

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-09

Nummer 9, 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:2021:0422JUD002955513 22-04-2021

F.O. t. Kroatië, EHRM 22 april 2021, nr. 29555/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0422JUD004131810 20-04-2021

Gatsalova t. Rusland, EHRM 20 april 2021, nr. 41318/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0420JUD006615214 20-04-2021

Kuzmina e.a. t. Rusland, EHRM 20 april 2021, nrs. 66152/14 en 8 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0420DEC001853321 20-04-2021

Paula Parfitt t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 20 april 2021 (ontv. besl.), nr. 18533/21

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0415JUD000556019 15-04-2021

K.I. t. Frankrijk, EHRM 15 april 2021, nr. 5560/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD001325217 13-04-2021

Ahmet Hüsrev Altan t. Turkije, EHRM 13 april 2021, nr. 13252/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD003788213 13-04-2021

E.G. t. Moldavië, EHRM 13 april 2021, nr. 37882/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD000008017 13-04-2021

Murat Aksoy t. Turkije, EHRM 13 april 2021, nr. 80/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0409JUD003037313 09-04-2021

Vavříčka e.a. t. Tsjechië (EHRM (GK), nr. 47621/13)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0323DEC000929114 23-03-2021

Mik en Jovanović t. Servië, EHRM 23 maart 2021 (schrapping van de rol), nrs. 9291/14 en 63798/14

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:313 22-04-2021

Profi Credit Slovakia, HvJ EU 22 april 2021, zaak C-485/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:311 20-04-2021

Repubblika, HvJ EU 20 april 2021, zaak C-896/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:280 15-04-2021

Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a., HvJ EU 15 april 2021, gev. zaken C-798/18 en C-799/18

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:269 15-04-2021

Braathens Regional Aviation, HvJ EU 15 april 2021, zaak C-30/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:270 15-04-2021

H.A. t. Belgische Staat, HvJ EU 15 april 2021, zaak C-194/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:252 25-03-2021

Armando Carvalho, HvJ EU 25 maart 2021, zaak C-565/19 P

Annotatie

R.R. e.a. t. Hongarije, (EHRM, nr. 36037/17) – Opvang of vrijheidsontneming in de Hongaarse transitzone?

Prof. Dr. A. Terlouw

Annotatie

Vavříčka e.a. t. Tsjechië (EHRM (GK), nr. 47621/13) – Beschermen volksgezondheid via vaccinatieplicht zwaarderwegend dan individueel belang

A.J. Hendriks

Annotatie

X e.a. t. Bulgarije (EHRM, nr. 22457/16) – Streng eisen aan effectief onderzoek naar vermeend seksueel misbruik van kinderen in weeshuis

M.R. Bruning

Annotatie

Xhoxhaj t. Albanië (EHRM, nr. 15227/19) – Maatregelen ter bestrijding corruptie rechterlijke macht en waarborging rechterlijke integriteit

E. Lerk

Annotatie

**Prokuratuur (HvJ EU, C-746/18) – Differentiatie en beperkingen van
dataretentie door telecommunicatieaanbieders en de vorderingsvoorwaarden**

D.A.G. van Toor

ANNOTATIE

**R.R. e.a. t. Hongarije, (EHRM, nr. 36037/17) – Opvang of
vrijheidsontneming in de Hongaarse transitzone?**

Prof. Dr. A. Terlouw

1. In mijn combinoot bij de EHRM-zaken *Ilias en Ahmed t. Hongarije* en *Z.A. e.a. t. Rusland*[1] wees ik erop dat er ten aanzien van asielzoekers die worden vastgehouden in transitzones twee ficties worden gehanteerd. De eerste is dat ze nog niet echt op het grondgebied zijn en de tweede is dat ze vrij zijn.

In de uitspraak *R.R. e.a. t. Hongarije* die ik hier annoteer, oordeelt het EHRM opnieuw over het vasthouden van asielzoekers door Hongarije in de transitzone-fictie. Het neemt zowel een schending van art. 3 EVRM aan op grond van de condities waaronder klagers in de transitzone verbleven, als een schending van art. 5 lid 1 en 5 lid 4 EVRM omdat er *de facto* sprake was van vrijheidsontneming. Daarmee is het EHRM beduidend strenger dan in de zaak *Ilias en Ahmed*. Wat de reden is voor die strengere beoordeling door het EHRM, is gedeeltelijk gissen maar ik zie drie mogelijkheden.

De eerste reden – die met zoveel woorden uit de uitspraak valt op te maken – is dat de omstandigheden van de personen die het betrof penibeler waren en de omstandigheden waaronder zij in de transitzone verbleven schrijnender. Kennelijk is hier het *minimum level of severity* volgens het Hof wel overschreden. De tweede is dat het EHRM de eigen jurisprudentie daadwerkelijk bijstelt, wellicht mede onder invloed van de succesvolle infractieprocedure van de Europese Commissie tegen Hongarije over de systematische detentie in de transitzones Rözke en Tompa. Het Luxemburgse Hof achtte die in strijd met drie richtlijnen.[2] De derde is de samenstelling van de Kamer die de zaak beoordeelde.

Nadat ik de eerste mogelijkheid uitvoerig heb besproken en de tweede kort, zal ik nog ingaan op de mogelijke betekenis van de nu strenge lijn van de twee hoven voor de voorstellen ten aanzien van grensprocedures in het Migratiepact. Tot slot zal ik enkele woorden wijden aan de derde mogelijkheid: interne strijd binnen het EHRM.

Voor de volledigheid vermeld ik dat het EHRM het niet nodig acht om een afzonderlijk

oordeel te geven over de klachten inzake schending van art. 13 EVRM en art. 34 EVRM (het niet naleven van een *interim measure*) omdat de procedurele kwesties voldoende zijn meegenomen bij de beoordeling van de schending van art. 3 EVRM. De klacht is met voorrang behandeld.

2. Geen twee zaken zijn identiek en kleine verschillen in omstandigheden kunnen tot een ander oordeel van het EHRM leiden. Dat bleek ook al in mijn eerder genoemde combinoot waar de Grote Kamer van het EHRM de vraag of klagers vrij waren om de transitzone te verlaten in *Z.A. e.a. t. Rusland* ontkennend beantwoordde en in *Ilias en Ahmed* bevestigend. Dat de laatsten geen toestemming hadden om Hongarije (verder) binnen te gaan, niet welkom waren in Servië en bovendien naar het eigen oordeel van het Hof in Servië het risico zouden lopen op indirect refoulement was voor de Grote Kamer geen reden om onvrijwilligheid aan te nemen.[3]

In de zaak *Z.A. t. Rusland* achtte het EHRM het echter duidelijk dat klagers de transitzone niet konden verlaten. Zij hadden niet de mogelijkheid Rusland (verder) binnen te gaan en evenmin om naar een ander land te vertrekken want daarvoor zou planning, contact met luchtvaartmaatschappijen en het verkrijgen van tickets en visa nodig zijn geweest en de Russische autoriteiten hadden onvoldoende onderbouwd dat de asielzoekers die obstakels konden overwinnen. Er was daarom sprake van vrijheidsontneming.

Ook in de onderhavige zaak van een Iraans-Afghaans gezin met drie kinderen oordeelt het Hof dat er *de facto* sprake is van vrijheidsontneming, art. 5(1) EVRM is daarom van toepassing (par. 83). Dat betekent dat de detentie moet zijn gebaseerd op de wet, niet willekeurig mag plaatsvinden maar gebaseerd moet zijn op een grondig individueel onderzoek (par. 87). Het Hof verwijst naar de eerdere oordelen in *Ilias en Ahmed* en *Z.A. e.a. t. Rusland* en op de verschillen met die zaken. In principe is er geen sprake van vrijheidsontneming bij kort verblijf in de transitzone ter vaststelling van het recht van binnenkomst (par. 77) maar in de onderhavige zaak was de maximale verblijfsduur in de transitzone niet van toepassing geacht en de behandeling van de asielverzoeken was *anything but speedy* (par. 79 en 80). Het Hof lijkt hieraan buitengewoon veel gewicht toe te kennen.

Toch zijn de verschillen met *Ilias en Ahmed* in mijn ogen niet zo groot. Merkwaardig genoeg lijkt de in mijn ogen centrale vraag, ‘waren klagers vrij om te vertrekken?’, geen wezenlijke rol te spelen. Mogelijk vond het Hof de vraag overbodig vanwege de penibele situatie van het gezin (zie de criteria die het Hof noemt in par. 74 voor het verschil tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsontneming, waarin dit niet voorkomt). In par. 56 bij de beoordeling van de art. 3 EVRM-klacht over de opvang merkt het Hof slechts kort het volgende op: ‘Moreover, the Court cannot ignore the fact that the applicant could only leave the transit zone in the direction of

Serbia, and would have therefore forfeited the examination of his asylum claim in Hungary (...) It reiterates that while at the Rözke transit zone, he was fully dependent on the Hungarian authorities for his most basic human needs and was under their control.' Verder komt dit alleen nog terug in de *dissenting opinion* van Mourou-Vikström die het niet eens is met het oordeel van de meerderheid over schending van art. 5 lid 1 en 4 EVRM omdat klagers niet onvrijwillig in de transitzone zouden verblijven.

Anders dan in *Ilias en Ahmed* kent het Hof *in casu* geen doorslaggevende betekenis toe aan de massale instroom waarmee Hongarije te kampen had (par. 88). Het is geen vrijbrief voor arbitraire detentie die niet is gebaseerd op een formele beslissing en een individuele beoordeling (par. 90-91).

Ook art. 5 lid 4 EVRM is geschonden vanwege de onmogelijkheid om in beroep te gaan bij een rechterlijke instantie.

3. Een ander verschil met het oordeel van het Hof in de zaak *Ilias en Ahmed* is dat de Grote Kamer in die zaak oordeelde dat de omstandigheden in de transitzone niet zodanig problematisch waren – mede vanwege de relatief korte duur van het verblijf (23 dagen) dat er sprake was van een schending van art. 3 EVRM.[4] *In casu* concludeert het Hof wel tot een schending van art. 3 EVRM vanwege de erbarmelijke opvangomstandigheden gerelateerd aan de duur. Het Hof maakt hier onderscheid tussen klager 1 (de vader) en klager 2 (de zwangere moeder) en de kinderen, maar komt uiteindelijk in beide gevallen tot een schending.

Klager 1 had in totaal drie keer asiel verzocht in Hongarije en was daarom een zogenoemde veelaanvrager. Het Hof oordeelt dat Hongarije bij veelaanvragers in principe bevoegd is de materiële opvangvoorzieningen van de aanvrager te beperken of zelfs af te nemen (par. 54) en verwijst daarbij naar art. 20(1)(c) van de Opvangrichtlijn (2013/33/EU: Ori), maar met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel (art. 20(5) Ori). De schending van art. 3 EVRM zit in zijn geval met name in de duur van het verblijf (bijna 4 maanden), zijn afhankelijke positie en de gebrekkige voedselvoorziening (par. 53-57).

Bij klager 2 en de kinderen (7 jaar, 6 jaar en 7 maanden oud) heeft hun kwetsbare positie de doorslag gegeven (par. 58-65). Er hadden extra maatregelen moeten worden getroffen om daarmee rekening te houden. Daarvan was geen sprake. Het Hof noemt de slechte hitteomstandigheden in de container van 13 m2 en het ontbreken van adequate voorzieningen voor kinderen. De medische voorzieningen waren redelijk maar er was geen psychische ondersteuning voor getraumatiseerde asielzoekers, zoals de moeder, en medische behandeling waaronder gynaecologisch onderzoek vond plaats in aanwezigheid van mannelijke politieagenten *which must have caused a degree of discomfort* (par. 62). Het verlaten van de

container voor medische bezoeken was alleen mogelijk onder bewaking. Deze strenge toezichtmaatregelen kunnen tot gevolg hebben gehad dat de kinderen getraumatiseerd raakten en dat hun beeld van hun ouders werd verstoord (par. 63). Ook de lange duur van de omstandigheden weegt het Hof mee (par. 64).

Moeten we hieruit begrijpen dat alleen onder de ernstigste omstandigheden en bij grote kwetsbaarheid opvang in de transitzone een schending van art. 3 EVRM oplevert? Ik meen dat de uitspraak iets meer ruimte biedt, vooral ook omdat zowel ten aanzien van klager 1 als klager 2 een schending is aangenomen. Bij een slechte voedselvoorziening, ongezonde temperaturen, beperkte medische voorzieningen en een lange duur is het opletten en is een succesvolle klacht over schending van art. 3 EVRM in mijn ogen waarschijnlijk en niet alleen als er sprake is van specifieke kwetsbaarheid, al heeft het Hof de zaak wel sterk geïndividualiseerd met een zogenoemde waslijstredenering.

4. In par. 28 onder het relevant *legal framework* noemt het EHRM de uitspraak van zijn Luxemburgse collega van een paar maanden eerder, maar in de overwegingen verwijst het daar op geen enkele wijze naar. Toch kan ik me niet voorstellen dat het EHRM die uitspraak geheel heeft genegeerd. Ik meen daarom dat het niet enkel de individuele omstandigheden van R.R e.a. zijn die het verschil met de zaak Ilias en Ahmed verklaren maar dat we hier een strengere lijn kunnen waarnemen ten aanzien van de voorwaarden waaronder en de duur waarvoor grensdetentie mag worden toegepast.

Wat was de kwestie die leidde tot de inbreukprocedure door de Europese Commissie? De Commissie klaagde bij het Hof van Justitie van de EU dat Hongarije in strijd handelt met zijn verplichtingen onder de Procedurerichtlijn (2013/32 EU), de Opvangrichtlijn (2013/33/EU) en de Terugkeerrichtlijn (2008/115/EC), in samenhang met verplichtingen op grond van het Grondrechtenhandvest. In de eerste plaats door van asielzoekers te eisen dat zij hun asielverzoek exclusief indienen in een van de transitzones, waar Hongarije slechts een klein aantal personen toelaat. In de tweede plaats omdat het de speciale grensprocedure als een algemene regel toepast waarin het de door de Procedurerichtlijn vereiste veiligheidswaarborgen buiten toepassing laat. Ten derde omdat het die exceptionele procedure toepast op alle asielzoekers boven de 14 jaar, zodat sprake is van onder meer detentie van minderjarigen en de garanties van de Opvangrichtlijn niet in acht worden genomen. Ten vierde omdat het derdelanders die onrechtmatig in Hongarije verblijven over de grens zet zonder de Terugkeerrichtlijn in acht te nemen. En tot slot door de Procedurerichtlijn niet om te zetten in het nationale recht en in dat recht bepalingen op te nemen die afwijken van de algemene regel van schorsende werking van beroepen anders dan situaties waarin dat is toegestaan op grond van art. 46(6) van de Procedurerichtlijn.

Het HvJEU stelt de Commissie op alle punten in het gelijk. De uitspraak is een uitvoeriger beschrijving en een eigen annotatie waard. Ik zal er hier echter niet verder op ingaan omdat ik uitsluitend het punt wilde maken dat ik het onwaarschijnlijk acht dat het EHRM zich niet mede door deze uitspraak heeft laten inspireren, zodat ik het ook onwaarschijnlijk acht dat de uitspraak in R.R. t. Hongarije een eendagsvlieg is vanwege van de specifieke bijzonderheden van het geval. Hongarije moet gewoon aan de slag en zorgdragen voor een betere opvang en asielpcedure. Zolang daarvan geen sprake is, acht ik het terecht dat asielzoekers voor wie Hongarije op grond van de Dublinverdelingsregels verantwoordelijk is, niet naar Hongarije kunnen worden teruggestuurd.[5] Overigens zal het Hof zich binnenkort opnieuw in een inbreukprocedure van de Commissie tegen Hongarije moeten uitspreken in de zaak C-821/19 met conclusie van AG A. Rantos van 25 februari 2021. Dit betreft een verzoek van de Commissie aan het Hof om vast te stellen dat Hongarije in strijd met de Procedurerichtlijn handelt door een extra grond voor niet-ontvankelijkheid van verzoeken om internationale bescherming toe te passen. En dat het eveneens in strijd is met de Procedurerichtlijn om het verlenen van hulp en bijstand aan personen die niet voldoen aan de in het nationale recht vastgestelde criteria voor internationale bescherming strafbaar te stellen en beperkende maatregelen te treffen ten aanzien van personen die voor dat strafbare feit worden vervolgd of daarvoor zijn veroordeeld.

5. Intussen wordt door de Europese Commissie gewerkt aan een Migratiepact met daarin als prominent onderdeel een nieuwe richtlijn voor grensprocedures.[6] De huidige grensprocedure, waarbij de asielzoeker feitelijk wel op het grondgebied verblijft aan de grens of in een transitzone, maar hem in afwachting van de behandeling van zijn asielverzoek de toegang is ontzegd, is in principe beperkt tot niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde asielverzoeken (respectievelijk art. 33 en 31 lid 8 Procedurerichtlijn). Ook bij een massale instroom mag de grensprocedure worden toegepast (art. 43 lid 3 Procedurerichtlijn). Het al dan niet toepassen van de grensprocedure staat de lidstaten vrij. De procedure duurt in principe maximaal vier weken. Volgens de voorstellen van de Europese Commissie zal de mogelijkheid om grensprocedures toe te passen worden uitgebreid en in drie gevallen zelfs verplicht (art. 41 voorstel Asielprocedureverordening[7]): als de asielzoeker een gevaar is voor de nationale veiligheid of openbare orde, bij misleiding van de autoriteiten tijdens de screeningprocedure of als een asielzoeker afkomstig is uit een land met een gemiddeld erkenningspercentage onder de 20%.[8] Het is bizar maar Dublinafwijzingen tellen mee in het erkenningspercentage. Naast deze gronden kunnen grenslidstaten in alle gevallen waarin een versnelde procedure is toegestaan, de grensprocedure toepassen. Denk bijvoorbeeld aan het veilig derde land-concept, dat Griekenland toepast op de meeste asielzoekers die vanuit Turkije binnen reizen.

De termijn waaronder grensdetentie mogelijk wordt, zal worden uitgebreid van 4 naar max 12 weken en bij afwijzing van het asielverzoek kan deze worden gevolgd door de eveneens gesloten terugkeergrensprocedure. Het is al schokkend dat de Europese Commissie een grensprocedure met een duur van 12 weken als normaal beschouwt. Nog schokkender is dat volgens het voorstel in een situatie van crisis of force majeure op grond van de voorgestelde gelijknamige verordening[9] die termijn kan worden verlengd en dat in die situatie de grensprocedure mag worden toegepast bij een erkenningspercentage van maximaal 75%. Op grond van art. 8 lid 1 sub d van het voorstel tot herziening van de Opvangrichtlijn [10] mogen asielzoekers tijdens de grensprocedure worden gedetineerd in afwachting van de beslissing op hun asielverzoek ter voorkoming van binnenkomst. En dit geldt ook voor minderjarigen ouder dan 12 jaar.

Het lijkt tegenstrijdig, een Europese Commissie die aan de ene kant een inbreukprocedure tegen Hongarije begint en wint vanwege de onacceptabele grensprocedure aldaar en die anderzijds voor de EU als geheel meer mogelijkheden voorstelt voor toepassing van de grensprocedure ook voor kinderen boven de 12. Al is het natuurlijk wel zo dat Hongarije het uitzonderlijk bont maakt en misschien moeten we de plannen van de Commissie zoals verwoord in het Migratiepact evenals de inbreukprocedure begrijpen als een poging van de Commissie om de onvermijdelijke opkomst van grensprocedures tenminste aan minimumwaarborgen te koppelen, maar ik vind dat de Commissie dan wel een kronkelige weg bewandelt. De transitzone in Hongarije voldoet op geen enkele manier aan de normen van de asielrichtlijnen die allemaal nog van kracht blijven, zoals de omstandigheden in de Opvangrichtlijn en de waarborgen van de Procedurerichtlijn, inclusief recht op beroep.

6. Terug naar *R.R. e.a. t. Hongarije*. Het betreft in mijn ogen niet slechts een witte raaf maar een belangrijke uitspraak die *Ilias en Ahmed* op losse schroeven zet. Jammer alleen dat het een Kameruitspraak is terwijl *Ilias en Ahmed* een uitspraak van de Grote Kamer betrof. De zaak *R.R.* is niet verwezen naar de Grote Kamer en dus definitief. Het verschil tussen de uitspraken in *R.R. e.a.* en *Ilias en Ahmed* kan uiteraard ook zijn oorzaak vinden in de kamersamenstelling en interne onenigheid tussen de rechters van het EHRM. In *Ilias en Ahmed* oordeelde de Grote Kamer anders dan de zevenkoppige kamer en waren er twee dissenters: Bianku en Vučinić. De zevenkoppige kamer van *R.R. e.a.* bestond uit de rechters Grozev, Lubarda, Ranzoni, Mourou-Vikström, Ravarani, Schukking en Paczolay, met als enige dissenter Mourou-Vikström. We zullen moeten afwachten hoe de jurisprudentie zich binnen het EHRM verder ontwikkelt, maar het valt te hopen dat de ingezette lijn richtinggevend is. Die houdt in dat langdurig verblijf in een transitzone zonder individuele beoordeling en formele beslissing in strijd is met art. 5 lid 1 en 4 EVRM; dat het vasthouden van asielzoekers onder onmenselijke omstandigheden in strijd is met art. 3 EVRM en dat er extra eisen aan die opvang worden

gesteld als het om kwetsbare personen gaat.

7. Naar aanleiding van het HvJEU-arrest heeft Hongarije de transitzone-procedure opgeheven, en kunnen asielzoekers nu alleen nog bij ambassades asiel aanvragen, als het daar al lukt. Het resultaat tot nu is dus dat het recht op asiel in Hongarije nog meer illusoir is geworden. Van een geharmoniseerd Europees asielrecht kan alleen sprake zijn als de lidstaten overeengekomen regels naleven. Het Migratiepact biedt daar vooralsnog geen enkele garantie voor.

