

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-8

Nummer 8, 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:2022:0407JUD001092919 07-04-2022

Landi t. Italië, EHRM 7 april 2022, nr. 10929/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001895218 07-04-2022

Gloveli t. Georgië, EHRM 7 april 2022, nr. 18952/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD000233820 07-04-2022

Callamand t. Frankrijk, EHRM 7 april 2022, nr. 2338/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD002016520 07-04-2022

Assemblée Chrétienne Des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht e.a. t. België, EHRM 7 april 2022, nr. 20165/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001334420 07-04-2022

A.L. t. Frankrijk, EHRM 7 april 2022, nr. 13344/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD004958812 05-04-2022

NIT S.R.L. t. Moldavië, EHRM (GK) 5 april 2022, nr. 28470/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD001905918 05-04-2022

Benkharbouche en Janah t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 5 april 2022, nrs. 19059/18 en 19725/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD005579816 05-04-2022

A.A. e.a. t. Noord-Macedonië, EHRM 5 april 2022, nr. 55798/16 en 4 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0229JUD000761318 29-03-2022

Vool en Toomik t. Estland, EHRM 29 maart 2022, nrs. 7613/18 en 12222/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD000751218 29-03-2022

Starkevič t. Litouwen, EHRM 29 maart 2022, nr. 7512/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD004934118 29-03-2022

Nuh Uzun e.a. t. Turkije, EHRM 29 maart 2022, nrs. 49341/18 en 13 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD004830919 29-03-2022

Laniauskas t. Litouwen, EHRM 29 maart 2022, nr. 48309/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0315DEC008162417 15-03-2022

Povilonis t. Litouwen, EHRM 15 maart 2022 (ontv.), nr. 81624/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0308DEC003039118 08-03-2022

Faulkner en McDonagh t. Ierland, EHRM 8 maart 2022 (ontv.), nrs. 30391/18 en 30416/18

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:258 05-04-2022

Commissioner of the Garda Síochána e.a., HvJ EU (GK) 5 april 2022, zaak C-140/22

Annotatie

X en Y (HvJ EU, C-562/21 PPU) – (Potentiële) berechting niet-onafhankelijk

Pools gerecht blokkeert niet automatisch overlevering aan Polen

mr. dr. S.M.A. Lestrade

Annotatie

Standard Verlagsgesellschaft t. Oostenrijk (EHRM, 39378/15) – Persvrijheid als

nieuwe beschermengel voor gebruikersgegevens op discussiefora

L. Coeckelberghs

Annotatie

Fenech t. Malta (EHRM, 19090/20) – ‘Beschermdende maatregelen’ in

gevangenis ter voorkoming van verspreiding van COVID-19

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

Jallow t. Noorwegen (EHRM, 36516/19) – Ouderlijk gezag, visumweigering en de

proportionaliteitstoets van Skype-zittingen

M.R. Bruning en K. Geertsema

RECHTSPRAAK

A.A. e.a. t. Noord-Macedonië, EHRM 5 april 2022, nr. 55798/16 en 4 andere

Een groep vluchtelingen heeft in 2016 in het kader van een ‘March of Hope’ geprobeerd illegaal de grens tussen Griekenland en Noord-Macedonië over te steken. Zij stuitten echter op een politieoperatie en zijn daarop naar hun Griekse vluchtelingenkamp teruggekeerd. Het EHRM wijst erop dat er alleen sprake is van een verboden ‘collectieve’ uitzetting als het ontbreken van een individuele beoordeling van asielverzoeken niet aan de betrokkenen zelf kan worden toegerekend. In casu was dit wel het geval, nu er formeel en daadwerkelijk een legale mogelijkheid was om Noord-Macedonië binnen te komen. Art. 4 P4 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klagers zijn vluchtelingen uit respectievelijk Syrië, Irak en Afghanistan. In 2016 hebben zij geprobeerd om vanuit Griekenland naar Noord-Macedonië te reizen, als onderdeel van de ‘March of Hope’ waaraan twee grote groepen vluchtelingen uit Idomeni in Griekenland deelnamen. In Noord-Macedonië hebben ze echter te maken gekregen met een pushbackoperatie, waarop ze zijn teruggekeerd naar Idomeni.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de pushbackoperatie neerkwam op een collectieve uitzetting, in strijd met art. 4 P4 EVRM. Het Hof acht op basis van de aangevoerde feiten voldoende aannemelijk dat klagers inderdaad deel uitmaakten van de ‘March of Hope’ en dat ze zijn teruggestuurd naar Griekenland. In het licht van zijn eerdere rechtspraak oordeelt het Hof dat moet worden aangenomen dat Noord-Macedonië jurisdictie had over de vreemdelingen. Het Hof wijst verder op de relevante uitgangspunten die het in zijn eerdere uitspraak in *N.D. en N.T.* heeft geformuleerd. Het acht het duidelijk dat in het onderhavige geval sprake was van een verwijdering van Noord-Macedonisch grondgebied en daarmee van een ‘uitzetting’ in de zin van art. 4 P4 EVRM. Nu er geen sprake is geweest van individuele identificatie of een beoordeling van de individuele gevallen, moet de conclusie worden

getrokken dat er inderdaad sprake was van een ‘collectieve’ uitzetting, tenzij het ontbreken van zo’n individuele beoordeling aan het eigen gedrag van de betrokkenen kan worden toegeschreven. Duidelijk is dat in het onderhavige geval de vluchtelingengroepen die aan de ‘March of Hope’ deelnamen geen geweld hebben gebruikt of weerstand hebben geboden tegen de pushback. Wel was er naar Macedonisch recht een mogelijkheid om het territorium van de staat via officiële grensposten binnen te komen. Relatief dicht bij het Idomeni-kamp was een grensovergang waar eerder zo’n 300.000 toegangscertificaten waren verleend. Dat betekent dat er niet alleen een formele mogelijkheid was om het land binnen te komen, maar dat die mogelijkheid ook realistisch gezien bestond. Klagers hadden geen dwingende redenen om niet van de geboden mogelijkheden gebruik te maken. Daardoor hebben zij zichzelf in gevaar gebracht van een pushback door op een illegale manier te proberen het Noord-Macedonisch grondgebied binnen te komen. Art. 4 P4 is dan ook niet geschonden. Evenmin ziet het Hof in deze zaak een schending van art. 13 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 05-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD005579816

Zaaknummer: 55798/16 en 4 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 4 P4 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

A.L. t. Frankrijk, EHRM 7 april 2022, nr. 13344/20

A.L. en zijn partner hadden een draagmoeder aangezocht om een kind te krijgen. De draagmoeder had echter ook een overeenkomst met een ander stel (R.) gesloten en droeg het kind aan hen over; tegen A.L. zei ze aanvankelijk dat het kind dood was geboren. Na complexe procedures over het vaderschap is vastgesteld dat het kind bij R. kon blijven wonen. Het EHRM oordeelt dat die beslissing in het belang van het kind was en dat die op goede gronden is genomen. Doordat de procedure meer dan zes jaar heeft geduurd, stelt het niettemin een schending vast van art. 8 EVRM.

In 2012 hebben klager en zijn partner via internet een draagmoeder aangezocht. Zij vonden daartoe B. bereid, maar uiteindelijk bleek zij het kind – toen dat eenmaal was geboren – te hebben overgedragen aan een ander stel (R.) na betaling van 15.000 euro. Zij vertelde aan klager dat het kind dood was geboren. Het nieuwe stel was niet op de hoogte van de eerder met klager en zijn partner gemaakte afspraken. Het kind was al voor de geboorte erkend door klagers partner en door de draagmoeder. Later werd het kind in een ander stadhuis ook erkend door R. Twee weken na de geboorte van het kind rapporteerde een verpleegster bij een openbaar aanklager dat zij vermoedde dat het kind in het kader van afspraken over draagmoederschap was geboren. Uiteindelijk werd B. vervolgd wegens fraude; R., klager en zijn partner vanwege het uitlokken van het afstand doen van een kind. B. werd veroordeeld tot een jaar voorwaardelijke gevangenisstraf, terwijl R. en klager en zijn partner een voorwaardelijke geldboete van 2000 euro opgelegd kregen. Intussen liepen geschillen over de erkenning van het kind door. Daarbij werd het vaderschap van klager erkend, maar werd ook vastgesteld dat het kind in de tussentijd bij R. kon blijven wonen. Dat laatste werd ook in hoger beroep bevestigd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de afwijzing van de mogelijkheid om daadwerkelijk als vader van het kind te worden erkend in strijd is met art. 8 EVRM. Het EHRM wijst erop dat staten in zaken als de onderhavige een ruime *margin of appreciation* toekomt. Verder merkt het

op dat de nationale rechter onder meer rekening heeft gehouden met het feit dat het kind uit een draagmoederschapsovereenkomst was geboren, terwijl dergelijke overeenkomsten naar nationaal recht nietig zijn. Ook heeft de nationale rechter de belangen zorgvuldig afgewogen en is hij tot de conclusie gekomen dat het in het belang van het kind zou zijn als hij bij R. zou kunnen blijven wonen. De rechter had verder geoordeeld dat het in de toekomst mogelijk in het belang van het kind zou kunnen zijn om de waarheid te horen over zijn afkomst en eventueel in contact te komen met zijn biologische vader. Het Hof acht de genomen beslissing niet alleen zorgvuldig onderbouwd, maar merkt ook op dat dit de enige manier was om de verwarrende en moeilijke situatie op te lossen waarin het kind was komen te verkeren. Klager heeft verder in het nationale proces voldoende effectief kunnen functioneren. De procedure heeft niettemin wel erg lang geduurd, namelijk meer dan zes jaar. Gelet daarop stelt het EHRM toch een schending vast van art. 8 EVRM, maar het merkt daarbij uitdrukkelijk op dat het die conclusie uitsluitend trekt op procedurele gronden en niet vanwege de bereikte uitkomst op nationaal niveau.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001334420

Zaaknummer: 13344/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Assemblée Chrétienne Des Témoins de Jéhovah d’Anderlecht e.a. t. België, EHRM 7 april 2022, nr. 20165/20

Negen congregaties van Jehova’s Getuigen zijn opgekomen tegen een wijziging van wetgeving waardoor een belastingvrijstelling alleen nog geldt voor ‘erkende’ geloofsgemeenschappen. Het EHRM stelt vast dat de impact van het wegvallen van deze vrijstelling aanzienlijk is. Het gemaakte onderscheid tussen erkende en niet-erkende geloofsgemeenschappen kan redelijk zijn als het goed mogelijk is om die erkenning te verkrijgen. De erkenningsprocedure schiet echter in allerlei opzichten ernstig tekort, zodat de nieuwe regeling een schending vormt van art. 14 jo. art. 9 en 1 EP EVRM.

Klagers zijn negen congregaties van de Jehova’s Getuigen in België. Zij hebben allemaal eigendommen in de regio Brussel die zij gebruiken voor religieuze doeleinden. In 2017 heeft de regio Brussel de belastingwetgeving aangepast en daarbij de vrijstelling van de vermogensbelasting voor eigendommen die worden gebruikt voor religieuze doeleinden aangescherpt en beperkt tot erkende geloofsgemeenschappen van erkende religies. Klagers werden niet aangemerkt als behorend tot een ‘erkende religie’, waardoor zij niet meer voor de uitzonderingsregeling in aanmerking kwamen. Een beroep dat zij hierover instelden voor het Grondwettelijk Hof werd in 2019 afgewezen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat zij door de nieuwe wetgeving slachtoffer zijn geworden van discriminatie, in strijd met art. 14 jo. art. 9 en 1 EP EVRM. Daarbij hebben zij aangevoerd dat de belasting die zij moesten gaan betalen neerkwam op 23% van de ontvangen donaties, die voor hen de enige inkomstenbron vormen. Het EHRM overweegt dat het daarbij om niet onbelangrijke bedragen gaat en dat het moeten betalen ervan een aanzienlijke impact kan hebben op de manier waarop klagers als religieuze gemeenschappen kunnen functioneren. Gelet daarop neemt het aan dat de kwestie binnen het bereik komt van art. 9 en art. 1 EP EVRM. Het Hof stelt verder vast dat de regeling voortkwam uit de wens om misbruik van de vrijstellingsregeling door ‘fictieve’ religieuze gemeenschappen te voorkomen. Er was in

het onderhavige geval geen enkele reden om aan te nemen dat klagers in het verleden hadden gefraudeerd waar het ging om de belastingvrijstelling. Niettemin neemt het Hof aan dat het voorkomen van belastingfraude op zichzelf een legitiem doel is. Het EHRM stelt verder vast dat het maken van een onderscheid tussen wel en niet formeel erkende geloofsgemeenschappen laat zien, dat er een objectief criterium is gekozen dat relevant lijkt in het licht van het nagestreefde doel. De keuze voor een criterium als het onderhavige blijft binnen de aan de staat toekomende *margin of appreciation*. De regering heeft verder aangevoerd dat klagers hadden kunnen verzoeken om erkenning als religie, zodat zij alsnog in aanmerking zouden zijn gekomen voor de vrijstelling. Het EHRM merkt echter op dat de regeling omtrent erkenning van religies rijkelijk vaag was geformuleerd en weinig rechtszekerheid bood. Verder was de erkenningsprocedure niet vastgelegd in formele wetgeving of zelfs in enig ander regelgevingsinstrument. Dat betekent dat de erkenningsprocedure niet met de nodige waarborgen was omkleed. Ook waren er onder meer geen beslistermijnen vastgelegd, waardoor het erg lang kon duren voor een religie als zodanig werd erkend. Tot slot merkt het EHRM op dat de Minister van Justitie bij het nemen van beslissingen over de erkenning een grote mate van discretionaire vrijheid toekwam, waarbij er een aanzienlijk risico bestond van willekeur. Van klagers kon niet worden verwacht dat zij gebruik zouden maken van een procedure die niet aan minimale eisen van eerlijkheid voldoet en die geen objectieve beoordeling van hun aanspraken garandeert. Het Hof ziet dan ook niet dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging was voor het verschil in behandeling tussen erkende en niet-erkende geloofsgemeenschappen, en stelt unaniem een schending vast van art. 14 EVRM jo. art. 9 en 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD002016520

Zaaknummer: 20165/20

Wetsartikelen: EVRM art. 9, EVRM art. 14 en EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Benkharbouche en Janah t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 5 april 2022, nrs. 19059/18 en 19725/18

De twee klaggsters in deze zaak hebben een tijdlang gewerkt voor de Soedanese en Libische ambassades in Londen, maar zijn in 2012 ontslagen. Zij wilden daarover procederen, maar stuitten daarbij op gehonoreerde aanspraken op immuniteit van de ambassades. Voor het EHRM heeft het VK de schending erkend en klaggsters een schadevergoeding aangeboden, maar het Hof acht die veel te laag in het licht van hun eisen voor de nationale rechters. Het houdt de zaak daarom op de rol en stelt een schending van art. 6 EVRM vast. Ook kent het Hof klaggsters een – hogere – schadevergoeding toe onder art. 41 EVRM.

Klaggsters hebben een tijdlang als schoonmakers en huishoudelijke hulp gewerkt bij de ambassades van Soedan en van Libië in het Verenigd Koninkrijk. Toen zij respectievelijk in 2010 en 2012 werden ontslagen, hebben zij geprobeerd tegen de ambassades te procederen, maar dit is afgestuit op de erkenning van hun immuniteit door de Engelse rechtbanken. Het Verenigd Koninkrijk heeft in 2021 een eenzijdige verklaring afgegeven waarin het de schending van het EVRM erkende en een schadevergoeding aan klaggsters wilde betalen van 20.000 GBP per klaggster, maar klaggsters hebben deze eenzijdige verklaring van de hand gewezen. Het EHRM overweegt dat het in bepaalde omstandigheden bij een eenzijdige verklaring aangewezen kan zijn om een zaak conform art. 37 lid 1 EVRM van de hand te wijzen. Het Hof merkt op dat de inzet van klaggsters procedures voor de nationale rechter neerkwam op een schadevergoeding van resp. zo'n 170.000 GBP en zo'n 150.000 GBP. De regering heeft niet aangevoerd dat die bedragen als zodanig onredelijk waren of dat hun zaken – mits ontvankelijk – inhoudelijk kansloos zouden zijn. Het Hof overweegt dat de discrepantie tussen de geclaimde en de voorgestelde schadevergoedingsbedragen erg groot is; bovendien hebben klaggsters aanzienlijke proceskosten gemaakt. Het Hof begrijpt de keuze om de verklaring van de hand te wijzen dan ook en weigert de zaak van de rol te schrappen.

