

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-2

Nummer 2, 2022

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:2022:0113JUD000148016 13-01-2022

Hashemi t. Azerbeidzjan, EHRM 13 januari 2022, nrs. 1480/16 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0113JUD002431513 13-01-2022

Tabak t. Kroatië, EHRM 13 januari 2022, nr. 24315/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0113JUD007285813 13-01-2022

Krayeva t. Oekraïne, EHRM 13 januari 2022, nr. 72858/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007887313 11-01-2022

Freitas Rangel t. Portugal, EHRM 11 januari 2022, nr. 78873/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812 11-01-2022

Ekimdzhiev e.a. t. Bulgarije, EHRM 11 januari 2021, nr. 70078/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD002160916 11-01-2022

Corneschi t. Roemenië, EHRM 11 januari 2022, nr. 21609/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC001886019 07-12-2021

Lee t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 7 december 2021 (ontv.besl.), nr. 18860/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:1109DEC004156415 09-11-2021

Iacob-Ridzi t. Roemenië, EHRM 9 november 2021 (ontv.besl.), nr. 41564/15

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:21](#) 13-01-2022

MARCAS MC, HvJ EU 13 januari 2022, zaak C-363/20

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:19](#) 13-01-2022

Koch Personaldienstleistungen GmbH, HvJ EU 13 januari 2022, zaak C-514/20

Annotatie

[Volodina t. Rusland \(nr. 2\) \(EHRM, 40419/19\) – Cybergeweld in het vizier van Straatsburg](#)

C. van de Heyning

Annotatie

[Toplak and Mrak v. Slovenia \(ECtHR, 34591/19 and 42545/19\) – Positive obligations so that persons with disabilities can effectively vote](#)

A. Caballero-Pérez

Annotatie

[De Wilde t. Nederland \(EHRM, nr. 9476/19\) – Pastafarisme \(Kerk van het Vliegend Spaghettimonster\) niet beschermd door godsdienstvrijheid](#)

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

Annotatie

[Association BURESTOP 55 e.a. t. Frankrijk, \(EHRM, 56176/18 e.a.\) – Recht op toegang tot de rechter en openbaarheid van bestuur](#)

D.G.J. Sanderink

Annotatie

[Akgün t. Turkije \(EHRM, 19699/18\) – Gebruik van cryptocommunicatieapplicatie als voldoende grond voor redelijk vermoeden van schuld](#)

D.A.G. van Toor

ANNOTATIE

Volodina t. Rusland (nr. 2) (EHRM, 40419/19) – Cybergeweld in het vizier van Straatsburg

C. van de Heyning

1. De zaak *Volodina t. Rusland n° 2* handelt over de positieve verplichting die op de verdragsstaten rust om cybergeweld aan te pakken. Het Hof erkent in dit arrest dat cybergeweld een intrinsiek deel is van huiselijk geweld waardoor de verdragsstaten slachtoffers hiertegen moeten beschermen. Bovendien moeten ze dergelijke feiten onderzoeken en bestraffen. De Cybercrime expertgroep van de Raad van Europa definieerde cybergeweld reeds in 2017 als “the use of computer systems to cause, facilitate, or threaten violence against individuals, that results in (or is likely to result in) physical, sexual, psychological or economic harm or suffering and may include the exploitation of the individual's circumstance, characteristics or vulnerabilities”.^[1] Met dit arrest bevestigt het EHRM dat de verdragsstaten een wettelijk kader moeten voorzien om dergelijke daden aan te pakken en slachtoffers in de praktijk te beschermen.

Wat voorafging: Cybergeweld reeds opgenomen in de zaak *Volodina t. Rusland n° 1*

2. Aan de basis van deze zaak liggen bijzonder ernstige feiten van relationeel geweld. Mevrouw Volodina kreeg af te rekenen met een heel scala aan geweldsdaden die door haar voormalige partner werden gepleegd. In 2019 veroordeelde het EHRM Rusland reeds voor een schending van het verbod op foltering door de afwezigheid van een passend wettelijk kader om dergelijke feiten te bestraffen, het gebrek aan een prompt en doortastend onderzoek en vervolging, en de afwezigheid van maatregelen om het slachtoffer te beschermen (art. 3 EVRM).^[2] Bovendien werd Rusland veroordeeld voor een schending van het verbod op discriminatie omwille van het intrinsiek gendergerelateerd aspect van huiselijk geweld (art. 14 juncto 3 EVRM) ^{[3], [4]}

3. Het slachtoffer kreeg niet alleen te maken met fysiek geweld maar ook met cybergeweld. Haar voormalige partner installeerde volgapparatuur om haar constant te controleren, hackte haar social media account, postte hierop haar persoonlijke gegevens en verspreidde via die

weg intieme foto's van haar. Het Hof bracht in de eerste zaak reeds deze feiten van cybergeweld in rekening om te besluiten dat er sprake was van een onmenselijke behandeling conform art. 3 EVRM. Het Hof belichtte dat de verspreiding van de foto's de waardigheid van de klager ondermijnden en haar vernederden. Dit droeg bij tot de gevoelens van angst en machteloosheid van de klager.[5] De verspreiding van dergelijke beelden en digitale belaging leiden op zich niet noodzakelijkerwijze tot deze conclusie, maar doen dat wel binnen een bredere context van intra-familiale en relationele terreur.

4. Ondanks de erkenning van de impact van dergelijke feiten op het slachtoffer, maakte het EHRM wel een onderscheid tussen de impact van het fysieke geweld en het digitale geweld. Het EHRM categoriseerde de laatste vorm van geweld immers als een “*relatively minor offense*”.[6] Deze bewoordingen staan op gespannen voet met de bevinding van het EHRM dat de psychologische impact van het digitale geweld een belangrijk aspect vormt van huiselijk geweld.[7] Uit onderzoek blijkt dat slachtoffers veelal een gelijkaardige psychologische impact ervaren van online als offline seksueel geweld.[8] Bovendien is digitaal geweld, in het bijzonder online belaging en het verspreiden van intieme beelden, steeds vaker intrinsiek verbonden met intra-familiaal en relationeel geweld.[9] Dit arrest kreeg echter een vervolg in de zaak *Volodina n° 2* waar de focus lag op het gebrek aan actie door de Russische autoriteiten om op te treden tegen cybergeweld.

Cybergeweld erkend als ernstige schending van mensenrechten

5. In 2019 trok mevrouw Volodina opnieuw naar Straatsburg om aan te klagen dat er geen grondig onderzoek en vervolging was verricht in navolging van haar klacht over de cyberbelaging en het verspreiden van haar naaktbeelden. Het lopende strafrechtelijk onderzoek zou bovendien een jaar later geseponeerd worden op verzoek van de voormalige partner omwille van de verjaring van de strafvordering. De Russische autoriteiten weigerden hier beschermende maatregelen te nemen om het slachtoffer te beschermen tegen de aanhoudende digitale belaging door de voormalige partner, niettegenstaande dat er duidelijk bewijs was van de feiten. De klager meende dat Rusland haar positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM had geschonden door geen effectieve bescherming te voorzien tegen de herhaaldelijke schendingen van haar privéleven.

6. Het Hof herinnert eraan dat de verdragsstaten op basis van art. 8 EVRM een positieve verplichting hebben om de fysieke en psychische integriteit van personen te beschermen. Het Hof benadrukt dat cybergeweld, cyberbelaging en het online valselijk overnemen van een identiteit kwalificeren als dergelijke aantasting van de integriteit.[10] Daarbij komt dat de verdragsstaten de bijzondere kwetsbaarheid van slachtoffers van huiselijk geweld mee in de overweging moeten nemen voor de beoordeling van de gepaste maatregelen om dit geweld te

stoppen en het slachtoffer te beschermen. De lidstaten moeten daarbij een effectief systeem voorzien dat alle vormen van huiselijk geweld bestraft, inclusief cybergeweld, alsook in maatregelen voorziet om het slachtoffer te beschermen. Het Hof benadrukt dat de verplichting om een aangepast wettelijk kader te voorzien niet betekent dat er noodzakelijk strafrechtelijke sancties moeten zijn. Civielrechtelijke maatregelen kunnen eveneens volstaan indien deze het slachtoffer voldoende bescherming bieden .[11]

7. In de beoordeling van de concrete casus oordeelt het Hof dat er wel degelijk een wettelijk kader was in Rusland om de concrete uitingen van cybergeweld in de zaak van mevrouw Volodina aan te pakken. Het Russisch recht voorziet in zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures die erop gericht zijn om inbreuken op het privéleven te bestraffen. Het Hof herhaalt wel haar bevindingen van de zaak *Volodina n° 1* dat een holistische visie op de aanpak van cybergeweld in het Russische recht ontbreekt doordat het relationeel of intra-familiaal element van de inbreuken niet in rekening wordt gebracht.

8. In tegenstelling tot in de eerste zaak, ziet het EHRM in dit geval vooral problemen met de toepassing van het wettelijk kader. Ondanks dat de Russische autoriteiten uitgerust waren met de nodige wettelijke normen, faalden de autoriteiten om de feiten prompt te vervolgen en het slachtoffer te beschermen. Gezien de bijzondere ernst en eigenheid van de feiten zouden in deze zaak louter civielrechtelijke maatregelen op initiatief van het slachtoffer niet volstaan, en was een gepast strafrechtelijk gevolg noodzakelijk.[12] Niettegenstaande de kennis van de autoriteiten van de ernst van de feiten, werden geen gepaste maatregelen genomen. Bovendien was het onderzoek onvoldoende snel en grondig om de feiten effectief te bestraffen. Het gevoerde onderzoek leverde duidelijk bewijs op van de feiten, maar door de onnodige vertragingen verjaarde de strafvordering en werden de ernstige inbreuken uiteindelijk niet bestraft. Het Hof oordeelt dat straffeloosheid van de bijzonder ernstige feiten voldoende waren om te twijfelen aan de effectiviteit van de Russische aanpak van cybergeweld.[13] Het Hof besluit dan ook tot een schending van art. 8 EVRM.

9. Dit arrest is een belangrijke stap in de erkenning van cybergeweld als een ernstige aantasting van de integriteit van een persoon. Er rust dan ook een positieve verplichting op de verdragsstaten om in een voldoende wettelijk kader te voorzien om deze feiten te bestraffen en om slachtoffers te beschermen. Bovendien moeten de verdragsstaten ervoor zorgen dat dergelijke feiten prompt en grondig worden onderzocht. Deze bevindingen zijn in lijn met de eerste aanbeveling bij de het Verdrag van Istanbul van de Deskundigengroep van de Raad van Europa inzake actie tegen geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (GREVIO).[14] In deze aanbeveling wordt aangegeven dat de verdragsstaten ervoor moeten zorgen dat vrouwen die slachtoffer werden van digitaal geweld een effectieve toegang moeten hebben tot strafrechtsstelsels, de autoriteiten adequaat moeten reageren, o.a. door een adequaat

onderzoek te voeren, en, indien toepasselijk, ambtshalve te vervolgen.[15] Dit betekent concreet dat er binnen de autoriteiten voldoende deskundigheid moet zijn om te weten hoe dergelijke feiten worden onderzocht. Het digitale component vraagt immers om geheel andere onderzoekstechnieken dan de louter fysieke vormen van intra-familiaal en relationeel geweld.

10. Het Hof vereist geen geëigend wettelijk kader gericht op cybergeweld, maar aanvaardt dat gemeenrechtelijke bepalingen om deze feiten aan te pakken volstaan als zij in de praktijk ervoor zorgen dat deze feiten vervolgd kunnen worden. Gezien het steeds stijgende aantal klachten van deze feiten implementeerden vele verdragstaten al wel nieuwe bepalingen die zich specifiek richten op vormen van cybergeweld, o.a. ter bestrijding van het verspreiden van naaktbeelden zonder toestemming. [16] Dit arrest is een belangrijke wake-up call voor de verdragsstaten die deze fenomenen tot nu toe nog links lieten liggen om deze nieuwe vormen van relationeel en intra-familiaal geweld ernstig te nemen

Catherine van de Heyning

[1] Cybercrime Convention Committee (Working Group on cyberbullying and other forms of online violence, especially against women and children), Mapping study of cyberviolence, aangenomen op 9 juli 2018, T-CY(2017)10, te raadplegen: rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-provisional/16808c4914.

[2] *Volodina t. Rusland n°1*, EHRM 9 juli 2019, nr. 41261/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD004126117, par. 101.

[3] *Volodina t. Rusland n°1*, par. 133.

[4] Over dit arrest: R. McQuigg, “The European Court of Human Rights and Domestic Violence: *Volodina v. Russia*”, *International Human Rights Law Review* 2021, vol. 10(1), p. 155-167.

[5] *Volodina t. Rusland n°1*, par. 75.

[6] *Volodina t. Rusland n°1*, par. 94.

[7] *Volodina t. Rusland n°1*, par. 74.

[8] S. Bates, Revenge porn and mental health: a qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors, *Feminist Criminology* 2017, vol. 12(1).

[9] D. Keats Citron en M.A. Franks, Criminalizing Revenge Porn, *49 Wake Forest L. Rev.* 2014, 351.

[10] *Volodina t. Rusland n°2*, EHRM 14 september 2021, nr. 40419/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004041919, par. 48. Dit werd reeds erkend in *Buturuga t. Roemenië*, EHRM 11 februari 2020, nr. 56867/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0211JUD005686715, par. 74-78. Hierover L. Huijbers, “Cybergeweld expliciet erkend als verschijningsvorm van huiselijk geweld”, *EHRC Updates*, 17 april 2020.

[11] *Volodina t. Rusland n°2*, par. 51

[12] *Volodina t. Rusland n°2*, par. 57-58.

[13] *Volodina t. Rusland n°2*, par. 67.

[14] GREVIO, General recommendation no. 1 on the digital dimension of violence against women, aangenomen 20 oktober 2021, te raadplegen: www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/grevio-publishes-its-general-recommendation-no-1.

[15] GREVIO recommendation 1, aanbeveling. 55(d).

[16] Zie voor Nederland art. 139h.2 Sr. Ingevoerd bij Wet van 27 september 2019 tot wijziging van onder meer het Wetboek van Strafrecht in verband met de herwaardering van de strafbaarstelling van enkele actuele delictsvormen (herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen, *Stb.* 2019, 311; Voor België art. 371/1 en 371/2 Sw. ingevoerd bij Wet van 16 april 2020 ter bestrijding van de niet-consensuele verspreiding van seksueel getinte beelden en opnames, *BS* 18 mei 2020, 35762

ANNOTATIE

Toplak and Mrak v. Slovenia (ECtHR, 34591/19 and 42545/19) – Positive obligations so that persons with disabilities can effectively vote

A. Caballero-Pérez

1. Voting has been characterized as ‘the right of rights’^[1] and is considered by the Human Rights Council as the most important political right to which persons with disabilities are entitled.^[2] Nevertheless, research shows that voters with disabilities continue to face numerous statutory and procedural barriers to participating in elections, such as inaccessible polling stations.^[3] Contracting States to the European Convention on Human Rights (ECHR) must remove these barriers to ensure full and effective participation of persons with disabilities in elections. This case comment is on the recent Chamber judgment of *Toplak and Mrak v. Slovenia*. I will primarily discuss the analysis of the European Court of Human Rights (ECtHR or Strasbourg Court) of compliance by Slovenia with their positive obligation to take appropriate measures to overcome barriers to participation in elections experienced by the two applicants who were persons with disabilities. The focus lies on analysing the extent to which the Court applied the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) as an interpretative aid of the substantive rights and obligations in the ECHR in the context of persons with disabilities.

2. International human rights law, mainly Article 29(a) CRPD include the right to vote of persons with disabilities on an equal basis with others. This provision aims to guarantee not only the *de jure* right to vote, but it also creates concrete positive obligations for State Parties to change discriminatory practices and laws and to promote respect for differences among voters. Article 29(a) sets out the obligation of States Parties to provide accessibility in the voting environment. States Parties are also required to adopt other substantive positive measures to ensure the *de facto* realization of the right to vote by persons with disabilities, including the obligation to provide reasonable accommodations to individual voters (Article 5) and to apply universal design in the voting environment (Article 4). All these positive measures aim to render participation in elections realizable for voters with disabilities.

