

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-3

Nummer 3, 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:2023:0126JUD006099014 26-01-2023

B.Y. t. Griekenland, EHRM 26 januari 2023, nr. 60990/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1130DEC000801916 25-01-2023

Oekraïne en Nederland t. Rusland, EHRM (GK) 25 januari 2023 (ontv.besl.), nrs. 8019/16, 43800/14 en 28525/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0124JUD005471417 24-01-2023

Svetova e.a. t. Rusland, EHRM 24 januari 2023, nr. 54714/17,

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0123JUD006143519 24-01-2023

Macatej t. Litouwen, EHRM (GK) 24 januari 2023, nr. 61435/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0124JUD001791215 24-01-2023

Kutayev t. Rusland, EHRM 24 januari 2023, nr. 17912/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD002420316 19-01-2023

Pagerie t. Frankrijk, EHRM 19 januari 2023, nr. 24203/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD003224519 19-01-2023

Machalikashvili e.a. t. Georgië, EHRM 19 januari 2023, nr. 32245/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD007466317 19-01-2023

Korotyuk t. Oekraïne, EHRM 19 januari 2023, nr. 74663/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD003266719 19-01-2023

Domenech Aradilla en Rodriguez Gonzalez t. Spanje, EHRM 19 januari 2023, nrs. 32667/19 en 30807/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD003937519 17-01-2023

Valaitas t. Litouwen, EHRM 17 januari 2023, nr. 39375/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD008452317 17-01-2023

Daraibou t. Kroatië, EHRM 17 januari 2023, nr. 84523/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD000896418 17-01-2023

Axel Springer SE t. Duitsland, EHRM 17 januari 2023, nr. 8964/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD001947520 17-01-2023

Künsberg Sarre t. Oostenrijk, EHRM 17 januari 2023, nrs. 19475/20 en 3 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD000097620 17-01-2023

Hoppen en trade union of AB Amber Grid employees t. Litouwen, EHRM 17 januari 2023, nr. 976/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210 17-01-2023

Fedotova e.a. t. Rusland, EHRM (GK) 17 januari 2023, nrs. 40792/10 en 2 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD003074518 17-01-2023

Cotora t. Roemenië, EHRM 17 januari 2023, nr. 30745/18

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:49 26-01-2023

Ministerstvo na vatreshnite raboti, HvJ EU 26 januari 2023, nr. C-205/21

Annotatie

Pejřilová t. Tsjechië (EHRM, 14889/19) – EHRM predikt duidelijke taal bij medisch begeleide voortplanting

L. Oplinus

Annotatie

M.T. e.a. t. Zweden (EHRM, 22105/18) – Uitgestelde gezinshereniging bij asielzoekers met subsidiaire bescherming niet in strijd met EVRM

B. Aarrass

Annotatie

G.M. e.a. t. Moldavië (EHRM, 44394/15) – Het EHRM verankert zijn rechtspraak

over intersectionele kwetsbaarheid en art. 3 EVRM

S. Schoentjes

RECHTSPRAAK

Cotora t. Roemenië, EHRM 17 januari 2023, nr. 30745/18

De president van het Hof van Beroep van Roemenië is in 2015 tuchtrechtelijk veroordeeld wegens niet-professioneel gedrag. Zij zou druk hebben uitgeoefend op leden van een selectiecommissie om bepaalde kandidaat-vicepresidenten te benoemen. Het EHRM komt na uitgebreid onderzoek tot de slotsom dat de tuchtkamer van de Roemeense raad voor de rechtspraak aan alle eisen van art. 6 lid 1 EVRM voldoet. De procedure tegen de hofpresident is ook niet onzorgvuldig geweest. Ook de beoordeling in beroep door de Roemeense Hoge Raad heeft voldaan aan de eisen. Art. 6 EVRM is dan ook niet geschonden.

In 2015 informeerde de aanklager van de Roemeense anticorruptie-autoriteit de nationale raad voor de rechtspraak ('raad') erover dat klaagster, toen president van het Hof van Beroep, betrokken was bij de benoeming van twee vice-presidenten bij dat Hof. Daarbij zou ze druk hebben uitgeoefend op leden van de selectiecommissie om de kansen van bepaalde kandidaten te vergroten. Dit resulteerde niet in een strafvervolgning, maar wel in een tuchtrechtelijke procedure bij de raad. De raad oordeelde dat inderdaad sprake was van niet-professioneel gedrag, wat leidde tot een vermindering van haar salaris met 20% gedurende een periode van drie maanden. Een beroep bij de Hoge Raad van Cassatie leidde tot bevestiging van het oordeel van de raad.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de Hoge Raad een ontoereikende toetsing heeft uitgevoerd en dat daarmee onvoldoende compensatie is geboden voor tekortkomingen in de procedure voor de raad. Het EHRM stelt voorop dat het in deze zaak allereerst moet oordelen over de verenigbaarheid van de tuchtrechtelijke procedure voor de raad met art. 6 lid 1 EVRM. Daarbij kan het geen rekening houden met het oordeel dat het HvJ EU hierover heeft gevelde in 2021, omdat het in die zaak onder meer ging om de aanvaardbaarheid van een nationale regeling tot wijziging van de wet die op de raad betrekking had en die nog niet in werking was getreden op het moment waarop de onderhavige zaak op nationaal niveau speelde.

De raad heeft volgens het Hof volledige rechtsbevoegdheid om tuchtzaken te onderzoeken. De tuchtkamer van de raad is bovendien bevoegd om de feiten vast te stellen en daaraan een juridische kwalificatie te geven. De procedure is bovendien met de nodige waarborgen omkleed. Gelet daarop is de tuchtkamer volgens het Hof te zien als een rechterlijk orgaan met ‘full jurisdiction’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM is verder van oordeel dat de waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid zodanig zijn dat deze niet in twijfel kan worden getrokken.

In het voorliggende geval zijn de verschillende procedurele waarborgen voor klaagster beschikbaar geweest, bijvoorbeeld doordat zij en zo’n vijftien getuigen zijn gehoord en klaagster ruimte had om documenten aan te leveren en aan zittingen deel te nemen. De beoordeling van de tuchtkamer in klaagsters zaak was volgens het Hof niet willekeurig of kennelijk onredelijk, zodat de procedure heeft voldaan aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM.

De Hoge Raad heeft zowel de wettelijke basis als de juistheid van het oordeel van de tuchtkamer onderzocht, in overeenstemming met de uitgangspunten die het Roemeense Constitutionele Hof heeft gedefinieerd en die ook gangbaar zijn in de rechtsordes in de meeste Europese staten. Daarbij heeft de Hoge Raad een nieuw onderzoek uitgevoerd naar de toedracht en heeft op basis daarvan vastgesteld dat de tuchtkamer terecht tot zijn oordeel is gekomen. Zou dat anders zijn geweest, dan zou de Hoge Raad bovendien de bevoegdheid hebben gehad om het oordeel van de raad te vernietigen en de zaak voor hernieuwde beoordeling terug te verwijzen. Art. 6 lid 1 EVRM is in deze zaak dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD003074518

Zaaknummer: 30745/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Domenech Aradilla en Rodriguez Gonzalez t. Spanje, EHRM 19 januari 2023, nrs. 32667/19 en 30807/20

In Spanje is op zeker moment een nieuw vereiste voor het verkrijgen van een nabestaandenuitkering gesteld, namelijk dat er minimaal twee jaar voor het overlijden van de partner een geregistreerd partnerschap bestond. De partners van de twee klaagsters zijn overleden voor die regel gold, maar de nieuwe eis is in hun situatie toch al toegepast en de uitkering is hun daarom geweigerd. Het EHRM overweegt dat daarmee in essentie sprake was van toepassing van de regel in hun nadeel, zonder dat zij daarop hadden kunnen rekenen. Gelet daarop is er sprake van strijd met art. 1 EP EVRM.

Eerste klaagsters partner, met wie zij sinds 2008 ongehuwd samenwoonde, overleed in 2014. Het partnerschap was ook niet geregistreerd. Zij en het kind geboren uit het partnerschap hebben een beroep gedaan op een nabestaandenuitkering, maar toen dit verzoek nog aanhangig was, trad er nieuwe wetgeving in werking die vergde dat een partnerschap tenminste twee jaar voor overlijden van een van de beide partners was geregistreerd. Volgens de autoriteiten was de nieuwe eis ook in het geval van klaagster van toepassing, zodat het verzoek werd afgewezen. Voor tweede klaagster geldt een vergelijkbare situatie.

Voor het EHRM hebben de beide klaagsters gesteld dat art. 6 lid 1 en 1 EP EVRM zijn geschonden door het ontbreken van rechtszekerheid ten aanzien van de geldende regeling. Het Hof besluit de zaak alleen onder art. 1 EP EVRM te behandelen.

Het EHRM herinnert eraan dat het als uitgangspunt in eerdere rechtspraak heeft geformuleerd dat de vraag of mensen voldoen aan de voorwaarden voor een nabestaandenpensioen moet worden beantwoord naar de eisen zoals die gelden op het moment waarop de betreffende partner komt te overlijden. Op het moment waarop de partners van klaagsters overleden, gold nog niet de regel van formele registratie van hun samenlevingsvorm. Klaagsters voldeden bovendien wel aan de andere voorwaarden voor het

nabestaandenpensioen. In die omstandigheden kan worden aangenomen dat zij een legitieme verwachting van het verkrijgen van de uitkering hadden, zodat art. 1 EP EVRM van toepassing is. De vraag is daarom vooral of het alsnog stellen van de eis een legitiem doel diende en daaraan proportioneel was. Het doel dat met de regeling werd gediend was het gelijktrekken van de regelgeving voor nabestaandenpensioenen, die eerder per woonplaats kon verschillen. Dit is een legitiem doel, maar het nastreven ervan mag niet leiden tot een excessieve last voor bepaalde individuen. Ook wijst het Hof erop dat de aanpassing vooral vrouwen trof, terwijl zij zich vaker in een kwetsbare positie bevinden. Dit is een relevante factor die het Hof moet meewegen in zijn beoordeling. Het lijkt er verder op dat het Constitutionele Hof, dat de toepasselijkheid van de regeling in situaties als die van klagers vaststelde, niet voldoende rekening heeft gehouden met de gevolgen ervan. Die gevolgen kwamen voor klaagsters dan ook onverwacht en er was in de kern sprake van toepassing met terugwerkende kracht van een nieuw, stringenter toepasselijkheids criterium in een situatie waarin rechthebbenden er zonder meer vanuit konden gaan dat zij recht hadden op de uitkering. Er waren verder geen maatregelen getroffen om de gevolgen van de terugwerkende kracht te verzachten of te compenseren. Gelet daarop is art. 1 EP EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD003266719

Zaaknummer: 32667/19 en 30807/20

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Fedotova e.a. t. Rusland, EHRM (GK) 17 januari 2023, nrs. 40792/10 en 2 andere

Verschillende stellen van gelijk geslacht hebben voor het EHRM geklaagd omdat hun samenleven in Rusland niet juridisch wordt erkend. Eerder heeft een Kamer van het EHRM vastgesteld dat Rusland zijn verplichtingen onder art. 8 EVRM schendt door samenlevingsvormen tussen mensen van gelijk geslacht op geen enkele manier te erkennen en te beschermen. De Grote Kamer bevestigt dit oordeel, waarbij het benadrukt dat dit overeenstemt met een duidelijke trend in de Raad van Europa en met het grote belang dat aan gelijke behandeling van stellen van verschillend en gelijk geslacht toekomt. Overwegingen van traditionele familiewaarden en meerderheidsopvattingen maken dit niet anders.

Klagers zijn drie stellen van gelijk geslacht die geprobeerd hebben toestemming te krijgen om te huwen. Die toestemming is echter geweigerd, nu het Russische familierecht alleen een huwelijk mogelijk maakt tussen een man en een vrouw. In Rusland zijn er verder ook geen andere formele erkenningen mogelijk van een samenlevingsverband tussen twee mensen van gelijk geslacht. Een Kamer van het EHRM heeft daarom in 2021 vastgesteld dat art. 8 EVRM is geschonden. Rusland heeft in verband hiermee een hogere voorziening aangevraagd bij het EHRM.

Het EHRM gaat allereerst in op de vraag of het nog rechtsmacht heeft om de zaak te beoordelen, nu Rusland sinds 16 september 2022 geen partij meer is bij het EVRM. Rusland heeft de rechtsmacht van het Hof niet betwist, maar het Hof ziet reden om hier uit eigen beweging op in te gaan. Het Hof leidt daarbij uit art. 58 lid 2 en 3 af dat een staat die niet langer partij is bij het EVRM daarmee niet wordt ontheven van zijn verplichtingen en verantwoordelijkheden onder het EVRM voor handelingen die voorafgingen aan de beëindiging van het partij zijn bij het Verdrag. Dit is nog bevestigd door een plenaire resolutie

die het EHRM zelf op 22 maart 2022 heeft aangenomen. Dit betekent dat het Hof rechtsmacht heeft om over de feiten van het onderhavige geval te oordelen. Bovendien hebben de klagers gevraagd de zaak voort te zetten en vloeit het belang daarbij ook voort uit het respect voor mensenrechten in de zin van art. 37 lid 1 EVRM.

