

Nieuwsbrief - EHRC Updates 2023-10

Nummer 10, 2023

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:2023:0502JUD003646311](#) 02-05-2023

S.P. e.a. t. Rusland, EHRM 2 mei 2023, nr. 36463/11

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2023:0502JUD002410815](#) 02-05-2023

Mestan t. Bulgarije, EHRM 2 mei 2023, nr. 24108/15

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2023:JUD003826308](#)
28-04-2023

Georgië t. Rusland, EHRM 28 april 2023, nr. 38263/08

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2023:0427JUD000695013](#) 27-04-2023

Abbasaliyeva t. Azerbeidzjan, EHRM 27 april 2023, nr. 6950/13

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2023:0425JUD007066511](#) 25-04-2023

Ohanjanyan t. Armenië, EHRM 25 april 2023, nr. 70665/11

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2023:0404DEC007935617](#) 04-04-2023

Stassart t. Frankrijk, EHRM 4 april 2023 (ontv.besl.), 79356/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:371](#) 04-05-2023

MV – 98, HvJ EU 4 mei 2023, zaak C-97/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:374](#) 04-05-2023

Glavna direktsia 'Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto' (Travail de nuit),
HvJ EU 4 mei 2023, gev. zaken C-529/21 t/m C-536/21 en C-732/21 t/m C-738/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:367](#) 04-05-2023

Agentia Națională de Integritate, HvJ EU 4 mei 2023, zaak C-40/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:347](#) 27-04-2023

Bayerische Motoren Werke, HvJ EU 27 april 2023, zaak C-192/22

Annotatie

K.K. e.a. t. Denemarken (EHRM, 6 december 2022) – Versterking rechtspositie kinderen geboren uit (commercieel) draagmoederschap

M.J. Vonk en N. Cammu

Annotatie

J.A. e.a. t. Italië (EHRM, 21329/18) – Lampedusa nog steeds onder de maat

M. den Heijer

Annotatie

I.M. t. Italië (EHRM, nr. 25426/20) – Kindermishandeling of ouderverstoting?

K.A.M. van der Zon

Annotatie

Dual Prod SRL (HvJ EU, C 412/21) – De zaak-Dual Prod SRL en de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht

B. van der Vorm

RECHTSPRAAK

Abbasaliyeva t. Azerbeidzjan, EHRM 27 april 2023, nr. 6950/13

Abbasaliyeva was net benoemd tot hoofd van een ziekenhuisafdeling toen er negatief over die benoeming werd bericht in de media. Volgens verscheidene berichten zou de benoeming problematisch zijn omdat haar broer eerder was veroordeeld tot levenslang vanwege deelname aan een coup poging. Het EHRM oordeelt dat de nationale rechters de zaak onvoldoende zorgvuldig hebben onderzocht. De aard van de berichtgeving maakte dat het vooral ging om een persoonlijke aanval, terwijl Abbasaliyeva geen publiek persoon was. Gelet daarop is art. 8 EVRM geschonden doordat nationale rechters onvoldoende bescherming hebben geboden van Abbasaliyeva's reputatie.

Klaagsters broer was hoofd van OMON, een speciale politieafdeling in Azerbeidzjan in de tijd dat dit land nog onderdeel uitmaakte van de USSR. Hij werd in 1995 vervolgd in verband met een coup poging en ter dood veroordeeld. Later werd de straf omgezet naar een levenslange straf, die de broer op dit moment nog uitzit. Klaagster zelf is hoofd van een ziekenhuisafdeling. Toen zij die positie kreeg werd daarover kritisch bericht in de media, waarbij de toon was dat familieleden van vijanden van de staat werden benoemd op hoge posities. Vermoedelijk verband houdend met deze berichtgeving werd klaagster eerst gevraagd om zelf afstand te doen van haar functie; toen ze dat niet deed werd ze teruggeplaatst in haar oude functie als regulier arts. Klaagster heeft zonder succes tegen die terugplaatsing geprocedeerd. Ook heeft zij een smaadzaak ingesteld tegen de krant waarin de berichten waren geplaatst, maar ook die was niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat het ontbreken van bescherming tegen de schadelijke berichtgeving in strijd is met haar door art. 8 EVRM beschermde reputatierechten. Het Hof stelt voorop dat het hier gaat om een zaak over positieve verplichtingen en dat moet worden onderzocht of er een redelijk evenwicht is gevonden tussen haar privéleven en de

vrijheid van meningsuiting. De nationale rechters hebben niet onderzocht of met de berichtgeving werd bijgedragen aan een discussie over een onderwerp van algemeen belang. Het Hof zelf overweegt dat het hoofddoel van de verschillende berichten primair was om klaagster aan te vallen, waarbij ze vooral kritiek kreeg omdat ze de zus was van iemand die eerder was veroordeeld in verband met een coup poging. Op klaagsters eigen capaciteiten en vaardigheden of op haar geschiktheid als hoofd van de afdeling werd niet ingegaan. Het Hof ziet dan ook niet in hoe een artikel als dit kan hebben bijgedragen aan een discussie over een onderwerp van algemeen belang. Verder hebben de nationale rechters geen aandacht besteed aan klaagsters eerdere gedrag of aan haar bekendheid bij het grotere publiek. Volgens het Hof kan in dit geval echter niet worden aangenomen dat klaagster een publiek persoon was die ooit enige aandacht van het algemene publiek heeft gezocht. Weliswaar vormden de publicaties meningsuitingen waarbij de media duidelijk probeerde kritiek te leveren op het benoemingsbeleid, maar ook op dit punt zijn de rechters op nationaal niveau tekortgeschoten als het gaat om het onderzoeken van de zorgvuldigheid van de berichtgeving en de vraag of is gehandeld in overeenstemming met de journalistieke ethiek. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden. De klacht over het ontslag van klaagster is niet-ontvankelijk omdat die niet binnen de termijn is ingediend.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0427JUD000695013

Zaaknummer: 6950/13

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Agencia Națională de Integritate, HvJ EU 4 mei 2023, zaak C-40/21

In Roemenië wordt bij geconstateerde onrechtmatige belangenconflicten na verval van de ambtstermijn automatisch een verbod van drie jaar opgelegd om openbare functies te bekleden. Deze maatregel valt binnen het bereik van een EU-beschikking jegens Roemenië over corruptiebestrijding en daarmee binnen dat van het EU-Grondrechtenhandvest. Door de preventieve aard van de sanctie is art. 49 lid 3 Hv niet van toepassing. Het algemene evenredigheidsbeginsel en procedurele rechten zijn dat wel, maar het verbod is volgens het HvJ evenredig aan de corruptiebestrijdingsdoelen en er is voldoende rechtsbescherming. Art. 15 lid 1 Hv is niet van toepassing op openbare functies.

Verzoeker in het hoofdeding is in 2016 verkozen tot burgemeester van de gemeente MN in Roemenië. De Agenția Națională de Integritate (ANI) stelde in 2019 vast dat hij de regels over belangenconflicten op administratief gebied niet in acht had genomen. Hij had namelijk een bruikleenovereenkomst gesloten met een vereniging waarvan zijn echtgenote oprichter en vicevoorzitter was. Door de overeenkomst werd de vereniging het recht toegekend om voor culturele activiteiten gedurende vijf jaar kosteloos gebruik te maken van aan de gemeente toebehorende ruimten. Als dat rapport zou worden aangenomen, zou zijn ambtstermijn van rechtswege eindigen en zou hij een verbod krijgen om gedurende drie jaar gekozen openbare ambten te vervullen. Om die reden procedeerde verzoeker in het hoofdeding tegen het rapport. In verband met deze procedure zijn prejudiciële vragen bij het HvJ EU voorgelegd.

In verband met deze vragen is allereerst relevant of sprake is van uitvoering van EU-recht in de zin van art. 51 lid 1 Hv. Daarbij geldt dat de beslissing is genomen op basis van een bijlage bij beschikking 2006/928/EG. Gelet op de verplichtingen die uit deze beschikking voortkomen om passende en doeltreffende maatregelen te nemen tegen corruptie op hoog niveau, kan

worden gesproken van toepasselijkheid van het Handvest.

De eerste vraag heeft betrekking op het strafrechtelijk evenredigheidsbeginsel dat is vastgelegd in art. 49 lid 3 Hv. Voor de toepasselijkheid van die eis moet eerst worden nagegaan of in dit geval daadwerkelijk sprake is van een strafrechtelijke sanctie. Naar nationaal recht lijkt het momenteel niet te gaan om een strafrechtelijke sanctie, die primair tot doel heeft om de goede werking en de transparantie van de staat te beschermen door belangenconflicten een duurzame halt toe te roepen. Een driejarig verbod om gekozen openbare ambten uit te oefenen is daarbij in wezen een preventieve en geen repressieve sanctie. Het gaat hierbij om een verbod dat alleen bij een vastomlijnde groep personen met een bijzondere status kan worden toegepast. Ook het EHRM heeft vergelijkbare sancties wat betreft hun zwaarte niet als strafrechtelijk aangemerkt, zelfs niet als het stemrecht aan de orde was. Art. 49 lid 3 Hv is dan ook niet van toepassing op een regeling als de onderhavige.

De nationale regeling moet daarentegen wel in overeenstemming zijn met het algemene Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, dat onderdeel uitmaakt van de algemene beginselen van Unierecht. Het evenredigheidsbeginsel vergt dat een maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel op coherente en systematische wijze te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken, met dien verstande dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelen. Bij bestraffende maatregelen moet de hoogte van de opgelegde straffen in verhouding staan tot de ernst van de strafbaar gestelde inbreuk. Het Hof geeft de nationale rechter voor diens evenredigheidstoets mee dat het bij het verbod op uitoefenen van een openbare functie gaat om een aanvullende sanctie, die automatisch wordt opgelegd als het ANI een onrechtmatige situatie heeft vastgesteld en een belangenconflict kan worden toegeschreven aan een persoon die een gekozen openbaar ambt uitoefent. Door het automatisch opleggen van deze sancties kan het geconstateerde belangenconflict duurzaam worden beëindigd en kunnen de staat en de betrokken gekozen organen blijven functioneren. Bovendien lijkt het van rechtswege beëindigen van de ambtstermijn in combinatie met een automatisch verbod om gedurende een vaste, voldoende lange periode gekozen openbare ambten uit te oefenen, gekozen functionarissen ervan af te schrikken om zich in een dergelijke situatie te begeven en hen ertoe aan te zetten om hun verplichtingen ter zake na te komen. Dat maakt het verbod geschikt om het doel van de regeling te verwezenlijken. Gelet op de ernst van de inbreuken waarbij het verbod wordt opgelegd, lijkt de maatregel ook noodzakelijk. Verder is het verbod beperkt in de tijd, geldt het alleen voor bepaalde categorieën van personen die bepaalde ambten uitoefenen, en is het alleen van toepassing op bepaalde werkzaamheden. De maatregel gaat dan ook niet verder dan wat noodzakelijk is om de doelstellingen te verwezenlijken. Gelet op de ernst van de aantasting van het openbaar belang door zelfs de

minst beduidende corrupte handelingen en belangenconflicten van gekozen functionarissen in een lidstaat waar het corruptierisico hoog is, is het verbod in die nationale regeling om gedurende een vooraf vastgestelde periode van drie jaar gekozen openbare ambten uit te oefenen in beginsel ook niet onevenredig in verhouding tot de inbreuk die met dat verbod wordt bestraft. Toch kan niet worden uitgesloten dat de maatregel in sommige gevallen onevenredig kan zijn, bijvoorbeeld als de onrechtmatige gedraging niet zo ernstig is, terwijl de gevolgen van het verbod groot zijn. Het staat aan de verwijzende rechter om die evenredigheid concreet na te gaan.

Een derde voorgelegde vraag is of art. 15 lid 1 en art. 47 Hv zich verzetten tegen het verbod. Het Hof overweegt dat in het licht van de toelichtingen bij het Handvest een ruim toepassingsbereik aan art. 15 lid 1 moet worden toegekend. Hoe ruim ook, het recht om gedurende bepaalde tijd een gekozen ambt op grond van een democratisch verkiezingsproces te vervullen, zoals dat van burgemeester, valt hier echter niet onder. Die uitleg wordt ook ondersteund door de rechtspraak van het EHRM. Art. 15 lid 1 Hv is in dit geval dus niet van toepassing. Tegelijkertijd staat dit blijkens art. 53 Hv niet in de weg aan een gunstiger bescherming van het recht op nationaal niveau.

Art. 47 Hv is in het onderhavige geval wel van toepassing. De erkenning in een bepaald geval van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van art. 47 veronderstelt daarbij wel dat de persoon die dit recht inroept, zich beroept op door het Unierecht gewaarborgde rechten of vrijheden, of wordt vervolgd in het kader van een tenuitvoerlegging van het Unierecht in de zin van art. 51 lid 1 Hv. Dat is in de onderhavige zaak het geval. Dit betekent dat de verwijzende rechter de rechtmatigheid van het ANI-rapport moet toetsen en waar nodig de sancties en het rapport nietig moet kunnen verklaren. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat de Roemeense rechtsbescherming op dit punt te kort zou schieten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 04-05-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:367

Zaaknummer: C-40/21

Wetsartikelen: Hv art. 15 lid 1, Hv art. 47, Hv art. 49 lid 3, Hv art. 51 lid 1, Hv art. 53 en Beschikking 2006/928/EG

RECHTSPRAAK

Bayerische Motoren Werke, HvJ EU 27 april 2023, zaak C-192/22

FI heeft gebruikgemaakt van een regeling voor gedeeltelijk vervroegde uittreding. Tijdens de periode van afronding van zijn werkzaamheden heeft hij nog resterende vakantiedagen opgenomen, maar dat lukte niet helemaal omdat hij 2 2/3 dag ziek was. Voor die periode heeft hij een financiële vergoeding gevraagd, maar niet gekregen. Het HvJ EU oordeelt dat het achterwege laten van zo'n vergoeding in dit soort omstandigheden zou neerkomen op een onaanvaardbare uitholling van art. 7 van richtlijn 2003/88, gelezen in het licht van het in art. 31 lid 2 Hv neergelegde grondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

FI was van 1986 tot en met 30 september 2019 in dienst bij Bayerische Motoren Werke (BMW); sinds 1 oktober 2019 is hij met pensioen. Eind 2012 is FI met BMW overeengekomen dat hij gebruik zou maken van een regeling voor gedeeltelijk vervroegde uittreding, waarbij hij van 1 februari 2013 tot en met 31 mei 2016 nog zou werken, maar dan vanaf 1 juni 2016 van de arbeidsverplichting zou worden vrijgesteld. FI heeft van 4 tot en met 25 mei 2016 vakantie opgenomen, maar wegens ziekte in die periode heeft hij 2 2/3 vakantiedag niet kunnen opnemen voor eind mei 2016. Hij heeft daarop een vordering tot vergoeding van niet-opgenomen vakantiedagen ingesteld, maar zijn vordering is afgewezen. In verband met de procedure hierover zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

De kern van de vraag is of uit art. 7 van richtlijn 2003/88 dan wel art. 31 lid 2 Hv kan worden afgeleid dat jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon die zijn verworven tijdens de fase waarin arbeid is verricht in het kader van het stelsel van geleidelijke vervroegde uittreding maar die niet zijn opgenomen, niet kunnen vervallen wanneer zij niet tijdens de periode van arbeidsvrijstelling kunnen worden opgenomen. Het HvJ wijst erop dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon een wezenlijk beginsel van sociaal recht van de EU is, net als

het recht op het ontvangen van een geldbedrag als vergoeding als de vakantie bij de beëindiging van het dienstverband niet is opgenomen. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof kan het in art. 31 lid 2 neergelegde grondrecht alleen worden beperkt onder de strikte voorwaarden van art. 52 lid 1 Hv en in het bijzonder onder eerbiediging van de wezenlijke inhoud van dat recht. Afwijkingen van de in de richtlijn vastgelegde regelingen zijn dus alleen toelaatbaar als ze strikt noodzakelijk zijn om de met deze afwijkingen beschermde belangen veilig te stellen. In het onderhavige geval gaat het niet om langdurige afwezigheid of afwezigheid gedurende meerdere opeenvolgende referentieperioden, maar om een ziekte die maar heel kort heeft geduurd. Het risico van afwezigheid van een werknemer wegens ziekte tijdens een periode waarin deze al is vrijgesteld van arbeid kan bovendien worden uitgesloten of beperkt door met de werknemer overeen te komen dat deze tijdig zijn vakantie opneemt. Een uitsluiting van het recht op een financiële vergoeding zou in een geval als dit neerkomen op een uitholling van art. 7 van de richtlijn, gelezen in het licht van art. 31 lid 2 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 27-04-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:347

Zaaknummer: C-192/22

Rechters: P.G. Xuereb, A. Kumin en I. Ziemele

Wetsartikelen: 7:640a BW, Richtlijn 2003/88/EG en Hv art. 31 lid 2

RECHTSPRAAK

Georgië t. Rusland, EHRM 28 april 2023, nr. 38263/08

In 2021 heeft de Grote Kamer in een interstatelijke zaak tussen Georgië en Rusland (nr. II) vastgesteld dat Rusland zich schuldig heeft gemaakt aan een aantal met het EVRM strijdige administratieve praktijken. Het buigt zich nu over de kwestie van schadevergoeding. Nu voor het grootste deel van de schadeclaims vaststaat dat ze direct samenhangen met de administratieve praktijken en Rusland geen verweer heeft gevoerd, is het EHRM bereid om de meeste schadeclaims te honoreren. Daarbij kent het bedragen toe variërend van 640.000 tot 115.000.000 euro per administratieve praktijk. Ook benadrukt het dat het Comité van Ministers moet toezien op de tenuitvoerlegging.

