregen en dat zij die hebben gebruikt om inlichtingenrapporten op te stellen. Via PRISM kan de Amerikaanse regering gegevens (waaronder communicatiegegevens) ontvangen van Internet Service Providers. Die toegang was gebaseerd op een Brits-Amerikaanse overeenkomst over de uitwisseling van inlichtingen die betrekking hebben op ‘buitenlandse’ communicatie en op de ‘Interception of Communications Code of Practice’. Ten slotte is er het ‘Chapter II’-regime, eveneens vastgelegd in de RIPA, dat betrekking heeft op de mogelijkheid voor geautoriseerde personen om communicatiegegevens op te vragen bij de communicatiediensten (CPSs), met het oog op onder meer criminaliteitsbestrijding.

In verschillende van de door het Hof gevoegde zaken is geprocedeerd over een of meer van deze drie regimes, maar heeft de nationale rechter geoordeeld niet bevoegd te zijn over de kwestie te oordelen, omdat een gespecialiseerd tribunaal – het Investigatory Powers Tribunal (IPT) – is ingericht om klachten te ontvangen over interceptie van communicatie. In enkele gevallen hebben de klagers van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt omdat zij het IPT niet beschouwen als een effectief rechtsmiddel. Enkele andere klagers hebben de IPT-procedure wel gevolgd, maar zij zijn in het ongelijk gesteld omdat het IPT oordeelde dat de formele en materiële waarborgen waarmee het interceptiesysteem in de Britse wetgeving was omgeven, voldeed aan de eisen van voorzienbaarheid en noodzakelijkheid.

Een Kamer van het Hof heeft op 13 september 2018 uitspraak gedaan in de zaak en heeft geoordeeld dat het regime op een aantal punten wel, maar op andere punten niet in overeenstemming is met art. 8 en 10 EVRM. Op verzoek van de klagers is de zaak vervolgens doorverwezen naar de Grote Kamer. De Grote Kamer heeft een groot aantal interveniënten toegelaten, zowel staten als non-gouvernementele organisaties en de Speciale VN-Rapporteur voor vrijheid van meningsuiting.

Ten aanzien van de klacht over de verenigbaarheid van de Britse regeling van bulkinterceptie benadrukt het Hof allereerst dat het hier gaat om bulkinterceptie van grensoverschrijdende communicatie bij de inlichtingendiensten. Bij een dergelijke regeling is sprake van bijzondere uitdagingen. De grote meerderheid van communicatie heeft tegenwoordig een digitale vorm en wordt via wereldwijde communicatienetwerken verspreid, zonder dat grenzen nog veel betekenis hebben. Daardoor hebben vormen van surveillance die niet direct zijn gericht op een specifiek individu een potentieel erg groot bereik, zowel binnen als buiten het territorium van de opdrachtgevende staat. Juist daarom zijn goede waarborgen cruciaal. Tegelijkertijd overweegt het Hof dat staten op het gegeven terrein een legitieme behoefte hebben aan

geheimhouding, waardoor maar weinig informatie over de precieze werking van een interceptieregime in de openbare ruimte kan komen. Deze vormen van surveillance zijn bovendien cruciaal in het licht van de – door dezelfde digitale en technologische mogelijkheden sterk toegenomen – dreigingen op het terrein van onder meer terrorisme, drugshandel, mensenhandel en seksuele uitbuiting van kinderen. Het Hof toont zich ervan bewust dat het de bulkinterceptieregimes in deze bijzondere en complexe context moet uitoefenen.

Ten aanzien van de inbreuk op art. 8 EVRM identificeert het Hof vier stadia bij bulkinterceptie:

p style="margin-left:48px">1) De eigenlijke interceptie en de initiële retentie van communicatie en verkeersgegevens;

p style="margin-left:48px">2) De toepassing van speciale selectiecriteria op de verzamelde communicatie en verkeersgegevens;

p style="margin-left:48px">3) Het onderzoeken van de geselecteerde communicatie en verkeersgegevens door analisten;

p style="margin-left:48px">4) De uiteindelijke retentie van data en het gebruik van het ‘eindproduct’, waaronder het delen van data met derde partijen.

Het EHRM is van oordeel dat art. 8 EVRM in alle vier fasen van toepassing is, maar dat de mate van inbreuk toeneemt naarmate het bulkinterceptieproces vordert. Zeker in de eindstadia, als identificeerbare informatie over specifieke personen beschikbaar is, is er een grote behoefte aan extra waarborgen.

Het EHRM roept vervolgens zijn eerdere rechtspraak in herinnering over geheim toezicht op andere terreinen. Daarin heeft het in het bijzonder eisen gesteld aan de duidelijkheid van de wetgeving en de waarborgen tegen misbruik die in de surveillanceprocessen zijn ingebouwd. Die waarborgen kunnen aan de orde zijn op drie momenten, namelijk als opdracht wordt gegeven voor de surveillance, als de surveillance wordt uitgevoerd en nadat de surveillance is beëindigd. Het Hof heeft in dit verband een aantal specifieke criteria geformuleerd, met name in *Weber en Seravia*, maar het wijst er nu op dat die criteria vooral geschikt zijn voor gerichte surveillance tegen identificeerbare personen. Bij bulkinterceptie is de situatie in een aantal opzichten anders. Bulkinterceptie is in het algemeen gericht op communicatie die fysiek over staatsgrenzen heengaat en/of op de communicatie van personen die zich buiten de rechtsmacht van de staat bevinden. Bulkinterceptie is bovendien vooral gericht op het verzamelen van buitenlandse inlichtingen (‘foreign intelligence gathering’), het opsporen en

onderzoeken van cyberaanvallen, contraspionage en contraterrore. Hoewel bulkinterceptie niet specifiek op een individu is gericht, kan een interceptiesysteem wel degelijk gericht zijn op identificatie van een individu. Dat gebeurt echter op een andere manier dan bij gerichte systemen, in die zin dat pas na verzamelen van de data identificatie mogelijk is door het inzetten van gerichte selectiecriteria (zoals e-mailadressen) om de relevante onderschepte communicatiegegevens te selecteren. Alleen de op die manier geïdentificeerde relevante informatie wordt vervolgens nader geanalyseerd. Hoewel ook deze vorm van interceptie evident invloed kan hebben op het privéleven van mensen, is die invloed dus anders dan bij gerichte surveillance. Bovendien moeten de te formuleren waarborgen voldoende zijn toegesneden op de specifieke kenmerken van bulkinterceptie. In het bijzonder wijst het Hof erop dat de eerder geformuleerde criteria van het definiëren van specifieke vergrijpen waarvoor surveillance kan worden ingezet of het bestaan van een redelijke verdenking niet relevant zijn. Andere waarborgen moeten wel worden geboden en moeten ook zijn aangepast aan de aard van bulkinterceptie. In het bijzonder wijst het Hof op het belang van 'end-to-end'-waarborgen, waarbij in iedere fase van het interceptieproces een beoordeling wordt gemaakt van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregelen; op de noodzaak van een onafhankelijke autorisatie van het inzetten van bulkinterceptie in het begin van het proces; en een goede mate van toezicht en *ex post facto* toetsing daarvan. Deze drie waarborgen moeten de hoeksteen vormen van een bulkinterceptieregime dat verenigbaar is met art. 8 EVRM. Meer specifiek werkt het Hof deze waarborgen als volgt uit:

Voorafgaande autorisatie moet worden gegeven door een instantie (niet noodzakelijk een rechter) die onafhankelijk is van de uitvoerende macht.

Het autorisatieorgaan moet worden geïnformeerd over de doelstellingen van de interceptie en de verwachte communicatie en communicatieroutes die zullen worden onderschept. Op die manier kan het autorisatieorgaan de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de bulkinterceptie beoordelen en bekijken of de goede keuzes zijn gemaakt als het gaat om de te verzamelen data.

Een volledig voorafgaande identificatie van heel precieze selectiecriteria voor de tweede fase acht het Hof niet mogelijk, maar de autorisatie moet niettemin tenminste de typen of categorieën van selectiecriteria identificeren.

Naarmate sterkere selectiecriteria worden gehanteerd die duidelijker te relateren zijn aan individuen, moet het gebruik van dergelijke criteria worden gerechtvaardigd met het oog op de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Die rechtvaardiging moet zorgvuldig worden onderbouwd en gedocumenteerd.

In ieder stadium van het bulkinterceptieproces moet er toezicht zijn door een onafhankelijke autoriteit. Dit toezicht moet voldoende robuust zijn om te bewerkstelligen dat de interceptie beperkt blijft tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving, ook weer in het licht van de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Om dit toezicht mogelijk te maken moeten de inlichtingendiensten zorgvuldig documenteren wat er in de verschillende stadia van het proces gebeurt.

Een effectief rechtsmiddel moet beschikbaar zijn voor iedereen die het vermoeden heeft dat communicatie is onderschept door de inlichtingendiensten, hetzij om de wettigheid van de interceptie aan te vechten, hetzij om de verenigbaarheid van het regime met het EVRM als zodanig te betwisten. Daarbij geldt dat een notificatie van onderschepping aan de betrokkenen niet altijd nodig is, zolang het rechtsmiddel overigens effectief is. Daarvoor zijn de bevoegdheden van de bevoegde autoriteit en de geboden procedurele waarborgen bepalend. In ieder geval moet er een gemotiveerd en juridisch bindend oordeel kunnen worden gegeven, onder meer met betrekking tot de beëindiging van onrechtmatige interceptie en het vernietigen van onrechtmatig verkregen of opgeslagen data.

Het Hof benadrukt hierbij dat het een beoordeling van een bulkinterceptieregime zal uitvoeren in het licht van de gezamenlijkheid van deze criteria. Het voegt hieraan nog toe dat de nationale wetgeving bovendien duidelijke definities moet geven van de (1) gronden waarop bulkinterceptie kan worden geautoriseerd; (2) de omstandigheden waarin de communicatie van een individu kan worden onderschept; (3) de procedure die moet worden gevolgd voor autorisatie; (4) de procedures die gelden voor het selecteren, onderzoeken en gebruiken van onderschept materiaal; (5) de voorzorgsmaatregelen die zijn genomen als het gaat om het doorgeven van materiaal aan andere partijen; (6) de beperkingen op de bewaarduur, de wijze van bewaren van onderschept materiaal en de omstandigheden waarin dergelijk materiaal moet worden gewist en vernietigd; (7) de procedures en modaliteiten voor toezicht door een onafhankelijke autoriteit met deze waarborgen en de bevoegdheden van die autoriteit als het gaat om het adresseren van onrechtmatig handelen; (8) de procedures voor onafhankelijk onderzoek *ex post facto* van het handelen en de bevoegdheden voor het bevoegde orgaan als het gaat om het onderzoeken van eventueel onrechtmatig handelen.

Waar het gaat om de doorgifte van door bulkinterceptie verkregen materiaal geldt volgens het Hof dat deze doorgifte beperkt moet blijven tot het materiaal dat op een EVRM-conforme manier is verkregen en opgeslagen. Bovendien moeten er voor de doorgifte zelf bijzondere waarborgen worden ingebouwd: (1) de omstandigheden van doorgifte moeten in de nationale wet zorgvuldig worden vastgelegd; (2) de doorgevende staat moet ervoor zorgen dat de ontvangende staat voldoende waarborgen biedt om misbruik en disproportionele inbreuken te

voorkomen, mede waar het gaat om de opslag van de gegevens; (3) extra waarborgen moeten worden getroffen als duidelijk is dat het doorgegeven materiaal bijzondere vertrouwelijkheid kent (bijvoorbeeld als het gaat om vertrouwelijke journalistieke gegevens); de doorgifte aan buitenlandse inlichtingendiensten moet onderworpen zijn aan onafhankelijk toezicht.

Deze reeks vereisten past het Hof vervolgens toe op het Britse regime voor bulkinterceptie, zoals dat met name is neergelegd in art. 8 (4) RIPA. Na uitgebreid onderzoek van alle verschillende elementen concludeert het Hof dat dit regime de nodige robuuste waarborgen omvat, maar dat het tegelijkertijd tekortkomingen kent als het gaat om de 'end-to-end'-waarborgen die moeten beschermen tegen willekeur en misbruik van bevoegdheid. In het bijzonder concludeert het Hof dat er fundamentele gebreken zijn door het ontbreken van onafhankelijke autorisatie, het niet-opnemen van de categorieën van selectiecriteria in de aanvraag voor goedkeuring, en het ontbreken van voorafgaand interne autorisatie voor tot een individu herleidbare selectiecriteria. Het bestaan van waarborgen in de vorm van effectief en onafhankelijk toezicht door de IC Commissioner en het bestaan van rechterlijk toezicht door het IPT is volgens het Hof onvoldoende om een tegenwicht tegen deze gebreken te bieden. Om die reden acht de Grote Kamer – met twaalf stemmen tegen vijf – op dit punt art. 8 EVRM geschonden.

De klagers hebben verder gesteld dat het regime van art. 8 (4) RIPA in strijd is met het recht op informatieverzameling en verspreiding door journalisten en NGO's, zoals beschermd door art. 10 EVRM. Op dit punt benadrukt het Hof het grote belang van journalistieke bronbescherming. Het maakt hierbij een onderscheid tussen de situatie waarin journalisten zelf de opdracht krijgen om hun bronnen bekend te maken, en de situatie waarbij een doorzoeking plaatsvindt om die bronnen te achterhalen. Daarbij geldt dat de tweede situatie een drastischer maatregel oplevert dan de eerste, zodat daarbij commensurabele waarborgen moeten worden geboden. Opnieuw merkt het Hof hierbij op dat bulkinterceptie op een andere manier inbreuk kan maken op de journalistieke rechten dan andere vormen van toezicht en surveillance. Daarbij onderscheidt het twee varianten, namelijk bulkinterceptie waarbij uiteindelijk een individuele journalist wordt geïdentificeerd met behulp van selectiecriteria, en interceptie waarbij onbedoeld en als bijvangst bepaalde journalistieke gegevens worden verzameld. In het eerste geval is de inbreuk vergelijkbaar met die van de doorzoeking van een woning of kantoor van een journalist. Om die reden is in die situatie voorafgaande autorisatie door een rechter of andere onafhankelijke entiteit nodig die de bevoegdheid heeft om te onderzoeken of de doorzoeking en de daarbij gehanteerde selectiecriteria worden gerechtvaardigd door een dwingend maatschappelijk belang en of er andere, minder inbreuk makende middelen beschikbaar zouden zijn. In de situatie waarin journalistieke gegevens 'bijvangst' zijn is een dergelijke voorafgaande specifieke autorisatie niet mogelijk, maar is het

wel nodig dat het toezicht zodanig is ingericht dat – wanneer van bijvangst blijkt – er robuuste waarborgen zijn met betrekking tot de opslag, het onderzoek, de doorgifte en de vernietiging van vertrouwelijk materiaal.