Klagers hebben verzocht de zaak ook onder art. 12 EVRM te beoordelen, maar net als de Kamer besluit het Hof alleen art. 8 jo. 14 EVRM toe te passen. Het Hof overweegt allereerst dat art. 8 EVRM het privéleven in brede zin beschermt, waarbij het bijvoorbeeld ook gaat om de erkenning van de sociale identiteit van klagers als homoseksuel stel. Art. 8 EVRM is dan ook van toepassing. De vraag is of ook kan worden aangenomen dat hierbij sprake is van gezinsleven. Het Hof heeft dat al in verschillende gevallen vastgesteld ten aanzien van samenlevingsverbanden tussen mensen van gelijk geslacht. Voor klagers is dat niet anders, zodat in dit geval ook kan worden gesproken van gezinsleven.

De volgende vraag die opkomt is of de staat voldoende heeft gedaan om deze rechten te beschermen door aan stellen van gelijk geslacht juridische erkenning en bescherming te geven. Het Hof vat zijn eerdere rechtspraak samen en leidt daaruit af dat uit art. 8 EVRM kan worden afgeleid dat zo'n verplichting inderdaad bestaat, in die zin dat in ieder geval een 'specifiek juridisch raamwerk' moet worden geboden. De vraag of ook het huwelijk moet worden opengesteld voor partners van gelijk geslacht heeft het Hof nog niet positief beantwoord, hetgeen ook samenhangt met zijn eerdere interpretatie dat art. 12 EVRM niet van toepassing is op samenlevingsverbanden tussen mensen van gelijk geslacht. Het Hof wijst er verder op dat zijn uitleg geleidelijk aan kan veranderen, in samenhang met het toenemen van Europese overeenstemming over een bepaald onderwerp. Wat op het moment waarop het EVRM werd ondertekend als 'toelaatbaar en normaal' werd gezien, hoeft dat later niet meer te zijn. Op dit punt wijst het Hof op een trend in de richting van juridische erkenning en bescherming van stellen van gelijk geslacht in de partijstaten. Inmiddels voorzien 30 EVRM-staten in de mogelijkheid van een juridische erkenning van samenlevingsverbanden tussen mensen van gelijk geslacht, waarbij 18 staten het huwelijk hebben opengesteld voor mensen van gelijk geslacht. Het Hof acht het daarom aanvaardbaar om te spreken van een duidelijke en voortgaande trend. Die wordt bovendien bevestigd door oordelen die internationale comités hierover hebben uitgesproken, net als het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens. Gelet daarop bevestigt het Hof dat de staten op grond van art. 8 EVRM verplicht zijn om een juridische regeling in het leven te roepen die partners van gelijk geslacht voldoende erkenning en bescherming biedt. Die bevestiging hangt ook samen met de noodzaak van effectieve bescherming van het privé- en gezinsleven van deze mensen en het is in lijn met de waarden van de democratische samenleving die het EVRM beoogt te bevorderen. Vanuit diezelfde waarden moeten democratische samenlevingen iedere vorm van stigmatisering

gebaseerd op seksuele gerichtheid verwerpen en moeten zij de gelijkwaardigheid van individuen en diversiteit omarmen als een bron van verrijking.

Ten aanzien van de *margin of appreciation* geldt dat de aanspraak van klagers bijzonder belangrijke aspecten betreft van hun persoonlijke en sociale identiteit. Daarnaast heeft het Hof al gewezen op de duidelijke Europese trend naar consensus. Dit betekent dat de *margin of appreciation* sterk beperkt is als het gaat om het toekennen van de nodige erkenning en bescherming van stellen van gelijk geslacht. Wel hebben staten iets meer ruimte als het gaat om de keuze van de instrumenten die zij willen inzetten om dit doel te bereiken. Het is niet aan het Hof om te bepalen welk rechtsregime in het leven moet worden geroepen, al benadrukt het dat het effectief moet zijn, adequate bescherming moet bieden en in moet gaan op een aantal belangrijke aspecten (zoals belasting, erfrecht en verplichtingen van wederzijdse bijstand) die inherent zijn aan het bestaan als stel.

Deze uitgangspunten toepassend overweegt het Hof dat Rusland ten tijde van de relevante feiten geen enkele voorziening had getroffen voor samenlevingsverbanden tussen mensen van gelijk geslacht. Ook heeft de regering geen intentie uitgesproken om daar alsnog in te voorzien. Daarmee wijkt de situatie sterk af van die in de grote meerderheid van lidstaten van de Raad van Europa. Het Hof wijst er nogmaals op dat ook stellen van gelijk geslacht behoefte hebben aan formele erkenning en bescherming van hun relaties; op dat punt bevinden ze zich in dezelfde positie als stellen van verschillend geslacht. Van een dergelijke erkenning en bescherming is in Rusland geen sprake. Rusland heeft als verdediging voor het ontbreken van voorzieningen gewezen op de traditionele familiewaarden zoals ze door de meerderheid van de Russische bevolking worden ondersteund; ook moeten minderjarigen volgens de Russische regering worden beschermd tegen het bevorderen van homoseksualiteit. Het Hof stelt voorop dat traditionele familiewaarden in zichzelf legitieme en zelfs prijzenswaardige doelen kunnen opleveren. Het behouden ervan is een gewichtige en legitieme reden die een verschil in behandeling op grond van seksuele gerichtheid op zichzelf kan rechtvaardigen. Tegelijkertijd gaat het om een erg breed concept, dat op een manier moet worden uitgelegd die recht doet aan maatschappelijke veranderingen en percepties. Bovendien is er geen reden om aan te nemen dat het erkennen en beschermen van relaties tussen mensen van gelijk geslacht schade zou kunnen toebrengen aan traditionele gezinnen of hun integriteit of toekomst in gevaar zou kunnen brengen. Wat betreft de opvattingen van de bevolking geldt dat een meerderheidsoordeel niet altijd doorslaggevend kan zijn. Er moet een goed evenwicht worden gevonden en voorkomen moet worden dat een meerderheid haar dominante positie misbruikt. Dat geldt ook wanneer een heteroseksuele meerderheid een bias heeft ten nadele van de homoseksuele minderheid. De negatieve en zelfs vijandige houding van de heteroseksuele meerderheid in Rusland kan dan ook niet worden afgezet tegen het belang van

klagers bij erkenning van hun relatie. Over het belang van de bescherming van minderjarigen heeft het EHRM al eerder gesteld dat het niet van betekenis kan zijn, omdat het gaat om een uitgangspunt dat uitdrukking geeft aan stigmata en vooroordelen en bovendien homofobie aanjaagt.

Gelet op deze overwegingen stelt het Hof vast dat Rusland niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM (zestien stemmen tegen één).

Klagers hebben verder benadrukt dat de niet-erkenning van hun samenlevingsverband discriminatoir is en daarmee in strijd met art. 14 EVRM. Het Hof besluit echter om deze klacht niet afzonderlijk te behandelen, nu het op de relevante aspecten al is ingegaan ten aanzien van art. 8 EVRM (dertien stemmen tegen vier).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210

Zaaknummer: 40792/10 en 2 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 32, EVRM art. 37 lid 1 en EVRM art. 58

RECHTSPRAAK

**Hoppen en trade union of AB Amber Grid employees t.
Litouwen, EHRM 17 januari 2023, nr. 976/20**

In 2017 werd bij een gasbedrijf een vakbond opgericht, waarvan Hoppen voorzitter werd. In de periode waarin de nieuwe vakbond betrokken was bij cao-onderhandelingen met het bedrijf liep ook een ontslagprocedure tegen Hoppen. Volgens Hoppen was het ontslag ingegeven door zijn vakbondsactiviteiten, maar nationale rechters achtten dat niet aannemelijk. Het EHRM oordeelt dat de beoordeling van de nationale rechters niet onredelijk was. Het wettelijk systeem in Litouwen bood verder voldoende bescherming tegen discriminatie en rechtspositionele nadelen verbonden aan vakbondsactiviteiten.

Eerste klager werkte sinds 1993 voor gasbedrijf AB Amber Grid. In 2017 werd hij voorzitter van de toen net opgerichte vakbond van medewerkers van het bedrijf (tweede klager). Later dat jaar raakten de vakbond en klager betrokken bij cao-onderhandelingen met het bedrijf. Tijdens een gesprek suggereerde een vertegenwoordiger van het bedrijf dat klager beter ontslag zou kunnen nemen, zonder daar reden voor te geven. Later kreeg hij een brief waaruit bleek dat hij met wederzijds goedvinden ontslag zou kunnen nemen met een ontslagvergoeding. Klager wees dit verzoek van de hand. Kort daarop werd hij tot vicevoorzitter van de vakbond verkozen. Daarna ontving hij een nieuw bericht dat hij eenzijdig zou worden ontslagen met een lagere vergoeding. In augustus 2018 werd een nieuwe cao getekend; in 2019 werd klager ontslagen. Hierover procedeerde klager, maar de rechters achtten het niet aannemelijk dat zijn ontslag te maken zou hebben met zijn vakbondsactiviteiten.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat sprake was van een discriminatoir ontslag vanwege zijn vakbondsactiviteiten, in strijd met art. 11 en 14 EVRM. Het EHRM besluit de klacht alleen onder art. 11 EVRM te behandelen. Het stelt vast dat er op zichzelf voldoende wettelijke waarborgen zijn tegen ontslag dat is ingegeven door vakbondsactiviteiten. Klager heeft gesteld dat mensen met een bijzonder positie in een vakbond alleen ontslagen zouden moeten

kunnen worden met instemming van de vakbond, maar het EHRM oordeelt dat staten daar op grond van art. 11 EVRM niet toe kunnen worden verplicht. Weliswaar zijn er in de procedure in de aanloop naar klagers ontslag verschillende tekortkomingen zichtbaar geweest, maar die zijn volgens het Hof voldoende rechtgezet in de procedure voor de nationale rechter. In het bijzonder is klager er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat het ontslag te maken had met de vakbondsactiviteiten, waardoor de bewijslast niet is verschoven naar de werkgever. De nationale rechters hebben geoordeeld dat het ontslag vooral berustte op slechte relaties tussen klager en zijn collega's en het ontbreken van goed leiderschap en managementvaardigheden. Het Hof acht die inschatting reëel. Art. 11 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD000097620

Zaaknummer: 976/20

Wetsartikelen: EVRM art. 11 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Korotyuk t. Oekraïne, EHRM 19 januari 2023, nr. 74663/17

De auteur van een Oekraïens handboek voor het notariaat heeft ontdekt dat haar boek via een website tegen betaling fulltext kon worden gedownload. Zij heeft aangifte gedaan van schending van copyright, maar de autoriteiten konden niet achterhalen wie verantwoordelijk was voor de website. Klaagster zelf had geen andere mogelijkheden om die verantwoordelijkheid vast te laten stellen dan via een strafrechtelijk onderzoek; zo kon ze niet zelf bij providers informatie over website-eigenaren opvragen. Het EHRM oordeelt dat de Oekraïense wetgeving en het uitgevoerde onderzoek tekort zijn geschoten in het bieden van eigendomsrechtelijke bescherming, in strijd met art. 1 EP EVRM.

Klaagster is de auteur van een wetcommentaar voor het notariaat in Oekraïne. Zonder haar toestemming is een exemplaar van het boek beschikbaar gemaakt op een website die Oekraïense commentaren en handboeken tegen betaling digitaal beschikbaar maakt. Klaagster heeft aangifte gedaan wegens schending van haar copyright, waarop een onderzoek is gesteld tegen de eigenaar van de website, O.O. In 2013 werd het onderzoek beëindigd omdat zou zijn gebleken dat O.O. niets te maken had met het delen van het boek van klaagster. Dit oordeel werd vervolgens vernietigd en het onderzoek werd voortgezet, waarbij klaagster zelf een actieve rol speelde. Ook dit onderzoek werd uiteindelijk echter zonder resultaat beëindigd omdat niet kon worden bewezen dat het boek onrechtmatig was verspreid en de identiteit van de dader bovendien niet kon worden vastgesteld. Later is het onderzoek opnieuw geopend; het loopt nu nog steeds. In 2018 heeft klaagster bovendien verzocht aan Google om in ieder geval de website niet bij de zoekresultaten te vermelden; daaraan is gehoor gegeven.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de tekortkomingen in het onderzoek naar het illegaal delen van haar boek in strijd zijn met verschillende EVRM-bepalingen. Het EHRM besluit de kwestie onder art. 1 EP EVRM te beoordelen. Het stelt voorop dat het Oekraïense

recht geen mogelijkheid biedt om een civiele schadevergoedingsprocedure in te stellen of op een andere manier dan via het strafrecht rechtsherstel te verkrijgen. In het bijzonder had klagster niet zelf de mogelijkheid om informatie van de internetproviders te verkrijgen om te achterhalen wie verantwoordelijk kon worden gehouden voor het delen van haar boek. Pogingen die klagster daartoe toch had gedaan waren vruchteloos gebleven. Dit betekent voor de staat dat deze een positieve verplichting had om een effectief strafrechtelijk onderzoek in te stellen. Weliswaar is een onderzoek ingesteld, maar dat toonde tal van tekortkomingen. In het bijzonder zijn bepaalde mogelijke onderzoeksstappen niet gezet, zonder dat is gebleken dat daarvoor goede redenen bestonden. Art. 1 EP is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD007466317

Zaaknummer: 74663/17

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Künsberg Sarre t. Oostenrijk, EHRM 17 januari 2023, nrs. 19475/20 en 3 andere

Een familie draagt al lange tijd de naam Von Künsberg Sarre; kennelijk heeft een eerder familielid die naam ooit aangenomen. Het is geen adellijke naam, maar in 2017 besluit de gemeente Graz toch dat het voorzetsel 'Von' moet worden geschrapt ter uitvoering van een wet tot afschaffing van de adelstand uit 1919. Het EHRM begrijpt dat de naamswijziging het doel dient van gelijkheid. De familieleden dragen de naam al lang en zijn ermee verbonden. De regering heeft ook niet aannemelijk gemaakt waarom die nu ineens alsnog moest worden gewijzigd. Art. 8 EVRM is door de verplichte wijziging dan ook geschonden.