Op 21 januari 2021 heeft de Grote Kamer van het EHRM uitspraak gedaan in de zaak *Georgië t. Rusland (II)*. In die zaak heeft het vastgesteld dat er verschillende administratieve praktijken zijn die in strijd zijn met het EVRM en waarvoor Rusland verantwoordelijk kan worden gehouden. Ook heeft het EHRM in die uitspraak vastgesteld dat Rusland te weinig onderzoek heeft gedaan in het licht van art. 2 EVRM en dat het in strijd heeft gehandeld met zijn verplichtingen onder art. 38 EVRM. Het Hof stelde de beoordeling van de schadevergoedingsclaims uit; daarover doet het nu alsnog uitspraak.

Het Hof stelt voorop dat Rusland weliswaar niet langer partij is bij het EVRM, sinds 16 september 2022, maar dat de gebeurtenissen die hebben geleid tot de uitspraak in de interstatelijke klacht zich voor die datum hebben voorgedaan. Ook benadrukt het Hof dat de beëindiging van het lidmaatschap van de Raad van Europa Rusland niet ontslaat van zijn verplichting om medewerking te verlenen aan het werk van de organen van deze organisatie, waaronder het Hof.

Het Hof herhaalt vervolgens de algemene uitgangspunten voor compensatie in interstatelijke klachten die het heeft gedefinieerd in eerdere rechtspraak. Bij de beoordeling is dan relevant welk type klacht de regering aan het EHRM heeft voorgelegd, of er identificeerbare

slachtoffers van de schendingen zijn en wat het hoofddoel was van het voorleggen van de interstatelijke klacht. In het onderhavige geval heeft Georgië een groot aantal schadeclaims neergelegd die te maken hebben met het slachtofferschap van identificeerbare individuen. Het Hof oordeelt dat in een aantal van die gevallen er geen rechtstreekse relatie bestaat tussen de schade en de door het Hof vastgestelde administratieve praktijken. Voor het grootste deel van de klachten bestaat zo'n relatie wel. In die gevallen gaat het Hof na of de feitelijke stellingen van Georgië plausibel zijn en of de claims voldoende zijn onderbouwd. Nu Rusland heeft nagelaten om inbreng te leveren in de schadeprocedure, zijn de stellingen van Georgië onbetwist gebleven. Het Hof mag dan ook uitgaan van de correctheid van de door Georgië aangeleverde documenten. Het Hof oordeelt uiteindelijk op basis van billijkheid dat voor verschillende relevante klachtonderdelen over bestuurlijke praktijken een schadevergoeding moet worden toegekend van respectievelijk 3.250.000, 2.697.500, 640.000 euro en – in verband met de onmogelijkheid voor Georgiërs om naar hun oorspronkelijke huizen terug te keren – 115.000.000 euro. Voor de nalatigheid rondom de onderzoeksplicht kent het Hof 8.240.000 euro schadevergoeding toe. Met betrekking tot een klacht over het plunderen en platbranden van huizen is niet afdoende aangetoond dat daardoor schade is geleden door de personen die Georgië op een lijst heeft vermeld. Daarvoor kan dan ook geen schadevergoeding worden toegekend (op dit punt beslist het Hof met negen stemmen tegen acht). Op grond van art. 46 EVRM is het nu aan het Comité van Ministers om toe te zien op de tenuitvoerlegging van deze uitspraak.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 28-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:JUD003826308

Zaaknummer: 38263/08

Wetsartikelen: EVRM art. 41

RECHTSPRAAK

Glavna direktsia 'Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto' (Travail de nuit), HvJ EU 4 mei 2023, gev. zaken C-529/21 t/m C-536/21 en C-732/21 t/m C-738/21

Bulgaarse wetgeving maakt een onderscheid tussen nachtarbeiders met een particulier dienstverband en nachtarbeiders in dienst van het ministerie van Binnenlandse Zaken (brandweer, burgerbescherming). De eerste groep hoeft per 24 uur minder lange diensten te draaien en krijgt een hogere vergoeding voor overwerk. Het HvJ EU laat het aan de nationale rechter over of deze twee groepen in het licht van het doel van de toepasselijke richtlijn (werknemers beschermen) relevant vergelijkbaar zijn en, zo ja, of er een rechtvaardiging is voor het verschil in behandeling.

Verzoekers in het hoofdgeding zijn brandweerlieden die in ambtelijke dienst zijn. De hoofdgedingen hebben betrekking op een periode van 31 januari 2020 tot en met 31 december 2020, waarin verzoekers steeds in ploegendiensten van 24 uur hebben gewerkt. Daarbij verrichtten zij 8 uur nachtarbeid per tijdvak van 24 uur. In Bulgaarse wetgeving staat een regeling op grond waarvan niet meer dan 7 uur nachtarbeid per 24 uur mag worden verricht; over de overuren moet een toeslag worden betaald van 50%. In een wet betreffende het ministerie van Binnenlandse Zaken, waar verzoekers onder vallen, is echter een uitzondering gemaakt op deze regeling; daarin is het uitgangspunt dat 8 uur nachtarbeid per 24 uur mag worden verricht en een veel lagere toeslag wordt toegekend. In verband hiermee zijn vragen opgekomen die een nationale rechter aan het HvJ EU heeft voorgelegd.

Eén van deze vragen is of bij de beoordeling van diensten en voorzieningen rekening moet worden gehouden met de eventuele verschillen tussen de categorieën van nachtarbeiders in een lidstaat. Deze vraag heeft volgens het Hof in feite betrekking op het algemene gelijkheidsbeginsel zoals dat is verankerd in art. 20 Hv. In verband met de materie herinnert het Hof er ook aan dat art. 31 Hv een recht op gezonde, veilige en waardige

arbeidsomstandigheden toekent. Volgens richtlijn 2003/88 moeten lidstaten de nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat nachtarbeiders en werknemers in ploegendienst een mate van bescherming genieten die is afgestemd op de aard van hun werk. Daarbij moeten de beschermingsmaatregelen de bijzondere belasting van nachtarbeid weerspiegelen. Een kortere normale duur van de nachtarbeid in verhouding tot die van de dagarbeid kan daarbij een passende, zij het niet de enige mogelijke, oplossing vormen om de gezondheid en veiligheid van de betrokken werknemers te beschermen.

Vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel moet vervolgens worden nagegaan of nachtarbeiders die in particuliere dan wel overheidsdienst werken zich in een relevant vergelijkbare situatie bevinden. Uit de nationale informatie blijkt op zichzelf dat de werknemers in de publieke sector extra voordelen genieten ten opzichte van de werknemers in de particuliere sector. Tegelijkertijd is niet duidelijk gemaakt of deze voordelen rechtstreeks verband houden met de aard van de nachtarbeid die wordt verricht door de werknemers in de publieke sector op wie de hoofdgedingen betrekking hebben (brandweer en burgerbescherming). Het is aan de nationale rechter om dit na te gaan en om te beoordelen of, als van vergelijkbaarheid sprake is, het verschil in behandeling is gebaseerd op een objectief en redelijk criterium, dat wil zeggen wanneer het verband houdt met een door deze regeling nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot dat doel.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 04-05-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:374

Zaaknummer: C-529/21 t/m C-536-21 en C-732/21 t/m C-738/21

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

Wetsartikelen: Hv art. 20, Hv art. 31 lid 1, Hv art. 31 lid 2, RL 2003/88/EG art. 1 lid 3, RL 2003/88/EG art. 1 lid 8, RL 2003/88/EG art. 1 lid 12 en RL 89/391/EEG art. 2

RECHTSPRAAK

Mestan t. Bulgarije, EHRM 2 mei 2023, nr. 24108/15

De leider van een partij die altijd veel stemmen van de Turkse minderheid trekt heeft tijdens een campagnebijeenkomst zeven minuten lang zijn gehoor in het Turks toegesproken. Nu er in Bulgarije een absoluut verbod bestaat op campagnevoeren in een andere taal dan de Bulgaarse, heeft hij hiervoor een boete van 1000 euro gekregen. Volgens het EHRM is enige regulering weliswaar redelijk, maar zo'n algemeen en absoluut verbod gaat in tegen democratische kernwaarden zoals de bescherming van minderheden. Art. 10 EVRM is door dit verbod en door de opgelegde boete dan ook geschonden.

Klager was ten tijde van de relevante feiten voorzitter van een politieke partij die 36 zetels had in het parlement en die vooral stemmen trok van leden van de Turkse minderheid in Bulgarije. In 2013 stelde een regionale gouverneur vast dat klager in strijd had gehandeld met de kieswetgeving doordat hij tijdens een campagnebijeenkomst gedurende zeven minuten Turks had gesproken. Volgens de gouverneur leverde dat een aanzienlijk risico voor de openbare orde op, zodat hij klager hiervoor een boete oplegde van zo'n 1000 euro.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het opleggen van de boete in strijd is met art. 10 EVRM. Het EHRM constateert dat er in Bulgarije een absoluut verbod is gesteld op het voeren van campagne in een andere taal dan de Bulgaarse. Daardoor was het niet mogelijk voor nationale rechters om een deugdelijke rechterlijke beoordeling van de redelijkheid van de opgelegde sanctie uit te voeren. Zij konden niet meer doen dan op basis van feitelijk bewijs nagaan of klager zich inderdaad schuldig had gemaakt aan campagnevoeren in een andere taal. Op zichzelf is het niet onredelijk dat enige regels worden opgelegd als het gaat om communicatie met het publiek en om het gebruik van een bepaalde taal, maar een volledig verbod gaat volgens het EHRM in tegen de kernwaarden van een democratische samenleving, waaronder de uitingsvrijheid. Dit geldt zeker nu voor klager het Turks zijn moedertaal was en ook die van de minderheid waarvoor hij opkwam, waaronder nogal wat oudere mensen die niet zo goed Bulgaars spraken. Het zou zijn politieke uitingsvrijheid betekenisloos maken als

hij door het risico van sancties deze mensen niet zou kunnen toespreken in een taal die voor de toehoorders begrijpelijk was. Het Hof merkt verder op dat het verbod al een aantal keer is bekritiseerd, onder meer door de Venetiëcommissie en de OVSE, nu het de effectieve participatie in verkiezingen zou belemmeren. Tot slot benadrukt het Hof het belang van pluralisme, tolerantie en de bescherming van minderheden in een democratische samenleving. Bescherming van minderheden maakt een democratische samenleving daarbij eerder sterker dan zwakker. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof een schending vast van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-05-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0502JUD002410815

Zaaknummer: 24108/15

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

MV – 98, HvJ EU 4 mei 2023, zaak C-97/21

Naar Bulgaars recht moet bij iedere vorm van btw-fraude – hoe klein ook – niet alleen een boete worden opgelegd, maar moet ook het bedrijfspand van de betrokken onderneming worden verzegeld. Het HvJ EU overweegt dat deze combinatie van sancties neerkomt op bis in idem, vooral nu ze beide van repressieve en punitieve aard blijken te zijn. De wezenlijke kern van het ne bis in idem-verbod zou worden aangetast wanneer sprake is van absolute en automatische cumulatie van sancties. Ook is het waarschijnlijk dat zo'n dubbele sanctie niet evenredig is, maar het laat het aan de nationale rechter om daarover te oordelen.

MV – 98 houdt zich bezig met de aan- en verkoop van goederen, waaronder sigaretten, vanuit een bedrijfsruimte in Bulgarije. Op 9 oktober 2019 heeft de Bulgaarse belastingdienst bij een controle in die bedrijfsruimte vastgesteld dat MV – 98 had nagelaten de verkoop van een pakje sigaretten met een waarde van 5,20 BGN (ongeveer 2,60 EUR) te registreren en de fiscale kassabon voor die verkoop af te geven. Daartoe is een besluit houdende vaststelling van een bestuursrechtelijk te handhaven overtreding van de Bulgaarse btw-wet opgemaakt. Daarbij is een financiële sanctie opgelegd en daarnaast een bestuurlijke dwangmaatregel die bestaat uit verzegeling van de bedrijfsruimte voor de duur van 14 dagen. MV – 98 achtte de verzegelingsmaatregel onevenredig zwaar en heeft hierover geprocedeerd. Daarbij zijn vragen opgekomen die de nationale rechter aan het HvJ EU heeft voorgelegd.

De eerste vraag is of het opleggen van zowel een boete als de verzegelingsmaatregel verenigbaar is met art. 50 Hv, nu zij zijn opgelegd vanwege hetzelfde feit: de niet-geregistreerde verkoop van goederen zonder bon. Beide maatregelen zijn naar nationaal recht van bestuursrechtelijke aard. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt verder dat de maatregelen beide zijn gericht op afschrikking en bestraffing van btw-overtredingen. De

verzegelingsmaatregel heeft namelijk niet tot doel bijvoorbeeld bewijsvergaring te faciliteren of het verbergen van bewijs te voorkomen, maar is het doel om een einde te maken aan de bestuursrechtelijke overtredingen en nieuwe overtredingen te voorkomen. Gelet op de verhouding tussen de maximaal op te leggen boete (ongeveer 1000 EUR) en de verschuldigde btw over een pakje sigaretten (ongeveer 0,50 EUR), kan de sanctie bovendien als streng worden gekenschetst.