Ashley Terlouw

[1] *Ilias & Ahmed t. Hongarije*, EHRM(GK) 21 november 2019, nr. 47287/15, ECLICE:ECHR:2019:1121JUDOO4728715 en *Z.A. e.a. t. Rusland*, EHRM (GK) 21 november 2019, nrs. 61411/15, 61420/15, 61427/15 en 3028/16, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUDOO6141115. Combinoot «EHRC Updates», m.nt. A. Terlouw: 'De dubbele fictie bij verblijf in de transitzone'.

[2] COJEU 17 december 2020.

[3] De gewone kamer van 7 rechters had wel geoordeeld dat er de factor sprake was van vrijheidsontneming omdat de bescherming van art. 5 EVRM weinig zou voorstellen als het de keus tussen vrijheid en het risico lopen van een schending van art. 3 EVRM als een vrije keus zou beschouwen.

[4] Het Hof had wel een schending van art. 3 EVRM aangenomen in *Ilias en Ahmed* maar dat betrof indirect refoulement door terugzending naar Servië en niet de opvangomstandigheden.

[5] Zie <https://asylumineurope.org/reports/country/hungary/asylum-procedure/procedures/dublin/> inzake de beperkingen die worden gesteld aan Dublintransfers naar Hongarije.

[6] Zie over het migratiepact onder meer Dickson e.a., 'Nieuw pact of opnieuw verpakt?' A&MR 2021-1, p. 35 – 44, m.n. p. 39. Voor uitvoerige commentaren op de grensprocedures zie de site van prof. Thym: <https://eumigrationlawblog.eu/border-procedure-efficient-examination-or-restricted-access-to-protection/>

[7] Asielprocedureverordening III, voorstel COM/2020/611 final.

[8] Hierop bestaat dan wel weer een aantal uitzonderingen, bijvoorbeeld als de situatie in het land recent drastisch is gewijzigd of als de asielzoeker behoort tot een specifieke groep voor wie het lage percentage niet representatief is. Ook voor alleenstaande minderjarigen en kinderen onder de 12 in een gezinssituatie of andere kwetsbare personen wordt een uitzondering gemaakt. Zie hierover uitvoerig Myrthe Wijnkoop, 'Begrensde mogelijkheden; het EU Pact Migratie en Asiel en het voorstel over grensprocedures nader bezien', *JVNR* maart 2021, nr. 1 p. 37-49.

[9] COM(2020)613.

[10x] COM(2016) 465.

ANNOTATIE

**Vavříčka e.a. t. Tsjechië (EHRM (GK), nr. 47621/13) –
Beschermen volksgezondheid via vaccinatieplicht
zwaarderwegend dan individueel belang****A.J. Hendriks**

1. Het Hof heeft in de zaak *Vavříčka e.a. t. Tsjechië* klare wijn geschonken. De Grote Kamer oordeelde bijna unaniem – alleen de Poolse rechter Krzysztof Wojtyczek schreef een *dissenting opinion* – dat de bescherming van de volksgezondheid met zich kan brengen dat individuele belangen moeten wijken. In het concrete geval van deze zaak sauveerde het Hof daarmee de Tsjechische vaccinatieplicht, als uiting van ‘sociale solidariteit’. Deze plicht brengt met zich dat alle ingezetenen ter bescherming van allen moeten meewerken aan het zich kosteloos laten vaccineren tegen bepaalde infectieziekten. Mensen die weigeren mee te werken aan deze op grond van de Public Health Protection (PHP) Act ingevoerde verplichting riskeren een financiële boete. Voorschoolse faciliteiten mogen voorts niet-gevaccineerde kinderen de toegang weigeren. Het Hof acht dit proportionele maatregelen, die voldoen aan de in art. 8 lid 2 EVRM neergelegde voorwaarden om inbreuk te maken op het recht op respect van privéleven. Het oordeelde dat de weging van tegenstrijdige belangen bij volksgezondheidsvragen binnen de ruime *margin of appreciation* van verdragsstaten ligt. Bovendien scheppen het recht op leven en op gezondheid ook verplichtingen voor verdragsstaten, naast de omstandigheid dat verdragsstaten specifieke aandacht moeten besteden aan de belangen van het kind. De weging van deze belangen ten opzichte van de door enkele klagers eveneens ingeroepen vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 9 EVRM) bespreekt Paul van Sasse van Ysselt in een andere noot, en laat ik hieronder buiten beschouwing.

2. Het heeft vanaf het moment van indienen van de eerste van in totaal zes klachten over het Tsjechische vaccinatiebeleid acht jaar geduurd tot deze uitspraak van de Grote Kamer werd gepubliceerd. Dat het Hof zoveel tijd – hoewel volgens Straatsburgse begrippen niet eens uitzonderlijk lang – nodig had om de zaak te beoordelen, zegt iets over de complexiteit van de aan de orde zijnde rechtsvragen. Voor het Hof waren die vragen aanleiding om de Tsjechische, Europese en internationale regels inzake vaccineren uitvoerig te bestuderen. Daarnaast heeft

het Hof gekeken naar de uitspraken van verschillende constitutionele hoven inzake vaccineren, onder andere in Frankrijk, Italië, Hongarije, Slovenië en Servië. De regeringen van Duitsland, Frankrijk, Polen en Slowakije alsmede diverse niet-gouvernementele organisaties hadden voorts geïntervenieerd, terwijl het Hof op 1 juli 2020 een hoorzitting organiseerde. Dit alles verklaart ook de lengte van de uitspraak in deze zaak, bijna 100 pagina's, met daarin een schat aan rechtsvergelijkende informatie.

3. Waar ging de zaak *Vavříčka e.a.* inhoudelijk over? Klagers stelden dat hun rechten op privéleven (art. 8 EVRM), op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 9 EVRM) en op onderwijs (art. 2 Protocol 1) door Tsjechië waren geschonden door de vaccinatieverplichting en het niet-toelaten van niet-gevaccineerde kinderen door preschoolse faciliteiten. Klagers beriepen zich daarbij op individuele door het EVRM beschermde rechten. De aangeklaagde autoriteiten van Tsjechië meenden dat het vaccinatiebeleid nodig was omwille van de volksgezondheid. De Tsjechische autoriteiten stelden dat de vaccinatieplicht tevens uitdrukking gaf aan de 'sociale solidariteit', dat wil zeggen de bescherming van de gezondheid van allen. Anders gezegd, vanwege het collectieve gezondheidsbelang, inclusief het belang van gevaccineerden, moesten individuen een beperking op hun individuele rechten gedogen.

Het is bekend dat het EVRM geen (sociaal) recht op gezondheid bevat.^[1] Daarentegen staan art. 8 en 9 EVRM beperkingen omwille van de gezondheid toe. Daarnaast heeft het Hof in verschillende uitspraken kenbaar gemaakt dat verdragsstaten verplicht zijn om inspanningen te verrichten ter bescherming van de volksgezondheid.^[2] Anders gezegd, het EVRM staat beperkingen omwille van gezondheid toe en schept daartoe ook positieve verplichtingen voor verdragsstaten. De vraag in de voorliggende zaak was of deze positieve verplichtingen een beperking van individuele rechten rechtvaardigen, temeer daar vaccineren – het door middel van een injectienaald binnendringen van het lichaam – een inbreuk maakt op de kern van het recht op privéleven (par. 273).

4. Kon het Hof in de zaak *Vavříčka e.a.* voortbouwen op eerdere rechtspraak? Dat was slechts in beperkte mate het geval. In 2010 had het Hof, haast terzijde, gerefereerd aan het opleggen van een vaccinatieplicht bij een epidemie. De zaak betrof de maatregelen van de Russische autoriteiten tegen Jehova's Getuigen omdat deze laatsten zich verzetten tegen bloedtransfusies. Hierdoor kan het leven van volwassenen en kinderen in gevaar komen. Het Hof benadrukte in deze zaak het belang van mensen bij keuzevrijheid met betrekking tot hun gezondheid. Die keuzevrijheid was bovendien in deze zaak ook gebaseerd op de godsdienst van klagers. Het Hof voorzag evenwel dat de overheid deze vrijheid kan doorbreken indien dat nodig is ter bescherming van derden, 'for example, mandatory vaccination during an epidemic.'^[3]

Twee jaar later volgde een tweede uitspraak van het Hof, waarin het expliciet inging op het verplicht vaccineren. Een moeder had zich namens haar overleden zoon beklaagd over de verplichte vaccinatie die haar zoon had ondergaan. Het Hof verwierp deze gestelde schending van art. 8 EVRM. Hoewel zonder meer sprake was geweest van een inbreuk op art. 8 EVRM, was deze inperking gerechtvaardigd om volksgezondheidsredenen en noodzakelijk om de verspreiding van infectieziekten tegen te gaan. Daar komt bij, aldus het Hof, dat de medische staf de geschiktheid van de zoon om te worden gevaccineerd voorafgaand aan het inenten had onderzocht. Aldus was gekeken naar zowel het algemene belang als het belang van de zoon.[4] Op basis van deze twee uitspraken had het Hof dus geen onoverkomelijke bezwaren tegen het verplicht opleggen van een vaccinatieverplichting, al stelde het hieraan wel enige voorwaarden.

5. Hoe komt het Hof in de zaak *Vavříčka e.a.* tot de conclusie dat de vaccinatieplicht in Tsjechië niet in strijd is met de rechten van het EVRM? Dat de Tsjechische vaccinatieplicht een wettelijke grondslag heeft staat buiten twijfel. Niettemin hadden enkele van de klagers gesteld dat deze plicht gebaseerd was op een combinatie van regels uit de PHP en lagere regelgeving. Daarmee zou in hun optiek geen sprake zijn van ‘prescribed by law’, zoals art. 8 lid 2 EVRM dat vereist. Dit bezwaar werd door het Hof resoluut terzijde geschoven (par. 87). De in het EVRM neergelegde eis dat sommige toegestane beperkingen ‘prescribed by law’ zijn, is een plicht die het Hof vanouds materieel uitlegt. Het Hof kijkt daarbij dus niet alleen naar formele wetten, maar ook naar lagere regelgeving die toegankelijk en voorzienbaar is.[5] De vaccinatieplicht kent volgens het Hof ook een legitiem doel, te weten het beschermen tegen ziekten die een ernstig risico kunnen opleveren voor de volksgezondheid. Het Hof tekent daarbij aan dat deze bescherming ziet op zowel de gevaccineerden als anderen, in het bijzonder personen in kwetsbare positie. Die laatste zijn in het bijzonder afhankelijk van een hoge vaccinatiegraad in de samenleving ter verzekering van groepsimmunitet (het Hof spreekt van ‘herd immunity’).

Het Hof laat verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* om de noodzakelijkheid van een vaccinatieplicht te beoordelen. Vaccineren vormt zonder twijfel een inbreuk op het recht op privéleven. Op basis van de Tsjechische vaccinatieplicht worden vaccinaties evenwel niet tegen de wil van de betrokkenen toegediend; er is ‘slechts’ sprake van vaccinatiedrang. Indien zorgmedewerkers op grond van het vaccinatieprogramma mensen gedwongen zouden worden vaccinatieweigeraars te prikken, roept dat diverse medisch-ethische en mensenrechtelijke vragen op. Om op die laatste vragen in te gaan: vaccineren is een vergaande inbreuk op het effectieve genot van het recht op lichamelijke integriteit, een aanspraak dat volgens het Hof de kern vormt van het recht op privéleven (par. 273; zie ook par. 7-8 van de *dissenting opinion*).[6] Met betrekking tot een dergelijk ‘intimate right’ of kernrecht komt verdragsstaten volgens

vaste rechtspraak een beperkte *margin of appreciation* toe.[7] De Grote Kamer wijst er tegelijkertijd op, anders dan de dissenting opinion, dat de margin of appreciation bij gezondheidsaangelegen vanouds ruim is (par. 274). Aldus laat het Hof Tsjechië toch de nodige ruimte om naar eigen inzicht de meest passende vorm te kiezen om het aantal gevaccineerden te bevorderen.

Bij dit alles tekent het Hof aan dat er binnen Europa overeenstemming bestaat over het belang van vaccinaties als succesvolle en kosteneffectieve gezondheidsinterventie. Eveneens is er Europese consensus over de wenselijkheid van het bereiken van een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad. Verschil van inzicht bestaat er evenwel over de wijze waarop deze doelen kunnen worden bereikt. Zo zijn er landen – zoals Nederland – die uitgaan van volstrekte vrijwilligheid tot landen – *à la* Tsjechië – met een algehele verplichting tot meewerken. Met betrekking tot de vormgeving van zo'n programma bestaat er volgens het Hof een *ruime margin of appreciation*, rekening houdend met de sociale solidariteit. Hoewel de bescherming van het leven en de gezondheid van ingezetenen wellicht ook anderszins, via een minder inbreukmakende maatregel, kan worden bewerkstelligd is de uiteindelijke keuze hierbij aan de verdragsstaten. Het Tsjechische vaccinatieprogramma is daarmee niet in strijd met art. 8 EVRM. En vanwege de uitvoeringe toetsing aan deze bepaling komt het Hof niet toe aan een beoordeling aan de hand van art. 2 Eerste Protocol.

6. Bij het bepalen van de proportionaliteit van de vaccinatieplicht tekent het Hof aan dat de boete die aan niet-gevaccineerden kan worden opgelegd relatief laag is (EUR 400) en het vaccinatiesysteem vooral preventief en niet repressief van aard is. Verder voorziet de Tsjechische wetgeving in goede rechtsbescherming en zijn de individuele bezwaren van de klagers steeds zorgvuldig beoordeeld.

Het Hof wijst bij dit alles ook op het belang van het kind, zoals neergelegd in art. 3 van het Kinderrechtenverdrag (IVRK) en vast onderdeel uitmaakt van de jurisprudentie van het Hof,[8] door verdragsstaten dient te worden gewaarborgd. Dit belang kan verdragsstaten ertoe nopen, zeker indien er onvoldoende groepsimmunitet is, verplicht te vaccineren zodat er een voldoende aantal gevaccineerden is om de volksgezondheid te beschermen (par. 288).

7. Voortbouwend op zijn eerdere jurisprudentie is het Hof in de zaak *Vavříčka e.a.* tot een zorgvuldig afgewogen en overtuigende uitspraak gekomen over de toelaatbaarheid van een vaccinatieplicht. Het is opvallend dat het Hof alle klachtonderdelen van klagers diepgaand heeft onderzocht en uiteindelijk gemotiveerd te licht heeft bevonden. Deze uitspraak duidt dus op een grote waardering van het volksgezondheidsbelang, door het Hof ook aangeduid als 'sociale solidariteit' (par. 279 en par. 306), een belang waaraan het genot van individuele rechten soms (deels) ondergeschikt kan worden gemaakt.

8 Wat bedoelt het Hof nu precies met ‘sociale solidariteit’? Niet eerder heeft het Hof deze term in zijn rechtspraak gebruikt. Het lijkt erop dat dit begrip afkomstig is uit het Tsjechisch (par. 62 en 185). Uit de omschrijvingen van dit begrip in de uitspraak duidt het op de bescherming van de gezondheid als geheel, veelal aangeduid als volksgezondheid of publieke gezondheid. Dit doel ligt in het verlengde van het algemeen belang. Niettemin heeft deze term iets onduidelijks, hetgeen ook door rechter Lemmens in zijn *concurring opinion* en, in het bijzonder, rechter Wojtyczek in zijn *dissenting opinion* wordt benadrukt. ‘Sociale solidariteit’ klinkt alsof er ook niet-sociale solidariteit bestaat. Het is moeilijk ons daarbij iets voor te stellen. Maar dat we omwille van de volksgezondheid, en de solidariteit met de meest kwetsbaren, soms iets moeten doen en laten is – zeker in het licht van de huidige COVID-19-epidemie – alom bekend. Tegelijkertijd blijft ongewis of ‘sociale solidariteit’ nu een niet in het EVRM genoemde grondslag is om rechten te kunnen inperken dan wel een inkleuring vormt van de beperkingsgrond gezondheid uit art. 8 lid 2 (en andere beperkingsclausules van het) EVRM.[9]

9. Hoewel de klachten van klagers geenszins betrekking hebben op vaccinatie ter bescherming van COVID-19, is deze uitspraak ook voor de bestrijding van deze pandemie van belang. Het is namelijk bekend dat de verdere verspreiding van COVID-19 vraagt om een groepsimmunititeit van minstens 60% van de bevolking. Er zijn in Europa geen landen waar mensen verplicht kunnen worden ingeënt zich tegen COVID-19. Dat geldt ook voor Tsjechië.[10] Het is de vraag of dit verandert als het aantal gevaccineerden achterblijft bij de verwachtingen. In zijn uitspraak in de zaak *Vavříčka e.a.* heeft het Hof een mooi stappenplan geschetst aan de hand waarvan zo’n eventuele vaccinatieplicht kan worden getoetst. Tevens heeft het Hof aangegeven dat niet-gevaccineerden de toegang tot bepaalde faciliteiten kan worden ontzegd. Of dit weigeren ook mag plaatsvinden bij ‘essentiële’ faciliteiten, zoals gezondheidszorg, (verplicht) onderwijs en supermarkten, is een vraag die in een latere zaak wellicht aan de orde komt. Toegegeven, via de tegenwoordige digitale communicatiemiddelen kunnen de beperkingen van uitsluiting in grote mate worden gecompenseerd. Niettemin zijn zorg, onderwijs en voedsel ook mensenrechten, wordt het onderhouden van contacten met anderen beschermd door art. 8 EVRM en zal het Hof het beperken van toegang en intermenselijk contact zorgvuldig moeten afwegen tegen het volledig genot op rechten.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Zie reeds *Jurica t. Kroatië*, EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0502JUD003037613, «EHRC» 2016/127, m.nt. Hendriks en *Vasileva t.*

Bulgarije; EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0317JUD002379610.

[2] Zie bijv. *Calvelli en Ciglio t. Italië*, EHRM (GK) 17 januari 2002, nr. 32967/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0117JUD003296796, «EHRC» 2002/22 m.nt. Van der Velde; *Brincat e.a. t. Malta*, EHRM 24 juli 2014, nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD006090811, «EHRC» 2014/240, m.nt. Emaus en *Altuğ e.a. t. Turkije*, EHRM 30 juni 2015, nr. 32086/07, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003208607, «EHRC» 2015/193.

[3] *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202, r.o. 136, «EHRC» 2010/89, m.nt. Gerards.

[4] *Solomakhin t. Oekraïne*, EHRM 15 maart 2012, nr. 24429/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD002442903, par. 36-38.

[5] *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*, EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66 e.a., ECLI:CE:ECHR:1971:0618JUD000283266.

[6] *Y.F. t. Turkije*, EHRM 22 juli 2003, nr. 24209/94, ECLI:CE:ECHR:2003:0722JUD002420994, par. 33, «EHRC» 2003/83, m.nt. Henrard en *Solomakhin t. Oekraïne*, EHRM 15 maart 2012, nr. 24429/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD002442903, par. 33.

[7] *Dubská en Krejzová t. Tsjechië*, EHRM (GK) 15 november 2016, nr. 28859/11 en 28473/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911, r.o. 178 «EHRC» 2017/38, m.nt. Hendriks en *Hämäläinen t. Finland*, EHRM (GK) 16 juli 2014, nr. 37359/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909, par. 68-69, «EHRC» 2014/237.

[8] *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, EHRM (GK) 6 juli 2010, nr. 41615/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507 EHRM 8 januari 2009, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507, «EHRC» 2010/93, m.nt. Rutten.

[9] B.C.A. Toebes, 'Gezondheid als mensenrecht. Overpijnzingen in het licht van de coronacrisis', *Ars Aequi* 2021, p. 225-232.

[10] covid.gov.cz/en/situations/register-vaccination/who-will-be-vaccinated-first [laatst bekeken 24 april 2021]

ANNOTATIE

X e.a. t. Bulgarije (EHRM, nr. 22457/16) – Strengere eisen aan effectief onderzoek naar vermeend seksueel misbruik van kinderen in weeshuis***M.R. Bruning***

1. Deze - zeer verdeelde (9 stemmen tegen 8) - uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM betekent een triomf voor kinderrechten, in het bijzonder voor rechten van kinderen die slachtoffer zijn van vermeend seksueel misbruik. De Grote Kamer heeft, anders dan de Kamer van het EHRM die op 17 januari 2019 uitspraak deed,[1] beslist dat sprake is van een schending van art. 3 EVRM in relatie tot de bescherming van kinderen tegen seksueel geweld, en heeft daarbij internationale kinderrechtenstandaarden centraal gesteld. Bijzonder is dat in deze zaak drie kinderen die in een weeshuis in Bulgarije opgroeiden en daar seksueel zouden zijn misbruikt, als klagers centraal staan. De meerderheid van de Grote Kamer heeft deze beslissing aangegrepen om de rechten van kinderen die slachtoffer zijn van seksueel misbruik en in het bijzonder het Verdrag van Lanzarote te onderstrepen. Het Verdrag van Lanzarote wordt gebruikt als interpretatiemiddel voor art. 3 EVRM bij de invulling die wordt gegeven aan de procedurele verplichtingen ten aanzien van effectief strafrechtelijk onderzoek. De Grote Kamer concludeert dat wel aan de materiële, maar niet aan de procedurele verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM is voldaan, aangezien geen sprake was van een effectief onderzoek door de bevoegde Bulgaarse autoriteiten. Maar het is ook juist deze conclusie die door 8 van de 17 rechters niet wordt onderschreven: “We fundamentally disagree with the majority that it was right or appropriate to come to such a conclusion in the present case”.[2] Dat vraagt om een nadere analyse van deze uitspraak.