3. The European Court of Human Rights (ECtHR or Strasbourg Court) has recognized the importance of the CRPD as a global human rights instrument on disability rights, and its relevance for interpreting substantive rights under the European Convention on Human Rights (ECHR) in the context of disability.[4] The ECtHR applied the CRPD in the context of voting for the first time in its judgment in *Alajos Kiss v. Hungary*.^[5] In that case, the ECtHR condemned the automatic disenfranchisement of persons with disabilities due to their guardianship status. This was confirmed by the ECtHR in two other judgments: *Gajcsi v. Hungary*^[6] and *Sándor Harmati v. Hungary*.^[7] In its case-law on the right to vote, however, the Court had not ruled on States Parties' other obligations unrelated to guardianship. The first time this occurred was in the recent Chamber judgment of *Toplak and Mrak v. Slovenia*.^[8]

4. In *Toplak*, the ECtHR ruled on issues relating to the accessibility of the voting environment, and the right to equal participation of persons with disabilities in elections. Both applicants in the case had physical impairments and used electric wheelchairs for mobility. The applicants alleged a lack of adequate measures to allow them to vote in the 2015 national referendum and the 2019 elections to the European Parliament (EP), as well as a lack of effective remedies in this regard. The applicants' complaints relating to accessibility included inaccessible polling stations for wheelchair users and inaccessible voting materials to vote secretly and independently. These barriers hindered the right of the applicants to vote on an equal basis with others. The applicants' complaints were examined by the Court under Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination) to the ECHR (as regards the 2015 referendum) and Article 14 ECHR (prohibition of discrimination), in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) (as regards the 2019 EP elections). The Court found no violation of any of these provisions of the ECHR with respect to both applicants.

5. In its judgment, the ECtHR applied relevant principles developed in its case-law. It reiterated that the prohibition of discrimination under Article 14 ECHR is violated, among others, 'when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently people whose situations are significantly different.' (para. 111) The Court observed that a certain threshold is required to find that the difference in circumstances is significant.^[9] It noted that for this threshold to be reached 'a measure must produce a particularly prejudicial impact on certain persons as a result of a protected ground, attaching to their situation and in light of the ground of discrimination invoked.' (para. 111). The Court found that domestic legislation ensured the free expression of opinion of the applicants in elections, as required by Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR. It therefore considered that the question was not one of direct discrimination by way of unjustified differentiation but rather of the compliance of the State with its positive obligation to take steps to enable the applicants to vote on an equal basis with others. The Court reiterated that the effective enjoyment of the substantive rights

under the ECHR by persons with disabilities may require the implementation of various positive measures by the State.[10] This interpretation of the Court is important to understand how negative and positive obligations of States overlap in practice, and particularly in the context of the right of persons with disabilities to vote.

6. The Court also recalled that States enjoy a margin of appreciation in assessing the needs of voters with disabilities and the means to provide them with ‘adequate access to polling stations within the context of the allocation of limited State resources.’ (para. 119). Furthermore, the Court noted that providing accessibility of polling stations ‘may take time’. (para.121) In the meantime, according to the Court, national authorities must act with due diligence to ensure that persons with disabilities can vote. In *Toplak*, the Court held that national authorities responded promptly and constructively to the applicants’ request that their respective polling stations be rendered accessible. The Court observed that both applicants were able to vote in elections because national authorities equipped with ramps the applicants’ polling stations on election day as it was requested by them. The Court argued that although other adaptations to the voting materials were not made in advance, the applicants could be assisted by a companion to vote. In the Court’s view, any of the accessibility problems encountered by the applicants in elections produced a particular prejudicial impact on them and was such as to had reached the threshold of discrimination.

7. The ECtHR referred separately to the circumstances of the first applicant who requested to use a voting machine to vote in the 2019 EP elections because he could not hold a pen to mark his ballot paper. The Court found that the use of voting machines was terminated following a legal reform to the Elections Act in 2017. Consequently, the applicant could not be provided with a voting machine during the 2019 EP elections. The Court considered, however, that the applicant could have voted either in person at his polling station, by post or at his home as established in the domestic electoral law. If the applicant had attempted to vote in person, personal support to help him to vote would have been a reasonable accommodation in the Court’s view. In such a case, the voting assistant was obliged to respect the secrecy of the voting under the electoral law. The Court therefore held that providing personal support to help the first applicant to vote was in compliance with the international standards, and particularly Article 29 CRPD.

8. At this level, the Court recalled that the CRPD is a relevant interpretative guide of the rights of persons with disabilities. Article 29(a) CRPD explicitly requires States Parties to ensure accessible voting procedures, materials, and polling stations. It also provides that assistive and new technologies are one of the means to ensure the right of persons with disabilities to vote. Furthermore, the CRPD Committee in its General Comment on Article 9 (addressing the obligation to provide accessibility) argued that non-compliance with the obligation to provide

accessibility in the context of public premises and services is a form of disability discrimination.[11] Nevertheless, in practice, the Court did not apply the CRPD as an interpretative aid of the European legal framework regulating the right to vote in the context of persons with disabilities in *Toplak*.

9. The Court did not interpret the difference between the obligation to provide accessibility and the duty to make reasonable accommodations under the relevant provisions of the ECHR in accordance with Article 29(a) CRPD and related provisions, namely Articles 9 (accessibility) and Article 5 CRPD (addressing the right to reasonable accommodation). Such a difference was a relevant matter in *Toplak*. Pursuant to Articles 9 and 29(a) CRPD, the respondent State has the duty to provide accessibility (*ex ante* duty) before receiving the applicants' request to enter their polling stations.[12] This is an unconditional obligation of the State.[13] Moreover, the right to accessibility is a precondition for persons with disabilities to participate in elections, which is not expressly recognized in the ECHR. Nevertheless, the Court did not systematically interpret the accessibility standard set by the CRPD as a necessary element of the right of the applicants to vote under Article 3 of Protocol No. 1 and the right to be free from discrimination under Articles 14 and 1 of Protocol No. 12 to the ECHR despite applying these provisions to the situation of persons with disabilities. Consequently, the applicants did not have the opportunity to call Slovenia to account for their actions concerning the relevant provisions of the ECHR in light with Articles 9 and 29(a) CRPD.

10. The Court centred its analysis in the respondent State's compliance with Articles 14 and 1 of Protocol No. 12 to the ECHR and Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR read in accordance with Article 5 CRPD (reasonable accommodations). This analysis, however, did not substantially follow the criteria articulated by the CRPD Committee in this regard.[14] The Committee has observed that reasonable accommodations must be 'negotiated' with persons with disabilities and not determined exclusively by States Parties.[15] Furthermore, the Committee has cautioned that accommodations are distinct from other forms of assistance that persons with disabilities may require.[16] This includes live or technological voting assistance to help voters with disabilities to vote under Article 29(a)(iii) CRPD. In *Toplak*, the Court did not engage with these international standards. It found the measures adopted by the respondent State, namely installing ramps at the entrance of the applicants' polling stations on election day and providing them with personal support to vote as reasonable accommodations in compliance with the ECHR. In the Court's view, these 'accommodations' detracted the respondent State from its obligation to ensure accessibility in the voting environment in advance.

11. In reaching its conclusion, the Court argued that since the ECHR is a system for the protection of human rights, it had to pay attention to the consensus among Contracting States

regarding the standards to be achieved.[17] The Court found that there was no indication of a consensus regarding the use of voting machines as a requirement for the effective exercise of the right to vote by persons with disabilities. The ECtHR also noted that the use of assistive technologies in elections ‘no doubt requires significant financial investment’, as well as that the operation of voting machines ‘poses potential problems for the secrecy of the voting procedure.’ (para. 128) These statements were, however, not demonstrated by the Court. Indeed, the Court did not engage with existing relevant research that shows that current application of assistive technology to promote greater accessibility for voters with disabilities occurs either through easily understandable and affordable products, or more complex and expensive devices and systems.[18] The Court thus restricted its assessment to a seemingly lack of consensus among Contracting States regarding the provision of assistive devices to be used by voters with disabilities to help them vote. As a result, the Court did not make the connection between the obligation to provide voters with disabilities with assistive technology and the specific question of the right of the first applicant to be enabled to vote in the way he wanted (i.e., voting secretly and independently) under the relevant provisions of the ECHR in light with Article 29(a)(iii) CRPD. In the Court’s view, the respondent State did not fail to strike a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the rights of the applicant under the ECHR.

12. Overall, in *Toplak*, the Court did not hold that the failure to ensure accessibility in the voting environment is a disability-based discrimination in violation of Article 1 of Protocol No. 12 to the ECHR and Article 14 ECHR, in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR. This stands in contrast with its earlier decisions on Article 14 ECHR read in accordance with the right to reasonable accommodation as established in Articles 2 and 5 CRPD.[19] In *Toplak*, the Court did not provide Contracting States with clear guidance on how to fulfil their positive obligations regarding the right of persons with disabilities to vote under the ECHR, and particularly their obligation to provide accessibility in the voting environment. As a result, applicants have fewer opportunities to call Contracting States to account for their actions concerning Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR, in light with the CRPD.

Adriana Caballero-Pérez

PhD Researcher at the Faculty of Law at Maastricht University and Member of ‘Disability Advocacy Research in Europe’ (DARE-Project). This project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 814249. The content of this publication represents the views of the author only and is her sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it

contains. a.caballeroperez@maastrichtuniversity.nl

[1] See Seyla Benhabib, 'On Hospitality: Rereading Kant's Cosmopolitan Right', *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (Cambridge University Press 2004).

[2] UN General Assembly, 'Human Rights Council, Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Participation in Political and Public Life by Persons with Disabilities, A/HRC/19/36, 21 December 2011'

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-36_en.pdf> accessed 30 September 2021, para 7.

[3] See for instance Lisa Schur, Meera Adya and Mason Ameri, 'Accessible Democracy: Reducing Voting Obstacles for People with Disabilities' (2015) 14 *Election Law Journal* 60; Janet Lord, Michael Ashley Stein and János Fiala-Butora, 'Facilitating and Equal Right to Vote for Persons with Disabilities' (2014) 6 *Journal of Human Rights Practice* 115; Virginia Atkinson, Rebecca Aaberg and Staffan Darnolf, 'Disability Rights and Election Observation: Increasing Access to the Political Process' (2017) 35 *Nordic Journal of Human Rights* 375; International Foundation for Electoral Systems (IFES) & National Democratic Institute (NDI), 'Equal Access: How to Include Persons with Disabilities in Elections and Political Processes' (2014) 1 <<https://www.ifes.org/publications/equal-access-how-include-persons-disabilities-elections-and-political-processes>>.

[4] The Court referred to the CRPD for the first time in *Glor v Switzerland*, ECtHR 30 April 2009, no. 13444/04. Other cases include *Enver Şahin v. Turkey*, ECtHR 02 February 2018, no. 23065/12; *Çam v. Turkey*, ECtHR 23 May 2016, no. 51500/08; *Guberina v. Croatia*, ECtHR 12 September 2016, no. 23682/13.

[5] *Alajos Kiss V. Hungary*, ECtHR 20 May 2010, no. 38832/06,

ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206.

[6] *Gajcsi v. Hungary*, ECtHR 23 September 2014, no. 34503/03, ECLI:CE:ECHR:2006:1003JUD003450303.

[7] *Harmati v. Hungary*, ECtHR 21 October 2014, no. 63012/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1021JUD006301210.

[8] *Toplak and Mrak v. Slovenia*, ECtHR 26 October 2021, nos. 34591/19 and 42545/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1026JUD003459119.

[9] See for instance *Ádám and Others v. Romania*, ECtHR 13 October 2020, nos. 81114/17 and 5 others ECLI:CE:ECHR:2020:1013JUD008111417; *Napotnik v. Romania*, ECtHR 20 October 2020, no. 33139/13

ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913.

[10] *Mótká v. Poland* (dec), ECtHR 11 April 2006, no. 56550/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0411DEC005655000.

[11] CRPD Committee, General Comment No 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 22 May 2014.

[12] *ibid*, para 26.

[13] *ibid*, para 25.

[14] CRPD Committee, General Comment No. 6(2018) on Equality and Non-Discrimination, CRPD/C/GC/6 of 26 April 2018; CRPD Committee, General Comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 22 May 2014 (n 11).

[15] CRPD Committee, General Comment No. 6(2018) on Equality and Non-Discrimination, CRPD/C/GC/6 of 26 April 2018 (n 14), para 24(b).

[16] *ibid*, para. 25(c).

[17] See *Enver Şahin v. Turkey*, ECtHR 02 February 2018, no. 23065/12 (n 4); *Glor v Switzerland*, ECtHR 30 April 2009, no. 13444/04 (n.4).

[18] See for instance European Parliament, 'Assistive Technologies for People with Disabilities. Part IV: Legal and Socio-Ethical Perspectives' (2018); Whitney Quesenbery and Jennifer Sutton, 'Assistive Technology in the Polling Place: Current and Emerging Technology (A White Paper for the EAC-NIST Human Factors Public Working Group)' (2016) <https://www.researchgate.net/publication/338684746_Assistive_Technology_in_the_Polling_Place_Current_and_emerging_technology>; Piers Gooding, Arstein-Kerslake and Eilionoir Flynn, 'Assistive Technology as Support for the Exercise of Legal Capacity' (2015) 29 *International Review of Law, Computers & Technology* 245.

[19] *Çam v. Turkey*, ECtHR 23 May 2016, no. 51500/08 (n 4); *Enver Şahin v. Turkey*, ECtHR 02 February 2018, no. 23065/12 (n 4); *Guberina v. Croatia*, ECtHR 12 September 2016, no. 23682/13.

ANNOTATIE

De Wilde t. Nederland (EHRM, nr. 9476/19) – Pastafarisme (Kerk van het Vliegend Spaghettimonster) niet beschermd door godsdienstvrijheid

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

1. De vrijheid van godsdienst of overtuiging, zoals opgenomen in art. 9 EVRM, strekt zich niet uit tot het pastafarisme als geloof van de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster. Het ontbreekt daarin vooral aan de vereiste ernst en samenhang. Tot deze conclusie komt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een unaniem genomen niet-ontvankelijkheidsbeslissing op een klacht van mevrouw De Wilde dat de Nederlandse autoriteiten het haar niet hebben toegestaan om – kort gezegd – met een vergiet op het hoofd afgebeeld te mogen staan op een pasfoto ten behoeve van haar identiteitskaart en rijbewijs. De beslissing van het Europees Hof biedt geen expliciet nieuwe gezichtspunten, maar draagt wel bij aan meer inzicht in de betekenis van de criteria die het hanteert bij interpretatiekwesaties ten aanzien van de reikwijdte van art. 9 EVRM in samenhang met zijn taakopvatting. Dat is temeer het geval, nu het Hof aangeeft geen reden te zien om af te wijken van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, terwijl uit de commentaren daarop blijkt dat het hier gaat om ten minste een (lastig) grensgeval.[1]

2. Ten behoeve van de context nog even kort de feiten en rechtsgang op een rij. Klaagster – lid van de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster – heeft een identiteitskaart en een rijbewijs aangevraagd, waarbij zij pasfoto's heeft overgelegd waarop zij met een vergiet als hoofdbedekking staat afgebeeld. Het dragen van dat vergiet dient ter ere van het Spaghettimonster en zou volgens klaagster verplicht zijn volgens haar geloof. Haar aanvragen worden afgewezen, omdat de pasfoto's niet voldoen aan de acceptatiecriteria volgens de Paspoortuitvoeringsregeling. Op grond daarvan moet het hoofd – voor zover hier van belang – onbedekt zijn, tenzij 'aanvrager heeft aangetoond dat godsdienstige of levensbeschouwelijke redenen zich verzetten tegen het niet bedekken van het hoofd'. Daarvan is volgens de gemeente geen sprake. Vervolgens heeft de burgemeester van Nijmegen het door klaagster daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard, waarna de rechtbank Overijssel het daartegen ingestelde beroep ongegrond heeft verklaard.[2] Het tegen deze uitspraak

ingestelde hoger beroep heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ongegrond verklaard op 15 augustus 2018,[3] waarop klaagster bij het EHRM aanklopt.