De verschillende klagers zijn allemaal familie van elkaar en hebben Oostenrijks staatsburgerschap. De eerste, derde en vierde klagers hebben hun naam gekregen doordat ze afstammen van een man die aanvankelijk bekend was onder de naam Ralph Sarre von Künsberg-Langenstadt, maar die later – na emigratie naar de VS – zijn naam heeft veranderd naar Ralph von Künsberg Sarre. Tweede klaagster kreeg de naam doordat ze met vierde klager trouwde. Klagers hebben naar hun zeggen nooit tot de adel gehoord; naar hun idee is de naam een eigen vinding van hun voorouder. In 2018 nam de gemeente Graz uit eigen beweging het besluit om de naam van de klagers te wijzigen van 'Von Künsberg Sarre' naar 'Künsberg Sarre', als onderdeel van de uitvoering van de wet tot afschaffing van de adelstand die in 1919 was aangenomen. Volgens de gemeente was er bij de eerdere registratie van het voorzetsel 'Von' een fout gemaakt en moest die worden rechtgezet.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het weghalen van het voorzetsel 'Von' in strijd was met het recht op respect voor hun privé- en gezinsleven zoals vastgelegd in art. 8 EVRM. Het Hof herinnert eraan dat het eerder heeft geoordeeld dat iemands naam nauw samenhangt met het privé- en gezinsleven. Art. 8 EVRM is in dit geval dan ook van toepassing. Bij het reguleren

van het naamrecht komt staten een ruime *margin of appreciation* toe. Het Hof heeft over verschillende typen naamrechtzaken geoordeeld. Deze zaak betreft de categorie van zaken waarbij een achternaam door de overheid wordt gewijzigd nadat die al lang in gebruik is – in dit geval tussen zestien en bijna vijftig jaar. Het gebruik van deze naam is ook nooit ter discussie gesteld. Het Hof is bereid te accepteren dat de naamswijziging gebaseerd was op een wettelijke grondslag, al heeft het aarzelingen over de vraag of de aanpassing voldoende voorzienbaar was. Het doel van de wijziging hield verband met de afschaffing van de adel en daarmee met de wens iedereen gelijk te behandelen. Dit is een legitiem doel. Het is wel opvallend dat de autoriteiten pas in 2017 tot de ontdekking zijn gekomen dat de naam niet in overeenstemming was met de wetgeving. Dat had al eerder kunnen zijn opgevallen, bijvoorbeeld bij het sluiten van het huwelijk of de geboorte van de kinderen. Kennelijk is er pas enige striktheid in acht genomen nadat het Oostenrijkse Constitutionele Hof – naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU in *Sayn-Wittgenstein* – over de kwestie van adellijke namen oordeelde. Verder is relevant dat er een verschil kan bestaan tussen het gebruik van ‘Von’ als aanduiding van een adellijke titel en een ‘gewoon’ ‘Von’. Evenmin hebben de autoriteiten toegelicht waarom het verbieden van het gebruik van ‘Von’ alsnog nodig was om democratische gelijkheid te dienen, zeker na een zo lang tijdverloop. Tot slot heeft de aanpassing tot resultaat gehad dat niet alle familieleden dezelfde naam dragen, nu de wijziging niet ten aanzien van alle familieleden is doorgevoerd. Dat past niet alleen niet goed bij de identificatie met de naam, maar ondermijnt ook de stelling van de regering dat de aanpassing noodzakelijk was. Het Hof ziet dan ook niet waarom de doorgevoerde wijziging noodzakelijk zou zijn. Deze is in strijd met art. 8 EVRM.

Het EHRM acht het niet nodig om de klacht over art. 14 EVRM nog te behandelen, gelet op de beoordeling onder art. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD001947520

Zaaknummer: 19475/20 en 3 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

B.Y. t. Griekenland, EHRM 26 januari 2023, nr. 60990/14

Een Turkse politieke vluchteling heeft beweerdelijk geprobeerd in Griekenland asiel aan te vragen. Volgens hem is hij na mishandeling ontvoerd en overgebracht naar Turkije om daar strafrechtelijk te worden vervolgd. Het EHRM acht niet bewijsbaar dat B.Y. daadwerkelijk in Griekenland was, onder andere omdat hij zich daar niet heeft laten registreren. De feitelijke lezingen van regering en B.Y. lopen bovendien sterk uiteen, zonder dat er hard bewijsmateriaal is. Daardoor kan geen schending van art. 3 en 5 EVRM worden vastgesteld. Wel heeft de staat te weinig onderzoek gedaan naar aanleiding van B.Y.'s aantijgingen, in strijd met art. 3 EVRM.

Klager is een Turkse politieke vluchteling die naar Griekenland is gereisd. In 2013 heeft de Griekse politie een arrestatieverzoek van de Turkse autoriteiten ontvangen via Interpol, waaruit zou blijken dat klager lid was van een linkse terroristische organisatie en werd gezocht vanwege zeer ernstige misdrijven. Volgens de verwerende regering is klager in Griekenland nooit officieel geregistreerd en heeft hij ook nooit een asiolverzoek ingediend. Volgens klager heeft hij dat wel verschillende keren geprobeerd te doen, maar stond de inefficiëntie van de procedure daaraan in de weg. Hij is uiteindelijk uitgezet naar Turkije, naar zijn zeggen gedwongen en na mishandeling door de Griekse autoriteiten.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat sprake was van een schending van art. 3 en 5 EVRM. Het Hof oordeelt dat er inderdaad onduidelijkheid bestond rondom de situatie van klagers uitzetting naar Griekenland. Daar had deugdelijk onderzoek naar moeten worden gedaan, gegeven klagers aantijgingen van mishandeling, maar dat is niet gebeurd. Art. 3 EVRM is in procedureel opzicht dan ook geschonden.

Ten aanzien van de beweerde materiële schending van art. 3 EVRM merkt het Hof op dat er tegenstrijdige lezingen zijn van de feiten. In gevallen waarin sprake is van gedwongen verdwijning, incommunicado-detentie of refoulement waarbij de klager daarvan een

gedetailleerde en samenhangende omschrijving heeft gegeven is het Hof geneigd om aan te nemen dat er een begin van bewijs bestaat en dat de last om aan te tonen dat de situatie zich niet zo heeft voorgedaan rust op de staat. In het onderhavige geval is daarbij lastig dat er weinig onderzoek is gedaan naar de toedracht. Tegelijkertijd is het ook aan de kant van klager moeilijk om feitelijke vaststellingen te doen, omdat hij geen asielverzoek heeft ingediend en klager ook helemaal niet bekend was bij de autoriteiten. Daardoor is moeilijk vast te stellen dat hij op het relevante moment daadwerkelijk in Griekenland was. In de onderhavige zaak is dan ook onvoldoende bewijs beschikbaar om een van de feitelijke lezingen voor waar aan te nemen, maar ook om de bewijslast te laten verschuiven naar de staat. In het licht hiervan kan het Hof geen materiële schending van art. 3 EVRM vaststellen. Gelet daarop is het evenmin mogelijk om te oordelen dat art. 5 lid 1 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0126JUD006099014

Zaaknummer: 60990/14

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 5

RECHTSPRAAK

Axel Springer SE t. Duitsland, EHRM 17 januari 2023, nr. 8964/18

In een dagblad verscheen in 2013 een artikel waarin verband werd gelegd tussen de directeur van een politieke partij en het verdwijnen van gelden van de voormalige Oost-Duitse Communistische Partij. In een procedure die de directeur hierover aanspande is haar het recht toegekend om een reactie te plaatsen. Het EHRM acht dat in dit geval niet in strijd met art. 10 EVRM. De directeur had een legitiem belang bij de reactie, nu zij daardoor feitelijke aantijgingen kon weerleggen. Ook is niet gebleken dat de reactie verder ging dan wat redelijk was gelet op de aard en lengte van het artikel.

In 2013 verscheen in *Die Welt*, een Duits dagblad dat door klager (een uitgever) wordt gepubliceerd, een stuk waarin verschillende beschuldigingen werden geuit aan het adres van K., de uitvoerend directeur van de politieke partij *die Linke*. Daarin werd onder meer gesteld dat K. betrokken was geweest als agent bij de voormalige staatsveiligheidspolitie in de DDR, de Stasi. K. heeft verzocht om rectificatie van het stuk, in het bijzonder nu daarin werd geïmpliceerd dat ze ook betrokken was geweest bij de verdwijningen van grote aantallen middelen van de voormalige Oost-Duitse Communistische Partij (SED). Dit verzoek werd geweigerd omdat in het stuk geen rechtstreeks verband zou worden gelegd, maar in hogere voorzieningen oordeelden rechters dat K. het recht had om een reactie te laten publiceren in de krant.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de verplichting om een antwoord van K. te publiceren in strijd is met het recht op vrijheid van meningsuiting. Het Hof stelt voorop dat redacties de vrijheid hebben om ingezonden stukken al of niet te publiceren. Tegelijkertijd kan er een recht bestaan op publicatie van een rectificatie of een reactie, maar dit kan – gelet op het mogelijke ‘chilling effect’ – alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden afgedwongen. Het recht op publicatie van een reactie heeft tegelijkertijd ook grote waarde, nu het het voor mensen mogelijk maakt om valse aantijgingen publiekelijk te betwisten. De vraag

is daarom vooral wanneer een reactie redelijk kan worden geacht. Om dat te kunnen beoordelen moet het Hof rekening houden met de aard van de oorspronkelijke publicatie, maar ook van de reactie. Daarbij moet het Hof zich wel terughoudend opstellen, in die zin dat zwaarwegende redenen nodig zijn om af te kunnen wijken van de beoordeling door de nationale autoriteiten.

Bij de concrete beoordeling van de noodzaak om een reactie te kunnen plaatsen houdt het Hof rekening met een aantal criteria. Allereerst moet er een legitiem belang zijn bij de reactie. Dat is volgens het Hof alleen zo als er feitelijke aantijgingen worden gemaakt. De uitspraken over de verdwijning van de middelen hadden volgens de rechter in eerste aanleg het karakter van waarde-uitingen en werden bovendien niet direct in verband gebracht met K. In hoger beroep heeft de rechter echter uitgebreid geoordeeld dat er wel degelijk een link werd gelegd met de middelen. Dat oordeel acht het Hof niet willekeurig en daarmee is aangetoond dat er voor K. een legitiem belang bestond bij de reactiemogelijkheid. Dat K. eerder niet heeft willen antwoorden op bepaalde vragen die journalisten over de materie stelden is volgens het Hof niet relevant. De nationale rechter heeft verder geoordeeld dat de reactie van klaagster niet verder ging dan wat redelijk was in het licht van de aantijgingen, qua inhoud noch qua lengte. Ook dit oordeel is volgens het Hof niet onredelijk. Dit betekent dat het opleggen van de verplichting aan de uitgever om de reactie te plaatsen niet in strijd is met art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD000896418

Zaaknummer: 8964/18

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Daraibou t. Kroatië, EHRM 17 januari 2023, nr. 84523/17

Een vreemdeling heeft samen met andere gedetineerden brand gesticht in het politiebureau waar zij waren opgesloten. Daarbij kwamen drie gedetineerden om het leven. Het Hof overweegt dat voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen om de risico's bij brand te minimaliseren. Het is onaanvaardbaar dat een van de gedetineerden een aansteker bij zich kon hebben. Ook andere maatregelen, zoals videobeveiliging en brandblussers, waren onvoldoende. Het nationale onderzoek is niet grondig genoeg geweest om alle aantijgingen rondom de brand te bewijzen, maar juist dat laat zien dat het tekort is geschoten. Art. 2 EVRM is dan ook in zowel preventief als procedureel opzicht geschonden.