In het onderhavige geval concludeert het Hof op vergelijkbare gronden als ten aanzien van art. 8 EVRM dat er weliswaar bepaalde waarborgen beschikbaar zijn, maar dat die niet toereikend zijn. Met name als het gaat om opslag en onderzoek van gebleken journalistieke gegevens zijn er volgens het Hof tekortkomingen, zodanig dat art. 10 EVRM is geschonden (unaniem).

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of de mogelijkheden van doorgifte van gegevens aan derde partijen en buitenlandse inlichtingendiensten die het Britse regime biedt in overeenstemming zijn met art. 8 en 10 EVRM. Daarbij acht het van belang dat ernstig afbreuk zou worden gedaan aan de EVRM-bescherming als staten hun verplichtingen onder het EVRM zouden kunnen omzeilen door niet-Verdragstaten te verzoeken om bepaalde communicatie te onderscheppen of daardoor verkregen gegevens door te geven. Het is daarom noodzakelijk om te voorzien in gedetailleerde regels met betrekking tot de omstandigheden waaronder derde staten een rol kunnen spelen. Ook hier moeten bovendien weer effectieve waarborgen worden geboden tegen het gebruik van bevoegdheid met het doel om nationaal recht en/of het EVRM te omzeilen. Het gaat dan om waarborgen ten aanzien van het onderzoeken, gebruiken en opslaan van gegevens, de doorgifte ervan en verwijdering en vernietiging. Bovendien moet sprake zijn van onafhankelijk toezicht en rechtsbescherming.

In het licht van een onderzoek van het Britse regime voor het verzoeken en ontvangen van onderschept materiaal vanuit derde landen is het Hof van oordeel dat dit verenigbaar is met art. 8 EVRM. Art. 8 is op dit punt dan ook niet geschonden (twaalf stemmen tegen vijf). Om vergelijkbare redenen is ook geen sprake van een schending van art. 10 EVRM (twaalf stemmen tegen vijf).

Tot slot buigt het Hof zich over de derde klacht: het opvragen van communicatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten (Chapter II-regime). Omdat de overheid de kameruitspraak op dit punt niet aanvecht en het Hof geen reden ziet af te wijken van de kameruitspraak, besluit het Hof (unaniem) zonder inhoudelijke overwegingen dat sprake is van zowel een schending van art. 8 als art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013

Zaaknummer: 58170/13, 62322/14 en 24960/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Milosavljević t. Servië, EHRM 25 mei 2021, nr. 57574/14

Een journalist heeft in een artikel verslag gedaan van de beschuldigingen aan het adres van het hoofd van een gemeentelijke dienst van aanranding van een minderjarig Romameisje. Later bleken die beschuldigingen ongegrond te zijn. De journalist is vervolgens wegens smaad veroordeeld tot een schadevergoeding. Het Hof acht dat niet onterecht, met name omdat de journalist in het artikel ongefundeerd had gesteld dat de betrokkene zich daadwerkelijk schuldig had gemaakt aan de aanranding. Het opleggen van een schadevergoedingsplicht is dan ook niet in strijd met art. 10 EVRM.

In 2010 heeft klager, journalist en hoofdredacteur van een wekelijks verschijnend blad, een artikel gepubliceerd over beweerd seksueel misbruik van een minderjarig Romameisje door B., het hoofd van een gemeentelijke dienst. B. heeft in dit verband hiermee een smaadprocedure ingesteld, in verband waarmee hem uiteindelijk een schadevergoeding is toegekend. B. is ook voorwerp geweest van een strafrechtelijk onderzoek in verband met het incident, maar in 2012 werd hij volledig vrijgesproken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de veroordeling wegens smaad tot betaling van een schadevergoeding in strijd is met art. 10 EVRM. Het EHRM oordeelt dat het artikel evident betrekking had op een onderwerp van algemeen belang, namelijk de aanranding van een minderjarig Romameisje en de zware aanklacht die in dit verband jegens B. werd ingediend. Het EHRM is tegelijkertijd van oordeel dat de publicatie geen betrekking had op B. in zijn officiële hoedanigheid van ambtenaar en hoofd van een gemeentelijke dienst, maar betrekking hadden op zijn persoonlijke situatie. In dit verband hoefde B. dan ook geen grotere tolerantie te tonen dan een privaat persoon in soortgelijke omstandigheden zou moeten laten zien. Het Hof wijst er verder op dat de nationale rechter heeft aangenomen dat er te weinig basis was voor de aantijgingen van klager in het artikel, waarbij de vraag opkomt of in het artikel inderdaad sprake was van feitelijke uitlatingen en niet zozeer van waardeoordelen. Het EHRM stemt op dit punt in met de beoordeling door de nationale rechter en wijst erop dat

klager in zijn artikel verschillende keren ongefundeerd heeft gesteld of geïmpliceerd dat B. schuldig zou zijn aan de aanranding. Relevant acht het Hof ook het feit dat B. weliswaar alleen met zijn voornaam en initiaal van de achternaam werd aangeduid, maar dat hij als hoofd van de gemeentelijke dienst daardoor toch goed identificeerbaar was. Nu de opgelegde immateriële schadevergoeding bovendien niet heel hoog was, is het Hof van oordeel dat art. 10 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005757414

Zaaknummer: 57574/14

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Jessica Marchi t. Italië, EHRM 27 mei 2021, nr. 54978/17

Een kind dat tijdelijk in pleegzorg was geplaatst bij een gezin is daar weer weggehaald toen bleek dat de echtgenoot verdacht werd van kinderpornografie. De klagster heeft zich daartegen verzet, maar het EHRM is van oordeel dat de autoriteiten op goede gronden en na een zorgvuldige procedure hebben aangenomen dat het kind beter af zou zijn bij een ander pleeggezin. Daarnaast heeft klagster – anders dan zij stelt – voldoende toegang gekregen tot de relevante stukken in haar dossier. Geen schending van art. 8 EVRM.

In 2016 is L., toen 18 maanden oud, tijdelijk in pleegzorg geplaatst bij klagster en haar echtgenoot, die in 2014 bovendien al een aanvraag hadden ingediend om in aanmerking te kunnen komen voor adoptie. In 2017 werd klagsters echtgenoot gearresteerd op verdenking van kinderpornografie en seksueel misbruik van minderjarigen. Klagster wilde zonder haar man alsnog voor L. blijven zorgen en diende een daartoe strekkend verzoek in bij de bevoegde rechter. Deze oordeelde echter dat de voorwaarden om het kind in pleegzorg bij klagster niet meer vervuld waren en dat het niet in het belang zou zijn van het kind om bij klagster te blijven wonen, gelet op het verlies van een vaderfiguur en de gezinssituatie die het gevolg was vanwege het strafrechtelijk onderzoek tegen de echtgenoot. Klagster heeft ook een verzoek ingediend om het kind te kunnen adopteren, maar ook dat is afgewezen omdat de procedure om het kind in aanmerking te brengen voor adoptie nog aanhangig was en de plaatsing bij klagster en haar echtgenoot niet als 'pre-adoptie-plaatsing' kon worden aangemerkt. In 2017 werd L. bij een nieuw gezin ondergebracht. Het oordeel jegens klagster bleef in hoger beroep in stand. Een verzoek om nadere inzage te kunnen krijgen in haar dossier werd eveneens afgewezen.

Voor het EHRM heeft klagster een beroep gedaan op art. 8 jo. 13 EVRM in verband met het verloop van de procedures op nationaal niveau. Het Hof overweegt allereerst dat er een inbreuk is gemaakt op het privéleven van klagster, nu het recht op respect voor haar beslissing om ouder van een kind te worden aan de orde was, net als de mogelijkheid op

zelfontwikkeling door de door haar gewenste ouderrol te vervullen. Het Hof wijst er wel op dat de aanvankelijke plaatsingsmaatregel toch al een tijdelijke was geweest en acht het begrijpelijk dat die plaatsing werd beëindigd in het licht van de veranderde omstandigheden in het gezin. De beslissing om dit te doen was gebaseerd op relevante en voldoende gronden, in die zin dat overtuigend duidelijk werd gemaakt dat het beter voor het kind zijn om in een nieuw gezin te worden ondergebracht, waar twee ouders voor het kind konden zorgen. Deze beslissing is bovendien genomen na een zorgvuldige beoordeling van de situatie in het gezin en bij het kind, waarbij klaagster voldoende mogelijkheden heeft gekregen om in de procedure te participeren. Het Hof ziet dan ook geen schending van art. 8 EVRM als zodanig.

In het licht van art. 8 EVRM overweegt het Hof dat voldoende overtuigend is aangevoerd dat klaagster toegang heeft gehad tot alle documenten die in hoger beroep zijn beoordeeld, net als tot alle documenten waarover de kinderbeschermingsautoriteiten beschikten, de documenten over de situatie van het kind en de documenten over de integratie van het kind in het nieuwe gezin. Daarmee heeft klaagster in ieder geval toegang gekregen tot de documenten die haar aangingen, hetgeen betekent dat ook op dit punt geen schending heeft plaatsgevonden van art. 8 EVRM. De klacht over art. 13 EVRM hoeft het Hof daarom niet meer apart te onderzoeken.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0527JUD005497817

Zaaknummer: 54978/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

J.L. t. Italië, EHRM 27 mei 2021, nr. 5671/16

In een strafprocedure over groepsverkrachting is het slachtoffer beweerdelijk onderworpen aan intimidatie door de autoriteiten en is door hun optreden inbreuk gemaakt op haar persoonlijke integriteit. Volgens het Hof zijn de rechters in eerste aanleg respectvol omgegaan met haar situatie. De uitspraak in hoger beroep gaf echter blijk van duidelijke vooroordelen en stereotypen tegenover vrouwen, hetgeen het Hof problematisch acht vanwege het belang van het tegengaan van gender-gebaseerd seksueel geweld. Dit heeft secundaire victimisatie van het slachtoffer opgeleverd, in strijd met art. 8 EVRM.

Klaagster was ten tijde van de relevante feiten een studente kunstgeschiedenis en drama. In 2008 is zij beweerdelijk het slachtoffer geworden van een groepsverkrachting. In verband met haar aanklacht is onderzoek gedaan en zijn zeven verdachten geïdentificeerd en in voorarrest genomen. In eerste aanleg werden zes van de zeven verdachten veroordeeld vanwege het uitlokken van een individu dat zich in een staat van psychologische of fysieke zwakte bevindt tot het verrichten van seksuele handelingen; de zevende verdachte werd wegens gebrek aan bewijs vrijgesproken. In hoger beroep werden de zes resterende verdachten alsnog vrijgesproken, met name vanwege inconsistenties in het feitenrelaas van de klaagster en onduidelijkheden omtrent de mate van instemming met de handelingen. Volgens de rechter in beroep waren de stellingen van klaagster daardoor onvoldoende geloofwaardig.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat in de procedure de autoriteiten te weinig hebben gedaan om haar recht op privéleven en respect voor haar persoonlijke integriteit te beschermen. Het Hof benadrukt dat deze zaak daarmee geen betrekking heeft op tekortkomingen in het onderzoek als zodanig, maar dat de klacht gaat over de traumatiserende aard van de procedure en de zittingen en over de aantastingen van de integriteit die het gevolg waren van de houding van de autoriteiten, met name in de wijze van ondervraging in de procedure en blijkend uit de overwegingen in de uiteindelijke rechterlijke uitspraak. Het EHRM overweegt hieromtrent dat bij de ondervraging van slachtoffers van zedenmisdrijven

zorgvuldig moet worden gezocht naar een balans tussen de persoonlijke integriteit en waardigheid van het individu en de rechten van de verdediging van de verdachten. In het bijzonder mogen kruisverhoren niet worden gebruikt als een middel tot intimidatie of vernedering.

In het onderhavige geval wijst het Hof erop dat er nooit een directe confrontatie heeft plaatsgevonden tussen klaagster en de verdachten. Ook is niet gebleken van een disrespectvolle of intimiderende houding bij de vervolgingsautoriteiten of van pogingen om het onderzoek in een bepaalde richting te sturen. Van een ongerechtvaardigd traumatiserend karakter of een disproportionele inbreuk op het privéleven kan op dit punt niet worden gesproken.

Het Hof wijst er verder op dat de rechter in eerste aanleg beperkingen heeft gesteld op de aanwezigheid van journalisten en dat hij ook heeft bijgestuurd waar de advocaten voor de verdediging niet-relevante, al te persoonlijke vragen stelden. Die vragen kunnen weliswaar stressvol zijn geweest voor klaagster, maar dit kan niet aan de autoriteiten zelf worden verweten.

Wel problematisch acht het Hof echter de manier waarop het hof van beroep zijn oordeel heeft gemotiveerd. In het bijzonder zijn daarin veel irrelevante en erg op de persoon van klaagster gerichte overwegingen opgenomen, bijvoorbeeld over haar seksuele voorkeur, haar familieomstandigheden, haar relaties en haar keuze voor een bepaalde kleur ondergoed. Volgens het Hof konden die overwegingen niet ter zake doen waar het ging om het beoordelen van de geloofwaardigheid van klaagster en de vragen rondom strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op dit punt wijst het Hof ook op de positieve verplichting om de slachtoffers van beweerde zedendelicten te beschermen als het gaat om hun imago, waardigheid en privéleven, waarbij ook een verplichting bestaat om persoonsgegevens die niet direct gerelateerd zijn aan de inhoud van de zaak vertrouwelijk te behandelen. Problematisch acht het Hof verder het feit dat uit het taalgebruik en de argumenten van het hof van beroep blijkt van duidelijke vooroordelen jegens de rol van vrouwen in de samenleving, die duidelijk een obstakel kunnen vormen als het gaat om bescherming van slachtoffers van seksueel, gender-gebaseerd geweld. Strafrechtelijke procedures en sancties spelen een cruciale rol als het gaat om de institutionele respons tegenover dit type van geweld en bij het bewerkstelligen van gendergelijkheid. Het benadrukken van seksistische stereotypen in uitspraken, het bagatelliseren van gender-gebaseerd geweld en het blootstellen van vrouwen aan secundaire victimisatie acht het Hof uiterst problematisch, ook al omdat het ertoe kan leiden dat het vertrouwen van slachtoffers in het rechtssysteem wordt ondermijnd. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat art. 8 EVRM is geschonden doordat klaagster niet voldoende is beschermd tegen secundaire victimisatie. Daarom is het niet meer nodig om ook nog in te gaan op de

onder art. 14 EVRM ingediende discriminatieklacht.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0527JUD000567116

Zaaknummer: 5671/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Denis en Irvine t. België, EHRM (GK) 1 juni 2021, nrs.
62819/17 en 63921/17**

In 2016 is in België wetgeving aangenomen waardoor het alleen mogelijk is om ontoerekeningsvatbare personen gedwongen op te nemen als zij schuldig zijn aan misdrijven die psychische of fysieke schade hebben berokkend. De klagers zijn al eerder gedwongen opgenomen na vervolging wegens diefstal; dit zou onder de nieuwe wet niet meer mogelijk zijn. Voortzetting van hun vrijheidsberoving acht het Hof verenigbaar met art. 5 EVRM zolang de voorwaarden van een geestelijke stoornis en gevaar voor de samenleving zijn vervuld. Ook het systeem voor herbeoordeling van eenmaal opgelegde gedwongen opname acht het Hof verenigbaar met art. 5 EVRM.