Inhoudelijk gezien ziet het EHRM geen reden om af te wijken van de conclusie die de regering zelf heeft bereikt, namelijk dat er in het onderhavige geval sprake is geweest van een schending van in ieder geval art. 6 EVRM doordat klagsters geen toegang hadden tot de rechter in hun arbeidsgeschillen. In het licht van de door klagsters onder art. 41 EVRM geclaimde schadevergoedingsbedragen besluit het EHRM hen beiden 50.000 EUR toe te kennen voor materiële schade, en nog resp. 5.000 en 6.500 EUR voor immateriële schade. Daarnaast kent het EHRM hen 12.500 EUR toe als proceskostenvergoeding.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 05-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD001905918

Zaaknummer: 19059/18 en 19725/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 14 en EVRM art. 37 lid 1

RECHTSPRAAK

Callamand t. Frankrijk, EHRM 7 april 2022, nr. 2338/20

Een lesbisch stel heeft via IVF samen een kind gekregen, maar na twee jaar gaan zij uit elkaar. De rechter weigert bezoekrechten toe te kennen aan de meemoeder, onder meer omdat zij onvoldoende echt ‘gezinsleven’ met het kind zou hebben gehad. Het EHRM acht dat onterecht, nu de meemoeder wel twee jaar voor het kind heeft gezorgd. De andere redenen waarom de rechter in hoger beroep aannam dat niet aan de eisen voor contactrechten was voldaan acht het evenmin overtuigend, zodat art. 8 EVRM is geschonden. Verschillende klachten over art. 14 EVRM zijn niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Klaagster woonde samen met S.E. S.E. is de biologische moeder van A., die in 2014 is geboren na inseminatie in Spanje met sperma van een derde partij. Klager en S.E. zijn in 2015 getrouwd, maar in 2016 uit elkaar gegaan en in 2019 gescheiden. Klaagster heeft in 2017 bij de rechter aanspraak gemaakt op contactrechten. Dit werd in eerste instantie gehonoreerd, maar in hoger beroep werd haar verzoek verworpen.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat het verwerpen van haar verzoek om contact te kunnen hebben met A. in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM. Het EHRM overweegt dat in een geval als het onderhavige een ruime *margin of appreciation* toekomt aan de staat, maar dat er wel een redelijk evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van A., die van klaagster zelf, en die van de biologische moeder. Het EHRM merkt op dat de rechter in hoger beroep het verzoek om contactrechten vooral heeft verworpen omdat het concept van ‘gezinsleven’ niet volledig van toepassing zou zijn op de verhouding tussen klaagster en A., nu klaagster weinig directe betrokkenheid bij A. zou hebben gehad en dat ze ook maar gedurende twee jaar echt voor A. zou hebben gezorgd. Het Hof zelf merkt echter op dat klaagster en A. in ieder geval oprechte persoonlijke banden hadden die bescherming verdienen onder art. 8 EVRM. Het Hof acht de overwegingen van de nationale rechter niet heel overtuigend, nu het klaagster er primair om te doen was om een kind te kunnen blijven zien waarvan zij

gedurende de twee jaar na zijn geboorte als ouder was opgetreden. Het Hof ziet evenmin goede redenen waarom de rechter in hoger beroep was afgeweken van het oordeel van de feitenrechter in deze zaak. Van een daadwerkelijk eerlijke belangenafweging is volgens het Hof in ieder geval niet gebleken, zodat er sprake is van een schending van art. 8 EVRM.

Klaagster heeft verder gesteld dat zij benadeeld werd in het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met A. Als vrouw kon zij die banden alleen vestigen via adoptie, terwijl een man gemakkelijker gebruik had kunnen maken van een constructie als die van een vermoeden van vaderschap. Volgens haar was er dan ook sprake van een schending van art. 8 jo. 14 EVRM. Het EHRM oordeelt echter dat klaagster dit onderdeel van haar klacht onvoldoende naar voren heeft gebracht voor de nationale rechter, zodat deze zich daar niet ten gronde over heeft kunnen uitspreken. Dit betekent dat dit klachtonderdeel stuit op niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Tot slot heeft klaagster gesteld dat de Franse regelgeving over contactrechten in feite discriminatoir was. Contactrechten met ‘derde personen’ konden namelijk alleen worden gevestigd bij ‘bedoelde ouders’ als ook kon worden gesproken van een ‘gemeenschappelijk project van ouderschap’. Dergelijke eisen worden volgens klaagster niet gesteld als bijvoorbeeld sprake is van contactrechten met heteroseksuele grootouders of stiefouders. Ook deze klacht wijst het Hof echter van de hand als niet-ontvankelijk, omdat deze in de kern opnieuw neerkomt op een klacht over de onmogelijkheid om – anders dan via adoptie – familierechtelijke betrekkingen te vestigen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD000233820

Zaaknummer: 2338/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Commissioner of the Garda Síochána e.a., HvJ EU (GK) 5 april 2022, zaak C-140/22

In lijn met zijn eerdere uitspraak in La Quadrature du Net bevestigt het HvJ EU in deze uitspraak dat het EU-Grondrechtenhandvest zich verzet tegen algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers| en locatiegegevens over elektronische communicatie ter bestrijding van ernstige strafbare feiten. Daarnaast verduidelijkt het HvJ EU de eisen die gesteld kunnen worden bij de bestrijding van terrorisme en bedreigingen van de nationale veiligheid. Ook benadrukt het HvJ EU dat de nationale rechter de werking van een ongeldigverklaring van nationale wetgeving die een dergelijke bewaring voorschrijft, niet kan beperken in de tijd.

G.D. is in 2015 veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf wegens moord. In beroep tegen zijn veroordeling heeft hij onder meer aangevoerd, dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte verkeers| en locatiegegevens van telefoongesprekken als bewijs had toegelaten. Volgens G.D. was de wet van 2011, die de bewaring van deze gegevens regelde en op basis waarvan de inspecteurs van de nationale politie daar toegang tot hadden verkregen, in strijd met de rechten die hij aan het Unierecht ontleent. In 2018 heeft het Ierse High Court in een door G.D. aangespannen zaak geoordeeld dat de wet inderdaad in strijd was met art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58, gelezen in het licht van art. 7 en 8 Hv. In deze kwestie is hoger beroep ingesteld bij het Ierse Supreme Court, en in verband daarmee zijn nu prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het Supreme Court wil in het bijzonder weten of art. 15 lid 1 van de richtlijn in het licht van art. 7, 8, 11 en 52 lid 1 Hv zo moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die voor de bestrijding van zware criminaliteit voorziet in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers| en locatiegegevens. Het HvJ EU wijst erop dat het in *La Quadrature du Net* al heeft bepaald dat gebruikers van elektronische-

communicatiemiddelen er in beginsel op mogen vertrouwen dat hun communicatie en de daarmee verband houdende gegevens anoniem blijven en niet mogen worden vastgelegd en opgeslagen, tenzij zij daarmee hebben ingestemd. Art. 15 lid 1 van de richtlijn bevat op dit punt een uitzondering, die uitputtend is geformuleerd. Dat betekent in het bijzonder dat de genomen uitzonderingsmaatregelen in overeenstemming moeten zijn met het evenredigheidsbeginsel en de naleving van het Handvest moeten verzekeren. In het bijzonder moet daarbij rekening worden gehouden met de art. 7, 8 en 11 Hv. Dat is zeker ook zo nu verkeers- en locatiegegevens informatie kunnen prijsgeven over een groot aantal aspecten van het privéleven, waaronder ook gevoelige informatie. Daardoor kan de bewaring van verkeers- en locatiegegevens afbreuk doen aan het communicatierecht (art. 7 Hv) en de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen ontmoedigen om hun door art. 11 Hv gewaarborgde rechten op vrijheid van meningsuiting uit te oefenen. Dat ontmoedigende effect is volgens het HvJ des te erger, omdat de bewaarde gegevens talrijk en gevarieerd zijn. Daarbij wijst het HvJ ook op de risico's van misbruik en onrechtmatige toegang tot die gegevens.

De inmenging in resp. art. 7 en 11 Hv vergt een verschillende rechtvaardiging in het licht van art. 52 lid 1 Hv. Bij de uitleg van die bepaling moet tegelijkertijd rekening worden gehouden met het belang van de door art. 3, 4, 6 en 7 Hv gewaarborgde rechten en de doelstellingen van bescherming van de nationale veiligheid en de bestrijding van ernstige criminaliteit. Uit het HvJ kunnen op dit punt positieve verplichtingen voortvloeien om juridische maatregelen te nemen om die rechten te beschermen. Gelet op de verschillende positieve verplichtingen is het noodzakelijk de op het spel staande legitieme belangen en rechten met elkaar te verzoenen. In dit licht wijst het HvJ ook op de rechtspraak van het EHRM over art. 3 en 8 EVRM, die impliceren dat materiële en procedurele bepalingen moeten worden vastgesteld en praktische maatregelen moeten worden genomen die het mogelijk maken om criminaliteit tegen personen effectief te bestrijden door doeltreffend onderzoek en doeltreffende vervolging. Daarbij moeten wel wettelijk voorgeschreven procedures en procedurele waarborgen in acht worden genomen. Daarnaast moeten de uitzonderingen die art. 15 lid 1 van de richtlijn toelaat binnen de grenzen van het strikt evenredige en noodzakelijke blijven, waarbij ook een evenwichtige afweging moet worden gemaakt tussen de doelstelling en de op het spel staande belangen en rechten. Daarbij moet ook worden bepaald wat de ernst van de inmenging is, die een beperking meebrengt en moet worden beoordeeld of het belang van de met die beperking nagestreefde doelstelling van algemeen belang in verhouding staat tot die ernst.

In dit verband wijst het Hof erop dat art. 4 lid 1 bescherming van de nationale veiligheid tot wezenlijk doel maakt, net als bescherming van de openbare veiligheid. Deze doelstelling kan dus maatregelen rechtvaardigen die ernstiger inmengingen in de grondrechten meebrengen

dan die door andere doelstellingen kunnen worden gerechtvaardigd. In verband hiermee geldt wel dat alleen bestrijding van zware criminaliteit en voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid een rechtvaardiging kunnen vormen voor ernstige inmengingen in art. 7 en 8 Hv. Het HvJ verduidelijkt dat het bij de nationale veiligheid moet gaan om het voorkomen en bestrijden van activiteiten die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig, zoals terroristische activiteiten. Bovendien moet een bedreiging voor de nationale veiligheid reëel of op zijn minst voorzienbaar zijn, hetgeen betekent dat er voldoende concrete aanwijzingen moeten zijn om de gegevens algemeen en ongedifferentieerd te bewaren. Zelfs zeer zware criminaliteit kan daarom niet worden gelijkgesteld met een bedreiging van de nationale veiligheid.

In verband met de doelstelling zware criminaliteit te bestrijden, heeft het Hof al eerder geoordeeld dat nationale wetgeving, die voorziet in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens, verder gaat dan strikt noodzakelijk is en niet kan worden beschouwd als gerechtvaardigd in een democratische samenleving. In *La Quadrature du Net* heeft het Hof op dit punt al een aantal uitgangspunten geformuleerd, die het nu herhaalt. Daarop voortbouwend, en in het licht van de gedefinieerde uitgangspunten, besluit het HvJ nu dat art. 15 lid 1 van de richtlijn zich niet verzet tegen wettelijke maatregelen die met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid voorzien in:

een gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens, die op basis van objectieve en niet-discriminatoire factoren wordt afgebakend aan de hand van categorieën betrokken personen of aan de hand van een geografisch criterium, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk, maar die kan worden verlengd;

een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de IP|adressen die zijn toegewezen aan de bron van een verbinding, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk;

een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen;

de mogelijkheid om via een aan effectieve rechterlijke toetsing onderworpen beslissing van de bevoegde autoriteit aan aanbieders van elektronische-communicatiediensten een bevel op te leggen tot spoedbewaring van de in hun handen zijnde verkeers- en locatiegegevens gedurende een bepaalde periode,

mits die maatregelen, door het gebruik van duidelijke en nauwkeurige regels, verzekeren dat de betrokken gegevens slechts worden bewaard indien aan de daarvoor geldende materiële en

procedurele voorwaarden wordt voldaan, en dat de betrokken personen beschikken over effectieve waarborgen tegen het risico van misbruik.

Het HvJ stelt daarnaast vast, dat de richtlijnbevestiging zo moet worden uitgelegd, dat die zich verzet tegen nationale wetgeving op grond waarvan de gecentraliseerde behandeling van verzoeken om toegang tot door aanbieders van elektronische-communicatiediensten bewaarde gegevens die de politie doet tijdens het onderzoek naar en de vervolging van ernstige strafbare feiten, is opgedragen aan een politiefunctionaris. Dat geldt ook als die wordt bijgestaan door een binnen de politie opgerichte eenheid die een zekere mate van autonomie heeft bij de uitvoering van haar taak en waarvan de beslissingen later door een rechter kunnen worden getoetst. Bovendien geldt dat het EU-recht zich ertegen verzet dat een nationale rechter de werking in de tijd beperkt van de ongeldigverklaring van nationale wetgeving die aanbieders van elektronische-communicatiediensten een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens oplegt, die hij op grond van het nationale recht dient uit te spreken wegens de onverenigbaarheid van die wetgeving met artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, gelezen in het licht van het Handvest. De toelaatbaarheid van de via die bewaring verkregen bewijzen is een kwestie die overeenkomstig het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten onder het nationale recht valt, op voorwaarde dat met name de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 05-04-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:258

Zaaknummer: C-140/22

Wetsartikelen: EVRM art. 3, 8, VEU art. 4 lid 2, Hv art. 3, 4, 6, 7, 8, 11, 52 lid 1 en Rl 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

**Faulkner en McDonagh t. Ierland, EHRM 8 maart 2022
(ontv.), nrs. 30391/18 en 30416/18**

Een groep ‘Travellers’ heeft illegaal een kamp ingenomen langs een toegangsweg van Limerick. De gemeente wil dit kamp laten ontruimen om een nieuwe ringweg te kunnen aanleggen en krijgt daar uiteindelijk toestemming voor. Dit levert volgens het EHRM weliswaar een inbreuk op het huisrecht op, maar gelet op de omstandigheden van het geval acht het die gerechtvaardigd. In het bijzonder is de groep uiteindelijk alternatieve huisvesting aangeboden en is de proportionaliteit van de ontruiming op nationaal niveau voldoende zorgvuldig beoordeeld.

Klaagsters zijn twee zussen die deel uitmaken van een ‘Traveller’-gemeenschap in Limerick. In 2013 verhuisden zij met hun families naar een voorstad van Limerick, waar zij neerstreken naast de kant van een weg. Vanuit de gemeente hebben zij ook andere accommodatie aangeboden gekregen, maar daar hebben zij geen gebruik van gemaakt. Tweede klaagster kreeg bovendien geen permanent onderdak aangeboden, maar kon ’s nachts wel terecht in een hotel. In 2017 keerde zij echter terug naar de site aan de rand van de weg omdat haar echtgenoot het hotelleven niet goed aankon. In 2017 ondernam de gemeente actie om het kamp aan de rand van de weg te verwijderen, dit in verband met het voornemen om een nieuwe ringweg aan te leggen en de kosten die met de vertraging daarvan gepaard gingen voor de gemeente. De gemeente vroeg de rechter toestemming om het kamp te mogen laten ontruimen. Klagers kwamen daartegen op, waarbij zij aanvankelijk zichzelf moesten vertegenwoordigen, maar later rechtsbijstand ontvingen. De rechter wees hun aanspraken af, maar gaf wel enige tijd om klagers de kans te geven zelf te vertrekken. Dat deden klagers aanvankelijk niet, maar enkele maanden later namen zij alsnog hun intrek in een toen met hulp van de gemeente aangeboden accommodatie in de omgeving van Limerick.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat zij in strijd met art. 6 en 8 EVRM zijn behandeld door de verplichting om het kamp langs de weg te verlaten. Het EHRM stemt in met hun

stelling dat deze verplichting inbreuk heeft gemaakt op het recht op respect voor de woning. Daarvoor was een legitiem doel voorhanden in de vorm van de noodzaak om de nieuwe weg aan te leggen, met de daaraan verbonden economische voordelen en de noodzaak de veiligheid rondom de bouwplaatsen te garanderen. Het EHRM wijst er verder op dat de staten in een zaak als deze een zekere *margin of appreciation* kan toekomen. In dit verband acht het een belangrijke overweging dat het besluitvormingsproces zorgvuldig is verlopen en dat de individuele belangen voldoende in de nationale overwegingen zijn betrokken. Ook acht het relevant of een woning legaal is gebouwd en ingenomen of niet en of alternatieve accommodatie beschikbaar is gesteld. De kwetsbare positie van de leden van de Traveller-gemeenschap kan eveneens enige relevantie hebben. Tegelijkertijd merkt het Hof op dat art. 8 EVRM niet als zodanig een recht op huisvesting of een recht op wonen op een specifieke locatie omvat.

Deze uitgangspunten toepassend stelt het Hof allereerst vast dat de nationale rechters de zaak zorgvuldig hebben bekeken en dat ze daarbij de proportionaliteit van de beslissingen hebben beoordeeld in overeenstemming met de uitgangspunten van de art. 8-rechtspraak van het EHRM. Wel heeft het twijfels over de effectieve participatie van klagers in het eerste deel van de procedure, waarin zij niet vertegenwoordigd waren door een advocaat. Uiteindelijk is dat probleem echter afdoende opgelost, nu een advocaat wel beschikbaar was in latere stadia van de procedure en ook toen een voldoende uitgebreid onderzoek is gedaan naar de proportionaliteit van de beslissingen. Het Hof doet daarnaast ook een eigen beoordeling van de kwestie, waarbij het opmerkt dat de *margin of appreciation* van de staat in gevallen als dit ruim is, onder meer vanwege de aard van de zaak en vanwege het feit dat het zoeken naar alternatieve accommodatie een taak was van de nationale autoriteiten. Het gaat daarbij immers om de verdeling van publieke middelen en bovendien om een besluit dat een groot aantal mensen betrof. Daarnaast merkt het Hof op dat de bewoning van het kamp illegaal was, waardoor de positie van klagers minder sterk was, al moet ook hun status als lid van een kwetsbare minderheid worden meegenomen. Ook overweegt het Hof dat klagers niet dakloos zijn geworden en dat hen uiteindelijk wel alternatieve huisvesting is aangeboden. Gelet daarop waren de klachten kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0308DEC003039118

Zaaknummer: 30391/18 en 30416/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Gloveli t. Georgië, EHRM 7 april 2022, nr. 18952/18

Een rechter heeft verschillende keren deelgenomen aan vergelijkende examens voor vacatures voor andere rechterlijke posities, maar het is haar niet gelukt om een functie te bemachtigen. Zij klaagt er bij het EHRM over dat zij daarover niet heeft kunnen procederen. Het EHRM neemt aan dat art. 6 EVRM in een dergelijk geval inderdaad van toepassing is. Gelet op het grote belang van rechterlijk toezicht op rechterlijke benoemingsprocedures in een rechtsstaat, acht het Hof het onaanvaardbaar dat er in dit geval geen toegang tot de rechter bestond. Schending art. 6 EVRM.