2. De zaak heeft betrekking op drie kinderen die opgroeien in een weeshuis in Bulgarije en door een Italiaans echtpaar worden geadopteerd als zij 9, 10 en 12 jaar oud zijn. Uit de feiten blijkt dat de adoptieouders oorspronkelijk alleen de twee zusjes wilden adopteren, maar er door de bevoegde autoriteiten van werden overtuigd om ook de oudere broer te adopteren zodat de drie kinderen niet gescheiden zouden worden. Eenmaal in Italië constateren de adoptieouders opvallende seksuele handelingen van de broer richting zijn zusje en ontstaat al snel het vermoeden dat zij in het weeshuis seksueel zijn misbruikt. De kinderen worden

psychologisch onderzocht en verklaren over verschillende seksuele handelingen met andere jongeren uit het weeshuis in de avonden en met volwassenen tijdens een uitje naar een discotheek in de zomervakantie onder leiding van het weeshuis. De broer geeft aan de directeur van het weeshuis hierover te hebben ingelicht. De adoptievader licht de Bulgaarse kinderbeschermingsautoriteiten in en informeert ook een Italiaanse belangenorganisatie en de Italiaanse opsporingsautoriteiten. Uit de gesprekken van de kinderen met de psychologen volgen vermoedens van meer omvangrijk seksueel misbruik in het weeshuis, ook door medewerkers van en betrokkenen bij het weeshuis. Er wordt door de kinderen gesproken over acht volwassen plegers van seksueel misbruik: vijf mannen die klusjes deden in het weeshuis en drie vrouwen die op de kinderen in het weeshuis pasten. De verklaringen van de kinderen worden steeds omvangrijker en gaan vervolgens over tien volwassen plegers; de adoptieouders vermoeden dat sprake is van een georganiseerd netwerk van perverse seksuele activiteiten. De adoptievader informeert ook de Italiaanse politie die gespecialiseerd is in de aanpak van kinderpornografie en stelt dat het misbruik is gefilmd. De adoptievader neemt tevens contact op met een onderzoeksjournalist die een artikel publiceert over 'Bulgarije, in het hol van de pedofielen'. In het artikel wordt gesproken over een georganiseerd netwerk dat kinderen uit het weeshuis in Bulgarije stelselmatig seksueel misbruikte.

In Bulgarije wordt ondertussen een onderzoek gestart, eerst door de kinderbeschermingsautoriteiten en vervolgens ook door de bevoegde opsporingsautoriteiten. Hierbij wordt gesproken met onder meer de directeur van het weeshuis, de burgemeester, de beroepskrachten die in het weeshuis werkten en met de kinderen die er verbleven. De oudere kinderen kregen een vragenlijst die zij buiten aanwezigheid van anderen konden invullen. Uit het onderzoek van de kinderbeschermingsautoriteiten blijkt dat het vermeende seksueel misbruik in het weeshuis niet kan worden bevestigd. Er is geen enkele aanleiding om dit aan te nemen nu ook de ondervraagde kinderen niets aangaven over mogelijk geweld of misbruik. Naar aanleiding van contacten van de Italiaanse organisaties met de Bulgaarse opsporingsautoriteiten wordt in Bulgarije een strafrechtelijk onderzoek gestart. Er wordt opnieuw in het weeshuis onderzoek gedaan en er worden gesprekken gehouden met beroepskrachten en kinderen uit het weeshuis. De uitkomsten geven volgens de autoriteiten opnieuw geen aanleiding tot verder strafrechtelijk onderzoek; er waren veel maatregelen in het weeshuis die kinderen zo goed als mogelijk beschermden tegen vormen van geweld en misbruik en niemand had aangegeven dat er ervaringen waren met geweld. Het strafrechtelijk onderzoek wordt daarom gesloten. Ondertussen loopt er bij de Italiaanse opsporingsautoriteiten van de Youth Court ook een onderzoek. De betrokken journalist verklaart verdere aanwijzingen te hebben gevonden in Bulgarije die wijzen op grootschalig misbruik door een netwerk van volwassenen. De kinderen worden gehoord door een Italiaanse jeugdofficier van Justitie, die concludeert dat de kinderen slachtoffer zijn van

seksueel misbruik dat regelmatig heeft plaatsgehad.

In januari 2014 stuurt het Italiaanse ministerie van Justitie een officieel verzoek aan de Bulgaarse autoriteiten tot het heropenen van het strafrechtelijk onderzoek met daarbij het door de Youth Court in kaart gebrachte bewijs voor het seksueel misbruik. Het strafrechtelijk onderzoek wordt in Bulgarije heropend, maar er worden geen nieuwe onderzoekshandelingen getroffen op basis van de informatie uit Italië. De officier van justitie concludeert dat er geen gronden waren voor strafrechtelijk onderzoek en dat de verklaringen van de kinderen onbetrouwbaar waren. Daarbij oordeelt de openbare aanklager van het Bulgaarse Hooggerechtshof als volgt: “As the three children were fearful of being rejected by their adoptive parents, who disapproved strongly of their immoral behaviour within their new family – within which the children receive a great deal of love and attention – they sought to inspire pity and play down their actions by relating accidents that had not actually occurred in which they were the victims of crimes”.^[3] In 2015 wordt overigens het Bulgaarse weeshuis gesloten.

In deze zaak lijkt met andere woorden sprake van twee verschillende werkelijkheden die op geen enkel punt overeenkomen, waarbij zelfs tussen Bulgarije en Italië een hoogopgelopen conflict is ontstaan, mede aangewakkerd door de media. Dit kenmerkt de situatie bij seksueel misbruik, dat doorgaans onzichtbaar is, in het geheim plaatsvindt, zonder verder bewijs dan de verklaring van de vermeende slachtoffers, waartegenover een ontkenning van de vermeende dader(s) staat. Het feit dat de kinderen het Italiaans nog niet goed beheersten en daarom verklaringen aflegden met behulp van de adoptieouders, die, zo blijkt uit de feiten, na het ontdekken van de seksuele handelingen eerst de broer naar Bulgarije wilden terugsturen, maakt de zaak nog gecompliceerder.

3. De adoptieouders klaagden, mede namens de drie kinderen, bij het EHRM dat de Bulgaarse autoriteiten niet hadden voldaan aan hun positieve verplichtingen zoals die voortvloeien uit art. 3, 6, 8 en 13 EVRM om de kinderen te beschermen tegen kindermishandeling, aangezien geen effectief onderzoek was verricht. De Kamer van het EHRM verklaarde de klachten van de adoptieouders zelf niet-ontvankelijk en ging alleen in op de klachten van de kinderen. Het Hof oordeelde dat de Bulgaarse autoriteiten snel en zorgvuldig reageerden en onderzoek startten zodra zij over het vermeende seksueel misbruik waren ingelicht.^[4] Zij werkten goed samen met de Italiaanse autoriteiten door hen op de hoogte te houden van de uitkomsten van het onderzoek en rekening te houden met nieuwe informatie die vanuit Italië werd aangedragen. Zowel de politie als de kinderschermingsautoriteiten deden onderzoek en bezochten het weeshuis, waarbij met beroepskrachten en met de kinderen die daar verbleven werd gesproken. Met hen was de Kamer van mening dat dit onderzoek volledig en grondig was uitgevoerd. In reactie op het verwijt dat de autoriteiten andere onderzoeksmethoden,

zoals telefoontaps en undercoveragenten, hadden moeten inzetten, oordeelde de Kamer dat het juist de adoptieouders waren die de media hadden opgezocht en de zaak openbaar hadden gemaakt. De klacht dat het onderzoek gepaard had moeten gaan met huiszoeking en inbeslagneming, werd verworpen met verwijzing naar eerdere jurisprudentie waarin werd aangenomen dat het Hof niet gaat over mogelijke fouten of een nalatigheid in het onderzoek, aangezien de nationale autoriteiten verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van opsporingsonderzoek en het Hof daar niet inhoudelijk in treedt: “However, the Court is not concerned with allegations of errors or isolated omissions in the investigation; it cannot replace the domestic authorities in the assessment of the facts of the case, nor can it decide on the alleged perpetrators’ criminal responsibility”. [5] De Kamer nam daarbij aan dat in de Italiaanse verklaring van de psychologen maar weinig specifieke kenmerken van het vermeende misbruik in de verklaringen van de kinderen waren terug te vinden, de Bulgaarse autoriteiten niet de mogelijkheid hadden om de kinderen te ondervragen en dat er geen medische verklaringen van de kinderen beschikbaar waren gesteld. De Kamer concludeerde unaniem dat de Bulgaarse autoriteiten hun procedurele verplichtingen niet hadden geschonden en dat geen sprake was van een schending van art. 3 en 8 EVRM. Evenmin hadden de autoriteiten gefaald om preventieve maatregelen te treffen om de kinderen te beschermen tegen kindermishandeling in het weeshuis waarvan zij op de hoogte waren of hadden moeten zijn.

Daarmee staat deze uitspraak in scherp contrast tot die van de Grote Kamer in 2021. Opvallend is verder dat de Kamer in 2019 met geen woord repte over het VN-Kinderrechtenverdrag (verder: IVRK) of enige andere relevante kinderrechtenstandaarden, terwijl deze in de uitspraak van de Grote Kamer nu juist centraal staan. In de Kamer-uitspraak uit 2019 wordt overigens niet genoemd dat de klagers deze internationale standaarden centraal stelden; dit deden zij uitdrukkelijk wel in hun klachtonderdelen voor de Grote Kamer. [6] Dat neemt niet weg dat het Hof uit eigen beweging relevante (kinderrechten)standaarden had kunnen benoemen bij de interpretatie van EVRM-bepalingen.

4. Voor de Grote Kamer hebben de adoptieouders opnieuw bepleit dat zij, naast de drie kinderen, ook zelf ontvankelijk zijn ten aanzien van hun ingediende klachten. De Grote Kamer geeft aan dat het geen eigen ontvankelijkheidsbeslissing neemt maar afhankelijk is van de beslissing hierover van de Kamer. De Grote Kamer kan daarom niet ingaan op klachten die de Kamer niet-ontvankelijk heeft verklaard en beperkt zijn toets tot de klachten van de drie kinderen. Verder beslist de Grote Kamer dat de klachten van de kinderen over het falen van de Bulgaarse autoriteiten om hen te beschermen tegen geweld tijdens hun verblijf in het weeshuis, zullen worden onderzocht op basis van enkel art. 3 EVRM, en niet ook van art. 8

EVRM. Daarbij wordt aangegeven dat het Hof dit zelf mag bepalen. Art. 8 EVRM blijft dus verder buiten beschouwing. Dit is ook inhoudelijk gezien logisch, aangezien de klachten zich richten tot vermeende gebreken van het onderzoek op basis van het veronderstelde seksueel misbruik dat de kinderen hebben moeten ervaren tijdens hun verblijf in het Bulgaarse weeshuis en dit gezien eerdere relevante jurisprudentie van het Hof onder de paraplu van art. 3 EVRM valt.

5. De Grote Kamer van het Hof herhaalt de algemene principes die, zo blijkt uit relevante uitspraken van het Hof, uit art. 3 EVRM voortvloeien voor situaties van geweld tegen kinderen. Art. 3 EVRM omvat een materiële positieve verplichting voor verdragsstaten om wetgeving en beleid te garanderen waarmee kinderen tegen geweld gepleegd door iemand onder wiens hoede ze staan, worden beschermd en om in bepaalde situaties waarbij kinderen slachtoffer zijn van geweld en de overheid dit wist of had moeten weten, deze kinderen te beschermen door acties te treffen. Daarbij legt het Hof bijzondere nadruk op deze positieve verplichting ten aanzien van kinderen die gebruik maken van publieke diensten. Zij zijn extra kwetsbaar en staan in een afhankelijkheidsrelatie tot autoriteiten, bijvoorbeeld op het gebied van onderwijs of institutionele zorg, en daarom is deze positieve verplichting ten opzichte van hen extra belangrijk. Verder benoemt het Hof dat in situaties van seksueel misbruik van kinderen door een pleger ten opzichte van wie het kind in een afhankelijkheidsrelatie staat, het bestaan van een zorgvuldig systeem voor het signaleren en melden van seksueel misbruik van fundamenteel belang is om de relevante strafwetgeving effectief te kunnen implementeren.

Tevens omvat art. 3 EVRM de procedurele verplichting om bij vermeend geweld tegen kinderen een effectief onderzoek te verrichten. Bij een redelijk onderbouwde klacht moeten de bevoegde autoriteiten een effectief opsporings- en vervolgingsonderzoek garanderen.[7] Deze verplichting is volgens het Hof een inspanningsverplichting, en niet een resultaatverplichting. Het Hof werkt deze verplichting nader uit en noemt daarbij als kenmerken van een effectief onderzoek dat dit grondig (dus voldoende diepgaand), onafhankelijk, snel en voortvarend moet zijn. Ook zou strafrechtelijk onderzoek in bepaalde situaties een verplichting voor de verdragsstaat inhouden om met een andere verdragsstaat samen te werken, bijvoorbeeld als belangrijke bewijsmiddelen in een andere verdragsstaat liggen. Verder noemt het Hof in dit opzicht dat slachtoffers effectief moeten kunnen participeren in het onderzoek en dat het onderzoek toegankelijk voor hen moet zijn.

Als laatste onderdeel van een effectief onderzoek ten aanzien van kinderen die vermeend slachtoffer van seksueel misbruik zijn, noemt de Grote Kamer dat hun belangen een eerste overweging moeten zijn en dat de bijzondere kwetsbaarheid van kinderen in acht moet worden genomen. Daarbij verwijst de Grote Kamer naar relevante internationale instrumenten, te weten het IVRK en General Comment nr. 13 van het VN-

Kinderrechtencomité, het Verdrag van Lanzarote en de instrumenten die zijn ontwikkeld door de Raad van Europa. Dit vormt de opmaat tot de toepassing van deze uitgangspunten op de feiten van deze zaak, waarbij het Verdrag van Lanzarote de rode draad vormt.

6. In deze uitspraak staat vervolgens de procedurele verplichting tot het uitvoeren van effectief onderzoek centraal. Ten aanzien van de materiële positieve verplichtingen van Bulgarije oordeelt de Grote Kamer positief; Bulgarije beschikt over wet- en regelgeving waarmee kinderen tegen seksueel misbruik worden beschermd. Benadrukt wordt dat ten aanzien van jonge kinderen die niet bij hun ouders of verzorgers opgroeien maar in een residentiële instelling zijn geplaatst, sprake is van extra kwetsbaarheid en dat er derhalve een zwaardere beschermingstaak bij de verdragsstaten ligt. De positieve verplichtingen zijn dan ook extra zwaar in de zin dat speciale maatregelen moeten worden getroffen om hen in een situatie van uithuisplaatsing te beschermen. Daaraan heeft Bulgarije volgens de Grote Kamer voldaan. Verder concludeert de Grote Kamer dat de bevoegde autoriteiten niet op de hoogte hadden kunnen zijn van het vermeende seksueel misbruik in het weeshuis en dat derhalve niet kon worden verwacht dat extra maatregelen werden getroffen om seksueel misbruik tegen te gaan. De Grote Kamer concludeert dat er dan ook geen sprake was van een schending van art. 3 EVRM ten aanzien van de materiële positieve verplichtingen. Maar over de procedurele positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM oordeelt de Grote Kamer bepaald anders.

7. De toetsing van de Grote Kamer aan de procedurele positieve verplichtingen zoals die hierboven zijn geschetst, omvat een uitvoerige en gedetailleerde exercitie waarbij het Verdrag van Lanzarote centraal staat. In dit verdrag (en in de toelichting daarvan) worden verdragsstaten aangespoord om verschillende maatregelen te treffen om seksueel geweld tegen te gaan en kinderen die slachtoffer zijn van seksueel geweld te beschermen, waarbij allerlei instrumenten voor strafrechtelijk onderzoek en aspecten van dit onderzoek tot in detail worden uitgewerkt. De Grote Kamer gebruikt dit gedetailleerde 'soft law'-document om nader invulling te geven aan wat onder 'effectief strafrechtelijk onderzoek' en positieve verplichtingen die in dat licht gelden, moet worden verstaan. De Grote Kamer geeft daarbij aan dat in het Verdrag van Lanzarote de positie van minderjarige slachtoffers van seksueel geweld en hun rechten centraal staan, en dat vanuit hun positie door verdragsstaten alles in het werk moet worden gesteld om seksueel geweld te identificeren, te melden en strafrechtelijk te reageren via opsporings- en vervolgingsonderzoek. Vanuit dit perspectief valt te begrijpen dat de meerderheid van de Grote Kamer tot het oordeel komt dat de Bulgaarse autoriteiten niet hebben voldaan aan de procedurele positieve verplichting tot het uitvoeren van effectief strafrechtelijk onderzoek.

8. Hoe komt de krappe meerderheid van de Grote Kamer precies tot deze conclusie? De Grote

Kamer loopt de voorwaarden voor effectief onderzoek ('snel en voortvarend', 'onafhankelijk' en 'grondig') af, waarbij sprake is van een toetsing die dicht op de feiten zit en daarmee weinig beoordelingsruimte over laat aan de verdragsstaat. Volgens de Grote Kamer is het onderzoek snel en voortvarend gestart en uitgevoerd. Na de melding en informatie over het vermeende seksueel misbruik door de media en de Italiaanse autoriteiten is eerst door de kinderbeschermingsautoriteiten, en later ook (tweemaal) door de opsporingsautoriteiten, onderzoek verricht, is daarbij het weeshuis bezocht en is informatie opgevraagd van zowel beroepskrachten als kinderen die daar verbleven.

Ten aanzien van de onafhankelijkheid en objectiviteit van het onderzoek geeft de Grote Kamer aan dat de kinderbeschermingsautoriteiten in beginsel onafhankelijk waren omdat zij niet waren betrokken bij de kwestie van het weeshuis (onafhankelijkheid in wezen), maar dat desalniettemin vragen konden worden gesteld bij deze onafhankelijkheid (onafhankelijkheid in schijn). De directeur van de kinderbeschermingsorganisatie had namelijk publiekelijk (op televisie) de adoptieouders beschuldigd van laster, manipulatie en ontoereikend ouderschap zelfs voordat de uitkomsten van hun onderzoek openbaar waren gemaakt. Ook enkele leden van het parlement die een bezoek brachten aan het weeshuis voordat de uitkomsten van het strafrechtelijk onderzoek, hadden zich in de media uitgesproken en hadden aangegeven dat de Italiaanse mediaberichten over seksueel misbruik van de drie kinderen in het Bulgaarse weeshuis als laster kon worden aangemerkt. De Grote Kamer merkt op dat dergelijke uitspraken de objectiviteit van het onderzoek duidelijk ondermijnt. Daarbij sluit ook de conclusie van de openbare aanklager van het Bulgaarse Hooggerechtshof (zie hierboven onder 2) goed aan op deze overweging, al verwijst de Grote Kamer hier niet naar.

9. De kern van de uitspraak draait om de toetsing van de grondigheid van het onderzoek. Hoewel dit volgens het Hof geen resultaatsverplichting, maar een inspanningsverplichting is, toetst de Grote Kamer sterk inhoudelijk door te beoordelen waar het onderzoek precies uit heeft bestaan en hoe dit is uitgevoerd. Hoewel zowel de kinderbeschermingsautoriteiten als de opsporingsautoriteiten onderzoek hadden verricht dat onder meer bestond uit het onderzoeken van de praktijken in het weeshuis en het spreken met zowel beroepskrachten als kinderen uit het weeshuis, is de Grote Kamer van oordeel dat belangrijke onderzoekshandelingen en -maatregelen, die voortvloeien uit het verdrag van Lanzarote, ontbreken. De belangrijkste ontbrekende schakel ziet de Grote Kamer in het niet proactief hebben benaderd van de drie kinderen als slachtoffer en de Italiaanse autoriteiten voor mogelijk bewijsmateriaal en het niet op enige wijze ondersteund hebben van de kinderen als vermeende slachtoffers van seksueel misbruik. Het onderzoek richtte zich louter op het Bulgaarse weeshuis zelf en op de vraag of er enige feiten konden worden gevonden om de verdenking van seksueel misbruik in het weeshuis te bekrachtigen. Dat bleek niet het geval;

niemand van de ondervraagde kinderen uit het weeshuis en de beroepskrachten sprak zich uit over enige vorm van geweld richting kinderen in het weeshuis.

Als andere elementen die ontbraken in het onderzoek noemt de Grote Kamer het gebrek aan interlandelijke samenwerking met Italië, terwijl dit wel voor de hand had gelegen voor het ondersteunen van het Bulgaarse strafrechtelijk onderzoek (zoals het opvragen van videomateriaal met de interviews van de drie kinderen en het uitvoeren van medisch onderzoek bij de kinderen); het achterhalen van informatie bij kinderen die in het weeshuis hadden verbleven maar daar niet langer woonden; het uitvoeren van ‘verborgen’ opsporingshandelingen zoals geheime observaties rondom het weeshuis, telefoontaps; en onderzoek naar berichtgeving via sociale media, huiszoeking (van een vermeende pleger van seksueel misbruik die buiten de instelling woonde en die door de drie kinderen werd beschuldigd van het maken van beeldmateriaal van seksuele handelingen) en de inzet van undercoveragenten. Bij deze elementen leunt het Hof wederom zwaar op het Verdrag van Lanzarote, waarin dit genoemd wordt als instrumenten voor strafrechtelijk onderzoek naar seksueel geweld tegen kinderen.