Klager is samen met enkele anderen in 2015 illegaal de grens tussen Servië en Kroatië overgestoken. Hij werd aangehouden en meegenomen naar een politiebureau, waar hij in detentie werd gehouden met het oog op terugzending naar Servië de volgende dag. 's Nachts brak echter brand uit in de ruimte waar klager gedetineerd was, volgens de regering doordat klager en anderen zelf hun matrassen en beddengoed in brand hadden gestoken. Drie gedetineerden overleden en klager raakte gewond. Er werd meteen een onderzoek ingesteld naar de toedracht, waarbij klager en getuigen werden gehoord en expertbewijs werd gevraagd. Uit het onderzoek bleek dat er tekortkomingen waren in de genomen veiligheidsmaatregelen, maar dat die onvoldoende waren om een strafrechtelijk onderzoek tegen de dienstdoende politiemensen te starten. Wel werden de politiemensen aan een tuchtrechtelijke procedure onderworpen, waarbij werd vastgesteld dat één politiemann niet aan zijn verplichtingen had voldaan. Hij werd gekort op zijn salaris (met 10%) gedurende drie maanden, waarbij ook rekening werd gehouden met het feit dat hij zich wel had ingespannen om het leven van de gedetineerden te redden. In 2018 is ook nog een strafrechtelijk onderzoek wegens brandstichting tegen klager gestart, maar dat is niet voortgezet nadat klager in 2019 van Kroatië naar Marokko werd uitgezet.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij in een levensbedreigende situatie is gebracht en dat bovendien te weinig is gedaan om de verantwoordelijkheid voor de brand vast te stellen, in strijd met art. 2 EVRM. Het Hof stelt voorop dat de autoriteiten niet redelijkerwijs hadden kunnen weten dat er een reëel en onmiddellijk dreigend gevaar bestond dat klager en anderen gedetineerden brand zouden stichten. Wel moeten in situaties als deze minimale voorzorgsmaatregelen worden genomen om gedetineerden – die als zodanig kwetsbaar zijn – te beschermen. Op dit punt zijn er aanzienlijke tekortkomingen geweest, bijvoorbeeld doordat niet is voorkomen dat een van de gedetineerden een aansteker bij zich had en het videobeveiligingssysteem niet altijd werkte. Verder is niet onderzocht of er algemene brandveiligheidsmaatregelen waren, zoals een evacuatieplan en voldoende brandblussers. Door het ontbreken van dergelijk onderzoek kan het Hof niet goed vaststellen of klager op alle punten gelijk heeft in zijn aantijgingen, maar duidelijk is dat het politiebureau onvoldoende was voorbereid op brand. Daardoor is te weinig bescherming geboden aan het leven van klager. Bovendien is hiermee duidelijk dat er zodanige tekortkomingen waren in het onderzoek naar de toedracht dat ook in procedureel opzicht art. 2 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD008452317

Zaaknummer: 84523/17

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Kutayev t. Rusland, EHRM 24 januari 2023, nr. 17912/15

Klager is een Tsjetsjeens politicus en mensenrechtenactivist die in 2014 na het organiseren van een overheidskritische conferentie in Grozny, was opgepakt en meegenomen naar een geheime locatie, alwaar hij ernstig is mishandeld en met de dood is bedreigd. Onder druk heeft hij een aantal documenten ondertekend die in de strafrechtelijke procedure tegen hem zijn gebruikt. Hij is uiteindelijk veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf wegens drugsbezit. Het EHRM komt tot de conclusie dat er een schending van art. 3 EVRM heeft plaatsgevonden. Daarnaast stelt het EVRM een schending vast van art. 6 EVRM, doordat de nationale rechters geen onderzoek hebben gedaan naar klagers stelling dat de zelfincriminerende verklaringen het gevolg waren van het gebruikte politiegeweld. Het Hof acht de vrijheidsbeneming willekeurig en zonder onvoldoende grond, hetgeen een schending oplevert van art. 5 lid 1 EVRM. Het Hof stelt in dit geval ook een schending van art. 18 EVRM vast, omdat een achterliggend doel de arrestatie heeft ingegeven, namelijk het door klager organiseren van een overheidskritische conferentie.

Klager is een Tsjetsjeens politicus en mensenrechtenactivist. In de jaren '90 heeft hij een eigen politieke partij opgericht om de onafhankelijkheid van Tsjetsjenië te bepleiten. Hij heeft steeds scherpe kritiek geuit op de militaire operatie die Rusland in Tsjetsjenië uitvoerde. In 2014 organiseerde klager een conferentie in Grozny om te herdenken dat zeventig jaar eerder een grote deportatie van de Tsjetsjeense bevolking had plaatsgevonden. Klager kreeg de dag na de conferentie een uitnodiging om de president van Tsjetsjenië te ontmoeten, maar hij weigerde deze en vluchtte weg uit Grozny omdat hij vreesde voor de effecten van de conferentie. In de middag arriveerde een aantal zwarte voertuigen bij het huis waar hij tijdelijk onderkomen had gevonden en werd klager weggevoerd naar een geheime locatie. Volgens

klager werd hij daar gemarteld en met de dood bedreigd. Uit angst voor de gevolgen heeft hij een aantal documenten ondertekend. Later medisch onderzoek wees op tekenen van het toebrengen van elektrische schokken. Dit is ook in het nieuws gekomen, maar er is geen strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar de omstandigheden rondom de aanhouding. Volgens de autoriteiten werd klager niet zozeer weggevoerd, maar werd hij op straat aangehouden wegens verdacht gedrag. Bij een daarop volgende fouillering werd een verdacht zakje poeder aangetroffen, waarop klager is aangehouden. Hij is daarna strafrechtelijk vervolgd op verdenking van drugsbezit. Hij is in voorarrest gehouden in dit verband en uiteindelijk veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij slachtoffer is geworden van een schending van art. 3 EVRM door de mishandeling en het ontoereikende onderzoek daarnaar. Het Hof stelt voorop dat het in het licht van art. 58 EVRM nog steeds jurisdictie heeft om over de zaak te oordelen, al is Rusland inmiddels geen partij meer bij het Verdrag. Daarbij kan de Russische rechter weliswaar niet langer meer zitting hebben in het Hof, maar het Hof besluit in plaats daarvan een van de andere EHRM-rechters aan te wijzen als rechter *ad hoc*. Rusland heeft daartegen geen bezwaar gemaakt.

Het onderzoek dat is uitgevoerd naar de gang van zaken is duidelijk tekortgeschoten en heeft daarmee ook belemmeringen opgeleverd van de feitenvaststelling in dit geval. Het Hof acht het niettemin aannemelijk dat klager inderdaad aan mishandelingen is onderworpen, ook gelet op de medische rapporten en getuigenverklaringen. De behandeling die klager beweerdelijk ten deel is gevallen komt wel sterk overeen met de ernstige mensenrechtenschendingen die het CPT in de relevante periode in verschillende detentie-inrichtingen heeft vastgesteld. Nu het door klager zelf geleverde medische bewijs niet is betwist en daaruit blijkt dat hij ernstig lijden moet hebben ondergaan, en dat de gebeurtenissen laten zien dat dit leed bewust is toegebracht, is volgens het EHRM aantoonbaar sprake geweest van foltering. Dit is in strijd met art. 3 EVRM.

In de tweede plaats heeft klager gesteld dat het gebruik van een onder fysieke dwang afgelegde verklaring in een strafrechtelijke procedure in strijd is met art. 6 EVRM. Het Hof stelt vast dat de nationale rechters geen onderzoek hebben gedaan naar klagers aannemelijke stelling dat de zelfincriminerende verklaringen het gevolg waren van het gebruikte politiegeweld. Dit betekent dat art. 6 EVRM inderdaad is geschonden.

Tot slot heeft klager gesteld dat zijn aanhouding en voorarrest in strijd waren met art. 5 EVRM en dat daarmee bovendien een extern doel werd nagestreefd, in strijd met art. 18 EVRM. In het licht van de vastgestelde feiten acht het Hof de versie van de feiten zoals de regering die heeft gegeven niet overtuigend. In ieder geval heeft de regering daarvoor geen afdoende bewijs

geleverd en deze lezing van de feiten correspondeert ook niet met getuigenverklaringen en met andere beschikbare gegevens. Nu de gestelde identiteitscheck en het vinden van drugs wel naar voren zijn gebracht als redenen om klager te arresteren, stelt het Hof vast dat daarbij sprake is geweest van kwade trouw. De vrijheidsbeneming was dan ook willekeurig en gespeend van een redelijke grond in de zin van art. 5 lid 1 EVRM.

De vervolgvraag onder art. 18 EVRM is dan of er een ander, achterliggend doel ('ulterior purpose') was dat de arrestatie eigenlijk had ingegeven. Volgens het Hof staat buiten iedere gerede twijfel vast dat zo'n doel er moet zijn geweest. Het leidt dit af uit een combinatie van omstandigheden, waaronder het feit dat klager een Tsjetsjeense mensenrechtenactivist was en soortgelijke behandelingen andere activisten ten deel zijn gevallen, in samenhang met de omstandigheden van de arrestatie. Ook uit een publieke speech van de Tsjetsjeense president kan worden afgeleid dat klager feitelijk werd gearresteerd omdat hij een kritische conferentie had georganiseerd, tegen de zin van de Tsjetsjeense regering in. Dit betekent dat ook art. 18 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0124JUD001791215

Zaaknummer: 17912/15

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 5 lid 1, EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 18

RECHTSPRAAK

Macate| t. Litouwen, EHRM (GK) 24 januari 2023, nr. 61435/19

Macate| heeft een sprookjesboek voor kinderen van 9-10 jaar geschreven. Twee sprookjes gaan over relaties tussen mensen van gelijk geslacht. Volgens de Litouwse autoriteiten leverde dit 'homopropaganda' op en moest er een waarschuwingssticker op de boeken worden geplakt. Volgens het EHRM waren de sprookjes bedoeld om de gelijkwaardigheid van partnerschappen tussen mensen van verschillend en gelijk geslacht te benadrukken. Het doel van Litouwen was daarentegen om die gelijkheid expliciet te ontkennen. Dat doel is duidelijk in strijd met de grondwaarden van het EVRM en de Europese ontwikkelingen. De maatregelen zijn dan ook in strijd met art. 10 lid 2 EVRM.

Klaagster is een openlijk lesbische kinderboekenschrijfster. In 2013 gaf de Litouwse Universiteit voor Pedagogische Wetenschappen een van haar boeken uit, gedeeltelijk gefinancierd door het Litouwse ministerie voor cultuur. Het boek bevatte sprookjes, bedoeld voor kinderen van ongeveer 9-10 jaar oud, waarin personages voorkwamen die afkomstig waren uit verschillende etnische groepen en met verschillende intellectuele capaciteiten. In de sprookjes kwamen onderwerpen aan de orde als stigmatisering, pesten, scheiding en emigratie. Twee sprookjes gingen over relaties en huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht. Kort na publicatie ontving het ministerie van cultuur een klacht omdat het boek perversiteiten zou aanmoedigen. Het ministerie verzocht de Inspectie voor journalistieke ethiek daarop een onderzoek om te bepalen of het boek schadelijk zou kunnen zijn voor kinderen. Ook stuurden acht parlementsleden een brief naar de universiteit om de zorgen van belangenbehartigingsorganisatie te delen over het normaliseren van huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht. De Inspectie concludeerde dat het boek inderdaad niet in overeenstemming was met Litouwse wetgeving waarin gezinswaarden worden beschermd en die bepaalt dat het weergeven van een mening die afwijkt van het constitutionele concept van

het huwelijk een negatief effect op minderjarigen kan hebben. Gelet daarop zou het boek een etiket zou moeten bevatten met de waarschuwing dat het schadelijk zou kunnen zijn voor kinderen tot 14 jaar oud. De uitgevende universiteit besloot daarop het boek tijdelijk uit de roulatie te nemen en het daarna te voorzien van de vereiste waarschuwingsstickers. In de procedure die klaagster daarover voerde kwam de rechtbank niet tot een ander oordeel. Integendeel, de rechtbank oordeelde dat sommige passages te seksueel expliciet waren en dat klaagster met haar boek zelf discrimineerde jegens mensen met andere waarden dan de hare.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de nationale gang van zaken in strijd is met de door art. 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid en het discriminatieverbod van art. 14 EVRM. De bevoegde Kamer van het Hof heeft op 31 augustus 2021 besloten om afstand van rechtsmacht te doen ten gunste van de Grote Kamer.

De Grote Kamer gaat allereerst in op de vraag wie nu eigenlijk verantwoordelijk is voor de gestelde schending van art. 10 EVRM: de staat (via de Inspectie) of de Universiteit. Daarbij oordeelt het dat dit in feite niet heel veel uitmaakt, omdat ook de Universiteit een publiekrechtelijke organisatie is. Bovendien zijn de genomen maatregelen uiteindelijk omarmd door de nationale rechters, zodat de gestelde inbreuk kan worden toegerekend aan de staat.

De regering heeft aangevoerd dat er in dit geval geen echte inbreuk is gemaakt, nu alleen de waarschuwingsstickers hoefden te worden toegevoegd. Het Hof stelt voorop dat ook beperkte inbreuken het genot van art. 10 EVRM kunnen beperken. Bovendien is het boek een jaar uit de roulatie geweest. Het effect van de stickers zou verder zijn dat het boek niet gelezen zou worden door de eigenlijke doelgroep, namelijk kinderen van 9-10 jaar. Daar komt bij dat de zichtbaarheid van de stickers reputatieschade aan klaagster kon toebrengen en dat het voor haar moeilijker kon worden haar andere boeken te verkopen of die nog te schrijven. Er is daarom wel degelijk sprake van een inbreuk.

Het gestelde doel van de beperking is het beschermen van kinderen tegen seksueel expliciete uitingen en tegen uitingen die partnerschappen tussen mensen van gelijk geslacht 'promoten' door ze te presenteren als gelijkwaardig aan partnerschappen tussen mensen van verschillend geslacht. Het Hof merkt op dat de eerste doelstelling weliswaar figureerde in een van de uitspraken van de rechtbank, maar dat het verbod op seksueel expliciete uitingen in een andere nationale bepaling is neergelegd dan die in het onderhavige geval is ingeroepen en toegepast. Het Hof kan dan ook niet aannemen dat de maatregel daadwerkelijk dit doel nastreefde. Voor wat betreft het tweede doel ziet het Hof geen enkel argument in de zaak om te rechtvaardigen dat de sprookjes bepaalde soorten relaties zouden aanmoedigen in vergelijking met andere; het ging vooral om het bevorderen van de acceptatie van

verschillende soorten gezinnen. De onderliggende doelstelling lijkt dan ook vooral te zijn dat helemaal geen informatie over partnerschappen tussen mensen van hetzelfde geslacht mag worden verspreid. Dit was eerst vrij duidelijk uit de wetsgeschiedenis, maar na scherpe internationale kritiek hierop zijn die verwijzingen geschrapt. Volgens het Hof was het doel daarvan echter vooral om de internationale kritiek te vermijden, en niet om een andere positie in te nemen ten opzichte van homo- of biseksuele relaties. Ook uit andere toepassingen van de wet blijkt dat het eigenlijke doel bleef om kinderen weg te houden bij publicaties waarin partnerschappen tussen mensen van gelijk geslacht als equivalent werden gepresenteerd aan partnerschappen tussen mensen van verschillend geslacht.