Klaagster is jurist en advocaat. Van 1999 tot 2005 was zij rechter in het hof van beroep van Tblisi. Daarna heeft zij zes keer meegedaan aan competities voor vacante posities binnen de rechterlijke macht, meest recent in 2017. Geen van haar deelnames was uiteindelijk succesvol.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat zij geen mogelijkheid heeft gehad om op te komen tegen de weigeringen om haar in een nieuwe functie te benoemen, in strijd met art. 6 EVRM. De regering heeft gesteld dat er echter geen geschil was over een 'recht' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, nu klaagster na deelname aan de vergelijkende examens nooit op de shortlist terecht was gekomen voor het laatste en bepalende stadium van benoeming. Het Hof is het daarmee echter niet eens, omdat enkele keren klaagster wel degelijk tot een verdergaand stadium van de benoemingsprocedure was doorgedrongen en zij duidelijk voldeed aan de eisen voor benoeming in de rechterlijke macht. Naar nationaal recht kon zij dan ook aanspraak maken op een recht op een eerlijke benoemingsprocedure voor een vacature als rechter. Naar nationaal recht waren kwesties over benoeming van rechters ook niet categorisch uitgesloten van rechterlijke procedures. Het Hof onderzoekt niettemin of, in het licht van het tweede *Eskelinen*-criterium, zo'n uitsluiting gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Het Hof wijst in dit verband op zijn ruime eerdere rechtspraak over het belang van de zorgvuldigheid van rechterlijke benoemingsprocedures. Het kan niet in het belang worden geacht van een rechtsstaat om het onmogelijk te maken dat een kandidaat voor een rechterlijke functie wordt

uitgesloten van een zorgvuldige rechterlijke beoordeling van de kwaliteit van de benoemingsprocedure. Dit betekent dat art. 6 EVRM van toepassing is. Gelet op het grote belang dat het Hof aan de mogelijkheid van een dergelijke rechterlijke procedure toekent, oordeelt het bovendien dat de onmogelijkheid van toetsing in de onderhavige zaak de wezenlijke kern van het recht op toegang tot de rechter raakt. Dit is in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001895218

Zaaknummer: 18952/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Landi t. Italië, EHRM 7 april 2022, nr. 10929/19

Landi had een relatie met N.P., die leed aan ernstige psychiatrische stoornissen en die zeer gewelddadig was. Hoewel de politie weet had van het risico voor huiselijk geweld dat hij vormde, werden er weinig onderzoeken gedaan en maatregelen getroffen. Uiteindelijk heeft N.P. Landi ernstig verwond met een mes en heeft hij zijn zoontje gedood. Het EHRM stelt vast dat de Italiaanse autoriteiten ernstig tekort zijn geschoten in hun preventieve positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM. Van een systemisch probleem van discriminatie is echter geen sprake, zodat de klacht over art. 14 EVRM kennelijk ongegrond is.

Klaagster had een relatie met N.P., die een bipolaire en een obsessief-compulsieve stoornis bleek te hebben. In het verleden had hij ook een alcoholverslaving gehad en was hem verboden om contact te hebben met zijn vorige partner. Met N.P. kreeg klaagster twee kinderen. Zij werd tijdens de relatie slachtoffer van huiselijk geweld door N.P., waarbij de politie intervenieerde en ze verschillende keren in het ziekenhuis werd opgenomen. Er werden tijdens een politieonderzoek naar het gedrag van klaagster geen maatregelen getroffen om N.P. te beschermen. In 2018 kwam het zover dat N.P. klaagster met een mes ernstig verwondde en hun zoon M. met het mes doodde. Daarop is N.P. veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de autoriteiten onvoldoende hebben gedaan om haar en haar kind te beschermen tegen N.P. Het Hof onderzoekt de zaak onder art. 2 EVRM. Het stelt vast dat de autoriteiten konden weten, of hadden moeten weten, van het geweld waaraan klaagster en haar kinderen werden blootgesteld. Zij hebben echter niet onmiddellijk en proactief onderzoek uitgevoerd naar het herhaalde geweld waaraan klaagster en haar kinderen werden blootgesteld, en hebben ook geen operationele en preventieve maatregelen getroffen om de risico's te verzachten. In het bijzonder is geen specifiek op huiselijk geweld ingericht onderzoek ingesteld naar het risico van een fataal incident. Dit is des te problematischer gelet op het ruime aantal maatregelen waarover de autoriteiten naar

nationaal recht konden beschikken, en die ook genomen konden worden zonder dat er een concrete aangifte of melding lag van een slachtoffer van huiselijk geweld. In het licht daarvan stelt het Hof een schending vast van art. 2 EVRM.

In het licht van art. 2 jo. 14 EVRM benadrukt het Hof allereerst nogmaals dat de Italiaanse vervolgingsautoriteiten ernstig tekort zijn geschoten in het treffen van preventieve maatregelen. Niettemin overweegt het dat het nalaten niet kan worden gezien als een systemisch defect in het Italiaanse systeem. De onderhavige zaak doet niet vermoeden dat de openbaar aanklagers op een discriminerende manier hebben gehandeld of dat er sprake was van algemene tekortkomingen in het beleid die het gevolg zijn van een systemische nalatigheid van de nationale autoriteiten. Het Hof oordeelt dan ook dat de klachten over art. 2 jo. 14 EVRM kennelijk ongegrond zijn en daarmee niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001092919

Zaaknummer: 10929/19

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Laniauskas t. Litouwen, EHRM 29 maart 2022, nr. 48309/19

Laniauskas is in 2015 veroordeeld tot een gevangenisstraf. Hij had al een beperking van zijn gezichtsvermogen, maar in 2017 bleek dat hij bijna blind was. Hij eiste daarom vervroegde vrijlating. Die eis werd niet gehonoreerd, nu onder meer uit getuigenverklaringen was gebleken dat Laniauskas voldoende reële mogelijkheden had om zich zelfstandig te bewegen, deel te nemen aan activiteiten etc. Het EHRM is het met de nationale rechters eens dat er in dat geval geen grond kan worden gevonden in art. 3 EVRM om een gevangene vervroegd vrij te laten.

In 1993 is klager slachtoffer geworden van een ontploffing; daarbij heeft hij een deel van zijn gezichtsvermogen verloren. De autoriteiten verklaarden hem voor 50% arbeidsongeschikt. In 2013 en 2015 werd klager veroordeeld vanwege verschillende aanklachten wegens onder meer bezit en smokkel van vuurwapens en explosieven. Toen hij in de gevangenis zat werd hij onderzocht door een oogarts, die vaststelde dat hij vrijwel blind was geraakt aan beide ogen; het zou gaan om een ernstige, onherstelbare aandoening. Aanvankelijk oordeelde een rechter daarop dat het niet wenselijk was om de gevangenisstraf voort te zetten, maar dit oordeel werd in hoger beroep vernietigd, nu was gebleken dat klager niet al te veel moeite had om zich in de gevangenis goed te bewegen. In 2018 werd de arbeidsongeschiktheid van klager opnieuw beoordeeld en vastgesteld op 90%; ook vonden verschillende nieuwe onderzoeken plaats die de medische situatie bevestigden. Herhaalde verzoeken om vrijlating vanwege zijn slechte zicht werden echter niet gehonoreerd.

Volgens klager was de voortzetting van zijn gevangenisstraf – ondanks zijn bijna-blindheid – in strijd met art. 3 EVRM. Het EHRM stelt vast dat het zicht inderdaad erg slecht was, maar ook dat het niet achteruit is gegaan in de periode waarin klager in de gevangenis zat. Ook is niet aangevoerd of gebleken dat klager onvoldoende medische zorg heeft gekregen. Het Hof merkt tegelijkertijd op dat de gevangenis waar klager was ondergebracht niet specifiek geschikt waren voor (bijna) blinde personen. Toch hebben de nationale rechters gewezen op

een aantal relevante omstandigheden, zoals klagers reële mogelijkheid om zich zelfstandig in de gevangenis te bewegen, zijn capaciteit om documenten te lezen en zijn deelname aan verschillende sociale en onderwijsactiviteiten. Klager heeft niet betwist dat hij over deze mogelijkheden beschikte. Evenmin heeft hij in de relevante periode om extra ondersteuning gevraagd in de gevangenis zelf; zijn eisen waren louter gericht op vrijlating. Nu uit art. 3 EVRM geen algemene verplichting kan worden afgeleid om gedetineerden op gezondheidsgronden vrij te laten, acht het Hof de voortzetting van de gevangenisstraf niet in strijd met art. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD004830919

Zaaknummer: 48309/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

NIT S.R.L. t. Moldavië, EHRM (GK) 5 april 2022, nr. 28470/12

Commerciële televisiezender NIT is in Moldavië de spreekbuis van de oppositie. Tussen 2009 en 2011 heeft NIT verschillende sancties opgelegd gekregen omdat de zender zich niet zou houden aan de wetgeving over pluralisme en neutraliteit van berichtgeving. In 2012 is de zendvergunning ingetrokken. De Grote Kamer van het EHRM benadrukt het belang van wetgeving om mediapluralisme te waarborgen. De staten hebben relatief veel vrijheid om te kiezen hoe zij dit willen doen, zolang goede waarborgen worden geboden tegen misbruik. De Moldavische wetgeving is redelijk en de toepassing in dit geval was niet disproportioneel. Art. 10 EVRM is niet geschonden. Ook acht het Hof het door art. 1 EP beschermde eigendomsrecht niet geschonden door de intrekking van de uitzendvergunning.

Klager is eigenaar van een commerciële televisiezender (NIT) in Moldavië. Sinds 2004 beschikt klager over een nationale uitzendvergunning. Sinds 2009 vormt NIT het belangrijkste medium voor de oppositie om haar stem te laten horen. Tussen 2009 en 2011 werden aan NIT diverse sancties opgelegd in verband met inbreuken op de wetgeving over pluralisme van de media, met name de daarin vastgelegde verplichtingen van neutraliteit en onpartijdigheid. Toen in 2012 NIT opnieuw niet had voldaan aan de mediawetgeving, en nu verschillende andere maatregelen niet de naleving van die wetgeving tot gevolg had gehad, werd de uitzendvergunning ingetrokken.

Voor het EHRM heeft klager allereerst op grond van art. 10 EVRM gesteld dat de intrekking van de uitzendvergunning in strijd is met de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM gaat allereerst in op de relevantie van de derde zin van art. 10 lid 1 EVRM, die specifiek betrekking heeft op uitzendvergunningen. Deze bepaling laat toe dat de staten een vergunningensysteem hanteren om in het bijzonder de technische aspecten van het uitzenden van informatie te

organiseren. Een vergunning kan echter ook afhankelijk worden gesteld van aspecten als de aard en doelstellingen van een televisiezender, de behoeftes van een bepaald publiek, en de verplichtingen die uit internationale regelgeving voortvloeien. De bepaling moet daarbij wel worden uitgelegd in overeenstemming met de vereisten die vastliggen in het tweede lid van art. 10 EVRM. De in de eerdere rechtspraak, met name *Demuth*, vastgelegde uitgangspunten gelden daarbij volgens het EHRM onverkort.

Klager heeft allereerst gesteld dat aan de eisen van art. 10 lid 2 EVRM niet is voldaan omdat de wettelijke basis voor de intrekking van de zendvergunning tekort zou schieten. Het EHRM oordeelt echter, dat aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid wel is voldaan en dat NIT voldoende in staat was om zijn gedrag aan te passen aan de geldende wetgeving. Het EHRM stelt verder vast dat het zendvergunningssysteem in Moldavië op zichzelf voldoende in staat was om bij te dragen aan de kwaliteit en het evenwicht van de programmering. Daardoor is het in ieder geval verenigbaar met de eisen van art. 10 lid 1 derde zin EVRM. Daarmee kan het ook aannemen dat er een legitiem doel voor het systeem was, dat was gelegen in het beschermen van de rechten van anderen. Het Hof is daarentegen niet overtuigd van de argumenten van de regering om aan te nemen dat de maatregel in het belang was van de nationale veiligheid of voor het voorkomen van wanordelijkheden.

Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of de beperkingen noodzakelijk waren voor het beschermen van de gestelde doelen. Daarbij merkt het op dat het in gevallen als de onderhavige, die betrekking hebben op de rol van de media, een zeer zorgvuldige toetsing moet uitvoeren. Daarbij is ook van belang dat journalisten moeten voldoen aan ethische eisen. Dit is tegenwoordig nog extra van belang, gelet op de snelheid en schaal waarop informatie wordt verspreid. Gelet op de impact van de audiovisuele media als vertrouwde bron van informatie, geldt dit daarvoor in het bijzonder. Het Hof merkt op dat de bijzondere rol van de media alleen tot zijn recht kan komen als die rol wordt uitgeoefend in overeenstemming met het belang van pluralisme. Bij een publiek monopolie op zendvergunningen geldt dat sprake is van een zeer vergaande restrictie van de uitingsvrijheid, omdat het zonder vergunning maar in erg beperkte mate mogelijk is om toegang te hebben tot het net. Pluralisme is in een democratische samenleving van essentieel belang. Het houdt niet alleen in dat er verschillende kanalen moeten bestaan, maar ook dat er effectieve toegang tot de markt mogelijk is om diversiteit van het programma-aanbod te realiseren en de veelheid van opvattingen in de samenleving te reflecteren. Als een machtige economische of politieke groep in de samenleving een dominante positie weet te verwerven, kan dat de fundamentele rol van de media in een democratische samenleving ernstig aantasten. Dat is nog des te relevanter als er sprake is van een duopolie. In dat geval moeten de staten de regelgeving zo aanpassen dat mediatransparantie en structureel pluralisme worden gegarandeerd.

De Grote Kamer merkt echter ook op dat zich in deze zaak een andere dimensie van mediapluralisme voordoet, namelijk het geval waarbij een zender klaagt over inbreuken op de uitingsvrijheid die juist zijn veroorzaakt door wetgeving die bedoeld is om mediapluralisme te garanderen. In dat geval doet zich de vraag voor of er wel een goed evenwicht is gevonden tussen het realiseren van dat pluralisme enerzijds, en het beginsel van redactionele vrijheid anderzijds. Daarbij acht het Hof het van belang om duidelijk te maken dat een nationaal systeem dat voldoende zenders aanbiedt ook pluralistisch kan zijn als er bij een bepaalde zender 'intern pluralisme' ontbreekt; dat kan dan worden gecompenseerd door 'extern pluralisme'. Belangrijk is vooral dat er door het aanbod als geheel voldoende diversiteit wordt aangeboden. Dat kan op veel verschillende manieren gebeuren, zoals ook blijkt uit een vergelijkend overzicht dat het EHRM heeft gemaakt. Het Hof merkt verder nog een keer op dat, gelet op de aard van de audiovisuele media, de staat een positieve verplichting heeft om daadwerkelijk en effectief pluralisme te garanderen. Gelet op de diversiteit aan mogelijkheden die daarbij bestaat, moet op dit punt het maken van die keuze aan de staten worden overgelaten, die daarbij een *margin of appreciation* hebben. Die ruimte is vanwege de specifieke context ruimer dan normaal gesproken het geval is bij beperkingen van de uitingsvrijheid als het gaat om politieke meningsvorming of onderwerpen van algemeen belang. Wel is de *margin of appreciation* mede afhankelijk van de ernst van de inbreuk die wordt gemaakt op de redactionele vrijheid, waarbij geldt dat het primair aan redacties moet worden overgelaten hoe belangrijk een bepaald nieuwsbericht is of hoe ze daarover willen rapporteren. Bij dit alles acht het EHRM het van groot belang dat er effectieve waarborgen worden geboden tegen willekeur en misbruik. De beschikbaarheid van dergelijke maatregelen is van groot belang als het gaat om de proportionaliteitsbeoordeling door het EHRM.

Deze iets genuanceerde en verfijnde eisen past het EHRM vervolgens toe op de omstandigheden van het geval. Het overweegt daarbij dat vooral eisen zijn gesteld aan het interne pluralisme, waarbij experts van de Raad van Europa deze eerder positief hebben beoordeeld. De wetgevende keuzes acht het Hof voldoende zorgvuldig. Het Hof merkt ook op dat de implementatie ervan in handen was van een onafhankelijk en gespecialiseerd orgaan, en dat de besluitvorming door dit orgaan in algemene zin aan de nodige vereisten voor kwaliteit en zorgvuldigheid was gebonden; ook werd er voldoende openbaarheid gegeven aan de beslissingen van dit orgaan. Het Hof oordeelt dat de monitoringrapporten van dit orgaan over NIT op zichzelf zorgvuldig waren, maar dat er wel erg algemene uitspraken werden gedaan over de toonzetting en berichtgeving in NIT-programma's. Daarbij werd in het bijzonder niet gekeken of bepaalde smadelijke of beledigende uitspraken aan individuen konden worden toegeschreven, of aan NIT als zodanig. Het Hof kan aanvaarden dat de programma's soms tot de categorie van 'shocking, offending or disturbing' vielen, maar oordeelt ook dat de uitingen niet neerkwamen op oproepen tot haat, geweld of xenofobie en

dat ze ook geen aantasting vormden van de nationale veiligheid. Wel is het Hof bereid om te aanvaarden dat de berichtgeving zodanig was, dat er niet dezelfde bescherming aan de uitingen toekwam als aan daadwerkelijk politieke uitingen, zodat het de redenen om tot beperking over te gaan wel relevant en voldoende vindt.