3. De kernvraag die bij de Afdeling Bestuursrechtspraak voorlag en ook bij het Europees Hof voorligt is of het geloof van de pastafari van de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster kan worden aangemerkt als een godsdienst of overtuiging in de zin van art. 9 EVRM. In haar uitspraak wijst de Afdeling erop dat het pastafarisme ontstond uit verzet tegen het onderwijzen van het christelijke scheppingsverhaal op Amerikaanse scholen. Allerlei leerstukken, gebeden en praktijken van het pastafarisme (waaronder het dragen van een vergiet) zijn een evidente parodie op traditionele religies. Daarmee heeft het pastafarisme volgens de Afdeling ‘op dit moment’ onvoldoende ‘ernst en samenhang’ om te kunnen worden aangemerkt als ‘geloof’. Zij hanteert daarmee een objectieve toets onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM en volgt daarmee ook de op die jurisprudentie gebaseerde redenering van de rechtbank Oost-Nederland in een andere pastafari-zaak.[4] Het EHRM past deze criteria nu ook toe in de onderhavige zaak, waarmee de pastafari-kwestie voor het eerst wordt beslecht op Europees niveau.

4. Het Europees Hof zet in zijn beoordeling het interpretatieve uitgangspunt van de effectieve uitleg van het EVRM voorop; (art. 9 van) het EVRM zou slechts theoretisch en illusoir zijn als door een restrictieve interpretatie niet-traditionele en minderheidsreligies verstoken zouden zijn van de bescherming van art. 9 EVRM. Het concept ‘godsdienst of overtuiging’ moet volgens het Europees Hof daarom breed worden geïnterpreteerd, maar er zijn wel grenzen aan de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst.[5] Voor de criteria om die (grenzen van de) reikwijdte vast te stellen, verwijst het Europees Hof naar zijn arrest *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*. [6] Daarin stelde het Hof vast dat onder ‘gedachte, geweten en godsdienst’ in de zin van art. 9 EVRM slechts vallen ‘overtuigingen van voldoende overtuigingskracht, ernst, samenhang en belangrijkheid’ (a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance).[7] Pas als die drempel is genomen, geldt volgens het Hof dat de ‘neutraliteit en onafhankelijkheid’ die de overheid tegenover godsdiensten moet aannemen, onverenigbaar is met ‘any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed’.[8] Aan de staatsneutraliteit koppelt het Hof, zoals het heeft overwogen in een andere zaak, ook zijn taakopvatting; zijn taak ziet er niet op ‘to evaluate the legitimacy of religious claims or to question the validity of relative merits of interpretation of particular aspects of beliefs or practices. It is ill-conceived to delve into discussions about the nature and importance of religious beliefs, for what one person holds as sacred may be absurd or anathema to another and no legal or logical argument can be invoked to challenge a believer’s assertion that a particular belief or practice is an important element of his religious duty’.[9]

5. Deze bewoordingen duiden op het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid, zoals dat ook in het Nederlandse recht geldt en erop neerkomt dat de rechter – en meer algemeen de staat – zich terughoudend moet opstellen inzake geloofskwesties en niet op de stoel van de theoloog moet gaan zitten.[10] Bij de uitleg en toepassing van dit beginsel in de Nederlandse rechtspraktijk lijkt doorgaans echter niet of minder scherp dan in de EHRM-jurisprudentie de ‘certain level’-drempel een rol te spelen voor het moment waarop de terughoudendheid (met name) geboden is. De Afdeling Bestuursrechtspraak lijkt dat in dit geval juist en terecht wel te hebben gedaan door zonder reserve en op begrijpelijke wijze de objectieve ‘certain-level’-toets toe te passen. In die zin zijn sommige commentaren als zou de Afdeling Bestuursrechtspraak in haar toets te ver zijn doorgeschooten vanwege de vermeend vereiste terughoudendheid ook in de fase van de vaststelling van het object van het grondrecht, namelijk godsdienst of overtuiging, niet zonder meer begrijpelijk.[11] Aan de uitgebreid gemotiveerde inhoudelijke beoordeling van voornoemde criteria had de Afdeling nog kunnen toevoegen de overweging dat het toch in elk geval moet gaan om een zekere gerichtheid op de oorsprong, zin en doel van het bestaan,[12] of om een oprechte, intrinsieke overtuiging over hoe (dan wel) te leven,[13] dan wel om een fundamentele, het leven omvattende visie op het menselijk bestaan - waarbij in het geval van godsdienst ook de verering van een opperwezen centraal staat -, die een zeker mate van diepgang en structuur, historische inbedding en herkenbaarheid heeft.[14] Het bekritisieren of bevragen van opvattingen van anderen valt tot dit alles niet te rekenen. Het kan nuttig en waardevol zijn, maar is daarmee zelf nog geen hogere drijfveer voor het eigen handelen of bestaan. Soms moet de godsdienstvrijheid worden beschermd, door deze aan godsdienstvijandige overtuigingen te ontzeggen.[15]

6. Het uitgangspunt van het Hof dat geloof of overtuiging in art. 9 EVRM ruim moet worden geïnterpreteerd is niet nieuw. Vanwege deze benadering heeft het Hof in de loop der jaren tal van overtuigingen en beschouwingen aangemerkt als vallend onder de reikwijdte van art. 9 EVRM, met inbegrip van degene die samenhangen met kleinere en onbekendere godsdienstige of levensbeschouwelijke bewegingen, zoals new age, druidisme, Taoboeddisme, Scientology, Krishnabewustzijn, de Bhagwanbeweging, pacifisme, veganisme, atheïsme, agnosticisme, alternatieve geneeskunde en antroposofie.[16] Zoals aangegeven, heeft het Hof echter wel degelijk grenzen gesteld en past het die in dit geval ook toe.[17] De manier waarop het dat doet, sluit aan op die in de zaak *Kimlya t. Rusland*, waarin het moest oordelen over de vraag of Scientology (van de Scientology Kerk) onder het begrip geloof viel. Het Hof stelde in zijn uitspraak voorop dat het niet de taak is van het Hof om in abstractie te beslissen of er al dan geen sprake is van een godsdienst of overtuiging en liet zich, bij gebrek aan consensus tussen de lidstaten, leiden door de nationale autoriteiten.[18] Dat gebeurt ook in onderhavige zaak. Het Hof geeft aan geen reden te zien om af te wijken van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die in de nationale

rechtsgang in laatste instantie afwijzend in deze kwestie had geoordeeld en welke uitspraak het Europees Hof 'weloverwogen voorkomt' en in geen enkel opzicht 'arbitrair of onlogisch' lijkt. Het Hof geeft daarmee ook duidelijk zijn subsidiaire rol weer. Doordat het Hof met de Afdeling bestuursrechtspraak de 'certain level-drempel niet bereikt acht, wordt evenmin toegekomen aan de vraag of er sprake is van een voldoende nauw en direct verband – 'a sufficiently close and direct nexus' – tussen de betreffende godsdienst of overtuiging en de gedraging die beoogt daaraan uitdrukking te geven.[19]

7. Had dit vraagstuk ook anders kunnen worden benaderd? Vaak genoeg stappen het Hof en nationale rechters over dergelijke netelige kwesties inzake de vaststelling of een bepaald geloof kan worden aangemerkt als een godsdienst of overtuiging in de zin van art. 9 EVRM heen. Zij hanteren daarvoor twee strategieën. Een eerste ziet op verlegging van de aandacht naar de vervolgvraag of er sprake is van een uiting (plicht) of vandaaruit zelfs weer naar de verdere vervolgvraag of de beperking van de godsdienstvrijheid noodzakelijk is in een democratische samenleving en daarmee onder andere evenredig is aan het te bereiken doel. Een tweede strategie kan zijn om voor het anker te gaan liggen van een ander EVRM-recht. De eerste strategie had in dit geval niet veel uitgemaakt, omdat ook de vraag naar de mate van verplichting van het voorschrift om een vergiet te dragen mogelijk niet heel eenduidig en zonder mogelijke kritiek te beantwoorden zou zijn geweest. Dat neemt niet weg dat een dergelijk (negatief) antwoord is gegeven door de rechtbank in onderhavige kwestie. Ook het College voor de Rechten van de Mens kwam in een andersoortige pastafarikwestie eens tot het oordeel dat het piratenkostuum niet in brede kring wordt gezien als een uiting van het pastafarisme en om die reden het College van Bestuur van de Technische Universiteit Delft jegens een promovendus geen onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging heeft gemaakt door hem niet toe te staan dat kostuum te dragen tijdens de promotieplechtigheid.[20] De tweede strategie zou mogelijk meer soelaas hebben geboden, in zoverre de gedragingen en uitingen kunnen worden beschouwd als vallend onder het bereik van de vrije meningsuiting of de persoonlijke levenssfeer. De uitoefening van deze rechten is echter niet geaccommodeerd in de uitzonderingsbepaling van artikel 28 van Paspoortuitvoeringsregeling, waardoor ook deze tweede strategie in dit geval weinig zou hebben opgeleverd. Dan zou immers nog steeds de vraag hebben opengestaan of de uitingen ook zouden vallen onder de vrijheid van godsdienst of overtuiging.

8. In enkele annotaties is de suggestie gedaan voor een derde optie om onder het probleem uit te komen, namelijk om te kiezen voor een pragmatische benadering. Deze richt zich tot de wetgever om zo nodig de uitzonderingsbepaling te schrappen, omdat het tenslotte gaat om de 'technische' zichtbaarheid van het gelaat. Allerhande hoofddeksels zouden dan toelaatbaar zijn, mits het gelaat zichtbaar is volgens de daartoe gestelde criteria. Nog los van de vraag of

deze benadering daadwerkelijk zo functioneel is, lijkt het mij hier te gaan om de invulling van een marge die de wetgever en overheid toekomt om zekere gelijkheids-, uniformiteits- en neutraliteitseisen te stellen aan staatsdocumenten. De pragmatische benadering is sympathiek en denkbaar, maar komt mij uiteindelijk voor als een verlegenheidsbenadering ingegeven door schroom een grens te trekken in het postmoderne landschap van religies, opvattingen en overtuigingen voor zover het gaat om de benodigde objectvaststelling van de vrijheid van godsdienst of overtuiging.

9. Tot slot betreft de klacht bij het Europees Hof nog een andere component dan de hiervoor besproken kwestie, namelijk een aanbeveling van (de Rijksdienst voor Identiteitsgegevens van) het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan gemeenten waarin hun sterk wordt geadviseerd geen identiteitsfoto's te (laten) accepteren waarop aanvragers zijn afgebeld met een vergiet op het hoofd, 'omdat de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster' geen godsdienst of overtuiging is waarop de uitzonderingsbepaling van art. 28 lid 3 van de Paspoortuitvoeringsregeling van toepassing is. Daarnaast stelt de Rijksdienst de gemeenten een standaard afwijzingsreactie voor indien hun wordt gevraagd om tekst en uitleg van de afwijzing.[21] Het Europees Hof verklaart dit onderdeel van de klacht kennelijk ongegrond (manifestly ill-founded), omdat het geen wetgeving en beleid in abstracto beoordeelt en daarnaast de motivering voor de afwijzing door de burgemeester in de plaats is gesteld door de motiveringen van de rechtbank en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. In dit licht is het opvallend dat de Kamer van Koophandel na een bezwaarprocedure kennelijk heeft besloten dat er voor een weigering om de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster in te schrijven (in het Handelsregister) 'onvoldoende solide civielrechtelijke basis is'. [22] De vraag is hoe deze twee zienswijzen zich tot elkaar verhouden. Daarbij kan worden betrokken de weerslag die die inschrijving mogelijk zal hebben gevonden op de inschrijving van Debat- en Cultuurcentrum De Balie als kerkgenootschap in het Handelsregister in januari 2022. De spontaan opkomende etikettering uit onvrede en om te ontkomen aan overheidsverplichtingen staat niet per se in de weg aan grondwettelijke bescherming, maar veelal niet (meteen) door de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

Prof. mr. dr. P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, bijzonder hoogleraar Recht en Religie, Rijksuniversiteit Groningen; onderzoeker staats- en bestuursrecht, VU Amsterdam; hoofd cluster grondrechten, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Geschreven op academische titel.

[1] Kritisch: C. Grütters & A. Terlouw, 'Niet te geloven!', *NTM/NJCM-bull.* 2019/10; *AB* 2018/361 met annotatie van G. Boogaard & J. Uzman. Instemmend: *JB* 2018/146 met annotatie van J.L.W. Broeksteeg; *JIN* 2018/218 met annotatie van J.L.W. Broeksteeg, en M. Nap, 'De

stelling: Salomonsoordeel', *TvCR* oktober 2018, p. 356-359. Observerend als grensgeval: R.J.B. Schutgens, Schoolbestuur mag het dragen van een religieuze dolk in het belang van de veiligheid verbieden, Raad van State 12 juni 2019, *Ars Aequi* juni 2020.

[2] Rechtbank Overijssel, 25 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2970.

[3] Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2715.

[4] Rechtbank Oost-Brabant 15 februari 2017, ECLI:NL:RBOB:2017:762.

[5] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, par. 82, «EHRC» 2002/47 m.nt. J.H. Gerards en H.L. Janssen, *NJ* 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 910, m.nt. B.E.P. Myjer, par. 82-83.

[6] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk* (noot 5), par. 80-82.

[7] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk* (noot 5), par. 81. Eerder gebruikte het Europees Hof deze criteria in *Campbell en Cosans t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76, ECLI:CE:ECHR:1982:0225JUD000751176, par. 36, later ook in onder andere zijn standaardarresten *Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, par. 81, «EHRC» 2013/67, m.nt. Gerards., par. 81, en *S.A.S. t. Frankrijk*, EHRM (GK) 1 juli 2014, nr. 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, par. 55, «EHRC» 2014/208 m.nt. P.B.C. van Sasse van IJsselt en (voornamelijk met betrekking tot het geweten) *Vavříčka e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, *EHRC Updates* 2021-109, m.nt. Hendriks en Van Sasse van IJsselt.

[8] Zie par. 51. Regelmatig herhaald in andere jurisprudentie, zoals *Eweida t. Verenigd Koninkrijk* (noot 7), en *S.A.S. t. Frankrijk* (noot 7).

[9] *Tamara Skugar e.a. t. Rusland*, EHRM 3 december 2009 (ontv.), nr. 40010/04, ECLI:CE:ECHR:2009:1203DECO04001004. Vgl. *Izzettin Dogan e.a. t. Turkije*, par. 69, EHRM 26 april 2016 (GK), nr. 62649/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD006264910, «EHRC» 2016/167 m.nt. Overbeeke.

[10] In de Nederlandse context heeft dit leerstuk vooral ook betekenis gekregen in het licht van het beginsel van scheiding van kerk en staat. Over het leerstuk bestaat de nodige – ook oudere – jurisprudentie, zie o.a. o.a. HR 9 april 2010 (SGP-zaak), ECLI:NL:HR:2010:BK4549, rov. 4.5.5, waarin de Hoge Raad overwoog dat de burgerlijke rechter niet bevoegd is 'een

oordeel te geven over de vraag of [een theologische] opvatting een meer of minder belangrijke plaats inneemt in het geloof van de leden van de partij'. Zie over het leerstuk o.a. A. Vleugel, *Het juridisch begrip van godsdienst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, onder andere p. 67-72, met verwijzingen, en B.P. Vermeulen, B. Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie*, Nijmegen: WLP 2009, p. 66-72.

[11] Zie met name Grütters & Terlouw (noot 1), en Boogaard & Uzman (noot 1).

[12] Vgl. o.a. A. Vleugel (noot 10), p. 428, onder verwijzing naar andere literatuur.

[13] Vgl. Nap (noot 1). De notie oprechtheid is uitgewerkt door Vleugel (noot 10), die haar voorstelt als vaste toetssteen.

[14] C.A.J.M. Kortmann, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 505.

[15] Vgl. Nap (noot 1), die hier terecht de vergelijking maakt met de notie van weerbare democratie.

[16] Zie voor deze en andere voorbeelden, inclusief jurisprudentieverwijzingen: P. Vanden Heede, Art. 9 EVRM, in: J.H. Gerards (hoofddred.), *Sdu Commentaar EVRM Deel I*, Den Haag: Sdu 2020, pp. 971-972.