De vraag is vervolgens of de beperking van art. 50 Hv kan worden gerechtvaardigd in het licht van art. 52 lid 1 Hv. Daarbij is er een wettelijke grondslag, nu de cumulatie van maatregelen in de Bulgaarse wetgeving uitdrukkelijk wordt voorzien. Een automatische cumulatie, waarvoor geen limitatief vastgestelde voorwaarden gelden, kan echter niet worden geacht de wezenlijke inhoud van het ne bis in idem-beginsel te eerbiedigen. Doordat er geen voorwaarden zijn gesteld voor de cumulatie bevat het nationale recht ook niet het noodzakelijke kader om de eerbiediging van de wezenlijke inhoud van art. 50 Hv te waarborgen. In de derde plaats moet een beperking van een grondrecht aan het evenredigheidsvereiste voldoen. In het onderhavige geval kunnen de maatregelen weliswaar geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, maar moet de nationale rechter nagaan of de extra last van de cumulatie tot het strikt noodzakelijke is beperkt. Daarbij is tegelijkertijd problematisch dat de nationale rechter niet aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen en dat er bij twee verschillende rechters beroep tegen de maatregelen moet worden ingesteld. Het lijkt er dan ook op dat de maatregelen niet voldoen aan de eisen van het Handvest, maar het is aan de nationale rechter om dat definitief na te gaan.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 04-05-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:371

Zaaknummer: C-97/21

Wetsartikelen: Hv art. 47, Hv art. 49 lid 3, Hv art. 50, Hv art. 51 lid 1, Hv art. 52 lid 1 en RL 2006/112/EG art. 27

RECHTSPRAAK

Ohanjanyan t. Armenië, EHRM 25 april 2023, nr. 70665/11

Een militair dienstplichtige is in 2007 omgekomen, beweerdelijk door een noodlottig ongeval. Er werd een onderzoek gestart, maar dat is anno 2022 nog steeds niet afgerond. Armenië heeft in een eenzijdige verklaring de schending erkend, maar is daarbij volgens het EHRM onvoldoende precies geweest en heeft een te lage schadevergoeding aangeboden. Het EHRM zelf oordeelt dat het onderzoek te lang heeft geduurd en onvoldoende zorgvuldig was. Daardoor is art. 2 EVRM niet alleen in procedureel opzicht, maar ook in materieel opzicht geschonden: Armenië heeft geen voldoende plausibele verklaring voor het overlijden gegeven.

Klaagsters zoon werd in 2006 opgeroepen voor militaire dienstplicht. Volgens de officiële lezing van de feiten in Armenië kwam hij in 2007 door een noodlottig ongeval om het leven: zijn nek en linkerpols raakten de bedrading van een niet goed geaarde antennemast, waardoor klager werd geëlektrocuteerd. Naar aanleiding van het ongeval werd een onderzoek ingesteld, maar dat is nog steeds niet afgerond.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat art. 2 en 13 EVRM zijn geschonden vanwege het ontbreken van een effectief onderzoek. Het EHRM onderzoekt de klacht uitsluitend onder art. 2 EVRM. De regering heeft een eenzijdige verklaring aangeboden, maar klagster heeft die geweigerd. De eenzijdige verklaring erkent volgens het Hof weliswaar dat art. 2 EVRM is geschonden, maar biedt daarbij geen details, geeft geen inzicht in de maatregelen die zijn genomen rondom de dood van de zoon van klagster en verheldert de omstandigheden van het overlijden niet. Ook is het aangeboden schadevergoedingsbedrag niet in overeenstemming met wat het Hof zelf in omstandigheden als de onderhavige zou toekennen. Het Hof besluit dan ook de zaak toch in behandeling te nemen.

Het Hof wijst ten gronde allereerst op de uitgangspunten die het in zijn rechtspraak over de dood van dienstplichtigen heeft geformuleerd. Daarbij hecht het bijzonder belang aan de

onderzoeksverplichtingen die op dit punt gelden. In het onderhavige geval is op zichzelf aanvankelijk snel gehandeld, doordat er meteen een onderzoek werd ingesteld. Het onderzoek is vervolgens verschillende malen geschorst en loopt veertien jaar na het ongeval nog steeds, zonder dat er iets duidelijk is geworden over de omstandigheden rondom het overlijden. Tegelijkertijd is ook op nationaal niveau de hypothese van een noodlottig ongeluk al verschillende keren in twijfel getrokken. Het onderzoek vertoont bovendien ook wat betreft zorgvuldigheid stevige tekortkomingen, bijvoorbeeld doordat getuigen niet zijn gehoord en bepaalde beweringen niet zijn nagetrokken. Gelet daarop oordeelt het EHRM dat art. 2 EVRM is geschonden in procedureel opzicht.

Daarnaast is het Hof van oordeel dat klagster de officiële lezing van de feiten terecht in twijfel heeft getrokken, gelet op de omstandigheden rondom het overlijden, de ontoereikende onderzoeken, het ontbreken van verklaringen voor een aantal vreemde discrepanties in de feitelijke lezing van de regering en de weigering van de nationale rechters om de feitenlezing van de regering onverkort te ondersteunen. Dat betekent dat de nationale autoriteiten geen plausibele verklaring hebben gegeven voor de dood van klagsters zoon, terwijl deze binnen de macht van de staat verkeerde. Dit betekent dat art. 2 EVRM ook in materieel opzicht is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0425JUD007066511

Zaaknummer: 70665/11

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

S.P. e.a. t. Rusland, EHRM 2 mei 2023, nr. 36463/11

In Russische gevangenissen bestaat er een informele ‘pikorde’, waarvan de laagste klasse wordt gevormd door de paria’s. De paria’s moeten vernederend werk uitvoeren, worden sociaal en fysiek gesegregeerd, mogen andere gevangenen niet aanraken etc. Het EHRM acht het bestaan van deze pikorde aannemelijk en oordeelt dat die voor de outcasts vernederende en onmenselijke behandeling oplevert. De Russische autoriteiten zijn zich bewust van de situatie, maar ondernemen er niets tegen. Ook ontbreekt een effectief rechtsmiddel. Dat betekent dat dit informele systeem in strijd is met art. 3 en 13 EVRM.

Klagers zitten hun gevangenisstraf uit of hebben die al uitgezeten op verschillende locaties in Rusland. Binnen de gevangenissen bestaat er een informele gedragscode waarbij er vier ‘klassen’ bestaan. Bovenaan staat de criminele elite of ‘made men’; de collaborateurs of de ‘rooien’ zijn verantwoordelijk voor het handhaven van de orde; de ‘jongens’ – het merendeel van de gevangenisbevolking; en de paria’s, die ook wel de onaanraakbaren worden genoemd, de ‘outcasts’ of de ‘downgraded’. Iemand kan een paria worden door een veelheid van omstandigheden, zoals wegens diefstal of het veroordeeld zijn voor seksuele misdrijven. Volgens klagers werden zij binnen dit systeem tot de paria’s gerekend. Daardoor moesten ze allerlei taken doen die de andere gevangenen te vernederend vonden. Ook mochten ze geen andere gevangenen of hun eigendommen aanraken en moesten ze met speciaal bestek eten in aparte onderkomens. Volgens klagers werd deze informele pikorde stilzwijgend gedoogd door de gevangenisstaf.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun rang binnen de gevangenis-pikorde leidde tot onmenselijke en vernederende behandeling, zonder dat zij een mogelijkheid hadden om daarover te klagen. Het Hof wijst er in dit verband op dat klagers’ stellingen over het bestaan van de pikorde en hun positie daarbinnen geloofwaardig zijn. Zij worden bovendien ondersteund door wetenschappelijk onderzoek en rapporten. De regering op haar beurt heeft

de stellingen van klagers niet betwist. Het Hof neemt dan ook aan dat de autoriteiten zich bewust waren (of zich in ieder geval bewust hadden moeten zijn) van de pikorde en van klagers' inferieure status en de daarbij behorende kwetsbaarheid. De stigmatisering, de fysieke en sociale segregatie, de vernederende arbeid, het ontzeggen van toegang tot basale hygiënische behoeften en de bedreigingen van geweld maken dat het Hof aanneemt dat klagers jarenlang zijn onderworpen aan een lijden dat uitstijgt boven wat normaal gesproken in een gevangenis mag worden verwacht. Sprake is dan ook van een onmenselijke en vernederende behandeling. Daartegen is de gevangenisleiding op geen enkele manier opgekomen. Ook in het licht van eerdere klachten hierover stelt het Hof vast dat het gaat om een structureel probleem waartegen de Russische regering geen stappen heeft genomen. Ook is er geen effectief rechtsmiddel waartoe klagers zich hadden kunnen richten. Het Hof stelt dan ook een schending van art. 3 en 13 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-05-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0502JUD003646311

Zaaknummer: 36463/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

**Stassart t. Frankrijk, EHRM 4 april 2023 (ontv.besl.),
79356/17**

Volgens Stassart is in twee parallel lopende procedures – een strafrechtelijke en een fiscaalrechtelijke – het rechtszekerheidsbeginsel aangetast doordat de ene rechter de aanpak van de andere ter discussie heeft gesteld. Frankrijk heeft dit erkend en heeft een schadevergoeding aangeboden. Het EHRM acht deze eenzijdige verklaring aanvaardbaar, zeker nu inmiddels ook na een eenzijdige verklaring een heropening van strafzaken in Frankrijk mogelijk is. Gelet daarop besluit het de zaak van de rol te schrappen.

In 2015 oordeelde een Frans gerechtshof dat klager *de facto* had opgetreden als manager van de Britse (maar in Frankrijk gevestigde en actieve) onderneming C. Gelet daarop kon hij worden aangesproken op het niet betalen van vennootschapsbelasting. Het gerechtshof verklaarde klager schuldig aan belastingontduiking, een oordeel dat in 2017 in cassatie werd bevestigd. In dezelfde periode kreeg klager een boete opgelegd in verband met nalatigheid bij het betalen van inkomstenbelasting en het afdragen van socialezekerheidspremies voor het inkomen dat hij uit de onderneming had gekregen. In 2013 oordeelde een rechter dat deze boete onterecht was opgelegd, omdat klager zelf niet permanent gevestigd was in Frankrijk en dus ook niet onderworpen was aan de Franse belastingverplichtingen. Volgens klager is het rechtszekerheidsbeginsel in deze zaak aangetast doordat de strafrechter de aanpak van de fiscale rechter ter discussie heeft gesteld.

De Franse regering heeft het EHRM laten weten een eenzijdige verklaring (unilateral declaration) te hebben voorgesteld, waarin het erkent dat er inderdaad een schending is en waarin het voorstelt om hiervoor 7200 euro schadevergoeding toe te kennen. Klager achtte dit bedrag niet hoog genoeg, maar het Hof roept in herinnering dat het op grond van art. 37 lid 1 (c) zelf kan beslissen om bepaalde eenzijdige verklaringen te aanvaarden. Het Hof wijst er daarbij op dat inmiddels de nationale rechtspraak in procedures als de onderhavige is gewijzigd, zodanig dat een strafzaak kan worden heropend nadat een eenzijdige verklaring is

aanvaard. In die omstandigheden is het Hof van oordeel dat met de verklaring voldoende tegemoetkoming is geboden, zodat het niet meer gerechtvaardigd is om de behandeling van de zaak voor te zetten. Zou blijken dat de regering toch niet voldoende in overeenstemming met haar verklaring handelt, kan de zaak altijd weer worden teruggeplaatst.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0404DEC007935617

Zaaknummer: 79356/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 37 lid 1 (c)

ANNOTATIE

**K.K. e.a. t. Denemarken (EHRM, 6 december 2022) –
Versterking rechtspositie kinderen geboren uit
(commercieel) draagmoederschap*****M.J. Vonk en N, Cammu***

1. Op 6 december 2022 heeft het EHRM in een nieuwe zaak over draagmoederschap geoordeeld dat Denemarken de rechten van kinderen onder artikel 8 EVRM heeft geschonden. Er werd namelijk geen billijk evenwicht gevonden tussen de belangen van de (twee) kinderen bij een juridische band met hun moeder enerzijds, en het streven van de Deense nationale autoriteiten om (de erkenning van) commerciële draagmoederschapspraktijken in het buitenland te beperken, anderzijds. De (niet-genetische) moeder van de uit de commercieel draagmoederschap geboren tweeling mocht de kinderen in deze zaak niet (stiefouder-) adopteren naar Deens recht, waardoor zij geen andere middelen ter beschikking had om een juridische ouder-kindrelatie tussen haar en de kinderen tot stand te brengen. Er was geen sprake van een schending van het recht op bescherming van het familieleven van de betrokkenen of op het privéleven van de moeder, omdat openbare belangen zwaarder wogen dan de belangen van de wensmoeder, en omdat het feitelijke gezinsleven (de *de facto* samenleving) niet werd beperkt. De situatie leidde echter wel tot rechtsonzekerheid voor de betrokken kinderen, met name wat hun identiteit betreft, en dit probleem van rechtsonzekerheid werd door de Deense autoriteiten niet opgelost met adequate juridische alternatieven. Daarom oordeelde het EHRM dat Denemarken de rechten volgens uit artikel 8 EVRM van de twee uit commercieel draagmoederschap geboren kinderen schond.

Draagmoederschap voor het EHRM

2. (Commercieel) draagmoederschap wordt beschouwd als een controversieel onderwerp in vele landen, met belangrijke implicaties voor kinder- en mensenrechten. Terwijl sommige jurisdicties wereldwijd (en binnen Europa) juridische kaders hebben gecreëerd voor (commerciële) draagmoederschapsregelingen, hebben andere landen veel moeite gedaan om deze praktijken te ontmoedigen en (deels) strafrechtelijk te beteugelen. Sommige landen tolereren draagmoederschap onder bepaalde voorwaarden ('gedoogbeleid'), wat er veelal op

neerkomt dat de partijen ‘altruïstische’ in plaats van ‘commerciële’ motieven moeten hebben. De verschillende benaderingen over de aanvaardbare grenzen van draagmoederschapspraktijken binnen Europa (en de rest van de wereld), hebben geleid tot een breed scala aan nationale beleidsmogelijkheden, variërend van (zeer) permissief, tot afwezig/tolerant, tot (zeer) restrictief.[1] Gezien het gebrek aan Europese consensus over ethische en sociaal gevoelige aangelegenheden, waaronder (internationaal) draagmoederschap, beschikken de afzonderlijke lidstaten over een ruime beoordelingsmarge.[2] Deze ruime beoordelingsmarge is echter onderworpen aan de toezichtsbevoegdheid van het EHRM.[3]

3. In 2022 deed het EHRM uitspraak in een drietal zaken betreffende commercieel draagmoederschap.[4] In de laatste twee zaken - zaken waarbij ook (het) kind(eren) rechtstreeks betrokken partij waren voor het Hof - werd er besloten tot een schending van artikel 8 EVRM en dan met name van het recht op privéleven van de kinderen. De meest recente 2022-zaak voor het Hof, die in onze bijdrage centraal staat, bouwt uitdrukkelijk voort op wat het EHRM in de voorgaande zaken heeft besloten over het tot stand brengen van juridisch ouderschap in de context van grensoverschrijdend draagmoederschap, en de rol die het recht op bescherming van het gezinsleven en het respect voor het privéleven van de potentiële ouders en het kind in deze context spelen. Inmiddels is uit voorgaande EHRM-uitspraken duidelijk dat als de wensouders en het kind dat in het buitenland via een draagmoeder is geboren, een tijd met elkaar hebben samengeleefd, er sprake is van gezinsleven dat bescherming behoeft.[5] Uit eerdere uitspraken van het Hof blijkt echter ook dat als wensouders en kind ongestoord samen kunnen leven, er geen sprake is van een schending van dit gezinsleven als er geen juridisch ouderschap tussen (een van) de wensouder(s) en het kind tot stand kan worden gebracht.[6] Ook het recht op bescherming van het privéleven van de wensouders leidt niet tot een verplichting voor een lidstaat om de mogelijkheid tot vaststelling van een juridische band tussen wensouder en kind mogelijk te maken, ook al valt de wens om ouder te worden wel onder het recht op bescherming van het privéleven (los van de vraag of er sprake is van een schending).[7] Het recht op bescherming van het privéleven van het kind kan echter wel een positieve verplichting van een Staat met zich meebrengen om ouderschap met een (biologische) wensouder of de partner van de biologische wensouder wiens juridisch ouderschap is erkend, tot stand te brengen.[8]

Aanloop K.K. e.a. t. Denemarken

4. In deze Deense zaak wordt enerzijds duidelijk wat de stand van zaken is met betrekking tot de visie van het EHRM op ouderschap na draagmoederschap, maar worden ook weer nieuwe vragen opgeworpen en beantwoord. Het gaat hier om een tweeling (verzoekers 2 en 3) die in 2013 via een Oekraïense draagmoeder zijn geboren. De wensmoeder (verzoeker 1) is gehuwd

met de wensvader, die geen verzoeker is in de zaak. Het gezin (moeder, vader en tweeling) woont in Kopenhagen en beide ouders en beide kinderen hebben de Deense nationaliteit. De wensvader is de biologische vader maar K.K. (verzoeker 1) heeft geen genetische band met de kinderen. Bij de geboorte van de tweeling is door de Oekraïense autoriteiten een geboorteakte opgesteld waarin de wensouders als respectievelijk juridische vader en moeder van de tweeling worden vermeld.