De vervolgvraag is, of de intrekking van de uitzendvergunning proportioneel was aan het gestelde doel, in het licht van de geschetste omstandigheden. Het Hof wijst erop dat NIT gelet op de nationale zendvergunning een breed bereik had. Er waren al verschillende minder vergaande maatregelen opgelegd om NIT ertoe te bewegen om zich aan de wetgeving te houden over pluralisme. Er is geen concreet bewijs aangevoerd waaruit zou blijken dat het toezichthoudende orgaan politieke doelen zou hebben gehad om NIT kritisch te bejegenen. Verder merkt het Hof op dat NIT – naast de uitzendvergunning – via het internet nog andere mogelijkheden had om zijn programma's te verspreiden. Zeker nu er in dit geval ook voldoende rechtsbescherming was en NIT tegen de intrekking kon opkomen, is de Grote Kamer (met 14 stemmen tegen 3) van oordeel dat art. 10 EVRM niet is geschonden.

Klager heeft in de tweede plaats gesteld dat de intrekking van de uitzendvergunning in strijd was met het door art. 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht. Het EHRM stelt voorop dat een uitzendvergunning als de onderhavige geacht kan worden 'eigendom' te vormen in de zin van art. 1 EP EVRM. De intrekking ervan had het onmiddellijke effect van het beëindigen van zijn activiteiten op het analoge televisienetwerk, waardoor er bovendien sprake is van een inmenging in dit eigendom, die het karakter heeft van een gebruiksbepanking. Het Hof is van oordeel dat met deze inmenging een legitiem doel wordt nagestreefd en dat deze een voldoende basis heeft in nationale wetgeving. Het Hof wijst er verder op dat er verschillende maatregelen zijn getroffen om NIT ertoe te bewegen om te handelen in overeenstemming met de wetgeving. De intrekking was daarbij daadwerkelijk een laatste toevlucht. Daarnaast is het EHRM van oordeel dat de procedures die beschikbaar waren voldoende waarborgen boden. Al met al kan daardoor niet worden gezegd dat klager een disproportioneel nadeel heeft ondervonden van de maatregel dat neerkomt op een individuele en excessieve last. Met 15 stemmen tegen 2 oordeelt het Hof dan ook dat art. 1 EP EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 05-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD004958812

Zaaknummer: 49588/12 en 3 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 5 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Nuh Uzun e.a. t. Turkije, EHRM 29 maart 2022, nrs. 49341/18 en 13 andere

Van veertien Turkse gevangenen blijkt alle correspondentie systematisch te worden gescand en te worden geüpload naar de server van het nationale gerechtelijk netwerk. Dat levert een duidelijke inbreuk op het recht op respect voor de correspondentie op. Hiervoor bestond alleen een basis in een interne, ongepubliceerde aanwijzing vanuit het Turkse Ministerie van Justitie. Die voldeed niet aan de vereisten van kenbaarheid en de overige kwaliteitseisen die het EHRM volgens zijn rechtspraak aan de wettelijke grondslag voor inbreuken stelt. Art. 8 EVRM is door deze praktijk dan ook geschonden.

De veertien klagers in deze zaak zijn naar aanleiding van de mislukte coup op 15 juli 2016 aangehouden op verdenking van lidmaatschap van een terroristische organisatie. Zij zijn gedetineerd in verschillende Turkse gevangenissen. In alle gevallen hebben zij klachten ingediend over het systematisch lezen en/of uploaden van hun correspondentie (zowel inkomend als uitgaand) naar de server van het nationale gerechtelijk netwerk ('UYAP-server'). Volgens hen was deze handelwijze in strijd met art. 8 EVRM.

Het EHRM stelt voorop dat de correspondentie van klagers privé-informatie kon bevatten die binnen het bereik van art. 8 EVRM valt. Het feit dat alle correspondentie werd gescand en vervolgens werd geüpload naar de UYAP-server maakte een duidelijke inbreuk op het recht op respect voor de correspondentie. Voor het inzien van correspondentie van gedetineerden bestond op zichzelf wel een wettelijke grondslag, maar die voorzag niet in het scannen of uploaden van enig materiaal op de UYAP-server. In plaats daarvan was daarvoor een specifieke instructie gegeven door het ministerie van justitie in 2016, die in 2017 werd herhaald. Volgens de regering ging het daarbij om circulaires, maar het Hof merkt op dat de aanwijzingen alleen waren gericht aan de openbaar aanklagers en de gevangenisautoriteiten. Uit niets is gebleken dat de aanwijzingen algemeen toegankelijk waren of in het bijzonder kenbaar waren voor klagers. Het ging daarmee volgens het Hof om interne, ongepubliceerde

documenten die geen bindende kracht hadden. Dergelijke documenten kunnen niet worden gezien als 'recht' dat voldoet aan de volgens de EHRM-rechtspraak te stellen kwaliteitseisen. Evenmin bieden dergelijke regels, die niet zijn gemaakt door organen met een eigen regelgevende bevoegdheid, voldoende rechtsbescherming en bescherming tegen willekeurige inbreuken op de EVRM-rechten. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Vershillende klagers hebben daarnaast gesteld dat art. 6 EVRM is geschonden doordat het in de procedure gegeven advies van de openbaar aanklager niet openbaar is gemaakt. Het Hof merkt hierover op dat dit advies beperkt was tot enkele juridische en procedurele vaststellingen. Klagers hebben ook niet aannemelijk gemaakt dat zij voordeel konden hebben bij het alsnog kunnen inbrengen van nieuw bewijsmateriaal naar aanleiding van deze adviezen. Deze klachten verklaart het Hof dan ook kennelijk ongegrond en daarmee niet ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD004934118

Zaaknummer: 49341/18 en 13 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Povilonis t. Litouwen, EHRM 15 maart 2022 (ontv.), nr. 81624/17

Povilonis heeft een nog onaf huis gekocht, waarvoor hij vervolgens een bouwvergunning heeft gekregen. Uiteindelijk is de bouwvergunning vernietigd en heeft Povilonis het huis moeten laten slopen. Later is er strafvervolg ingesteld tegen Povilonis wegens verdenking van corruptie en handel in invloed. Het EHRM stelt vast dat Povilonis tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd over het doel van de aankoop van het huis, en over de vraag of daadwerkelijk sprake was van een beperking van eigendomsgenot. Tegen de achtergrond van de verdenkingen van corruptie ziet het Hof in de klacht een misbruik van procesrecht, zodat deze niet-ontvankelijk is.

Klager heeft in 2014 een – nog niet afgebouwd – huis gekocht van R.B., die voor het bouwen daarvan in 2013 een bouwvergunning had gekregen. Na de aankoop kreeg klager een bouwvergunning om de bouwwerkzaamheden te kunnen afronden. Later volgden echter procedures om de bouwvergunningen (en het onderliggende bestemmingsplan) te vernietigen. De vergunningen werden daarbij inderdaad ingetrokken omdat het land onderdeel uitmaakte van beschermd gebied. De verkoop aan klager werd daarbij nietig verklaard en klager kreeg opdracht om het huis te slopen. In deze kwestie heeft klager een procedure ingesteld. In verband met deze procedure is klager tegelijkertijd zelf vervolgd vanwege corruptie en handel in invloed omtrent de aankoop van de woning. Daarbij heeft klager onder meer aangegeven dat hij nooit zelf in het huis had willen gaan wonen, maar dat hij het vooral gekocht had om R.M. – de lokale burgemeester – te helpen, zodat die er later kon gaan wonen. De kwestie heeft in Litouwen tot veel mediabelangstelling geleid.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij is gedwongen om het huis op eigen kosten te laten slopen, hoewel hij aanvankelijk wel een bouwvergunning had. Het EHRM stelt vast dat klager voor het Hof heeft aangevoerd dat hij eigendom had van de woning en dat de maatregelen het

hem onmogelijk maakten om daarvan het genot te hebben. In de recente strafprocedure op nationaal niveau heeft hij echter gesteld dat hij het huis niet voor eigen bewoning had aangekocht, maar dat vooral had gedaan zodat R.M. er uiteindelijk in kon gaan wonen. Deze uiteenlopende verklaringen van klager werpen volgens het EHRM ernstige twijfels op aan de accuraatheid, geloofwaardigheid en het realistisch gehalte van zijn klachten, zeker nu hij er geen overtuigende verklaring voor heeft kunnen geven. De achtergrond van corruptie in deze zaak maakt het des te waarschijnlijker dat klager het Hof heeft geprobeerd te misleiden bij het indienen van de klacht. Het EHRM verwerpt de klacht dan ook als niet-ontvankelijk omdat er sprake was van misbruik van procesrecht in de zin van art. 35 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0315DEC008162417

Zaaknummer: 81624/17

Wetsartikelen: EVRM art. 35

RECHTSPRAAK

Starkevič t. Litouwen, EHRM 29 maart 2022, nr. 7512/18

Een politieman is onder heimelijk toezicht gehouden toen hij werd verdacht van het geven van opdrachten tot diefstal. Uiteindelijk is hij daarvoor strafrechtelijk veroordeeld; ook is hij ontslagen in een met de veroordeling samenhangende tuchtprocedure. Het EHRM is van oordeel dat klager, gelet op zijn functie, de inzet van de opsporingsbevoegdheden kon verwachten en ook kon weten dat die een rol konden spelen in een tuchtprocedure. Hij heeft bovendien kunnen beschikken over voldoende procedurele waarborgen, zodat art. 6 en 8 EVRM niet zijn geschonden.

In 2015 hield de politie V.M. aan op verdenking van inbraak. Later meldde V.M. bij de dienst 'interne zaken' van de politie dat – terwijl hij in detentie zat vanwege de inbraak – klager (die politieman was) hem had benaderd met een verzoek om bepaalde goederen te stelen. Later zijn er ook nog ontmoetingen geweest tussen V.M. en klager. Daarop heeft de betreffende afdeling een onderzoek ingesteld naar klager vanwege misbruik van positie. Daarbij is van een rechter goedkeuring verkregen om klagers digitale communicatie te mogen aftappen en om heimelijk toezicht te mogen uitoefenen. Daarbij is ook toestemming verkregen om een simulatiemodel voor crimineel gedrag te mogen toepassen. Deze instrumenten maakten het mogelijk om klager in 2016 op heterdaad te betrappen bij het afdragen van gestolen goederen door V.M. In verband hiermee is – naast een strafrechtelijke procedure – een tuchtprocedure gestart tegen klager, die uiteindelijk heeft geleid tot diens ontslag.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat hij geen 'fair hearing' zou hebben gehad in de zin van art. 6 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat klager zich in de tuchtprocedure in ieder geval voldoende bewust moet zijn geweest van de aanklachten tegen hem, ook al waren die in de tuchtprocedure net iets anders verwoord dan in de strafzaak. Ook heeft klager voldoende mogelijkheden gehad om zijn eigen standpunten in deze zaak naar voren te brengen, waaruit bleek dat hij ook genoeg inzicht had in het dossier. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager heeft daarnaast gesteld dat het inzetten van het via surveillance verkregen materiaal in de tuchtprocedure in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof merkt op dat het verkrijgen van dit materiaal op zichzelf een basis had in de relevante nationale wetgeving. Naar nationaal recht was het bovendien niet alleen een bevoegdheid, maar zelfs een verplichting om dergelijk relevant materiaal ook in een met een strafrechtelijke veroordeling samenhangende tuchtprocedure door te geven. Klagers kon zich daar vanwege zijn eigen beroep als politieman ook van bewust zijn. Het Hof wijst er verder op dat klager zich de situatie zelf op de hals heeft gehaald; hij kon weten dat zijn eigen gedrag zou leiden tot bepaalde consequenties. Bovendien heeft hij kunnen beschikken over voldoende procedurele waarborgen. Ook art. 8 lid 2 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0329JUD000751218

Zaaknummer: 7512/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Vool en Toomik t. Estland, EHRM 29 maart 2022, nrs.
7613/18 en 12222/18**

Vool en Toomik zijn allebei in voorlopige hechtenis gehouden en uiteindelijk definitief veroordeeld. Tijdens hun voorarrest mochten zij geen langduriger bezoeken ontvangen van hun partners; na veroordeling mocht dat wel. Dit levert een ongelijke behandeling op tussen voorlopig gehechten en veroordeelden, maar op zichzelf kan die worden gerechtvaardigd door de bijzondere aard van detentie tijdens een nog lopend strafrechtelijk onderzoek. In geen van beide gevallen is echter gebleken dat contact met de partners dat onderzoek zou kunnen bedreigen. De ongelijke behandeling is dan ook in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Eerste klager werd verdacht van afpersing en van lidmaatschap van een criminele organisatie. In verband daarmee werd hij in 2014 in voorarrest gehouden. Vanwege recidiverisico kon hij volgens de nationale rechters niet op vrije voeten worden gesteld. Tijdens het voorarrest werden zijn mogelijkheden om bezoek te ontvangen met zijn partner, waarmee hij samenwoonde, beperkt. Pas na zijn definitieve veroordeling in 2016 werden langere bezoeken mogelijk. Tweede klager heeft met een soortgelijke situatie te maken gekregen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de mogelijkheden voor gevangenen in voorarrest om bezoek voor langere tijd te ontvangen in strijd met art. 8 en 14 EVRM moeilijker is dan voor definitief veroordeelden. Het Hof merkt op dat het eerder al heeft geoordeeld dat als het gaat om familiebezoeken, voorlopig gehechten en definitief veroordeelden zich in een vergelijkbare positie bevinden. Gelet op de verschillen tussen de staten heeft het Hof wel een ruime *margin of appreciation* aan de staten toegekend als het gaat om het mogelijk maken van dit soort bezoeken. Het Hof is op zichzelf bereid om aan te nemen dat beperkingen van contactrechten in de periode van voorarrest het legitieme doel kunnen dienen van het garanderen van een goed strafrechtelijk onderzoek, terwijl dat doel niet meer relevant is bij

definitief bestrafen. Wel is dan nog de vraag of er een voldoende proportionele relatie is tussen doel en middel. Het Hof merkt voor het concrete geval van eerste klager op dat de nationale rechters niet zijn nagegaan welk effect het voorarrest op zijn gezinsleven had, terwijl dat naar nationaal recht wel een relevante overweging zou moeten zijn. In het geval van tweede klager was dat iets anders, maar ook daar is de impact alleen oppervlakkig bekeken. In geen van beide gevallen is onderzocht of bezoeken van langere duur aanvaardbaar zouden kunnen zijn. Ten aanzien van eerste klager is het Hof wel bereid om – met de nationale rechters – aan te nemen dat bezoek door zijn partner in de weg kon staan aan een goed proces van bewijsvergaring. Hoewel die redenen relevant waren, acht het Hof ze uiteindelijk echter niet voldoende, nu in het bijzonder niet is toegelicht waarom een volledig verbod op langduriger bezoeken van een partner gedurende in totaal twee jaar niet zijn toegestaan. Uiteindelijk heeft de Estse Hoge Raad ook geoordeeld dat de relevante bepalingen uit de wetgeving onconstitutioneel waren en dat heeft geleid tot een aanpassing van de wetgeving. Voor tweede klager bouwt het Hof een soortgelijke redenering op. Alles bijeengenomen leidt dit tot bevinding van een schending van art. 8 jo. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0229JUD000761318

Zaaknummer: 7613/18 en 12222/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

ANNOTATIE

X en Y (HvJ EU, C-562/21 PPU) – (Potentiële) berechting niet-onafhankelijk Pools gerecht blokkeert niet automatisch overlevering aan Polen

mr. dr. S.M.A. Lestrade

Prejudiciële vragen

1. In onderhavige zaken heeft de Rechtbank Amsterdam aan het Hof van Justitie EU opnieuw prejudiciële vragen gesteld over de tenuitvoerlegging van Europese arrestatiebevelen (hierna: EAB's) in de context van de aanhoudende rechtsstaatcrisis in Polen en het recht op een eerlijk proces. Eerder beantwoordde het Hof hierover al een reeks vragen in de zaken *L & P*.^[1] De rechtbank vraagt nu meer concreet welke toets een rechter moet aanleggen bij de tenuitvoerlegging van een EAB als hij over informatie beschikt die duidt op fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht van de verzoekende lidstaat. Het gaat in de zaak *X* om een executie-EAB. Meer specifiek is daarin de vraag hoe moet worden omgegaan met het gegeven dat berechting in Polen heeft plaatsgevonden zonder dat er een doeltreffende voorziening in rechte was tegen een eventuele schending van het recht op 'een gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld'. De zaak *Y* betreft een vervolgings-EAB. Er is hierbij nog geen sprake van een berechting, maar wel speelt een reëel gevaar van berechting door een 'niet vooraf bij wet ingesteld gerecht'. De samenstelling van rechters is in dit geval nog niet duidelijk, aangezien de zaken in Polen op willekeurige wijze worden toebedeeld. Helder is evenwel dat de opgeëiste persoon geen effectief rechtsmiddel voor handen heeft als uiteindelijk sprake zou zijn van niet rechtmatig benoemde rechters.