De Grote Kamer onderzoekt vervolgens of dit doel als legitiem kan worden aangemerkt. Daarbij wijst het erop dat het al eerder heeft geoordeeld dat wettelijke verboden op het 'promoten' van homoseksualiteit of niet-traditionele seksuele relaties niet het legitieme doel kunnen dienen van het beschermen van de goede zeden, de gezondheid of de rechten van anderen, maar veeleer leiden tot stigmatisering, vooroordelen en homofobie. Daardoor zijn ze onverenigbaar met de noties van gelijkheid, pluralisme en tolerantie. De voorliggende zaak is echter de eerste keer dat het Hof wordt gevraagd of dit anders kan zijn als het gaat om literatuur die zich specifiek richt op jonge kinderen.

Het Hof merkt daarbij op dat bij het behandelen van kinderen altijd en primair rekening moet worden gehouden met hun belangen. Verder zijn kinderen gemakkelijker te beïnvloeden dan volwassenen. Bijvoorbeeld bij seksuele opvoeding en bij regulering van advertenties moet daarmee rekening worden gehouden. Ook dan geldt echter nog dat moet worden voorkomen dat overwegingen die enkel zijn ingegeven door een meerderheidsvooordeel jegens een minderheidsgroep doorslaggevend zijn. Er is verder geen wetenschappelijk bewijs voor de schadelijkheid van het maken van melding van homoseksualiteit of het geven van objectieve en op de leeftijd van kinderen afgestemde informatie over seksuele oriëntatie. In een significant aantal staten van de Raad van Europa wordt ook al les gegeven over diversiteit, relaties tussen mensen van verschillend en gelijk geslacht, en het tegengaan van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Een strikt en expliciet verbod als dat in Litouwen is in maar één lidstaat zichtbaar. Het Hof is ervan overtuigd dat maatregelen die de toegang van kinderen tot dit soort informatie beperken grote maatschappelijke effecten kunnen hebben, in die zin dat kinderen relaties tussen mensen van verschillend geslacht als waardevoller en aanvaardbaarder zullen zien dan relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht. Dat soort gevolgen is onverenigbaar met de noties van gelijke behandeling, pluralisme en tolerantie.

Dit alles betekent dat met de wettelijke regeling geen legitiem doel wordt gediend zoals bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM. Dit betekent dat de maatregelen zoals die jegens klaagster zijn getroffen een schending van deze bepaling opleveren. Gelet op dit oordeel acht het Hof het

niet nodig om ook de klacht over art. 14 EVRM nog te behandelen (12 stemmen tegen 5).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0123JUD006143519

Zaaknummer: 61435/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Machalikashvili e.a. t. Georgië, EHRM 19 januari 2023, nr. 32245/19

In 2017 werd een speciale operatie door de Georgische veiligheidsdienst SSS uitgevoerd om T.M. aan te houden. Deze werd verdacht van betrokkenheid bij internationaal terrorisme. Beweerdelijk probeerde T.M. een handgranaat af te vuren toen twee van de veiligheidsmensen zijn slaapkamer binnenkwamen; hij werd daarop door het hoofd geschoten en overleed. Het Hof oordeelt dat de operatie op zichzelf voldoende zorgvuldig is uitgevoerd en niet in strijd was met art. 2 EVRM. Het onderzoek dat na overlijden is uitgevoerd was echter in diverse opzichten gebrekkig, zodat art. 2 EVRM wel in procedureel opzicht is geschonden.

In 2017 kwam een speciale unit van de Georgische veiligheidsdienst (SSS) met 32 mensen de woning van klagers binnen om T.M. aan te houden, die werd verdacht van betrokkenheid bij een terroristische groepering. Beweerdelijk probeerde T.M. een handgranaat af te vuren toen twee van de veiligheidsmensen zijn slaapkamer binnenkwamen; hij werd daarop door het hoofd geschoten en overleed. Naar aanleiding hiervan is een onderzoek uitgevoerd, maar uiteindelijk is dat beëindigd omdat er onvoldoende gronden waren om aan te nemen dat er sprake was van een strafbaar feit.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat art. 2, 3 en 13 EVRM zijn geschonden door de manier waarop de operatie was uitgevoerd en vanwege de gebreken in het onderzoek. Het Hof gaat allereerst in op de procedurele aspecten. Een onderzoek is meteen gestart na het overlijden van T.M., maar het is duidelijk dat dat niet door een onafhankelijke actor gebeurde, maar door een officier van de SSS zelf. Verder zijn er gebreken als het niet verzegelen van de slaapkamer. Er zijn veel getuigen gehoord, maar daarbij zijn ook vertragingen opgetreden. Ook verder is er niet steeds zorgvuldig omgegaan met bewijsmateriaal. Bovendien heeft de vader van T.M., een van de klagers, in het onderzoek niet de status van slachtoffer gekregen. Gelet

hierop oordeelt het Hof dat het onderzoek onvoldoende grondig is geweest, in strijd met art. 2 EVRM.

Ten aanzien van de operatie zelf oordeelt het Hof dat er op zichzelf een voldoende wettelijk raamwerk bestond voor het voorbereiden en uitvoeren van dit soort operaties. Het acht het aannemelijk dat – gelet op de omstandigheden – verwacht werd dat T.M. zich met geweld zou kunnen verzetten. Opmerkelijk is dan wel dat duidelijke documenten over de voorbereiding van de operatie ontbraken, net als iets basals als een ambulance. Over de omstandigheden van T.M.'s overlijden bestaat discussie tussen de regering en de klagers, maar het Hof acht de lezing van de autoriteiten in dit geval overtuigend: het is waarschijnlijk dat een van de veiligheidsmensen zich acuut bedreigd voelde omdat hij T.M. naar een handgranaat zag reiken. Er is dan ook geen sprake van een schending van art. 2 EVRM in materieel opzicht (6 stemmen tegen 1).

Ten aanzien van de klacht over art. 3 EVRM oordeelt het Hof dat er geen aanwijzingen zijn dat klagers als nabestaanden van T.M. zodanige stress hebben ondervonden door de operatie dat die veel erger was dan bij dergelijke operaties is te verwachten. Het Hof ziet dan ook niet voldoende bewijs om te kunnen aannemen dat art. 3 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD003224519

Zaaknummer: 32245/19

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Oekraïne en Nederland t. Rusland, EHRM (GK) 25 januari 2023 (ontv.besl.), nrs. 8019/16, 43800/14 en 28525/20

Naar aanleiding van het optreden van Rusland in de Donbas in Oekraïne en het neerhalen van vlucht MH17 in 2014 zijn er drie statenklachten ingediend bij het Hof door Oekraïne en door Nederland. In een afzonderlijke ontvankelijkheidsbeslissing beoordeelt het Hof of die klachten in behandeling kunnen worden genomen. Het stelt onder meer vast dat Rusland rechtsmacht had ten aanzien van het militaire optreden in het oosten van Oekraïne en het neerhalen van de MH17. Ook zijn er duidelijke aanwijzingen van administratieve praktijken van schendingen. Het Hof zal ten gronde onderzoeken of van EVRM-schendingen in de zaken inderdaad kan worden gesproken.

In maart 2014 begonnen er in een aantal regio's in het oosten van Oekraïne (de Donbas, die onder meer Donetsk en Luhansk omvat) pro-Russische protesten. Een aantal van de protesten escaleerden, waarbij pro-Russische separatisten onder meer openbare gebouwen overnamen. In april begon de Oekraïense regering met een anti-terrorismeoperatie om de controle terug te krijgen over gebieden die inmiddels door separatistische gewapende groepen waren bezet. De separatisten riepen op 11 mei 2014 referenda uit en verklaarden daarna dat Donetsk en Luhansk onafhankelijke republieken waren. Op 17 juli 2014 werd temidden van de gevechten vlucht MH17 neergehaald in de buurt van Snizhne, in Donetsk. Daarbij zijn alle 298 inzittenden om het leven gekomen.

Naar aanleiding van dit feitencomplex zijn er drie statenklachten bij het Hof ingediend, die het Hof gevoegd behandelt. De zaak *Oekraïne t. Rusland (re Oost-Oekraïne)* (nr. 8019/16) gaat over een patroon of administratieve praktijk van schendingen van verschillende EVRM-bepalingen door Rusland in het kader van het conflict in het oosten van Oekraïne vanaf het voorjaar van 2014. Daartoe behoort het neerhalen van vlucht MH17, maar ook is geklaagd over

onder meer foltering, dwangarbeid, ontvoeringen, aanvallen op journalisten en vernieling van eigendommen. De zaak *Oekraïne t. Rusland (II)* (nr. 43800/14) komt voort uit de vermeende ontvoering van drie groepen kinderen in oost-Oekraïne naar Rusland. De derde zaak – *Nederland t. Oekraïne* (nr. 28525/20) – heeft specifiek betrekking op het neerhalen van vlucht MH17 en het gebrekkige onderzoek dat daarna is uitgevoerd naar de toedracht.

Rusland is inmiddels, sinds 16 september 2022, geen verdragspartij meer bij het EVRM. Overeenkomstig eerdere rechtspraak hierover stelt het EHRM voorop dat het op grond van art. 57 EVRM nog steeds bevoegd is om over de zaak te oordelen. Daarbij kan de Russische rechter niet langer meer zitting hebben in het Hof, maar het Hof besluit in plaats daarvan een van de andere EHRM-rechters aan te wijzen als rechter *ad hoc*.

Het Hof roept als preliminaire overweging in herinnering dat er twee typen van interstatelijke klachten zijn. Het eerste type betreft algemene kwesties die direct betrekking hebben op de publieke orde in Europa ter bescherming van het gemeenschappelijk erfgoed. Het tweede type betreft schendingen door een derde staat van de rechten van de eigen onderdanen. Ook dergelijke klachten dragen bij aan de collectieve handhaving van het EVRM en passen binnen de functie van art. 33 EVRM. Daarnaast merkt het Hof op dat het al met veel meer zaken te maken heeft die voortvloeien uit de gebeurtenissen in Oekraïne sinds 2014, zowel in de vorm van een aantal statenklachten als in de vorm van zo'n 8500 individuele klachten. Al deze klachten betreffen omstandigheden die zich hebben afgespeeld voor 16 september 2022, zodat Rusland als verwerende staat in deze zaken kan worden opgeroepen. Wel zijn op dat moment nog geldende interimmaatregelen van het Hof jegens Rusland van rechtswege geëindigd.

De feiten van deze zaak zijn complex en betwist. Het Hof roept op dit punt zijn vaste rechtspraak over feitenvaststelling in herinnering, net als de verplichtingen van partijen als het gaat om het aanvoeren en overleggen van bewijsmateriaal. Ook wijst het erop dat het als aanvullend bewijs gebruik kan maken van rapporten van internationale organisaties, betrouwbare NGO's en overheidsrapporten en – met de nodige voorzichtigheid – van mediarapporten. Het Hof kan verder getuigenverklaringen betrekken bij zijn bewijsgaring, al moet het verklaringen die door regeringsfunctionarissen zijn afgelegd terughoudend bejegenen. Om een administratieve praktijk te kunnen aantonen moet het bewijs sterk genoeg zijn om te kunnen aantonen dat sprake is van een repetitieve reeks van handelingen in strijd met het EVRM en van officiële tolerantie van die handelingen. De bewijsstandaard daarbij is dat er voldoende onderbouwd *prima facie* bewijs moet zijn voor zo'n administratieve praktijk.

In het onderhavige geval heeft Rusland zich als verwerende staat niet constructief opgesteld en heeft de regering niet al het noodzakelijke materiaal in de zaak overgelegd, zoals vereist door art. 38 EVRM. Daaruit kan het Hof de consequenties afleiden die het redelijk acht. Het

Hof oordeelt verder voor een groot aantal verschillende rapporten en documenten of en hoe het deze in zijn feitelijke beoordeling kan betrekken.

De Russische regering heeft als verweer gesteld dat de ingediende statenklachten geen ‘echte’ klachten zijn in de zin van art. 33 EVRM en dat er sprake is van misbruik van klachtrecht. Het Hof stelt voorop dat het wel degelijk gaat om juridisch relevante vragen over handelen in overeenstemming met het EVRM, ook al is er allicht een politieke connotatie. Van het doelbewust presenteren van vals bewijsmateriaal is volgens het Hof geen sprake. Rusland heeft verder gesteld dat ook Oekraïne verantwoordelijk is voor EVRM-schendingen en dus geen recht van klagen heeft. Het EHRM acht dit echter niet relevant voor de onderhavige klacht; de Oekraïense verantwoordelijkheid zal worden vastgesteld in het kader van de statenklacht die Rusland zelf in 2021 heeft ingediend tegen Rusland over de gebeurtenissen in oost-Oekraïne. Het Hof wijst deze preliminaire verweren dan ook af.