5. In februari 2014 zijn de kinderen in Denemarken aangekomen, waarna het moederschap van K.K. door de Deense autoriteiten niet kon worden vastgesteld vanwege het *mater semper certa est*-beginsel dat binnen het Deense recht van toepassing is. In lijn met de jurisprudentie van het Hof wordt het ouderschap van de wensvader in Denemarken wel erkend,[9] waardoor de kinderen de Deense nationaliteit verkrijgen. K.K. en de vader verkrijgen wel gezamenlijk het gezag in 2018. K.K. (verzoeker 1) heeft vervolgens de mogelijkheid onder Deens recht om de kinderen te adopteren, ook dit is in overeenstemming met de lijn die het EHRM voor dit soort zaken heeft uitgezet.[10] Daar loopt het echter spaak. Aanvankelijk besloot de bevoegde Deense overheidsdienst in 2014 dat K.K. niet in aanmerking kwam voor ‘stiefouder’-adoptie in Denemarken, vanwege de korte periode waarin zij voorafgaand aan de adoptieaanvraag met de kinderen in Denemarken samenwoonde. De zaak ging naar de beroepsinstantie, die de beslissing in 2016 bevestigde, maar op andere gronden. De adoptie zou in strijd zijn met artikel 15 van de Deense Adoptiewet (hierna Adoptiewet), waarin staat dat een adoptietoestemming niet kan volgen op commerciële draagmoederschapspraktijken waarbij de draagmoeder is betaald. In 2017 bevestigde de bevoegde beroepsinstantie zijn beslissing. Vervolgens legde K.K. de zaak aan de rechter voor, in eerste instantie aan de rechtbank Lyngby en vervolgens aan het Oostelijke gerechtshof die beiden, in respectievelijk 2018 en 2019, de beslissing om de adoptie te weigeren op grond van artikel 15 van de Adoptiewet bevestigden.

6. De zaak werd vervolgens voorgelegd aan het Deense *Højesteret* (hierna: Hoge Raad), waar zij individueel werd getoetst aan artikel 8 EVRM. Het betreffende artikel 15 van de Adoptiewet bevat een absoluut verbod op het uitspreken van een adoptie als de persoon die toestemming moet geven (de draagmoeder) enige vorm van vergoeding heeft ontvangen. De Hoge Raad stelt vast dat de 32.265 euro die aan de Oekraïense kliniek was betaald, zowel de vergoeding aan de draagmoeder omvatte als de kosten betreffende de toestemming tot vermelding van de wensouders op de geboorteakte. Het absolute verbod op (stief)adoptie in geval van commercieel draagmoederschap werd echter in strijd geacht met het belang van het kind. Daarom oordeelde de Hoge Raad dat de (Deense) regering artikel 15 van de adoptiewet moest heroverwegen en dat de autoriteiten, totdat een wijziging van artikel 15 in werking was getreden, in alle gevallen waarin dat artikel aan de orde was, individueel moesten beoordelen of het weigeren van een adoptieverzoek in strijd was met artikel 8 EVRM. Op grond van deze

interpretatie maakt de Hoge Raad een afweging tussen de belangen van de betrokken kinderen en het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan artikel 15 van de Adoptiewet (zijnde de belangen van het kinderen in het algemeen bij bescherming tegen kinderhandel en de belangen van kwetsbare vrouwen bij bescherming tegen uitbuiting).

7. De Hoge Raad stelt dat de kinderen de Deense nationaliteit hebben verkregen, dat verzoeker 1 en de vader gezamenlijk gezag hebben, dat de kinderen van verzoeker 1 kunnen erven via een testament onder dezelfde fiscale voorwaarden als eigen kinderen en dat verzoeker 1 na overlijden van de vader of na scheiding het gezag zou behouden. Vervolgens stelt de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis bij artikel 15 blijkt dat geen verbod op altruïstisch draagmoederschap werd nagestreefd maar dat het baren van een kind voor een ander tegen betaling in strijd is met de algemene beginselen van de Deense maatschappij. Het zou niet mogelijk moeten zijn om ongebornen kinderen te (ver)kopen, vruchtbaarheidsproblemen zouden niet mogen leiden tot kinderhandel en betaling voor het baren van een kind zou kwetsbare vrouwen ertoe aanzetten zich te laten leiden door de hoogte van de vergoeding in plaats van door de vraag wie de beste ouders voor het kind zouden zijn. De Deense Hoge Raad was unaniem in de vaststelling dat adoptie van de kinderen door verzoeker 1 in het belang van de kinderen zou zijn zodat hun identiteit als haar kinderen juridisch zou worden erkend. Echter, gezien de hier boven al benoemde omstandigheden, waaronder het feit dat er al een band was tussen verzoeker 1 en de kinderen door het gezamenlijke gezag dat door zou lopen na scheiding en na overlijden van de vader bij verzoeker 1 zou liggen, stelde de Hoge Raad vast dat het afwijzen van het adoptieverzoek geen significante gevolgen zou hebben voor het privéleven van de kinderen. Uiteindelijk beslist de Hoge Raad met een meerderheid van 4 tegen 3 rechters dat het algemeen belang in deze zaak zwaarder weegt dan de belangen van de kinderen, met als gevolg dat verzoekers 2 en 3 geen juridische ouder-kind band met verzoeker 1 kunnen vestigen.

8. Verzoeker 1 (K.K) en de kinderen (verzoeker 2 en 3) dienen vervolgens een klacht in bij het EHRM. Zij stellen dat hun rechten onder art. 8 EVRM, hun recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, zijn geschonden door de beslissing van de Hoge Raad van 2020. Op dat moment woonde het gezin al meer dan 8 jaar samen en was er sprake van een 'feitelijk gezinsleven'. De verzoekers stellen dat het in het belang van de kinderen zou zijn om door verzoeker 1 te worden geadopteerd, aangezien zij zo lang hebben samengewoond en zij daardoor dezelfde juridische band met haar zouden krijgen als zij met hun vader hebben. De Deense regering daarentegen, stelde dat de Deense Hoge Raad er naar hun mening in geslaagd was om een billijk evenwicht te vinden tussen de relevante concurrerende belangen in deze zaak, met het oog op het belang van het kind. Het is duidelijk dat de Deense regering en verzoekers elk hun eigen tegenstrijdige visie op het belang van het kind *in concreto* naar voren

hebben gebracht, waarbij de ene (verzoekers) het zwaartepunt leggen bij de noodzaak tot de juridische bevestiging van een reeds bestaande sociale ouder-kind realiteit (gezien het feitelijk gezinsleven) en de andere (de Deense overheid) zich beroept op het zwaarder wegen van de Deense *rule of law* en de publieke belangen daarin. Met andere woorden: de partijen zijn het er over eens dat er sprake is van een inperking van het recht op bescherming van gezins- en privéleven van verzoekers, maar de vraag die het Hof moet beantwoorden is of deze inperking noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De uitspraak

9. Zoals traditioneel het geval is bij beoordelingen op grond van artikel 8 EVRM, heeft het Hof een onderscheid gemaakt tussen het recht van verzoekers op eerbiediging van hun gezinsleven en hun recht op eerbiediging van hun privéleven.[11] Het Hof is duidelijk in zijn beslissing dat er op het vlak van het gezinsleven geen sprake was van een schending van artikel 8 EVRM van het Verdrag, gezien de verzoekers niet hebben gewezen op bijzondere belemmeringen of praktische moeilijkheden die hun *de facto* gezinsleven hinderen.[12] Eenzelfde redenering werd gevolgd in de zaak *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, waarbij evenmin een schending werd vastgesteld van de verzoekers' recht op gezinsleven omdat er, volgens het Hof, een billijk evenwicht was gevonden tussen de belangen van verzoekers en de belangen van de staat.[13] Met betrekking tot het recht op bescherming van het gezinsleven van de drie verzoekers is het Hof het in deze zaak met de Deense Hoge Raad eens dat de inbreuk op het gezinsleven, voor zover dit gezinsleven daadwerkelijk beperkt wordt in het dagelijkse leven, minder zwaar weegt dan het algemeen belang. Vervolgens gaat het EHRM in op de vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Eerder was namelijk al vastgesteld dat er een inbreuk op het privéleven van de drie verzoekers was gemaakt. Daarbij spelen de belangen van het kind de hoofdrol en is de *margin of appreciation* beperkt, omdat de ouder-kind relatie een essentieel onderdeel van de identiteit betreft (vgl. *C.E. e.a. t. Frankrijk en Mennesson t. Frankrijk*).

10. Het Hof stelt dat er geen sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op (en dus schending van) het respect voor het privéleven van verzoeker 1 (dat het belang van K.K. omvatte om juridisch ouder te worden van haar kinderen), omdat het algemeen belang zwaarder weegt dan de belangen van K.K.[14]

11. Dat is anders voor wat het respect voor het privéleven van de kinderen betreft, die immers ook verzoekers waren in deze zaak. Bij de beoordeling van de vraag of het recht op bescherming van het privéleven van de tweeling is geschonden, gaat het Hof allereerst in op de redenering van de Hoge Raad dat de weigering om de adoptie van de kinderen door de verzoeker 1 uit te spreken op grond van artikel 15 van de Adoptiewet in overeenstemming is

met artikel 8 EVRM. Zoals eerder beschreven bevat dit artikel een absoluut verbod op het uitspreken van een adoptie als de persoon die toestemming moet geven enige vorm van vergoeding heeft ontvangen. Het EHRM stelt dat dit artikel door de Deense Hoge Raad nu zo geïnterpreteerd wordt dat adoptie door de partner van de wensouder van een kind dat uit een draagmoederschap is geboren kan worden uitgesproken (ook al is er sprake van een vergoeding aan de draagmoeder) als de adoptie in het belang van het kind is en de afwijzing van het verzoek strijdig zou zijn met 8 EVRM.

12. Het Hof brengt vervolgens in herinnering dat ingevolge zijn eerdere *Advisory opinion* het recht van het kind op respect voor het privéleven niet een specifieke manier voor het tot stand brengen van de ouder-kind relatie vereist, zoals het inschrijven van de buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap, maar dat hier ook op ‘andere manieren’ aan tegemoet kan worden gekomen, zoals bijvoorbeeld door de mogelijkheid van adoptie. Het EHRM stelt vervolgens de vraag op welke andere manier – als adoptie niet mogelijk is en inschrijving van de buitenlandse geboorteakte evenmin – aan het vereiste van juridisch erkenning van de relatie tussen verzoeker 1 en de kinderen in de huidige zaak tegemoet kan worden gekomen. Het EHRM bespreekt de zaken *Valdis Fjolnisdottir e.a. t. IJsland*, *A.M. t. Noorwegen*, *C.E. e.a. t. Frankrijk* en *H. t. het Verenigd Koninkrijk* en leidt uit deze uitspraken af dat het EHRM een holistische visie hanteert waarbij niet alleen de situatie ten tijde van de geboorte van het kind of ten tijde van de beoordeling van de klacht een rol speelt maar ook de mogelijkheid van een ‘subsequent legal recognition’.[15] Bovendien, zo zegt het EHRM, heeft het in iedere zaak *in concreto* vastgesteld wat het effect van de inbreuk is op het recht op bescherming van privéleven van de verzoeker(s), omdat het niet de taak van het EHRM is om *in abstracto* te beoordelen of het betreffende recht in overeenstemming is met het Verdrag. De besproken zaken gaan over de ouder-kind relatie in de context van draagmoederschap, maar in geen van deze zaken ging het om een weigering van de autoriteiten om een adoptie toe te staan. In deze zaken hadden verzoekers ofwel geen adoptieverzoek ingediend, ofwel het verzoek ingetrokken, of hing de toewijzing van het verzoek af van de toestemming van een biologische ouder. Desalniettemin blijkt uit deze zaken dat de ‘andere manieren’ om aan juridische erkenning tegemoet te komen kunnen zijn: het substituut van pleegouderschap; een beslissing van de rechtbank waarbij gezamenlijk gezag wordt toegekend; of de gezamenlijke erkenning van een kind dat alleen een juridische band had met de geboortemoeder. In de onderhavige zaak zijn het de autoriteiten die weigeren de adoptie van de tweeling door verzoeker 1 uit te spreken. In plaats daarvan kreeg verzoeker 1 gezamenlijk gezag met de vader. Het Deense recht voorziet bovendien in een aantal mogelijkheden. Bijvoorbeeld, in geval van een scheiding of na het overlijden van de vader, blijft verzoeker 1 met het gezag belast. Ook met betrekking tot het erfrecht is er vanuit het fiscale recht geen onderscheid. Feit blijft echter dat het nationale recht geen andere mogelijkheid biedt aan verzoekers om een juridische ouder-

kind band tot stand te brengen. Dit betekent dat door het afwijzen van het adoptieverzoek aan verzoekers *de facto* erkenning van een juridisch ouder-kind band werd geweigerd.