'Rule of law'

2. De 'rule-of-law'-problematiek in Polen blijft tot hoofdbrekens leiden. Moet op nationaal niveau strafrechtelijke samenwerking worden geweigerd gelet op de structurele en fundamentele gebreken in de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht? Die vraag wordt des te prangender nu de aanpak van problemen in Polen op EU-niveau zo langzaam geschiedt.^[2] De Commissie is meerdere inbreukprocedures tegen Polen begonnen om

onrechtsstatelijke hervormingen in de rechterlijke macht ongedaan te maken. Voorts is de Commissie een 'rule-of-law'-procedure gestart in 2016. Dit proces heeft geleid tot aanbevelingen. Aangezien de situatie echter eerder verslechterde dan vooruitgang boekte, heeft de Commissie in 2018 een Artikel-7 procedure aanhangig gemaakt. Deze procedure kan leiden tot de schorsing van rechten van een lidstaat. De zaak is met steun van het Europees Parlement voorgelegd aan de Raad en is al vaak besproken door de lidstaten, maar het is nog niet tot een uiteindelijke stemming gekomen.[3] Verder is vanuit de EU getracht invloed uit te oefenen door het conditionaliteitsmechanisme in werking te stellen.[4] Dit mechanisme maakt het uitkeren van EU-geld afhankelijk van het adequaat functioneren van de rechtsstaat. Officieel ging dit conditionaliteitsregime op 1 januari 2021 al in, maar op verzoek van Polen en Hongarije zou het pas worden toegepast na beoordeling van de rechtmatigheid ervan door het Hof. Het Hof heeft op 16 februari 2022 geoordeeld dat EU-landen inderdaad mogen worden gekort als zij de rechtsstatelijke waarden niet nakomen (bijvoorbeeld als rechters niet onafhankelijk hun werk kunnen doen).[5] De vraag is evenwel of de Commissie met deze uitspraak het conditionaliteitsinstrument voortvarend wil inzetten. De vluchtelingencrisis als gevolg van de oorlog tussen Rusland en Oekraïne zal de bereidheid hard op te treden tegen Polen waarschijnlijk niet doen toenemen. De EU zal mogelijk op dit moment een conflict met Polen uit de weg gaan opdat zo constructief mogelijk kan worden samengewerkt bij de opvang van Oekraïense vluchtelingen. De ene crisis lijkt zo de andere crisis te overschaduwen.[6]

Wederzijds vertrouwen

3. Het Hof benadrukt wederom het wezenlijk belang van het beginsel van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning om de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht binnen de EU te kunnen waarborgen. Dit uitgangspunt brengt mee dat lidstaten er, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, van uit kunnen gaan dat andere lidstaten de grondrechten eerbiedigen.[9] Het Hof geeft drie daarbij samenhangende redenen: 1) de noodzaak om grondrechten van slachtoffers te eerbiedigen; 2) het bestrijden van straffeloosheid; 3) het niet doorkruisen van de bevoegdheid van de Raad in het kader van de Artikel-7 procedure.[10] In het verlengde hiervan is informatie over de verergering van structurele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als zodanig niet voldoende om de tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren.[11]

Twee stappentoets

4. Bij de beoordeling van een (potentiële) grondrechtenschending verwijst het Hof naar de twee-stappentoets in *LM*.^[12] De eerste stap is *in abstracto* bepalen of er een reëel gevaar is dat het recht op een eerlijk proces wordt geschonden. In de onderhavige zaak wordt niet betwist dat er structurele en fundamentele gebreken zijn die de onafhankelijkheid van de rechterlijke

macht in Polen aantasten. Met betrekking tot de tweede stap moet worden bezien of er gronden bestaan om aan te nemen dat in het concrete geval van overlevering het recht van de opgeëiste persoon op een eerlijk proces zal worden geschonden.[13] Bij deze beoordeling kan rekening worden gehouden met de persoonlijke situatie van de opgeëiste persoon, de aard van het betrokken strafbare feit en de feitelijke context waarin het EAB is uitgevaardigd zoals verklaringen of handelingen van overheidsinstanties die de behandeling van een individueel geval kunnen beïnvloeden.[14]

Dialogoog

5. Het Hof stuurt aan op het ten volle benutten van de middelen in artikel 8 lid 1 en 15 van het Kaderbesluit EAB. Deze artikelen hebben betrekking op de inhoud van het EAB en de mogelijkheid aanvullende gegevens op te vragen. Het Hof verduidelijkt in deze uitspraak dat de uitvaardigende autoriteit verplicht is aanvullende gegevens te verstrekken indien wordt gevreesd voor schending van het recht op een eerlijk proces. Elke gedraging waaruit blijkt dat de uitvaardigende autoriteit op dit punt niet loyaal samenwerkt, kan worden gebruikt bij de beoordeling van het concrete gevaar.[15] Tegelijkertijd is het ook aan de opgeëiste persoon gegevens aan te dragen op basis waarvan kan worden aangenomen dat er zwaarwegende en op feiten berustende gronden zijn om aan te nemen dat het recht op een eerlijk proces in het geding is.[16]

Twee verschillende benaderingen; toetsing in abstracto en in concreto

6. De afgelopen jaren is een trend waar te nemen waarin het Hof strenger toeziet op de bescherming van grondrechten in het strafproces. Enerzijds doet het Hof dat via een 'procedurele lijn' waarbij het de bescherming van grondrechten tracht af te dwingen door toe te zien op procedurele voorwaarden en te eisen dat bepaalde besluiten door een onafhankelijke instantie worden genomen dan wel door te voorzien in rechterlijke controle.[17] Anderzijds is er een lijn waarin fundamentele rechten als zelfstandige grond fungeren. Daarin accepteert het Hof het niet naleven van fundamentele rechten in een lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden als weigeringsgrond bij strafrechtelijke samenwerking, ondanks het uitgangspunt van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen.[18]

7. In de EAB-jurisprudentie is de 'procedurele lijn' onder meer terug te zien in de zaken *OG en PI* en *AZ*.^[19] Daarin oordeelt het Hof dat EAB's alleen mogen worden uitgevaardigd dan wel tenuitvoergelegd door een rechterlijke autoriteit. Als deze autoriteit niet een rechter is, maar een autoriteit die 'anderszins deelneemt aan de strafrechtsbedeling' (zoals het openbaar ministerie), dan moet deze onafhankelijk zijn van de uitvoerende macht en moet er een beroep in rechte openstaan.^[20] Het Hof acht het van betekenis dat een onafhankelijke

autoriteit toeziet op de procedure omdat de overlevering gepaard gaat met een inbreuk op het recht op vrijheid. Het is in het verlengde daarvan van belang dat de rechter kan controleren of het EAB evenredig is.[21] Het Hof is in het kader van de procedurele lijn streng en toetst hier *in abstracto*. Als het niet de juiste autoriteit is die een EAB uitvaardigt, dan blokkeert dit EU-samenwerking, ook al is in het concrete geval de onafhankelijkheid van de autoriteit niet in het geding (en heeft de uitvoerende macht geen individuele bemoeienis gehad). Het hanteert in dit opzicht aldus een meer institutionele benadering. De rechterlijke onafhankelijkheid wordt gezien als middel om de binding van de overheid aan het recht te verzekeren.[22]

8. De ‘fundamentele rechtenlijn’ was voor het eerst zichtbaar in de gevoegde zaken *Aranyosi & Căldăraru*. Daarin oordeelt het Hof dat lidstaten bij een reëel algemeen en concreet gevaar van onmenselijke behandeling gedurende de detentie verplicht zijn onderzoek te doen, de overlevering moeten uitstellen en zelfs de overleveringsprocedure kunnen beëindigen indien het bestaan van dit gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten.[23] In de zaken *LM, L & P* en onderhavige zaak *X & Y* oordeelt het Hof dat een reëel gevaar van schending van het door artikel 47 Hv gewaarborgde recht op een eerlijk proces eveneens grond kan opleveren de overlevering te weigeren.[24] Ten aanzien van de fundamentele rechtenlijn verlangt het Hof, zoals opgemerkt, een concrete toets.[25] In dat geval kan alleen worden overgegaan tot weigering van het EAB als in het individuele geval sprake is van (een dreigende) schending van grondrechten.[26] Het Hof stelt hierbij het rechtszoekende perspectief op rechterlijke onafhankelijkheid op de voorgrond. Anders dan de institutionele benadering, moet bij dit perspectief concreet worden nagegaan of in het individuele geval sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces.[27]

Criminaliteitsbestrijding versus rechtsbescherming

9. De vraag is of de huidige koers van het Hof, waarin het met de ‘procedurele lijn’ en de ‘fundamentele rechtenlijn’ twee uiteenlopende benaderingen hanteert, de beste oplossing biedt bij de zorgen die er zijn omtrent grondrechtenbescherming in het strafproces en de ‘rule of law’-problematiek in Polen. Bij fundamentele gebreken inzake de rechterlijke onafhankelijkheid kan het lastig zijn aan te tonen dat in het concrete geval sprake zal zijn van schending van grondrechten. Het is bovendien niet consequent dat het Hof de rechterlijke onafhankelijkheid in het ene geval vanuit het rechtszoekende perspectief beoordeelt, en in het andere geval vanuit institutioneel oogpunt.

10. Bij de ‘fundamentele rechtenlijn’ weegt het Hof diverse belangen tegen elkaar af. Enerzijds het beginsel van wederzijdse erkenning, het belang van het slachtoffer, het voorkomen van straffeloosheid en de positie van het Hof versus de Raad in de ‘rule-of-law’-problematiek. Anderzijds het waarborgen van de grondrechten van de verdachte. Bij die weging lijkt al snel

het individuele belang van de verdachte het onderspit te delven. De benadering van het Hof valt in het licht van criminaliteitsbestrijding te verklaren. Als de niet-rechtmatige benoeming van Poolse rechters automatisch de strafrechtelijke samenwerking zou blokkeren, zou dit er ook toe kunnen leiden dat ‘doorsnee’ drugscriminelen, mensenhandelaren, inbrekers of zedendelinquenten niet meer strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, terwijl hier mogelijk geen ‘concreet’ gevaar van schending van het recht op een eerlijk strafproces speelt. Dat gevaar kan wel aanwezig zijn bij politiek gevoelige delicten of bij verdachten dan wel veroordeelden die zich actief hebben afgezet tegen het Poolse regime.

11. Ten aanzien van de procedurele lijn kan het Hof zich in zekere zin ‘permitteren’ te kiezen voor een institutionele benadering zonder dat dit strafrechtelijke samenwerking binnen de EU permanent belemmert. De uitspraak in *OG en PI* heeft de EAB-procedure in Nederland, maar bijvoorbeeld ook in Duitsland gewijzigd. Het is niet meer de Nederlandse officier van justitie die een EAB uitvaardigt, die bevoegdheid is nu neergelegd bij de rechter-commissaris. Door aanpassing van de procedure kan de overleveringspraktijk weer doorgang vinden en is eveneens gewaarborgd dat een onafhankelijke rechter zich buigt over de (proportionaliteit van een) beslissing die het recht op vrijheid raakt.

Proportionaliteitstoets

12. Tegelijkertijd is kritiek mogelijk op de twee uiteenlopende benaderingen van het recht op een eerlijk proces. Het is mijns inziens mogelijk de ‘rule of law’-problematiek in Polen óók meer vanuit institutioneel perspectief te benaderen zonder dat dit de strafrechtelijke samenwerking direct blokkeert. Bij het zoeken van een balans tussen criminaliteitsbestrijding en de bescherming van grondrechten beschouwt het Hof het instrument van het EAB ‘geïsoleerd’. Ouwerkerk pleit voor een meer integrale beoordeling waarbij het Hof andere EU-samenwerkingsinstrumenten in aanmerking neemt bij de balans tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming. Hierbij kan met name worden gedacht aan de instrumenten voor de overdracht van strafvervolging en de overdracht van strafteuitlegging. Het is mogelijk dat in het geval waarin bij overlevering een risico dreigt van schending, de keuze voor een ander samenwerkingsinstrument zowel een grondrechtenschending als straffeloosheid voorkomt.[28]

13. Het is opvallend dat het Hof binnen de ‘procedurele lijn’ het belang van een proportionaliteitstoets door een onafhankelijke autoriteit voorop plaatst bij de beoordeling van een EAB, terwijl het binnen de ‘fundamentele rechtenlijn’ geen evenredigheidstoets hanteert. Met Ouwerkerk zou ik voorstander zijn van een meer integrale beoordeling van het EAB-instrument. Die integrale beoordeling kan als fundament dienen van een uitgebreider proportionaliteitstoets. Als er in een overleveringsprocedure zorgen zijn omtrent het

waarborgen van grondrechten, kunnen lidstaten met elkaar in dialoog over de mogelijkheid een andere vorm van samenwerking in te zetten.[29] De structurele en fundamentele rechtsproblematiek kan op die manier vanuit institutioneel perspectief worden meegewogen bij de beoordeling van een EAB uit Polen. Op die manier wordt enerzijds niet tekortgedaan aan het verwezenlijken van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en kunnen tegelijkertijd mensenrechten beter worden gewaarborgd.

S.M.A. Lestrade, universitair hoofddocent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekscentrum Staat en Recht / SteR)[30]

[1] *L & P*, HvJ EU (GK) 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade ‘Ondanks de aanhoudende rechtsstaatcrisis in Polen mogen Poolse EAB’s niet structureel worden geweigerd’.

[2] Zie kritisch hierover H. de Waele in zijn annotatie bij *Hongarije t. Parlement*, HvJ EU (GK) 3 juni 2021, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 in AA 2021-1118, ‘Nieuwe ontwikkelingen in de Europese rechtsstaatcrisis. Hongarije verliest een slag, maar wie wint de oorlog?’.

[3] Zie over de actuele stand van zaken ook https://www.europa-nu.nl/id/vkofgo42frun/poolse_democratie_en_rechtsstaat_onder.

[4] Het instrument is gebaseerd op Verordening (EU) 2020/2092 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 inzake een algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting, *PbEU* 2020, L 433I, p. 1-10.

[5] *Hongarije t. Parlement en Raad*, HvJ EU 16 februari 2022, zaak C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 en *Polen t. Parlement en Raad*, HvJ EU 16 februari 2022, zaak C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Zie kritisch over de lang slepende procedure en de ‘overbodigheid’ van het oordeel van het HvJ: Henri de Waele in zijn blog van 22 februari 2022, <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/fiat-justitia-pereat-mundus-het-oordeel-van-het-europees-hof-van-justitie-over-het-rechtsstatelijk-conditionaliteitsmechanisme-en-de-weg-voorwaarts/>.

[6] Zie bijvoorbeeld <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/25/poland-ukraine-russia-eu> en Polish Justice Minister Slams EU Over Funds in Ukraine Refugee Crisis - Bloomberg, maar zie tegelijkertijd ook het andere geluid EU liberals leader: Ukraine no excuse for Polish rule of law problems – EURACTIV.com.

[7] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 40-41.

[8] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 46.

[9] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 48.

[10] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 60-61; 62 en 63-65.

[11] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 51.

[12] *LM*, HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk en *JV* 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland.

[13] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 67-83.

[14] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 50 en 97. De Rechtbank Amsterdam heeft deze concrete toets inmiddels toegepast en de overlevering van de Poolse veroordeelde X en de Poolse verdachte Y toegestaan, zie *Rb Amsterdam*, 6 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1793 en ECLI:NL:RBAMS:2022:1794.

[15] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 85.

[16] *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 88.

[17] Zie ook J.H. Crijns, S.M.A. Lestrade, J.W. Ouwerkerk en K.M. Pitcher, Het OM uit positie? De institutionele positionering van het Openbaar Ministerie ter discussie, *Strafblad* 2022 nog te verschijnen, par. 4.

[18] Vgl. A.P. van der Mei, 'Het Europees aanhoudingsbevel, Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *Strafblad* 2018(1). Hij signaleert drie lijnen en maakt onderscheid tussen 1) het uitleggen van begrippen; 2) het gebruiken van fundamentele rechten als instrument voor de uitleg van het Kaderbesluit en 3) fundamentele rechten die een zelfstandige grond opleveren.

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

[20] Zie uitgebreid over deze jurisprudentie ook J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht, Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, Onderzoek in opdracht van WODC, Den Haag: 2021.

[21] *OG en PI*, HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19,

ECLI:EU:C:2019:456, «EHRC» 2019/181 m.nt. Lestrade, r.o. 71 en 75.

[22] Zie ook J.J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid' in *SEW* 2021/12, par. 1.

[23] *Aranyosi en Căldăraru*, HvJ EU 5 april 2016, zaken C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, «EHRC» 2016/157 m.nt. Van der Wilt.

[24] *LM*, HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk en *JV* 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland; *L & P*, HvJ (GK) 17 december 2020, C-354/20 en C-412/20, ECLI:EU:C:2020:1033, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade; *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100.

[25] Vgl. noot Lestrade in «EHRC» bij *OG en PI*, HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18, C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 onder punt 7 en noot Lestrade in *EHRC Updates* bij *L & P*, HvJ EU (GK) 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 onder punt 5 en A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge: Intersentia 2021, p. 650.

[26] Zie kritisch hierover P. Bárd en W. van Ballegooij in hun blog van 10 April 2018 op <https://verfassungsblog.de/judicial-independence-as-a-precondition-for-mutual-trust/> (laatst bezocht april 2022).

[27] Zie ook J.J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid' in *SEW* 2021/12, par. 1.

[28] J. Ouwerkerk, Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM, in *SEW* 2021/12.

[29] J. Ouwerkerk, Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM, in *SEW* 2021/12. Zie ook J. Ouwerkerk, 'Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused? The Case for an Integrative Approach to Judicial Cooperation Mechanisms in the EU Criminal Justice Area', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (29) 2021, afl. 2, p. 87-101.

[30] De auteur dankt prof. P.H.P.H.M.C. van Kempen voor zijn nuttige *feed back* op deze annotatie.