Een volgende vraag is of het Hof rechtsmacht heeft om de zaak te behandelen. Daarbij heeft deze notie twee verschillende betekenissen. De eerste is of het Hof bevoegd is onder art. 19 en 32 EVRM om de zaak te behandelen. De tweede is of de situaties waarop de zaak betrekking heeft binnen de jurisdictie van de verwerende staat vallen. Het Hof ziet aanleiding om deze tweede vraag al in het kader van deze ontvankelijkheidsbeslissing te beantwoorden. In dat verband herhaalt het de uitgangspunten die het in zijn eerdere rechtspraak over het jurisdictiebeginsel heeft geformuleerd (in het bijzonder *Georgië t. Rusland (II)*), waarbij het ook aandacht besteedt aan de bijzondere situatie waarin sprake is van een gewapend conflict tussen twee staten.

Concreet is de eerste vraag of Rusland geacht kan worden extraterritoriale rechtsmacht uit te oefenen over de gebieden in oostelijk Oekraïne die onder separatistische controle stonden. Rusland heeft ontkend dat er in de relevante periode Russische militairen in de Donbas actief waren. Er zijn echter duidelijke aanwijzingen – waaronder een toespraak van Poetin – waaruit blijkt dat er wel degelijk militaire aanwezigheid was. Het dossier bevat voldoende materiaal om, bij ontbreken van een deugdelijke verklaring en weerlegging door Rusland, te kunnen aannemen dat Russische militairen actief betrokken waren bij de separatistische activiteiten in oostelijk Oekraïne. Ook hadden de Russische troepen significante invloed op de strategie van de separatisten, werden separatistische militairen door Russische militairen getraind, kregen zij wapens geleverd en voerden zij artillerieaanvallen uit op verzoek van de separatisten. Bij de grens met Oekraïne was sprake van een Russische opbouw van troepen die eventueel de separatisten te hulp konden schieten. De Russische overheid heeft daarnaast politieke en financiële steun gegeven aan de separatistische republieken Donetsk en Luhansk. Gelet op het uitgebreide feitenonderzoek concludeert het Hof dat er veel bewijs is dat buiten gerede twijfel aantoont dat Rusland door zijn militaire aanwezigheid in het oosten van

Oekraïne een grote mate van invloed en controle uitoefende over het grondgebied dat bezet was door de separatisten. De Grote Kamer neemt daarom aan dat Rusland sinds 11 mei 2014 effectieve controle uitoefende over deze gebieden, waarbij moet worden aangenomen dat deze situatie in ieder geval heeft voortgeduurd tot 26 januari 2022, de datum van de hoorzitting bij het Hof. Dit betekent dat de gebeurtenissen in het relevante gebied binnen de rechtsmacht *ratione loci* van Rusland vallen in de zin van art. 1 EVRM en dat het Hof bevoegd is erover te oordelen.

De vraag is nog wel of enkele specifieke aspecten van de statenklachten buiten de jurisdictie en verantwoordelijkheid van Rusland vallen. In het bijzonder is de vraag of Rusland verantwoordelijk kan worden gehouden voor het neerhalen van de MH17, zoals de Nederlandse regering heeft betoogd. Het Hof oordeelt dat uit het ampele beschikbare bewijs is gebleken dat de Boek-raket waarmee de vlucht is neergehaald is afgevuurd in het gebied dat in separatistische handen was. Dat gebied stond, zoals het Hof eerder vaststelde, onder effectieve Russische controle. Die controle geldt in dat geval ook het luchtruim boven het bezette territoir. De enige resterende vraag is dan nog of jurisdictie in het kader van dit incident is uitgesloten omdat sprake was van een actieve fase van vijandigheden in de zin van een gewapend treffen en actieve gevechten. Het Hof wijst erop dat er weliswaar actieve gevechten plaatsvonden, maar dat niet kan worden gesproken van de 'context van chaos' die maakt dat rechtsmacht tijdens de actieve conflictfase niet kan worden uitgeoefend. Er was voldoende mogelijkheid om het afschieten van de raket te controleren en het is duidelijk uit het bewijsmateriaal dat Rusland verantwoordelijk was voor het afvuren van de raket. Ook deze statenklacht valt dan ook binnen de jurisdictie *ratione loci*.

Het Hof herinnert er vervolgens aan dat zowel humanitair recht als de EVRM-waarborgen gelding blijven houden in een situatie van gewapend conflict. Het enkele feit dat sprake is van een oorlogssituatie betekent dan ook niet dat het EVRM *ratione materiae* niet van toepassing is. Wel moet het EVRM altijd worden uitgelegd in overeenstemming met Europees recht. In het onderhavige geval zijn er geen tekenen dat het EVRM zou botsen met bepalingen van internationaal humanitair recht. Voor zover er over de onderlinge verhouding vragen opkomen, kunnen die beter worden beantwoord bij de feitelijke beoordeling van de zaak. Het Hof heeft dan ook rechtsmacht *ratione materiae* om over de klachten te oordelen.

Oekraïne heeft voor het EHRM specifiek gesteld dat onder meer het kiesrecht van Oekraïense burgers in de Donbas is beperkt, doordat zij door intimidatie en geweld nauwelijks konden stemmen in de Oekraïense presidentsverkiezingen. In dit verband wijst het Hof erop dat art. 3 EP alleen van toepassing is op verkiezingen voor wetgevende organen. Nu de Oekraïense president niet de rol van wetgever heeft, is art. 3 EP niet van toepassing. Dit klachtonderdeel is daarom niet-ontvankelijk *ratione materiae*.

Een volgende vraag is of Oekraïne eventuele beschikbare nationale rechtsmiddelen voldoende heeft uitgeput, zoals noodzakelijk is volgens art. 35 lid 1 EVRM; Rusland heeft naar voren gebracht dat dit niet het geval zou zijn. Ook heeft Rusland gesteld dat de klacht niet binnen de in art. 35 lid 1 EVRM gestelde zesmaandentermijn is ingediend. Het Hof herhaalt de rationale van de uitputtingsregel en maakt duidelijk dat die alleen geldt voor rechtsmiddelen die zowel in rechte als in de praktijk effectief rechtsherstel kunnen opleveren. Deze regel geldt ook in interstatelijke klachten, maar is niet van toepassing op de klagende staat als zodanig. Alleen de slachtoffers uit wier naam de staat de klacht heeft ingediend moeten de nationale rechtsmiddelen hebben benut. Ook geldt de regel niet als sprake is van een klacht over een administratieve praktijk. Voor de zesmaandentermijn geldt eveneens dat daarvoor afwijkende eisen gelden als geklaagd wordt over een voortdurende situatie van schending; in dat geval moet worden aangetoond dat de klacht voldoende snel en zorgvuldig is ingediend in het licht van de omstandigheden van het geval.

De uitgangspunten toepassend op de zaak gaat het Hof eerst in op de vraag of aan de zesmaandentermijn is voldaan voor de algemene klachten van Oekraïne tegen Rusland. Het is duidelijk dat er in dit geval sprake was van een klacht over een voortdurende situatie van gestelde EVRM-schendingen die niet meer dan zes maanden voorafgaand aan het indienen van de klacht zijn beëindigd. Naar aanleiding van de ontvoering van de kinderen is de klacht bovendien al een dag na de ontvoering ingediend en al snel daarna verder onderbouwd. Aan de zesmaandentermijn is dan ook voldaan.

Voor de uitputting van rechtsmiddelen moet het Hof verder onderzoeken of in dit geval kan worden beweerd dat er een administratieve praktijk van EVRM-schendingen zou kunnen bestaan. Dit is niet het geval voor de klacht die Nederland heeft ingediend, nu die zich concreet en precies richt op het neerhalen van vlucht MH17 en de daarbij gevallen slachtoffers. Daarbij gaat het dus om vertegenwoordiging van slachtoffers van individuele schendingen, zodat moet worden nagegaan of ten aanzien van de laatsten is voldaan aan het uitputtingsvereiste. In dit verband is de vraag opgekomen of de slachtoffers zich hadden moeten richten tot de Russische autoriteiten om een schending vast te stellen. Al snel na het neerhalen van de vlucht is echter gebleken dat Rusland iedere betrokkenheid bij de gebeurtenissen ontkende en nog steeds ontkent. Het gaat bovendien om een situatie die zich buiten Russisch grondgebied heeft afgespeeld en er is in Rusland geen onderzoek ingesteld naar de toedracht. Het is ook de vraag of een Russische beoordeling van de situatie effectief zou zijn, gelet op de politieke dimensie van de zaak en de vermoedelijke betrokkenheid van overheidsactoren hierbij, en gelet op het feit dat Rusland consequent iedere poging van de nabestaanden om informatie te krijgen of onderzoekshandelingen te laten uitvoeren heeft gefrustreerd. Rusland heeft dan ook niet aangetoond dat er in Rusland een effectief

rechtsmiddel zou bestaan dat klagers hadden moeten uitputten.

De vraag is nog wel of de zaak voldoende tijdig is ingediend. Het Hof oordeelt dat de Nederlandse regering niet kan worden verweten dat ze eerst nader onderzoek en informatie hebben afgewacht over de precieze verantwoordelijkheid voor het neerhalen van de MH17. Daarbij is ook van belang dat Nederland zelf uitgebreid onderzoek heeft gedaan en ook veel procedurele stappen en stappen tot vervolging van slachtoffers heeft gezet. Ook zijn internationale klachten ingediend tegen Rusland. In het licht van het doel van de zesmaandentermijn – namelijk het bewerkstelligen van rechtszekerheid en voldoende actualiteit van de klachtbehandeling – kan niet worden gezegd dat niet meer aan dat doel kan worden voldaan nu de klacht pas in 2020 is ingesteld. In de uitzonderlijke omstandigheden van het geval is het Hof dan ook bereid om te accepteren dat aan de eisen van art. 35 lid 1 EVRM is voldaan.

Ook voor de klacht over de ontvoering van de kinderen moet worden vastgesteld of uit te putten rechtsmiddelen voldoende zijn benut. De vraag is daarbij in het bijzonder of het indienen van een klacht bij de ICRF toereikend zou zijn. Het Hof heeft dit eerder wel gevegd. Ook geldt dat voor het onderhavige geval er geen onmiddellijke Russische ontkenning is geweest van een schending of verantwoordelijkheid voor de ontvoering. Dat Oekraïne twijfels had over het nut van het benutten van een rechtsgang in Rusland is niet voldoende om de staat te ontheffen van zijn verantwoordelijkheid om dat toch te doen. Dit onderdeel van de klacht is daarom niet-ontvankelijk.

Tot slot oordeelt het Hof dat Oekraïne voldoende onderbouwd *prima facie* bewijs heeft geleverd voor het bestaan van een praktijk van herhaalde schendingen van het EVRM en een officiële tolerantie daarvan door Rusland. Dat betekent dat voor deze klachten aannemelijk is dat er een administratieve praktijk is en dat hier dus geen nationale rechtsmiddelen hoefden te worden benut. Uit dien hoofde zijn de klachten dan ook ontvankelijk. Wel is daarvoor nog nodig dat er een voldoende blijk is van een potentiële schending van het EVRM. Het Hof neemt op basis van het geleverde bewijs aan dat dit het geval is voor de gestelde schendingen van art. 2 (waaronder door het neerhalen van vlucht MH17), 3, 4 lid 2, 5, 9, 10, 1 EP, 2 EP en 14 EVRM. Ook besluit het Hof dat er voldoende bewijs is om aan te kunnen nemen dat er bij de ontvoering van de kinderen sprake was van een administratieve praktijk, zodat ook die klacht in behandeling kan worden genomen. Ten slotte geldt ook voor de door Nederland gestelde individuele schendingen van art. 2 EVRM dat er een voldoende *prima facie* basis bestaat om zowel de materiële als de procedurele klachten hierover ten gronde te kunnen beoordelen. Ook zijn voldoende feiten aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat de nabestaanden zelf zoveel leed hebben ervaren dat mogelijk sprake is van een schending van art. 3 EVRM. Ook die klacht is daarom ontvankelijk. Tot slot is ook de klacht over een schending van art. 13

EVRM door Rusland ontvankelijk voor het neerhalen van vlucht MH17.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:113oDECooo8o1916

Zaaknummer: 8019/16, 43800/14 en 28525/20

Wetsartikelen: EVRM art. 1, EVRM art. 19, EVRM art. 32, EVRM art. 33, EVRM art. 35 lid 1, EVRM art. 38, EVRM art. 58 en EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

Pagerie t. Frankrijk, EHRM 19 januari 2023, nr. 24203/16

Na de aanslagen in Parijs in 2015 is de noodtoestand aangekondigd. Daardoor konden aan bepaalde personen beperkende maatregelen worden opgelegd. Pagerie mocht gedurende ruim een jaar zijn woning 's nachts niet verlaten en moest zich driemaal daags bij de politie melden. Deze vrijheidsbelemmerende maatregelen waren volgens het Hof ingegeven door de noodtoestand. Ze waren voldoende precies en met waarborgen omkleed. Ook de toepassing was niet in strijd met art. 2 P4 EVRM, gelet op het risico dat Pagerie bewijsbaar vormde voor de veiligheid. Dit betekent dat het niet nodig is om het verweer onder art. 15 EVRM te beoordelen.