Klagers zijn beiden eerder betrokken geweest in een strafrechtelijke procedure vanwege relatief lichte strafrechtelijke vergrijpen (diefstal en poging tot diefstal). Daarvoor zijn zij niet strafrechtelijk veroordeeld omdat werd aangenomen dat zij vanwege psychiatrische stoornissen ontoerekeningsvatbaar waren. Wel werd aangenomen dat het op gronden van openbare veiligheid en in verband met de benodigde psychiatrische zorg noodzakelijk was dat zij gedwongen werden opgenomen. Volgens een in 2016 in werking getreden wet kan dit soort gedwongen opname echter alleen worden opgelegd als sprake is geweest van ernstige misdrijven die psychische of fysieke schade aan derden hebben toegebracht. Bij de misdrijven van klagers was dat niet aan de orde. Om die reden hebben klagers onder meer gesteld dat hun voortgezette vrijheidsbeneming niet in overeenstemming is met de nieuwe wet.

Een Kamer van het Hof oordeelde op 8 oktober 2019 dat de toepassing en uitleg van de nieuwe wet niet in strijd was met art. 5 lid 1 (e) EVRM en dat er ook voldoende rechtsbescherming was in de zin van art. 5 lid 4 EVRM. Op verzoek van de klagers is de zaak vervolgens voorgelegd aan de Grote Kamer.

De Grote Kamer gaat allereerst in op de vraag of het een oordeel mag geven over een aantal

nieuwe argumenten die de klagers in intern hoger beroep naar voren hebben gebracht en die betrekking hebben op de lange wachttijden voor passende behandeling van psychiatrische gedetineerden. Het EHRM oordeelt dat dit weliswaar in België een structureel probleem is, maar dat deze argumenten te ver afstaan van de klacht zoals die aanvankelijk aan de Kamer is gepresenteerd. Deze argumenten kan het daarom niet in zijn beoordeling betrekken.

Ten aanzien van de klacht over art. 5 lid 1 (e) EVRM herhaalt het Hof allereerst de vaste *Winterwerp*-criteria. Het Hof acht hierbij van belang dat klagers niet zijn veroordeeld onder nationaal recht voor hun strafrechtelijke vergrijpen omdat de nationale rechters hebben aangenomen dat zij aan een mentale aandoening leden die hen verminderd toerekeningsvatbaar maakte. Het is niet betwist dat die psychiatrische aandoening er was en dat ze van zodanige aard waren dat ze gedwongen opname rechtvaardigden. Het Hof wijst erop dat de klacht in plaats daarvan vooral betrekking heeft op de uitleg van de nieuwe wet over gedwongen opnamen die in 2016 in werking is getreden, waardoor er volgens de klagers geen voldoende juridische basis meer is voor hun vrijheidsbeneming.

Het Hof onderzoekt in dit verband allereerst in algemene zin welke wijzigingen met deze wet zijn doorgevoerd. Het wijst erop dat gedwongen opname volgens deze wet alleen kan worden opgelegd wanneer iemand een misdrijf heeft gepleegd dat schade veroorzaakt voor de fysieke of psychologische integriteit van het individu. Bovendien moet sprake zijn van een sterk verminderde toerekeningsvatbaar en een risico dat de betrokkene soortgelijke schadelijke misdrijven nog vaker zal plegen. Onder de nieuwe wet kan gedwongen opname vanwege misdrijven als diefstal dus niet meer worden opgelegd. De vraag is volgens het Hof dan ook of de voortgezette gedwongen opname van klagers ook onder de nieuwe wet nog rechtmatig is, gelet op het feit dat deze wet niet meer voorziet in een rechtsbasis voor gedwongen opname van mensen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden als zij.

Op basis van het in België geldende systeem moet regelmatig worden onderzocht of er nog steeds voldoende gronden zijn voor gedwongen opname. Bij die beoordeling wordt de aard van de misdrijven die zijn gepleegd door de betrokkene niet als zodanig betrokken. Dit betekent dat naar nationaal recht de voortzetting van de gedwongen opname, ondanks de nieuwe wet, rechtmatig was. Deze uitleg van de wet correspondeert volgens het Hof bovendien met de bedoelingen van de wet zoals die blijken uit de wetsgeschiedenis. De op nationaal niveau gegeven uitleg in het geval van klagers is dan ook niet willekeurig of kennelijk onredelijk. Wel roept die uitleg de vraag op of de in de wet vastgelegde criteria voor voortgezette gedwongen opname verenigbaar zijn met art. 5 lid 1 (e) EVRM. Daarbij wijst het Hof erop dat het EVRM staten er niet toe verplicht om bij de beoordeling of iemand nog steeds 'of unsound mind' is rekening te houden met de aard van de begane misdrijven. Het gaat er uitsluitend om dat de huidige gezondheidsstaat in acht wordt genomen (in lijn met het derde

Winterwerp-criterium). Het is dus toelaatbaar om alleen de huidige gezondheidssituatie en het risico voor de samenleving worden betrokken in de beoordeling van een gedwongen opname. Dit betekent dat de nieuwe wet en de daaraan gegeven uitleg niet in strijd zijn met art. 5 lid 4 EVRM (14 stemmen tegen 3).

Klagers hebben daarnaast aangevoerd dat het systeem voor herbeoordeling van de gedwongen opname in strijd is met art. 5 lid 4 EVRM, nu het onmogelijk zou zijn om te verzoeken om onmiddellijke en definitieve vrijlating. Het EHRM merkt hierbij op dat, nu het heeft geoordeeld dat de detentie in overeenstemming is met art. 5 lid 1 EVRM, er geen verplichting is onder art. 5 lid 4 om klagers onmiddellijk vrij te laten. Wel waarborgt art. 5 lid 4 EVRM dat wanneer een geestelijk gestoord iemand voor onbepaalde tijd is vastgezet, er sprake moet zijn van regelmatige herbeoordeling van de situatie. Klagers hebben niet gesteld dat zo'n herbeoordeling niet heeft plaatsgevonden en inderdaad voorziet het nationale systeem in automatisch jaarlijks rechterlijk toezicht. Weliswaar zijn er daarbij enkele voorwaarden, zoals het met goed gevolg hebben volgemaakt van een proefperiode van drie jaar, maar het Hof hoeft niet in te gaan op de redelijkheid daarvan nu duidelijk is dat klagers vanwege hun psychiatrische toestand hoe dan ook niet voldeden aan de eisen voor vrijlating. Daarbij merkt het Hof ten overvloede en instemmend nog op dat het criterium van drie jaar proefperiode volgens het Belgische Hof van Cassatie niet altijd hoeft te worden vervuld om definitief te worden vrijgelaten. Het Hof stelt dan ook vast (met 14 stemmen tegen 3) dat art. 5 lid 4 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD006281917

Zaaknummer: 62819/17 en 63921/17

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (e) en EVRM art. 5 lid 4

RECHTSPRAAK

Busuttil t. Malta, EHRM 3 juni 2021, nr. 48431/18

Een co-directeur heeft een (strafrechtelijk gehandhaafde) plicht opgelegd gekregen tot het betalen van achterstallige belastingen, terwijl hij zegt niet te weten van het eerder niet nakomen van de plicht om bepaalde belasting- en socialezekerheidsgegevens te overleggen. De automatische toerekening van de verantwoordelijkheid daarvoor is volgens hem in strijd met de onschuldpresumptie. Het Hof acht deze aanname niet onredelijk en die loopt ook niet vooruit op een schuldordeel. Ook gelet op het doel van de aanname (garanderen van het goed functioneren van het socialezekerheidssysteem) is er geen strijd met art. 6 lid 2 EVRM.

Klager werd in 2001 co-directeur van onderneming M. (waar hij al in dienst was) op uitnodiging van de beide andere directeuren. In de periode 2003-2006 verzuimde onderneming M. de relevante belastingformulieren en gegevens over uitbetalingen van voorlopige belastingen en socialezekerheidsuitkeringen voor de medewerkers aan de autoriteiten te overleggen. Klager verliet in 2006 het bedrijf, waarna dit onder het beheer van de beide andere directeuren failliet ging. In 2011 bepaalden de belastingautoriteiten dat klager in zijn hoedanigheid van oud-directeur zo'n 323.500 EUR aan achterstallige belastingen moest betalen. In 2011 werd in dit verband een strafrechtelijke procedure tegen klager gestart, omdat hij nog niet aan zijn betalingsverplichting had voldaan.

Volgens klager wist hij niets van de situatie rondom het achterhouden van de informatie voor de autoriteiten en is de onschuldpresumptie geschonden door – gelet op zijn hoedanigheid van directeur – aan te nemen dat hij verantwoordelijk was voor alle handelingen die een bedrijf volgens de wet moet ondernemen. Het Hof benadrukt in algemene zin dat aannames in het strafrecht vrij vaak voorkomen en acceptabel kunnen zijn, zij het dat ze wel redelijk moeten zijn. Daarbij acht het relevant dat klager in dit geval weliswaar weinig mogelijkheden had om de aanname van verantwoordelijkheid als directeur te weerleggen, maar dat die mogelijkheden er wel waren en dat in zijn zaak zijn verweer van 'onmogelijkheid' inhoudelijk

was bekeken. Onder art. 6 lid 2 EVRM acht het Hof bovendien van belang dat in de procedure niet is aangenomen dat klager daadwerkelijk schuldig was. Ook in het licht van het belang van de presumptie voor het goede functioneren van het nationale socialezekerheidssysteem acht het Hof de aannahme over de verantwoordelijkheid van de directeur dan ook niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 03-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0603JUD004843118

Zaaknummer: 48431/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 2

RECHTSPRAAK

**Association ACCEPT e.a. t. Roemenië, EHRM 1 juni 2020,
nr. 19237/16**

Tijdens de vertoning van een film over een gezin van gelijk geslacht door een LGBT-belangenorganisatie is een groep rechtse demonstranten het auditorium binnengedrongen. Zij hebben beledigende leuzen geschreeuwd en voortzetting van de filmvertoning verhinderd. De aanwezige politie heeft volgens het EHRM onvoldoende gedaan om de demonstranten tegen te houden. Meer in het algemeen is de staat tekortgeschoten in de bescherming tegen en het onderzoeken van dit sterk homofob gemotiveerde gedrag, in strijd met art. 8, 11 en 14 EVRM.

Klagers zijn een LGBT-belangenbehartigingsorganisatie en vijf mensen die aanwezig waren bij de vertoning van een film over een gezin van gelijk geslacht die was georganiseerd door de organisatie. Tijdens de vertoning vond er buiten de zaal een protest plaats dat was georganiseerd door een sterk rechtse politieke beweging die is gekant tegen onder meer huwelijken voor mensen van gelijk geslacht. Later drongen de demonstranten ook het auditorium binnen en verstoorden ze de vertoning, waarbij ze beledigingen riepen en extreemrechtse vlaggen meedroegen en uiteindelijk de projector blokkeerden; daardoor moest de voorstelling worden afgebroken. Tijdens de voorstelling was er wel politie aanwezig, maar volgens klagers hebben zij te weinig gedaan om de orde te herstellen.

Klagers stellen bij het EHRM dat er onvoldoende maatregelen zijn genomen om hun rechten onder art. 3, 8, 11 en 14 EVRM te beschermen en dat er bovendien onvoldoende onderzoek is verricht naar de toedracht. Het EHRM merkt ten aanzien van de klacht over art. 3, 8 en 14 EVRM allereerst op dat het hierbij gaat om klachten over bescherming van de integriteit, hetgeen een eigenschap is die alleen aan mensen toekomt en waarop een rechtspersoon, zoals eerste klager, geen aanspraak kan maken. De klacht van de organisatie zelf verklaart het Hof om die reden niet-ontvankelijk. Het Hof overweegt ook dat de mate van ernst van de situatie waarop de klacht betrekking heeft duidelijk invloed heeft gehad op het psychologische

welbevinden en de waardigheid van de individuele klagers, waardoor de kwestie in ieder geval binnen het bereik valt van art. 8 EVRM. Daarnaast neemt het Hof aan dat art. 14 EVRM in dit geval aan de orde is. In dit verband wijst het Hof erop dat in gevallen waarin sprake is van ernstige handelingen waardoor essentiële aspecten van het privéleven aan de orde zijn, het nodig is dat het strafrecht wordt ingezet. Wel is dat een *ultima ratio*-maatregel, die alleen aan de orde kan zijn als sprake is van ernstige aantastingen van iemands fysieke of mentale integriteit, zoals directe verbale aanvallen en fysieke bedreigingen die door een discriminerende houding zijn ingegeven.

De regering heeft het terughoudende optreden van de politie onder meer gemotiveerd doordat de filmvertoning niet officieel was aangemeld. Het Hof wijst er echter op dat ook niet is gebleken dat er een verplichting bestaat om voorafgaande toestemming te verkrijgen voor een cultureel evenement als dit. Verder is weliswaar gebleken dat er voldoende politie in de buurt van het auditorium was in reactie op de melding vanuit de organisatie dat er mogelijke tegenstand was, maar het Hof merkt ook op dat de politie het auditorium zelf niet is binnengekomen en nauwelijks iets heeft gedaan om te de-escaleren en te voorkomen dat de klagers werden geïntimideerd en beledigd. Het Hof merkt bovendien op dat het rapport van de politie op geen enkele manier melding heeft gemaakt van de duidelijk homofobe aard van het gedrag van de demonstranten. Daarmee is de staat tekortgeschoten in zijn verplichtingen om de risico's goed in te schatten en klagers te beschermen tegen aantastingen van hun waardigheid door derden.