[17] Vgl. ook de klassieker HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173, m.nt. Van Veen (Kloosterorde der zusters van Sint Walburga). In gevallen als deze valt op dat het gaat om kwesties waarin een bepaald handelen opeens wordt voorzien van een religieus etiket met het oogmerk om aan bepaalde wettelijke verplichtingen te ontkomen.

[18] *Kimlya t. Rusland*, EHRM 1 oktober 2009, nrs. 76836/01, 32782/03, «EHRC» 2009/124, m.nt. Gerards.

[19] Zie *Eweida t. Verenigd Koninkrijk* (noot 7), en *S.A.S. t. Frankrijk* (noot 7). Zie voor een vergelijkbare Nederlandse benadering reeds het AOW-arrest, HR 13 april 1960, NJ 1960/436, m.nt. Roling.

[20] College Rechten van de Mens, Oordeelnummer 2017-145, 11-12-2017.

[21] Zie par. 40.

[22] Ontleend aan Vleugel (noot 10), p. 266, voetnoot 36.

ANNOTATIE

Association BURESTOP 55 e.a. t. Frankrijk, (EHRM, 56176/18 e.a.) – Recht op toegang tot de rechter en openbaarheid van bestuur

D.G.J. Sanderink

1. De klagers in deze zaak zijn milieuorganisaties. Zij waren tegen een gepland industrieel opslagcentrum in diepe aardlagen voor langdurig radioactief afval met een hoge activiteit. Dit opslagcentrum had de naam 'Cigéo' en was gepland in het gebied Bure. Het radioactieve afval dat daar opgeslagen zou worden, was afkomstig van alle Franse nucleaire installaties en van de verwerking van brandstoffen die werden gebruikt in kerncentrales. Het beheer van dit radioactieve afval was opgedragen aan ANDRA, een overheidsorgaan. Op grond van de Franse milieuwetgeving was ANDRA ook verantwoordelijk voor het beschikbaar stellen aan het publiek van informatie over het beheer van radioactief afval en het delen van wetenschappelijke en technologische kennis op dit gebied. Volgens een rapport uit 2002 van een geofysisch ingenieur bevond het gebied Bure zich boven een 'niet-verwaarloosbare' geothermische bron. Naar aanleiding daarvan hebben de milieuorganisaties verschillende verzoeken om een proefboring gedaan. ANDRA heeft die proefboring in 2008 uitgevoerd. In een rapport over dit geothermische onderzoek van 21 juli 2009 gaf ANDRA op basis van de resultaten van de proefboring aan, dat de geothermische bron zwak was en dat er geen risico was op toekomstige (geothermische) boringen na het verdwijnen van de herinnering aan de opslag van het radioactieve afval. Dit rapport is gepubliceerd in het kader van ANDRA's wettelijke voorlichtingstaak. Bij brief van 17 december 2012 hebben de milieuorganisaties ANDRA verzocht te erkennen dat, door in dit rapport aan te geven dat de geothermische bron zwak was, zij onjuiste en misleidende wetenschappelijke en technologische informatie had verstrekt en dus onrechtmatig had gehandeld.

2. Op 14 mei 2013 hebben de milieuorganisaties bij een Franse rechtbank een procedure tegen ANDRA aanhangig gemaakt waarin zij vergoeding van de schade vorderden die in hun ogen het gevolg was van de schending van de informatieverplichting die op grond van de Franse milieuwetgeving op ANDRA rustte. In dit verband benadrukten ze dat de conclusie van ANDRA over de geothermische potentie van het gebied onjuist was en gebaseerd was op een

opzettelijk vooringenomen beoordeling van de beschikbare gegevens. De rechtbank heeft de milieuorganisaties bij uitspraak van 16 maart 2015 echter niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen. De milieuorganisaties hebben tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld. Bij uitspraak van 23 maart 2017 bevestigde een Frans gerechtshof de niet-ontvankelijkverklaring van de vorderingen van milieuorganisatie MIRABEL-LNE, maar het verklaarde de andere milieuorganisaties alsnog ontvankelijk in hun vorderingen. Volgens het gerechtshof was het statutaire doel van deze andere milieuorganisaties namelijk gericht op het voorkomen van risico's voor het milieu en de gezondheid door de nucleaire industrie en het informeren van het publiek over de gevaren van de ondergrondse opslag van radioactief afval. Volgens het gerechtshof was MIRABEL-LNE echter niet-ontvankelijk in haar vorderingen, omdat haar statutaire doel meer in het algemeen de bescherming van het milieu was. Daarom had zij geen procesbevoegdheid. Hoewel de andere milieuorganisaties ontvankelijk waren in hun vorderingen, wees het gerechtshof deze vorderingen op inhoudelijke gronden af. Bij uitspraak van 24 mei 2018 heeft het Hof van Cassatie het cassatieberoep van de milieuorganisaties tegen de uitspraak van het gerechtshof verworpen.

3. Op grond van art. 34 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Hof of EHRM) alleen klachten beoordelen van natuurlijke personen, rechtspersonen en niet-gouvernementele organisaties die beweren slachtoffer te zijn van een schending van de door het EVRM gewaarborgde rechten door een verdragsstaat. Het Hof interpreteert art. 34 EVRM volgens vaste rechtspraak zo dat belangenorganisaties bij het Hof (uitzonderingen daargelaten) alleen kunnen klagen over schendingen van hun eigen rechten onder het EVRM. Collectieve acties waarmee een belangenorganisatie bij het Hof opkomt voor anderen wier door het EVRM gewaarborgde rechten beweerdelijk zijn geschonden, zijn bij het Hof dus niet mogelijk. Die belangenorganisaties zijn dan immers niet zelf het slachtoffer van een schending van het EVRM.[1] Dat is in bovenstaande uitspraak niet aan de orde. De milieuorganisaties klagen bij het Hof immers over een schending van de rechten die zij zelf aan (onder meer) art. 6 en art. 10 EVRM ontlenen. Het is hun eigen recht op toegang tot de rechter en hun eigen recht op toegang tot informatie van de overheid die volgens hen geschonden zijn. Daarover kunnen zij derhalve bij het Hof klagen.

4. Bovenstaand arrest is ten eerste interessant, omdat het Hof oordeelt dat de niet-ontvankelijkverklaring van MIRABEL-LNE door de nationale rechter een schending van art. 6 EVRM vormt. Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM, is alleen van toepassing, indien het aan de nationale rechter voor te leggen geschil om 'civil rights and obligations' (burgerlijke rechten en verplichtingen) of een 'criminal charge' (strafvervolging) gaat. *In casu* is duidelijk geen 'criminal charge' aan de orde. Op het

eerste gezicht betreft het geschil dat de milieuorganisaties aan de Franse rechter voorlegden ook geen burgerlijke rechten en verplichtingen. Ze eisten bij de Franse rechter immers schadevergoeding voor de schade die zij volgens hen hadden geleden, doordat ANDRA de informatieverplichting die op grond van de Franse milieuwetgeving op haar rustte zou hebben geschonden. In de kern ging hun geschil met ANDRA dus over hun recht op informatie en inspraak in het besluitvormingsproces in milieuaangelegenheden. Het geschil diende daarmee volgens het Hof ontegenzeggelijk de behartiging van het algemeen belang. Het Hof wijst er echter op dat het in *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox t. Frankrijk*, EHRM 28 maart 2006 (ontv.besl.), nr. 75218/01, heeft geoordeeld dat een dergelijk geschil toch burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM betrof. In die zaak overwoog het Hof dat de milieuorganisatie vooral het algemeen belang behartigde en dat haar geschil zo bezien geen burgerlijk recht betrof waarvan zij rechthebbende kon zijn. Een strikte lezing van art. 6 EVRM bracht volgens het Hof daarom mee dat art. 6 EVRM niet van toepassing was. Een dergelijke benadering zou volgens het Hof echter niet in overeenstemming zijn met de huidige maatschappelijke werkelijkheid, waarin organisaties een belangrijke rol spelen, met name door bepaalde zaken voor de nationale autoriteiten of gerechten te verdedigen, in het bijzonder op het gebied van de bescherming van het milieu. Het Hof oordeelde in die zaak daarom dat de toepasselijkheidsvereisten van art. 6 EVRM soepel moeten worden toegepast, wanneer een organisatie klaagt over een schending van art. 6 lid 1 EVRM. Daarbij wees het Hof erop dat de vorderingen van de milieuorganisatie in die zaak in de kern gingen over het recht van het publiek op informatie en inspraak in het besluitvormingsproces bij het toestaan van een activiteit die een gevaar voor de gezondheid of het milieu vormde. Ook benadrukte het Hof in die zaak dat niet-gouvernementele organisaties met rechtspersoonlijkheid ongetwijfeld deel uitmaken van dit 'publiek' en dat de term 'publiek' in de zin van het Verdrag van Aarhus een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen aanduidt en, in overeenstemming met de nationale wetgeving of praktijk, verenigingen, organisaties of groepen gevormd door deze personen. In die zaak oordeelde het Hof daarom dat art. 6 EVRM van toepassing was op de nationale procedure. Net als in die zaak oordeelt het Hof in bovenstaand arrest derhalve dat art. 6 lid 1 EVRM van toepassing was op de nationale procedure.

5. Het recht van het publiek op toegang tot informatie en inspraak in het besluitvormingsproces in milieuaangelegenheden wordt gewaarborgd door het Verdrag van Aarhus, diverse richtlijnen van de Europese Unie (zoals richtlijn 2003/4/EG inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie, richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten en richtlijn 2010/75/EU inzake industriële emissies) en de nationale wetgeving die het Verdrag van Aarhus en die richtlijnen in het nationale recht van de lidstaten implementeren. Het oordeel

van het Hof dat art. 6 EVRM ook van toepassing is op procedures bij de nationale rechter over dat recht is in lijn met de rechtspraak van het Hof die art. 6 EVRM altijd een ruim toepassingsbereik heeft gegeven, zodat art. 6 EVRM op vrijwel alle procedures bij de nationale rechter van toepassing is. Er is slechts een aantal geschillen waarop art. 6 EVRM vanwege de aard van die geschillen niet van toepassing is. Zo is art. 6 EVRM volgens vaste rechtspraak niet van toepassing op belastinggeschillen en vreemdelingenzaken, tenzij zij gaan over een ‘*criminal charge*’.[2] Ambtenarenzaken zijn slechts in beperkte mate uitgezonderd van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM.[3] Bij deze rechtspraak op grond waarvan art. 6 EVRM vanwege de aard van de geschillen niet van toepassing is, kunnen overigens wel vraagtekens worden gezet. Het Hof acht art. 6 EVRM immers wel van toepassing op tal van geschillen over rechten en verplichtingen die ook niet duidelijk ‘*civil*’ zijn.[4]

6. Het lijkt slechts in weinig gevallen meerwaarde te hebben dat art. 6 EVRM ook van toepassing is op procedures bij de nationale rechter over het recht van het publiek op toegang tot informatie en inspraak in het besluitvormingsproces in milieuaangelegenheden. Art. 9 Verdrag van Aarhus en diverse richtlijnen van de Europese Unie bepalen namelijk ook dat bij geschillen over dat recht toegang moet bestaan tot de rechter of een ander bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig orgaan. Als op grond van die richtlijnen recht op toegang tot informatie en/of inspraak in het besluitvormingsproces bestaat, hebben burgers bovendien op grond van art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Hv) recht op toegang tot de rechter. De eisen die art. 9 Verdrag van Aarhus, die richtlijnen en art. 47 Hv aan (gerechtelijke) procedures stellen, lijken niet minder bescherming te bieden dan art. 6 EVRM. De meerwaarde van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM lijkt dan ook vooral dat burgers een klacht bij het Hof kunnen indienen, waardoor het Hof (net zoals in bovenstaand arrest) kan toetsen of de vaststelling van de feiten en/of de uitleg en toepassing van het nationale (proces)recht door de nationale rechter in dergelijke procedures willekeurig of manifest onredelijk is geweest (zie hierna).

7. Nu art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is, vormde de beslissing van de Franse rechter om MIRABEL-LNE vanwege een gebrek aan procesbevoegdheid niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen een aantasting van het door art. 6 EVRM beschermde recht op toegang tot de rechter. Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut en mag dus beperkt worden. Beperkingen van dit recht mogen echter niet zo ver gaan dat de kern van dit recht aangetast wordt. Bovendien zijn beperkingen van dit recht in strijd met art. 6 lid 1 EVRM, als zij geen gerechtvaardigd doel dienen of als zij niet proportioneel zijn ten opzichte van dat doel. Het is in dit verband niet de taak van het Hof om te beoordelen of de nationale rechter fouten heeft gemaakt bij de vaststelling van de feiten en/of bij de uitleg en toepassing van het nationale (proces)recht. Het Hof respecteert daarom het oordeel van de nationale rechter daarover,

tenzij dat oordeel willekeurig of manifest onredelijk is.[5]

8. Ter rechtvaardiging van de niet-ontvankelijkverklaring van de vorderingen van MIRABEL-LNE, wees Frankrijk bij het Hof op de ontvankelijkheidsvereisten (in het nationale recht) voor belangenorganisaties die opkomen voor de collectieve belangen die zij trachten te beschermen. Volgens Frankrijk had het gerechtshof in zijn uitspraak van 23 maart 2017 beoordeeld of MIRABEL-LNE voldeed aan het vereiste dat er verband bestaat tussen haar statutaire doel en de collectieve belangen waarvoor zij in rechte opkwam. Dit vereiste beoogde volgens Frankrijk overbelasting van de gerechten en mogelijk misbruik van het recht op toegang tot de rechter door belangenorganisaties te voorkomen. Het Hof twijfelt niet aan de gerechtvaardigheid van die doelen. Het merkt echter op dat de vorderingen van MIRABEL-LNE een geschil over een *'civil right'* betroffen waarvan zij rechthebbende was, namelijk het recht op informatie en inspraak in milieuaangelegenheden. Daarom beoogden die vorderingen volgens het Hof ook de eigen belangen van MIRABEL-LNE te beschermen. Frankrijk heeft naar zijn oordeel niets aangevoerd waaruit blijkt dat de weigering om een geschil over een dergelijk recht te beoordelen in de omstandigheden van het geval een gerechtvaardigd doel diende en proportioneel was ten opzichte van dat doel.

9. Het Hof stelt bovendien vast dat het gerechtshof geen rekening had gehouden met het feit dat MIRABEL-LNE op grond van art. L. 141-1 van het Franse Milieuwetboek was goedgekeurd, hoewel zij daarop in haar hogerberoepschrift duidelijk had gewezen. Zoals Frankrijk erkende, verschaftte een dergelijke goedkeuring haar in beginsel procesbevoegdheid. Uit artikel L. 142-2 van het Franse Milieuwetboek blijkt namelijk dat de aldus goedgekeurde verenigingen de aan partijen in civiele procedures toegekende rechten kunnen uitoefenen met betrekking tot feiten die directe of indirecte schade toebrengen aan de collectieve belangen die zij beogen te behartigen en die inbreuk maken op wettelijke bepalingen over de bescherming van de natuur en het milieu, de bestrijding van vervuiling en overlast, nucleaire veiligheid en de bescherming tegen straling. Het Hof merkt verder op dat het gerechtshof bij de niet-ontvankelijkverklaring van de vorderingen van MIRABEL-LNE in aanmerking had genomen dat haar statutaire doel anders dan dat van de andere milieuorganisaties niet expliciet de bestrijding van gevaren voor het milieu en de gezondheid omvatte die de nucleaire industrie en daarmee samenhangende activiteiten met zich brachten of het informeren van het publiek over de gevaren van de ondergrondse opslag van kernafval omvatte, maar dat haar statutaire doel meer algemeen als de bescherming van het milieu was geformuleerd. Het Hof acht deze benadering echter niet aanvaardbaar. Enerzijds komt deze benadering namelijk neer op het maken van een onderscheid tussen de bescherming tegen nucleaire risico's en de bescherming van het milieu, terwijl het duidelijk is dat het eerste volledig samenhangt met het tweede. Anderzijds heeft die interpretatie van de statuten van MIRABEL-LNE een buitensporige beperking van de omvang

van haar maatschappelijke doel tot gevolg gehad, aangezien art. 2 van haar statuten het voorkomen van 'technologische gevaren' omvatte. De conclusie van het gerechtshof, zoals bekrachtigd door het Hof van Cassatie, heeft daarom volgens het Hof een disproportionele beperking van het recht op toegang tot de rechter tot gevolg gehad en was op dit punt evident onredelijk. Het Hof stelt daarom een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast ten aanzien van MIRABEL-LNE.