Na de aanslagen in Parijs op 13 november 2015 heeft Frankrijk de noodtoestand in het land afgekondigd en de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa daarover conform art. 15 EVRM geïnformeerd. Gelet op de op basis van die noodtoestand ingevoerde strengere regels is klager in de periode november 2015 – juni 2017 aan een aantal beperkende maatregelen onderworpen; daarnaast heeft hij tijdens twee perioden gevangen gezeten. Klager heeft daar steeds tegen geprocedeerd, maar zonder succes.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de beperkende maatregelen in strijd waren met een reeks EVRM-bepalingen en dat bovendien onvoldoende rechtsbescherming is geboden. Het EHRM stelt voorop dat een aantal van de klachten niet op nationaal niveau zijn opgeworpen en dat deze daarom niet-ontvankelijk zijn. Wel ontvankelijk is de klacht over beperkingen van klagers bewegingsvrijheid onder art. 2 P4 EVRM.

Ten aanzien van de inhoud van die klacht stelt het Hof voorop dat het eerst moet nagaan of de beperkingen toelaatbaar waren onder art. 2 P4 EVRM als zodanig. Als dat het geval is, is het immers niet nodig om na te gaan of art. 15 EVRM verdergaande beperkingen kan rechtvaardigen. Bij de toetsing aan art. 2 P4 EVRM neemt het Hof de bijzondere context van de zaak in acht, namelijk de golf van aanslagen die Frankrijk vanaf 2015 heeft getroffen en de

noodzaak om op te komen tegen terrorisme. De strijd tegen het terrorisme moet tegelijkertijd wel worden gevoerd op een manier die consistent is met de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. In het onderhavige geval is de vrijheid van klager duidelijk belemmerd, nu hij in de relevante periode vanaf 20:00 tot 6:00 thuis moest blijven en gedurende de dag zich steeds drie keer bij de politie moest melden. Hiervoor bestond een wettelijke basis. Het Hof stelt vast dat de relevante wet alleen gedurende de periode van de noodtoestand gold en alleen in speciaal aangewezen gebieden. De beperkende maatregelen konden verder alleen worden opgelegd als daarvoor 'inhoudelijke gronden' bestonden, en niet als alleen sprake was van een verdenking. Als de maatregel langer dan 12 maanden zou duren, moest zelfs worden aangetoond dat sprake was van een bijzonder ernstige dreiging. Het Hof acht het onrealistisch dat de wetgever een uitputtende lijst van vormen van gedrag zou opnemen die kunnen leiden tot dit soort maatregelen. Wel moeten de wettelijke regels voldoen aan rechtsstatelijke eisen en moeten er voldoende waarborgen tegen willekeur worden geboden. In dit verband is van belang dat de vrijheidsbeperkende maatregelen konden worden aangevochten in kort geding, waarbij de rechter zowel de wetmatigheid als de proportionaliteit van de maatregelen kon beoordelen. Gelet daarop acht het Hof de wettelijke basis voor de beperkingen toereikend. Ook was er een legitiem doel in de vorm van bescherming van de nationale veiligheid en de openbare orde.

Het Hof merkt verder op dat de vrijheidsbelemmerende maatregelen in dit geval bijzonder ingrijpend waren en bovendien voor meer dan een jaar hebben gegolden. Daarvoor is als rechtvaardiging aangevoerd dat bij klager sprake was van religieuze radicalisering en gewelddadige neigingen en dat hij eerder onder meer contact had opgenomen met een pro-jihadistische islamitische leider. Het enkele geloof alleen kan volgens het Hof geen basis zijn voor het opleggen van beperkingen; art. 9 EVRM staat daaraan in de weg. In het onderhavige geval is het risico dat klager vormde echter wel verschillende malen vastgesteld en getoetst, zowel door het bevoegde bestuursorgaan als daarna door de rechter. Ook was er voldoende basis om het risico aan te nemen in de vorm van rapporten van de veiligheidsdiensten. Gelet hierop, en in het licht van de geschetste context, oordeelt het EHRM dat art. 2 P4 EVRM niet is geschonden. Het in het kader van art. 15 EVRM door de staat gevoerde verweer hoeft dan ook niet verder te worden onderzocht.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD002420316

Zaaknummer: 24203/16

Wetsartikelen: EVRM art. 15 en EVRM art. 2 P4

RECHTSPRAAK

Svetova e.a. t. Rusland, EHRM 24 januari 2023, nr. 54714/17,

Bij een kritische Russische journalistenfamilie is in 2017 een huiszoeking verricht in verband met een sinds 2003 lopend onderzoek naar een oligarch. Daarbij zijn veel journalistieke bestanden gedownload. Rusland wil niet meewerken aan de behandeling van de kwestie omdat het geen partij bij het EVRM meer is, maar het Hof benadrukt dat de staat verantwoordelijk blijft voor eerder ingediende zaken. Nu Rusland geen rechter meer heeft, wijst het Hof zelf een ad-hoc-rechter aan. Het Hof oordeelt dat de huiszoeking en inbeslagname arbitrair en niet in overeenstemming met nationaal recht waren, en dus in strijd met art. 8 en 10 EVRM.

Klagers zijn een familie van kritische journalisten. In 2017 werd een inval gedaan in hun woning in Moskou in verband met een onderzoek dat in 2003 was opgestart naar de oligarch Mikhail Chodorkovski. Eerste klaagster had in het verleden samengewerkt met de Open Russia Foundation, een stichting die door Chodorkovski was opgericht. Tijdens de huiszoeking werden verschillende eigendommen en elektronische apparaten in beslag genomen. Daarnaast is materiaal gedownload van eerste klaagsters computer, waaronder stukken die betrekking hadden op haar journalistieke werk. Klagers hebben zonder succes geprocedeerd over de inval.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat art. 8, 10 en 13 EVRM geschonden zijn door de huiszoeking en het downloaden van de bestanden. Het EHRM stelt voorop dat het nog steeds bevoegd is om over de zaak te oordelen, al is Rusland inmiddels geen partij meer bij het EVRM. Daarbij kan de Russische rechter weliswaar niet langer meer zitting hebben in het Hof, maar het Hof besluit in plaats daarvan een van de andere EHRM-rechters aan te wijzen als rechter *ad hoc*. Rusland heeft daartegen geen bezwaar gemaakt.

Het Hof gaat vervolgens in op het feit dat Rusland in de onderhavige zaak geen observaties naar voren heeft gebracht en heeft aangegeven niet meer aan de behandeling van de zaak te

willen deelnemen. Het Hof wijst erop dat dit niet in overeenstemming is met de uitgangspunten van art. 34 en 38 EVRM en met het Procesreglement van het Hof. Volgens Regel 44C lid 2 is het voor het Hof in een dergelijk geval op zichzelf mogelijk om de behandeling van de zaak te beëindigen, maar het besluit dat niet te doen. Het is wel vrij om alle gevolgtrekkingen te verbinden aan het uitblijven van een reactie van de staat die het zelf redelijk wacht. Wel benadrukt het Hof dat de niet-deelname van een staat aan de procedure niet automatisch kan leiden tot het gegrond verklaren van de klacht.

Ten gronde overweegt het Hof allereerst dat de inval en huiszoeking duidelijk inbreuk hebben gemaakt op klagers' recht op respect voor de woning en hun privacy. Er was geen indicatie dat zij zelf werden verdacht van een strafbaar feit; de doorzoeking hield alleen verband met een verdenking jegens een derde partij, waarbij klagers zelf niet betrokken waren en die bovendien al veertien jaar eerder was ingesteld. Het huiszoekingsbevel was bovendien in heel algemene bewoordingen gesteld. Dit betekent dat art. 8 EVRM is geschonden. Het Hof merkt verder op dat het huiszoekingsbevel ook zo ruim was geformuleerd dat het journalistieke brongeheim van klagster kon worden aangetast, zonder dat daar een goede grond voor bestond. Daarmee is de inbreuk ook in strijd met art. 10 EVRM. Tot slot overweegt het Hof dat klagers geen toegang hebben gehad tot een effectief rechtsmiddel, in strijd met art. 13 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0124JUD005471417

Zaaknummer: 54714/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 10, EVRM art. 13, EVRM art. 34 en EVRM art. 38

RECHTSPRAAK

Valaitas t. Litouwen, EHRM 17 januari 2023, nr. 39375/19

In 2018 zijn zeer homovijandige opmerkingen geplaatst op een nieuwswebsite waarin bericht werd over een homoseksuele zanger. Een strafrechtelijk onderzoek naar de opmerkingen werd al snel beëindigd, maar na een uitspraak van het EHRM in een vergelijkbare zaak is het onderzoek heropend – al leidde dat niet tot een veroordeling. Het EHRM prijst de manier waarop Litouwen de eerdere uitspraak heeft geïmplementeerd en actief probeert het homovijandige klimaat bij de overheid te verbeteren. Door alle maatregelen is in dit geval voldoende rechtsbescherming geboden, ook al heeft geen veroordeling plaatsgevonden. Art. 13 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager publiceerde in 2018 een stuk op een belangrijke nieuwswebsite waarin hij melding maakte van een finalist in een zangwedstrijd die publiekelijk uit de kast was gekomen als homoseksueel. In reacties op dit bericht werden zowel klager als de homoseksuelen ernstig beledigd, waarbij in één geval zelfs werd gezegd dat homoseksuelen in Auschwitz verbrand moesten worden. De autoriteiten weigerden aanvankelijk een onderzoek in te stellen naar haatzaaien en discriminatie door deze reacties. Later werd alsnog een onderzoek ingesteld, maar dit werd beëindigd omdat sprake was van individuele en geïsoleerde opmerkingen die geen misdrijf opleverden. Na de uitspraak van het EHRM in de vergelijkbare zaak *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, waarin het een schending van het EVRM had geconstateerd, werd de zaak heropend. In het nieuwe onderzoek werden de auteurs van enkele opmerkingen geïdentificeerd en vervolgd, maar uiteindelijk leidde dit in geen van de gevallen tot een veroordeling.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de Litouwse overheid onvoldoende heeft gedaan om homoseksuelen te beschermen tegen *hate speech*. Het Hof stelt voor op dat de opmerkingen ernstig genoeg waren om te worden gedekt door art. 8 en 14 EVRM. Het stelt verder vast dat

naar aanleiding van zijn eerdere uitspraak niet minder dan 261 gevallen van potentieel discriminerende uitlatingen alsnog strafrechtelijk zijn onderzocht. Ook heeft de Hoge Raad aangenomen dat bij *hate speech* de vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt en dat haatzaaien niet per definitie een oproep tot geweld vereist. Dit betekent dat inmiddels een voldoende effectief rechtsmiddel tegen homofobe uitingen bestaat. Ook verder zijn er talrijke maatregelen getroffen, bijvoorbeeld tot training van rechters, aanklagers en politiemensen.

In het onderhavige geval is een nieuw onderzoek uitgevoerd en dat geeft blijk van een goede ontwikkeling in de benadering van de Litouwse autoriteiten. Dit betekent ook dat de juiste conclusies zijn getrokken uit de eerdere veroordeling door het Hof. Daarbij benadrukt het Hof bovendien dat het bij de genoemde verplichtingen gaat om inspanningsverplichtingen en niet om resultaatverplichtingen. De nationale autoriteiten hebben na heropening vastgesteld dat de staat in ieder geval niets te verwijten was in deze kwestie. Het Hof kan ook niet concluderen dat het uiteindelijk beëindigen van de vervolging te wijten was aan een bevooroordeelde mening bij de autoriteiten. Het Hof oordeelt dan ook dat art. 13 EVRM niet is geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD003937519

Zaaknummer: 39375/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 13 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Ministerstvo na vatrešnite raboti, HvJ EU 26 januari 2023, nr. C-205/21

In Bulgarije kan de nationale rechter toestemming geven om bij een verdachte onder dwang vingerafdrukken en DNA-materiaal af te nemen. Daarbij gaat het om verzameling en verwerking van gevoelige persoonsgegevens in de zin van richtlijn 2016/680. Dit kan redelijk zijn als er een duidelijke wettelijke grondslag is die duidelijk genoeg maakt aan welke van de toepasselijke EU-instrumenten uitvoering wordt gegeven. Verder moet er goede rechtsbescherming mogelijk zijn en moet worden onderzocht of het afnemen van het materiaal strikt noodzakelijk is voor het bereiken van een welbepaald en legitiem doel.

De Bulgaarse autoriteiten hebben op grond van artikel 255 NK een strafrechtelijke procedure tegen twee handelsvennootschappen ingeleid wegens fraude bij de vaststelling en betaling van belastingsschulden. Daarbij is ook een procedure ingesteld tegen V.N. op verdenking van deelname aan een criminele organisatie. Na betekening van de akte van in verdenkingstelling moest V.S. zich door de politie laten registreren. Zij stemde daarbij niet in met het maken van een foto en het afnemen van vingerafdrukken en DNA-materiaal. Vervolgens heeft de politie de rechter toestemming gevraagd om deze gegevens onder dwang te verzamelen. De verwijzende rechter heeft in dit verband vragen voorgelegd over verenigbaarheid van de relevante bepalingen van het Bulgaarse recht met het Unierecht.