Daarnaast stelt het Hof vast dat de politie op basis van haar aanwezigheid had kunnen vaststellen dat het gedrag van de demonstranten werd gemotiveerd door de seksuele overtuiging van de klagers. De klagers zelf hebben ook veel bewijs van de homofobe aard van de inval overgelegd. Toch heeft het een jaar geduurd tot er een eerste formeel onderzoek werd ingesteld en het onderzoek zelf heeft bijna vijf jaar geduurd. Dat was niet nodig geweest gelet op de grote hoeveelheid bewijs van homofobie die beschikbaar was. Dat acht het Hof uiterst problematisch gelet op de vijandigheid jegens de LGBT-gemeenschap in Roemenië. Zonder een rigoureuze aanpak vanuit de handhavingsautoriteiten is er volgens het Hof een gevaar dat discriminatoir gemotiveerde misdrijven op eenzelfde manier worden behandeld als misdrijven waarin zo'n motief niet aanwezig is. Onverschilligheid vanuit de overheid kan neerkomen op officiële berusting of zelfs medeplichtigheid aan 'hate crimes'. Dit laat volgens het Hof afdoende zien dat Roemenië haar positieve verplichtingen onder art. 8 en 14 EVRM niet voldoende is nagekomen.

Op soortgelijke gronden acht het Hof ook art. 11 jo. 14 EVRM geschonden. Art. 11 EVRM is in dit geval ook van toepassing, nu de vrijheid om samen te komen niet alleen dynamische samenkomsten in publieke ruimtes afdekt, maar ook statische bijeenkomsten in een besloten

omgeving. Van een inbreuk op dit recht was in dit geval duidelijk sprake, en dit recht is onvoldoende beschermd.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD001923716

Zaaknummer: 19237/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 11 en EVRM art. 14

ANNOTATIE

Xero Flor w. Polsce sp. z. o.o. t. Polen (EHRM, nr. 4907/18) – Het EHRM mengt zich in de Poolse rechtsstaat-crisis

Mr. drs. J.J.J. Sillen

1. Inleiding

Op 1 december van vorig jaar wees de Grote Kamer van het EHRM arrest in de zaak *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*. Daarin schiep het Straatsburgse Hof een kader voor de toetsing van de benoeming van rechters aan het art. 6-vereiste dat een ieder recht heeft op toegang tot een gerecht dat 'bij de wet is ingesteld'. In mijn annotatie bij dat arrest merkte ik op dat de praktische betekenis van dit toetsingskader vermoedelijk snel zou toenemen vanwege de diverse klachten die bij het Hof aanhangig zijn tegen Polen als gevolg van de rechtsstaatcrisis aldaar.[1] Het onderhavige arrest is het eerste dat daarover gaat en het genoemde toetsingskader vindt daarin meteen toepassing. In dit arrest beslist het Straatsburgse Hof dat eiser geen toegang heeft gehad tot een gerecht dat bij de wet is ingesteld toen zijn zaak door het Poolse Constitutionele Hof niet-ontvankelijk werd verklaard, omdat de benoeming van een van de rechters in dat Hof onregelmatig was. In deze annotatie bespreek ik kort de achtergrond van het conflict ten aanzien van het Constitutioneel Hof (2), de zaak die ertoe leidde dat het EHRM zich daarover moet buigen (3), het toetsingskader van het EHRM (4) en de wijze waarop het dat toepast (5). Tot slot maak ik enkele opmerkingen over de *concurring opinion* van de Poolse rechter in het EHRM. Deze betoogt dat art. 6 EVRM zó zou moeten worden uitgelegd dat de nationale rechter de bevoegdheid moet hebben om regelgeving, waaronder wetten, te toetsen aan de Grondwet (6).

2. Het conflict omtrent het Constitutioneel Hof

De Poolse rechtsstaatcrisis begon met de benoeming van nieuwe rechters in het Constitutionele Hof in het najaar van 2015.[2] Drie ambten hebben een rol bij die benoemingen. De *Sejm* – de Poolse Tweede Kamer – kiest rechters in dat Hof. De gekozen rechters leggen vervolgens een eed af ten overstaan van de president van de Republiek. Na die eed laat de president van het Constitutionele Hof hen in dat rechterlijk college toe.

Tot de verkiezingen van 25 oktober 2015 beschikten de linkse partijen – onder leiding van *Civic Platform* – over een meerderheid in de *Sejm*. Deze parlementaire coalitie bracht een nieuwe wet op het Constitutionele Hof tot stand. Deze bevatte gewijzigde bepalingen over de benoeming van rechters. Uitgangspunt daarvan was, kort gezegd, dat een vacature in het Hof moest worden vervuld door het parlement dat zitting had op de dag dat die vacature ontstond. De wet bevatte echter een overgangsbepaling volgens welke alle vacatures die in 2015 ontstonden werden opgevuld door het zittende parlement, ook al ontstonden die vacatures pas tijdens de zittingsperiode van de nieuwe *Sejm*, die op 12 november 2015 voor het eerst bijeenkwam. Concreet betekende dit dat de *Sejm* in oude samenstelling vijf vacatures in het Hof te vervullen had, terwijl twee daarvan ontstonden tijdens de zittingsperiode van de nieuwe *Sejm*.

Enkele maanden vóór de parlamentsverkiezingen van 25 oktober 2015 vonden de verkiezingen voor een nieuwe president van de Republiek plaats. Deze werden gewonnen door een kandidaat van de rechtse politieke partij PiS. De nieuwe president weigerde alle nieuw benoemde rechters de eed af te nemen. Nadat zijn politieke partij bij de parlamentsverkiezingen een absolute meerderheid had verworven, trok de nieuw samengestelde *Sejm* de wetsbepaling in op grond waarvan de oude *Sejm* twee rechters had gekozen ter vervulling van vacatures die pas na de parlamentsverkiezingen ontstonden. Enkele dagen later nam de nieuwe *Sejm* een resolutie aan die de benoeming van alle vijf door de oude *Sejm* benoemde rechters ongeldig verklaarde. Vervolgens benoemde het parlement op 2 december vijf nieuwe rechters. Vier van hen legden al in de nacht van 2 naar 3 december de eed af ten overstaan van de president van de Republiek. In de ochtend van 3 december meldden deze rechters zich bij het Constitutionele Hof, maar zij werden door de president van dat gerecht niet toegelaten.

Op diezelfde 3 december 2015 deed het Constitutionele Hof uitspraak een in zaak over de benoeming van de vijf rechters door de oude *Sejm*. Het Hof sprak uit dat benoeming van de drie rechters die vacatures vervulden die waren ontstaan tijdens de zittingsperiode van de oude *Sejm* geldig was, maar dat benoeming van twee andere rechters ongeldig was; dat de president verplicht is de eed af te nemen van geldig benoemde rechters; en dat de resolutie van de nieuwe *Sejm* – waarin deze verklaarde dat de benoeming van alle vijf rechters door de oude *Sejm* ongeldig was – zélf ongeldig was. Het Hof besloot vervolgens de twee door de nieuwe *Sejm* rechtsgeldig gekozen rechters die de kans hadden gekregen de eed af te leggen, als leden van het Constitutioneel Hof toe te laten.

Vervolgens verhardden de posities verder. De nieuwe *Sejm* nam wetgeving aan die het Constitutionele Hof het werken onmogelijk maakte. Zo bepaalde het bijvoorbeeld dat het Hof zaken moest horen door tenminste 13 van de 15 rechters, terwijl volgens het Hof er slechts 12

rechtmatige benoemde rechters waren. Het Constitutionele Hof negeerde die wetgeving vervolgens, waarna de minister-president de verplichtte publicatie van uitspraken van het Hof weigerde.[3] In juli 2016 nam de *Sejm* een wet aan die de president van het Constitutioneel Hof verplichtte rechters tot het Hof toe te laten die ten overstaan van de president van de Republiek de eed hadden afgelegd. Daarmee dwong het parlement het Hof feitelijk de drie andere door de nieuwe *Sejm* gekozen rechters toe te laten. Het Hof op zijn beurt verklaarde die wet ongrondwettig.

Op 19 december 2016 liep de benoemingstermijn van de zittende president van het Constitutionele Hof af. Op grond van vlak daarvoor tot stand gekomen wetgeving wees de president van de Republiek een van de twee door de nieuwe *Sejm* benoemde (en door de oude president van het Constitutionele Hof toegelaten) rechters tot president van het Hof. Deze liet vervolgens ook de andere drie door de nieuwe *Sejm* gekozen rechters toe als lid van het Hof. Eén van die rechters is M.M. Een half jaar later werd deze tevens tot vicepresident van het Constitutionele Hof benoemd. In zijn nieuwe samenstelling oordeelde een kamer van het Constitutionele Hof dat de benoeming van (onder meer) M.M. als rechter grondwettig was.

3. De casus

De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, is veel minder politiek gekleurd. Klager is een producent van graszoden. Zijn productiegebied wordt echter deels vernield door wild uit een nabij gelegen bos waarvan de Staat eigenaar is. Een wettelijke regeling geeft klager daarom recht op schadevergoeding ten laste van de Staat. Hij meent echter dat de wijze waarop zijn schade volgens deze regeling moet worden berekend in strijd is met de Grondwet. Bij de lagere rechter krijgt hij ongelijk. Vervolgens wendt hij zich tot het Constitutioneel Hof met het verzoek de regeling ongrondwettig te verklaren. Een kamer van het Constitutionele Hof – met M.M. als voorzitter – verklaart zijn klacht echter niet ontvankelijk. Tegen die beslissing komt klager op bij het EHRM. Met verwijzing naar *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* betoogt hij dat vanwege de deelname van M.M. zijn zaak niet is gehoord door een gerecht dat bij de wet is ingesteld.[4]

Als gezegd, geeft het Straatsburgse Hof klager gelijk. Dat het Hof dat doet, illustreert het verstrekkende karakter van zijn rechtspraak over de art. 6-eis van een bij de wet ingesteld gerecht: het Hof neemt die schending aan zonder dat klager aannemelijk heeft hoeven maken dat hij reden heeft te vermoeden dat hij door de betrokkenheid van M.M. bij de behandeling van zijn zaak in een nadeliger positie is gebracht dan waarin hij zou hebben verkeerd als een andere, correct benoemde rechter zijn zaak had behandeld. In *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* benadrukte het Hof dan ook dat de gevolgen van een schending van deze art. 6-eis niet

uitsluitend moeten worden gezien in verhouding tot de individuele klager, maar juist ook in relatie tot het 'grote publiek'. Het Hof rechtvaardigt dit afwijken van zijn zaaksgerichte benadering met een beroep op het 'wezenlijke rol die de rechterlijke macht speelt in een democratische rechtsstaat', in het bijzonder 'bij het onderhouden van de *checks and balances* die eigen zijn aan de machtscheiding'.^[5]

4. Het toetsingskader van Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland

Het Hof moet dus de vraag beantwoorden of klagers recht om zijn zaak voor te leggen aan een gerecht dat bij de wet is ingesteld is geschonden door de betrokkenheid van M.M. Als gezegd biedt het IJslandse arrest daarvoor het toetsingskader dat bestaat uit drie stappen.

Ten eerste is voor een schending vereist dat bij de benoeming van de rechter sprake was van 'een duidelijke schending van het nationale recht, dat wil zeggen: van een schending die objectief en eenvoudig kan worden vastgesteld'.^[6] Maatgevend is dus of het nationale recht is gevolgd. Is het nationale recht niet geschonden, dan geldt hetzelfde voor art. 6 EVRM. Het Hof houdt echter de mogelijkheid open dat ook zonder schending van het nationale recht het recht op een gerecht dat bij de wet is ingesteld is geschonden, namelijk als de gevolgde procedure 'tot gevolgen leidt die onverenigbaar zijn met doel en strekking' van art. 6 EVRM.^[7]

Ten tweede is voor een schending van art. 6 EVRM vereist dat de overtreding van rechtsregels bij de benoeming van een rechter gevolgen heeft voor 'de mogelijkheid van de rechterlijke macht om zijn taken uit te oefenen zonder ongepaste beïnvloeding, en zo de rechtsstaat en de machtscheiding kan beschermen'.^[8] Dat betekent dat schendingen van 'louter technische aard die geen invloed hebben op de legitimiteit van de benoemingsprocedure voor rechters' niet kunnen leiden tot een schending van art. 6 EVRM.

Tot slot hecht het Hof grote waarde aan de eventuele gevolgen die de nationale rechter heeft verbonden aan de schendingen van het nationale recht, mits de nationale rechter daarbij de relevante jurisprudentie van het Straatsburgse Hof heeft meegenomen.^[9] De gedachte zal zijn – het Hof spreekt dat niet uitdrukkelijk uit – dat als de nationale rechter adequaat redres heeft geboden, voor het vaststellen van een schending van art. 6 geen noodzaak meer is.

5. Toepassing van het toetsingskader

Het zwaartepunt bij de toepassing van het toetsingskader in deze zaak ligt bij het eerste criterium: was bij benoeming van M.M. sprake van een duidelijke schending van het nationale recht? Het Hof meent van wel en leunt daarbij sterk op de uitspraken van het Poolse Constitutionele Hof in zijn samenstelling onder zijn oude president. Het EHRM stelt drie schendingen van het nationale recht vast.^[10] Ten eerste acht het de benoeming van M.M. en

twee andere rechters door de nieuw samengestelde *Sejm* in strijd met de Poolse Grondwet. Deze bepaalde volgens het Constitutioneel Hof immers dat het parlement slechts rechters mag benoemen ter vervulling van vacatures die tijdens zijn parlamentsperiode zijn ontstaan. De plekken van deze drie rechters waren echter opengevallen tijdens de zittingsperiode van de vorige *Sejm*. Ten tweede wáren die plekken reeds rechtmatig ingevuld door het ‘oude’ parlement. Ten derde heeft de president van de Republiek het nationale recht geschonden door de rechtmatig benoemde rechters niet meteen de eed af te nemen, terwijl hij dat wel deed bij de onrechtmatig benoemde rechters. Het argument van de regering dat het Constitutionele Hof onder zijn nieuwe president de gewraakte benoemingen wel rechtmatig achtte (door het afleggen van de eed ten overstaan van de president van de Republiek als een constitutief vereiste voor de benoeming tot rechter te beschouwen), schuift het Hof terzijde. Het wijst erop dat het Constitutionele Hof daarmee afwijkt van zijn oude jurisprudentie, terwijl van twee van de rechters die dat arrest wezen tot de onrechtmatig benoemde rechters behoorden.[11] Daarmee staat voor het EHRM vast dat bij de benoeming van M.M. sprake was van een objectief en eenvoudig vast te stellen schending van het nationale recht.