10. Bovenstaand arrest vormt daarmee een tamelijk zeldzaam voorbeeld van een zaak waarin het Hof in het kader van art. 6 lid 1 EVRM oordeelt dat de vaststelling van de feiten en/of de uitleg en toepassing van het nationale (proces)recht door de nationale rechter willekeurig of manifest onredelijk is geweest. Het is begrijpelijk dat het Hof zich in het kader van art. 6 EVRM de bevoegdheid voorbehoudt om te beoordelen of de vaststelling van de feiten en/of de uitleg en toepassing van het nationale (proces)recht door de nationale rechter in een zaak willekeurig of manifest onredelijk is geweest.[6] Zoals het Hof in *Bochan t. Oekraïne (no. 2)* (par. 62) heeft uiteengezet, is deze 'willekeurscontrole' ontleend aan het Franse bestuursrecht en ingegeven door de gedachte dat *'if the error of law or fact by the national court is so evident as to be characterised as a "manifest error" – that is to say, is an error that no reasonable court could ever have made – it may be such as to disturb the fairness of the proceedings.'* Een willekeurige of manifest onredelijke vaststelling van de feiten en/of uitleg en toepassing van het nationale (proces)recht door de nationale rechter tast dus de door art. 6 lid 1 EVRM gewaarborgde eerlijkheid van de gerechtelijke procedure aan en leidt derhalve tot een schending van art. 6 lid 1 EVRM. Het oordeel van het Hof in bovenstaand arrest is mijns inziens alleszins begrijpelijk. De niet-ontvankelijkverklaring van de vorderingen van MIRABEL-LNE omdat haar statutaire doel in algemene zin de bescherming van het milieu was en niet expliciet de bestrijding van gevaren voor het milieu en de gezondheid omvatte die de nucleaire industrie en daarmee samenhangende activiteiten met zich brachten of het informeren van het publiek over de gevaren van de ondergrondse opslag van kernafval omvatte, maakt inderdaad een nogal willekeurige en onredelijke indruk. De bescherming van het milieu omvat immers zonder twijfel ook de bestrijding van gevaren voor het milieu en de gezondheid als gevolg van de nucleaire industrie. Het is niet onredelijk dat het nationale procesrecht voor de toekenning van procesbevoegdheid eist dat de statutaire doelstelling van een belangenorganisatie voldoende specifiek is en dus bijvoorbeeld niet in het algemeen ongeclausuleerd 'de behartiging van het algemeen belang' inhoudt. Het is mijns inziens echter buitensporig formalistisch om van een milieuorganisatie te eisen dat zij in haar statuten vastlegt tegen welke specifieke gevaren voor het milieu en de gezondheid als gevolg van welke specifieke activiteiten zij opkomt, zoals de Franse rechter in deze zaak blijkbaar gedaan had. Dat dient geen redelijk doel en het zal bij het opstellen van de statuten van een milieuorganisatie vaak ook nog niet te voorzien zijn welke specifieke gevaren voor het milieu en de gezondheid als

gevolg van welke specifieke activiteiten zich in de toekomst zullen voordoen. Bij de uitleg en toepassing van art. 1:2 lid 3 Algemene wet bestuursrecht (Awb), de wettelijke bepaling waaruit in combinatie met art. 8:1 Awb de procesbevoegdheid van belangenorganisaties in het bestuursrecht volgt, stelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dan ook terecht niet zulke hoge eisen aan de afbakening van de doelstelling van belangenorganisaties in hun statuten.[7]

11. Bovenstaand arrest is ten tweede interessant, omdat het Hof daarin meer duidelijkheid schept over de vraag wanneer op grond van art. 10 EVRM voor burgers een recht bestaat op toegang tot informatie waarover de overheid beschikt en voor de overheid een verplichting bestaat om die informatie te verstrekken. Ook is het van belang, omdat het Hof meer duidelijkheid verschaft over de vraag aan welke eisen dergelijke informatie moet voldoen. Onder verwijzing naar *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, EHRC 2017/36 m.nt. McGonagle, NJ 2017/431 m.nt. Dommering herhaalt het Hof dat art. 10 EVRM burgers geen algemeen recht op toegang tot informatie die onder de overheid berust, biedt, maar slechts tot op zekere hoogte en onder bepaalde voorwaarden burgers een recht op toegang tot zulke informatie garandeert en de overheid een verplichting om dergelijke informatie te verschaffen oplegt. In *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* (par. 156) oordeelde het Hof dat zo'n recht en verplichting in twee situaties (kunnen) bestaan, namelijk (1) als openbaarmaking van de overheidsinformatie door een (executoriale) gerechtelijke uitspraak is opgelegd en (2) als de toegang tot de overheidsinformatie van doorslaggevend belang is voor ('*instrumental for*' in het Engels en '*déterminant pour*' in het Frans) de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting, vooral de vrijheid om informatie te ontvangen en verstrekken, en de weigering van die toegang een aantasting van dat recht vormt. Het antwoord op de vraag wanneer de weigering van toegang tot overheidsinformatie een aantasting van het recht op vrijheid van meningsuiting als bedoeld in de tweede situatie vormt, is volgens het Hof afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval, maar het heeft daarvoor wel vier beoordelingscriteria geformuleerd, namelijk (1) het doel van het verzoek om informatie, (2) de aard van de verlangde informatie, (3) de rol van de verzoeker om informatie en (4) de beschikbaarheid van de informatie.[8]

12. In bovenstaand arrest maakt het Hof duidelijk dat een recht voor de burger op toegang tot overheidsinformatie en een verplichting voor de overheid om die informatie te verstrekken onder art. 10 EVRM met name kunnen bestaan wanneer de overheid een verzoek om toegang tot informatie afwijst, aangezien het door art. 10 EVRM beschermde recht om informatie te ontvangen de overheid geen positieve verplichting oplegt om ambtshalve informatie te verzamelen en verspreiden. Volgens het Hof kunnen een dergelijk recht en een dergelijke verplichting onder art. 10 EVRM echter ook bestaan, indien het nationale recht de overheid

verplicht om ambtshalve informatie te verzamelen en/of te verspreiden. In deze zaak was volgens het Hof sprake van zo'n nationale verplichting, omdat ANDRA op grond van de Franse milieuwetgeving verplicht was om het publiek ambtshalve informatie te verschaffen over het beheer van radioactief afval.[9] Naar het oordeel van het Hof gelden de genoemde criteria, zoals geformuleerd in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, niet alleen in het geval dat de gestelde aantasting van het recht op vrijheid van meningsuiting het gevolg is van een weigering van toegang tot informatie, maar ook in het geval dat de gestelde aantasting van dat recht het gevolg is van de beweerdelijke onoprechtheid, onjuistheid of ontoereikendheid van de informatie die de overheid heeft verstrekt op grond van een nationaalrechtelijke verplichting om informatie te verstrekken.[10] Op basis van een toepassing van de in het vorige punt genoemde vier beoordelingscriteria uit *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* concludeert het Hof vervolgens dat art. 10 EVRM in casu van toepassing is.[11]

13. Bij de daaropvolgende beoordeling of art. 10 EVRM geschonden was, oordeelt het Hof voor het eerst dat het recht op toegang tot informatie van zijn inhoud zou worden beroofd, als de door de overheid verstrekte informatie onoprecht, onjuist of ontoereikend is. Volgens het Hof vereist dat recht daarom dat de verstrekte informatie betrouwbaar is (in het bijzonder als dat recht voortvloeit uit een wettelijke verplichting van de overheid) en dat belanghebbenden bij een geschil daarover toegang hebben tot een procedure op tegenspraak waarin de inhoud en kwaliteit van de verstrekte informatie getoetst kunnen worden. Naar het oordeel van het Hof is toegang tot zo'n procedure in het bijzonder van belang bij informatie over een project dat een groot risico voor het milieu vormt, zoals een nucleair risico.[12] Het Hof heeft vooral in de laatste twintig jaar al onder veel artikelen van het EVRM aangenomen dat die artikelen voor de verdragsstaten ook procedurele verplichtingen meebrengen en met name ook de verplichting om te voorzien in (al dan niet gerechtelijke) procedures waarin burgers schendingen van door die artikelen beschermde rechten kunnen laten vaststellen en daarvoor redres kunnen krijgen.[13] Het Hof oordeelt dat in casu aan de genoemde procedurele vereisten is voldaan, (kort gezegd) omdat het gerechtshof de milieuorganisaties (behalve MIRABEL-LNE) ontvankelijk had verklaard in hun vorderingen en in een procedure op tegenspraak had beoordeeld of ANDRA de informatieverplichting die op grond van de Franse milieuwetgeving op haar rustte geschonden had. In die procedure had het gerechtshof ook de inhoud en kwaliteit van de door ANDRA verstrekte informatie beoordeeld. Vervolgens hadden de milieuorganisaties bovendien nog gebruikgemaakt van de mogelijkheid om beroep in cassatie in te stellen tegen de uitspraak van het gerechtshof. Het Hof concludeert dan ook dat er geen sprake is van een schending van art. 10 EVRM ten aanzien van de milieuorganisaties die het gerechtshof ontvankelijk had verklaard in hun vorderingen. Ten aanzien van MIRABEL-LNE was het volgens het Hof niet nodig om te beoordelen of de procedurele verplichtingen van art. 10 EVRM geschonden waren, omdat het ten aanzien van haar al een

schending van art. 6 EVRM had vastgesteld.

14. Al met al is bovenstaand arrest interessant voor de rechten van milieuorganisaties en andere belangenorganisaties. Het toont aan dat voor milieuorganisaties niet alleen het Verdrag van Aarhus en het recht van de Europese Unie van belang zijn, omdat zij tot op zekere hoogte ook bescherming aan art. 6 EVRM en art. 10 EVRM kunnen ontleenen.

Dirk Sanderink

[1] Zie bijvoorbeeld *Stichting Mothers of Srebrenica e.a. t. Nederland*, EHRM 11 juni 2013 (ontv.besl.), nr. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212 «EHRC» 2014/22 m.nt. Vermeer-Künzli, *NJ* 2014/263 m.nt. Schrijver, par. 114-117 en *Association ACCEPT e.a. t. Roemenië*, EHRM 1 juni 2021, nr. 19237/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD1923716.

[2] Zie bijvoorbeeld *Ferrazzini t. Italië*, EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD004475998, *AB* 2004/400 m.nt. Barkhuysen, «EHRC» 2001/57, *NJ* 2004/435 m.nt. Alkema en *Maaouia t. Frankrijk*, EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003965298, *AB* 2001/80 m.nt. Battjes, «EHRC» 2000/84 m.nt. Heringa, *NJ* 2002/424.

[3] Zie *Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*, EHRM 19 april 2007, nr. 63235/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500, *AB* 2007/317 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, «EHRC» 2007/82 m.nt. Geurink, *NJ* 2007/375 m.nt. Alkema.

[4] Zie bijvoorbeeld bovenstaand arrest.

[5] Zie voor dit een en ander bijvoorbeeld *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0502JUD002225108, «EHRC» 2015/84 m.nt. Glas, par. 61-62, *Zubac t. Kroatië*, EHRM 5 april 2018, nr. 40160/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, «EHRC» 2018/150 m.nt. Fernhout, par. 76-79 en bovenstaand arrest, par. 66-67.

[6] Zie de in punt 7 genoemde rechtspraak.

[7] Zie bijvoorbeeld *ABRvS* 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5108, *AB* 2012/81 m.nt. Damen, waarin de Afdeling oordeelde dat aan een natuur- en/of milieuorganisatie niet de eis mag worden gesteld dat haar statuten vermelden dat zij opkomt voor het behoud van specifieke planten en dieren.

[8] Zie *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM 8 november 2016 (GK), nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, «EHRC» 2017/36 m.nt. McGonagle, par. 157-170 en bovenstaand arrest, par. 84.

[9] Zie bovenstaand arrest, par. 80-82.

[10] Zie bovenstaand arrest, par. 85.

[11] Zie bovenstaand arrest, par. 86-90<.

[12] Zie bovenstaand arrest, par. 108-109.

[13] Zie bijvoorbeeld *Öneryildiz t. Turkije*, EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, AB 2005/43 m.nt. Woltjer, «EHRC» 2005/10, NJ 2005/210 m.nt. Alkema, par. 91-96 over art. 2 EVRM, *Winterstein e.a. t. Frankrijk*, EHRM 17 oktober 2013, nr. 27013/07, ECLI:CE:ECHR:2013:1017JUD002701307, «EHRC» 2014/31 m.nt. Henrard, par. 148, 155, 158 en 167 over art. 8 EVRM en *G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië*, EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a., ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806, «EHRC» 2018/219 m.nt. Bemelmans en Timmerman, par. 302 over art. 1 Eerste Protocol.

ANNOTATIE

Akgün t. Turkije (EHRM, 19699/18) – Gebruik van cryptocommunicatieapplicatie als voldoende grond voor redelijk vermoeden van schuld

D.A.G. van Toor

1. Na de mislukte coup poging in Turkije zijn vele mensen opgepakt, vervolgd en veroordeeld voor deelname aan een terroristische organisatie (in dit geval de *Fetullahist Terrorist Organization* (afgekort met FETÖ), zoals de Turkse autoriteiten de organisatie van aanhangers van de Gülen-beweging noemt). Al eerder publiceerde *EHRC Updates* annotaties over klachten van mensenrechtenschendingen naar aanleiding van het optreden van de autoriteiten tegen de vermeende organisatie en haar leden die verantwoordelijk zou zijn voor de coup poging.[1] In zowel de geannoteerde zaken *Hakan Bas* en *Sabuncu e.a.*[2] als de onderhavige zaak gaat het om de vraag of het voorarrest van vermeende leden van de FETÖ gerechtvaardigd was. In de onderhavige zaak staat enkel die vraag centraal, en dan vooral of klagers gebruik van de cryptocommunicatieapplicatie *ByLock* bewezen kan worden en, zo ja, of dat voldoende is om een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 5 lid 1 sub c EVRM aan te nemen.[3] Deze vraag is in de eerdere annotaties niet aan bod gekomen, terwijl die absoluut relevant is gezien de vele ontmantelingen van cryptocommunicatieaanbieders de laatste tijd.[4]

2. In de onderhavige zaak wordt klager op 17 oktober 2016, zo'n drie maanden na de coup poging, aangehouden en verhoord vanwege een gerezen "verdenking" dat hij – een oud politieagent – lid is van FETÖ. Hij wordt direct ondervraagd over het gebruik van *ByLock*, maar verklaart die applicatie nooit te hebben gebruikt en hij ontkent elke betrokkenheid bij de coup poging (par. 10-11). Hij wordt in voorarrest genomen enkel op de basis van het gebruik van de cryptocommunicatieapplicatie (par. 16; 130).

3. Volgens de Turkse autoriteiten wordt *ByLock* namelijk alleen door leden van de FETÖ gebruikt. Dit wordt bevestigd na onderzoek verricht door de *High Council of Judges and Prosecutors* (HSYK) (par. 38) en de Nationale Veiligheidsdienst (MIT) (par. 53). Twee IT-consultatiebedrijven beschrijven verder dat *ByLock* voor een besloten groep is ontwikkeld

(par. 57 e.v.). Daarnaast blijkt uit de analyse van de applicatie dat de Turkse taal is gebruikt in de broncode, dat in een bepaalde periode voorafgaand aan de coup poging veelvuldig is gegoogled naar *ByLock* in Turkije, dat de applicatie alleen via een *Virtual Private Network* (VPN) toegankelijk was waardoor de applicatie een hoge mate van identiteitsafscherming biedt en dat *ByLock* op geen enkele wijze commercieel succes heeft getracht te bereiken (par. 57 e.v.). Dit alles leidt de autoriteiten ertoe te concluderen dat *ByLock* een cryptocommunicatieproduct is van en voor FETÖ-leden. Deze analyse wordt geaccepteerd door het Turkse Constitutionele Hof (par. 83 e.v.), dat daarmee de deur opent om het enkele gebruik van *ByLock* als voldoende redengevend te achten voor deelname aan FETÖ.