13. Een dergelijk gebrek aan erkenning had *per se* een negatieve impact op het recht op respect voor het privéleven van de kinderen, in het bijzonder omdat het voor hen leidt tot juridische onzekerheid met betrekking tot hun identiteit in de maatschappij. Wat het erfrecht betreft, stelt het EHRM dat verzoeker 1 inderdaad een testament kan maken, maar dat de kinderen daarmee nog altijd niet erfgenaam zijn op basis van een juridische ouder-kind relatie, zoals andere kinderen in Denemarken met (twee) juridische ouders. Het EHRM wijst er ook op dat de kinderen ten tijde van de uitspraak van de Hoge Raad al 7 jaar met de vader en verzoeker 1 samenleefden en er geen sprake was van tegengestelde belangen van de vader en verzoeker 1. Bovendien waren er ook geen andere personen die het ouderschap over de tweeling wensten.[16] Al met al is het Hof er niet van overtuigd dat de alternatieven die het Deense recht biedt (gezag en erfrecht) opwegen tegen de weigering van het adoptieverzoek.[17]

14. Bovendien is het EHRM niet van mening dat de Deense autoriteiten een billijk evenwicht (*fair balance*) hebben gevonden tussen de specifieke belangen van het kind[18] bij het verkrijgen van een juridische band met de wensmoeder enerzijds, en de belangen van anderen voor wie het commercieel draagmoederschap *in abstracto* negatieve consequenties kan hebben (het algemeen belang), anderzijds.[19] De Deense autoriteiten hebben onvoldoende rekening gehouden met de belangen van de kinderen voor wat de nadelige gevolgen van de niet-erkenning betreft. Het EHRM neemt een schending aan van het respect voor het privéleven van de kinderen.[20]

Belang voor rechtspositie van het kind geboren uit (commercieel) draagmoederschap

15. De uitspraak van het Hof in *K.K. e.a.* is belangrijk voor kinderen geboren uit commercieel draagmoederschap omdat hun rechtspositie in het gezin van de (wens)ouders verder wordt versterkt. De bescherming van het privéleven (via onder meer het recht op identiteit) speelt hier (nog steeds) een grotere rol dan de bescherming van het gezinsleven, aangezien dit laatste niet in de praktijk wordt belemmerd in veel van de zaken voor het EHRM. De rol die het recht op respect voor het gezinsleven lange tijd heeft gespeeld in de erkenning van nieuwe gezinsvormen, lijkt dus nog steeds op retour.[21] Daarnaast neemt het Hof eerder een schending aan op grond van een onzorgvuldige belangenafwegingen tussen de rechten van het kind (versus het recht van de niet-juridische ouder) en de openbare orde (bv. in het geval van een verboden draagmoederschap).

16. Zoals eerder vermeld, bouwt het Hof met *K.K. e.a.* voort op de eerder uiteengezette rechtspraak over 'niet-traditioneel' ouderschap. Zo is er onder meer aansluiting met de zaak

Mennesson[22] en de eerder genoemde *Advisory opinion*. [23] In *K.K. e.a.* lijkt het Hof evenwel nog een stap verder te gaan: er kan niet (langer) alleen besloten worden tot een schending van het recht op privéleven van kinderen indien de biologische ouder (de vader) geen juridische ouder kan worden (zoals in *Mennesson*, waarin het belang van deze genetische link expliciet werd onderstreept) maar ook, in navolging van de *Advisory opinion*, wanneer een niet-genetische ouder geen juridische afstammingsband kan vestigen (de intentionele moeder in *K.K.*).

17. De uitspraak in *K.K. e.a.* heeft ook raakvlakken met een andere uitspraak van het EHRM over commercieel draagmoederschap die een maand eerder werd gepubliceerd.[24] In deze zaak, *D.B. e.a. t. Zwitserland*, ging het ook over een afstammingsband tussen een niet-genetische ouder (hier een vader in plaats van een moeder) die (initieel) niet gevestigd kon worden na een commercieel draagmoederschapstraject, ondanks het bestaan van een buitenlandse geboorteakte die de intentionele vader en de genetische vader als juridische ouders aanwijst. Het duurde meerdere jaren alvorens de niet-genetische vader uiteindelijk in 2018 het kind kon adopteren (als gevolg van een nationale wetswijziging), hetgeen in *D.B. e.a.* leidde tot een schending van het recht van het kind onder artikel 8 EVRM (privéleven).

18. Het is duidelijk dat *K.K. e.a.* interessante vragen oproept op het gebied van juridisch maar niet-biologisch ouderschap voor het Hof. Zo lijkt de biologische band tussen (minstens 1 van de) ouder(s) en kind nog steeds een belangrijke rol te spelen. *K.K. e.a.* wijkt op dit gebied op meerdere punten af van eerdere rechtspraak omtrent niet-biologisch/genetisch ouderschap na draagmoederschap. Wanneer er geen enkele genetische band is tussen ouder(s) en kind is het Hof immers terughoudender om een schending vast te stellen, zeker wanneer het een verboden draagmoederschapsconstructie betreft.[25] Het is inderdaad de vraag of het Hof ook tot een schending van het privéleven van de kinderen had besloten indien de wensvader in *K.K. e.a.* niet de biologische vader was van de kinderen geboren uit draagmoederschap. In dit geval, voor wat *K.K. e.a.* betreft, had de vader in eerste instantie niet kunnen worden erkend als juridisch vader door de Deense autoriteiten op grond van de bepaling uit het Deense recht dat ‘an intended parent who is not the genetic father is not recognised as a legal parent to the child.’[26] In dat geval hadden beide wensouders in *K.K. e.a.* dus niet kunnen adopteren volgend uit artikel 15 van de Deense adoptiewet. De zaak zou in dat geval sterke gelijkenissen hebben vertoond met *Paradiso*[27] en *Valdis Fjölnisdóttir*,[28] met het belangrijke verschil dat de kinderen in *K.K. e.a.* wel directe betrokken partijen waren bij de zaak en in beide andere zaken niet. Dit had tot interessante verschillen kunnen leiden.

19. Verder roept deze zaak (en met name de *dissenting opinion*) interessante vragen op over de reikwijdte van het belang van het kind, en het gegeven dat dit belang ‘of paramount importance’ is.[29] Hoewel wij het niet eens zijn met de minderheidsopvatting dat er geen

sprake is van een schending van artikel 8 EVRM ten aanzien van de twee kinderen in deze zaak,[30] roept de *dissenting opinion* belangrijke vragen op met betrekking tot het normatieve karakter van het beginsel van het belang van het kind. De *dissenting* rechters wijzen op de ambiguïteit ten aanzien van dit begrip en stellen dat het het Hof nooit duidelijk heeft gemaakt dat ‘paramount’ inderdaad moet worden opgevat als ‘belangrijker dan al het andere’.[31] De *dissenting opinion* maakt hier in bepaalde zin (en op zichzelf) een goed punt wanneer zij stelt dat ‘de rechtspraak van het Hof geen duidelijk of coherent beeld geeft van wat wordt bedoeld met het ‘primordiaal belang’ van het kind.’ Interessant is hier bijvoorbeeld dat de opstellers van de *Verona principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy* uit 2021 aangeven dat in zaken van draagmoederschap, net als bij adoptie, het belang van het kind niet een maar de belangrijkste overweging moet zijn.[32]

20. Wij kunnen ons echter niet aansluiten bij de redenering waarom er volgens de minderheidsmening geen sprake was van schending van artikel 8 EVRM. Omdat de kinderen niet (volledig) zonder juridische erkenning werden gelaten (zij hadden namelijk een juridische band met hun vader en stonden onder gezag van K.K.), betoogden de drie *dissenting* rechters dat de Deense autoriteiten het belang van de kinderen inderdaad als een primaire overweging hebben beschouwd, maar niet als ‘de enige overweging’, en dat dit een correcte belangenafweging betrof. Deze discussie raakt aan het (meer dan louter semantisch) verschil tussen ‘primair’ en ‘paramount’ belang van het kind, begrippen waar (nog) veel onzekerheid rond bestaat. De eerder vermelde (niet-juridisch bindende doch sturende) *Verona principles*[33] uit 2021 verschaffen hier meer duidelijkheid; ‘*the best interests of the child should be the paramount consideration*’ in draagmoederschapszaken en niet gewoon een ‘primair’ belang; daarmee zou het belang van het kind bij draagmoederschap altijd de doorslag moeten geven.[34]

21. De *dissenting opinion in K.K. e.a.* beruiste voornamelijk op het argument dat de rechtspositie van de kinderen in Denemarken werd gewaarborgd door de toekenning van het staatsburgerschap, en door de toekenning van gezamenlijk gezag aan de juridische vader en de niet-juridische moeder.[35] Hier lijken de *dissenting rechters* (ten minste gedeeltelijk) voorbij te gaan aan de realiteit waarin ouderlijke verantwoordelijkheid en juridische afstamming verschillende juridische constructies zijn, die tot verschillende rechtsgevolgen leiden, alsmede aan het symbolische belang en de betekenis van (volledige) ouderlijke banden voor alle betrokken partijen (inclusief de kinderen).[36] Verder is de redenering van de *dissenting* rechters dat de rechterlijke instanties weinig andere maatregelen (‘*counter-measures*’) kunnen nemen (afgezien van de vastgestelde schendingen van artikel 8 EVRM van het verdrag) tegen commercieel draagmoederschap in het buitenland, op zichzelf waar, maar verandert deze vaststelling niets aan de omstandigheden van deze zaak en het belang van de kinderen in

concreto.

M.J. (Machteld) Vonk is hoogleraar Internationaal en Europees Personen- en Familierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

N. (Nola) Cammu is universitair docent Familierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

[1] Zie voor een extensief overzicht J.M. Scherpe, C. Fenton-Glynn & T. Kaan, *Eastern and Western perspectives on surrogacy*, Intersentia 2019.

[2] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221.

[3] *Ibid.*, § 47.

[4] *A.M. t. Noorwegen*, EHRM 24 maart 2022, nr. 30254/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418; *D.B. e.a. t. Zwitserland*, EHRM 22 november 2022, nr. 58817/15 en 58252/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715; *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221.

[5] Zie bijvoorbeeld *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[6] Bijvoorbeeld *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[7] *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

[8] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; zie ook *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[9] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

[10] EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation,

Request no. P16-2018-001.

[11] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 48.

[12] *Ibid.*, § 48-49.

[13] *Ibid.*, § 50-51.

[14] *Ibid.*, § 55.

[15] *Ibid.*, § 70.

[16] *Ibid.*, § 74

[17] *Ibid.*, § 76

[18] Volgend uit artikel 3, lid 1, van het IVRK moeten bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechtbanken, administratieve autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind een eerste overweging vormen.

[19] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 76-77.

[20] *Ibid.*, § 77.

[21] N. Cammu en M.J. Vonk, “Rode draad 70 jaar EVRM, Klankbord of motor der verandering?: De rol van het EHRM in de erkenning van ‘niet(?)’-traditionele’ gezinsvormen”, *NTM-NJCMBull.*, 2021/30.

[22] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

[23] EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation, *Request no. P16-2018-001*.

[24] *D.B. e.a. t. Zwitserland*, EHRM 22 november 2022, nr. 58817/15 en 58252/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715.

[25] Cammu en Vonk 2021; *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12,

ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812; *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[26] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 28.

[27] *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

[28] *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[29] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 84 e.v.

[30] *Ibid.*, § 84.

[31] *Ibid.*, § 95

[32] International Social Service (ISS), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, 2021, principle 6.1 met bijbehorende uitleg in de voetnoot.

[33] Zie: International Social Service (ISS), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, 2021.

[34] *Ibid.*, principle 6.1 met bijbehorende uitleg in de voetnoot.

[35] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 84; 101.

[36] Zie o.a. N. Cammu, “‘We Are Three Parents, but Legally Two’: Absent Legality, Present Display”, *Journal of Family Issues* 2021, 42(5), 1007-1028.

ANNOTATIE

J.A. e.a. t. Italië (EHRM, 21329/18) – Lampedusa nog steeds onder de maat**M. den Heijer**

1. De uitspraak laat eerst en vooral zien dat het op Lampedusa, ook juridisch, in 2017 nog steeds een zootje was. De feiten lijken sterk op die in *Khlaifia t. Italië*, waarin de Grote Kamer schendingen vaststelde van art. 5, eerste, tweede en vierde lid en art. 13 EVRM.[1] Het gaat nu om een groep Tunesiërs die in 2017 werden gered op zee en na een verblijf van tien dagen op Lampedusa via Palermo naar Tunis werden uitgezet. Kort voor het vertrek werden formulieren toegangswegering uitgereikt. Anders dan in *Khlaifia*, stelt het Hof nu ook schendingen vast van art. 3 EVRM vanwege de detentieomstandigheden op Lampedusa en van het verbod van collectieve uitzetting (art. 4 Vierde Protocol).

2. In *Khlaifia* stelde het Hof meerdere schendingen vast van art. 5 EVRM vanwege het ontbreken van waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming: de migranten waren de facto gedetineerd, zonder formele grondslag en zonder effectieve mogelijkheid tegen de detentie op te komen. Die schendingen worden nu herhaald. De Tunesiërs werden direct na ontschepping ondergebracht in een gesloten opvangcentrum in Lampedusa, zonder tussenkomst van besluit of rechter en zonder een duidelijke basis in het Italiaanse recht. Het verwijt ligt voor de hand dat Italië sinds *Khlaifia* op de spreekwoordelijke kont is blijven zitten, maar het moet gezegd dat de feiten in deze zaak dateren van nog geen jaar na dat arrest.

3. Nu wel een schending van art. 3 EVRM. In *Khlaifia* betrof de duur van het verblijf op Lampedusa vijf dagen. Hoewel de Grote Kamer toen weliswaar vaststelde dat het opvangcentrum overbevolkt was met ruimtes met gescheurde matrassen, stinkende en onbruikbare toiletten en zonder werkend licht, had het ook oog voor de door Italië aangevoerde humanitaire noodsituatie als gevolg van tienduizenden op Lampedusa aankomende migranten. Volgens de Grote Kamer was het “kunstmatig” die omstandigheden niet mee te wegen. Geen woord nu over een noodsituatie of andere verzachtende omstandigheden. De motivering van de schending is tamelijk summier. Het Hof verwijst naar

een handvol internationale en nationale rapportages waarin de onmenselijke leefomstandigheden op Lampedusa zijn gedocumenteerd. Het verschil in beoordeling hangt mogelijk samen met het ontbreken, ditmaal, van een uitdrukkelijk Italiaans beroep op een noodsituatie. Uit statistieken lijkt bovendien te volgen dat er in 2017 beduidend minder migranten werden ontscheept in Lampedusa dan in 2011. Hoe dan ook zou het wringen als een humanitaire noodsituatie als rechtvaardiging voor het niet respecteren van fundamentele rechten jarenlang kan aanhouden. We kunnen overigens de juridische borst nat maken, want in 2022 zou een recordaantal migranten op Lampedusa zijn aangekomen.

4. Ditmaal ook een schending van art. 4 Vierde Protocol. Doorslaggevend voor het niet aannemen van collectieve uitzetting in *Khlaifia* was dat de migranten toen tweemaal waren geregistreerd en geïdentificeerd, direct na aankomst en bij vertrek, en dat uit de vele door anderen gedane asielverzoeken op Lampedusa afgeleid moest worden dat er effectieve mogelijkheden waren om individueel de uitzetting aan te vechten. Ik heb mijn best gedaan, maar kan eigenlijk weinig verschillen ontdekken met de nu gevolgde procedure – of beter het ontbreken ervan. Ook ditmaal waren de waarborgen en geboden informatie karig: identificatie na aankomst op Lampedusa met uitreiking van een “flyer” over asielprocedures die de migranten stelden niet begrepen te hebben. Bij vertrek kregen ze op de luchthaven van Lampedusa een naar later bleek formulier toegangsweigering uitgereikt met het verzoek dat te ondertekenen en zonder een kopie te ontvangen. Ook dit document werd naar eigen zeggen niet begrepen. Daarna volgde nog, net als in *Khlaifia*, een identiteitscheck van de Tunesische consul. Het Hof stelt vast dat één en ander te mager is om door te gaan voor een individueel onderzoek dan wel geboden kans daartoe. Geen aandacht ditmaal voor de vraag of het toch mogelijk zou zijn geweest om vanuit het opvangcentrum bijvoorbeeld een asielverzoek in te dienen. Wel verwijst het Hof naar rapporten van twee nationale Italiaanse toezichthouders alsmede een uitspraak van het Italiaans Grondwettelijk Hof waarin de onwettigheid van de procedures op Lampedusa al waren vastgesteld. Dat kan goed verklaren waarom het Hof nu wel tot schending concludeert: het zou anders het nationaal toezicht van tafel schuiven.