10. Bij deze sterk inhoudelijke toetsing van de invulling van het onderzoek vliegt de Grote Kamer wat mij betreft wel een beetje uit de bocht, waarbij het erop lijkt dat over de eigen grenzen wordt heengestapt ten aanzien van de wijze van toetsing van de effectiviteit van strafrechtelijk onderzoek, te weten: “the Court is not concerned with allegations of errors or isolated omissions in the investigation: it cannot replace the domestic authorities in the assessment of the facts of the case, nor can it decide on the alleged perpetrators’ criminal responsibility (...) Likewise, it is not the Court’s task to call into question the lines of inquiry pursued by the investigators or the findings of fact made by them, unless they manifestly fail to take into account relevant elements or are arbitrary (...)”. [8] Ten eerste betreft dat de overweging dat geheime opsporingsmethoden hadden kunnen worden ingezet, zonder dat duidelijk wordt gemaakt op welke wijze dit kan zonder dat dit een schending oplevert van art. 8 EVRM. De joint dissenters branden dit onderdeel van de beslissing af aangezien het om diep ingrijpende en daarbij onbetrouwbare onderzoeksmethoden gaat, waarbij het nog maar de vraag is op welke wijze dit de uitkomsten van het onderzoek had kunnen beïnvloeden. [9]

Ten tweede gaat de meerderheid van de Grote Kamer te ver bij het overwegen dat de Bulgaarse autoriteiten in hun onderzoek hadden moeten stilstaan bij de mogelijkheid om medisch onderzoek te verrichten bij de kinderen om het vermeende seksueel misbruik nader te onderzoeken en daarbij samenwerking hadden moeten zoeken met Italiaanse autoriteiten. Niet alleen hebben de meeste kinderen die slachtoffer zijn van seksueel misbruik geen fysieke kenmerken waaruit het misbruik blijkt, maar ook betekent het tijdsverloop dat simpelweg geen fysieke kenmerken van seksueel misbruik meer gevonden kunnen worden.

Ten derde is kritiek mogelijk op de elkaar tegensprekende overwegingen van het Hof dat enerzijds de Bulgaarse autoriteiten hadden moeten overwegen om de drie kinderen als vermeende slachtoffers zelf te verhoren, terwijl anderzijds in de uitspraak wordt benadrukt dat kinderen als slachtoffers beschermd moeten worden en dat het wellicht niet te adviseren was om de drie kinderen opnieuw te horen aangezien verdere traumatisering van de kinderen (en secundaire victimisatie) moet worden voorkomen en de verklaringen gezien het tijdsverloop niet betrouwbaar zouden zijn.[10] Het is mijns inziens precies om die laatste redenen niet in het belang van kinderen die slachtoffer zijn van seksueel misbruik om in absolute zin voor te schrijven dat zij door de opsporingsautoriteiten (opnieuw) gehoord moeten worden. Juist als zij al op een eerder moment hun verhaal hebben gedaan, is het zaak, zo vloeit dat ook voort uit relevante internationale standaarden, om te trachten het beeldmateriaal van de verklaringen te gebruiken en kinderen niet opnieuw een verhoor te laten ondergaan. Concluderend, zoals het in de *joint partly concurring, partly dissenting opinion* wordt gezegd: “Unfortunately, in our view, in their desire to respond to the applicants’ sad story, the majority in this judgment have gone beyond the confines of this Court’s proper role”.[11]

11. De Grote Kamer lijkt aldus te ver te zijn doorgeslagen bij de toetsing van het Bulgaarse onderzoek. Dat neemt niet weg dat de kern van het probleem ten aanzien van het onderzoek volgens de Grote Kamer lijkt te liggen in de vooringenomenheid van de autoriteiten waarbij te weinig vanuit het perspectief van de kindslachtoffers is gehandeld; dit is wat mij betreft een heldere en duidelijke conclusie. De Grote Kamer concludeert als volgt: “The reasons given do not appear to have resulted from a careful study of the evidence obtained and appear to show that, rather than clarifying all the relevant facts, the investigating authorities sought to establish that the applicants’ allegations were false by highlighting the inaccuracies which they contained, in particular regarding the name of the director and the fact that an individual named N. had not been employed in the orphanage but had worked as an outside contractor”.[12] Met andere woorden: de opsporingsautoriteiten hebben niet met open vizier een effectief onderzoek ingericht waarbij de kindslachtoffers centraal stonden, maar waren erop gericht om de verklaringen van de drie kinderen in twijfel te trekken. Juist op basis van internationale standaarden moet de bescherming en ondersteuning van kindslachtoffers bij vermeend seksueel misbruik centraal staan. In deze zaak, die zelfs tot hoogopgelopen conflicten tussen Italië en Bulgarije heeft geleid, zijn de kindslachtoffers door de Bulgaarse autoriteiten onvoldoende serieus genomen en zijn hun rechten (ondersteuning, informatie over de zaak, bescherming etc.) niet gerealiseerd. Dat leidt tot de uiteindelijke conclusie dat niet aan de procedurele positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM is voldaan.

12. In deze lange uitspraak (inclusief de *dissenting opinions* zo’n 100 pagina’s) triomfeert dus

het Verdrag van Lanzarote, de toelichting daarbij en de verklaring van het Lanzarote Comité van 21 oktober 2019; *Protecting children in out-of-home care*. De Grote Kamer zegt hierover dat in het IVRK en het Verdrag van Lanzarote de standaard van het EHRM zoals die voortvloeit uit de jurisprudentie over art. 3 EVRM om ter bescherming van kinderen tegen geweld een effectief onderzoek te garanderen, is overgenomen en ingebed in de documenten. Vervolgens zijn details van wat onder effectief onderzoek moet worden verstaan nader uitgewerkt in het Verdrag van Lanzarote (en tevens in General Comment nr. 13 van het VN-Kinderrechtencomité). Volgens het Hof moeten zaken die in potentie over seksueel misbruik van kinderen gaan, derhalve bij de interpretatie van art. 3 EVRM langs de lat van het Verdrag van Lanzarote worden gelegd.

Het is de vraag of inderdaad het Verdrag van Lanzarote, waarin het EHRM geen rol heeft gekregen ter interpretatie van bepalingen uit het verdrag, als interpretatie-instrument kan dienen voor bepalingen uit het EVRM. De Grote Kamer lijkt daarover zeer verdeeld, ook gezien de twee *concurring opinions* die de loftrompet steken met het gebruik van het Verdrag als interpretatiemiddel (“the judgment, in interpreting Article 3 of the Convention, uses the Lanzarote Convention and the UN Convention to illuminate the expectations in relation to States’ procedural obligations – a harmonious relationship in which one international instrument impacts the interpretation of another. As standards in international law move forward and become more refined and advanced, and the member States of the CoE ratify new treaties, the Convention also moves forward in a synchronous manner. At the same time, the Convention remains firm and steadfast on the key values and core principles of the CoE, against the changing winds which could erode its very essence”[13]) tegenover de *dissenting opinion* van de acht tegenstemmers uit de Grote Kamer waarin nu juist wordt gesteld dat aan de bepalingen uit het Verdrag van Lanzarote niet zoveel belang kan worden gehecht en dat deze niet geschikt zijn voor interpretatie van het EVRM.[14] Daarbij geven de dissenters aan dat de bepalingen over bijvoorbeeld het inzetten van undercover agenten veel te specifiek is en een inbreuk maakt op andere EVRM-bepalingen, zoals het recht op privéleven (art. 8 EVRM). Duidelijk is dat de Grote Kamer deze kans heeft willen aangrijpen om het Verdrag van Lanzarote in de schijnwerpers te zetten nu het ging om een zaak van vermeend seksueel misbruik van kinderen die in een weeshuis verbleven. Hoewel het Verdrag van Lanzarote zeker relevant is in het licht van art. 3 EVRM, denk ik dat inderdaad vermeden moet worden om te specifieke bepalingen uit dat verdrag als standaard voor een effectief onderzoek in de zin van art. 3 EVRM te presenteren zonder dat zorgvuldig wordt afgewogen of dit niet wringt met andere EVRM-grondrechten. Dat neemt niet weg dat de algemene uitgangspunten van het Verdrag van Lanzarote zeker relevant zijn voor zaken over seksueel misbruik van kinderen en betrokken moeten worden bij de interpretatie van art. 3 EVRM. De meerderheid van de Grote Kamer heeft met deze uitspraak in elk geval willen benadrukken dat er synergie bestaat tussen

het EVRM en de interpretatie daarvan, en andere ('soft law') documenten van de Raad van Europa.

13. Dit brengt in deze zaak met zich dat kinderrechten, en in het bijzonder de rechten van kinderen die vermeend slachtoffer zijn van seksueel misbruik, centraal staan en van doorslaggevend belang worden geacht. Dat is een belangrijke uitkomst, juist omdat seksueel misbruik zich doorgaans in het geheim afspeelt waarbij het vaak heel lastig is om het strafrechtelijk bewijs rond te krijgen. Het Verdrag van Lanzarote stelt de rechten en belangen van kinderen als slachtoffer van seksueel misbruik centraal. De meerderheid van de Grote Kamer heeft door het gebruik van dit verdrag een nieuw interpretatie-instrument voor kinderrechten gebruikt. Kinderen in residentiële instellingen die te maken krijgen met seksueel misbruik zijn in twee opzichten extra kwetsbaar: het seksueel misbruik is meestal onzichtbaar en kinderen geven doorgaans nauwelijks signalen af, mede omdat hen dat op het hart is gedrukt door plegers, en lopen in residentiële instellingen extra veel risico om met geweld te maken te krijgen.[15] Juist om die reden is het toe te juichen dat de meerderheid van de Grote Kamer de balans heeft laten doorslaan en tot een schending van art. 3 EVRM heeft geoordeeld. Dat neemt niet weg dat de uiterst verdeelde Grote Kamer afbreuk doet aan deze conclusie. Zoals de dissenters zeggen: "This, of course, leaves us as a Court in the uncomfortable and unattractive position that the current judgment only has the support of nine out of the overall 23 judges of this Court who have considered this application; a factor which should have sounded a note of caution to the Grand Chamber".[16] Het valt te hopen dat er in de toekomst met minder verdeeldheid door het Hof zal worden beslist over kwesties ten aanzien van kinderen die slachtoffer zijn of lijken van seksueel misbruik. Dit bevordert de ontwikkeling van kinderrechten op het niveau van het EHRM en leidt tot meer duidelijkheid voor verdragsstaten.

M.R. Bruning

[1] *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM 17 januari 2019, nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002245716.

[2] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbro, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 12.

[3] *X e.a. t. Bulgarije*, par. 111.

- [4] *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM 17 januari 2019, par. 98.
- [5] *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM 17 januari 2019, par. 91 en 102-103.
- [6] *X e.a. t. Bulgarije*, par. 161.
- [7] Zie ook *D.M.D. t. Roemenië*, EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:NL:ECHR:2017:1003JUD002302213, «EHRC» 2018/5 m.nt. Bruning & Ölçer.
- [8] *X e.a. t. Bulgarije*, par. 186.
- [9] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbros, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 2 en 12.
- [10] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbros, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 25.
- [11] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbros, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 1.
- [12] *X e.a. t. Bulgarije*, par. 227.
- [13] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring opinion of Judge Serghides*, par. 4.
- [14] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbros, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 7.
- [15] *Onvoldoende beschermd – Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*, Den Haag: Commissie De Winter juni 2019.
- [16] *X e.a. t. Bulgarije, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judges Spano, Kjølbros, Lemmens, Grozev, Verhabović, Ranzoni, Eicke and Paczolay*, par. 2.

ANNOTATIE

Xhoxhaj t. Albanië (EHRM, nr. 15227/19) – Maatregelen ter bestrijding corruptie rechterlijke macht en waarborging rechterlijke integriteit***E. Lerk***

1. In Albanië is sprake van wijdverbreide corruptie, ook binnen de rechtsprekende macht. Om deze corruptie tegen te gaan, is wetgeving vastgesteld waardoor het mogelijk is om onderzoek te verrichten naar de geschiktheid van een individuele rechter om zijn rechterlijke functie uit te oefenen. Daartoe zijn verschillende instanties in het leven geroepen. De belangrijkste zijn de Independent Qualification Commission (IQC) en de Appeal Chamber. Het onderzoek naar en het vellen van een oordeel over deze geschiktheid – het zogenaamde ‘vetting proces’ – wordt in eerste instantie verricht door de IQC. Oordeelt deze dat de rechter ongeschikt is om zijn functie uit te oefenen, dan is de IQC bevoegd om de rechter disciplinair te schorsen of te ontslaan. Is de rechter het niet eens met het oordeel van de IQC, dan kan hij in hoger beroep gaan bij de Appeal Chamber. In onderhavige zaak werd klaagster, een rechter van het constitutionele hof in Albanië, onderworpen aan dit *vetting proces*. Bij het EHRM klaagt zij dat daarbij de artt. 6, 8 en 13 van het EVRM zijn geschonden. Over het merendeel van de klachten oordeelt het EHRM dat van een schending geen sprake is. Voor het overige deel stelt het Hof dat het daaromtrent geen oordeel kan geven. In deze noot richt ik mij op verschillende aspecten van rechterlijke integriteit die in onderhavige zaak aan bod komen. Dat betekent dat ik mij ten aanzien van de gestelde schendingen van art. 6 van het EVRM richt op het oordeel van het Hof over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid (nrs. 4-6). Ten aanzien van ‘s Hofs oordeel over art. 8 van het EVRM focus ik mij voornamelijk op de toepassing van het noodzakelijkheidsvereiste (nr. 7). Voordat ik hierop in ga, bespreek ik allereerst het *vetting proces* zelf en welke uitkomst dit *vetting proces* voor klaagster heeft gehad (nrs. 2-3).

2. Het onderzoek naar de geschiktheid van een rechter, het zogenaamde administratieve onderzoek, bestaat uit drie onderdelen. Het eerste betreft een doorlichting van – vrij vertaald – de bezittingen van de rechter. Daaronder valt al het vastgoed en roerende zaken die eigendom zijn van, dan wel in bezit zijn van, dan wel gebruikt worden door de desbetreffende rechter. Niet alleen de rechter zelf wordt daarbij onderzocht: ook andere personen, die op

bepaalde wijze betrokken zijn bij de bezittingen van de rechter kunnen onderdeel uitmaken van deze doorlichting. Het tweede onderdeel van het administratieve onderzoek bestaat uit een integriteitscheck. Met dit onderzoek wordt nagegaan in hoeverre de desbetreffende rechter ongewenst contacten heeft (gehad) met personen die betrokken zijn bij georganiseerde criminaliteit. Het derde onderdeel ziet op een onderzoek naar de professionaliteit van de rechter. De onderhavige uitspraak vermeldt dat dit onderzoek plaatsvindt in lijn met de wetgeving, waarmee onder meer de rechtspositie van rechters wordt gereguleerd. Wat dat precies inhoudt, wat professionaliteit inhoudt én aan de hand van welke parameters deze professionaliteit wordt onderzocht, maakt de uitspraak niet duidelijk.

Dit administratieve onderzoek wordt door verschillende overheidsinstanties verricht. Mocht de IQC of Appeal Chamber echter zelf (extra) onderzoek willen verrichten, dan is dat mogelijk. De uitkomsten van het administratieve onderzoek worden vervolgens met de rechter gedeeld. Onder bepaalde omstandigheden kan daarna een omkering van de bewijslast plaatsvinden. In welke gevallen dat precies is, blijkt niet uit onderhavige uitspraak. Wat wel vaststaat is dat als de uitkomst van het onderzoek bewijskracht heeft, dat dan de bewijslast wordt omgekeerd: het is vervolgens aan de rechter om te bewijzen dat hij/zij wel geschikt is om zijn functie uit te oefenen. Nadat de rechter de mogelijkheid heeft gehad om zich te verweren, velt in beroep de IQC een oordeel over zijn (on)geschiktheid. Hoger beroep is vervolgens mogelijk bij de Appeal Chamber.

3. Klaagster ondergaat dit administratieve onderzoek. Op basis daarvan concludeert de IQC dat er verschillende inconsistenties zijn over een flat die klagster in bezit heeft. Onder meer zou onduidelijk zijn op basis van welke financiële middelen klagster de flat had kunnen kopen. Daarnaast concludeert de IQC dat klagster een 'buitensporige hoeveelheid' aan liquide middelen zou hebben en dat die hoeveelheid niet kan worden verklaard uit de inkomsten die klagster in die jaren zou hebben gegenereerd.[1] Voorts meent de IQC dat er onverenigbaarheden zijn met betrekking tot een deel van een stuk grond dat ze in bezit heeft. Tot slot werd klagster gevraagd uitleg te geven over een specifieke rechtszaak en meer specifiek waarom zij zich daarin niet heeft verschoond.

Op basis van bovenstaande heeft vervolgens omkering van de bewijslast plaatsgevonden en is het aan klagster om aan te tonen dat ze wel geschikt is om haar functie uit te oefenen. Nadat klagster zich heeft kunnen verweren, velt de IQC haar definitieve oordeel: zij legt de disciplinaire maatregel van ontslag op. Tegen deze uitspraak gaat klagster bij de Appeal Chamber in hoger beroep. Deze komt, al hoewel met een iets andere onderbouwing, tot hetzelfde oordeel als de IQC. Vervolgens stapt klagster naar het EHRM.

4. Bij het Hof klaagt klagster over het feit dat de *vetting bodies* niet onpartijdig en

onafhankelijk zouden zijn. In deze noot behandel ik alleen het oordeel van het Hof over de IQC hieromtrent, omdat het Hof bij de bespreking van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Appeal Chamber voor het overgrote deel terugverwijst naar het oordeel over de IQC.

Het Hof gaat als eerst in op de betekenis van het begrip onafhankelijkheid. Interessant daaraan is dat het Hof onafhankelijkheid koppelt aan (morele) integriteit. Daartoe stelt het Hof allereerst dat onafhankelijkheid en onpartijdigheid nauw verweven zijn met het vereiste uit art. 6 EVRM dat een gerecht bij wet ingesteld moet zijn. Met verwijzing naar *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* stelt het Hof dat het weliswaar twee afzonderlijke vereisten zijn, maar dat tussen beide wel een nauw verband bestaat.[2] Beide zouden namelijk volgens het Hof tot doel hebben de *rule of law* en de scheiding der machten te waarborgen. En daaraan zou vervolgens het vertrouwen van de burger in de rechtsprekende macht en het bewaken van de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerend en wetgevende macht, ten grondslag liggen. Vanuit dat licht bezien houdt volgens het EHRM onafhankelijkheid het volgende in:

“Independence” refers, in this connection, to the necessary personal and institutional independence that is required for impartial decision making, and it is thus a prerequisite for impartiality. It characterises both (i) a state of mind, which denotes a judge’s imperviousness to external pressure as a matter of moral integrity, and (ii) a set of institutional and operational arrangements – involving both a procedure by which judges can be appointed in a manner that ensures their independence and selection criteria based on merit –, which must provide safeguards against undue influence and/or unfettered discretion of the other state powers, both at the initial stage of the appointment of a judge and during the exercise of his or her duties.’[3]

Onder punt (i) koppelt het Hof dus onafhankelijkheid aan (morele) integriteit. Dit is interessant, omdat in Nederland rechterlijke integriteit een steeds belangrijkere plek inneemt binnen wet- en regelgeving en integriteit daarnaast ook gelinkt wordt aan rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Wat echter (morele) integriteit inhoudt, bespreekt het Hof helaas niet.

5. De vraag of de IQC aangemerkt kan worden als een onafhankelijk gerecht, beantwoordt het EHRM door onder meer te kijken naar de wijze waarop de leden van de IQC zijn aangesteld en de duur van de zittingstermijn. Een tweetal onderdelen van deze beantwoording verdienen bijzondere aandacht.

Het eerste punt betreft de klacht van klagster dat de IQC onder toezicht van de regering staat, waarbij zij ter onderbouwing van dit standpunt verwijst naar de eindejaarsbonus die de leden van de IQC ontvingen van de regering over het jaar 2018. Het Hof oordeelt echter dat het

enkele feit dat deze leden een dergelijk bonus ontvingen niet voldoende is om te twifelen aan hun onafhankelijkheid. Omdat klaagster geen bijkomende feiten en omstandigheden aanvoert die twijfel zaaien over de onafhankelijkheid van de leden, verwerpt het Hof deze stelling van klaagster. In Nederland denkt men daar anders over. Hier is in de wet neergelegd dat rechterlijke ambtenaren een geldelijke beloning in vorm van salarisverhoging kunnen ontvangen indien zij hun functie uitstekend uitoefenen.[4] Rechters, echter, zijn van deze mogelijkheid uitgezonderd. Hoewel zulks niet blijkt uit de memorie van toelichting behorend bij deze bepaling, is het aannemelijk dat rechters deze uitzonderingspositie hebben gekregen ter waarborging van hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid.[5] Het is immers goed denkbaar dat het krijgen van een bonus de (schijn van) rechterlijke onpartijdigheid dan wel onafhankelijkheid aantast.

Het tweede punt ziet op het feit dat het EHRM, bij de onderbouwing van zijn oordeel dat de IQC onafhankelijk is, de visie van de *Venice Commission* en het constitutionele hof van Albanië betreft. Nadat het Hof aan zijn eigen parameters heeft getoetst in hoeverre de IQC onafhankelijk is, noemt het Hof dat de *Venice Commission* en het constitutionele hof hebben vastgesteld dat de IQC 'de kenmerken van een onafhankelijk gerecht' bezit.[6] Om een tweetal redenen is dit interessant. Allereerst omdat het Hof ter onderbouwing van zijn standpunt slechts bovengenoemde instanties noemt. De opvatting van de non-gouvernementele organisatie *Respublica* over het *vetting proces* en de *vetting bodies*, die het EHRM op een eerder moment in zijn uitspraak eveneens uitgebreid bespreekt, laat het Hof hier echter links liggen.[7] Dat is des te opvallender nu de *Respublica* juist kritisch is, over onder meer het uitkeren van een bonus aan de leden van IQC. Daarnaast is het interessant, omdat dit vragen oproept over de wijze waarop het Hof gebruik maakt van zulke visies van (internationale) instanties. In hoeverre een gerecht onafhankelijk en onpartijdig is ex art. 6 EVRM is een juridisch vraagstuk, waar het Hof zelf parameters voor heeft ontwikkeld om aan te kunnen toetsen.[8] De vraag is dan ook in hoeverre het noodzakelijk is, ter onderbouwing van het eigen oordeel, te noemen dat ook een organisatie als de *Venice Commission* meent dat de IQC kenmerken bezit van een onafhankelijk gerecht.