4. Klager zou *ByLock* bijna 5.000 maal hebben geraadpleegd in de periode van augustus 2014 tot mei 2015 (par. 29) (en de oplettende lezer merkt dat dit meer dan een jaar voor de coup poging is). Daarmee is voor de autoriteiten zonneklaar dat hij onderdeel uitmaakt van FETÖ. De Turkse overheid stelt zich in Straatsburg dan ook op het standpunt dat het enkele gebruik van *ByLock* voldoende grond voor het voorarrest van klager vormt (par. 130) en gaat uitvoering in op de analyse van de applicatie (par. 133 e.v.), zoals die is geaccepteerd door het Turkse Constitutionele Hof.

5. Gezien de context van de onderhavige zaak – de al veelvuldig bekritiseerde willekeurige arrestaties en veroordelingen van vermeende leden van FETÖ door de Turkse autoriteiten – is het lastig om de kern van de rechtsvraag serieus te nemen. Er is zoveel onduidelijk over *ByLock* en er gaan geruchten de ronde dat de gebruikersdata van *ByLock* zijn gemanipuleerd^[5] dat het, gezien de situatie in Turkije, moeilijk is voor te stellen dat alle opgepakte personen, die *ByLock* gebruikten, terroristen zijn. Dat laat echter onverlet dat de rechtsvraag van groot belang is. Is, en zo ja onder welke voorwaarden, is het gebruik van een cryptocommunicatieapplicatie of -product voldoende voor het aannemen van een redelijk vermoeden van schuld?

6. Het EHRM lijkt dit niet in algemene zin uit te willen sluiten (par. 167). Versleutelde communicatie speelt een grote rol binnen criminele netwerken en het EHRM is zich bewust van de realiteit dat opsporingsdiensten wereldwijd inzetten op het ontmantelen van aanbieders van *deviant security* producten en diensten,^[6] zoals de overname en ontmanteling van *Encochat*^[7] en *SkyECC*^[8] en de undercoveroperatie *ANOM*^[9] laten zien. Het Hof stelt dan ook dat het aanpakken van communicatiestromen een belangrijke tool is in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit (par. 167). *Onvoldoende* voor het aannemen van een redelijk vermoeden van schuld is echter het enkele downloaden van een cryptocommunicatieapplicatie (par. 173). Ten minste moet vaststaan dat de applicatie wordt gebruikt en daarnaast dienen nog andere aanwijzingen aanwezig te zijn dat de gebruiker betrokken is bij criminaliteit, zoals bijvoorbeeld de inhoud van de ontsleutelde berichten (par.

173). Omdat het in de onderhavige zaak om een *applicatie* gaat, en niet om een *product* zoals een *cryptophone* – een speciaal voor versleutelde communicatie geprepareerde *smartphone*, waarmee niets anders kan worden gedaan dan versleutelde berichten versturen en ontvangen –, is het onduidelijk of het voorgaande voor beide geldt.

7. Voor applicaties die downloadbaar zijn via de gangbare portalen staat namelijk niet bij voorbaat vast dat die alleen beschikbaar zijn voor besloten groepen. Dit is anders voor producten of diensten waarvoor flink, in cash, moet worden betaald (*Encrochat*) of die alleen verkrijgbaar zijn op voorspraak van andere (criminele) bezitters (*ANOM*). De uitgangspositie van een openbare applicatie zoals *ByLock* is daarmee anders, en het is logisch dat het EHRM meer bewijzen verlangt voordat kan worden geconcludeerd dat het enkele gebruik van een openbare applicatie voldoende is voor een redelijk vermoeden van schuld.

8. Hiermee is niet gezegd dat het uitgangspunt moet zijn dat het gebruik van de eerder genoemde *deviant security*-producten of diensten *ipso facto* tot het aannemen van een redelijk vermoeden van schuld leidt of moet leiden, maar wel dat daarvoor de deur openstaat.[10] De karakteristieken van het product of de dienst lijken mij voldoende redengevend te kunnen zijn om te concluderen dat sprake is van een redelijk vermoeden van schuld van deelname aan een criminele organisatie. Het gebruik van een kostbare *cryptophone* door alle leden van de organisatie – want met een *cryptophone* kan alleen met een andere *cryptophone* worden gecommuniceerd – is dan het bewijs voor de duurzaamheid en beslotenheid van de organisatie.

9. Terug naar de onderhavige zaak. Het EHRM hoeft zich uiteindelijk niet in scherpe bewoordingen uit te laten over de redenering van de Turkse autoriteiten dat het gebruik van *ByLock* gelijkstaat aan deelname aan een terroristische organisatie. De “bewijzen” dat *ByLock* een dienst van en voor leden van FETÖ is, wordt namelijk pas maanden na klagers arrestatie en voorarrest bekend (par. 171). Dit betekent dat ten tijde van de arrestatie en het voorarrest nog niets bekend was over *ByLock*, althans dat dit niet blijkt uit de stukken. Het EHRM concludeert dan ook dat de rechtbank van Ankara, ten tijde van de beslissing over het voorarrest van klager, geen toereikende informatie voorhanden had om te concluderen dat *ByLock* enkel door leden van FETÖ werd gebruikt (par. 174; 179).

D.A.G. van Toor

Universitair docent Straf(proces)recht (Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen (UU))

[1] EHRM 3 maart 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0303JUD006644817, *Hakan Baş t. Turkije* (EHRM, nr. 66448/17) – Hoe bijzonder is noodrecht?, «EHRC Updates» juni 2020, m.nt. De Lange; EHRM 10 november 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1110JUD002319917, *Sabuncu e.a. t. Turkije* (EHRM, nr. 23199/17) – Een redelijke verdenking?, «EHRC Updates» april 2021, m.nt. Ten Voorde.

[2] EHRM 3 maart 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0303JUD006644817, *Hakan Baş t. Turkije* (EHRM, nr. 66448/17) – Hoe bijzonder is noodrecht?, «EHRC Updates» juni 2020, m.nt. De Lange; EHRM 10 november 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1110JUD002319917, *Sabuncu e.a. t. Turkije* (EHRM, nr. 23199/17) – Een redelijke verdenking?, «EHRC Updates» april 2021, m.nt. Ten Voorde.

[3] Ook in de twee eerder genoemde zaken speelt *ByLock* een belangrijke rol. Daarnaast levert het invoeren van *ByLock* veel treffers op in HUDOC. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 16 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD001277817, *Alparslan Altan t. Turkije*; EHRM 19 februari 2021, zaaknr. 15669/20, *Yalcinkaya t. Turkije (communicated case)*, waarin door het EHRM vele vragen worden gesteld over *ByLock* (bijv. over de betrouwbaarheid en de wettelijke grondslag van het onderzoek naar de applicatie).

[4] Bijvoorbeeld <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/03/14/grote-rol-politie-bij-encro-hack-a4035545>, laatst geraadpleegd op 27 januari 2022; <https://www.politie.nl/nieuws/2021/maart/9/nieuwe-klap-voor-georganiseerde-misdaad.html>, laatst geraadpleegd op 27 januari 2022.

[5] <https://blog.fox-it.com/2017/09/13/fox-it-debunks-report-on-bylock-app-that-landed-75000-people-in-jail-in-turkey/>, laatst geraadpleegd op 27 januari 2022.

[6] E.H.A. van de Sandt, *Deviant Security: The Technical Computer Security Practices of Cyber Criminals*, Bristol: University of Bristol 2019.

[7] <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/03/14/grote-rol-politie-bij-encro-hack-a4035545>, laatst geraadpleegd op 27 januari 2022.

[8] <https://www.politie.nl/nieuws/2021/maart/9/nieuwe-klap-voor-georganiseerde-misdaad.html>, laatst geraadpleegd op 27 januari 2022.

[9] C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, I.N. de Wit, D.A.G. van Toor & T. Beekhuis, 'De politie als winkelier van smartphones met "versleutelde" communicatiemiddelen: de inzet van de opsporingshandelingen getoetst aan het legaliteitsbeginsel', *TBS&H* 2021, 5, p. 322-333.

[10] Zie uitgebreider D.A.G. van Toor, 'Het enkele gebruik van *cryptophones* als basis voor

procesrechtelijke concepten', *TBS&H* 2022, 2 (*in press*).

RECHTSPRAAK

Corneschi t. Roemenië, EHRM 11 januari 2022, nr. 21609/16

Een medewerker van de Roemeense veiligheidsdienst is ontslagen nadat hij werd verdacht van smokkel. Hij heeft daartegen beroep ingesteld, maar hij kreeg geen toegang tot een vertrouwelijk deel van het dossier dat aan zijn ontslag ten grondslag lag. Het EHRM ziet daarvoor onvoldoende redenen en acht de rechterlijke beoordeling van klagers verzoek om toegang tot het volledige dossier onzorgvuldig. Daardoor is de wezenlijke kern van art. 6 lid 1 EVRM aangetast, in het bijzonder het recht op een procedure op tegenspraak en op ‘equality of arms’.

Klager is sinds 1994 werkzaam geweest bij de Roemeense veiligheidsdienst. Nadat een strafrechtelijk onderzoek tegen hem was gestart op verdenking van betrokkenheid bij smokkel, is zijn ‘security clearance’ ingetrokken en is hij ontslagen, ook al is hij uiteindelijk niet in staat van beschuldiging gesteld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden. In de bestuursrechtelijke procedure die hij naar aanleiding van zijn ontslag heeft gevoerd, heeft hij namelijk geen toegang gekregen tot als vertrouwelijk geclassificeerd bewijsmateriaal, terwijl dat volgens hem wel bepalend was. Gelet op de financiële consequenties voor klager, verklaart het EHRM art. 6 lid 1 EVRM van toepassing, ook al gaat het om ontslag van een ambtenaar. Het Hof past vervolgens de eerder in *Regner* voor dit situatietype geformuleerde beoordelingscriteria toe. Daarbij overweegt het inderdaad een duidelijke en ernstige inbreuk is gemaakt op klagers procedurele rechten, niet alleen doordat de geclassificeerde documenten niet beschikbaar waren voor zowel klager als zijn advocaat, maar ook omdat de beoordeling van de zaak in doorslaggevende mate op deze documenten was gebaseerd, zonder dat klager inzicht kreeg in de motivering. Aangenomen kan niet worden dat klager door zijn functie bij de veiligheidsdienst bewust afstand heeft gedaan van deze procedurele rechten. Voor de rechter zelf bestond er geen mogelijkheid om de classificatie van de documenten ter discussie te stellen of aan te passen. Evenmin was de rechter in de gelegenheid om aan klager

uit te leggen waarom de documenten vertrouwelijk waren verklaard. Een verwijzing naar de artikelnummers van de relevante toepasselijke wettelijke bepalingen is volgens het Hof niet voldoende als toelichting. De vertegenwoordiging door een bijzondere advocaat die een certificaat zou hebben om met vertrouwelijke informatie om te gaan had in dit geval ook niet tot andere gevolgen geleid. Daardoor moet worden aangenomen dat geen enkele advocaat in staat was geweest om de nadelige gevolgen van de beperkingen voor klager te verzachten. Verder ziet het Hof de nodige tekortkomingen in de argumentatie van de nationale rechter die ten grondslag lag aan het ontzeggen van toegang tot het bewijs en de omgang met dit bewijs in de uitspraak. Dit brengt het Hof tot de conclusie dat het recht op een eerlijk proces in de kern is aangetast doordat het recht op een procedure op tegenspraak en de equality of arms niet zijn gegarandeerd. Strijd met art. 6 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD002160916

Zaaknummer: 21609/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije, EHRM 11 januari 2021, nr. 70078/12

Het EHRM heeft in 2007 geoordeeld dat het Bulgaarse systeem voor geheim toezicht niet in overeenstemming is met art. 8 EVRM. Inmiddels is de wetgeving gewijzigd, maar dezelfde personen en organisaties als in 2007 hebben geklaagd dat de nieuwe wetgeving nog steeds ontoereikend is. In het licht van zijn vaste rechtspraakcriteria onderzoekt het EHRM de nieuwe wetgeving en het stelt vast dat die – zowel op het punt van het systeem van ‘secret surveillance’ als waar het gaat om dataretentie en toegang tot data – nog veel tekortkomingen vertoont. Van een schending van art. 8 EVRM is daardoor nog steeds sprake.

Klagers zijn twee Bulgaren en twee Bulgaarse NGO's; zij maken zich hard voor bescherming van mensenrechten en toegang tot informatie. Volgens klagers heeft de aard van hun activiteiten tot gevolg dat er een risico is dat zij in de gaten worden gehouden en dat hun communicatie wordt onderschept door de autoriteiten. Zij hebben echter geen concrete kennis van dergelijke activiteiten vanuit de staat.

Op grond van art. 8 en 13 EVRM hebben klagers in algemene termen gesteld dat het Bulgaarse systeem voor geheim toezicht, onderscheppen van data en dataretentie in strijd is met art. 8 en 13 EVRM. De staat heeft aangevoerd dat deze klacht in wezen hetzelfde is als een klacht van dezelfde klagers die het EHRM eerder, in 2007, al heeft beoordeeld. Het EHRM oordeelt dat dat niet het geval is, nu inmiddels de wetgeving is aangepast en ook de toepassingspraktijk is veranderd. Daardoor is er relevante nieuwe informatie in de zin van art. 35 lid 2 (b) EVRM. Weliswaar ziet die bepaling primair op nieuwe feitelijke informatie, maar in een zaak als de onderhavige, die primair betrekking heeft op de geldende wetgeving, kan deze anders worden gelezen. Dezelfde overwegingen maken volgens het Hof dat deze zaak als voldoende 'nieuw'

kan worden gezien om behandeling ervan te rechtvaardigen, zonder dat art. 46 EVRM en het daardoor gecreëerde systeem voor toezicht op de tenuitvoerlegging van een eerdere uitspraak daaraan in de weg staat.

Het Hof beoordeelt vervolgens allereerst of art. 8 EVRM in deze zaak is geraakt. Het merkt daarbij allereerst op dat de wetgeving tot gevolg heeft dat de klagers mogelijk inderdaad geraakt kunnen worden door de wetgeving die geheim toezicht mogelijk maakt. Hierbij is alleen een schadevergoedingsprocedure mogelijk voor diegenen die op zeker moment op de hoogte zijn geraakt van het toepassen van de toezichtbevoegdheden. Lang niet iedereen ontvangt deze informatie echter in voldoende specifieke termen om gebruik te kunnen maken van zo'n rechtsmiddel. Daarnaast zijn er andere procedurele obstakels die het gebruik van deze procedurele mogelijkheid bemoeilijken, zoals de onmogelijkheid voor rechtspersonen om er gebruik van te maken. Er zijn verder geen andere rechtsmiddelen beschikbaar. Er is dan ook duidelijk sprake van een inbreuk op art. 8 EVRM waarover klagers bij het EHRM een klacht kunnen indienen.

De inhoud van de klacht beoordeelt het Hof aan de hand van de in zijn eerdere rechtspraak over dit onderwerp neergelegde criteria en factoren, waarbij het in de kern onderzoekt of het systeem van geheim toezicht effectieve garanties bevat om te kunnen beschermen tegen het inherente risico van misbruik. Ook wijst het erop dat het in zijn eerdere uitspraak naar aanleiding van een klacht van de onderhavige klagers het Bulgaarse systeem al onder de loep heeft genomen en dat het daarbij een aantal tekortkomingen heeft geïdentificeerd. Sinds die uitspraak, en ogenschijnlijk in reactie daarop, heeft de Bulgaarse wetgeving een aanzienlijke verandering doorgemaakt, al heeft het Comité van Ministers nog geen eindresolutie aangenomen omdat er nog steeds enkele aandachtspunten zijn. Daardoor is de bij het EHRM nu voorliggende vraag vooral of het huidige systeem in Bulgarije aan de eisen van art. 8 EVRM voldoet.