Vervolgens moet het Hof de vraag beantwoorden of de schending van het nationale recht gevolgen heeft voor ‘de mogelijkheid van de rechterlijke macht om zijn taken uit te oefenen zonder ongepaste beïnvloeding, en zo de rechtsstaat en de machtenscheiding kan beschermen’. Het Hof beantwoordt die vraag positief. Het wijst erop dat de *Sejm* en de president van de Republiek zich bij de benoeming van M.M. niet hielden aan de bindende rechtspraak van het Constitutionele Hof. Bovendien probeerden zij deze rechtspraak te omzeilen, onder meer door nieuwe rechters te kiezen en in te zweren uren voordat het Constitutionele Hof zou oordelen over de rechtmatigheid van de rechters die zij zouden vervangen en door arresten van het Constitutionele Hof niet op de voorgeschreven wijze te publiceren. Bovendien probeerden deze ambten door middel van wetgeving het Constitutionele Hof te dwingen om de nieuw gekozen rechters toch toe te laten.[12] Daarmee hebben wetgever en bestuur ongeoorloofde druk uitgeoefend op het Constitutionele Hof die zó ernstig is dat daarmee de legitimiteit van de rechterlijke benoemingsprocedure is aangetast.

Het derde element van de driestaptoets – eventueel redres door de nationale rechter - leidt niet tot een andere conclusie. Zulk redres was namelijk naar nationaal recht niet mogelijk, zo erkende ook de regering.[13] Daarmee staat vast dat indien het Constitutionele Hof rechtsprekt in een samenstelling met M.M., het Hof volgens het EHRM niet heeft te gelden als een gerecht dat bij de wet is ingesteld.[14]

6. Art. 6 EVRM en de bevoegdheid van de nationale rechter om de wet aan de Grondwet te toetsen

De Poolse rechter Wojtyczek schrijft bij deze uitspraak een uitvoerige *concurring opinion*. Daarin betoogt hij dat deze zaak voor het Straatsburgse Hof aanleiding had moeten zijn om een historische uitspraak te doen met dezelfde ‘*power of argument, brio and magnitude*’ als de bekende zaak *Marbury v. Madison*, waarin het Amerikaans Hooggerechtshof in 1803 de bevoegdheid aanvaardde om de wet aan de Grondwet te toetsen.[15] Ik bespreek zijn *concurring opinion* omdat zij voor Nederland interessant is én volgens mij de onstuimige ontwikkeling illustreert waarin de rechtsstaatcrisis in (voornamelijk) Polen het Europese denken over de plaats van de rechter in democratische rechtsstaat ons heeft gebracht, en nog belangrijker: welke rol supra- en internationale organisaties zichzelf daarin toedichten.

Aangrijpingspunt voor Wojtyczeks *concurring opinion* was het Poolse verweer dat art. 6 EVRM op een procedure als de onderhavige – waarin slechts de rechtmatigheid van wetgeving *in abstracto* wordt betwist en niet bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak ter discussie staat – niet van toepassing is. Zou het Hof hebben geoordeeld dat de aangevallen wet ongrondwettig was, dan wijzigde die beslissing namelijk niet rechtstreeks de rechtspositie van eiser, terwijl dat volgens de Poolse regering wél een vereiste is om te spreken van een rechterlijke instantie.[16] Omdat art.6 EVRM volgens de Poolse regering dus niet van toepassing was op de procedure bij het Constitutionele Hof, kon het EHRM volgens haar dus niet toekomen aan de vraag of het Constitutioneel Hof met de benoeming van M.M. nog wel een gerecht is dat bij de wet is ingesteld. Het Straatsburgse Hof gaat in dat verweer niet mee. Het stelt dat voor de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is op een gerechtelijke procedure – ook als het een procedure voor een constitutioneel hof betreft – beslissend is ‘of de uitkomst van die procedure beslissend is voor de vaststelling van klagers burgerlijke rechten en verplichtingen’.[17] Volgens het EHRM is dat het geval: het neemt daarbij in aanmerking dat áls het Constitutioneel Hof de aangevallen regeling ongrondwettig had verklaard, klager daarmee zijn zaak bij de gewone rechter had kunnen heropenen en daar alsnog schadevergoeding had kunnen vragen.[18]

Volgens Wojtyczek had het Straatsburgse Hof verder moeten gaan. Hij wijst erop dat de rechtspraak over de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op constitutionele hoven verre van eenduidig is. Deze zaak was volgens hem een goede gelegenheid om op dat gebied helderheid te verschaffen. Daartoe herformuleert hij de voorliggende rechtsvraag. De toepasselijkheid van art.6 EVRM zou in deze zaak volgens hem niet afhankelijk moeten zijn van de vraag of de uitspraak van het Constitutioneel Hof ‘beslissend’ is voor de vaststelling van klagers burgerlijke rechten en verplichtingen, maar van de vraag of voor die vaststelling *de beoordeling van de grondwettigheid van wetgeving* noodzakelijk was.[19] Op die manier zou het Hof uitdrukkelijk hebben kunnen uitspreken dat de bevoegdheid om wetgeving aan de Grondwet te toetsen (mits noodzakelijk voor de vaststelling van iemands burgerlijke rechten of

verplichtingen of voor de beoordeling van de gegrondheid van een tegen iemand ingestelde strafvervolging) door art. 6 EVRM wordt voorondersteld.[20]

Maakt het Hof deze redenering tot de zijne, dan zal dat – zo erkent ook Wojtyczek - verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de Verdragsstaten.[21] Voor Nederland zou dat bijvoorbeeld betekenen dat art.120 Gw buiten toepassing moet blijven als de grondwettigheid van een wet beslissend is voor ‘de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen’ van eiser of voor het bepalen ‘van de gegrondheid van een strafvervolging’. Vanwege de bijzondere karakteristieken van de constitutionele hoven meent Wojtyczek tegelijkertijd dat de art. 6-eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een eerlijk proces dan aanzienlijk zullen moeten worden afgezwakt.[22] Beide omstandigheden maken het naar mijn mening onaannemelijk dat het Hof op korte termijn de door Wojtyczek gewenste stap zal zetten.

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Hoofddocent staats- en bestuursrecht

Radboud Universiteit

[1] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM (GK) 1 december 2020, nr. 26374/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, *EHRC Updates* 2021/8, m.nt. Sillen.

[2] Zie par. 4-63.

[3] Publicatie geschiedde later toch, maar met vermelding dat de uitspraak niet rechtsgeldig was.

[4] Daarnaast is hij van oordeel dat lagere rechters een prejudiciële vraag aan het Hof hadden moeten stellen. Dat zij dat niet hebben gedaan, acht hij eveneens in strijd met art. 6 EVRM. Het Hof geeft hem daarin gelijk. Ik bespreek dat aspect echter niet.

[5] *Guðmundur Andri Ástráðsson*, reeds aangehaald, par. 283.

[6] Par. 249

[7] Par. 249.

[8] Par. 250.

[9] Par. 251.

[10] Par. 268-270.

[11] Par. 272-273.

[12] Par. 280-282 en 285-286.

[13] Par. 288.

[14] Par. 289-291.

[15] Par. 20 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.

[16] Par. 179-181.

[17] Par. 191.

[18] Par. 208.

[19] Par 15.1-7 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.

[20] Par. 16 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.

[21] Par. 17 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.

[22] Par. 17.4 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.

ANNOTATIE

Repubblika / Il-Prim Ministru (HvJ EU, zaak C-896/19) – Rechterlijke onafhankelijkheid en het EU-beginsel van non-regressie

Mr. drs. J.J.J. Sillen

1. Inleiding

In 2016 zette de Europese Commissie de eerste stappen tegen Polen vanwege wijzigingen in de rechterlijke organisatie van dat land. Volgens de Commissie vormden deze een inbreuk op het Unierecht, omdat zij de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aantastten. Dat oordeel steunde onder meer op het feit dat met deze veranderingen de invloed van de Poolse regering op de benoeming van rechters toenam. De Poolse regering meende echter dat die invloed – zelfs ná deze wijzigingen – veel geringer was dan in diverse andere lidstaten van de EU, waaronder Nederland. Zo mag de Poolse president slechts kandidaten tot rechter benoemen die door de Poolse Raad voor de Rechtspraak zijn voorgedragen, terwijl de Nederlandse regering (formeel) volledige keuzevrijheid heeft bij zulke benoemingen, althans wat betreft de benoeming van rechters in de rechtbanken en de hoven.[1] Nederland is bovendien niet het enige land waarin de politieke ambten grote invloed hebben op rechtersbenoemingen. Zo geschieden benoemingen in de Duitse hoogste federale gerechten door de ter zake bevoegde federale minister op voordracht van een commissie van deelstaatministers en leden van de Bondsraad.[2] De bindende voordracht van rechters in het Duitse constitutionele hof – het *Bundesverfassungsgericht* – geschiedt door het federale parlement: de helft van de rechters wordt gekozen door de leden van de Bondsraad, de andere helft door de leden van de Bondsraad.[3]

Hoewel het hier te bespreken arrest over Malta gaat, lijken de overwegingen van het Hof met name geschreven met het oog op het genoemde Poolse verweer. De Grote Kamer van het Luxemburgse Hof spreekt in dit arrest uit dat ook van schending van het Unierecht sprake is als een lidstaat de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid vermindert. Daarmee introduceert het Hof een rechtsstatelijk non-regressie-beginsel in het EU-recht.[4] De juridische betekenis van het genoemde Poolse verweer boet daardoor aan betekenis in. In

deze annotatie bespreek ik kort de Maltese casus die aan dit belangrijke arrest ten grondslag ligt (2). Vervolgens behandel ik het nieuwe toetsingskader van het Hof (3). Daarna leg ik uit waarom daardoor de juridische betekenis van het Poolse verweer is verkleind (en waarom dat verweer überhaupt niet helemaal *to-the-point* was) (4). Tot slot ga ik kort in op de betekenis van het arrest voor Nederland (5).

2. Casus

Toen Malta in 2004 lid werd van de Europese Unie werden rechters aldaar benoemd door de President op voordracht van de minister-president. De minister-president werd in zijn keuze voor een kandidaat slechts beperkt door enkele grondwettelijke functie-eisen. In 2016 veranderde dat. Toen kwam een wijziging van de Maltezer Grondwet tot stand die bepaalde dat aan de benoeming van een rechter een advies van een onafhankelijke ‘commissie voor rechterlijke benoemingen’ voorafgaat. In die commissie hebben zitting: de opperrechter (voorzitter), de procureur-generaal, de auditeur-generaal, de ombudsman en de president van de kamer van advocaten. Deze commissie voert sollicitatiegesprekken met kandidaat-rechters en beoordeelt hun geschiktheid. Op basis daarvan beveelt zij een kandidaat voor benoeming aan. De Grondwet bepaalt vervolgens dat de minister-president slechts van dat advies mag afwijken als hij een verklaring in het staatsblad publiceert waarin hij zulk afwijken motiveert en hij in het parlement een vergelijkbare verklaring aflegt. Repubblika, een vereniging die opkomt voor rechtsbescherming en rechtsstaat in Malta, betwist bij de Maltese rechter de rechtmatigheid van deze grondwettelijke regeling.[5] Zij beroept zich daarbij op de Luxemburgse jurisprudentie over rechterlijke onafhankelijkheid.[6] De Maltese rechter stelt daarover vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

3. Het nieuwe toetsingskader van het Hof

Het Hof beantwoordt de prejudiciële vragen aan de hand van art. 19 VEU en concludeert dat Malta die bepaling niet schendt. Het toetst daarbij aan twee criteria die het uit die bepaling afleidt: het nieuwe non-regressiebeginsel én de reeds bekende eis van rechterlijke onafhankelijkheid.

Het non-regressiebeginsel

Hoewel het Hof het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid afleest uit art. 19 VEU, heeft het beginsel een veel bredere grondslag. Het betreft ‘een algemeen beginsel van Unierecht dat uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeit’;[7] het is een element van ‘de rechtsstaat’, op welke ‘waarde’ volgens art. 2 VEU de Unie is gebaseerd. Art. 19 VEU concretiseert dat beginsel slechts.[8] Het (jongere) art. 47 Hv ‘bevestigt’ het bestaan van dat beginsel ‘opnieuw’.[9] Op die bredere grondslag grijpt het Hof

terug om te komen tot een non-regressie-beginsel ten aanzien van rechterlijke onafhankelijkheid.

Volgens art. 49 VEU kunnen lidstaten slechts tot de Unie toetreden als zij de in art. 2 VEU omschreven waarden eerbiedigen. Die eerbiediging is van groot belang voor ‘het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten en, in het bijzonder, hun rechterlijke instanties’, aldus het Hof.[10] Het leidt daaruit af dat het onderschrijven van die waarden ‘een voorwaarde is voor het genot van alle rechten’ die uit het Unielidmaatschap voortvloeien. Daaruit volgt dat een lidstaat zijn nationale recht ‘niet zodanig [mag] wijzigen dat afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van de waarde van de rechtsstaat, welke waarde met name is geconcretiseerd in artikel 19 VEU’.[11] Uit deze regel leidt het Hof dan uiteindelijk af dat art. 19 VEU een non-regressiebeginsel bevat ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid: lidstaten moeten ervoor zorgen dat zij ‘elke teruggang in hun wettelijke regeling van de rechterlijke organisatie vermijden, door geen regels vast te stellen die de onafhankelijkheid van de rechters zouden ondermijnen’.[12] Het Hof concludeert: ‘dat artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen nationale bepalingen betreffende de rechterlijke organisatie die in de betrokken lidstaat een teruggang kunnen betekenen voor de bescherming van de waarde van de rechtsstaat, in het bijzonder van de waarborgen voor de onafhankelijkheid van rechters’.[13]

In het onderhavige geval stelt het Hof vast dat van een achteruitgang in de regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid in het Maltese recht door de grondwetswijziging van 2016 geen sprake is. Vóór die grondwetswijziging gold dat de minister-president bij rechterlijke benoemingsvoordrachten slechts werd beperkt in zijn keuze door enkele grondwettelijke functie-eisen. Ná 2016 heeft hij bovendien rekening te houden met een onafhankelijk advies over de geschiktheid van de kandidaten. De grondwetswijziging vermindert het beschermingsniveau van de onafhankelijkheid van de Maltese rechters dus niet, maar verhoogt het juist.[14]

De ‘oude’ eis van rechterlijke onafhankelijkheid

Vervolgens toetst het Hof de nieuwe regeling aan de inmiddels bekende Unierechtelijke eis van rechterlijke onafhankelijkheid. Het Hof stelt daarbij allereerst vast dat de vrijheid van de minister-president in zijn voordrachtskeuze is beperkt door de (eerder genoemde) functie-eisen. Vervolgens gaat het in op de bevoegdheid van de minister-president om van adviezen van de nieuw ingestelde commissie voor rechterlijke benoemingen af te wijken. Het stelt vast dat de minister-president van die afwijkingsbevoegdheid alleen gebruik kan maken als hij dat motiveert, ook ten overstaan van het parlement. Het Hof overweegt daarover: ‘Voor zover de minister-president deze bevoegdheid slechts in zeer uitzonderlijke gevallen uitoefent en zich

houdt aan de strikte en daadwerkelijke naleving van die motiveringsplicht, kan deze bevoegdheid geen aanleiding geven tot gerechtvaardigde twijfels over de onafhankelijkheid van de gekozen kandidaten.’^[15] Het Hof concludeert vervolgens dat het Maltese recht ‘op zichzelf’ niet aanleiding kan geven voor ‘gerechtvaardigde twijfels [...] omtrent de ongevoeligheid van de benoemde rechters voor externe factoren’ en dus geen schending van art. 19 VEU inhoudt.