6. Bij de bespreking van onpartijdigheid maakt het Hof onderscheid tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid. Het Hof gaat uitvoerig in op de vraag in hoeverre in deze zaak aan het vereiste van objectieve onpartijdigheid is voldaan. Het interessantste daaraan vind ik een aspect van onpartijdigheid waar het Hof juist niet op ingaat. Het EHRM noemt onder andere ter onderbouwing van zijn oordeel dat de IQC onpartijdig is, het feit dat de uitkomsten van het administratieve onderzoek aan klaagster waren meegedeeld zonder dat enige conclusies daaromtrent waren getrokken en dat het administratieve onderzoek naar klaagster werd gestart op basis van de wet. Dit betekent dat de IQC dus niet zelfstandig dit onderzoek kon

openen. In hoeverre betrokkenheid van de IQC bij de uitvoering van het administratieve onderzoek, waarna omkering van de bewijslast plaatsvindt omdat de uitkomsten bewijskracht hebben, leidt tot (de schijn van) partijdigheid bij de IQC, gaat het EHRM helaas niet op in. Wanneer namelijk de IQC betrokken is bij én de uitvoering van het administratieve onderzoek waarna op basis van de uitkomsten daarvan omkering van de bewijslast plaatsvindt én diezelfde IQC een eindoordeel moet vellen, roept dat bij mij vragen op of de onpartijdigheid dan wel afdoende gewaarborgd is. Serghides gaat daar in zijn *dissenting opinion* ook uitgebreid op in. Hij stelt onder meer dat een gerecht met een dergelijke taak niet onafhankelijk en onpartijdig kan zijn en wijst daarbij op het principe dat niemand in dezelfde zaak zowel eiser als rechter kan zijn.

7. Met betrekking tot art. 8 van het EVRM meent klagster dat zowel het feit dat zij niet meer het beroep van advocaat zou kunnen uitoefenen als ook haar ontslag schendingen zijn van dit grondrecht. Het Hof stelt dat het geen rechtsmacht heeft om te oordelen over het beroepsverbod. Dit omdat de *vetting bodies* hieromtrent geen oordeel hebben geveld en ook omdat nog niet vaststaat dat klagster in de toekomst dit beroep niet zou mogen uitoefenen. Over het ontslag oordeelt het Hof dat dit wel onder de reikwijdte van het grondrecht valt, maar geen schending van art. 8 EVRM oplevert.[9] Het Hof komt tot dit oordeel door te bezien in hoeverre het ontslag bij wet voorzien is, een legitiem doel dient en in hoeverre het noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de bespreking van het noodzakelijkheidsvereiste door het Hof valt een tweetal zaken omtrent de rechterlijke integriteit op.

Allereerst valt op dat aan klagster hoge integriteitseisen worden gesteld. Het Hof oordeelt namelijk dat op basis van de uitkomsten van het *vetting proces* omtrent de bezittingen en de financiële situatie van klagster, zij ontslagen had mogen worden. Ook rechter Dedov gaat daar in zijn *dissenting opinion* op in en stelt dat de omvang van het *vetting proces* veel breder lijkt dan het doel dat Albanië ermee wil bereiken, namelijk het tegengaan van corruptie. Daarbij wijst rechter Dedov de lezer van zijn *dissenting opinion* er fijntjes op dat dit *vetting proces* tot gevolg heeft gehad dat bijna alle rechters binnen het constitutionele hof zijn ontslagen en stelt daarbij de vraag of dat dan betekent dat al deze rechters niet aan de hoge eisen van integriteit hebben kunnen voldoen.

Het tweede opvallende punt ziet op het gebruik van internationale gedragscodes. In internationale *soft law*-gedragscodes is veel aandacht voor integriteit. Het is dan interessant na te gaan hoe bijvoorbeeld het EHRM met dergelijke codes omgaat. Ook omdat in Nederland ook dergelijke gedragscodes voor rechters zijn opgesteld en in rechtspraak worden toegepast.[10] In onderhavige zaak haalt het Hof een bepaling aan uit de Bangalore Principles of Judicial Conduct: 'Moreover, it notes that, according to the Bangalore Principles of Judicial

Conduct, judges, who, by the nature of their work are considered to be guarantors of the rule of law, must be required to meet particularly high standards of integrity in the conduct of their private matters out of court – “above reproach in the view of a reasonable observer” – in order to maintain and enhance the confidence of the public and “reaffirm the people’s faith in the integrity of the judiciary”.^[11]

Deze bepaling haalt het Hof echter aan bij de bespreking van de klacht van klaagster dat de *vetting bodies* niet goed de wet hebben toegepast, namelijk nadat het Hof tot het oordeel komt dat aan de beslissingen van de *vetting bodies* niets ‘arbitrary or manifestly unreasonable’ is.^[12] Waarom het Hof juist hier deze bepaling aanhaalt, is mij onduidelijk en wel omdat het niets met de klacht over het goed toepassen van de wet te maken lijkt te hebben. In hoeverre de inhoud van deze bepaling het oordeel van het Hof heeft beïnvloed is helaas onduidelijk. Op een later moment komt het Hof namelijk niet meer terug op deze bepaling uit de Bangalore Principles.

8. Zoals reeds genoemd is rechterlijke integriteit in Nederland in ontwikkeling: hoe dient een rechter zich te gedragen en hoe moet door middel van wet- en regelgeving rechterlijke integriteit gewaarborgd worden? Al hoewel de situatie omtrent rechterlijke integriteit in Albanië geenszins te vergelijken is met Nederland, biedt deze uitspraak wel inzichten over hoe het EHRM denkt over integriteit en hoever in sommige gevallen mag worden gegaan om de integriteit van rechters te waarborgen.

Ella Lerk

[1] Par. 16.

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

[3] Par. 291.

[4] Zie hiertoe art. 16 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

[5] *Kamerstukken II* 2007-08, 31227, 3. Zie ook huidig artikel 6c van het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Hierin is een soortgelijke bepaling opgenomen. Zie voor de invoering hiervan en de reden daartoe *Stb.* 2006, 80.

[6] Par. 303.

[7i] Par. 276-279.

[8i] Zie bijvoorbeeld Van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* 2011/3.3.

[9x] Om vast te stellen of het ontslag onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt, maakt het Hof gebruik van de in het arrest *Denisov t. Oekraïne* vastgestelde criteria. Zie *Denisov t. Oekraïne*, EHRM, 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/145 m.nt. Gerards.

[10] Zie bijvoorbeeld de *NVvR-Rechterscode* uit 2011 of de *Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak* uit 2014. Laatstgenoemde wordt bijvoorbeeld toegepast in wrakings- en verschoningsverzoeken. Zie onder meer Rb. Den Haag 3 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10499 en Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1796.

[11] Par. 407.

[12] Par. 407.

ANNOTATIE

Prokuratuur (HvJ EU, C-746/18) – Differentiatie en beperkingen van dataretentie door telecommunicatieaanbieders en de vorderingsvoorwaarden

D.A.G. van Toor

1. In strafzaken is het verzamelen van elektronisch bewijsmateriaal vaak essentieel voor de waarheidsvinding.[1] Niet alleen in *cybercrime*-onderzoeken, maar ook in klassieke strafonderzoeken speelt digitaal bewijs een cruciale rol.[2] Het is derhalve niet verwonderlijk dat dataretentie een belangrijk thema is. Richtlijn 2002/58/EG[3] biedt lidstaten daarom de mogelijkheid om privacybeperkende wetgeving te creëren ‘die nodig zijn voor de bescherming van de openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid (met inbegrip van het economisch welzijn van de staat wanneer de activiteit verband houdt met de staatsveiligheid) en de wetshandhaving op strafrechtelijk gebied’ (art. 15). Met Richtlijn 2006/24/EG[4] verplichtte en harmoniseerde de EU zelfs de dataretentie door telecommunicatieaanbieders (art. 1). Art. 5 en 6 van die Richtlijn tezamen bezien, verplichten telecommunicatieaanbieders *alle* data over hun klanten voor ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar te bewaren.

2. Sinds die bepalingen van kracht zijn en lidstaten telecommunicatieaanbieders verplichten data te bewaren, is een strijd losgebarsten over de precieze spelregels rond de opslag van de data en, nog belangrijker, de mogelijkheid voor de strafvorderlijke autoriteiten om die data te vorderen ten behoeve van de opsporing.[5] De onderhavige zaak is de volgende zaak waarin het om de interpretatie van het hierboven aangehaalde art. 15 Richtlijn 2002/58/EG in het licht van de bescherming van de privésfeer van burgers gaat.

3. In *Digital Rights Ireland* werd de toon door het Hof van Justitie EU gezet: dataretentie en de mogelijkheid om data te gebruiken voor de in art. 15 Richtlijn 2002/58/EG genoemde doelen is van evident belang (par. 44), maar dat betekent nog niet dat ongedifferentieerde en ongelimiteerde opslag van die data door telecommunicatieaanbieders en toegang tot die data door de autoriteiten door de beugel kan (par. 51). De gehele Richtlijn werd door het Hof van Justitie EU ongeldig verklaard.

Eén (!) dag later besloot Tele2 in Zweden te stoppen met zijn dataretentie en bracht de Zweedse Telecommunicatieautoriteit (PTS) hiervan op de hoogte. De Zweedse autoriteiten waren echter van mening dat de omzetting van Richtlijn 2006/24/EG in zijn nationale wetgeving niet in strijd is met de mensenrechtelijke bescherming volgend uit het EU-recht en het EVRM. Uit *Digital Rights Ireland* zou niet volgen dat de ongelimiteerde en ongedifferentieerde opslag problemen oplevert omdat Richtlijn 2002/58/EG dataretentie mogelijk maakt, maar slechts dat Richtlijn 2006/24/EG ongeldig zou zijn.

Deze argumentatie snijdt (natuurlijk) geen hout. In *Tele2* oordeelde het Hof van Justitie dat het feit dat lidstaten op grond van art. 15 Richtlijn 2002/58/EG telecommunicatieaanbieders mogen verplichten data te bewaren hen geen vrijbrief geeft. Lidstaten moeten ook recht doen aan de bescherming van grondrechten (artt. 7, 8 en 11 Hv) en de voor inbreukmakende wetgeving geldende rechtvaardigingscriteria (art. 52 Hv) (par. 112). Vervolgens geeft het Hof van Justitie de lidstaten huiswerk, ondanks dat het vormgeven van de precieze spelregels aan de nationale wetgevers wordt overgelaten (par. 118): zo moet in ieder geval een systeem van voorafgaande onafhankelijke controle op vorderingen tot toegang tot de data worden ingericht (par. 120). Het is deze waarborg die centraal staat in *Prokuratuur*.

4. In de onderhavige zaak zijn door het Hoogerechtshof van Estland prejudiciële vragen gesteld over de interpretatie van het eerder aangehaalde art. 15 Richtlijn 2002/58/EG. Dat artikel bepaalt dat lidstaten beperkingen in de vertrouwelijkheid van allerlei informatie die telecommunicatieaanbieders verkrijgen van hun klanten mogen aanbrengen. In *Prokuratuur* gaat het om de vraag of de Estse wet voldoende waarborgen kent tegen de ongebreidelde toegang van politieke en justitiële autoriteiten tot de gegevens die telecommunicatieaanbieders op moeten slaan. Deze zaak is dus een vervolg op de eerder aangehaalde zaken *Digital Rights Ireland* – waarin de harmonisatie van dataretentie ongeldig werd verklaard – en *Tele2* – dat ongelimiteerde en ongedifferentieerde dataretentie een schending van het Hv oplevert. In *Prokuratuur* staan de precieze waarborgen die in een lidstaat gelden voor de toegang tot verkeers- en locatiegegevens door strafvorderlijke autoriteiten centraal en dus niet inhoudelijke communicatie![6]

5. Voor het strafrecht is deze informatie van essentieel belang. Met de opgeslagen locatiegegevens kan de positie en de beweging van een verdachte via zijn SIM-kaart in kaart worden gebracht.[7] In *Prokuratuur* heeft het Estse Openbaar Ministerie gegevens gevorderd bij een telecommunicatieaanbieder die, volgens de Estse variant van de Wet Vorderen Gegevens, verplicht zijn alle informatie één jaar te bewaren. Art. 90 van de Estse Sv beperkt de toegang tot die gegevens verder niet: in het vooronderzoek kan het Openbaar Ministerie, dat de leiding heeft over de opsporing en vervolging van strafbare feiten en volgens de Estse wet een partij in het geding is, zelfstandig bepalen dat hij toegang tot gegevens noodzakelijk acht

voor het bereiken van het doel van het strafproces, namelijk waarheidsvinding. Aan de veroordeling waarop de prejudiciële vragen zijn gebaseerd, liggen zulke gegevensanalyses ten grondslag. Niet duidelijk wordt echter welke gegevens precies zijn gevorderd en gebruikt (par. 16-18). In cassatie neemt de veroordeelde het standpunt in dat de Estse wet niet in overeenstemming met het EU-recht is, omdat uit *Tele2* en *Digital Rights Ireland* blijkt dat de toegang tot gegevens beperkt moet worden tot zaken waarin het gaat om *serious crimes* en dat een onafhankelijk (administratieve) autoriteit de vordering moet toetsen (par. 20 e.v.).

6. Omdat toegang tot (zelfs in tijd beperkte en een beperkte hoeveelheid) gegevens kan leiden tot precieze conclusies over iemands privéleven moeten lidstaten voor dataretentie en het vorderen van gegevens voldoende waarborgen tegen ongelimiteerde en ongedifferentieerde opslag en toegang te bieden. Dit geldt ook voor verkeers- en locatiegegevens (par. 40). Een van de waarborgen waaraan voldoen moet zijn, is de eis van proportionaliteit (par. 38). De ongedifferentieerde en ongelimiteerde dataretentie levert volgens het Hof een ernstige inbreuk op op art. 7 en 8 Hv en is alleen mogelijk *to combat serious crime* (par. 33). Bij lichte (*non-serious*) inbreuken op dezelfde grondrechten is een meer algemene dataretentie wel gerechtvaardigd (par. 33). Aangezien het bij verkeers- en locatiegegevens alsmede inhoudelijke communicatie al snel gaat om informatie waarmee precieze conclusies over iemands privéleven getrokken kunnen worden, ligt het niet voor de hand dat bij deze gegevens sprake is van een *non-serious interference*. Dit zou dan alleen mogelijk kunnen zijn bij gebruikersgegevens of in tijd en hoeveelheid zeer beperkte verkeers- en locatiegegevens. Het is in ieder geval zonneklaar dat het Hof van Justitie, anders dan veel lidstaten en de Commissie (ten tijde van Richtlijn 2006/24/EG), de bescherming van privébelangen bij dataretentie serieus neemt en de teugels bij de toetsing van de waarborgen stevig aanhaalt.

7. Dit wordt nog duidelijker bij de laatste prejudiciële vraag, die de status van de officier van justitie bij het vorderen van gegevens betreft. Hier komen twee lijnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie samen: de rechtspraak over de rol van de officier van justitie in het uitvaardigen van een EAB en de waarborgen bij dataretentie.

In de zaken *OG en PI* en *AZ* bepaalde het Hof van Justitie dat een openbaar ministerie in onvoldoende mate onafhankelijk is als hij kan worden aangestuurd door de uitvoerende macht, zoals een minister van Justitie.[8] Hierdoor valt zo'n openbaar ministerie niet langer onder het begrip *rechterlijke* autoriteit zoals bedoeld in het Kaderbesluit EAB. Dit heeft als gevolg dat officieren van justitie in Nederland niet langer EAB's kunnen uitvaardigen. De Overlevingswet is op basis van deze rechtspraak aangepast.

In *Tele2* oordeelde het Hof van Justitie dat bij de afweging of de inbreuk op de belangen van burgers bij het vorderen van gegevens opweegt tegen *inter alia* een effectieve bijdrage aan het

bestrijden van strafbare feiten, *voorafgaande* toetsing van de vordering ‘either by a court or by an independent administrative body’ noodzakelijk is.[9]

8. In de onderhavige uitspraak komen deze twee lijnen dus samen: in Estland kan het openbaar ministerie zelfstandig oordelen over de toegang tot door telecommunicatieaanbieders opgeslagen gegevens, terwijl uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU blijkt dat toetsing door een rechtbank of een onafhankelijke autoriteit noodzakelijk is en dat het openbaar ministerie onder omstandigheden geen onafhankelijke autoriteit is. Dat laatste oordeelt het Hof van Justitie ook in de onderhavige zaak, maar op andere gronden. De mogelijke politieke inmenging – die eventueel belangrijk kan zijn bij het uitvaardigen en beoordelen van EAB's – speelt bij dataretentie geen rol van betekenis, maar de officier van justitie is natuurlijk betrokken bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten. In de meeste strafvorderlijke systemen is de officier van justitie zowel de leidinggevende over de opsporing als de persoon die tot vervolging overgaat. Het is dan natuurlijk al snel dat het verkrijgen van (veel) data in de ogen van de officier van justitie van belang is voor zijn zaak, en dat een wat meer magistratelijke toets mogelijk niet van hem kan worden verwacht. Vanwege de betrokkenheid van de officier van justitie in de procedure in Estland acht het Hof van Justitie hem onvoldoende onafhankelijk, ongeacht het feit dat de officier van justitie wettelijk gezien aan waarheidsvinding doet en dus zowel belastend als ontlastend bewijs dient te verzamelen (par. 55-56). De toetsende instantie bij het vorderen van gegevens moet een derde zijn, die geen verband heeft met de autoriteit die de vordering indient (par. 54).

9. Dit arrest heeft grote impact voor strafvorderlijke systemen waarbij de officier van justitie de spil in het opsporingsonderzoek is en grotendeels zelf verantwoordelijk is voor het vergaren van het bewijs. Dit geldt in ieder geval voor Nederland. Bij omzetting van art. 15 Richtlijn 2002/58/EG dienen lidstaten als waarborg tegen potentieel machtsmisbruik en om een onafhankelijke beoordeling van de belangen te garanderen een systeem te creëren waarbij de vorderende autoriteit wordt gecontroleerd. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor de officier van justitie als centrale autoriteit en heeft sommige, lichtere, bevoegdheden bij opsporingsambtenaren gelegd,[10] meestal zonder *voorafgaande* toetsing.

Op dit moment kan de opsporingsambtenaar, zonder nadere tussenkomst van een hogere autoriteit, gebruikersgegevens (art. 126na Sv) en identificerende gegevens (art. 126nc Sv) vorderen van een telecommunicatieaanbieder. Inhoudsgegevens kunnen overigens alleen door de officier van justitie met *voorafgaande* rechterlijke toetsing worden gevorderd (art. 126ng Sv). De verkeers- en locatiegegevens (die onder art. 126nd Sv vallen) staan centraal in *Prokuratuur*. De toekenning van deze bevoegdheden aan de officier van justitie hebben in Nederland niet tot (politiek[11] of wetenschappelijk[12]) debat geleid. Dat debat moet nu alsnog plaatsvinden.

10. Uit het arrest volgt namelijk duidelijk dat wanneer precieze conclusies over iemands privéleven mogelijk zijn aan de hand van de gevorderde verkeers- of locatiegegevens een rechterlijke autoriteit of een onafhankelijke administratie-autoriteit over de vordering moet beslissen. Het Hof van Justitie EU bepaalt dat daarvan sprake is bij een beperkte hoeveelheid gegevens of gegevens van een in tijd beperkte periode. In ieder geval moet de vordering worden getoetst door een derde. Het ligt, gezien de privacygevoeligheid van inhoudsgegevens, voor de hand dat daarbij ook toetsing door een onafhankelijke derde moet plaatsvinden. In principe biedt *Prokuratuur* een uitweg voor de verstrekking van een geringe hoeveelheid gegevens of gegevens over een in tijd beperkte periode, maar het past niet in de idee van de toetsing van de privacybelangen door een derde om de officier van justitie of de opsporingsambtenaar zelfstandig te laten beslissen wanneer sprake is van een beperkte vordering.

11. Voor Nederland betekent dit, dat de huidige systematiek van de Wet Vorderen Gegevens op de schop moet: naast de verstrekking van gevoelige gegevens (art. 126nf Sv) en de directe doorleiding van toekomstige inhoudsgegevens (art. 126ne lid 3 Sv), waarvoor al een systeem van het toetsen van de vordering bestaat, dient op basis van het onderhavige arrest toetsing te worden voorzien voor vorderingen betreffende (i) verkeers- en locatiegegevens en, naar analogie op basis van de ernst van de privacy-inbreuk, (ii) inhoudsgegevens. Het is mogelijk, en ligt door de systematiek van de Wet Vorderen Gegevens voor de hand, de officier van justitie te verplichten een machtiging van de rechter-commissaris te verkrijgen voor het vorderen van deze gegevens. Een andere mogelijkheid is het optuigen van een onafhankelijke administratieve commissie, een soort privacy-waakhond, die alle vorderingen van de officier van justitie aan telecommunicatieaanbieders toetst. Hoe dan ook, de zelfstandige bevoegdheid van de officier van justitie om bepaalde data van telecommunicatieaanbieders te vorderen, is in strijd de Unierechtelijke privacybescherming.

D.A.G. van Toor

[1] P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, WODC 2016, p. 6; M. Viersma, 'Teruggeven na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?', *Strafblad* 2019, 1, p. 29.

[2] Zoals Henseler in zijn lectorale rede heeft betoogd, maken smartphones tot wel 80 procent

uit van het digitale bewijs in strafzaken: J. Henseler, 'De (R)evolutie van Digitaal Bewijs', lectorale rede 21 november 2017, Hogeschool Leiden, p. 13. Zie ook J.J. Oerlemans, 'Beschouwing rapport Commissie-Koops: strafvordering in het digitale tijdperk', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018; B.J. Koops & J.J. Oerlemans, *Strafrecht en ICT* (Monografieën recht en informatietechnologie), Den Haag: SDU 2019, p. 125; S. Royer & J.J. Oerlemans, 'Naar een nieuwe regeling voor beslag op gegevensdragers', *Computerrecht* 2017/200, p. 277. Dat het digitale bewijs ook daadwerkelijk wordt gebruikt in niet-cybercrimezaken blijkt onder meer uit 'Digitaal bewijs in moordzaken', *Computerrecht* 2019/125, p. 225-226 & 'Digitaal bewijs in strafzaken', *Computerrecht* 2020/38, p. 69-70.