5. Eén vraag is of Italië, als het deed in *Khlaifia*, om doorverwijzing naar de Grote Kamer zal vragen. De kameruitspraak in *Khlaifia* had, net als nu, wel schendingen van art. 3 en art. 4 Vierde Protocol vastgesteld. Een bijna unanieme Grote Kamer toonde zich ontvankelijk voor de door Italië aangevoerde bijzondere omstandigheden. Mijn voorzichtige inschatting is dat het ditmaal niet zo zal lopen. Een permanente noodsituatie zal moeilijk door het Hof geaccepteerd kunnen worden. Bovendien blijkt uit dit arrest dat het rechtsstatelijk toezicht in Italië op Lampedusa op zijn minst aanwezig is en tal van gebreken vaststelt, waarvan het Hof toch moeilijk af kan wijken. Wat ontbreekt is de wil dan wel het vermogen van de Italiaanse autoriteiten om er iets aan te doen.

Maarten den Heijer

Universitair hoofddocent internationaal recht, Universiteit van Amsterdam

[1] *Khlaifia e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 15 december 2016, nr. 16483/12, s. 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312, «EHRC» 2017/65 m.nt. Dickson en Poméon.

ANNOTATIE

I.M. t. Italië (EHRM, nr. 25426/20) – Kindermishandeling of ouderverstoting?***K.A.M. van der Zon***

1. Is er sprake van geweld tegen de kinderen of van ouderverstoting? Die vraag staat centraal in deze zaak, die voor veel advocaten en rechters in het familierecht herkenbaar zal zijn. Aan de ene kant is er een ouder die niet mee wil werken aan een omgangsregeling vanwege zorgen over de veiligheid van de kinderen bij de andere ouder. Aan de andere kant is er een ouder die stelt dat de kinderen tegen hem of haar worden opgezet, veelal met een verwijzing naar het 'Parental alienation syndrome' (PAS), ook wel aangeduid als ouderverstoting of ouderafwijzing.[1] In de wetenschappelijke literatuur wordt ertegen gewaarschuwd om deze twee posities als elkaars tegenpolen te presenteren,[2] Toch past precies die tegenstelling goed in de wijze waarop de juridische echtscheidingsprocedure is vormgegeven. Dat laatste geldt zowel voor de Italiaanse als voor de Nederlandse procedure, zoals ik in deze annotatie zal uitleggen.

2. In deze noot zal ik eerst de feiten van de zaak uiteenzetten en daarna achtereenvolgens ingaan op de klacht van de kinderen en die van de moeder. Waar het de kinderen betreft gaat het om het vaststellen van de omgangsregeling en de tenuitvoerlegging daarvan. De klacht van de moeder ziet op de inbreuk die op haar gezagsrecht is gemaakt omdat ze niet meewerkte aan de opgelegde omgangsregeling. De maatregel die daarbij is opgelegd is vergelijkbaar met wat in Nederland wel wordt omschreven als de 'omgangsondertoezichtstelling'. Hierbij zal ik ook de zorgen van GREVIO, het toezichthoudend orgaan bij het Verdrag van Istanboel, betrekken.

3. Eerst de feiten. De moeder in deze zaak verlaat in juli 2014 samen met haar twee jonge kinderen de vader van de kinderen, doet aangifte van huiselijk geweld en meldt zich met de kinderen bij een Blijf-van-mijn-lijfhuis. De vader heeft een alcohol- en drugsverslaving en is zeer agressief, reden om de verblijfplaats van moeder en kinderen zorgvuldig voor hem verborgen te houden. Nadat er bijna een jaar geen contact is geweest, wordt onder strikte voorwaarden een omgangsregeling vastgesteld, maar die omgang komt niet tot stand omdat de

benodigde omgangsbegeleiding niet beschikbaar is. Daarop besluit de rechtbank dat de omgang dan maar moet plaatsvinden in het opvanghuis waar moeder en kinderen wonen. Het is een nogal onhandige beschikking van de rechtbank, want volgens de moeder maakt de rechtbank hiermee haar verblijfplaats bekend.[3] Het opvanghuis geeft daarna ook nog eens aan helemaal niet de middelen te hebben om de veiligheid van de kinderen tijdens de omgangsmomenten te kunnen garanderen.

4. De moeder verhuist hierop terug naar de gemeente waar zij oorspronkelijk woonde en trekt met de kinderen in bij haar ouders. Ze stemt ermee in dat de omgang plaats gaat vinden in een gemeente zestig kilometer verderop. Deze gemeente laat de rechtbank echter ook weten geen geschikte plek beschikbaar te hebben voor de omgangsmomenten. Vervolgens wordt de omgang toch gestart zonder dat daarbij bescherming aan de kinderen geboden kan worden. Er vinden verschillende omgangsmomenten plaatst, steeds op ongeschikte plekken en in het bijzijn van een maatschappelijk werker, en dus niet de kinderpsycholoog die er volgens de rechtbank bij moest zijn. Uiteindelijk laat de moeder echter weten dat ze een baan heeft gevonden en dat ze niet meer zomaar de tijd heeft om 120 kilometer op en neer te rijden om de kinderen van en naar de (nog altijd ongeschikte) omgangslocatie te brengen; ze komt twee keer achter elkaar niet opdagen met de kinderen. Dit vormt vervolgens de grond voor een beschikking waarin het gezag van de moeder wordt geschorst. Ondertussen wordt de omgangsregeling met de vader nog twee jaar lang voortgezet, ondanks voortdurende zorgen over de veiligheid van de kinderen.

De klacht van de kinderen

5. De klacht van de kinderen ziet op het tot stand brengen en voortzetten van de omgang onder omstandigheden die voor hen niet veilig waren. In de kern spelen bij de beslissing over een omgangsregeling in een situatie als deze twee rechten. Enerzijds is er het recht van de kinderen op bescherming tegen geweld. De staat heeft een positieve verplichting om kinderen te beschermen tegen geweld wanneer de staat wist, of had kunnen weten, dat het kind slachtoffer kon worden van geweld.[4] Zowel onder artikel 3 EVRM, als onder artikel 8 EVRM is het verschillende staten verweten dat zij te weinig hebben gedaan om kinderen te beschermen tegen geweld door hun ouders.[5] Dit is het recht dat sterk benadrukt wordt in het standpunt van de klagers. De autoriteiten wisten dat de vader agressief was, en hebben desondanks de bijeenkomsten op ongeschikte plekken en zonder gekwalificeerde begeleiding doorgezet. Daarmee plaatsten de autoriteiten het omgangsrecht van de vader boven hun recht op bescherming tegen geweld.[6] Anderzijds is er het recht van zowel de kinderen als van de vader op omgang en contact met elkaar. Het EHRM oordeelde in verband met dit recht meermaals dat het wederzijds genieten van contact met elkaar fundamenteel onderdeel uitmaakt van het recht op respect voor het gezinsleven onder artikel 8 EVRM.[7] De Italiaanse

overheid richt zich in zijn verweer uiteraard op dit recht en stelt dat de bijeenkomsten juist georganiseerd werden om de band van de kinderen met beide ouders te bevorderen. Het probleem was volgens hen aanvankelijk niet zozeer het gedrag van de vader, maar de echtscheiding die voor de kinderen traumatische of gewelddadig was geweest.[8]

6. In de uitspraken van het EHRM is er de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor het recht van de ouder zonder hoofdverblijf op omgang. Beslissingen die de omgang of het contact tussen de ouder en de kinderen beperken, moeten gerechtvaardigd kunnen worden onder lid 2 van artikel 8 EVRM. Het volledig verbieden van contact mag alleen in '*very exceptional circumstances*'.^[9] Uiteindelijk zijn het de belangen van het kind die bepalend zijn bij het al dan niet vaststellen van een omgangsregeling. Dat betekent in de praktijk dat het simpele verloop van tijd ertoe kan leiden dat omgang niet meer vastgesteld kan worden. Omgang afdwingen tussen een kind en een ouder die het kind zich niet meer kan herinneren zal immers niet altijd in het belang van het kind zijn. Juist daarom hecht het EHRM in zijn jurisprudentie veel waarde aan een snelle procedure en aan voldoende en efficiënte middelen om omgang om daadwerkelijk tot stand te brengen.^[10] In Nederland is deze verplichting voor de staat door de Hoge Raad in 2014 uitgewerkt door een lijst te geven van middelen die de Nederlandse rechter heeft om omgang te effectueren.^[11]

7. Zo op het eerste oog werd het EHRM hier aldus geplaatst voor een relatief overzichtelijke belangenafweging tussen de rechten en belangen van de vader die omgang met zijn kinderen wil en die van de kinderen die dat niet willen vanwege het risico op geweld. En zo benadert het EHRM de vraag ook. In par. 106 geeft het Hof de standaardoverweging die het veel gebruikt in zaken waarin het recht van de ouder botst met de rechten en belangen van het kind. Kort gezegd komt die overweging erop neer dat de belangen van het kind enerzijds voorschrijven dat de banden van het kind met zijn familie behouden blijven. Anderzijds kan het belang van het kind op een ongestoorde ontwikkeling vergen dat een inbreuk wordt gemaakt op het familieleven tussen ouder en kind. De ouder kan, zo heeft het Hof meermaals gesteld, aan artikel 8 EVRM niet het recht ontnemen dat maatregelen worden genomen die het belang van het kind schaden. Deze standaardoverweging is goed werkbaar voor juristen. Het is immers voor hen dagelijkse kost om op het oog ingewikkelde zaken terug te brengen tot een relatief overzichtelijke belangenoverweging. Mijns inziens gaat het hier evenwel niet om het simpel tegen elkaar afwegen van twee belangen, maar veeleer om twee opeenvolgende vragen. Allereerst is er de vraag naar het vaststellen van de omgangsregeling en daarna is er een afzonderlijke vraag of die omgangsregeling op een voor het kind veilige manier ten uitvoer kan worden gelegd.

8. De uitgangspunten die het EHRM noemt in par. 104-108 van de uitspraak richten zich op de eerste vraag. Kort gezegd luidt die vraag of de vader recht heeft op omgang. De toepassing van

de uitgangpunten door het EHRM vervolgens richten zich op zich op de tweede vraag, namelijk kan de omgang veilig ten uitvoer worden gelegd? In zijn argumentatie wijst het EHRM er immers op dat er geen psycholoog aanwezig was bij de omgangsmomenten,[12] dat de omgang niet in een geschikte ruimte plaatsvond[13] en dat de rechtbanken meerdere malen werden geïnformeerd over de onveilige situatie als gevolg van de ongeschikte locaties en het gedrag van de vader[14]. Uiteindelijk concludeert het Hof dan ook dat, doordat de bijeenkomsten eerst plaats vonden zonder psycholoog en later op ongeschikte locaties, het welzijn van de kinderen is verstoord en er derhalve sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

9. Wat mij betreft had de motivering van het Hof aan helderheid gewonnen wanneer het beide vragen niet in de standaard belangenafweging had geprobeerd te passen, maar ze achtereenvolgens had behandeld. Dan had het allereerst vast kunnen stellen dat de vader in deze zaak uiteraard een recht op omgang ontleent aan zijn positie als juridisch vader met gezag (hoewel het gezag op een gegeven moment wordt geschorst). Vervolgens had het in kunnen gaan op het gedrag van de vader én de beperkte beschikbaarheid van omgangsbegeleiding die maakten dat de veiligheid van de kinderen niet meer gegarandeerd kon worden bij de tenuitvoerlegging van de omgangsregeling. Dat gedrag van ouders zelf een rol speelt in de vraag of omgang moet worden gefaciliteerd is al vaker vastgesteld door het Hof.[15] Ook de verplichting van de staat om de omgang te faciliteren en daarvoor de nodige ondersteuning te bieden is meermaals benadrukt door het Hof.[16] Door de vragen achtereenvolgens te behandelen was het Hof tot dezelfde uitkomst gekomen, maar hadden in de motivering de vaststelling van de omgangsregeling en de uitvoering daarvan niet kriskras door elkaar gelopen. Hoewel het door elkaar laten lopen van deze twee zaken een verwarring is die vaker voorkomt in omgangszaken, is helderheid in beoordelingskader juist voor het EHRM van cruciaal belang, nu daarmee duidelijk wordt wat precies van staten wordt verwacht in dit type zaken.

10. Lastig in deze zaken is evenwel dat gedrag van ouders en beschikbaarheid van efficiënte ondersteuning in de vorm van jeugdhulp communicerende vaten zijn. Waren er wel een geschikte locatie geweest en een bevoegde kinderpsycholoog die de omgangsmomenten had kunnen begeleiden, dan had het gedrag van de vader er niet toe hoeven leiden dat omgang stop werd gezet. In dat opzicht werden de Italiaanse rechtbanken natuurlijk voor een onmogelijke opgave geplaatst. Het recht van de vader op contact geheel stopzetten mag alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden. Hadden zij de verzoeken van de vader in z'n geheel afgewezen omdat er geen geschikte omgangsbegeleiding beschikbaar was, dan had vader wellicht met succes kunnen klagen voor het EHRM. Zijn recht op omgang met zijn kinderen is immers belemmerd door een gebrek aan voldoende ondersteuning en de staat heeft een

positieve verplichting om die ondersteuning te bieden. Hoewel het een gekke omkering lijkt (de vader die zich schuldig maakt aan mishandeling die zich vervolgens kan beroepen een schending van zijn recht om het contact tussen hem en zijn kinderen te faciliteren), is het Hof dergelijke constructies niet vreemd. Mensenrechten gelden immers zowel voor slachtoffer als voor de dader. Het meest prangende voorbeeld daarvan is wellicht de *Gäfgen*-zaak waarin de ontvoerder en later moordenaar van een kind zich voor het EHRM beklagde over de wijze waarop agenten bij hem hadden proberen te ontfutselen waar hij het kind verstopt had.[17]

11. Het gebrek aan beschikbare jeugdhulp waarmee de Italiaanse rechters worden geconfronteerd, zal de Nederlandse kinderrechters bekend voorkomen. Ook Nederlandse rechters zullen regelmatig beslissingen moeten nemen die in strijd zijn met kinder- en mensenrechten doordat de benodigde jeugdhulp en ondersteuning niet beschikbaar zijn. Wat te denken van een gezagsbeëindiging om het kind de noodzakelijke duidelijkheid in zijn opvoedperspectief te bieden, terwijl de ondersteuning aan ouders niet of veel te laat op gang is gekomen? Of van de verlenging van een gesloten plaatsing omdat er nog geen vervolgplek beschikbaar is voor de minderjarige? Daarnaast zal ook de opmerking in paragraaf 32 van de uitspraak dat bij een van de zittingen niet de betrokken jeugdhulpverlener aanwezig was, maar een vervanger die de kinderen nog nooit ontmoet had, voor menig kinderrechtster herkenbaar zijn.

12. Het gebrek aan beschikbare jeugdhulp waarmee de rechters worden geconfronteerd kan de rechters niet worden verweten. Dat neemt niet weg dat de Italiaanse rechtbanken het op een aantal punten wel beter hadden kunnen doen, met name waar het gaat om het inzichtelijk maken van de verschillende belangen en het vereisen van de juiste onderbouwing voor de verschillende verzoeken. En natuurlijk hadden ze al veel eerder de omgang stop moeten zetten, niet omdat Italië dan geen schending verweten had kunnen worden (zoals hierboven toegelicht is niet uitgesloten dat de vader dan een zaak zou kunnen voorleggen omdat Italië haar positieve verplichting om omgang zoveel mogelijk te faciliteren niet nakwam), maar omdat de staat daarmee de belangen van de kinderen beschermde. Dat is, hoe je het ook wendt of keert, de primaire taak van de kinderrechtster, ook wanneer de overheid op haar beurt haar verplichtingen niet nakomt.