ANNOTATIE

Standard Verlagsgesellschaft t. Oostenrijk (EHRM, 39378/15) – Persvrijheid als nieuwe beschermengel voor gebruikersgegevens op discussiefora

L. Coeckelberghs

1. In navolging van een aantal eerdere arresten^[1] doet het Europees Hof voor de Rechten van de Mens opnieuw uitspraak over de aansprakelijkheid van een online nieuwsportal voor de reacties van haar lezers. Dit keer niet voor wat betreft de inhoud van de reacties, maar wel of ze als online dienstverlener verplicht kan zijn om gegevens van gebruikers vrij te geven bij beweerdelijk lasterlijke commentaren. Hoewel het Hof dit vraagstuk traditioneel oplost via het recht op bescherming van het privéleven onder art. 8 EVRM, reikt het ditmaal de oplossing aan op grond van het recht op vrije meningsuiting onder art. 10 EVRM. Het Hof oordeelt dat de persvrijheid kan verhinderen dat een online nieuwsportal de gegevens van haar gebruikers vrijgeeft.^[2]

2. De aanleiding van het arrest zijn een drietal commentaren die gebruikers achterlieten op het online platform van de krant *Der Standard*, klagster in deze zaak. Naast een dagelijkse papieren versie, geeft de krant ook een online versie uit en stelt ze een discussieforum ter beschikking waar gebruikers aan het eind van elk artikel een reactie kunnen plaatsen onder de banner “*Uw mening telt*”. Toegang tot de commentaarfunctie van het platform vereist een voorafgaande registratie waarbij de krant aan de gebruikers vraagt om hun volledige naam en e-mailadres door te geven, optioneel ook een adres.

Het lot van deze gebruikersgegevens wordt verder geregeld in de algemene voorwaarden. Hier geeft de krant aan dat ze de gegevens pas zal vrijgeven indien de commentaren naar vorm en/of inhoud strijdig zijn met de gebruikersrichtlijnen van het platform en ze hiertoe wettelijk verplicht zou zijn, met name op grond van de Oostenrijkse e-Commerciewet. Art. 18, vierde lid van deze wet schrijft voor dat dienstverleners verplicht zijn om op verzoek van derden de naam en het adres van een gebruiker vrij te geven indien zij kunnen aantonen dat er sprake is van een onwettig karakter en de kennis van de identiteit noodzakelijk is om de gebruiker gerechtelijk te vervolgen.

3. Of de krant in het licht van de persvrijheid effectief verplicht kan worden om de gegevens van haar gebruikers vrij te geven, is de vraag waarop het Hof op verzoek van *Der Standard* een antwoord diende te formuleren. Toen de krant in 2012 en 2013 de vraag kreeg om bepaalde beweerdelijk lasterlijke commentaren gericht tegen enerzijds de regionale politieke partij FPK (*Freiheitlichen in Kärnten*[3]) en haar leider, en anderzijds een lid van het lagerhuis van het Oostenrijkse parlement en de algemeen secretaris van de politieke partij FPÖ, te verwijderen, ging ze in op dit verzoek, maar weigerde ze resoluut om de gegevens van de betreffende gebruikers te delen. De krant beriep zich op haar bronnengeheim en meende dat de commentaren niet lasterlijk waren, maar juist toegelaten waardeoordelen vormden.

4. De vermeende slachtoffers trokken hierop naar de nationale rechtbanken en kregen uiteindelijk gelijk bij het Oostenrijkse Hooggerechtshof. Het Hooggerechtshof bevestigde het potentieel lasterlijk karakter van de commentaren en beval de vrijgave van de gegevens. De krant besloot daarop de zaak voor te leggen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, hierbij steunend op de persvrijheid onder art. 10 EVRM.

Inmenging met de persvrijheid?

5. In het geannoteerde arrest bevestigt het Hof vooreerst dat de bewuste commentaren niet onder het begrip 'journalistieke bronnen' vallen nu de commentaren niet gericht zijn aan een journalist, maar wel aan het publiek. Bijgevolg kan de krant volgens het Hof zich dan ook niet beroepen op haar bronnengeheim om een vrijgave van de gebruikersgegevens te weigeren.[4] Desalniettemin kan de inmenging met de persvrijheid (en dus de toepassing van art. 10 EVRM) naar de mening van het Hof ook nog op andere manieren tot uiting komen. De publicatie van lezersreacties vormt slechts een deel van de activiteiten van de krant naast de dagelijkse papieren krant die ze uitgeeft en het nieuwspitaal dat ze onderhoudt. Volgens het Hof zijn al deze activiteiten onderling met elkaar verbonden en bestaat de algemene rol van de krant in het bevorderen van een open discussie en de uitwisseling van ideeën met betrekking tot onderwerpen van publiek belang. Een rol die naast het bronnengeheim eveneens beschermd wordt door de persvrijheid.[5]

6. Het Hof aanvaardt in lijn hiervan dat de mogelijke verplichting tot vrijgave van gegevens ertoe kan leiden dat gebruikers minder snel geneigd zijn om nog gebruik te maken van het nieuwspitaal en dat dit aldus een 'chilling effect' kan hebben op het achterlaten van commentaren wat vervolgens indirect de persvrijheid beïnvloedt.[6] Het Hof houdt bovendien rekening met de eigenheid van het internet en aanvaardt dat de krant haar gebruikers een mogelijkheid van anonimiteit toekent, niet alleen in het licht van de eigen persvrijheid, maar ook op grond van het recht op privéleven en de vrijheid van meningsuiting

van haar gebruikers. Een anonimiteit die volgens het Hof niet effectief zou zijn indien de krant niet zelf deze bescherming zou kunnen afdwingen.[7]

Noodzakelijk in een democratische samenleving?

7. Nu de inmenging met de persvrijheid vaststaat, stelt zich nog de vraag of deze inmenging ook noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Hof grijpt hiervoor terug naar haar welgekende criteria en benadrukt dat er weinig ruimte is voor een beperking van de persvrijheid indien het gaat om publieke personen zoals politici.[8] De commentaren in kwestie waren misschien wel aanvallend of getuigden van weinig respect, het ging vooralsnog niet om *hate speech* of het aanzetten tot geweld, noch waren de commentaren volgens het Hof kennelijk onwettig.[9]

Het Hof erkent dat slachtoffers van lasterlijke uitlatingen recht hebben op effectieve toegang tot de rechter, maar geeft wel aan dat nationale rechtbanken hierbij nog steeds de verschillende belangen correct dienen af te wegen. Volgens het Hof gaat het bij deze belangenafweging niet alleen om het recht op bescherming van reputatie onder art. 8 EVRM en de persvrijheid onder art. 10 EVRM, maar ook om de rol van de krant in de bescherming van de gegevens van haar gebruikers en hun vrijheid om publiekelijk commentaren te formuleren.[10] Volgens het Hof werd er in die lijn onterecht geen rekening gehouden met de rol van de anonimiteit in het promoten van het openlijk delen van meningen, ideeën en informatie door gebruikers van een platform, in het bijzonder wanneer het gaat om politieke uitingen die niet haatdragend of anderszins duidelijk onwettig waren.[11] Het Hof komt daarmee tot het besluit dat de nationale rechtbanken faalden in een correcte afweging van het recht op privéleven met het recht op bescherming van de persvrijheid zodat er een schending van art. 10 EVRM voorlag.

Uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 10 EVRM

8. Het geannoteerde arrest brengt een aanzienlijke uitbreiding met zich mee van het toepassingsgebied van de persvrijheid en dekt volgens het Hof eveneens online dienstverleners die – ondanks hun passieve rol – in het algemeen gekenmerkt worden door hun journalistieke activiteiten. Deze uitbreiding zorgt op haar beurt eveneens voor een inperking van de rechten van vermeende slachtoffers. Voor hen zal het minder eenvoudig worden om in bepaalde gevallen de gegevens van gebruikers nog te bemachtigen nu niet enkel de persvrijheid in de strikte zin van het woord meespeelt, maar ook de rol van het platform in de bescherming van de anonimiteit van haar gebruikers. De vraag of er sprake is van een verboden inmenging verloopt niet uitsluitend op grond van art. 10 EVRM, maar mede in het licht van het recht op bescherming van het privéleven van de gebruikers onder art. 8 EVRM.

Dit oordeel is enigszins verrassend nu *Der Standard* deze rol als beschermer van de anonimiteit van haar gebruikers niet dermate naar voren schoof, maar eerder bijkomstig achtte aan het afschrikwekkend effect dat een vrijgave zou hebben op het plaatsen van reacties op discussiefora.

9. Het op deze manier uitbreiden van het toepassingsgebied van art. 10 EVRM kan verregaande gevolgen hebben zoals rechter Eicke terecht opmerkt in zijn gedeeltelijke *dissenting opinion*. Indien er een link is met de journalistieke activiteiten van een online dienstverlener, is een inmenging met de persvrijheid denkbaar, maar dit is lang niet altijd zo. Het is daarom twijfelachtig of er wel sprake is van een inmenging wanneer het gaat over een vrijgave van gegevens met betrekking tot commentaren waar online dienstverleners zelf niet bij betrokken waren. Het Hof erkent in het geannoteerde arrest overigens zelf dat deze link met journalistieke activiteiten hier niet aanwezig is zodat er vragen gesteld kunnen worden bij de noodzaak van een uitbreiding tot passieve online dienstverleners.

Eicke vestigt bovendien de aandacht op het feit dat de algemene voorwaarden van de krant ook uitdrukkelijk voorschreven dat de krant de gegevens zou delen indien ze hiertoe wettelijk verplicht zou zijn. Gebruikers waren bijgevolg op de hoogte dat hun anonimiteit op het platform grenzen kende. Dit zou ertoe moeten leiden dat platformen zich niet achter de persvrijheid kunnen en zelfs hoeven te verschuilen, wat vervolgens de nodige effectiviteit van het recht tot toegang tot de rechter alleen maar ten goede zou komen. Het identificeren van daders is essentieel om tot een vervolging te komen, maar wordt door de anonimiteit op het internet vaak onmogelijk gemaakt.^[12] Het Hof hamerde in het verleden daarom al eerder op de nood aan een effectief rechtsmiddel in tijden van digitalisering.^[13]

10. Het oordeel van het Hof kan mogelijks aanleiding geven tot interessante discussies, maar de draagwijdte van het arrest lijkt ook wel beperkter dan initieel gedacht. De concrete feiten zijn en blijven belangrijk en zorgen ervoor dat de uitkomst ervan niet zomaar kan toegepast worden op andere gevallen. Het Hof stelt immers duidelijk dat de noodzaak om de rol van anonimiteit mee in rekening te nemen in de belangenafweging of de proportionaliteitstoets, in het bijzonder geldt wanneer het gaat om politieke uitingen die niet haatdragend of anderszins duidelijk onwettelijk zijn.^[14] Wat indien het dus niet gaat om politieke uitingen, of commentaren die juist wél kennelijk onwettig zijn? Deze belangrijke nuance komt ook naar voren in de eerdere rechtspraak van het Hof aangaande de aansprakelijkheid van een online nieuwsportal voor de inhoud van haar lezersreacties. Hoewel het Hof in het arrest *Delfi* nog oordeelde dat een commercieel online nieuwsportal aansprakelijk kan zijn voor haar lezersreacties bij *hate speech* of kennelijk onwettige reacties, temperde het Hof deze aansprakelijkheid nadien in *Magyar* indien het online nieuwsportal geen commerciële belangen kent en de lezersreacties niet kennelijk onwettig zijn of aanzetten

tot haat of geweld. De aard van de commentaren vormt daarmee een belangrijk beoordelingselement.

11. Ook de aard van de dienstverlener speelt een rol en niet elke blog of elk forum zal in de toekomst beroep kunnen doen op art. 10 EVRM om een vrijgave van gegevens te weigeren. Het arrest heeft betrekking op een als het ware hybride dienstverlener die naast een forum ook een krant met bijhorende website uitgeeft over onderwerpen van publiek belang. Indien de journalistieke link ontbreekt en het zou gaan om zuivere blogs of andere sociale mediakanalen waar geen enkele actieve rol is voor het platform, is het nog maar de vraag of het Hof dezelfde mening zou zijn toegedaan. Het toont aan dat het Hof op het einde van de rit getracht heeft te zoeken naar een juist evenwicht tussen de verschillende belangen in het licht van de concrete omstandigheden.

De vrijgaveplicht naar Belgisch recht en de potentiële strijdigheid met het EVRM

12. Net zoals in Oostenrijk bevat ook de Belgische wetgeving een regeling inzake het vrijgeven van gebruikersgegevens. Art. XII.20, §2, tweede lid van het Wetboek Economisch Recht neemt – in lijn met de Europese e-Commercerichtlijn – een verplichting op voor online dienstverleners om bij onwettige activiteiten of informatie op verzoek van de autoriteiten ‘*alle informatie*’ te verschaffen waarover zij beschikken die nuttig is voor de opsporing en vaststelling van inbreuken door hun tussenkomst, zoals gebruikersgegevens.^[15] Deze Belgische bepaling komt ingevolge het arrest van het Hof – net zoals in Oostenrijk – echter niet zomaar strijdig te vallen met het EVRM. In het geannoteerde arrest waren de commentaren immers niet (kennelijk) onwettig en laat het juist dit zijn dat de Europese regelgever ook als voorwaarde opnam voor de verplichting tot vrijgave in de e-Commercerichtlijn. Het is bijgevolg pas wanneer het Hof meent dat ook bij (kennelijk) onwettige activiteiten een vrijgave niet aan de orde is, dat de rechtspraak van het Hof potentieel haaks kan komen te staan op de Europese wetgeving (en met uitbreiding de nationale wetgeving). Tot dan zal de impact van het arrest eerder beperkt blijven, al betreft het opnieuw een mooi voorbeeld van hoe de digitalisering de mensenrechten wel eens kan uitdagen.

Laura Coeckelberghs

Advocaat bij ARTES advocaten

[1] Zie *Delfi AS t. Estland*, EHRM (GK) 16 juni 2015, nr. 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, «EHRC» 2014/14 m.nt. van der Sloot en *Magyar*

Tartalomszolgáltatok Egyesülete and Index.hu Zrt t. Hongarije, EHRM 2 februari 2016, nr. 22947/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, «EHRC» 2014/14 m.nt. McGonagle.

[2] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, EHRM 7 december 2021, nr. 39378/15, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD003937815.

[3] De partij maakt deel uit van de federale Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ).

[4] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 70-71.

[5] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 73.

[6] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 74.

[7] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 78.

[8] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 85-87.

[9] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 89-90.

[10] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 93.

[11] *Standard Verlagsgesellschaft MBH t. Oostenrijk (nr. 3)*, par. 95.

[12] K. De Schepper en C. Van de Heyning, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van een internetnieuwsportaal voor zijn lezersreacties: het arrest Delfi in de Belgische strafrechtelijke context', *Tijdschrift voor Strafrecht*. 2016, afl. 4, p. 286.

[13] *K.U. t. Finland*, EHRM 2 december 2008, nr. 2872/02,

ECLI:CE:ECHR:2008:1202JUD000287202, «EHRC» 2009/24 m.nt. Brems, par. 49.

[14] *"In the instant case, the lack of any balancing between the opposing interests (see paragraph 94 above) overlooks the function of anonymity as a means of avoiding reprisals or unwanted attention and thus the role of anonymity in promoting the free flow of opinions, ideas and information, in particular if political speech is concerned which is not hate speech or otherwise clearly unlawful. In view of the fact that no visible weight was given to these aspects, the Court cannot agree with the Government's submission that the Supreme Court struck a fair balance between opposing interests in respect of the question of fundamental rights (see paragraph 60 above)"* (eigen nadruk)

[15] Zoals opgenomen in art. 15 (2) van de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de

informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('e-Commercerichtlijn').

ANNOTATIE

Fenech t. Malta (EHRM, 19090/20) – ‘Beschermdende maatregelen’ in gevangenis ter voorkoming van verspreiding van COVID-19

prof. mr. A.C. Hendriks

1. Gedurende de eerste twee jaar van de COVID-19-pandemie hebben diverse klagers COVID-19-gerelateerde zaken voorgelegd aan het Europees Hof voor de Rechten van Mens (hierna: ‘Hof’ of ‘EHRM’). Het uitgangspunt van het Hof is daarbij vanaf het begin af aan geweest dat de COVID-19-pandemie zich in een exceptionele en onvoorspelbare context voordoet (inmiddels wellicht heeft voorgedaan), waarbij de nationale autoriteiten veel ruimte krijgen van het Hof om noodzakelijke maatregelen te nemen.[1] Voor een kort overzicht van deze beslissingen en uitspraken van het Hof verwijs ik naar de regelmatig geactualiseerde factsheet van het Hof inzake ‘COVID-19 health crisis’.[2]

2. De uitspraak van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* van 1 maart 2022 was op dat moment de meest uitgebreide waar het gaat om de klachten die rondom de pandemie zijn ingediend. Alleen al om deze reden verdient deze uitspraak de aandacht van degenen die de uitspraken van het Hof volgen. Deze uitspraak is voorts van groot belang voor strafrecht- en gezondheidsjuristen, die willen weten wat de nationale autoriteiten in het kader van een pandemie als COVID-19 en bij gedetineerden met een kwetsbare gezondheid wel of niet moeten doen.