Het Hof concludeert daarbij dat deze nieuwe wetgeving nog steeds niet in overeenstemming is met de minimale waarborgen die moeten worden geboden tegen willekeur en misbruik in het licht van art. 8 EVRM, met name op een aantal onderdelen: (a) interne regels voor opslag en vernietiging van via surveillance verkregen materiaal zijn niet openbaar; (b) de definitie van de situatie waarin surveillance kan worden ingezet is niet voldoende duidelijk en kan niet waarborgen dat de bevoegdheden niet te algemeen worden toegepast; (c) initiële autorisatie van surveillance op nationale-veiligheidsgronden kan twee jaar geldig zijn, hetgeen de mogelijkheid van rechterlijke controle significant verzwakt; (d) de autorisatieprocedure kan niet waarborgen dat surveillance alleen wordt ingezet als die noodzakelijk is in een democratische samenleving; (e) er zijn aanzienlijke hiaten in de wetgeving over opslag, toegang tot, onderzoek van, gebruik van, communicatie over, en vernietiging van

surveillancegegevens; (f) het bestaande toezichtssysteem voldoet niet aan de eisen van onafhankelijkheid en biedt onvoldoende toetsingsbevoegdheden; (g) de notificatievereisten zijn ontoereikend; en (h) de beschikbare rechtsmiddelen zijn niet toegankelijk voor rechtspersonen en bieden bovendien geen geschikte remedies. Dit betekent dat art. 8 EVRM is geschonden.

Een tweede klacht over art. 8 EVRM heeft betrekking op het systeem van dataretentie en toegang tot bewaarde data in Bulgarije. Naar Bulgaars recht moeten alle telecomproviders de communicatiedata van alle gebruikers gedurende zes maanden bewaren, waarbij verschillende autoriteiten er toegang toe kunnen krijgen. Het EHRM overweegt dat de dataretentie een inbreuk oplevert van het recht op respect voor de correspondentie. Datzelfde geldt voor de mogelijkheid voor de autoriteiten om er toegang toe te krijgen. Dat zullen zij allicht niet altijd proberen, maar het enkele feit dat de mogelijkheid bestaat raakt al aan art. 8 EVRM. Het Hof overweegt dat de wetgeving op zichzelf toegankelijk was en dat er de nodige waarborgen waren om de data na afloop van de retentieperiode te vernietigen. Verzoeken van autoriteiten om toegang te krijgen hoeven echter niet te worden gemotiveerd en onderbouwd, en er zijn onvoldoende waarborgen om ervoor te zorgen dat alleen toegang wordt verkregen als dat daadwerkelijk noodzakelijk en proportioneel is. Het toezichtssysteem is daarbij te zwak om te kunnen garanderen dat de dataretentie en de toegang niet worden misbruikt. Ook de notificatieprocedure die is voorzien is ontoereikend. Daarmee is niet voldaan aan het vereiste dat de inbreuk voldoende voorzien moet zijn bij wet, zodat ook op dit punt art. 8 EVRM is geschonden.

Het Hof acht het onder art. 41 EVRM niet nodig om een schadevergoeding toe te kennen. Wel merkt het nog op dat de verwerende staat op grond van art. 46 EVRM verplicht is om gevolg te geven aan de uitspraak. De algemene maatregelen die Bulgarije zal treffen om uitvoering te geven aan de onderhavige uitspraak zullen daarbij de maatregelen moeten vervangen die Bulgarije al heeft getroffen om uitvoering te geven aan de eerdere uitspraak in de zaak van de onderhavige klagers uit 2007.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812

Zaaknummer: 70078/12

Wetsartikelen: EVRM art. 8, 35 lid 2 (b), 46

RECHTSPRAAK

Iacob-Ridzi t. Roemenië, EHRM 9 november 2021 (ontv.besl.), nr. 41564/15

Klaagster, in de relevante periode Minister voor Jeugd en Sport, wordt voor onder andere misbruik van ambt veroordeeld. Het EHRM ziet geen schending van het recht op een eerlijk proces in het gegeven dat zij bepaalde belastende getuigen niet heeft kunnen ondervragen, in verband met het overig bewijs en de compenserende factoren die door nationale gerechten zijn toegepast.

In Roemenië wordt de voormalig Minister van Jeugd en Sport verdacht van corruptie tijdens de uitvoering van haar ambt. Getuigen C.N.N. en M.D. leggen belastende verklaringen af tegen de klaagster. M.D. wordt opgeroepen om tijdens het onderzoek ter terechtzitting te verklaren, maar de advocaten van klaagster laten het gerecht weten niet bij de zitting aanwezig te kunnen zijn omdat zij op dezelfde dag andere cliënten moeten bijstaan. Daarom verzoeken zij de zaak tegen klaagster te verplaatsen naar een andere datum. Klaagster was zelf, vanwege opname in het ziekenhuis, ook verhinderd aanwezig te zijn. Getuige C.N.N. wordt niet tijdens de zitting gehoord, omdat zij in het buitenland woont en het onmogelijk is haar binnen een redelijke termijn naar Roemenië te krijgen.

Het gerecht start ondanks het voorgaande het onderzoek ter terechtzitting – het is namelijk aan de klaagster om zorg te dragen voor vervanging als een advocaat verhinderd is – en begint met de ondervraging van M.D. Tijdens de ondervraging komt een van de advocaten van klaagster de zittingszaal binnenlopen en wordt op de hoogte gebracht van hetgeen tijdens de zitting is gebeurd. Hij stelt geen vragen aan de getuige. Uiteindelijk wordt klaagster tot vijf jaar gevangenisstraf veroordeeld. Ten grondslag aan deze veroordeling liggen de verklaringen van M.D. en C.N.N., aangevuld door ander bewijs waaronder documenten.

Bij het EHRM wordt geklaagd over schending van het ondervragingsrecht, omdat de verdediging niet mogelijkheid zou hebben gehad om getuigen à charge direct te ondervragen. Het EHRM stelt met betrekking tot M.D. dat de klaagster een reële mogelijkheid heeft gehad

om hem te ondervragen aangezien een van haar advocaten tijdens de zitting aanwezig was. Het niet uitoefenen van het ondervragingsrecht terwijl die mogelijkheid wel bestaat, komt voor rekening van de verdediging. Met betrekking tot C.N.N., waarvan alleen het proces-verbaal van haar verhoor als bewijs is gebruikt, oordeelt het EHRM dat de afwezigheid van haar gerechtvaardigd was. Daarnaast is het duidelijk dat haar verklaring niet het enige bewijs en ook niet een doorslaggevend bewijsmiddel is. Tevens is enige compensatie geboden voor het nadeel dat is ontstaan doordat C.N.N. niet direct kon worden ondervraagd. Alles overziend oordeelt het Hof derhalve dat er geen schending van artikel 6 lid 3 onder d EVRM heeft plaatsgevonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-11-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:1109DEC004156415

Zaaknummer: 41564/15

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

Koch Personaldienstleistungen GmbH, HvJ EU 13 januari 2022, zaak C-514/20

Een Duitse cao-bepaling kent een specifieke berekeningsmethode voor vergoeding van overwerkuren. De uren die overeenkomen met de door de werknemer opgenomen jaarlijkse vakantie worden daarbij niet als gewerkte uren meegeteld om te bepalen of de drempel voor het krijgen van een overwerktoeslag is bereikt. Het HvJ EU oordeelt dat deze berekeningswijze niet in overeenstemming is met art. 7 lid 1 van richtlijn 2003/88, gelezen in het licht van art. 31 lid 2 Hv.

In augustus 2017, een maand met 23 werkdagen, was DS als voltijdse uitzendkracht werkzaam bij Koch. Tijdens de eerste 13 werkdagen heeft hij 121,75 uur gewerkt. Daarna heeft hij voor de overige 10 werkdagen, die overeenkwamen met 84,7 werkuren, jaarlijkse vakantie met behoud van loon opgenomen. Volgens DS moest de jaarlijkse vakantie met behoud van loon in aanmerking worden genomen bij het bepalen van het aantal gewerkte uren. Daarom heeft hij bij de Duitse rechterlijke instanties gevorderd dat Koch zou worden veroordeeld tot betaling van een toeslag van 25 % voor 22,45 uur, namelijk 72,32 EUR. Dat bedrag komt overeen met het aantal gewerkte uren boven de drempel van 184 uur. De berekeningswijze voor overwerktoeslag in de relevante cao-bepaling laat voor vergoeding van die uren echter geen ruimte. In verband daarmee heeft de nationale rechter een prejudiciële vraag voorgelegd aan het HvJ EU.

De vraag luidt daarbij in de lezing van het HvJ EU of art. 31 lid 2 Hv en art. 7 van richtlijn 2003/88 zo moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een cao-bepaling die inhoudt dat de uren die overeenkomen met de door de werknemer opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon, niet als gewerkte uren worden meegeteld om te bepalen of de drempel voor het krijgen van een overwerktoeslag is bereikt. Het HvJ wijst op het grote belang van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat bovendien uitdrukkelijk is neergelegd in art. 31 lid 2 Hv. Deze bepaling wordt gepreciseerd in art. 7 van richtlijn 2003/88; in het licht van art. 51 lid 1 Hv moet die richtlijn-bepaling worden uitgelegd in het licht van art. 31 lid 2 Hv. Het Hof

heeft eerder al geoordeeld dat het normale loon tijdens de jaarlijkse vakantieperiode bedoeld is om de werknemer in staat te stellen de vakantiedagen waarop hij recht heeft daadwerkelijk op te nemen. Het Hof heeft ook geoordeeld dat een werknemer er door een financieel nadeel van kan worden weerhouden om zijn recht op jaarlijkse vakantie uit te oefenen. In de omstandigheden van het hoofdgeding heeft de uitoefening van het recht op vakantie tot gevolg gehad dat DS een lager loon over de maand augustus 2017 heeft ontvangen dan hij had gekregen als hij in die maand geen vakantie zou hebben opgenomen. Dit heeft te maken met de specifieke berekeningswijze die op nationaal niveau wordt toegepast. Dit betekent volgens het HvJ dat art. 7 lid 1 van richtlijn 2003/88, gelezen in het licht van art. 31 lid 2 Hv, zich verzet tegen de cao-bepaling waarin deze berekeningswijze is vastgelegd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-01-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:19

Zaaknummer: C-514/20

Rechters: I. Ziemele, T. von Danwitz en A. Kumin

Wetsartikelen: Richtlijn 2003/88/EG art. 7, BW art. 7:634, Hv art. 31 lid 2 en Hv art. 51 lid 1

RECHTSPRAAK

Krayeva t. Oekraïne, EHRM 13 januari 2022, nr. 72858/13

Een administratief medewerkster in Oekraïne heeft per abuis een verkeerd bedrag opgenomen in een belastingverklaring voor geïmporteerde goederen met een waarde van EUR 48.661. Meteen toen ze dit ontdekte heeft ze geprobeerd dit recht te zetten. De douane accepteerde dat niet en uiteindelijk kreeg ze, vanwege schending van de aangifteredels, een boete opgelegd ter hoogte van de waarde van de goederen. Het EHRM betwijfelt of in dit geval de vereiste opzet aantoonbaar was, maar acht vooral problematisch dat geen matiging van de boete in het licht van het proportionaliteitsvereiste mogelijk was. Strijd met art. 1 EP EVRM.

Klaagster was administratief medewerkster voor een Zwitserse, in Oekraïne gevestigde onderneming. In 2013 diende zij een belastingverklaring namens haar werkgever in waarin ze een bedrag van USD 46.298 aangaf als waarde van te importeren goederen, terwijl in het verkoopcontract een bedrag van EUR 48.661 was vermeld. Klaagster ontdekte de fout al snel en probeerde die meteen recht te zetten. De verkopende partij erkende deze fout ook en accepteerde haar excuses. Niettemin werd ze later door de Oekraïense douane bestuursrechtelijk aansprakelijk gesteld voor het doen van een valse belastingverklaring die zou hebben geleid tot een te lage betaling van importheffingen. Klaagster werd uiteindelijk veroordeeld tot betaling van een boete die gelijkstond aan het bedrag van de geïmporteerde goederen, dus EUR 48.661.

Klaagster heeft voor het EHRM gesteld dat de boete die haar is opgelegd disproportioneel is en daarmee in strijd met art. 1 EP EVRM. Het EHRM stelt voorop dat een dergelijke boete inderdaad inbreuk maakt op het door art. 1 EP EVRM gegarandeerde eigendomsrecht, omdat deze iemand een bepaalde som geld ontnemt. Het Hof stelt voorop dat er op zichzelf een wettelijke basis was voor het opleggen van de boete. Tegelijkertijd is geen aandacht gegeven aan het – ook door de verkoper ondersteunde – argument van klaagster dat er geen sprake was van opzet, maar van een fout. Het is daarmee de vraag of aan het wettelijke vereiste is

voldaan dat er sprake moet zijn van doelbewust en opzettelijk achterhouden van informatie, maar het Hof laat het antwoord op die vraag in het midden. In plaats daarvan leidt het Hof uit de beoordeling door de Oekraïense rechters af dat geen daadwerkelijke proportionaliteitstoets is uitgevoerd en dat ten onrechte niet is gekeken naar relevante omstandigheden als het gedrag en de zorgvuldigheid van klagster. Het Oekraïense systeem liet hoe dan ook geen matiging van de boete toe, hetgeen zo'n proportionaliteitsbeoordeling ook onnodig maakte. Een dergelijk rigide systeem is volgens het EHRM niet in staat om een redelijke balans te vinden tussen het algemeen belang en het eigendomsrecht. Schending art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0113JUD007285813

Zaaknummer: 72858/13

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

**Lee t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 7 december 2021
(ontv.besl.), nr. 18860/19**

Gareth Lee heeft in 2014 een taart besteld bij een bakker, waarop hij het logo van zijn organisatie 'QueerSpace' wilde laten afdrukken, en de tekst 'Support Gay Marriage'. Om religieuze redenen weigerde de bakker de opdracht uit te voeren. Lee heeft geprocedeerd over ongelijke behandeling en schending van het consumentenrecht, maar is in het ongelijk gesteld. Het EHRM verklaart de zaak niet-ontvankelijk omdat Lee voor de nationale rechter onvoldoende concreet en specifiek beroep heeft gedaan op de relevante EVRM-rechten. Daardoor heeft hij de nationale rechtsmiddelen in feite niet uitgeput, in strijd met art. 35 lid 1 en 4 EVRM.