De klacht van de moeder

13. Waar het gaat om de moeder draait de zaak primair om de schorsing van het ouderlijk gezag, een maatregel die overeen lijkt te komen met wat we in Nederland de omgangsondertoezichtstelling noemen. Dat geldt zeker nu de kinderen altijd bij de moeder zijn blijven wonen. Hier komt wellicht het meest duidelijk naar voren hoeveel gewicht in de huidige praktijk wordt toegekend aan het omgangsrecht. Dat geldt voor Italië, maar ook ten

aanzien van bijvoorbeeld Engeland en Nederland zijn hier zorgen over geuit.[18] Uitgangspunt in deze argumentatielijn is dat huiselijk geweld het beste kan worden begrepen in termen van *coercive control*. [19] Hierbij gaat het niet zozeer om geweldsincidenten, maar veeleer om gedragspatronen die erop gericht zijn om controle uit te oefenen over een persoon. Deze persoon wordt vaak geïsoleerd van familie en vrienden en er worden allerlei beperkingen opgelegd met betrekking tot bijvoorbeeld werk, naar buiten gaan en voeding.[20] Dit gedragspatroon verandert niet als de relatie wordt beëindigd; sterker nog, het wordt veelal juist erger.[21] Als de ouder vervolgens besluit de omgangsregeling stop te zetten, ligt vervolgens de vraag voor of het geweld die beslissing kan rechtvaardigen. Het Nederlandse recht is daar niet op voorzien. Om te kunnen vaststellen of het geweld het stopzetten van de omgang rechtvaardigt, wordt immers gekeken naar aanwijsbare recente incidenten, zoals kan blijken uit politiemutaties. Nu het huiselijk geweld vooral begrepen moet worden als gedragspatroon, is er vaak echter geen sprake van aanwijsbare incidenten.

14. Een tweede probleem waar vaak op wordt gewezen is dat veel rechtssystemen de nadruk leggen op mediation: ouders moeten er samen uit zien komen. Ook in Nederland wordt van ouders verwacht dat zij een ouderschapsplan opstellen. Komen ze er samen niet uit, dan worden ze naar mediation verwezen. GREVIO heeft zowel in zijn rapport over Italië, als in dat over Nederland benadrukt dat het Verdrag van Istanboel een verbod op verplichte bemiddeling in zaken waarin sprake is van huiselijk geweld omvat.[22] Voor mediation of bemiddeling is immers noodzakelijk dat partijen elkaars gelijken zijn, terwijl de machtsverhoudingen bij huiselijk geweld volstrekt ongelijk zijn.

15. Het is wat mij betreft volkomen terecht dat het EHRM hier fel van leer trekt en in niet mis te verstane bewoordingen de conclusies van GREVIO ten aanzien van Italië aanhaalt. Het duidelijkst is het Hof wellicht in paragraaf 138, waarin het overweegt de zorgen van GREVIO te delen als het gaat om een wijdverbreide praktijk bij de Italiaanse rechtbanken waarbij vrouwen die zich beroepen op huiselijk geweld worden weggezet als weigerachtige ouders en het stempel van niet-meewerkend of ongeschikt krijgen. Eenzelfde verwijt is overigens terug te vinden in de rapportage over Nederland, waarin het comité stelt: 'GREVIO maakt zich ernstige zorgen over meldingen dat vrouwen al snel worden gezien als "slechte moeders" als ze hun kinderen hun stress en schade laten zien en genderstereotypering leidt er vaak toe dat er maatregelen worden genomen om het kind te beschermen ten nadele van de moeder'. [23]

16. Er is de afgelopen jaren terecht veel aandacht geweest voor het recht op omgang en de positieve verplichting die omgang tot stand te brengen. Ook contactverlies met ouders, mogelijk als gevolg van ouderverstoting, geniet steeds meer bekendheid.[24] In de *slipstream* daarvan lijkt evenwel het bezwaar dat sprake is van huiselijk geweld soms gemakkelijk opzij te worden gezet. Te snel wordt gedacht dat degene die stelt dat sprake is van huiselijk geweld,

het huiselijk geweld inzet als troefkaart die het recht op omgang overtroeft. Maar wie de troefkaart speelt, heeft deze niet per definitie verkregen door vals te spelen. Dat neemt niet weg dat het soms heel ingewikkeld is om vast te stellen of de troefkaart uit de mouw of eerlijk van de stapel komt. Was er daadwerkelijk sprake van geweld, of is dat slechts een list om de andere ouder buiten spel te zetten?

17. In een zaak als deze waren er evenwel van alle kanten aanwijzingen dat het gedrag van de vader niet in de haak was. Steeds opnieuw rapporteerden de betrokken hulpverleners dat het gedrag van de vader problematisch was. Exemplarisch is het verzoek van een betrokken maatschappelijk werker die de rechtbank verzoekt de omgang te verplaatsen naar een ruimte waaruit hij zou kunnen vluchten voor de vader.[25] Het probleem lijkt dan ook niet zo zeer dat het geweld niet zichtbaar was voor de betrokkenen, maar veel meer dat de klachten niet serieus werden genomen, dat er te veel wisselingen waren onder de betrokken hulpverleners, te lange wachtlijsten voor deskundige ondersteuning en dat de rapportages gebrekkig en onvolledig waren. Kortom wat nodig was, was vooral een versterking van de beschikbare jeugdhulp, om juist met een sterk voorveld veel erger te kunnen voorkomen. Ik zou denken: staatssecretaris Van Ooijen, luistert u even mee?

Mr. dr. K.A.M. (Kartica) van der Zon

Universitair docent Jeugdrecht aan de Universiteit Leiden

[1] In de literatuur worden verschillende termen gebruikt voor dit verschijnsel. In de kern gaat het om de situatie waarin een kind één ouder buitensluit en dit wordt veroorzaakt door (al dan niet bewuste) manipulatie door de andere ouder. Zie Expertteam ouderverstoting/ complexe echtscheidingsproblematiek, *Adviesrapport*, Ministerie van Justitie en Veiligheid, januari 2021, p. 22

[2] Zie bijv. H. Holtjer, R.R.J.A. Ollie-Hallmans en J.A.M. Hendriks, 'Contactverlies met een ouder na scheiding, vanuit sociaal wetenschappelijk perspectief', *REP* 2019/700.

[3] Zie par. 13 van de uitspraak. Overigens stelt de Italiaanse overheid, anders dan de moeder, dat de vader de verblijfplaats al kende.

[4] Zie m.n. A. t. *het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 september 1998, nr. 25599/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD2559994; Z. e.a. t. *het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295, *EHRC* 2001/46 m.nt. Brems; E. e.a. t. *het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96, ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD003321896, *EHRC* 2003/14 m.nt. Janssen.

[5] Zie bijv. *Dorđević t. Kroatië*, EHRM 12 juli 2012, nr. 41526/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0712JUD004152610, par. 151-153 ().

[6] *I.M. t. Italië*, par. 83.

[7] Zie o.m. *K. en T. t. Finland*, EHRM (GK) 12 juli 2001, nr. 25702/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD002570294, EHRC 2000/73 m.nt. Janssen, par. 151; *Kutzner t. Duitsland*, EHRM 26 februari 2002, nr. 46544/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD004654499, par. 58.

[8] *I.M. t. Italië*, par. 97.

[9] *Gnahoré t. Frankrijk* EHRM 19 september 2000, nr. 40031/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0919JUD004003198 (), par. 59

[10] C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 279.

[11] Hoge Raad 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91, m.nt. S.F.M. Wortmann

[12] *I.M. t. Italië*, par. 112.

[13] *I.M. t. Italië*, par. 113.

[14] *I.M. t. Italië*, par. 117-122.

[15] *Cristescu t. Roemenië*, EHRM 10 januari 2012, nr. 13589/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0110JUD001358907 (); *Glaser t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 september 2000, nr. 32346/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0919JUD003234696, NTM/NJCM-Bull. 2001, m.nt. S. Wijte ().

[16] Zie onder meer *Prizzia t. Hongarije*, EHRM 11 juni 2013, nr. 20255/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611JUD002025512, EHRC 2013/176; *Pascal t. Roemenië*, EHRM 17 juli 2012, nr. 805/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0717JUD000080509 ()

[17] *Gäfgen t. Duitsland*, EHRM (GK) 1 juni 2010, nr. 22978/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, EHRC 2010/105 m.nt. Van der Velde ()

[18] Zie met betrekking tot Engeland J. Herring, *Domestic abuse and human rights*, Cambridge: Intersentia 2020. Zie over Nederland I. Avontuur, 'Het negeren van huiselijk geweld is een systeemfout bij de aanpak van 'complexe' scheidingen', *NJB* 2022/2696.

[19] J. Herring, *Domestic abuse and human rights*, Cambridge: Intersentia 2020, p. 174.

[20] J. Herring, *Domestic abuse and human rights*, Cambridge: Intersentia 2020, hoofdstuk 2. I. Avontuur, 'Het negeren van huiselijk geweld is een systeemfout bij de aanpak van 'complexe' scheidingen', *NJB* 2022/2696.

[21] J. Herring, *Domestic abuse and human rights*, Cambridge: Intersentia 2020, p. 174. I. Avontuur, 'Het negeren van huiselijk geweld is een systeemfout bij de aanpak van 'complexe' scheidingen', *NJB* 2022/2696. Zie hierover ook de opmerking van GREVIO in haar evaluatierapport ten aanzien van de Nederlandse situatie: GREVIO, *Evaluatierapport inzake wettelijke en andere maatregelen om uitvoering te geven aan de bepalingen van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (het Verdrag van Istanboel) inzake Nederland*, 20 januari 2020, par. 202, te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 28345, nr. 227.

[22] Zie voor Nederland par. 201 van GREVIO's evaluatierapport (zie hiervoor, noot 21). Zie voor de verwijzing in het Italiaanse rapport par. 184, geciteerd in par. 73 van de uitspraak in *I.M. t. Italië*.

[23] Zie par. 203 van het evaluatierapport van GREVIO over Nederland (zie hiervoor, noot 21).

[24] Zie onder meer Vanmontfoort, *Evaluatiepilot Specialist Contactverlies*, februari 2022, te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 33836, nr. 66.

[25] *IM t. Italië*, par. 117.

ANNOTATIE

Dual Prod SRL (HvJ EU, C 412/21) – De zaak-Dual Prod SRL en de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht***B. van der Vorm*****Inleiding**

1. Het Nederlandse bestuursstrafrecht wordt genormeerd door het bepaalde in Hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). In dit verband maakt de Awb een onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties. Een herstelsanctie is blijkens het bepaalde in artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb “een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.” Een bestraffende sanctie, daarentegen, is “een bestuurlijke sanctie voorzover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen”, zo volgt uit artikel 5:2, eerste lid, onder c, Awb. Het aanmerken van een sanctie als een herstelsanctie of bestraffende sanctie is niet zonder gevolgen. Zo gelden uitsluitend ten aanzien van de bestuurlijke boete – een bestraffende sanctie – de regels betreffende de ‘verhoogde’ rechtsbescherming in Titel 5.4 Awb; die regels gelden niet ten aanzien van herstelsancties. In de kern komt dit onderscheid voort uit het al dan niet aanmerken van een sanctie als een ‘criminal charge’.[1] Indien sprake is van een ‘criminal charge’ komt de verdachte meer rechtsbescherming toe dan wanneer geen sprake is van een ‘criminal charge’. In de literatuur is betoogd dat niet het aanmerken van een sanctie als ‘criminal charge’ centraal moet staan, maar dat er vooral oog moet zijn voor de evenredigheid van de opgelegde sancties.[2] Toch zijn er nog veel vragen. Wat betekent het gemaakte onderscheid nu concreet voor het bestuursstrafrecht? In hoeverre geldt de onschuldpresumptie ten aanzien van bestuurlijke sancties? En hoe dient het ne-bis-in-idem-beginsel te worden uitgelegd? Deze twee vragen staan centraal in het onderhavige arrest van het HvJ EU (*Dual Prod*), dat voortkomt uit prejudiciële vragen over de uitleg van de artikelen 48 en 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest of Hv). In deze annotatie wordt de kern van dit arrest besproken, waarna vervolgens aandacht wordt besteed aan de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht.

De feiten

2. Dual Prod is een vennootschap naar Roemeens recht die houder is van een vergunning voor de productie van aan accijns onderworpen alcohol en alcoholhoudende dranken.[3] In een van de bedrijfsruimten van deze vennootschap heeft op 1 augustus 2018 een doorzoeking plaatsgevonden.[4] Naar aanleiding van deze doorzoeking is een strafrechtelijke vervolging gestart wegens verdenking van overtreding van bepalingen uit het Roemeense belastingwetboek, namelijk het vervoeren en buiten het belastingentrepot bewaren van meer dan veertig liter ethylalcohol met een alcoholvolumegehalte van minstens 96% en anderzijds het monteren van een leiding op de productie-installatie.[5] Vanwege deze verdenkingen van strafrechtelijke aard heeft de bevoegde overheidsinstantie in Roemenië de vergunning van Dual Prod als belastingentrepot voor accijnsproducten geschorst voor een periode van twaalf maanden op grond van een bepaling uit – wederom – het Roemeense belastingwetboek.[6] De Roemeense Curte de Apel Oradea heeft de schorsing teruggebracht tot acht maanden, omdat naar het oordeel van dit rechtscollege de hoogte van de schorsing kennelijk onevenredig was.[7] Nadat Dual Prod op 21 oktober 2020 als verdachte is aangemerkt, heeft de bevoegde overheidsinstantie de vergunning voor een belastingentrepot voor accijnsproducten van Dual Prod opnieuw geschorst, totdat definitief uitspraak werd gedaan in de strafprocedure. Dual Prod heeft dit besluit aangevochten bij de Tribunal Satu Mare.[8] Dit rechtscollege merkt op dat in deze zaak de neergelegde beginselen in artikel 48, eerste lid, Handvest (onschuldpresumptie) en 50 Handvest (ne-bis-in-idem-beginsel) relevant kunnen zijn.[9] Dientengevolge heeft de Tribunal Satu Mare de behandeling van de zaak geschorst en het HvJ EU prejudiciële vragen gesteld. De eerste vraag luidt als volgt: “Kan artikel 48, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie inzake het vermoeden van onschuld, gelezen in samenhang met artikel 16, lid 1, van richtlijn [2008/118], aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een juridische situatie als in de onderhavige zaak aan de orde is, waarin een bestuurlijk besluit tot schorsing van de vergunning voor de productie van alcohol kan worden vastgesteld op grond van louter vermoedens die in een lopende strafprocedure worden onderzocht, zonder dat er een definitieve strafrechtelijke veroordeling is uitgesproken?”.[10] De tweede vraag houdt het volgende in: “Kan artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie inzake het beginsel ne-bis-in-idem, gelezen in samenhang met artikel 16, lid 1, van richtlijn [2008/118], aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een juridische situatie als in de onderhavige zaak aan de orde is, die inhoudt dat aan dezelfde persoon voor dezelfde feiten twee gelijkaardige sancties zijn opgelegd (schorsing van de vergunning voor de productie van alcohol), die uitsluitend verschillen wat betreft de duur van de sancties?”[11]

De beantwoording van de prejudiciële vragen door het HvJ EU

3. Uit artikel 48, eerste lid, Hv blijkt dat het een ieder beoogt te garanderen dat hij niet als schuldig aan een strafbaar feit wordt aangewezen of behandeld, voordat zijn schuld is komen vast te staan.[12] Het HvJ EU stelt vast dat artikel 48, eerste lid, Hv zo moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een vergunning voor een belastingentrepot voor accijnsgoederen, op de enkele grond dat de houder van deze vergunning als verdachte is aangemerkt in het kader van een strafprocedure, bestuurlijk wordt geschorst, totdat deze strafprocedure is beëindigd, indien die schorsing een sanctie van strafrechtelijke aard vormt.[13] Dit betekent concreet dat moet worden vastgesteld hoe deze schorsing van de vergunning moet worden aangemerkt; de verwijzende rechter moet onderzoeken of deze schorsing moet worden aangemerkt als een sanctie van strafrechtelijke aard.[14] Hierbij dient gebruik te worden gemaakt van de ‘Bonda-criteria’.[15] Hoe deze uitkomst zal zijn, is afhankelijk van het oordeel van de Tribunal Satu Mare.