4. De betekenis van het nieuwe toetsingskader voor Polen

Het non-regressiebeginsel is dé noviteit van deze uitspraak. Wat betekent de introductie van dat beginsel voor het Poolse verweer dat zijn regeling van de rechterlijke organisatie de rechterlijke onafhankelijkheid beter beschermt dan de Nederlandse of Duitse regeling?

Beantwoording van die vraag vereist inzicht in de verhouding tussen dit nieuwe beginsel en de ‘oude’ eisen van rechterlijke onafhankelijkheid. Wat die onderlinge verhouding is, zegt het Hof niet uitdrukkelijk. Zij kan echter wel uit het arrest worden afgeleid. Pas nadat het Hof heeft vastgesteld dat aan *beide* eisen is voldaan, concludeert het Hof dat de Maltese regeling met art. 19 VEU verenigbaar is. Kennelijk is dus sprake van cumulatieve criteria: aan art. 19 VEU is pas voldaan als de nieuwe nationale wettelijke regeling ten opzichte van de oude geen achteruitgang betekent voor de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid én ook anderszins de rechterlijke onafhankelijkheid voldoende in acht is genomen. Dat betekent dat het Hof strenger is geworden: niet langer is voldoende dat enkel aan de ‘oude’ eisen is voldaan; tevens is vereist dat sprake is van non-regressie.

Door het cumulatieve karakter van beide eisen vermindert de *juridische betekenis* van het Poolse verweer. De nieuwe Poolse regeling verminderde op diverse punten de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid. Zo koos voortaan de Poolse Tweede Kamer – en niet rechters – de meerderheid van de leden van de Raad voor de Rechtspraak, die rechters voor benoeming voordraagt. Dat betekent dat sprake is van schending van het beginsel van non-regressie, zodat niet is voldaan aan art. 19 VEU, ongeacht of de nieuwe regeling van de rechterlijke organisatie in Polen meer waarborgen omvat dan in Nederland of Duitsland.

Hoewel de *juridische betekenis* van het door Polen gevoerde verweer door de introductie van het non-regressie-beginsel aan betekenis inboet, hoeft uiteraard niet hetzelfde te gelden voor haar *politieke betekenis*. Op het eerste gezicht is het immers merkwaardig dat een land door de Commissie voor het EU-Hof wordt gesleept vanwege een regeling van de rechterlijke organisatie die méér waarborgen biedt dan de regeling in een ander land, terwijl dat andere land niet met strafsancities wordt bedreigd. Die indruk is echter onterecht. Bij toetsing aan de ‘oude’ eis van rechterlijke onafhankelijkheid beoordeelt het Hof van Justitie namelijk niet

alleen de juridische regeling, maar ook haar toepassing bezien in de relevante politieke context. Ook in dit arrest is dat zichtbaar, hoewel het hier prejudiciële vragen betreft die uit toetsing van een wettelijke regeling als zodanig voortvloeien en dus niet uit een concrete toepassing daarvan, zoals bij een inbreukprocedure bijvoorbeeld het geval kan zijn. Het Hof overweegt immers dat de Maltese regeling – als zodanig – met het Unierecht verenigbaar is, mits de minister-president slechts ‘in zeer uitzonderlijke gevallen’ van zijn afwijkingsbevoegdheid gebruik maakt en de bijbehorende motiveringsplicht ‘strikt en daadwerkelijk’ naleeft. In de Poolse zaken was het juist de wettelijke regeling – *bezien in de politieke context waarin zij werd toegepast* – die het Hof er toe bracht een schending van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid aan te nemen.[16] Het Poolse verweer dat zijn regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid *als zodanig* meer waarborgen biedt dan de regeling in Nederland of Duitsland is daarmee niet *to-the-point*: omdat daarbij geen acht wordt geslagen op de toepassing en context van die regeling, sluit die constatering immers niet uit dat Polen in strijd handelt met het Unierecht, en Nederland en Duitsland niet.

5. De betekenis voor Nederland

Wat is de betekenis van dit arrest voor Nederland? Het antwoord op die vraag kan niet met 100%-zekerheid gegeven worden. Toch doe ik een poging. Voor de overzichtelijkheid beperk ik mij daarbij tot de benoeming van rechters in de gewone rechterlijke macht. Al deze rechters worden benoemd door de regering (art. 117 lid 1 Gw). Voor rechters in de rechtbanken en de hoven geldt dat het bestuur van het gerecht waar een vacature is ontstaan, een (niet-bindende) lijst van aanbeveling opmaakt van (zo mogelijk) drie kandidaten, waarover de gerechtsvergadering kan adviseren. De Raad voor de Rechtspraak zendt deze lijst aan de minister van Veiligheid en Justitie, vergezeld van een advies (art. 5c Wvra). Voor benoeming van raadsheren in de Hoge Raad bepaalt art. 118, eerste lid, Gw dat de regering een keuze moet maken uit een voordracht van drie kandidaten opgemaakt door de Tweede Kamer. Aan die voordracht gaat weer een (niet-bindende) aanbeveling van de Hoge Raad vooraf (die deze opstelt in overleg met de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad). Deze aanbeveling bevat de namen van tenminste zes personen. In de praktijk volgt de regering (en voor benoemingen in de Hoge Raad: ook de Tweede Kamer) de aanbevelingen van de rechterlijke ambten. Als dat zo blijft, is deze regeling *feitelijk* vergelijkbaar met de Maltese regeling die het Hof in dit arrest met het EU-recht verenigbaar acht. Nederland zou naar mijn oordeel echter in de gevarezone komen als (de Tweede Kamer en) de regering van de door de rechterlijke ambten gedane aanbevelingen zou afwijken, zeker als dat vaker zou gebeuren of voor zulk afwijken geen rationale argumenten worden gegeven.

Mr. drs. Joost Sillen

Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht

Radboud Universiteit

[1] Zie hierna, onder 5.

[2] Art. 95 lid 2 GG. De Bondspresident benoemt uiteindelijk de voorgedragen kandidaat formeel (art. 60 lid 1 GG).

[3] Art. 94 lid 1 GG.

[4] Zie D.M. Kochenov & A. Dimitrovs, 'Solving the Copenhagen Dilemma. The Repubblica Decision of the European Court of Justice', *VerfBlog* 2021/4/28, <https://verfassungsblog.de/solving-the-copenhagen-dilemma/>.

[5] Op grond van de Maltese Grondwet is een ieder bevoegd tot het aanhangig maken van een vordering waarmee de grondwettigheid van wetten wordt betwist (art. 116 Gw).

[6] J.J.J. Sillen, 'Rechterlijke onafhankelijkheid als Unirechtelijk beginsel', in: H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 313-328.

[7] *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, HvJ EU (GK) 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, «EHRC» 2018/72 m.nt. J. Krommendijk, par. 35.

[8] *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, HvJ EU (GK) 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, «EHRC» 2018/72 m.nt. J. Krommendijk, par. 32.

[9] Par. 40.

[10] Par. 62.

[11] Par. 63.

[12] Par. 64.

[13] Par. 65.

[14] Par. 66-69.

[15] Par. 71.

[16] Bijv. *A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad)*, HvJ EU (GK) 19 november 2019, C-624/18, C/625/18 en C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982, *EHRC Updates* 2020/48,

m.nt. J.J.J. Sillen, onder 4.

ANNOTATIE

**M.C. t. Verenigd Koninkrijk (EHRM, nr. 51220/13) –
Openbaarmaking strafblad geen schending van art. 8 EVRM*****B. van der Vorm***

1. Tegenwoordig is een belangrijke rol weggelegd voor de Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: VOG) ter voorkoming van misdaad. De VOG is een integriteitsinstrument^[1] dat is bedoeld om de integriteit te beoordelen. Het is aan te merken als een preventief bestuursrechtelijk instrument, dat probeert te voorkomen dat personen met een relevant strafrechtelijk verleden werkzaam worden in een bepaalde functie.^[2] Een VOG is een verklaring waaruit blijkt dat het gedrag in het verleden geen bezwaar vormt voor het vervullen van een specifieke taak of functie in de samenleving. Dienst Justis, onderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, is screeningsautoriteit en screent (rechts)personen die een VOG aanvragen en geeft de VOG's af.^[3] Een VOG kan worden afgegeven aan natuurlijke personen en aan rechtspersonen. Als iemand een VOG aanvraagt, doet Dienst Justis onderzoek naar het justitiële verleden van een natuurlijk persoon of rechtspersoon. Om een baan te kunnen krijgen is het in bepaalde gevallen nodig om een VOG te kunnen overleggen. Voor sommige branches, zoals de taxibranche, is dit wettelijk verplicht. Het is ook mogelijk dat gemeenten een VOG verplicht stellen ten aanzien van de vergunningaanvraag van bepaalde branches, zoals exploitanten en beheerders in de prostitutiesector. Ook voor het verrichten van vrijwilligerswerk of stages kan een VOG gevraagd worden.

2. Het gebruik van de VOG, maar ook de openbaarmaking van het strafblad, staat op gespannen voet met bepaalde waarborgen, zoals art. 8 EVRM (het recht op privacy). Niet alleen in de Nederlandse context is dit een belangrijk punt van discussie,^[4] maar ook in het buitenland. In de onderhavige uitspraak van het EHRM gaat het om de openbaarmaking van het strafblad door justitiële autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk in relatie tot het recht op privacy, zoals dat is neergelegd in art. 8 EVRM.

3. Naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM inzake *M.M. t. Verenigd Koninkrijk*^[5] zijn de regels omtrent de openbaarmaking van het strafblad in het Verenigd Koninkrijk in mei 2013 gewijzigd. De klaagster is geboren in 1955 en in augustus

2007 is zij veroordeeld wegens het niet stoppen na het veroorzaken van een verkeersongeval. Hiervoor is zij beboet en heeft ze vijf strafpunten op haar rijbewijs gekregen.[6] Enige jaren later kreeg zij een onderwijsbaan aangeboden in China, waarbij haar werd verzocht om (het Britse equivalent van) een VOG te overleggen. Aangezien in de VOG de veroordeling wegens het niet stoppen na een verkeersongeval stond vermeld, werd de baan haar geweigerd.[7] In mei 2013 zijn de regels omtrent de openbaarmaking van een strafblad gewijzigd. Op grond van de nieuwe regels bleef de veroordeling op de VOG van de klaagster staan tot en met 31 augustus 2018; daarna hoefde deze niet meer op de VOG te worden weergegeven.[8] De klaagster onderschrijft het belang van een VOG in de onderwijsbranche om te voorkomen dat kinderen slachtoffer worden van seksueel geweld, maar niet ten aanzien van de opname van andere delicten die worden vermeld op de VOG. Naar haar mening heeft het delict te lang op de VOG gestaan, ontbreekt een verband tussen de plicht om het strafblad openbaar te maken en de beperkingsgronden van art. 8 lid 2 EVRM en is een reviewproces afwezig geweest.[9]

4. De eerste inhoudelijke stap die het EHRM zet, is of de gewijzigde regeling voldoet aan het legaliteitsbeginsel van art. 8 lid 2 EVRM. Met andere woorden: is de gewijzigde regeling in overeenstemming met het recht?[10] Er is sprake van een gerechtvaardigde inbreuk op art. 8 lid 2 EVRM als aan de volgende cumulatieve eisen is voldaan: de inbreuk is bij wet voorzien (*in accordance with the law*), er is sprake van een legitiem doel (*legitimate aim*) en de inbreuk is noodzakelijk in een democratische samenleving (*necessary in a democratic society*). Het EHRM overweegt dat het nieuwe regime voldoet aan de legaliteitseis, waarbij het EHRM er expliciet op wijst dat een genuanceerd stelsel is ontwikkeld voor de openbaarmaking van het strafblad, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende typen van delicten en duidelijkheid wordt verschaft over welke veroordelingen kunnen worden geopenbaard op het strafblad.[11]

5. De tweede stap van het EHRM heeft betrekking op de vraag in hoeverre de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het EHRM verwijst veelvuldig naar de zaak *Animal Defenders International t. Verenigd Koninkrijk*. [12] In die zaak was sprake van een verbod voor de Animal Defenders International op het uitzenden van politieke reclamespots via televisie. Het EHRM achtte de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) niet disproportioneel. Het EHRM diende te beoordelen of de beperking noodzakelijk was in de democratische samenleving in de betekenis van art. 10 lid 2 EVRM. In de onderhavige zaak moet het EHRM een vergelijkbare toetsing uitvoeren, maar dan aan de beperkingsgronden van art. 8 lid 2 EVRM. Volgens het EHRM staat de vraag in beide zaken centraal of de Staat heeft gehandeld binnen de reikwijdte van de *margin of appreciation*. [13] Om te beoordelen of is voldaan aan de proportionaliteitseis zet het EHRM vier stappen. Ten eerste onderzoekt het EHRM of een individuele zaaksbehandeling leidt tot

een risico op significante onzekerheid, hoge kosten, procedures, vertraging, discriminatie en willekeur. Ten tweede kijkt het naar de parlementaire en rechterlijke beoordeling van de noodzaak van de maatregel. Ten derde onderzoekt het EHRM in hoeverre sprake is van een genuanceerd stelsel waarbij bijvoorbeeld onderscheid wordt gemaakt tussen relevante categorieën op behoorlijke gronden en categorieën die over een verloop van tijd minder zwaar worden. Tot slot beziet het de toepassing van de algemene maatregel in de concrete zaak.[14]

6. Het EHRM onderschrijft in de zaak *M.C.* het belang van een algemene in plaats van een individuele zaaksgebonden toepassing. Een belangrijk voordeel van een algemene behandeling is in de ogen van het EHRM gelegen in het voorkomen van willekeur. Nadelen van een zaaksgebonden behandeling liggen bovendien op het financiële en logistieke gebied. Hiermee is het belang van een algemene behandeling door het EHRM aangetoond.[15] Met betrekking tot de tweede stap is het EHRM terughoudend, maar het twijfelt niet aan de parlementaire en rechterlijke toetsing.[16] Ten derde is het EHRM van oordeel dat de 'currency rule' geen bot instrument is, 'but it is intended to distinguish between ex-offenders on grounds which are in themselves relevant to whether disclosure should be made. It is also significant that its application is limited in time, which inevitably reduces its impact on those affected by it'.[17] Tot slot ziet het EHRM in de concrete zaak geen reden waarom de openbaarmaking van de veroordeling disproportioneel zou zijn, waarbij het wijst op het feit dat klaagster uiteindelijk toch in staat was om te starten met haar onderwijsbaan. Alles bij elkaar genomen is het oordeel van het EHRM dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM.[18]

7. Dit arrest van het EHRM kan worden beschouwd als een steun in de rug voor Staten die gebruikmaken van het VOG-instrument. De kern van dit arrest is dat een dergelijke algemene, maar genuanceerde regeling voldoende, precies en goed genoeg doordacht is om in algemene zin geen schending te vormen van art. 8 EVRM, ook al is een zaaksgewijze beoordeling van de redelijkheid van een vermelding van een strafbaar feit dan niet mogelijk.