[3] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

[4] Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG.

[5] *Digital Rights Ireland*, HvJ EU (GK) 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, «EHRC» 2014/140, m.nt. Koning; *Tele2*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79, m.nt. Koning; *La Quadrature du Net*, HvJ EU (GK) 6 oktober 2020, C-511/18 e.a., ECLI:EU:C:2020:791, EHRC Updates januari 2021, m.nt. Schroers.

[6] Anders *La Quadrature du Net*, HvJ EU (GK) 6 oktober 2020, C-511/18 e.a., ECLI:EU:C:2020:791, EHRC Updates januari 2021, m.nt. Schroers, waarin het Hof in meer algemene zin over de doeleinden en voorwaarden van dataretentie oordeelt.

[7] Vgl. Supreme Court of the USA 22 juni 2018, No. 16-402 (*Carpenter v. United States*), waarin via *cell-site location information* van Carpenters SIM-kaart hij op of in de buurt van locaties van overvallen kon worden geplaatst.

[8] *OG en PI*, HvJ (GK) 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, «EHRC» 2019/181 m.nt. Lestrade; *AZ*, HvJ 24 november 2020, C-510/19), ECLI:EU:C:2020:953, EHRC Updates februari 2021, m.nt. Lestrade.

[9] *Tele2*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79, m.nt. Koning, par. 120.

[10] Kamerstukken *II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 441, nr. 3, p. 7-8.

[11] In de Memorie van Toelichting staat het strafvorderlijke uitgangspunt vermeld dat naarmate 'de bevoegdheid ingrijpend is, dient het te gaan om een verdenking van een ernstiger misdrijf en komt de bevoegdheid toe aan een hogere autoriteit.' Kamerstukken *II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 441, nr. 3, p. 5. Voor de Wet Vorderen gegevens gaat dat alleen voor de interceptie van toekomstige inhoudsgegevens en bij de verstrekking van gevoelige gegevens een machtiging van de rechter-commissaris is vereist. De lichtere bevoegdheid van het vorderen van identificerende gegevens is zelfs toegekend aan de laagste autoriteit, te weten de opsporingsambtenaar.

[12] In *Tekst & Commentaar* en het *Handboek Strafzaken* wordt besproken wie de bevoegde autoriteit is per bevoegdheid, zonder nadere kritische bespreking. Ook uit andere publicaties volgt het beeld dat het geaccepteerd is dat de minst privacygevoelige gegevens door de opsporingsambtenaar kunnen worden gevorderd en dat bij de meest ingrijpende bevoegdheden een rechterlijke machtiging noodzakelijk is. Het vorderen van locatie- en verkeersgegevens worden niet in die laatste categorie geplaatst.

RECHTSPRAAK

Repubblika, HvJ EU 20 april 2021, zaak C-896/19

Art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU moet – ook in het licht van art. 47 Hv – zo worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen nationale bepalingen die de minister-president van de betrokken lidstaat een doorslaggevende bevoegdheid verlenen in de procedure voor de benoeming van rechters. Voorwaarde is wel dat bij deze procedure een onafhankelijk orgaan betrokken is dat met name belast is met de beoordeling van de kandidaat-rechters en met het uitbrengen van een advies aan die minister-president, waarvan de laatste niet gemakkelijk kan afwijken.

Repubblika, de verzoekster in het hoofdgeding, is een vereniging die tot doel heeft de bescherming van de rechtspleging en de rechtsstaat in Malta te bevorderen. Zij heeft in 2019 een actio popularis ingesteld bij de verwijzende rechter met het doel om te laten vaststellen dat het huidige systeem voor benoeming van rechters in Malta in strijd is met art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU en art. 47 Hv. In dit verband heeft de verwijzende rechter verschillende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Een eerste vraag is of het HvJ EU zich hierover kan uitspreken in het licht van het toepassingsbereik van het Hv (art. 51 lid 1 Hv) en van art. 19 VEU. In dit verband staat volgens het HvJ vast dat de Maltese rechters kan worden verzocht om te oordelen over vragen die verband houden met de toepassing en de uitlegging van het Unierecht en dat zij, als rechterlijke instanties in de zin van het Unierecht, deel uitmaken van het Maltese stelsel van beroepsmogelijkheden op de onder het recht van de Unie vallende gebieden in de zin van art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU. In dit geding draait het tegelijkertijd om de vraag of grondwettelijke bepalingen inzake rechterlijke benoemingen verenigbaar zijn met het Unierecht, zonder dat Repubblika zich beroept op een schending van een recht dat haar op grond van een bepaling van Unierecht zou toekomen. In die omstandigheden is art. 47 Hv niet van toepassing op het hoofdgeding. Wel moet het HvJ art. 47 Hv naar behoren in aanmerking nemen voor de uitleg van art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU.

Het HvJ benadrukt vervolgens, in lijn met zijn eerdere rechtspraak, het belang van het vereiste van onafhankelijkheid van rechterlijke instanties, dat tot de kern behoort van art. 47 Hv en onlosmakelijk is verbonden met de in art. 2 VEU verankerde rechtsstatelijke waarden. In overeenstemming met het voor de werking van een rechtsstaat kenmerkende beginsel van de scheiding der machten, moet met name worden gewaarborgd dat de rechterlijke macht onafhankelijk is ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht. Het Hof heeft wel al eerder vastgesteld dat het enkele feit dat de betrokken rechters worden benoemd door de president van een lidstaat niet betekent dat zij afhankelijk worden van dit staatshoofd, en evenmin dat er twijfels kunnen rijzen over hun onpartijdigheid, mits zij, wanneer zij eenmaal zijn benoemd, aan geen enkele druk worden onderworpen en in het kader van de vervulling van hun ambt geen instructies ontvangen.

In casu hebben de twijfels van de verwijzende rechter in wezen betrekking op nationale bepalingen die de minister-president van Malta een beslissende bevoegdheid verlenen in de procedure voor de benoeming van rechters, maar tevens bepalen dat bij deze procedure een orgaan betrokken is dat met name belast is met de beoordeling van de kandidaat-rechters en met het uitbrengen van een advies aan die minister-president. Het HvJ wijst er in dit verband op dat art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU zo 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. In het onderhavige geval is echter bij hervorming van de grondwet in 2016 een aantal wijzigingen doorgevoerd die in beginsel kunnen bijdragen tot een objectivering van die procedure, doordat de speelruimte waarover de minister-president beschikt bij de uitoefening van de hem in dit verband verleende bevoegdheid is beperkt. *In casu* blijkt een aantal regels de onafhankelijkheid van de commissie voor rechterlijke benoemingen ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht te kunnen waarborgen, zoals regels voor de samenstelling van deze commissie en een verplichting om volledig autonoom te handelen en de criteria bekend te maken waarop zij haar beoordelingen baseert. Bovendien heeft de minister-president wel een zekere bevoegdheid ten aanzien van de rechterlijke benoemingen, maar wordt de uitoefening van die bevoegdheid beperkt, onder meer door een motiveringsplicht. Voor zover de minister-president deze bevoegdheid alleen maar in zeer uitzonderlijke gevallen uitoefent en zich houdt aan de strikte en daadwerkelijke naleving van de motiveringsplicht, kan deze bevoegdheid volgens het HvJ geen aanleiding geven tot gerechtvaardigde twijfels over de onafhankelijkheid van de gekozen kandidaten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:311

Zaaknummer: C-896/19

Wetsartikelen: VEU art. 2, VEU art. 19, VEU art. 49, Hv art. 47 en Hv art. 51 lid 1

RECHTSPRAAK

Profi Credit Slovakia, HvJ EU 22 april 2021, zaak C-485/19

Gelet op de ondergeschikte positie van consumenten ten opzichte van verkopers en hun vaak gebrekkige informatiepositie, kan het consumenten niet altijd worden aangerekend dat zij pas vrij laattijdig een procedure starten tegen een oneerlijk beding. Het laten beginnen van een verjaringstermijn van drie jaar op het moment waarop een oneerlijk beding tot stand komt is volgens het HvJ dan ook niet aanvaardbaar, ook niet in het licht van art. 47 Hv.

Op 30 mei 2011 hebben verzoeker in het hoofdgeding en Profi Credit Slovakia een consumentenkredietovereenkomst gesloten voor een bedrag van 1.500 EUR tegen een rentevoet van 70 %. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Profi Credit Slovakia al meteen op de eerste dag van de contractuele relatie een aanzienlijk kostenbedrag in rekening heeft gebracht als tegenprestatie voor de aan de consument geboden mogelijkheid om op enig moment uitstel te kunnen verkrijgen van betaling van de aflossingen van het krediet. Wegens deze in rekening gebrachte kosten heeft verzoeker in het hoofdgeding niet het overeengekomen bedrag ontvangen, maar een met 24 % verlaagd bedrag, hoewel niet vaststond of hij wel van die betaalde mogelijkheid van uitstel van de aflossingen gebruik zou gaan maken. Toen hij er – na volledige terugbetaling van de lening – achter kwam dat het hier misschien ging om oneerlijke bedingen heeft hij een vordering ingesteld tot terugbetaling van de volgens hem ten onrechte geïnde kosten. De vraag is in het onderhavige geval of die vordering kan afstuiten op een objectieve verjaringstermijn van drie jaar, zonder dat daarbij strijd ontstaat met art. 47 Hv.

Het HvJ merkt op dat de verwijzende rechter alleen art. 47 Hv in zijn verwijzingsbeslissing heeft genoemd, maar dat het wenselijk is om de zaak in breder verband te zien en daarbij ook het beginsel van procedurele autonomie en het doeltreffendheidsbeginsel te betrekken. De kwestie met betrekking tot de verjaringsregel betreft dan vooral de verenigbaarheid met het doeltreffendheidsbeginsel. Een verjaringstermijn van drie jaar is ook in consumentengeschillen volgens het HvJ in beginsel niet onredelijk. Wel bestaat er in

omstandigheden als die van het hoofdgeding een niet te verwaarlozen gevaar dat de betrokken consument niet binnen de gestelde termijn de rechten inroept die het Unierecht hem toekent, bijvoorbeeld omdat hij niet in staat is om zelf te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is. In dit verband moet rekening worden gehouden met de ondergeschikte positie van consumenten ten opzichte van verkopers, zowel wat hun onderhandelingspositie als wat hun informatieniveau betreft. In een geval als dit is het hanteren van een verjaringstermijn van drie jaar die aanvangt op de dag waarop de ongerechtvaardigde verrijking is ontstaan dan ook onredelijk.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-04-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:313

Zaaknummer: C-485/19

Wetsartikelen: Hv art. 47 en Rl 2008/48/EG art. 10 lid 2

RECHTSPRAAK

**Paula Parfitt t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 20 april 2021
(ontv. besl.), nr. 18533/21**

P.K. is een jong kindje dat als gevolg van een ernstige hersenaandoening in vegetatieve staat verkeert en kunstmatig moet worden beademd. In haar belang willen de artsen de levensverlengende zorg beëindigen, maar de moeder verzet zich daartegen. De nationale rechter heeft uitgebreid deskundigenbewijs ingewonnen en op grond daarvan geoordeeld dat het beëindigen van de zorg in het belang van P.K. zou zijn. Het EHRM bevestigt dat dit oordeel niet in strijd is met het recht op leven en het recht op respect van het gezinsleven (art. 2 resp. 8 EVRM).

Klaagster is de moeder van P.K., die in april 2015 is geboren. Toen ze twintig maanden oud was, bleek dat P.K. een ernstige en meestal dodelijke aandoening had (acute necrotiserende encefalopathie, ANE) waardoor ze onder meer ernstige hersenschade had, in een permanente vegetatieve staat verkeerde en voor haar ademhaling volledig afhankelijk was van kunstmatige beademing. De situatie was zodanig dat ze voortdurend zeer gespecialiseerde medische zorg nodig had. In maart 2020 heeft het ziekenhuis waarin P.K. verbleef daarom een verzoek gedaan bij de rechter om de levensverlengende behandeling te beëindigen. Klaagster daarentegen wilde graag dat P.K. naar haar huis zou worden overgebracht en daar de nodige zorg zou krijgen. De rechter raadpleegde in totaal twaalf medisch specialisten – die het niet helemaal eens waren over de levenskansen en het welbevinden van P.K. – en besloot uiteindelijk dat het rechtmatig en in het belang van P.K. zou zijn dat de levensverlengende behandeling zou worden beëindigd, met als gevolg dat P.K. zou komen te overlijden. Dit oordeel bleef in hoger beroep in stand.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat dit rechterlijk oordeel in strijd is met art. 2 EVRM. Het Hof roept in herinnering dat het in *Lambert* en later ook in *Gard* drie vereisten heeft geformuleerd die in acht moeten worden genomen in dit soort kwesties: 1) er moet een goed regelgevend raamwerk zijn; 2) rekening moet worden gehouden met alle betrokken belangen

en wensen van de patiënt en diens naasten, maar ook met de meningen van medisch personeel; 3) er moet een goede rechterlijke toetsing zijn waarbij een beslissing kan worden genomen die in overeenstemming is met de belangen van de patiënt. In dit soort kwesties komt de staat bovendien een *margin of appreciation* toe. Het EHRM stelt voorop dat in dit geval duidelijk aan de eerste en derde eis is voldaan. Het richt zich daarom alleen op de tweede eis.

Daarbij overweegt het Hof dat de rechter kennis heeft genomen van deskundigenberichten van twaalf medische experts. Het is niet onredelijk dat de rechter daarbij vooral heeft gekeken naar de opinies van degenen die direct betrokken waren bij de dagelijkse zorg voor P.K. Het Hof overweegt ook dat alle relevante belangen expliciet en uitgebreid zijn geïdentificeerd en meegewogen en dat klagster vertegenwoordigd werd door een ervaren juridisch team. De belangen van P.K. werden bovendien behartigd door een speciale voogd. Gelet op die overwegingen neemt het Hof aan dat ook aan de tweede eis is voldaan en verklaart het de klacht over art. 2 EVRM kennelijk ongegrond.

Klagster heeft onder art. 8 EVRM ook aangevoerd dat in het rechterlijk oordeel te weinig rekening is gehouden met de belangen van moeder en kind. Het Hof merkt op dat het rechterlijk onderzoek uiterst nauwgezet en grondig is geweest. De rechter heeft zich primair gericht op de belangen van het kind, waardoor het een standaard heeft gehanteerd die in overeenstemming is met de brede consensus in het internationale recht hierover. Het is terecht dat de rechter niet is afgegaan op de mening van de ouders over wat in het belang van het kind zou zijn, maar dat op basis van deskundigenbewijs is vastgesteld dat de pogingen om P.K. in leven te houden haar een voortdurende schade berokkend. Ook deze klacht verklaart het Hof dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0420DEC001853321

Zaaknummer: 18533/21

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Murat Aksoy t. Turkije, EHRM 13 april 2021, nr. 80/17

Een journalist is in voorlopige hechtenis genomen omdat de Turkse autoriteiten aannamen dat hij betrokken was bij de voorbereiding van de mislukte staatsgreep in 2016. In 2017 is hij daarvoor weliswaar veroordeeld, maar het Turkse constitutionele hof heeft aangenomen dat bij zijn arrestatie en voorarrest zijn vrijheidsrechten en vrijheid van meningsuiting zijn geschonden. Het EHRM is het eens met deze conclusie van het constitutionele hof, maar vindt dat hij een hogere compensatie had moeten krijgen. Met minimale meerderheid besluit het EHRM wel dat de journalist voldoende toegang heeft gekregen tot zijn dossier (art. 5 lid 4 EVRM).

Klager is een journalist die voor verschillende dagbladen werkt en voor een nieuwswebsite schrijft; ook publiceert hij zijn artikelen op een eigen website. In de aanloop naar de mislukte staatsgreep in 2016 in Turkije heeft hij een hele reeks kritische artikelen gepubliceerd over de regering. Hij is in verband met verdenking van het ondersteunen van een terroristische organisatie in augustus 2016 opgepakt en in voorarrest genomen. In maart 2017 is hij vrijgelaten, maar een paar uur na die vrijlating werd hij opnieuw in hechtenis genomen, ditmaal op verdenking van een poging tot omverwerping van de constitutionele orde en de regering. In oktober 2017 werd hij ook uit deze hechtenis vrijgelaten. Hij is vervolgens veroordeeld tot twee jaar en een maand gevangenisstraf. Vervolgens heeft het constitutionele hof van Turkije wel geoordeeld dat er schendingen waren van het recht op vrijheid en de vrijheid van meningsuiting en heeft hij enige vergoeding toegekend gekregen voor immateriële schade.

Voor het EHRM heeft de regering allereerst aangevoerd dat klager geen slachtoffer meer kan worden genoemd als gevolg van het voor hem gunstige oordeel van het Turkse constitutionele hof. Het EHRM is echter van oordeel dat de toegekende vergoeding duidelijk ontoereikend was in het licht van de omstandigheden van het geval en in vergelijking met de normaal gesproken door het EHRM toegekende bedragen. Klager kan zich daardoor nog steeds

slachtoffer van een EVRM-schending noemen.

Onder art. 5 lid 1 en lid 3 EVRM heeft klager gesteld dat er geen rechtmatige basis was voor zijn voorarrest en de verlengingen daarvan. Het EHRM merkt op dat ook het Turkse constitutionele hof al heeft geoordeeld dat de detentie in strijd was met klagers recht op vrijheid en het bevestigt dit oordeel. Het feit dat Turkije in verband met de mislukte coup een noodtoestand op grond van art. 15 EVRM had genotificeerd maakt niet dat er minder noodzaak bestaat om een redelijke verdenking ten grondslag te leggen aan iemands vervolging en voorarrest. Het Hof stelt dan ook een schending vast van art. 5 lid 1 EVRM: gelet daarop acht het het niet meer nodig de klacht onder art. 5 lid 3 EVRM ook nog te beoordelen.

Het Hof stelt verder vast dat de vervolging en het voorarrest een inbreuk vormden op klagers recht op vrijheid van meningsuiting. Daarvoor bestond geen redelijke basis, zoals het Hof ten aanzien van art. 5 lid 1 EVRM al heeft vastgesteld, wat betekent dat er ook geen wettelijke grondslag was voor de detentie in de zin van art. 10 EVRM. Het Hof merkt verder op dat ook het constitutionele hof heeft geoordeeld dat klagers detentie niet kon worden aangemerkt als een evenredige inbreuk, in die zin dat er geen ‘pressing social need’ was aangetoond voor de vrijheidsbeneming. Het Hof overweegt dat het Turkse constitutionele hof daarbij in lijn met de EVRM-criteria heeft geoordeeld en het ziet geen reden om tot een ander oordeel te komen. Als overweging ten overvloede voegt het Hof toe dat de voorlopige hechtenis van kritische journalisten door het ‘chilling effect’ daarvan veel negatieve effecten had, zowel voor de betrokkenen als voor de samenleving als geheel. Ook hier maakt het bestaan van een noodtoestand onder art. 15 EVRM dit oordeel volgens het Hof niet anders. Strijd met art. 10 EVRM.

Tot slot gaat het Hof nog in op klagers stelling dat hij ten onrechte beperkte toegang heeft gekregen tot zijn strafdossier. Op dit punt is het Hof van oordeel dat klager uitgebreid is ondervraagd en dat hij toch wel enige toegang tot zijn dossier heeft gekregen. Daardoor heeft hij voldoende inzicht kunnen verkrijgen in de tegen hem bestaande aanklachten om zich effectief te kunnen verdedigen. Het Hof stelt (met 4 stemmen tegen 3) dan ook geen schending vast van art. 5 lid 4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD000008017

Zaaknummer: 80/17

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 en lid 4 en EVRM art. 15

RECHTSPRAAK

Vavříčka e.a. t. Tsjechië (EHRM (GK), nr. 47621/13)

In een zaak over een proces achter gesloten deuren heeft een Kamer van het EHRM eerder geen schending vastgesteld van het EVRM. De klager had een hogere voorziening bij de Grote Kamer gevraagd en die was gehonoreerd. Vlak daarna is de klager overleden en zijn naasten hebben te kennen gegeven dat ze de zaak niet wilden voortzetten. De Grote Kamer doet nu recht aan die wens door de zaak van de rol te schrappen; dat kan ook, nu er geen duidelijk mensenrechtelijk belang zou zijn gediend met voortzetting van de behandeling.

Klager is in 2005 strafrechtelijk vervolgd op verdenking van verkrachting van een lid van een vrouwenbasketbalteam. Op klagers verzoek vond de procedure achter gesloten deuren plaats. Het slachtoffer gaf wel enkele interviews aan de media over het gebeurde. Daarop verzocht klager op zeker moment toch om de zittingen in openbaarheid te laten plaatsvinden, omdat hij het niet eerlijk vond dat het slachtoffer zich wel in de media kon uiten terwijl er geen mogelijkheid was om zijn eigen naam te zuiveren door publiek toe te laten bij de zittingen. Aan zijn verzoek gaven de nationale rechters echter geen gehoor. Klager werd uiteindelijk veroordeeld voor de verkrachting. Voor het EHRM had klager gesteld dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden doordat het proces achter gesloten deuren heeft plaatsgevonden. Op 14 mei 2020 stelde het EHRM vast dat art. 6 lid 1 EVRM in zijn zaak niet was geschonden. Klager heeft in verband daarmee verzocht om doorverwijzing van zijn zaak naar de Grote Kamer, hetgeen is gehonoreerd. Op 9 november 2020 is klager overleden.