3. De heer Fenech, klager, heeft in korte tijd twee met elkaar verband houdende klachten aan het Hof voorgelegd. Die klachten volgden beide nadat de heer Fenech was aangehouden wegens verdenking op betrokkenheid bij de moord op de bekende Maltese journalist Daphne Caruana. Zijn voorarrest, sinds 2019, werd in eerste instantie in 2020 verlengd vanwege de COVID-19-pandemie. De heer Fenech stelde zich in Straatsburg op het standpunt dat deze vertraging een schending opleverde van art. 5 EVRM (het recht op vrijheid). Het Hof verklaarde deze klacht in 2021 niet-ontvankelijk.[3] Het Hof was met het Constitutionele Hof van Malta van oordeel dat sprake was van tijdelijke noodmaatregelen in het kader van een wereldwijde pandemie. Rechterlijke instanties – waaronder in Nederland en België – waren

daardoor enige tijd niet in staat om hun werkzaamheden te verrichten, of schakelden over op beeldbellen en het houden van zittingen zonder publiek.[4] In de gegeven omstandigheden was dat verexcuseerbaar, aldus het Hof. De beslissing om de klacht niet-ontvankelijk te verklaren werd daarnaast ingegeven doordat het Hof constateerde dat de nationale autoriteiten de procesgang niet anderszins hadden vertraagd.

4. De tweede klacht van de heer Fenech tegen de Maltese autoriteiten, waarover het Hof op 1 maart 2022 uitspraak deed, omvat twee klachtonderdelen. In de eerste plaats stelt klager zich op het standpunt dat hij in de periode van 30 november 2019 tot en met 3 januari 2020 onrechtmatig eenzaam was opgesloten. Het tweede klachtonderdeel betreft de klacht van klager over de detentieomstandigheden vanaf 4 januari 2020 en de periode daarna. Met betrekking tot dat laatste wees hij op alle fysieke en contactuele restricties die golden voor gedetineerden en verwees hij naar een brief van een geconsulteerd arts. Deze laatste had geschreven dat klager ernstige gezondheidsschade kon oplopen in geval van een infectie, zoals COVID-19. Volgens klager was in beide situaties, de eenzame opsluiting en door de detentieomstandigheden, sprake van een schending van art. 3 EVRM (verbod van marteling en onmenselijke behandeling). Het Hof wijst deze klachtonderdelen via een uitgebreid gemotiveerde uitspraak evenwel unaniem af.

5. Het is duidelijk dat het Hof in de tweede zaak *Fenech t. Malta* niet over een nacht ijs is gegaan. Het Hof haalt in zijn uitspraak uitvoerig de Maltese strafrechtelijke en detentiewetgeving aan (par. 16-18). Daarnaast bevat de uitspraak een mooie samenvatting van relevante internationale en Europese standaarden inzake volksgezondheid en detentieomstandigheden, waaronder door het CPT opgestelde eisen (par. 19-33). Dit leidt tot een rijke schakering van negatieve en positieve verplichtingen voor de nationale autoriteiten, in de zin van te respecteren vrijheden van gedetineerden en zorgplichten jegens gedetineerden.

6. Deze negatieve en positieve verplichtingen sluiten niet altijd goed op elkaar aan. Dat spreekt duidelijk uit de beoordeling van het Hof van het eerste klachtonderdeel. Met betrekking tot de periode 30 november 2019 tot 3 januari 2020 beklagt klager zich over een gebrek aan ventilatie, gepaste kleding, de afwezigheid van temperatuurcontrole, de kunstmatige verlichting en de eenzame opsluiting. Deze maatregelen waren getroffen nadat klager positief was getest voor cocaïnegebruik.

Het Hof kijkt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel bovenal naar de eenzame opsluiting van klager. De internationale en Europese standaarden stellen strenge eisen aan het opleggen van eenzame opsluiting als disciplinaire maatregel. Zo mag deze maatregel in de regel niet langer duren dan maximaal 15 dagen. De Maltese autoriteiten weerspreken evenwel dat

sprake was van een disciplinaire maatregel; de opsluiting betrof een *beschermende* maatregel. Uit een door een gevangenisarts opgesteld advies blijkt dat is overgegaan tot eenzame opsluiting vanwege het risico van gezondheidsschade door klager zelf, waaronder het risico op suicide, en het van hem uitgaande gevaar voor anderen. Dat noodzaakte tot het verblijf van klager in een eenpersoonsruimte.

Hoewel het Hof het beter had gevonden als de noodzaak van deze maatregel na het eerste medisch advies nogmaals was beoordeeld, stemt het Hof met deze beschermende maatregel in. Daar komt bij dat klager niet in volledig sociaal isolement verkeerde, maar er ook gelegenheid was voor klager om contact te onderhouden met zijn advocaat en enkele andere personen. Mede gelet op de duur van 35 dagen en op het feit dat de eenzame opsluiting niet had geleid tot mentale schade bij betrokkene leverde deze maatregel volgens het Hof geen schending op van het verbod van onmenselijke behandeling. Er waren immers gezondheidsredenen om de eenzame opsluiting te rechtvaardigen. Het Hof tekent hierbij wel aan dat het betreurt dat de autoriteiten niet hebben aangegeven wat de wettelijke basis van deze maatregel was (par. 69).

7. De beoordeling van het Hof van dit eerste klachtonderdeel komt mij over als bijzonder terughoudend. Of misschien moet ik zeggen dat het Hof de autoriteiten een wel erg ruime *margin of appreciation* laat. Een eenmalige beoordeling van een gedetineerde door een gevangenisarts, resulterend in de eenzame opsluiting voor meer dan tweemaal zo lang dan is toegestaan als disciplinaire maatregel, zonder wettelijke basis, biedt de gedetineerde erg weinig rechtsbescherming. Dit temeer omdat de risico's uitgaande van cocaïnemisbruik doorgaans na enkele dagen zijn verdampt. Daarnaast is klager niet gezien door een onafhankelijke medisch deskundige, hetgeen ter vaststelling van een psychische stoornis volgens het Hof altijd nodig is.^[5] Mij is daarom niet duidelijk waarom het Hof deze 'gezondheidsmaatregel' niet stringenter heeft getoetst. Daar komt bij dat de beschermende maatregel, anders dat bij de klachten van klager inzake het tweede klachtenonderdeel, geen verband houdt met het voorkomen van de verspreiding van COVID-19. Hoe dan ook, het eindoordeel van het Hof dat de eenzame opsluiting van klager gedurende 35 dagen geen strijd opleverde met art. 3 EVRM had het Hof beter kunnen motiveren.

8. Dan is er nog het tweede klachtonderdeel van klager over de detentieomstandigheden vanaf 4 januari 2020. Het Hof oordeelt instemmend met betrekking tot alle restricties die aan klager zijn opgelegd ter voorkoming van verdere COVID-19-besmettingen, een pandemie die enkele weken na klagers eenzame opsluiting uitbrak. Deze restricties, zoals het beletten van toegang tot de sportzaal, het niet naar de gebedsruimte kunnen gaan en het niet toestaan van bezoek, kwamen overeen met de maatregelen die voor iedereen op Malta golden. Het Hof acht deze maatregelen ook in overeenstemming met de internationale adviezen en voorschriften.

Daarnaast was er volgens het Hof sprake van goede medische zorg in de gevangenis en kregen de gedetineerden als een van de eerste groepen de mogelijkheid om zich te laten vaccineren. Het Hof oordeelt op grond daarvan dat de restricties conform de door de nationale autoriteiten te nemen beschermende maatregelen waren en dat die inperkingen van vrijheidsrechten rechtvaardigden.

9. Deze beoordeling van de detentieomstandigheden is aanzienlijk minder kritisch dan de beoordeling door het Hof in de recentere zaak *CGAS*.^[6] In deze zaak oordeelde – overigens de kleinst mogelijke meerderheid van – een Kamer van het Hof dat de onvoorwaardelijke beperking om te demonstreren ter beteugeling van COVID-19 een disproportionele inbreuk opleverde van art. 11 EVRM (recht op demonstratievrijheid). Opvallend is ook dat het Hof voorbijgaat aan de klachten van klager aangaande het delen van een cel met anderen. In het geval van klager betrof het een slaapvertrek voor vijf tot zes gevangenen, met een totale afmeting van minder dan 35 m². Dat komt neer op minder dan 4 m² per persoon. Deze oppervlakte is minder dan een ruimte van 4 m² die het CPT als norm voorschrijft.^[7] Het Hof wijkt evenwel af van deze eis en acht een ruimte van minstens 3 m² per gedetineerde ook nog net in overeenstemming met de eisen van art. 3 EVRM.^[8] Dat laatste verdient, in het licht van de COVID-19-pandemie, mijn inziens heroverweging. Hoewel er sinds de COVID-19-pandemie geen nieuwe internationale of Europese eisen zijn geformuleerd inzake de minimale celoppervlakte per gedetineerde, is het iedereen duidelijk dat 3 m² per gedetineerde in een gedeeld slaapvertrek te weinig is om elkaar niet te besmetten.^[9] Was dat geen reden voor het Hof geweest om alsnog aansluiting te zoeken bij de norm van minimaal 4 m², zoals het CPT het heeft geformuleerd? Of, vanuit het perspectief van de bestrijding van COVID-19: had het Hof niet moeten pleiten voor meer eenpersoonscellen, uiteraard rekening houdend met de wensen van gedetineerden die dat juist niet wensen^[10] en met het risico dat dit kan leiden tot mentale gezondheidsproblemen?^[11] Een meer kritische houding van het Hof was hier op zijn plaats geweest.

10. Het Hof sauveert voorts het niet treffen van speciale maatregelen voor klager vanwege diens beschikken over slechts één nier en de ernstige gezondheidsschade die daardoor kan optreden als klager geïnfecteerd raakt. Het Hof oordeelt daarentegen dat de Maltese autoriteiten de situatie van klager zorgvuldig hebben onderzocht en dat klager op grond daarvan geen aanspraak maakt op andersoortige behandeling.

11. De beoordeling van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* is daarmee bovenal terughoudend. Feitelijk laat het Hof de nationale autoriteiten veel ruimte om een gedetineerde na het gebruik van verdovende middelen eenzaam op te sluiten. En dat op basis van een eenmalige beoordeling door een niet-onafhankelijk arts, zonder dat er voor deze eenzame opsluiting als beschermende maatregel een wettelijke basis is. Aldus dreigen de waarborgen die er zijn ter

voorkoming van ongerechtvaardigde disciplinaire maatregelen te worden ondergraven. De noodzaak van de eenzame opsluiting als beschermende maatregel blijkt onvoldoende uit de aangehaalde overgelegde stukken.

Soortgelijke bedenkingen bestaan er aangaande de detentieomstandigheden, die in het kader van de bestrijding van COVID-19 zijn toegepast. Het is onweersproken dat de vrijheid- en contactbeperkende maatregelen van toepassing waren op iedereen in Malta. Maar niet alle bewonders van Malta verblijven in een gedeelde cel met onbekende medege-detineerden met minder dan 4 m² per persoon. Ook blijkt uit de overgelegde stukken dat klager bij een COVID-19-infectie een aanzienlijk risico loopt op gezondheidsschade. Ook wat dit betreft had het Hof de situatie strikter kunnen toetsen.

12. De eindconclusie over deze uitspraak is, dat het Hof de overheid (te) veel ruimte laat om beschermende maatregelen te nemen ter voorkoming van schade voortkomend uit de geestelijke gezondheid van klager en ter voorkoming van besmetting met COVID-19. Dit terwijl het Hof de eenzame opsluiting nauwelijks kritisch toetst en niet ingaat op de – in het kader van COVID-19 – beperkte celoppervlakte van klager. De uitspraak lijkt daarmee enigszins uit balans, nu de Maltese autoriteiten veel beperkingen mogen opleggen zonder dat het Hof goed kijkt of de doelen met minder vergaande maatregelen hadden kunnen worden gerealiseerd. De uitspraak van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* van 1 maart 2022 biedt mensenrechtenjuristen aldus weinig handvatten om beschermende en COVID-19-gerelateerde maatregelen in gevangenissen te toetsen. Ook vanuit strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk perspectief laat het Hof mogelijkheden tot verduidelijking van normen liggen.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *Terheş t. Roemenië*, EHRM (ontv.) 13 april 2021, nr. 49933/20, ECLI:CE:ECHR:2021:0413DEC0049933/20.

[2] https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf.

[3] *Fenech t. Malta*, EHRM (ontv.) 23 maart 2021, nr. 19090/20, ECLI:CE:ECHR:2021:0323DEC001909020, «EHRC» 2021/100, m.nt. Mommers en Francot.

[4] M.J. ter Voert, E. Bauw e.a., *Gevolgen van COVID-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden: een onderzoek naar maatregelen en de positie van rechtzoekenden binnen het*

straf-, civiele jeugdbeschermings-, en vreemdelingenrecht (onderzoek uitgevoerd in opdracht van ZonMW), Den Haag: Bju 2022

[5] Zie reeds *Winterwerp t. Nederland*, EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173, NJ 1980/114, m.nt. Alkema.

[6] *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland*, EHRM 15 maart 2022, nr. 21881/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120.

[7] *Muršić t. Kroatië*, EHRM 12 maart 2015, nr. 7334/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, «EHRC» 2015/118, m.nt. Hagens en *Dorneanu t. Roemenië*, EHRM 28 november 2017, nr. 55089/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD005508913, «EHRC» 2018/40.

[8] *Muršić t. Kroatië*, EHRM (GK) 20 oktober 2016, nr. 7334/13, «EHRC» 2017/49, m.nt. Hagens en *Rezmiveş e.a. t. Roemenië*, EHRM 25 april 2017, nr. 61467/12 e.a., «EHRC» 2017/135 m.nt. Van Kruisbergen.

[9] Vgl. *Hummatov t. Azerbeidzjan*, EHRM 29 november 2007, nr. 9852/03 en 13413/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1129JUD000985203, «EHRC» 2008/12, m.nt. Van der Velde.

[10] *Horoz t. Turkije*, EHRM 31 maart 2009, nr. 1639/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0331JUD000163903.

[11] *X t. Turkije*, EHRM 9 oktober 2012, nr. 24626/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1009JUD002462609, «EHRC» 2012/232.

ANNOTATIE

Jallow t. Noorwegen (EHRM, 36516/19) – Ouderlijk gezag, visumweigering en de proportionaliteitstoets van Skype-zittingen***M.R. Bruning en K. Geertsema***

1. Dit arrest betreft een complexe gezinssituatie, waarin het migratiebeleid een procedure over het civiele jeugdbeschermingsrecht bemoeilijkt. Het betreft de beoordeling van ouderlijk gezag van een in Noorwegen geboren en woonachtig kind G., wiens moeder is overleden en wiens biologische vader Gambiaans staatsburger is en altijd in Gambia heeft gewoond. Bij het EHRM staat de Noorse procedure centraal waarin het juridisch gezag over G. is beoordeeld, aangezien na het overlijden van zijn moeder, die het eenhoofdig gezag had, niemand juridisch verantwoordelijk was voor G. en het juridisch gezag derhalve bij een ander moest worden belegd. Zowel de biologische vader als een tante (zus van moeder) uit Engeland hadden verzocht om het juridisch gezag respectievelijk de voogdij over G. te mogen uitoefenen, terwijl de nationale autoriteiten van mening zijn dat dit bij de Noorse pleegouders van G. moet worden belegd. De biologische vader heeft de procedure niet kunnen bijwonen vanwege weigeringen van zijn aanvragen voor een visum voor kort verblijf. De rechtszaak in hoger beroep heeft hij vanuit Gambia moeten bijwonen via Skype, in 2019, dus nog voordat de coronapandemie reizen en rechtszaken in persoon bemoeilijkte. Hij klaagt bij het EHRM dat art. 6 EVRM is geschonden nu hij de rechtszaak zowel in eerste aanleg als in hoger beroep niet in persoon heeft kunnen bijwonen. Ook voert hij aan dat art. 8 EVRM is geschonden omdat hem het ouderlijk gezag niet is toegekend. Het EHRM oordeelt dat de Noorse autoriteiten een zorgvuldige procedure hebben doorlopen en dat er geen indicaties zijn dat de belangen van het kind onvoldoende zijn betrokken of dat een onzorgvuldige belangenafweging is gemaakt. Dit oordeel geeft blijk van een procedurele toetsing, zowel ten aanzien van de procesrechtelijke vraag of het recht op een fair trial is geschonden als ten aanzien van de materieelrechtelijke vraag of het recht op gezinsleven is geschonden. In het oordeel over beide rechtsvragen is het opmerkelijk dat het EHRM de weigering van het visum voor kort verblijf als een gegeven beschouwt ondanks dat de Noorse rechter de weigering heeft vernietigd. Als dat visum was verleend, zou vader zijn kind in het verleden hebben kunnen bezoeken en zou

hij de rechtszaken over het ouderlijk gezag hebben kunnen bijwonen.

In deze noot belichten wij eerst het recht op respect voor ‘family life’ op grond van art. 8 EVRM vanuit het familierechtelijke perspectief met daarbij aandacht voor de invloed van het vreemdelingenrecht. Vervolgens gaan wij in op het recht op een effectief rechtsmiddel en de vraag in hoeverre een online zitting hiermee in overeenstemming is (art. 6 EVRM). In onze bespreking van de overwegingen over de Skype-zitting betrekken wij onze bevindingen uit ons recent gepubliceerde onderzoek naar de effecten van de Covid-19-maatregelen op de rechtspraak en de gevolgen daarvan voor kwetsbare rechtzoekenden.[1]

2. Het EHRM is niet helemaal duidelijk over de vraag of sprake is van ‘family life’ in de zin van art. 8 EVRM. Het Hof benoemt dat een louter biologische band tussen een vader en een kind, zonder verdere juridische of feitelijke elementen (zoals erkenning van het kind of een nauwe persoonlijke betrekking met het kind) onvoldoende is om vast te stellen dat ‘family life’ om onder de reikwijdte van art. 8 EVRM valt.[2] Als uitgangspunt geldt namelijk dat voor het vaststellen van ‘family life’ tussen een biologische vader en zijn kind sprake moet zijn van ofwel samenwoning, ofwel andere factoren die maken dat sprake is van een nauwe persoonlijke band.[3] De intentie van een biologische vader tot ‘family life’ met zijn kind kan in uitzonderlijke omstandigheden ook vallen onder de reikwijdte van art. 8 EVRM. Het gaat dan om situaties waarin het niet aan de biologische vader te wijten is dat geen ‘family life’ tot stand is gekomen en er bijvoorbeeld sprake moet zijn van ‘demonstrable interest in and commitment by the natural father to the child both before and after the birth’.[4] In deze zaak waarin de Gambiaanse vader in de eerste zes jaar van het leven van zijn zoon hem slechts tijdens een tweeweekse vakantie van de moeder met de zoon (die toen vier jaar oud was) aan Gambia enkele keren had gezien, is daarvoor onvoldoende aanleiding. Na deze vakantie is er in de vier jaar daarna geen enkele vorm van contact, dan wel slechts een paar keer telefonisch contact, geweest. Overigens werd ook het verzoek van de tante van de jongen, die in Engeland woonde, door de Noorse rechters afgewezen en werd door de rechter vanuit het perspectief van de belangen van het kind gekozen voor het beleggen van het juridische gezag bij het pleeggezin waar hij veilig opgroeide en het naar zijn zin had.