4. Het uitgangspunt is dat het in artikel 50 Hv neergelegde ne-bis-in-idem-beginsel in de weg staat aan de cumulatie van zowel vervolgingsmaatregelen als sancties van strafrechtelijke aard in de zin van dat artikel voor dezelfde feiten en ten aanzien van dezelfde persoon.[16] Volgens het HvJ EU moet artikel 50 Hv zo worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat wegens inbreuken op de regelgeving betreffende accijnsgoederen een sanctie van strafrechtelijke aard wordt opgelegd aan een rechtspersoon waaraan voor dezelfde feiten al een definitief geworden sanctie van strafrechtelijke aard is opgelegd, “op voorwaarde dat, de mogelijkheid om die twee sancties te cumuleren bij wet is gesteld; de nationale regeling niet toestaat dat dezelfde feiten worden vervolgd en bestraft wegens hetzelfde strafbare feit of met het oog op het nastreven van dezelfde doelstelling, maar enkel voorziet in de mogelijkheid tot cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties op grond van verschillende regelingen, die vervolgingsmaatregelen en sancties aanvullende doelen nastreven die in voorkomend geval betrekking hebben op verschillende aspecten van hetzelfde inbreukmakende gedrag en er duidelijke en nauwkeurige regels bestaan op basis waarvan kan worden voorzien voor welk handelen en nalaten vervolgingsmaatregelen en sancties kunnen worden gecumuleerd en die de twee bevoegde instanties in staat stellen hun optreden onderling af te stemmen, dat de beide procedures daadwerkelijk voldoende onderling zijn afgestemd en in temporeel opzicht samenhangen, en dat de sanctie die in voorkomend geval is opgelegd in het kader van de chronologisch eerst gevoerde procedure, in aanmerking is genomen bij de bepaling van de tweede sanctie, zodat de lasten die voor de betrokkenen uit een dergelijke cumulatie voortvloeien beperkt zijn tot wat strikt noodzakelijk is en de opgelegde sancties in hun geheel beschouwd stroken met de ernst van de begane inbreuken.”[17] Zoals Demandt terecht heeft opgemerkt, lijkt het erop dat het ne-bis-in-idem-beginsel steeds meer gaat lijken op het evenredigheidsbeginsel.[18] Dit beeld wordt bevestigd door de beantwoording van deze prejudiciële vraag door het HvJ EU.

5. Met betrekking tot de beantwoording van deze tweede vraag kan een vergelijking worden gemaakt met de jurisprudentie van het EHRM. In die zaak die leidde tot *A en B t. Noorwegen* was zowel een fiscale boete – een ‘criminal charge’ – als een (strafrechtelijke) vrijheidsstraf opgelegd voor hetzelfde feit.[19] Er was dus sprake van een samenloop tussen een bestuurlijke bestraffende sanctie en een strafrechtelijke sanctie. In hoeverre was hier sprake van schending van het ne-bis-in-idem-beginsel, zoals dit is neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM? Het EHRM oordeelde dat in casu geen sprake is van een schending van het ne-bis-in-idem-beginsel, omdat beide procedures die leiden tot de bestraffende sancties een voldoende nauwe samenhang hebben, zowel inhoudelijk als in tijd. Deze procedures moeten op een voldoende samenhangende manier zijn gecombineerd, zodat zij een coherent geheel vormen. De volgende factoren spelen in dit verband een rol: dienen de verschillende procedures complementaire doelen? Is de cumulatie van de procedures voorzienbaar? Werken de verschillende betrokken autoriteiten samen en worden daarbij met name de verzameling van het bewijs en de beoordeling daarvan één keer verricht en gebruikt in beide procedures? Is het totaalpakket aan sancties evenredig? In casu was aan deze voorwaarden voldaan, waardoor de cumulatie tussen de bestraffende bestuurlijke sanctie en de strafrechtelijke sanctie geen strijd opleverde met het ne-bis-in-idem-beginsel. Ook deze uitspraak laat zien dat de nadruk wordt gelegd op het evenredigheidsbeginsel.

De betekenis van de uitspraak voor het Nederlandse bestuursstrafrecht

6. Wat is nu de betekenis van uitleg die het HvJ EU geeft aan artikel 48, eerste lid, Hv voor het Nederlandse bestuursstrafrecht? Artikel 48, eerste lid, Hv zou zo moeten worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een vergunning voor een bepaalde kwestie, op de enkele grond dat de houder van deze vergunning als verdachte is aangemerkt in het kader van een strafprocedure, bestuurlijk wordt ingetrokken totdat deze strafprocedure is beëindigd, indien die intrekking een sanctie van strafrechtelijke aard vormt.[20] Gezien de stand van zaken in de Nederlandse jurisprudentie wordt een intrekking van een (begunstigende) beschikking evenwel niet aangemerkt als een bestraffende sanctie.[21] Bezien vanuit dat perspectief is de betekenis van dit arrest derhalve beperkt. Dit betekent niet dat de onschuldpresumptie niet van toepassing kan zijn in het bestuursstrafrecht. Sterker nog: de onschuldpresumptie kan ook van toepassing zijn in een bestuursrechtelijke procedure, waarin geen bestraffende sanctie is opgelegd. In dit verband wordt gewezen op de zogenoemde ‘afgeleide’ onschuldpresumptie. De Afdeling vindt hiervoor steun in de jurisprudentie van het EHRM. De Afdeling heeft namelijk in navolging van een arrest van het EHRM overwogen[22], dat de reikwijdte van artikel 6, tweede lid, EVRM, niet beperkt is tot strafrechtelijke procedures, maar deze kan zich uitstrekken tot een bestuursrechtelijke procedure, indien de geschilpunten in de bestuursrechtelijke procedure voortvloeien uit en samenhangen met een strafrechtelijke

procedure. Om dit te illustreren wordt gewezen op een zaak waar de burgemeester van Woerden zich op het standpunt stelde dat de appellant zich binnen de gemeente Woerden had beziggehouden met drugshandel, ook vanaf openbare plaatsen. Dit vormde een overtreding van artikel 2:74 van de APV Woerden 2015. De burgemeester gelastte daarom dat appellant zich niet meer zou ophouden op een openbare plaats binnen de gemeentegrenzen van de gemeente Woerden met als kennelijke doel om middelen als bedoeld in artikel 2 en 3 Opiumwet, of daarop gelijkende waar, al dan niet tegen betaling, af te leveren, aan te bieden of te verwerven, daarbij behulpzaam te zijn of daarin te bemiddelen. Indien appellant niet aan deze lastgeving zou voldoen dan zou hij een dwangsom verbeuren van € 5.000,00 per geconstateerde overtreding van artikel 2:74 van de APV per dag, met een maximumbedrag van € 20.000,00. De burgemeester verklaarde het daartegen door appellant gemaakte bezwaar ongegrond. In hoger beroep betoogde appellant dat het handelen van de burgemeester in strijd was met de onschuldpresumptie, omdat hij als verdachte werd aangemerkt in een strafzaak. De Afdeling oordeelde dat de reikwijdte van artikel 6, tweede lid, EVRM niet beperkt is tot strafrechtelijke procedures, maar deze zich in voorkomend geval kan uitstrekken tot een bestuursrechtelijke procedure, indien de geschilpunten in de bestuursrechtelijke procedure voortvloeien uit en samenhangen met een strafrechtelijke procedure. Deze situatie kan zich voordoen tijdens een strafrechtelijke procedure alsook na het staken van de strafrechtelijke procedure of na een vrijspraak. Indien in een bestuursrechtelijke procedure wordt teruggevallen op het feit dat een strafrechtelijke procedure aanhangig is of op een nog niet onherroepelijke veroordeling, brengt dit een zodanige band tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke procedure mee dat artikel 6, tweede lid, EVRM in eerstgenoemde procedure van toepassing is. Dit wordt aangeduid als de 'afgeleide' onschuldpresumptie. Schending van de onschuldpresumptie is aan de orde als een rechterlijke beslissing of een uiting van een ambtenaar een oordeel weergeeft omtrent de schuld van iemand die is aangeklaagd ter zake van het plegen van een strafbaar feit voordat de schuld van die persoon in de strafrechtelijke procedure is komen vast te staan. Alleen het uitspreken van een vermoeden dat iemand schuldig is aan het strafbare feit waarvoor hij is aangeklaagd, levert geen schending van de onschuldpresumptie op.[23] De Afdeling overwoog verder dat het opleggen van een last onder dwangsom geen bestraffende sanctie is, maar een herstelsanctie. Bij het opleggen van een last onder dwangsom vindt daarom in beginsel geen vaststelling van schuld plaats. De burgemeester had aannemelijk geacht dat appellant zich bezighield met overtreding van artikel 2:74 APV Woerden 2015. Dat artikel richt zich niet op de overtreder, maar ziet op het beëindigen en voorkomen van de overtreding. Met deze bepaling wordt beoogd negatieve effecten van de handel in drugs, onder meer gezien vanuit het perspectief van de openbare orde, tegen te gaan. Hoewel de burgemeester bij het nemen van zijn besluit aannemelijk heeft geacht dat appellant betrokken is geweest bij drugshandel, betekent dat niet dat de

burgemeester hem schuldig heeft verklaard aan het plegen van strafbare feiten. Dat de burgemeester zich voor het opleggen van de last onder dwangsom mede heeft gebaseerd op informatie afkomstig uit een strafrechtelijk onderzoek, maakt volgens de Afdeling evenmin dat hij de onschuldpresumptie heeft geschonden.[24] In deze zaak oordeelde de Afdeling dus dat de onschuldpresumptie niet is geschonden. Uit een minder recente uitspraak van de Afdeling – een Bibob-zaak – blijkt overigens dat de onschuldpresumptie wel degelijk kan worden geschonden zonder dat sprake is van een bestuurlijke bestraffende sanctie.[25]

7. De uitleg die het HvJ EU geeft aan artikel 50 Hv is voor het Nederlandse bestuursstrafrecht niet direct van belang. In het bestuursrecht wordt uitsluitend de bestuurlijke boete als een bestraffende sanctie aangemerkt en hier geldt de bescherming die wordt geboden door het bepaalde in artikel 5:44, eerste lid, Awb: “Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd.” Het spiegelbeeld van deze bepaling is te vinden in artikel 243, tweede lid, Sv: “Indien terzake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een mededeling als bedoeld in artikel 5:50, tweede lid, onderdeel a, Awb is verzonden, heeft dit dezelfde rechtsgevolgen als een kennisgeving van niet verdere vervolging.” Naar mijn mening biedt deze regeling meer bescherming dan het bepaalde in artikel 50 Hv, nu het HvJ EU artikel 50 Hv in casu zo uitlegt dat het in deze bepaling neergelegde ne-bis-in-idem-beginsel niet in de weg staat dat wegens inbreuken op de regelgeving betreffende accijnsgoederen een sanctie van strafrechtelijke aard wordt opgelegd aan een rechtspersoon waaraan voor dezelfde feiten al een definitief geworden sanctie van strafrechtelijke aard is opgelegd, mits is voldaan aan de reeds gestelde voorwaarden.

Tot slot

8. Het onderhavige arrest van het HvJ EU over de uitleg van de onschuldpresumptie en het ne-bis-in-idem-beginsel heeft naar mijn mening geen directe invloed op het Nederlandse bestuursstrafrecht. Dit betekent niet dat de rechtsbescherming in het Nederlandse bestuursstrafrecht een rustig bezit is. In het geheel niet zelfs. De discussie die thans wordt gevoerd binnen dit rechtsgebied ziet niet zo zeer op de vraag of een bestuurlijke sanctie wel of niet moet worden aangemerkt als een ‘criminal charge’, maar het gaat veel meer om evenredigheidsvraagstukken. Dit komt ook tot uiting in deze *Dual Prod*-zaak. Dat geldt zeker waar het gaat om een cumulatie tussen een bestuurlijke herstelsanctie en een sanctie van strafrechtelijke aard komt deze kwestie aan de orde.[26] Hoewel het evenredigheidsbeginsel een groot goed is, betwijfel ik of dit beginsel méér bescherming biedt aan de verdachte dan het una-via-beginsel. Het una-via-beginsel ligt namelijk in het verlengde van het ne bis-in-idem-beginsel. De strekking van dit eerstgenoemde beginsel is dat, indien dezelfde gedraging zowel

bestuurlijk als strafrechtelijk kan worden afgedaan, de keuze voor een der wegen op een gegeven moment definitief is. Het una-via-beginsel behelst zowel een verbod op dubbele vervolging (*Erledigungsprinzip*) als op dubbele bestraffing (*Anrechnungsprinzip*). Het evenredigheidsbeginsel daarentegen sluit een dubbele vervolging en bestraffing niet uit, maar schrijft in dit verband voor dat het totaalpakket aan opgelegde sancties evenredig moet zijn. Dit arrest van het HvJ EU laat zien dat het een belangrijke rol is weggelegd voor het evenredigheidsbeginsel.

Benny van der Vorm

Universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht

[1] *Engel t. Nederland*, EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, NJ 1978/223.

[2] T. Barkhuysen & E.L. van Emmerik, 'De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 99-192.

[3] Zie punt 11.

[4] Zie punt 12.

[5] Zie punt 13.

[6] Zie punt 14.

[7] Zie punt 15.

[8] Zie punt 16.

[9] Zie punt 17. Richtlijn 2008/118 bevat volgens de verwijzende rechter algemene bepalingen betreffende de vergunning van belastingentrepots.

[10] Zie punt 21.

[11] Zie punt 21.

[12] Zie punt 40.

[13] Zie punt 44.

[14] Zie punt 27.

[15] *Bonda*, HvJ EU 5 juni 2012, EU:C:2012:319. Deze criteria zijn geënd op de reeds genoemde 'Engel-criteria'.

[16] Zie punt 49.

[17] Zie punt 73.

[18] K. Demandt, 'Een overpeinzing over het ne-bis-in-idem-beginsel volgens de Hoge Raad, het Hof van Justitie en het EHRM', *NLF-W* 2022/29.

[19] *A. en B. T. Noorwegen*, EHRM 15 november 2016, AB 2017/188, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

[20] Vgl. punt 74.

[21] Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863, AB 2017/189.m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

[22] *Hrdalo t. Kroatië*, EHRM 27 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD002327207.

[23] ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:780, r.o. 5.1.

[24] ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:780, r.o. 5.1.

[25] ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:331, AB 2015/145, m.nt. B. van der Vorm.

[26] Vgl. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR2017:3122, *NJ* 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.