8. Wat betekent dit arrest nu voor de situatie in Nederland? Om deze vraag te beantwoorden moet allereerst een blik worden geworpen op de Nederlandse beoordeling van de VOG-aanvraag. De beoordeling van de VOG-aanvraag is een 'getrapte' procedure. Hiermee wordt bedoeld dat indien de aanvrager niet in het Justitiële Documentatie Systeem (hierna: JDS) voorkomt, de VOG zal worden afgegeven. Indien de aanvrager wél in het JDS voorkomt, zal Dienst Justis de aanvraag aan twee criteria toetsen: het 'objectieve criterium' en het 'subjectieve criterium'. Op basis van het objectieve criterium beoordeelt Dienst Justis of het geregistreerde delict bij recidiveren de behoorlijke uitvoering van de (beoogde) functie onevenredig zou kunnen belemmeren, omdat er een risico voor de

samenleving zou kunnen ontstaan. Voor de vaststelling of er een risico is, zijn er verschillende risicogroepen met bijbehorend screeningsprofiel gedefinieerd. Er bestaan screeningsprofielen voor specifieke beroepsgroepen, zoals die van buitengewoon opsporingsambtenaar, politicus, onderwijzer en taxichauffeur. Ook bestaat er een specifiek screeningsprofiel voor een aanvraag van de VOG voor rechtspersonen. Daarnaast heeft de Dienst Justis een algemeen screeningsprofiel ontwikkeld. Dit profiel is onderverdeeld in acht risicogebieden, die weer zijn onderverdeeld in specifieke functieaspecten. Het algemene screeningsprofiel is onderverdeeld in acht risicogebieden, namelijk informatie, geld, goederen, diensten, zakelijke transacties, proces, aansturen organisatie en personen. Het specifieke screeningsprofiel omvat politieke ambtsdragers, visum en emigratie, huisvestingsvergunning Wbmgp, (buitengewoon) opsporingsambtenaar, vakantiegezinnen en adoptie, gezondheidszorg en welzijn van mens en dier, exploitatievergunning, juridische dienstverlening, onderwijs, taxibranche, (gezins) voogd bij voogdij-instellingen, reclasseringswerker, raadsonderzoeker en maatschappelijk werker, beëdigd tolken en vertalers, lidmaatschap schietvereniging, financiële dienstverlening en de onbekende functie.³[19] Als de uitkomst van toetsing aan het objectieve criterium is dat de VOG-aanvraag dient te worden afgewezen, dan heeft de aanvrager mogelijk nog een ontsnappingsroute door middel van een toetsing aan het subjectieve criterium. Deze toetsing omvat een belangenafweging, hetgeen inhoudt dat de aanvraag uitsluitend (alsnog) zal worden gehonoreerd als vast komt te staan dat het belang van de aanvrager evident zwaarder weegt dan het belang van de samenleving.[20]

>9. Nu is de beoordeling van de Nederlandse VOG-aanvraag is besproken, dient ten tweede worden gezien hoe deze uitspraak van het EHRM moet worden gewaardeerd, en hoe de Nederlandse VOG-regeling hierin past. De eerste observatie die kan worden gedaan, is dat deze uitspraak goed aansluit bij de lijn die het Hof heeft ingezet met *Animal Defenders International*. Zowel in die zaak als in de onderhavige was geen sprake van een ongerechtvaardigde beperking en waren beide beperkingen noodzakelijk in een democratische samenleving en derhalve niet disproportioneel. Uit *Animal Defenders International* blijkt dat algemene regelingen die de politieke reclameboodschappen op de omroepmedia verbieden door de 'Straatburgse' beugel kunnen.[21] Hetzelfde geldt voor de regeling inzake van openbaarmaking van het strafblad: de algemene regeling wordt ook door het EHRM akkoord bevonden. De tweede observatie is dat de onderhavige uitspraak van het EHRM voor de Nederlandse VOG-regeling niet direct van belang is, omdat de Nederlandse regeling voldoende ruimte biedt om te differentiëren. Het zoeken naar een balans tussen de toepassing van de VOG aan de ene kant en de beperking van art. 8 EVRM aan de andere kant blijkt wel een aspect dat niet uit het oog mag worden verloren. Het EHRM dient hier ook scherp op te blijven toezien.

p style="margin-left:48px">Benny van der Vorm

Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit Utrecht

[1] P.M. Schuyt & L.M. Schoutsen, 'De VOG: integriteitsverklaring ten behoeve van schijnzekerheid', *AA* 2014, p. 632.

[2] Schuyt & Schoutsen 2014, p. 630. Zie de artikelen 28-39 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

[3] De feitelijke uitvoering geschiedt door het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag (COVOG).

[4] L.M. Schoutsen, 'De strafrechtelijke strijd over de Verklaring Omtrent het Gedrag', *TPWS* 2015/13.

[5] EHRM 13 november 2012, nr. 24029/07, *EHRC* 2013/31, m.nt. Kranenborg & Latify.

[6] Par. 4.

[7] Later verklaarde zij evenwel van december 2012 tot de zomer in 2014 een onderwijsbaan in China te hebben gekregen, par. 5.

[8] Par. 7.

[9] Par. 42.

[10] Par. 47.

[11] Par. 48.

[12] *Animal Defenders International t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608, «EHRC» 2013/149 m.nt. Gerards, *NJ* 2016/321, m.nt. Dommering.

[13] Par. 49.

[14] Par. 52.

[15] Par. 53.

[16] Par. 54.

[17] Par. 55.

[18] Par. 57.

[19] *Kamerstukken II* 2015/16, 34300 VI, 78, p. 3.

[20] J.S. van der Landen & F.T. Verlaan, 'Verklaring Omtrent Gedrag in het arbeidsrecht: van schijnzekerheid naar waarborg (?)', *ArbeidsRecht* 2014/26. Zie eveneens E.G. Kurtovic & M.D. Rijnsburger, 'De straf- en bestuursrechter als communicerende vaten in VOG-zaken', *DD* 2016, p. 789.

[21] Zie de achtste opmerking van Dommering onder *NJ* 2016/321.

ANNOTATIE

Hussein t. België (EHRM, nr. 45187/12) – Afschaffing van universele bevoegdheid in lopende strafprocedure niet strijdig met art. 6 EVRM***S. Dewulf***

1. Met de wet van 5 augustus 2003^[1] besloot de Belgische wetgever haar vroegere ‘genocidewet’^[2] – gericht op het strafbaar stellen van genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden – in te trekken en de nuttige bepalingen ervan te integreren in het Belgische Strafwetboek en Wetboek van Strafvordering. De aanleiding hiervoor was de internationale diplomatieke, politieke en juridische storm waarin België was terecht gekomen doordat het in zijn vroegere genocidewet had voorzien in een nagenoeg absolute universele jurisdictie, met weinig tot geen filters, waarbij ook buitenlandse slachtoffers door de figuur van de burgerlijke partijstelling strafprocedures konden opstarten. Het gevolg was, dat er allerhande klachten werden neergelegd tegen verscheidene hooggeplaatste buitenlandse regeringsleden en andere functionarissen voor verschillende oorlogs- of andere internationale misdaden die beweerdelijk waren gepleegd in het buitenland, ook voor situaties waar België zelf op geen enkele wijze bij betrokken was. Zodus werden bijvoorbeeld de toenmalige Israëliëse leider Ariël Sharon, de Amerikaanse president George W. Bush en de Cubaanse leider Fidel Castro opeens geconfronteerd met Belgische strafklachten. Onder de immense druk die daarop volgde, wilde de Belgische overheid met de wetswijziging meer beperkingen en filters inbouwen door voornamelijk als vereiste voorop te stellen dat er een band moest bestaan tussen de beweerde misdaad en België in hoofde van de dader dan wel het slachtoffer, en dit in eerste instantie – zij het niet exclusief – op grond van nationaliteit.^[3]

2. De wet van 5 augustus 2003 vormde echter geen toonbeeld van weloverwogen regelgevend werk dat volgde uit een gerijpt denkproces. Het was eerder het haastig resultaat van een groeiend internationaal politiek probleem, waardoor de wet zelf verschillende hiaten, fouten en pijnpunten vertoonde.^[4] Het falen van de Belgische wetgever leidde tot verschillende juridische procedures voor het Belgische Grondwettelijk Hof (toen nog onder de benaming Arbitragehof) waarin het meerdere ongerechtvaardigde ongelijkheden vaststelde.^[5] Een zeer betwist punt betrof de overgangsregeling die was voorzien in de wet van 2003 voor zaken die

reeds lopende waren op de datum van haar inwerkingtreding. In essentie moesten op deze zaken de nieuwe bevoegdheidsregelen worden toegepast, die in de plaats kwamen van de vroegere universele bevoegdheid. De zaken die niet voldeden aan deze nieuwe criteria moesten kortweg beëindigd worden. Niettemin had de wetgever voorzien in één uitzondering: liep er reeds een gerechtelijk onderzoek én was er al een onderzoekshandeling gesteld op de datum van inwerkingtreding, dan kon de zaak wel doorgang vinden als ofwel op het moment van het instellen van de strafvordering er minstens één klager was met de Belgische nationaliteit, ofwel op de datum van inwerkingtreding van de wet er minstens één vermoedelijke dader in België zijn hoofdverblijfplaats had. Het Arbitragehof vond deze regeling evenwel discriminatoir, omdat erkende vluchtelingen niet dezelfde behandeling kregen als Belgische klagers, en vernietigde daarop in 2006 voor een groot deel de overgangsbepaling[6], ook al had de wetgever ondertussen een herstelwet gemaakt om net aan deze lacune te voldoen. Deze wet werd wel pas gepubliceerd na het vellen van het arrest van het Arbitragehof[7] waardoor vanuit temporeel oogpunt een juridisch eigenaardige situatie was gecreëerd[8].

3. De verschillende procedures die waren opgestart op grond van de oude genocidewet dienden dus principieel heronderzocht te worden op grond van de criteria van de nieuwe wet. Ten gevolge hiervan werden een heel deel van de zaken stopgezet, aangezien ze niet voldeden aan deze nieuwe vereisten. Dit was ook het lot dat de strafklacht *in casu* was ondergaan. Op 20 december 2001 hadden 7738 Jordaanse personen zich burgerlijke partij gesteld tegen 74 voornamelijk hooggeplaatste ambtenaren van Koeweit wegens beweerdelijke daden van genocide die zouden gepleegd zijn ten tijde van de eerste Golfoorlog, toen Jordaans-Palestijnse inwoners van Koeweit bestraft en uitgezet werden naar Jordanië. De eerste rechter (de Brusselse raadkamer) oordeelde in 2008 dat de vervolging onontvankelijk was. Verschillende van de bewuste ambtenaren zouden een volkenrechtelijke immuniteit genieten en de aangevoerde feiten zouden geen genocide, misdaden tegen de mensheid of oorlogsmisdaden in de zin van art. 136*bis-quater* van het Strafwetboek uitmaken. In beroep echter oordeelde de tweede rechter (de Brusselse kamer van inbeschuldigingstelling) in een arrest van 2010 dat de Belgische rechtbanken wél bevoegd waren en gelastte daarbij de onderzoeksrechter om nieuwe onderzoeksdaten te stellen. Hiertegen tekenden de verdachten dan weer een voorziening aan bij het Hof van Cassatie, dat het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling vernietigde en de zaak terugwees naar de kamer van inbeschuldigingstelling voor een nieuwe beoordeling. Volgens het Hof van Cassatie, dat zich hiervoor beriep op de nochtans vernietigde overgangsbepaling[9], was kortweg niet voldaan aan de wettelijk voorgeschreven voorwaarden om de zaak niet te onttrekken daar er niet tijdig een onderzoekshandeling was gesteld[10]. In zijn herkansing sloot de kamer van inbeschuldigingstelling zich wel aan bij de raadkamer en bij het Hof van Cassatie en besloot

dat de strafvordering niet ontvankelijk was. De aangeklaagde feiten maakten geen kernmisdriven uit en, zelfs al was dit wel het geval geweest, was er op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet nog steeds geen onderzoekshandeling gesteld. Hiertegen gingen de klagers opnieuw naar het Hof van Cassatie, maar tevergeefs. Opnieuw stelde het Hof van Cassatie dat er nog steeds geen onderzoekshandeling was gesteld, waarbij het aangaf dat noch het proces-verbaal waarin de burgerlijke partijstelling werd geacteerd, noch de stukken betreffende de overdracht of mededeling van het dossier aan het openbaar ministerie, gezien kunnen worden als ‘onderzoekshandelingen’ in de zin van de wet van 2003, daar deze stukken niet het begin vormen van het eigenlijke onderzoek. Als onderzoekshandelingen in de zin van deze wet, stelde het Hof, moeten gezien worden alle handelingen waarbij de onderzoeksrechter, bij de uitoefening van zijn opdracht om de waarheid te achterhalen, de inlichtingen vergaart die relevant zijn voor de berechting van de zaak.[11]