Toch gaat het EHRM ook inhoudelijk in op de vraag of het recht op respect voor gezinsleven tussen de vader en het kind op grond van art. 8 EVRM zou zijn geschonden. Met het verweer van de vader dat dit het geval zou zijn, maakt het Hof korte metten. De nationale autoriteiten zouden zorgvuldig onderzoek hebben gedaan naar het gezinsleven tussen kind en vader en hebben terecht geoordeeld dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Daarbij is het van belang voor het EHRM dat het ging om het vaststellen van juridisch gezag, en niet van bijvoorbeeld contact of omgang tussen de vader en zijn zoon. Gezien de grote afstand tussen de Gambiaanse vader en zijn zoon die zijn hele leven in Noorwegen is opgegroeid, en daarbij

het feit dat de vader zijn zoon en diens situatie nauwelijks kent, was het volgens de High Court van Noorwegen niet in het belang van de zoon om het juridisch gezag bij de vader te beleggen. In dat geval zou de vader namelijk alle belangrijke beslissingen over zijn zoon moeten nemen als wettelijk vertegenwoordiger. Deze overwegingen zijn volgens het EHRM *relevant and sufficient* en daarmee staat volgens het EHRM vast dat, mocht er toch al sprake zijn geweest van *family life*, de inbreuk hierop gerechtvaardigd was.

3. Nu aan vader op migratierechtelijke gronden een visum wordt geweigerd om zijn zoon te bezoeken en de zittingen bij te wonen, is een kanttekening te maken bij dit oordeel. Het feit dat de autoriteiten vreemdelingrechtelijke bezwaren hebben tegen toelating van de vader, betekent dat de autoriteiten een rol spelen in de moeilijkheid voor vader een gezinsleven op te bouwen met zijn zoon. Die vreemdelingrechtelijke bezwaren zijn gelegen in het vermeende risico dat vader langer dan drie maanden in Noorwegen zal verblijven, het zogenoemde 'vestigingsgevaar', ondanks dat vader bewijsstukken overgelegd heeft waaruit volgt dat hij zal terugkeren naar Gambia. Deze weigeringsgrond volgt uit de EU Visumcode,[5] waarin toepassingsvoorwaarden voor visumverlening zijn neergelegd. Zo moet de aanvrager bewijsstukken over het doel van zijn reis overleggen en aantonen dat hij voor het verlopen van het visum (90 dagen) het grondgebied weer zal verlaten. Lidstaten hebben in de toepassing van deze bepaling een grote beoordelingsmarge.[6] In de praktijk blijken lidstaten veelvuldig gebruik te maken van deze weigeringsgrond, en blijkt het bijna onmogelijk bewijs te leveren waarmee het tegendeel wordt bewezen. Ook in Nederland is dit de praktijk.[7] Een recent voorbeeld laat zien dat bewijsstukken als een retourticket en een garantstelling van €25.000 voor de Nederlandse overheid onvoldoende zijn om te bewijzen dat een partner die bij de bevalling van zijn kind in Nederland wil zijn, daadwerkelijk zal terugkeren na afloop van de visumtermijn.[8] Restrictief vreemdelingenbeleid en het (vermeende risico) op aantasting van de openbare kas rechtvaardigen volgens lidstaten de afwijzing van visumaanvragen wegens vestigingsgevaar en grijpen op deze wijze diep in op het gezinsleven van burgers. De rechterlijke toetsing van afwijzingen op deze grond is vanwege de beoordelingsmarge beperkt.

Op individueel niveau is het leed groot: het niet kunnen bijwonen van het huwelijk van een kind, niet bij de bevalling van een eigen kind aanwezig kunnen zijn, of zoals in dit geval, het niet kunnen bezoeken van je kind na het overlijden van moeder en niet kunnen bijwonen van een rechtszaak over het ouderlijk gezag na dit overlijden. Uit het arrest blijkt dat de afwijzing van het visum vernietigd is door de Noorse rechtbank vanwege een procedureel gebrek. Het bewijs over vaders familiebanden met Gambia (bewijs omtrent zijn gezinsleven met vijf kinderen in Gambia om duidelijk te maken dat hij er belang bij had ook weer terug te keren, en niet van plan was zich in Noorwegen te vestigen), was ten onrechte niet betrokken in de besluitvorming. Uit het arrest blijkt niet of de Noorse autoriteiten opnieuw een beslissing

hebben genomen. Dit procedureverloop laat de gebrekkige rechtsbescherming zien in dergelijke visumaanvragen: de Noorse rechter oordeelt op 10 juni 2020 dat de visumafwijzing onzorgvuldig was, maar dan is het doel voor het visum kort verblijf al lang voorbij, de rechtbankzitting over het ouderlijk gezag heeft dan al plaatsgevonden (namelijk in juni 2019). Ook blijkt niet uit het arrest of vader in het verleden al eerder geprobeerd heeft een visum te verkrijgen om zijn zoon te bezoeken. Het is echter voorstelbaar dat de autoriteiten het risico op vestigingsgevaar niet eenmalig als drempel opwerpen en daardoor een belangrijke rol spelen in het al dan niet mogelijk maken van de uitoefening van het gezinsleven. Het EHRM stelt de afwijzing van het visum niet ter discussie. Het is voor het EHRM een gegeven dat er geen visum is, waarbij het verwijst naar immigratie controle als algemeen belang.[9]

4. De weigering van het visum kort verblijf heeft niet alleen het vestigen van gezinsleven belemmerd, het heeft ook de gerechtelijke procedure over het ouderlijk gezag belemmerd. In de civiele procedure stelde de hoogste Noorse rechter vast dat bewijslevering via Skype niet optimaal is in het licht van *equality of arms*, maar dat het gezien de weigering van het visum uiteindelijk acceptabel was om de vader via Skype te laten deelnemen aan de zitting, met zijn advocaat in de zittingszaal. De wijze waarop het EHRM beoordeelt of de Skype-zitting een schending is van het *adversarial principle* en het beginsel van *equality of arms*, als onderdeel van het recht op een zitting in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is van breder belang dan alleen voor jeugdbeschermingszaken. De ontwikkeling van verschillende vormen van digitale zittingen is door de coronapandemie in een stroomversnelling gekomen en roept vragen op ten aanzien van de verenigbaarheid met fundamentele rechten. In ons onderzoek naar de gevolgen van Covid-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden komen wij tot de conclusie dat in abstracte zin niet is vast te stellen of het recht op een eerlijk proces daadwerkelijk is geschonden maar dat dit afhankelijk is van de precieze omstandigheden van het geval.[10] Net als in deze zaak bij het EHRM hadden rechtbanken tijdens de coronapandemie de keuze tussen twee kwaden, ofwel de zaak uitstellen, ofwel horen via een video-verbinding. Voor de vraag of een schending van het recht op een eerlijk proces op grond van art. 6 EVRM kan worden aangenomen, is een belangenafweging vereist.[11] In de Nederlandse context tijdens de coronapandemie is niet altijd duidelijk of een proportionaliteitstoets werd verricht voordat werd besloten partijen digitaal te horen.[12]

Het arrest van het EHRM laat zien dat juist die proportionaliteitstoets van belang is in de beoordeling of sprake is van een art. 6 EVRM-schending. De Noorse rechtbanken hebben die proportionaliteitstoets volgens het EHRM zorgvuldig uitgevoerd. Voor het EHRM zijn daarbij de volgende vier factoren van belang: (1). De Noorse rechtbanken hebben het negatieve gevolg van uitstel in deze specifieke zaak voor het belang van het kind helder en zorgvuldig geformuleerd. Ook herhaalt het EHRM zijn (strafrechtelijke) rechtspraak waarin het heeft

geoordeeld dat digitale zittingen op zich niet problematisch zijn, zolang de digitale zitting een legitiem doel dient, en dat de toepassing voldoet aan de vereisten voor een zorgvuldig proces.[13] (2). De tweede factor die het EHRM van belang acht, is dat het niet gaat om een beslissing over de dagelijkse verzorging van het kind, maar om ouderlijke verantwoordelijkheid (juridisch gezag). Het oordeel van de Noorse rechter is daardoor minder afhankelijk van de indruk die zij tijdens een zitting in persoon van vader krijgt. (3). De derde factor die het EHRM benoemt, is dat de vader ondanks zijn bezwaren vooraf tegen de Skype-zitting niet heeft geklaagd over specifieke problemen die zijn opgetreden tijdens de zitting. Er waren wat verbindingsproblemen, maar op dat punt heeft de advocaat geen bezwaar gemaakt. Ook is tijdens de behandeling via Skype niet geklaagd over de onmogelijkheid om in vertrouwen tussen vader en advocaat te communiceren. (4). Tot slot acht het EHRM van belang dat de advocaat de hele zitting heeft kunnen bijwonen en de belangen van vader heeft kunnen vertegenwoordigen. De vader had verder aangevoerd dat hij zijn zaak onvoldoende heeft kunnen voorbereiden vanwege de visumweigering en vanwege de onvertaalde deskundigenrapporten. Maar ook op dit punt komt het EHRM niet tot een schending, omdat vader ruimschoots de tijd heeft gehad de rapporten met zijn advocaat te bespreken, en de deskundige ook nog ter zitting heeft kunnen ondervragen. Al deze factoren samen maken dat het Hof concludeert dat het videohoren niet maakte dat sprake was van enig *substantial disadvantage* voor de vader, wat nodig is om tot een schending van art. 6 EVRM te komen.

5. De redenering van het EHRM bevestigt de bevinding in ons onderzoek dat bij digitale zittingen allerlei praktische problemen optreden. In dit arrest springen de haperende verbinding en de slechte communicatiemogelijkheden tussen advocaat en vader zowel in de voorbereiding, tijdens de behandeling zelf als na afloop het meest in het oog. Het zijn problemen die in Nederland tijdens de coronapandemie veelvuldig speelden tijdens digitale zittingen.[14] Een pure grondrechtelijke analyse van dergelijke problemen afzonderlijk leidt zelden tot een schending van de fundamentele rechten.[15] De ervaren procedurele rechtvaardigheid voor procesdeelnemers komt echter wel in het geding.[16] Dit arrest van het EHRM bevestigt dit beeld. Ergens voel je mee met de vader dat de zaak wel eens heel anders had kunnen lopen als hij in persoon voor de rechtbank had kunnen verschijnen. En belangrijker nog, als hij in persoon zijn zoon had kunnen zien na het overlijden van diens moeder.

6. Hoewel de visumweigering de directe oorzaak was van de noodzaak om de vader via Skype te laten meedoen aan de behandeling ter zitting waar beslist werd over zijn verzoek om juridisch gezag over zijn zoon, spreekt het EHRM hier niet over in het licht van de toetsing aan het *equality of arms* vereiste. De toetsing aan art. 6 EVRM door het Hof kunnen wij toch beter volgen dan de toetsing aan art. 8 EVRM in de context van de visumweigering. Er lijkt immers

sprake te zijn van voldoende compensatie voor de vader ten aanzien van zijn procedurele rechten. Zo werd de vader bijgestaan door een (Noorse) advocaat,^[17] was er een tolk aanwezig en kon hij daadwerkelijk, ondanks enkele technische kleine haperingen, op afstand meedoen aan de zitting. Voor wat betreft de inhoudelijke beslissing over de vraag of het verzoek van vader tot juridisch gezag over zijn zoon moest worden toegewezen, is de visumweigering wel degelijk van grote invloed geweest. De vader kon immers daardoor niet in persoon zijn verzoek toelichten en evenmin contact hebben met zijn zoon in Noorwegen.

De uitkomst van deze zaak vinden wij bevredigend, aangezien het in het belang van de zoon was om in Noorwegen te blijven, waar hij zijn hele leven had gewoond, en daar in een pleeggezin op te groeien. De zoon kende zijn vader nauwelijks en sprak ook niet dezelfde taal; zijn broer met wie hij was opgegroeid, woonde ook in Noorwegen. Maar wel onderstreept deze uitspraak de grote invloed van een visumweigering op ‘family life’ en op familieprocedures. Daarom zijn wij van mening dat niet alleen de immigratie-autoriteiten in dergelijke situaties extra zorgvuldig moeten toetsen, maar ook dat het EHRM hier minder beoordelingsruimte aan de Verdragsstaten zou moeten laten.

Prof. mr. drs. M.R. Bruning, hoogleraar jeugdrecht Universiteit Leiden

Dr. K.E. Geertsema, docent-onderzoeker migratierecht Radboud Universiteit

[1] M. Ter Voert e.a., *Gevolgen van COVID-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden: een onderzoek naar maatregelen en de positie van rechtzoekenden binnen het straf-, civiele jeugdbeschermings-, en vreemdelingenrecht*, Nijmegen-Leiden-Utrecht: Radboud Universiteit-Universiteit Leiden-Universiteit Utrecht 2022 (verder: Ter Voert e.a. 2022). Beschikbaar op <https://hdl.handle.net/1887/3279384>.

[2] *Jallow t. Noorwegen*, par. 74. Zie ook *Anayo t. Duitsland*, EHRM 21 december 2010, nr. 20578/078, ECLI:CE:ECHR:2010:1221JUD002057807, *NJ* 2011/508 m.nt. Wortmann, par. 56.

[3] Zie ook C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court on Human Rights*, Oxford: OUP 2021, p. 222-231.

[4] *Nylund t. Finland*, EHRM 29 juni 1999 (ontv.), nr. 27110/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002711095.

[5] Art. 14 Vo 810/2009, en wijzigingsverordening 2019/1155. Ondanks dat Noorwegen geen EU-lidstaat is, is het wel partij bij het Schengenakkoord, en zijn op basis van een overeenkomst tussen Raad van de Europese Unie en Noorwegen de Schengengrenscore en de Visumcode wel van toepassing (*PB* L176 van 10 juli 1999, p. 136 en 131).

[6] *Koushkaki*, HvJEU 19 december 2013, zaak C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862, «JV»2014/57, m.nt. Boeles.

[7] M. Vennik en E. Schoneveld, 'Gebreken voor de procedure kort verblijf', *Asiel- & Migrantenrecht* 2018/8, p. 356-362.

[8] Rechtbank Den Haag zp Rotterdam 22 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13871, de rechtbank oordeelde overigens dat dit besluit onvoldoende gemotiveerd was.

[9] *Jallow t. Noorwegen*, par. 6o.

[10] L. Glas, K. Geertsema, M. Bruning en A. Pivaty, 'De bescherming van grondrechten', in: M.J. ter Voert e.a., 'Gevolgen van COVID-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden: een onderzoek naar maatregelen en de positie van rechtzoekenden binnen het straf-, civiele jeugdbeschermings-, en vreemdelingenrecht' (ZonMW, 2022), <https://hdl.handle.net/1887/3279384> (verder: Glas e.a. 2022), p.322.

[11] Het EHRM verwijst naar de bestuursrechtelijke zaak *Regner t. Tsjechië*, EHRM 19 september 2017, nr. 35289/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD003528911, *NJ* 2019/14 m.nt. Kuijer, *AB* 2018/52 m.nt. Barkhuysen en van Emmerik, par. 146-147.

[12] Glas e.a. 2022, p. 322, zie ook de aanbeveling op p. 323 ev.

[13] *Jallow t. Noorwegen*, par. 64; *Dijkhuizen t. Nederland*, EHRM 8 juni 2021, nr. 61591/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD006159116, «EHRC» 2021/158 m.nt. Lochs, *NJ* 2022/125 m.nt. Myjer, par. 53; *Bivolaru t. Roemenië*, EHRM 2 oktober 2018, nr. 66580/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD006658012, par. 138; *Ichetovkina e.a. t. Rusland* EHRM 4 juli 2017, nr. 12584/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0704JUD001258405, par. 37; *Yevdokimov e.a. t. Rusland*, EHRM 16 februari 2016, nr. 27236/05, ECLI:CE:ECHR:2016:0216JUD002723605, par. 41-43 en *Marcello Viola t. Italië*, EHRM 5 oktober 2006, nr. 45206/04, par. 63 en 73-74.

[14] Ter Voert 2022.

[15] Ter Voert e.a. 2022, hoofdstuk 8.

[6] M. Boone, M. Dubelaar en S. van Wingerden, 'Een meer structurele inzet van de videoconferentie in strafzaken? Lessen uit empirisch-juridisch onderzoek naar de ervaringen met digitaal horen tijdens de COVID19-pandemie', *NJB* 2022, p. 832 en 833.

[17] Vgl. ook *Airey t. VK*, EHRM 16 juli 2002, nr. 56547/00, ECLI:CE:ECHR:2002:0716JUD005654700.