Zowel de regering als de erfgenamen van klager hebben bij het EHRM te kennen gegeven dat zij niet zouden willen dat de behandeling van de zaak door de Grote Kamer doorgang zou vinden. Het EHRM roept in herinnering dat het vaste praktijk van het EHRM is om een zaak van de rol te schrappen als de klager is overleden en er geen wens bij erfgenamen of naasten bestaat om de zaak voort te zetten. In dit geval hebben de naasten zelfs uitdrukkelijk als hun wens te kennen gegeven dat zij willen dat de zaak van de rol zou worden geschrapt. Het Hof kan dan alleen de zaak op de rol houden wanneer het algemeen belang dat vereist. In het

onderhavige geval was het echter niet zozeer de inhoud van de relevante wetgeving als zodanig als wel de toepassing daarvan in het concrete geval die aanleiding had gegeven tot het aanvankelijk indienen van een klacht bij het EHRM. Het Hof ziet dan ook geen bijzondere redenen gelegen in het respect voor de EVRM-rechten om de zaak alsnog te behandelen. Het besluit dan ook de zaak van de rol te schrappen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0409JUD003037313

Zaaknummer: 30373/13

Wetsartikelen: EVRM art. 37 lid 1(c)

RECHTSPRAAK

**Mik en Jovanović t. Servië, EHRM 23 maart 2021
(schrapping van de rol), nrs. 9291/14 en 63798/14**

Het EHRM heeft eerder – in 2013 – schendingen van het EVRM vastgesteld in de zogenaamde ‘missing babies’-affaire, waarbij pasgeboren kinderen overleden werden verklaard en bij hun moeders werden weggehouden, terwijl zij mogelijk in leven zijn gebleven en onrechtmatig zijn geadopteerd door een ander gezin. Het EHRM oordeelde toen dat er een deugdelijk mechanisme moest komen om rechtsherstel te bieden. In de onderhavige beslissing stelt het vast dat dit er met nieuwe wetgeving nu is gekomen, zodat het nog aanhangige vergelijkbare zaken van de rol kan schrappen.

Klagers zijn moeders van baby's die in de jaren '80 in een ziekenhuis zijn geboren en waarvan al snel aan de moeders werd gezegd dat ze in het ziekenhuis waren overleden en hun lichamen niet konden worden teruggegeven. In de jaren '90 zijn klagsters zich ervan bewust geworden dat er veel gevallen waren waarin sprake was van dergelijke 'missing babies' en wilden zij een strafklacht indienen om te achterhalen wat er werkelijk gebeurd was met hun kinderen. De zaken werden echter niet in behandeling genomen vanwege de verlopen verjaringstermijn.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat zij hierdoor geen effectief rechtsmiddel gehad om het lot van hun kinderen te kunnen achterhalen. Het Hof roept in herinnering dat het in 2013 in de zaak *Zorica Jovanović* een pilotuitspraak heeft gedaan in een vergelijkbare zaak. Daarin heeft het vastgesteld dat er in de ruimere kwestie sprake was van een schending van art. 8 EVRM en heeft het Servië opgeroepen om een deugdelijk mechanisme in het leven te roepen waardoor individueel rechtsherstel aan alle ouders zou kunnen worden geboden die zich in een vergelijkbare positie zouden bevinden. Daarbij gaf het de staat één jaar de tijd om daarvoor te zorgen. Uiteindelijk is pas in 2020 een implementatiewet aangenomen, dus na forse vertraging, maar het Hof onderkent dat het gaat om een materie van grote gevoeligheid en aanzienlijke complexiteit. De nieuwe procedure voldoet volgens het EHRM wel aan de

eerder gestelde eisen. Dat betekent dat het niet langer gerechtvaardigd is om de behandeling van de onderhavige zaken voor te zetten, en dat ook de klagers zelf hebben aangegeven graag in aanmerking te komen voor het nieuwe nationale mechanisme. Het schrapt in lijn met art. 37 lid 1 (c) EVRM de zaak dan ook van de rol.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0323DEC000929114

Zaaknummer: 9291/14 en 63798/14

Wetsartikelen: EVRM art. 37 lid 1(c) en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

Kuzmina e.a. t. Rusland, EHRM 20 april 2021, nrs. 66152/14 en 8 andere

Het EHRM heeft in veel eerdere zaken over Russische undercoveroperaties jegens mensen die verdacht worden van drugshandel al vastgesteld dat de Russische procedures hiervoor niet voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM. In het bijzonder is er een groot risico van uitlokking en bestaan er onvoldoende procedurele waarborgen. Op grond van art. 46 EVRM specificeert het EHRM nu verschillende maatregelen om te komen tot een duidelijke, voorzienbare en zorgvuldige procedure rondom undercoveroperaties.

De negen klagers in deze zaak zijn allemaal veroordeeld wegens drugshandel nadat zij drugs hebben verhandeld. Een patroon in de zaken is, dat een bekende van de verdachte zich meldde bij de politie en vervolgens, op verzoek van de politie, de verdachte verzocht om een deal te sluiten.

Voor het EHRM hebben alle klagers gesteld dat er in hun zaak sprake is geweest van uitlokking door een *agent provocateur*, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM wijst erop dat het in tal van uitspraken al heeft bepaald dat het belangrijk is om bij bijzondere opsporingsmethoden – vooral bij het inzetten van undercovermethoden – uiterst zorgvuldig en terughoudend te werk te gaan, omdat anders een risico kan bestaan van uitlokking. Het roept ook in herinnering dat het in relatie tot Rusland in talrijke eerdere uitspraken al heeft geoordeeld dat de ‘testaankoopmethode’ vrijwel zonder deugdelijke procedurele waarborgen plaatsvindt en dat het daarbij consequent schendingen heeft bevonden van art. 6 lid 1 EVRM. Kijkend naar de onderhavige zaken overweegt het Hof allereerst – ten aanzien van de inhoudelijke waarborgen die moeten worden geboden – dat de politie steeds opdrachten heeft gegeven op basis van onbetrouwbare of ongeverifieerde informatie, waarbij niet duidelijk was of die was gegeven door iemand die onafhankelijk was van de politie. Er was daardoor een groot risico dat de kopers handelden als *agents provocateurs*. Bovendien werd in geen van de gevallen geverifieerd of de klagers eigenlijk wel verdacht konden worden van drugshandel.

Kijkend naar de meer procedurele waarborgen overweegt het Hof dat de nationale rechter stelselmatig onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar aantijgingen van uitlokking en ook niet achteraf heeft beoordeeld of de undercoveroperaties aan de procedurele eisen van art. 6 EVRM voldeden. Gelet daarop stelt het Hof ten aanzien van alle negen klachten een schending vast van art. 6 lid 1 EVRM.

Onder art. 46 EVRM overweegt het Hof dat het al sinds 2005 uitspraken heeft gedaan waarin het consequent heeft gewezen op het structurele probleem dat in Rusland bestaat rondom uitlokking en waarin het ook stelselmatig heeft vastgesteld dat de procedurele waarborgen niet toereikend zijn om willekeur tegen te gaan. Ook heeft het eerder al onder art. 46 EVRM opgeroepen om algemene maatregelen te treffen om op te komen tegen deze problemen. Het Hof vraagt zich nu echter af of dat wel voldoende is, gelet op de vele schendingen die het sindsdien nog heeft vastgesteld. Het Hof wijst erop dat zo'n 78.400 mensen per jaar worden veroordeeld op basis van de aan de orde zijnde werkwijze, hetgeen ook tot andere mensenrechtenproblemen leidt, zoals schendingen van art. 3 EVRM vanwege overvolle gevangenissen. Het Hof acht het dan ook gepast om onder art. 46 EVRM opnieuw vast te stellen dat nadere hervorming van het Russische systeem vereist is. Onder verwijzing naar zijn eigen rechtspraak en de praktijk en hervormingen in verschillende andere staten overweegt het in het bijzonder dat het Russische recht zou moeten voorzien in een heldere en voorzienbare procedure voor het autoriseren van undercoveroperaties, te voeren voor een rechterlijke instantie die voldoende waarborgen biedt tegen misbruik.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0420JUD006615214

Zaaknummer: 66152/14 en 8 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

K.I. t. Frankrijk, EHRM 15 april 2021, nr. 5560/19

Een Russische vluchteling is in Frankrijk veroordeeld vanwege terroristische activiteiten in Syrië. Daarop is zijn vluchtelingenstatus ingetrokken en is hij tot ongewenst vreemdeling verklaard. In lijn met de rechtspraak van het HvJ over ‘het zijn van vluchteling’ – een criterium dat niet wordt beïnvloed door het intrekken van de vluchtelingenstatus – moet hij echter nog steeds als vluchteling worden aangemerkt. Hij kan dan ook alleen rechtmatig worden uitgezet als alsnog een volwaardige analyse van de in Rusland dreigende art. 3 EVRM-risico’s wordt uitgevoerd.

Klager is van Tsjetsjeense afkomst. In 2011, toen 17 jaar oud, is hij vanuit Rusland naar Frankrijk gevlucht en daar heeft hij een vluchtelingenstatus toegekend gekregen. Al snel daarna werd hij gearresteerd op verdenking van betrokkenheid bij de voorbereiding van terroristische activiteiten. In het bijzonder werd hij ervan beschuldigd dat hij naar Syrië zou zijn gereisd om daar militaire training te ondergaan en te hebben gevochten als onderdeel van een jihadistische groep. Daarvoor werd hij in 2015 veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf. In datzelfde jaar werd een uitzettingsbeslissing jegens klager afgegeven vanwege de bedreiging die hij zou vormen voor de openbare orde. In 2016 werd zijn vluchtelingenstatus ingetrokken omdat hij definitief vanwege terrorisme was veroordeeld. Daartegen heeft klager geprocedeerd, maar de immigratiedienst (OFPRA) heeft betoogd dat de uitzonderingsclausule van art. 1f van de Geneefse Conventie van toepassing zou zijn. In 2019 heeft de bevoegde vreemdelingenrechter (CNDA) de beslissing van OFPRA om de internationale bescherming op te heffen aanvaard; dit besluit is ook bij de *Conseil d’Etat* in stand gebleven. In verband met de dreigende uitzetting naar Rusland zijn interimmaatregelen opgelegd aan Frankrijk op grond van Regel 39 van het Reglement van het Hof.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn uitzetting naar Rusland een schending zou opleveren van art. 3 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat de situatie in de Noordelijke Kaukasus niet zodanig is dat een terugkeer naar Rusland helemaal niet mogelijk zou zijn. Ook overweegt

het Hof dat klager niet tot een bijzonder kwetsbare groep behoort. Hij is niet pas net gevlucht en heeft bovendien bewust en na een lange voorbereidingstijd gekozen voor een vertrek naar Syrië. Wel memoreert het Hof dat het HvJ EU – in de periode waarin de zaak tegen klager speelde – heeft geoordeeld dat het ‘zijn van vluchteling’ niet wordt beïnvloed door het intrekken van de status van internationale bescherming in verband met het zijn van een bedreiging van de openbare orde in een lidstaat (*M t. Ministerstvo vnitra en X en X t. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (HvJ EU 14 mei 2019, gev. zaken C-391/16, C-77/17 en C-78/17, EU:C:2019:403). Deze rechtspraak is ook door de *Conseil d’État* toegepast. Dit betekent dat moet worden aangenomen dat klager nog steeds als vluchteling moet worden aangemerkt. Dit is een factor die de nationale autoriteiten in acht hadden moeten nemen bij het beoordelen van de risico’s die klager zou lopen bij terugkeer naar Rusland. De nationale rechters hebben die factor echter niet in hun overwegingen meegenomen en hebben daardoor een onvolledige risicoanalyse uitgevoerd. Het Hof sluit niet uit dat een volwaardige beoordeling tot dezelfde conclusie zou leiden als nu is bereikt, dus dat er geen risico voor een art. 3-schending is bij uitzetting naar Rusland. Tegelijkertijd heeft de CNDA in een aantal zaken een uitzetting tegengehouden vanwege de risico’s die iemand onder art. 4 en art. 19 lid 2 EU-Grondrechtenhandvest zou lopen doordat hij nog steeds als vluchteling kon worden gekwalificeerd. In deze zaak zou er dan ook een procedurele schending onder art. 3 EVRM ontstaan wanneer klager naar Rusland zou worden uitgezet zonder voorafgaande, volledige en *ex nunc* beoordeling van de risico’s.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0415JUD000556019

Zaaknummer: 5560/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

H.A. t. Belgische Staat, HvJ EU 15 april 2021, zaak C-194/19

In een procedure tegen een besluit tot overdracht onder de Dublin III-Verordening kan art. 47 Hv eraan in de weg staan dat een rechter geen rekening houdt met omstandigheden die dateren van na de vaststelling van dat besluit en die beslissend zijn voor de toepassing van die verordening. Dat is onder bepaalde voorwaarden alleen anders als voor deze beoordeling een specifiek rechtsmiddel beschikbaar is.

H.A. heeft in 2017 een asielverzoek ingediend in België. Op verzoek van de Belgische autoriteiten heeft Spanje ermee ingestemd om het verzoek over te nemen. Vervolgens heeft de Dienst Vreemdelingenzaken het asielverzoek van H.A. afgewezen en hem bevolen het Belgische grondgebied te verlaten. In verband hiermee heeft H.A. geprocedeerd en daarbij heeft hij aangevoerd dat hij tegelijkertijd had moeten worden gehoord met zijn broer, die vlak daarvoor (maar na de beslissing over de Dublin-overdracht) ook in België was aangekomen en een asielverzoek had ingediend. Dit beroep is verworpen omdat de rechter feiten die zich hebben voorgedaan na de vaststelling van het overdrachtsbesluit niet in aanmerking kan nemen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van dit besluit. De Raad van State van België vraagt zich nu wel af of er niet toch een verplicht is om in voorkomend geval rekening te houden met gegevens die dateren van na het besluit tot Dublinoverdracht.

Het HvJ stelt voorop dat het recht om tegen een overdrachtsbesluit op te komen impliceert dat hij een daadwerkelijk rechtsmiddel moet kunnen benutten, waarbij ook aan de eisen van art. 47 Hv moet worden voldaan. In samenhang gelezen betekenen art. 27 lid 1 van de Dublin III-Verordening en art. 47 Hv dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de rechter bij het onderzoek van een bij hem ingesteld beroep tot nietigverklaring van een overdrachtsbesluit geen rekening mag houden met omstandigheden die dateren van na de vaststelling van dat besluit en die beslissend zijn voor de juiste toepassing van die verordening, tenzij die regeling voorziet in een specifiek rechtsmiddel dat een ex nunc-onderzoek van de situatie van de betrokken persoon omvat waarvan de resultaten bindend zijn voor de bevoegde autoriteiten, welk rechtsmiddel kan worden

ingesteld nadat die omstandigheden zich hebben voorgedaan en waarvoor met name niet als voorwaarde geldt dat die persoon zijn vrijheid is ontnomen of dat de tenuitvoerlegging van het overdrachtsbesluit op handen is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-04-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:270

Zaaknummer: C-194/19

Wetsartikelen: Hv art. 47 en Vo nr. 604/2013, art. 27

RECHTSPRAAK

Gatsalova t. Rusland, EHRM 20 april 2021, nr. 41318/10

Klaagsters echtgenoot is in 2005 overleden tijdens een aanval op ordehandhavers. De autoriteiten hebben zijn lichaam niet teruggegeven aan zijn weduwe, maar hebben besloten de man – tegen de wens van de weduwe in – te cremen. Het EHRM wijst op zijn eerdere rechtspraak over deze materie, waarin het heeft geoordeeld dat dergelijke besluiten van de overheid in strijd zijn met art. 8 EVRM. In het onderhavige geval komt het tot dezelfde conclusie. Volgens een van de rechters heeft het Hof ten onrechte de klacht over aantasting van de godsdienstvrijheid door het besluit tot crematie niet inhoudelijk behandeld.

Klaagsters echtgenoot is in oktober 2005 overleden tijdens een aanval op ordehandhavers. Zijn identiteit is in november 2005 op basis van een DNA-test vastgesteld en klaagster ontving ook een certificaat van overlijden. Klaagster heeft verschillende keren gevraagd om teruggave van het lichaam van haar echtgenoot, zodat zij hem kon begraven. Aan die verzoeken is geen gehoor gegeven. In plaats daarvan is klager, samen met een aantal andere vermoede en overleden terroristen, in opdracht van de overheid gecremeerd.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat art. 8 EVRM is geschonden door de weigering het lichaam van haar echtgenoot terug te geven. Het Hof overweegt dat het in eerdere uitspraken in vergelijkbare zaken al heeft geoordeeld dat het automatisme waarmee geen gehoor is gegeven aan klaagsters verzoeken iedere aanvaardbare margin of appreciation te buiten is gegaan en daarmee in strijd is met art. 8 EVRM. Dat geldt niet anders in het onderhavige geval. Eveneens in lijn met eerdere rechtspraak concludeert het Hof dat tegen dit besluit onvoldoende rechtsbescherming is geboden, in strijd met art. 13 jo. 8 EVRM. Klaagster heeft ook nog een beroep gedaan op art. 3 en 9 EVRM, maar het Hof acht het niet nodig om die klachten afzonderlijk te behandelen.

Tegen het oordeel inzake art. 9 EVRM richt de afwijkende mening van rechter Pavli zich, die stelt dat vanwege de zwaarwegende bezwaren die in het islamitische geloof bestaan tegen crematie er wel degelijk een belangrijk element van godsdienstvrijheid in deze zaak betrokken was. Het was op grond van art. 19 EVRM daarom goed geweest als het Hof ook deze klacht inhoudelijk had behandeld.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0422JUDoo4131810

Zaaknummer: 41318/10

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

F.O. t. Kroatië, EHRM 22 april 2021, nr. 29555/13

Een jongen is op de middelbare school verschillende keren voor idioot en domkop uitgemaakt door zijn wiskundeleraar. Daar heeft hij psychische schade aan overgehouden, maar de school heeft weinig tot niets gedaan tegen de beledigingen. Het EHRM is van oordeel dat een dergelijke vorm van verbaal geweld of intimidatie, gelet op de context, binnen het bereik van art. 8 EVRM valt. De staat heeft een zware verantwoordelijkheid om dit soort gedrag op scholen tegen te gaan. In dit geval is onvoldoende gedaan om de jongen tegen de beledigingen te beschermen, zodat art. 8 EVRM is geschonden.

Klager zat in de periode 2008-2012 op een middelbare school. Toen hij daar een keer te laat bij de wiskundeles aankwam, scholdte de leraar hem uit voor onder meer idioot, stomme en domkop. Hij maakte daarvan melding bij het schoolhoofd, maar er werd geen actie tegen de leraar ondernomen. Later kwam het nog twee keer voor dat de leraar hem welbewust uitmaakte voor idioot of malloot. Klager heeft in verband daarmee een psychologische behandeling ondergaan en is gediagnosticeerd met PTSS en een angststoornis.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat sprake was van een vorm van intimidatie die in strijd is met art. 8 EVRM en waartegen te weinig is ondernomen. Klager heeft ook een beroep gedaan op art. 3 EVRM, maar gelet op de aard van de zaak besloot het Hof alleen te onderzoeken of inbreuk is gemaakt op art. 8 EVRM. Daarbij merkt het Hof op dat een inbreuk een zekere mate van ernst moet hebben om daadwerkelijk impact moet hebben op het effectieve genot van iemands privéleven. Bij die beoordeling kan ook een rol spelen dat iemand onderdeel uitmaakt van een kwetsbare minderheid. Het Hof merkt op dat er in de loop van de tijd een evolutie is geweest waar het gaat om de sociale attitude met betrekking tot het disciplineren van leerlingen, waarbij wordt aangenomen dat leerlingen moeten worden behoed voor geweld en misbruik. In het onderhavige geval is volgens het Hof duidelijk dat de beledigingen hebben geleid tot emotionele effecten bij klager die invloed hebben gehad op

zijn psychologisch welbevinden, zijn waardigheid en zijn morele integriteit. Dat heeft er ook mee te maken dat de beledigingen in een vol klaslokaal zijn geuit, waardoor klager ten aanzien van zijn klasgenoten werd vernederd, en dat ze zijn geuit door een docent die zich in een autoriteitspositie ten opzichte van klager bevond. Dit maakt volgens het EHRM dat art. 8 EVRM in de onderhavige zaak van toepassing is en dat ook niet kan worden gezegd – zoals de regering heeft betoogd – dat in dit geval geen sprake is geweest van kennelijk nadeel in de zin van art. 35 lid 3 EVRM.

Voor de op deze manier gemaakte inbreuk op klagers privéleven is geen rechtvaardiging te geven. De eerste beledigende opmerkingen waren misschien nog ingegeven door de wens klager te disciplineren, maar voor de latere opmerkingen gold dat niet. Weliswaar was er geen sprake van systematische intimidatie, maar R.V. had zich ervan bewust moeten zijn dat iedere vorm van geweld, inclusief verbaal geweld van milde aard, onacceptabel is in een onderwijssetting en dat hij leerlingen diende te bejegenen met respect voor hun waardigheid en morele integriteit. Het Hof acht het daarnaast van belang om in te gaan op de vraag hoe de autoriteiten in dit geval hebben gereageerd op de aantijgingen van intimidatie. Het Hof merkt daarbij op, dat er de nodige wetgevende, bestuurlijke, sociale en onderwijsmaatregelen moeten worden getroffen om dit type gedrag jegens leerlingen te allen tijde te voorkomen en een ‘zero tolerance’-regime te hanteren als het gaat om geweld of misbruik in onderwijsinstellingen. In Kroatië bestaat er geen concrete bescherming tegen ‘bullying’ door docenten, maar er is wel een algemeen beschermend regime voor kinderen die het slachtoffer worden van geweld of misbruik. In het onderhavige geval was het niet nodig geweest om het strafrecht in te roepen, maar andere maatregelen hadden wel moeten worden genomen. Daarbij overweegt het Hof dat de school geen enkele concrete actie heeft ondernomen tot de vader ook andere overheidsorganen aanschreef met zijn klacht, maar ook toen bleef het handelen beperkt tot een reprimande door de schoolpsycholoog richting R.V. en een ‘verzoeningsproces’ tussen R.V. en klager. Ook het bevoegde ministerie heeft verder geen actie ondernomen. Gelet daarop stelt het Hof vast dat de overheid onvoldoende zorgvuldig heeft gereageerd op klagers aantijgingen over intimidatie op school, zodat art. 8 EVRM is geschonden (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0422JUD002955513

Zaaknummer: 29555/13

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

E.G. t. Moldavië, EHRM 13 april 2021, nr. 37882/13

In 2008 is E.G. slachtoffer geworden van groepsverkrachting. De drie daders zijn veroordeeld tot gevangenisstraffen, maar één van de daders is voortvluchtig. Hem is aanvankelijk in 2012 gratie verleend, al is dat besluit later ingetrokken. Volgens het EHRM is gratieverlening in beginsel niet in overeenstemming met de verplichtingen van staten tot effectieve bescherming van de rechten van een geweldsslachtoffer onder art. 3 en 8 EVRM. Bovendien verplichten deze bepalingen tot inspanningen om een veroordeling bij gewelddadige (zeden)delicten effectief ten uitvoer te leggen. Deze verplichtingen heeft Moldavië in deze zaak geschonden.