Klager is verbonden aan een organisatie 'QueerSpace' die zich hard maakt voor de LHBT-gemeenschap in Noord-Ierland. Sinds 2014 kunnen stellen van gelijk geslacht in Engeland, Wales en Schotland een burgerlijk huwelijk sluiten; in Noord-Ierland kon dat aanvankelijk niet, maar sinds januari 2020 is dit ook daar mogelijk. In 2014 – vlak nadat het Noord-Ierse parlement de mogelijkheid van een huwelijk voor stellen van gelijk geslacht had verworpen – wilde klager een kleine bijeenkomst organiseren om politiek momentum te bereiken voor het openstellen van het burgerlijk huwelijk. Hij wilde daarbij een taart meenemen van een bakker die een door de klant gekozen opschrift of afbeelding in het glazuur kon aanbrengen. In de via internet gedane bestelling voegde hij een afbeelding bij waarop onder meer het logo van QueerSpace stond en de tekst 'Support Gay Marriage'. Kort daarna kreeg hij een telefoontje van de bakker met de mededeling dat de opdracht niet kon worden uitgevoerd. De bakker had vanuit zijn christelijke overtuiging bezwaren tegen de opdracht. De bakker bood zijn excuses aan en stortte het al betaalde geld terug. Wel kon klager uiteindelijk zijn bestelling bij een andere bakkerij plaatsen en laten uitvoeren. Klager heeft op nationaal niveau geprocedeerd, maar het Britse Supreme Court nam aan dat er geen sprake was van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid of politieke overtuiging, noch van een aantasting van de andere

EVRM-rechten die klager had aangevoerd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat dit oordeel van het Britse Supreme Court een schending vormt van art. 8, 9, 10 en 14 EVRM. In de zaak hebben tal van organisaties en de bakkerij zelf interventies ingediend. Het EHRM wijst er echter op dat klager niet expliciet beroep heeft gedaan op de EVRM-rechten voor de nationale rechter, maar primair op de gelijkebehandelingswetgeving en het consumentenrecht. Volgens het EHRM kunnen die bepalingen niet geacht worden de materiële EVRM-rechten van consumenten te beschermen. In zoverre een beroep is gedaan op art. 14 EVRM erkent het Hof dat de beweerde ongelijke behandeling naar seksuele oriëntatie en politieke overtuiging wel aan bod is gekomen op nationaal niveau en dat de daarbij aangelegde criteria op nationaal en EVRM-niveau vergelijkbaar zijn. De nationale wetgeving bevat echter zelfstandige discriminatieverboden, terwijl art. 14 EVRM een accessoir karakter heeft. Het Hof acht het niet vanzelfsprekend dat de feiten van de onderhavige zaak binnen het toepassingsbereik van art. 8, 9 of 10 EVRM vallen. De nationale rechters waren bovendien vooral belast met het afwegen van de zeer specifieke rechten van klager onder de nationale wetgeving tegen de door art. 9 en 10 beschermde rechten van de bakker. De vraag of die rechten van de bakker ook moesten worden afgewogen tegen EVRM-rechten van klager is op geen enkel moment aan de orde gekomen. Gelet op de uiterst grote gevoeligheid van deze belangenafweging, die ook naar voren komt uit de gedane interventies door derde partijen, is het Hof van oordeel dat de nationale rechters veel beter in staat zouden zijn om deze uit te voeren. Het Hof acht verder relevant dat klager niet heeft uitgelegd waarom hij voor de nationale rechter geen beroep heeft gedaan op de Human Rights Act 1998, terwijl dat wel mogelijk zou zijn geweest en daardoor de EVRM-rechten indirect wel ingeroepen zouden zijn. Hij had bijvoorbeeld kunnen (en ook moeten) stellen dat een beperkte interpretatie van de bepalingen uit de relevante nationale wetgeving in strijd zou komen met zijn eigen rechten onder art. 8, 9, 10 en 14 EVRM. Nu klager dat niet heeft gedaan, maar zijn zaak min of meer direct aan het EHRM heeft voorgelegd, nodigt hij in wezen het EHRM uit om de rol van de nationale rechter in te nemen. Een dergelijke benadering is in strijd met het subsidiaire karakter van het EVRM-toezichtstelsel. De klachten zijn daarmee niet-ontvankelijk in het licht van art. 35 lid 1 en lid 4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-12-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC001886019

Zaaknummer: 18860/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8, 9, 10, 14, 35 lid 1 en lid 4

RECHTSPRAAK

MARCAS MC, HvJ EU 13 januari 2022, zaak C-363/20

In een Hongaarse procedure over fiscale delicten op het terrein van vennootschapsbelasting zijn prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van art. 47 en 54 Hv. Het HvJ verklaart zich onbevoegd om deze vragen te beantwoorden. Reden daarvoor is dat weliswaar sprake is van harmonisatie op het terrein van btw, maar niet op het terrein van vennootschapsbelasting. Die belasting maakt immers geen deel uit van het stelsel van eigen middelen van de Unie. Van het ten uitvoer brengen van EU-recht in de zin van art. 51 lid 1 Hv is in deze zaak dan ook geen sprake.

In een Hongaarse procedure over fiscale delicten op het terrein van vennootschapsbelasting heeft een lagere Hongaarse rechter vastgesteld dat er aanzienlijke verschillen zijn tussen zijn rechtspraak en die van de Kúria, de hoogste rechterlijke instantie in Hongarije. Deze rechtspraak heeft specifiek betrekking op de uitleg en toepassing van het beginsel van gewettigd vertrouwen. In verband hiermee heeft deze Hongaarse rechter een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegd, die met name betrekking hebben op de uitleg van art. 47 Hv (recht op een eerlijk proces), art. 54 Hv (verbod van misbruik van recht) en ongeschreven beginselen als het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Voor zover relevant voor het Handvest herinnert het HvJ eraan dat art. 51 lid 1 Hv inhoudt dat de bepalingen hiervan uitsluitend tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Van een verruiming van de bevoegdheden van de EU zoals bepaald in de verdragen is daarbij geen sprake. Het Unierecht heeft de regels van de lidstaten op het gebied van belastingcontroles en sancties wegens niet-nakoming van fiscale verplichtingen niet geharmoniseerd. Met fiscale sancties en strafvervolgning wegens btw-fraude wordt volgens het Hof wel EU-recht ten uitvoer gebracht in de zin van art. 51 lid 1 Hv, aangezien de lidstaten daarmee hun verplichting nakomen om alle passende maatregelen te nemen om te

waarborgen dat een belasting die gepaard gaat met de eigen middelen van de Unie volledig wordt geheven. Dat is echter niet het geval voor sancties en fiscale procedures inzake de vennootschapsbelasting, aangezien deze belasting geen deel uitmaakt van het stelsel van eigen middelen van de Unie. Dit betekent dat het Hof niet bevoegd is om de gestelde vragen te beantwoorden voor zover zij betrekking hebben op praktijken van de belastingdienst van een lidstaat inzake de controle en de bestraffing van fiscale delicten op het gebied van de vennootschapsbelasting. Op de gestelde vragen over art. 47 en 54 Hv gaat het HvJ dan ook niet verder in.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-01-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:21

Zaaknummer: C-363/20

Wetsartikelen: Hv art. 51 lid 1, Hv art. 54, Hv art. 57, Rl 78/660/EEG art. 2 lid 3 en Rl 78/660/EEG art. 31

RECHTSPRAAK

Tabak t. Kroatië, EHRM 13 januari 2022, nr. 24315/13

Na een verkeersongeval is Tabak arbeidsongeschikt geraakt. Daarop heeft hij geprocedeerd tegen een verzekeringsmaatschappij om een schadevergoeding te krijgen. Rechtbankexpert V.B. voorzag de rechtbank van een deskundigenrapport, waarin zij de causaliteit tussen de arbeidsongeschiktheid en het verkeersongeval in twijfel trok. In hoger beroep heeft Tabak de neutraliteit van V.B. betwist omdat zij eerder als arts bij de verzekeringsmaatschappij werkte. Het EHRM oordeelt dat Tabak dit eerder aan de orde had kunnen stellen. De hogerberoepsrechter kan dan ook niet worden verweten dat hij dit punt niet inhoudelijk heeft behandeld. Dit levert geen strijd op met art. 6 EVRM.

Klager was in 1995 slachtoffer van een verkeersongeval, waarbij hij gewond raakte aan zijn knie. In verband daarmee ontvangt hij sinds 1999 een invaliditeitspensioen. In 1999 heeft klager een civiele procedure aangespannen tegen de verzekeringsmaatschappij C.O. om schadevergoeding te claimen in verband met het verkeersongeval. In eerste aanleg oordeelde de rechter onder meer op basis van een deskundigenrapport van D.H., een vaste rechtbankexpert, die stelde dat klagers invaliditeit niet te maken had met de tijdens het verkeersongeval opgelopen knieverwondingen. Nadat ook andere deskundigenrapporten waren aangevraagd en overgelegd door de verzekeringsmaatschappij, gaf de rechtbank ook nog opdracht aan V.B., een andere rechtbankexpert, om zich over het causale verband tussen ongeval en schade uit te spreken. Zij bevestigde in grote lijnen de bevindingen van D.H. Hierna ontspan zich een langdurige procedure over verantwoordelijkheid en causaliteit. Toen klager in deze procedure in 2012 hoger beroep instelde, stelde hij dat V.B. ook had gewerkt als arts in dienst van de verzekeringsmaatschappij waarop het geschil betrekking had en dat haar rapport bevooroordeeld was. Deze argumenten werden door de hogerberoepsrechter van de hand gewezen omdat klager ze niet al voor de rechter in eerste aanleg naar voren heeft gebracht.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij geen ‘fair hearing’ heeft gehad doordat de nationale rechters hun oordelen hebben gebaseerd op het rapport van een deskundige die voor de verwerende onderneming had gewerkt. Op basis van de feiten is het Hof bereid om aan te nemen dat het rapport van V.B. een doorslaggevende invloed heeft gehad op de beoordeling van een groot deel van de schadeclaim van klager. Ook neemt het Hof aan dat V.B. in 1995 werkzaam was als arts voor de verzekeringsmaatschappij tegen wie de claim was gericht. Daardoor was er redelijke en objectieve twijfel mogelijk aan haar neutraliteit als deskundige. De rechter in hoger beroep heeft vervolgens op formele gronden geweigerd om klagers argumenten hierover in behandeling te nemen. Het Hof onderzoekt daarbij of dit klager valt aan te rekenen. Daarbij geldt dat deskundigen zelf een verantwoordelijkheid hebben om eventuele betrokkenheid of mogelijke belangenverstrengeling te melden. Dat heeft V.B. in de procedure in eerste aanleg niet gedaan. Gebleken is niet dat de rechter in eerste aanleg van V.B.’s eerdere professionele banden met de verzekeringsmaatschappij op de hoogte was. De lijst van rechtbankexperts bevatte ook geen gegevens over eerdere dienstverbanden of betrokkenheden. Klager heeft verder niet zelf actief onderzoek gedaan naar V.B. of haar betrokkenheid bij de verzekeraar, totdat de uitspraak in eerste aanleg werd gedaan. Hij heeft daartoe volgens het Hof in de zes jaar die de procedure in eerste aanleg in beslag nam wel alle gelegenheid gehad. Daarbij heeft hij bovendien toegegeven dat de informatie over V.B.’s eerdere werkzaamheden openbaar beschikbaar was, en hij heeft niet gesteld dat hij die informatie pas na de uitspraak in eerste aanleg heeft gekregen. Klager zelf heeft daardoor nagelaten met de nodige gepaste zorgvuldigheid te handelen en zijn procedurele mogelijkheden te benutten om de objectiviteit van een rechtbankexpert aan de kaak te stellen. Gelet hierop valt het het gerecht in hoger beroep niet te verwijten dat het heeft besloten om niet in te gaan op de klachten over de objectiviteit van V.B. Geen schending art. 6 lid 1 (4 tegen 3 stemmen).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0113JUD002431513

Zaaknummer: 24315/13

Wetsartikelen: [EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Freitas Rangel t. Portugal, EHRM 11 januari 2022, nr.
78873/13**

Een bekende Portugese journalist heeft in 2010 een verklaring in het parlement en de media afgelegd waarin hij zich kritisch uitsprak over de banden tussen bepaalde rechters, openbare aanklagers en journalisten. Daardoor kon volgens hem vertrouwelijke informatie over strafprocedures te gemakkelijk in de media terecht komen. Naar aanleiding van aanklachten van de beroepsorganisaties voor rechters en aanklagers is hij veroordeeld tot schadevergoedingen van 25.000 euro. Het Hof acht dat disproportioneel. In dit debat over een onderwerp van algemeen belang had de uitingsvrijheid zwaarder moeten wegen dan de bescherming van de reputatie van publieke instituties. Schending art. 10 EVRM.

Klager was een in Portugal zeer bekende journalist. In 2010 gaf hij een verklaring tijdens een bijeenkomst van een parlementair comité over persvrijheid in Portugal, waarbij hij onder meer kritisch was over banden tussen advocaten, rechters, (hoge) openbaar aanklagers en journalisten, het delen van vertrouwelijke informatie door rechters en openbaar aanklagers met journalisten, en politieke interventies in de berichtgeving over rechtszaken. Hij heeft daarover ook uitspraken gedaan in de media. Naar aanleiding hiervan hebben de beroepsvereniging voor rechters (ASJP) en van openbaar aanklagers (SMMP) aanklachten ingediend tegen klager vanwege belediging van een juridische entiteit. Hij werd hiervoor aanvankelijk veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 50.000 euro aan elk van beide verenigingen; in hoger beroep werd de schadevergoeding verlaagd naar 10.000 euro, maar in cassatie werd deze weer verhoogd naar 25.000 euro in verband met de berokkende reputatieschade.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de veroordeling in strijd is met de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM merkt op dat de ASJP en de SMMP beroepsorganisaties zijn met

een sterke reputatie, die vaak worden uitgenodigd om hun mening te geven over het functioneren van het justitieel apparaat. De discussie die klager had aangejaagd betrof duidelijk een onderwerp van algemeen belang. De meeste stellingen die klager daarbij betrokken waren waardeoordelen, eerder dan feitelijke oordelen. De formulering ervan kan ongelukkig worden genoemd, maar de uitingen kunnen volgens het EHRM worden gezien als een illustratie van een breder bestaande sociale kritiek op on gepaste interventies van de rechterlijke macht als geheel in de politiek en de media. Het Hof wijst er bovendien op dat uitingen als de onderhavige volgens vaste EHRM-rechtspraak bijzondere bescherming verdienen. Verder benadrukt het dat de reputatie van instituties volgens deze rechtspraak in de regel minder bescherming verdient dan die van individuen. De nationale rechter heeft echter alleen dit reputatiebelang benadrukt, en heeft dat niet afgewogen tegen de belangen van klager. Daarnaast is de opgelegde schadevergoeding disproportioneel en kan die leiden tot een ‘chilling effect’ op politieke discussies. Gelet op dit alles acht het Hof de nationale beoordeling van de kwestie ontoereikend en is sprake van een schending van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007887313

Zaaknummer: 78873/13

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

**Hashemi t. Azerbeidzjan, EHRM 13 januari 2022, nrs.
1480/16 e.a.**

In de jaren 'oo zijn acht Afghaanse en Pakistaanse staatsburgers naar Azerbeidzjan gevlucht. Hun later daar geboren kinderen werd – ongeacht de gelding van het ius-soli-beginsel – de Azerbeidzjaanse nationaliteit ontzegd, omdat de ouders geen Azerbeidzjaans staatsburgerschap hadden. Het EHRM acht de wetgeving op dit punt onduidelijk, maar oordeelt dat die wel tendeert naar erkenning van het ius-soli-beginsel. Hoe dan ook is de wetgeving willekeurig toegepast, in strijd met art. 8 EVRM.

Klagers zijn acht Afghaanse en Pakistaanse staatsburgers die in de jaren 'oo naar Azerbeidzjan zijn gevlucht en daar als vluchtelingen zijn geregistreerd door de VN Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen. Zij klagen over het feit dat Azerbeidzjan heeft geweigerd om hun kinderen, die in Azerbeidzjan zijn geboren, de Azerbeidzjaanse nationaliteit te geven en om hen identiteitspapieren toe te kennen. Deze weigering was gebaseerd op het feit dat de ouders zelf niet de Azerbeidzjaanse nationaliteit hebben. Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de weigering een aantasting vormt van art. 8 EVRM. Hoewel het EVRM geen recht op een bepaalde nationaliteit bevat, heeft het Hof eerder al aangenomen dat het willekeurig ontzeggen van nationaliteit in bepaalde omstandigheden binnen het bereik van art. 8 EVRM kan worden gebracht. In dit geval gaat het niet om het ontzeggen, maar om het niet toekennen van een bepaalde nationaliteit. Het Hof acht die situaties echter voldoende vergelijkbaar om art. 8 EVRM hierop toe te passen. Daar komt nog bij dat door het onthouden van identiteitspapieren aan de kinderen er ook geen aanspraak kan worden gemaakt op bepaalde sociale en economische voordelen die alleen aan staatsburgers toekomen.

Ten aanzien van de wettelijke basis van het onthouden van de nationaliteit wijst het Hof op de onduidelijkheid van de bestaande wetgeving. Het lijkt er echter op dat ten tijde van de relevante feiten het *ius soli*-beginsel nog werd erkend, en dat restricties daarop die in het geval van klagers zijn toegepast, op het moment van de geboorte van de kinderen nog niet golden. In

dat verband verwijst het Hof ook naar een uitspraak die het Azerbeidzjaanse Constitutionele Hof hierover eerder heeft gedaan en over uitspraken die de regering van Azerbeidzjaan heeft gedaan jegens VN-instellingen over het staatsburgerschap. Het Hof ziet dan ook niet in waarom aan de kinderen in dit geval geen Azerbeidzjaans staatsburgerschap zou kunnen worden toegepast. Voor zover de wetgeving duidelijk was, is die in ieder geval willekeurig toegepast. Strijd met art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0113JUD000148016

Zaaknummer: 1480/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8