4. Hiermee werd de strafprocedure definitief beëindigd in België, maar daar lieten de klagers het niet bij. Ze trokken naar het EHRM te Straatsburg en betoogden in essentie dat door deze uitspraken hun rechten vervat in artt. 6 en 13 EVRM geschonden werden. In het hier besproken arrest *Hussein en anderen t. België* verwierp het Hof evenwel deze klacht als ongegrond.[12]

5. Allereerst poneerden de verzoekers dat hun klacht met burgerlijke partijstelling in strijd met art. 6, lid 1 EVRM verworpen was omdat deze beslissing onvoldoende gemotiveerd zou geweest zijn. Volgens het Hof, dat daarbij aansloot bij reeds gevestigde rechtspraak[13], is het burgerlijke luik van art. 6, lid 1 EVRM wel degelijk van toepassing op klachten met burgerlijke partijstelling.[14] Niettemin vervolgde het EHRM met de onmiddellijke vaststelling ten gronde dat de dubbele motivering die de Brusselse kamer van inbeschuldigingstelling had gegeven – namelijk dat de feiten niet gekwalificeerd konden worden als kernmisdrif conform de Belgische strafwet en dat er geen sprake was geweest van de vereiste tijdige onderzoekshandeling – principieel volstond om de uitspraak te rechtvaardigen. Meer nog, elke van deze twee gronden op zich was al voldoende geweest.[15] Ook vond het EHRM de beslissing van het Hof van Cassatie om niet meer de kwalificatie zelf te onderzoeken (eerste grond) omdat de strafvordering al onontvankelijk was bevonden wegens een andere reden (omdat er geen tijdige onderzoekshandeling was gesteld) niet vatbaar voor kritiek.[16] De enige kwestie die derhalve voorlag, was de vraag of de interpretatie die de Belgische rechters hadden gegeven aan de notie van onderzoekshandeling wel de toets van art. 6, lid 1 EVRM doorstond. Volgens het EHRM was dit inderdaad het geval: zowel de kamer van inbeschuldigingstelling als het Hof van Cassatie – en de advocaat-generaal in zijn conclusie – hadden dezelfde interpretatie gegeven aan de notie ‘onderzoekshandeling’, waarbij in het bijzonder de kamer van inbeschuldigingstelling en het Hof van Cassatie expliciet hadden

verduidelijkt dat de verschillende akten naar waar de klagers zelf hadden verwezen (PV van burgerlijke partijstelling, stukken betreffende de overdracht van het dossier naar en de saisine van het openbaar ministerie) niet als dusdanig gekwalificeerd konden worden. Naar mening van het EHRM was dit een specifiek en uitdrukkelijk antwoord op het middel van de verzoekers.[17] Een belangrijk argument in het voordeel van de verzoekers was nochtans dat deze interpretatie niet noodzakelijk in lijn was met eerdere gevestigde rechtspraak. Overeenkomstig de klassieke visie, óók die van het Hof van Cassatie, in het kader van de leer van de Belgische verjaringsregelen, wordt een klacht met burgerlijke partijstelling immers op zich wel als onderzoeksdaad gezien.[18] Toch kon volgens het EHRM deze nieuwe en afwijkende invulling die specifiek gegeven werd door de Belgische rechters aan deze notie in het licht van de wet van 2003 niet als een willekeurige of manifest onredelijke interpretatie worden gezien. Het EHRM stelde vast dat deze lezing volledig strookte met de wil van de Belgische wetgever en, zoals ook de Belgische autoriteiten eerder in de procedure hadden bemerkt, een zinvolle invulling gaf aan de overgangsbepaling, waar de ruimere interpretatie van de notie ‘onderzoekshandeling’ van de klagers (die stelden dat elke handeling die de verjaring van de strafvordering onderbrak als dusdanig aangemerkt moest worden) elke zin zou wegnemen van deze overgangsbepaling. In die lezing zou immers elke opening van een strafdossier als ‘onderzoekshandeling’ gezien moeten worden, waardoor veel meer reeds geopende strafzaken dus voortgang hadden kunnen vinden – hetgeen de Belgische wetgever net *niet* wilde bereiken met de overgangsbepaling. De klagers wierpen nog op dat er in hun zaak wel degelijk nog andere handelingen waren gesteld (o.m. het onderzoek naar de immuniteit van de verdachten) en dat deze handelingen ten onrechte niet in aanmerking waren genomen, waar ze mogelijk wel hadden gezien kunnen worden als tijdige onderzoekshandelingen. Het EHRM constateerde op dit punt droogweg dat de klagers zelf hadden nagelaten om naar deze andere handelingen te verwijzen in hun procedure voor het Hof van Cassatie, waardoor ze zelf het onderzoek van dit laatste beperkt hadden tot de andere benoemde handelingen. Als dusdanig kon dit volgens het Hof dan ook niet als motiveringsgebrek in strijd met art. 6, lid 1 EVRM verweten worden aan de Belgische rechters.[19]

6. In een tweede luik argumenteerden de verzoekers dat de wetswijziging hun recht op toegang tot een rechter geschonden had, maar ook dit kon het EHRM niet overtuigen. Het Hof benadrukte meteen dat het *in casu* enkel ging om het recht op toegang in een burgerlijke aangelegenheid, waardoor het de beginselen die het uiteen had gezet in de zaak *Nait-Liman* – en waarin het Hof al had aangegeven dat dit recht niet absoluut was, zij het dat beperkingen wel een legitiem oogmerk moeten nastreven en het beginsel van de proportionaliteit in acht moeten nemen[20] – wederom kon toepassen. Het EHRM was om te beginnen van oordeel dat de Belgische wetgever wel degelijk een legitiem doel voor ogen had middels het invoegen

van de beperkingen, met name om een goede rechtsbedeling te waarborgen, gelet op de logistieke en diplomatieke problemen waartoe een ongebreidelde toepassing van de oorspronkelijke genocidewet had geleid[21], een vaststelling die inderdaad bijgetreden kan worden. Ook bevestigde het Hof, eveneens in navolging van zijn uitspraak in *Nait-Liman*[22], dat er geen verplichting voortvloeit uit het internationaal recht of het EVRM om universele burgerlijke jurisdictie te vestigen voor internationale misdrijven, en dat het vooropstellen van een band met de Staat waar de procedure plaatsvindt op zich niet onredelijk was. Als dusdanig kon het legitiem oogmerk niet in vraag gesteld worden.[23] De kernvraag bleef echter of het wijzigen van de procedure, zelfs in het licht van dit legitiem oogmerk, proportionele gevolgen had voor de verzoekers. Het Hof merkte daarbij op dat de klacht was neergelegd in 2001, de wetswijziging werd doorgevoerd in 2003 maar pas in de periode 2008-2012 de verzoekers werden geconfronteerd met rechterlijke beslissingen dat hun procedure, gelet op de overgangsbepaling uit 2003, alsnog onontvankelijk was. Ook stelde het Hof vast dat de notie 'onderzoekshandeling' niet omschreven was in de wet en tot verschillende interpretaties had geleid. Niettemin, stelde het Hof, eenmaal het Hof van Cassatie het belang van het hebben plaatsgevonden van een tijdige onderzoekshandeling had benadrukt in zijn arrest van 8 december 2010, wisten de verzoekers dat dit het kerncriterium was. Desondanks hadden ze zelf hun middelen beperkt tot slechts enkele onderzoekshandelingen en andere handelingen niet opgenomen in hun argumentatie. Het Hof van Cassatie was hier aan gebonden, ook al waren er in hun zaak mogelijk wel degelijk reeds andere handelingen gesteld die wel als onderzoekshandeling hadden kunnen gezien worden in de zin van de overgangsbepaling. Gelet ook op het gegeven dat de motivering die door de Belgische rechters gegeven was noch willekeurig, noch manifest onredelijk was, besloot het Hof dan ook dat het verwerpen van de klacht in kwestie, in het licht van het legitiem oogmerk, niet disproportioneel was, waardoor ook op dit punt art. 6, lid 1 EVRM niet geschonden werd.[24]

7. Het staat vast dat een Staat zijn strafprocedurele regelgeving mag wijzigen, en nieuwe bepalingen zelfs met onmiddellijke ingang van toepassing mag verklaren op lopende gedingen.[25] Deze zaak bevestigt echter nogmaals dat dit alles wel dient te gebeuren in overeenstemming met de principes van een eerlijke procesgang zoals deze vervat liggen in art. 6 EVRM. Opvallend in deze uitspraak is nochtans hoe het Hof de verantwoordelijkheid op verschillende momenten bij de verzoekers zelf lijkt te leggen. Het EHRM gaf namelijk meermaals aan dat ze mogelijk een punt hadden, en dat hun klacht misschien wel doorgang had kunnen (moeten) vinden, maar dat ze zelf hadden nagelaten dit correct te argumenteren voor de Belgische rechters, en dat dit dan ook niet meteen aan de Belgische rechters verweten kon worden. Zodoende kon het Hof ook de Belgische wet en de juridische uitspraken in het licht van art. 6 EVRM afschermen. Dat de Belgische wetgever een legitiem doel nastreefde met de wetswijziging en de overgangsbepaling – en dus het willen afschaffen van ongelimiteerde

(burgerlijke) universele bevoegdheid – kan aanvaard worden. Echter mag niet uit het oog verloren worden dat de wetgever zelf ook de penibele situatie had gecreëerd waarin de Belgische Staat zich opeens bevond: enerzijds door het initieel invoeren van een nagenoeg absolute universele jurisdictie met de mogelijkheid tot burgerlijke partijstelling zonder specifieke filters, anderzijds door het nadien te willen verhelpen aan de (te voorspellen) problemen middels een wet die allesbehalve kwaliteitsvol kan genoemd worden. De onduidelijke notie ‘onderzoekshandeling’ is hier maar een voorbeeld van. Dat de verschillende rechters (en dan nog geeneens enkel in deze zaak) die zich dienden te buigen over deze wet er veelal ook andere meningen op nahielden, hielp de kwestie ook niet verder. Uit dit arrest blijkt evenwel dat het EHRM ook niet blind (b)lijkt voor de specifieke en gevoelige internationale context. Het Hof bevestigt andermaal principieel dat een Staat onder bepaalde voorwaarden beperkingen mag opleggen aan het recht op toegang tot een rechter, ook voor slachtoffers van zeer ernstige internationale misdrijven. Maar deze hele procedureslag toont vooral ook het grootste belang aan van het feit dat de regelgeving terzake, gezien de internationaal politieke context maar ook uiteraard gelet het gewicht van de desbetreffende internationale misdrijven en het fundamenteel recht van slachtoffers om juridische procedures te initiëren, meticuleus voorbereid moet worden en moet resulteren in een weloverwogen, helder en bovenal correct rechtskader.

Prof.dr. Steven Dewulf

Docent internationaal recht Koninklijke Militaire School België

Hoofddocent internationaal strafrecht Universiteit Antwerpen

[1] *Belgisch Staatsblad* 7 augustus 2003.

[2] Wet 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, *Belgisch Staatsblad* 5 augustus 1993, gewijzigd bij de wet van 10 februari 1999, *Belgisch Staatsblad* 23 maart 1999 en de wet van 23 april 2003, *Belgisch Staatsblad* 7 mei 2003.

[3] Zie artt. 6, 1^obis en 10, 1^obis Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering.

[4] Zie hierover ook F. Verbruggen, ‘Eindstation Brussel-Sint-Pieters: strafrechtelijke aspecten van de wet’, *Jura Falconis*, 2003-04, p. 115-122; S. Dewulf, *A tale that does not want to end: TotalFinaElf en de Belgische rechtsregelen inzake ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht* (noot onder Arbitragehof 21 juni 2006), *Nullum Crimen*, 2006, p. 387.

- [5] Zie o.m. Arbitragehof 23 maart 2005, nr. 62/2005, *Belgisch Staatsblad* 8 april 2005.
- [6] Arbitragehof 21 juni 2006, nr. 104/2006, *Belgisch Staatsblad* 12 juli 2006.
- [7] *Belgisch Staatsblad* 7 juli 2006.
- [8] De wet voegde immers slechts een zinssnede toe aan de ondertussen vernietigde overgangsbepaling. Zie hierover S. Dewulf, 'De naweëen van de Total-zaak: rechtspreken op grond van een vernietigde wetsbepaling?' (noot onder Hof van Cassatie 8 december 2010), *Rechtskundig Weekblad*, 2011-12, p. 654-658.
- [9] Zie S. Dewulf, *Ibid.*, p. 657-658.
- [10] Hof van Cassatie 8 december 2010, AR P.10.0890.F, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20101208.3.
- [11] Hof van Cassatie 18 januari 2012, AR P.11.1163.F, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120118.11.
- [12] *Hussein en anderen t. België*, EHRM 16 maart 2021, nr. 45187/12, ECLI:CE:ECHR:2021:0316JUD004518712.
- [13] O.a. *Perez t. Frankrijk*, EHRM 12 februari 2004, n. 427287/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0212JUD004728799, CEDH 2004-I, par. 57-72.
- [14] *Hussein e.a.*, reeds aangehaald, par. 36-39.
- [15] *Ibid.*, par. 44.
- [16] *Ibid.*, par. 45-46.
- [17] *Ibid.*, par 48-51.
- [18] Zie bv. Hof van Cassatie 12 januari 2010, AR P.09.1266.N, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100112.2; R. Declercq, *Beingselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, nr. 248.
- [19] *Hussein e.a.*, reeds aangehaald, par. 52-56.
- [20] *Naït-Liman t. Zwitserland*, EHRM (GK) 15 maart 2018, nr. 51357/07, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707, par. 112-116.
- [21] *Hussein e.a.*, reeds aangehaald, par. 59-64.
- [22] *Naït-Liman*, reeds aangehaald, par. 182-198.

[23] *Hussein e.a.*, reeds aangehaald, par. 65.

[24] *Ibid.*, par. 66-74. Het Hof vond het gegeven deze conclusie ook niet meer noodzakelijk om de beweerdde schending van art. 13 EVRM afzonderlijk te onderzoeken (par. 77).

[25] C. Van den Wyngaert, S. Vandromme en P. Traest, *Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofdpijnen*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2019, p. 119-120.