In 2008 is klagster het slachtoffer geworden van seksueel geweld gepleegd door drie mannen. In 2009 werden twee van de mannen veroordeeld tot gevangenisstraffen wegens groepsverkrachting; de derde dader werd vanwege aanranding veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf. Waar de eerste twee mannen op de dag van de uitspraak werden aangehouden, was de derde man niet aanwezig bij de zitting, waarop een arrestatiebevel tegen hem werd uitgevaardigd. In 2011 diende de derde dader een gratieverzoek in, dat aanvankelijk, in 2012, werd gehonoreerd; dit besluit werd later weer ongedaan gemaakt. Klagster kwam er daarna achter dat er sindsdien niets concreets was ondernomen om de derde dader te vinden. In 2014 werd wel een arrestatiebevel uitgevaardigd, en in 2015 een internationaal arrestatiebevel. In 2020 was de derde dader echter nog steeds niet gevonden.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat het ontbreken van een effectieve tenuitvoerlegging van de aan de dader opgelegde straf in strijd is met haar door art. 3 en 8 EVRM beschermde rechten. Het Hof benadrukt allereerst dat verkrachting en seksueel geweld binnen het bereik komen van art. 3 EVRM en bovendien betrekking hebben op de ook door het privéleven beschermde fundamentele waarden. Verwijzend naar vaste rechtspraak overweegt het dat staten een positieve verplichting hebben om ervoor te zorgen dat er een effectief

strafrechtelijk systeem bestaat dat dergelijk seksueel geweld strafbaar stelt. Het Hof merkt op dat de dader in dit geval was veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf, maar dat deze straf nooit ten uitvoer is gelegd. Ook is klager aanvankelijk gratie verleend. Weliswaar is dat een bevoegdheid die de staten hebben en die in overeenstemming kan zijn met het internationale recht, maar het Hof heeft er eerder ook al op gewezen dat gratie in beginsel niet mag worden verleend in gevallen van mishandeling of foltering door overheidsagenten. Het Hof oordeelt nu dat dit uitgangspunt ook van toepassing kan zijn in gevallen waarbij geweld is gepleegd door privépersonen. Zeker gelet op de ernstige inbreuk op de integriteit van klagster en de schade die haar is berokkend, acht het Hof het onverenigbaar met art. 3 en 8 EVRM om de dader daarvoor gratie te verlenen.

Het Hof merkt daarbij verder op dat er in Moldavië een duidelijk inconsistent beleid was ten aanzien van de toepassing van de gratieregeling, al is het maar omdat een van de andere twee daders – die zich verder in een vergelijkbare positie bevond – geen gratie werd verleend en de gratie later ook weer werd ingetrokken. Eveneens van belang acht het Hof het feit dat juist de gratie de dader de mogelijkheid heeft gegeven om uit Moldavië te vluchten en zich te onttrekken aan zijn straf. Nadat de gratie was ingetrokken, is verder sprake geweest van slecht gecoördineerd beleid van verschillende instanties en heeft het onredelijk lang geduurd voordat arrestatiebevelen tegen de dader werden uitgevaardigd. Dit alles in samenhang bezien maakt volgens het EHRM dat art. 3 en 8 EVRM zijn geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD003788213

Zaaknummer: 37882/13

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Braathens Regional Aviation, HvJ EU 15 april 2021, zaak C-30/19

In het licht van EU-gelijkebehandelingsrichtlijn 2000/43 en art. 47 Hv is het niet toelaatbaar dat een nationale wettelijke regeling het mogelijk maakt dat iemand die verantwoordelijk is voor een discriminatoir handelen een schadevergoeding betaalt aan de benadeelde, zonder de discriminatie te erkennen en zonder nader rechterlijk onderzoek naar de inhoud van de discriminatieklacht. De nationale rechter moet dan de wettelijke regeling buiten toepassing verklaren en zelf recht doen aan de eisen van art. 7 en 15 van de gelijkebehandelingsrichtlijn en art. 47 Hv.

In 2015 werd een in Stockholm woonachtige Chileense passagier tijdens een Zweedse binnenlandse vlucht van de luchtvaartmaatschappij Braathens op bevel van de gezagvoerder aan een extra veiligheidscontrole onderworpen. De discriminatieombudsman van Zweden heeft daarop beroep ingesteld en gevorderd dat Braathens hem een schadevergoeding van ongeveer 1000 euro zou betalen in verband met discriminatie. Braathens heeft voor de rechter ingestemd met betaling van die schadevergoeding, maar zonder te erkennen dat sprake was van enige discriminatie. Daartegen heeft de discriminatieombudsman vergeefs hoger beroep ingesteld; dat oordeel heeft hij nu bestreden bij de hoogste Zweedse rechter. Deze rechter wenst nu in essentie van het HvJ te vernemen of de art. 7 en 15 van richtlijn 2000/43 tegen de achtergrond van art. 47 zo moet worden uitgelegd dat het mogelijk is dat wetgeving de rechter belet het bestaan van discriminatie te onderzoeken wanneer de verweerder bereid is de gevorderde schadevergoeding te betalen zonder te erkennen dat er sprake is van discriminatie.

Het HvJ stelt voorop dat art. 7 van de richtlijn een nadere uitwerking vormt van art. 47 Hv en roept in herinnering dat deze bepaling vergt dat mensen die menen te zijn gediscrimineerd op grond van ras of etnische afstamming een effectieve rechterlijke bescherming moeten kunnen krijgen. Art. 15 verplicht daarbij de lidstaten om voldoende doeltreffende maatregelen en

sancties te treffen bij gevallen van discriminatie. De strengheid van de sancties moet in verhouding staan tot de ernst van de strafbaar gestelde feiten. Zij moet met name verzekeren dat deze sancties een reële afschrikkende werking hebben en tegelijkertijd voldoen aan het algemene evenredigheidsbeginsel. In het onderhavige geval is de regeling zo ingericht dat een verweerder kan instemmen met een vordering tot schadevergoeding. De verplichting om een schadevergoeding te betalen is dan niet gekoppeld aan diens erkenning dat de gestelde discriminatie is begaan en evenmin aan de vaststelling van die discriminatie door de bevoegde instantie. Bovendien heeft een dergelijke instemming vooral tot gevolg dat de rechter bij wie het beroep is ingesteld, geen uitspraak kan doen over de vraag of er daadwerkelijk sprake is van de gestelde discriminatie, terwijl deze discriminatie de grondslag van de schadevordering vormt en als zodanig integrerend deel uitmaakt van dat beroep. Een verzoeker kan in een dergelijk geval dus geen uitspraak van een civiele rechter krijgen over het bestaan van discriminatie. Een dergelijke nationale wetgeving is in strijd met de eisen van art. 7 en 15 van de richtlijn en met art. 47 Hv. Een vermeend slachtoffer moet een uitspraak van de rechter kunnen verkrijgen over een eventuele schending van zijn rechten, ook in gevallen waarin de betrokkene geen primair economisch belang heeft, maar wil laten vaststellen dat de ten laste gelegde feiten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en hij deze juridisch wil laten kwalificeren. Daarnaast doet een dergelijke wettelijke bepaling afbreuk aan de herstellende en afschrikkende functie die de sancties moeten hebben. De betaling van een geldbedrag volstaat niet om te voldoen aan de aanspraken van een persoon die door middel van een vergoeding voor de geleden immateriële schade bovenal de erkenning wenst te verkrijgen dat hij is gediscrimineerd. Ook kan de verplichting een geldsom te betalen niet worden geacht degene die discrimineert daadwerkelijk af te schrikken. Die verplichting zet deze persoon er immers niet toe aan zijn discriminerend gedrag niet te herhalen en voorkomt dus niet dat hij opnieuw discrimineert. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als een verweerder betwist dat er sprake is van enige discriminatie maar het vanuit het oogpunt van de kosten en voor zijn imago voordeliger acht om de door de verzoeker gevorderde schadevergoeding te betalen en op die manier te voorkomen dat de nationale rechter vaststelt dat er sprake is van discriminatie. Het feit dat er een mogelijkheid bestaat om dan nog wel een strafprocedure in te leiden, doet hieraan niet af, want neemt niet weg dat de rechtsmiddelen in de burgerlijke zaken niet aan de vereisten van de richtlijn voldoen. Evenmin kunnen het beginsel van proceseconomie en het streven om een minnelijke oplossing van geschillen te bevorderen tot een andere uitkomst leiden, net zomin als het lijdelijkheidsbeginsel. In dit verband overweegt het Hof ook dat voor de eerbiediging van de genoemde regels niet zoiets als een nieuw rechtsmiddel nodig is, maar dat alleen wordt verlangd dat de nationale rechter een procedureregulering buiten toepassing laat – dat is een bevoegdheid die de nationale rechter zou moeten hebben.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-04-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:269

Zaaknummer: C-30/19

Wetsartikelen: Hv art. 47, Rl 2000/43/EG art. 7 en Rl 2000/43/EG art. 15

RECHTSPRAAK

Armando Carvalho, HvJ EU 25 maart 2021, zaak C-565/19 P

Verschillende families hebben in 2018 geprobeerd om bij het Gerecht van de EU een pakket van EU-maatregelen te laten vernietigen tot terugdringing van de broeikasgassen. Daarbij was het verzoek aan het Gerecht om de wetgevende instellingen op te dragen om tot een veel grotere reductie te komen in 2030. Het Gerecht heeft dit beroep niet-ontvankelijk verklaard omdat het naar EU-recht voor individuen niet mogelijk is om op te komen tegen algemene regelgeving. Het HvJ bevestigt dit oordeel in hoger beroep.

In 2018 hebben verschillende families uit een aantal EU-lidstaten en derde landen een procedure aangespannen bij het Gerecht van de EU met het oog op het aannemen van strengere maatregelen tot het terugdringen van broeikasgassen. Volgens hen zou het bestaande pakket van wetgeving moeten worden vernietigd omdat het voor 2030 als doel voor het reduceren van de uitstoot 40% heeft gesteld in vergelijking met 1990. Bovendien zou het Gerecht als oplossing hiervoor opdracht moeten geven aan de Raad en het Europees Parlement om dit doel te verhogen naar tenminste 50 of 60%. Het Gerecht heeft deze vordering in 2019 niet-ontvankelijk verklaard omdat de verzoekers niet voldeden aan de eisen van locus standi onder art. 263 VWEU. De verzoekers worden namelijk onvoldoende individueel geraakt door de wetgeving. Het feit dat de effecten van klimaatverandering voor de ene persoon anders kunnen zijn dan voor de ander maakt dat niet anders; feit blijft volgens het Gerecht dat er onder het EU-recht geen mogelijkheid is om op te komen tegen algemene regelgeving. De verzoekers zijn hiervan in hogere voorziening gekomen bij het HvJ.

Het HvJ bevestigt het oordeel van het Gerecht. Daarbij benadrukt het vooral dat in het licht van de Plaumann-criteria de enkele stelling dat een wetgevingshandeling van een van de EU-instellingen inbreuk maakt op fundamentele rechten niet voldoende is voor ontvankelijkheid van een individueel beroep, zonder dat daardoor de regeling omtrent de ontvankelijkheidscriteria bij het HvJ EU betekenisloos zou worden gemaakt. In het bijzonder is het niet aan het Hof van Justitie om die voorwaarden zo te interpreteren dat ze in feite in

zouden gaan tegen wat expliciet in het VWEU is vastgelegd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 25-03-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:252

Zaaknummer: C-565/19

Wetsartikelen: VWEU art. 263

RECHTSPRAAK

Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a., HvJ EU 15 april 2021, gev. zaken C-798/18 en C-799/18

In een zaak over een stimuleringsregeling voor de exploitatie van zonnecellen overweeg het Hof dat art. 16 en 17 Hv zich niet verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in een vermindering of uitstel van betaling van de stimuleringsbedragen voor de op deze manier opgewekte energie die bij eerdere bestuursbesluiten zijn toegekend en door ad hoc-overeenkomsten tussen de exploitanten van deze installaties en een overheidsbedrijf zijn bevestigd, wanneer deze regeling betrekking heeft op stimuleringsbedragen waarin reeds is voorzien maar die nog niet verschuldigd zijn.

Verzoekers in hoofdgedingen zijn eigenaren van fotonvoltaïsche installaties (installaties met zonnecellen) met een vermogen van meer dan 200 kW. Zij kwamen in aanmerking voor stimuleringsbedragen voor het opwekken van elektriciteit door zonnecellen. Deze stimuleringsregeling is in 2014 gewijzigd, en van deze wijziging hebben zij nietigverklaring gevorderd op nationaal niveau. De wijziging betreft het vervangen van het criterium 'werkelijke productie' door dat van 'gemiddelde jaarlijkse productiecapaciteit', zonder rekening te houden met de oorspronkelijke voorwaarden waaronder de verzoekers tot de steunregeling waren toegetreden. Volgens verzoekers hebben de aanpassingen negatieve gevolgen voor lopende betrekkingen en leiden zij tot een vermindering of uitstel van betaling van de stimuleringsbedragen. In verband hiermee heeft de verwijzende rechter een aantal vragen voorgelegd aan het HvJ EU, waarbij onder meer aan de orde is of art. 16 en 17 Hv, gelezen in het licht van de beginselen van rechtszekerheid en gerechtvaardigd vertrouwen, zich verzetten tegen een aanpassing als de genoemde.

Voor zover relevant voor art. 16 en 17 Hv overweegt het HvJ dat deze bepalingen in de onderhavige zaak inderdaad van toepassing zijn. Het Hof wijst erop dat uit zijn rechtspraak

blijkt dat de door art. 17 Hv verleende bescherming niet ziet op louter commerciële belangen of kansen, maar rechten betreft met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit op basis waarvan deze rechten door en ten gunste van de houder ervan autonoom kunnen worden uitgeoefend. Uit de rechtspraak van het EHRM – waarmee op grond van art. 52 lid 3 Hv rekening moet worden gehouden – blijkt dat het eigendomsbegrip ook betrekking kan hebben op rechten en belangen die vermogensbestanddelen vormen, met inbegrip van schuldvorderingen. De vraag is nog wel of het recht om stimuleringsbedragen als die in het hoofdgeding te ontvangen kan worden gezien als een verworven rechtspositie. Dat is het geval als zij al zijn verkregen of definitief verschuldigd zijn, of als sprake is van specifieke omstandigheden die bij de betrokkene een gewettigd vertrouwen kunnen wekken dat hij een bepaald goed zal verwerven. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of zo'n vertrouwen in dit geval inderdaad kan zijn ontstaan, maar het HvJ concludeert niettemin dat bijgevolg moet, zoals ook de advocaat-generaal in punt 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, worden vastgesteld dat het door de betrokken exploitanten van fotovoltaïsche installaties aangevoerde recht om voor de gehele duur van de door hen gesloten overeenkomsten de stimuleringsbedragen ongewijzigd te kunnen blijven genieten, geen verworven rechtspositie vormt en niet valt onder de bescherming van art. 17 Hv. De wijziging van de hoogte van die stimuleringsbedragen of van de betalingsvoorwaarden ervan door een nationale bepaling kan daarom niet worden gelijkgesteld met een aantasting van het eigendomsrecht zoals erkend door art. 17 Hv.

Wat betreft art. 16 Hv overweegt het Hof dat de daarin vastgelegde contractvrijheid voornamelijk de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer betreft en de vrijheid om de prijs voor een dienst te betalen. Het HvJ overweegt dat het in dit geval vooral ging om standaardovereenkomsten tussen de elektriciteitsdienst GSE en de exploitanten van de installaties, over de inhoud waarvan zij niet konden onderhandelen. In dergelijke gevallen bestaat de contractvrijheid van de andere partij er in wezen in te beslissen of zij de voorwaarden van een dergelijke overeenkomst al dan niet aanvaardt. De aan de orde zijnde nationale regeling kan dan ook niet worden beschouwd als een inmenging in de zin van art. 16 Hv in de contractvrijheid van de partijen bij de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde overeenkomsten.

Art. 16 Hv kan ook het recht van een onderneming omvatten om de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen vrij te gebruiken. In casu blijkt volgens het HvJ echter niet dat het recht van de exploitanten van de betrokken fotovoltaïsche installaties is beperkt om vrijelijk gebruik te maken van de middelen waarover zij beschikken. De stimuleringsbedragen zoals die zijn kunnen niet als dergelijke middelen worden beschouwd omdat daarin weliswaar is voorzien, maar ze nog niet verschuldigd zijn.

Bovendien heeft het HvJ al geoordeeld dat deze exploitanten zich niet kunnen beroepen op een gewettigd vertrouwen dat zij deze stimuleringsbedragen ongewijzigd konden blijven genieten. Ook op deze in art. 16 Hv vastgelegde vrijheid maakt de onderhavige regeling dus geen inbreuk.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-04-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:280

Zaaknummer: C-798/18 en C-799/18

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1, Hv art. 16, Hv art. 17, Hv art. art. 52 lid 3, Verdrag inzake het Energiehandvest art. 10 en Rl 2009/28/EG art. 3 lid 3(a)

RECHTSPRAAK

**Ahmet Hüsrev Altan t. Turkije, EHRM 13 april 2021, nr.
13252/17**

Een journalist is na de mislukte staatsgreep in 2016 in Turkije opgepakt en in voorlopige hechtenis genomen omdat hij subliminale boodschappen over de coup zou hebben afgegeven in zijn publicaties. Het EHRM oordeelt dat er in de gegeven omstandigheden geen enkele redelijke verdenking tegen de journalist kon bestaan. Daardoor was er noch een redelijke grond voor het voorarrest, noch voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting, in strijd met art. 5 lid 1 en art. 10 EVRM. Voorts stelt het EHRM een schending vast van art. 5 lid 4 EVRM omdat klagers toegang tot zijn strafdossier sterk beperkt was waardoor zijn mogelijkheden van het voeren van een effectieve verdediging werden geraakt.

Klager is een in Turkije bekende journalist die een eigen krant heeft opgericht (Taraf) en die schrijft voor een website. In het begin van de jaren '10 werd in Taraf een reeks artikelen gepubliceerd over een voorgenomen militaire coup, naar aanleiding waarvan een criminele organisatie (Balyoz) werd onderzocht en uiteindelijk werd beëindigd. In verband daarmee werd een strafzaak aangespannen tegen klager omdat hij valse informatie zou hebben verspreid. In 2016 publiceerde klager opnieuw een serie artikelen waarin hij zich dit keer uitgesproken kritisch en in felle bewoordingen uitsprak over de regering en de Turkse president Erdogan. Deze publicaties vielen samen met de mislukte coup die in juli 2016 plaatsvond. In september 2016 werd klager gearresteerd op verdenking van banden met de FETÖ/PDY (de beweging die werd verdacht van het beramen van de coup) en het verspreiden van subliminale boodschappen aan het publiek die een teken hadden kunnen zijn van de voorgenomen coup. Klager is in verband daarmee tot een gevangenisstraf veroordeeld.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn aanhouding en voorlopige hechtenis niet gebaseerd waren op een redelijke verdenking van terrorisme-gerelateerde overtredingen.

Het Hof is van oordeel dat de aantijgingen jegens klager, namelijk dat hij subliminale boodschappen had verspreid die blijk gaven van voorkennis van wat er te gebeuren stond, niet op een redelijke beoordeling van de publicaties berustten. Er was ook geen bewijs dat Taraf had gehandeld op instructies van een criminele organisatie. De stelling van de verwerende staat dat de (na de coup onder art. 15 EVRM uitgeroepen) noodtoestand de aanhouding kon rechtvaardigen verwerpt het Hof, onder meer onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak hierover. Schending art. 5 lid 1 EVRM.

Het Hof stelt verder een schending vast van art. 5 lid 4 EVRM omdat klagers toegang tot zijn strafdossier sterk beperkt was en zijn mogelijkheden voor het voeren van een effectieve verdediging daardoor werden geraakt. Het Hof heeft wel begrip voor de relatief lange duur van de beoordeling van het voorarrest van klager, namelijk ruim vijftien maanden, gelet op de complexiteit van de zaak en de veelheid aan aanhangige procedures na de coup. Op dat punt is art. 5 lid 4 EVRM niet geschonden.

Art. 5 lid 5 EVRM is eveneens geschonden nu klager, ondanks het feit dat art. 5 lid 1 en lid 4 duidelijk zijn aangetast, daarvoor geen compensatie heeft kunnen krijgen op nationaal niveau.

Klager heeft verder gesteld dat zijn vrijheid van meningsuiting door de vervolging en het voorarrest zijn aangetast. Nu het Hof al heeft geoordeeld dat er geen redelijke verdenking van een misdrijf kon bestaan onder art. 5 lid 1 EVRM, oordeelt het Hof dat er ook geen sprake kan zijn van een gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting. Schending art. 10 EVRM.

Tot slot overweegt het Hof dat het niet buiten gerede twijfel is komen vast te staan dat klagers voorarrest was ingegeven door politieke overwegingen die niet in overeenstemming zijn met het EVRM, zodat het geen schending van art. 18 EVRM kan vaststellen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-04-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0413JUD001325217

Zaaknummer: 13252/17

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, lid 4 en lid 5, EVRM art. 10, EVRM art. 15 en EVRM art. 18