De eerste vragen van de nationale rechter hebben specifiek betrekking op de vraag of de Bulgaarse regeling kan worden aangemerkt als een nationale regeling op grond waarvan volgens art. 52 lid 1 Hv persoonsgegevens kunnen worden verzameld. Het HvJ stelt daarbij voorop dat het in dit geval gaat om gevoelige persoonsgegevens in de zin van art. 9 AGV en art. 10 van richtlijn 2016/680. Voor het verwerken daarvan gelden bijzondere vereisten volgens deze EU-regelgeving, die bovendien in overeenstemming met het Handvest moeten worden

uitgelegd. Het op grond van art. 52 lid 1 Hv te stellen legaliteitsvereiste vergt dat de wettelijke grondslag de draagwijdte van de toegestane beperking voldoende duidelijk en nauwkeurig omschrijft. In het bijzonder moeten de betrokkenen en rechterlijke instanties nauwkeurig kunnen bepalen onder welke voorwaarden de gegevensverwerking kan plaatsvinden en voor welke doeleinden deze rechtmatig kan worden verricht. Daarbij moet ook duidelijk zijn welke van beide Unieregelingen van toepassing is. Dat kan wel ook via een verwijzing naar de nationale omzettings- of uitvoeringsregel; de richtlijn zelf hoeft daarnaast niet te worden vermeld. Als er – zoals in dit geval aan de orde is – een mogelijke tegenstrijdigheid is tussen verschillende bepalingen over de verwerking van gegevens, moet de nationale rechter zoveel mogelijk een conforme interpretatie van de regeling kiezen.

De nationale rechter wil daarnaast weten of het aanvaardbaar is dat een rechter kan toestaan dat biometrische en genetische gegevens onder dwang worden verzameld, zonder dat hij kan beoordelen of er gegronde vermoedens bestaan dat deze persoon het strafbare feit heeft gepleegd waarvan hij in verdenking is gesteld. Art. 6 onder a) van richtlijn 2016/680 verzet zich daar op zichzelf niet tegen als er voldoende bewijs is verzameld om een verdenking te rechtvaardigen. Als biometrische of genetische gegevens worden verzameld, is het op grond van art. 47 Hv wel noodzakelijk dat de betrokkene toegang heeft tot een doeltreffende voorziening in rechte. Dat recht heeft in het licht van art. 52 lid 1 Hv geen absolute gelding, maar beperkingen moeten wel aan de in die bepaling gestelde eisen voldoen. Dat betekent dat weliswaar bij het opleggen van de dwang nog niet kan worden gecontroleerd of er voldoende belastend bewijs bestaat, maar dat er in de gerechtelijke fase een volledig onderzoek van feiten en rechtsvragen moet worden uitgevoerd. Daarbij moet met name kunnen worden nagegaan of de biometrische en genetische gegevens niet zijn verkregen in strijd met de EU-grondrechten. Ook moet de betrokkene in ieder geval een verzoek kunnen richten aan een toezichthoudende autoriteit.

Belangrijk is verder dat volgens art. 48 lid 1 Hv de onschuldpresumptie geldt, die moet worden uitgelegd in het licht van de relevante EHRM-rechtspraak. De gegevensverzameling mag aan die onschuldpresumptie geen afbreuk doen. Op zichzelf kan uit het verzamelen van biometrische of genetische gegevens niet worden afgeleid dat de overheid aanneemt dat de betrokkenen schuldig zijn. Ook dan moet echter worden gewaarborgd dat er een doeltreffende rechterlijke toetsing wordt verricht van de voorwaarden voor die inverdenkingstelling, waarop de toestemming voor de gegevensverzameling is gebaseerd.

Tot slot onderkent het HvJ EU dat dit soort gegevensverwerkingen aanzienlijke risico's kunnen meebrengen voor de door art. 7 en 8 beschermde rechten. Deze gegevensverwerking is volgens de EU-richtlijn dan ook alleen aanvaardbaar als deze strikt noodzakelijk is voor het bereiken van een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en legitiem doel. Om dat te kunnen

beoordelen moeten op nationaal niveau tenminste de verwerkingsdoeleinden worden gespecificeerd. Ook moet worden onderzocht of deze doelen hadden kunnen worden bereikt met behulp van andere dan de gevoelige data. Of sprake is van een strikte noodzaak kan verder alleen in het concrete geval worden beoordeeld aan de hand van een aantal factoren, met name de aard en de ernst van het hem ten laste gelegde strafbare feit, de bijzondere omstandigheden van dat strafbare feit, het mogelijke verband van dat strafbare feit met andere lopende procedures, en de gerechtelijke antecedenten of het persoonlijke profiel van de betrokkene.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 26-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:49

Zaaknummer: C-205/21

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 48, Hv art. 52, Rl 2016/680 art. 4 lid 1, Rl 2016/680 art. 6 onder (a) en Rl 2016/680 art. 10

ANNOTATIE

**Pejřilová t. Tsjechië (EHRM, 14889/19) – EHRM predikt
duidelijke taal bij medisch begeleide voortplanting****L. Oplinus**

1. Op 8 december kreeg het EHRM in het arrest *Pejřilová t. Tsjechië* voor de tweede keer in het jaar 2022 de kans om zich uit te spreken over medisch begeleide voortplanting.^[1] Deze noot bespreekt het arrest (I). Daarna volgt een analyse in het licht van de vorige rechtspraak van het Hof over dit onderwerp (II). In het derde deel staat de noot stil bij de relevantie van het arrest voor de actuele ontwikkelingen in België omtrent *post mortem* voortplanting (III).

I. Pejřilová t. Tsjechië

2. In de zaak *Pejřilová t. Tsjechië* klaagt de verzoekster, mevrouw Hana Pejřilová, dat ze het sperma van haar overleden echtgenoot niet mocht gebruiken in het kader van medisch begeleide voortplanting. Verzoekster en haar echtgenoot huwden in 2012. Door een ziekte bij haar man waren ze verplicht om hun toevlucht te nemen tot medisch begeleide voortplanting. Op 26 juni 2014 liet haar echtgenoot een spermastaal invriezen. In dat kader vulde hij een toestemmingsformulier in. Dat formulier waarschuwde hem dat zijn geschreven toestemming nodig zou zijn voor elk verder gebruik van het sperma. Daarnaast bevatte het formulier een clausule dat zijn sperma zou worden ontdooid bij zijn overlijden, behalve als er specifiek anders over was beslist. Op 15 december 2014 ondertekenden de verzoekster en haar man een toestemmingsformulier voor het gebruik van zijn zaadcellen in het kader van een in-vitrofertilisatieprocedure. Op basis van dat formulier was het koppel verplicht om het fertiliteitscentrum op de hoogte te brengen van elke wijzing in hun relatiestatus omdat dat een invloed zou kunnen hebben op de voortzetting van hun traject. Nadien ging de gezondheid van de man achteruit. Hij stierf op 16 juni 2015, voordat er verdere stappen waren ondernomen in het kader van de medisch begeleide voortplantingsbehandeling.

3. Op 7 september 2015 wilde de verzoekster haar eicellen laten bevruchten met het bewaarde sperma van haar overleden echtgenoot. Het fertiliteitscentrum weigerde de bevruchting uit te voeren omdat dat strijdig zou zijn met de Tsjechische wetgeving. De relevante bepalingen van

de *Specific Health Services Act* (SHS) zijn sectie 6(1) en 8. Sectie 6(1) bepaalt dat medisch begeleide voortplanting enkel kan plaatsvinden bij een vrouw van een vruchtbare leeftijd, niet ouder dan 49 jaar, op basis van een geschreven verzoek door de vrouw en de man die samen een vruchtbaarheidsbehandeling willen ondergaan. Het verzoek van het onvruchtbaar koppel mag niet meer dan zes maanden oud zijn. Sectie 8 bevat een informatieverplichting. Voor de start van de behandeling moet een fertiliteitscentrum de wensouders informeren over de aard van de voorgestelde technieken, hun gevolgen, de risico's en de bestemming van de overtallige embryo's. Na het ontvangen van de informatie moet het koppel zijn schriftelijke toestemming geven voor elke nieuwe bevruchtingspoging. De Tsjechische hoven en rechtbanken waren het eens met het fertiliteitscentrum dat het niet wettig was om de eicellen van de verzoekster te bevruchten met het sperma van haar overleden echtgenoot. De regionale rechtbank oordeelde dat enkel koppels (en dus niet een alleenstaande vrouw) in Tsjechië een beroep kunnen doen op medisch begeleide voortplanting. Bovendien was de toestemming van de man niet in overeenstemming met de wettelijke vereisten gegeven en kon niet worden uitgesloten dat hij zijn mening nog zou herzien hebben. Het Hooggerechtshof wees de vordering van de verzoekster af na een analyse op basis van de rechtspraak van het EHRM. Het Hof verwees hierbij naar een rechtsvergelijkende studie die aantoonde dat er nog veel verdeeldheid bestaat over *post mortem* voortplanting bij de lidstaten van de Raad van Europa. Het Grondwettelijk Hof bevestigde de wettigheid van alle vorige uitspraken. Het haalde hierbij aan dat het aan de wetgever was om regels uit te stippelen voor medisch begeleide voortplanting op basis van de gevoelige aard van de materie.

4. De verzoekster klaagt voor het EHRM dat de staat de keuze van het koppel om met elkaar een kind te krijgen heeft miskend. Daarvoor beroept ze zich op artikel 8 EVRM. Een van haar argumenten is dat de Tsjechische wet niet expliciet heeft voorzien in een verbod op *post mortem* voortplanting. De staat argumenteert dat de wettelijke bepalingen een legitiem doel nastreven. Ze beschermen het belang van het kind om bij het begin van het leven de mogelijkheid te hebben om op te groeien in een gezin. De bepalingen dienen ook het belang van de man. De toestemming tot medisch begeleide voortplanting bij leven stemt immers niet altijd overeen met de toestemming voor medisch begeleide voortplanting na het overlijden.[2] Daarnaast werden de wensouders verschillende malen op de wettelijke bepalingen gewezen.

5. Het EHRM herhaalt dat het recht om een kind te verwekken en daarvoor een beroep te doen op medisch begeleide voortplanting onder de toepassing van artikel 8 EVRM valt. Het Hof merkt op dat de mogelijkheid om biologisch materiaal te bewaren zorgt voor een essentieel verschil tussen natuurlijke voortplanting en medisch begeleide voortplanting. De wetgever moet het tijdsverloop bij medisch begeleide voortplanting in overweging nemen (par. 42). Het EHRM bevestigde dat er een ruime beoordelingsmarge bestaat op het gebied van medisch

begeleide voortplanting, des te meer omdat er nog geen Europese consensus bestaat (par. 43, 45-46). De tussenkomst van de Tsjechische staat was in overeenstemming met de wet en er was een legitiem doel (par. 8 en 54). Als laatste moet het EHRM oordelen over de proportionaliteit van de maatregel. Het Hof erkent dat er door de dood van de echtgenoot geen andere mogelijkheid was voor hem om een genetisch gerelateerd kind op de wereld te zetten (par. 57). De Tsjechische wet heeft strikte tijdsbepalingen opgelegd aan de toestemming tot het gebruik van dat sperma (par. 57). Het EHRM benadrukt dat het niet verboden is voor staten om regels uit te vaardigen waarbij de individuele belangen niet in elke afzonderlijke zaak worden afgewogen als ze daarbij rechtszekerheid en het voorkomen van inconsistenties en arbitraire beslissingen in het achterhoofd nemen (par. 58). Een controversieel argument van het Hof waarop in deze noot niet verder wordt ingegaan is dat de Tsjechische wet niet verbiedt dat partners naar het buitenland gaan om hun kinderwens te vervullen (par. 60). Het EHRM vindt niet dat het rechtmatige belang van de verzoekster op respect voor haar beslissing om een genetisch gerelateerd kind te hebben, meer gewicht moet krijgen dan het algemeen belang dat de Tsjechische wet beschermt, zeker als er een ruime beoordelingsmarge bestaat (par. 62). Het EHRM besluit unaniem dat er geen schending is van artikel 8 EVRM.

Plaats binnen de rechtspraak van het EHRM

6. Het arrest Pejřilová past in de reeks van arresten die het EHRM reeds heeft uitgesproken over medisch begeleide voortplanting. Het heeft tot 7 maart 2006 geduurd voor het Hof zijn eerste arrest heeft gevelde in dit domein. Het heeft sindsdien erkend dat de volgende rechten binnen de bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven vallen: het recht om te beslissen al dan niet ouder te worden[3], het recht om te beslissen om genetisch ouder te worden[4], het recht voor een koppel om een kind te verwekken en daarom gebruik te maken van medisch begeleide voortplanting[5], de reproductieve gezondheidsstatus[6], de wens om met behulp van medisch begeleide voortplanting en pre-implantatie diagnostiek een kind te verwekken dat niet is aangetast door een genetische ziekte waarvan de ouders gezonde dragers zijn[7], het recht om een vrije en geïnformeerde beslissing te nemen met betrekking tot het lot van embryo's[8], het ouderschapsproject waarbij personen een kind willen verwekken met behulp van medisch begeleide voortplanting waarbij ze hun eigen embryo's gebruiken[9] en het recht om proberen ouder te worden[10]. Ook de feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen vallen volgens het Hof onder de toepassing van artikel 8 EVRM. Het Hof oordeelde daarentegen in de zaak *Petithory Lanzmann t. Frankrijk* dat artikel 8 EVRM het recht om grootouder te worden door middel van het gebruik van het sperma van een vooroverleden zoon niet beschermt.[11]

7. De erkenning van al die reproductieve rechten betekent niet dat het EHRM snel tot schendingen besluit.[12] De ruime beoordelingsmarge die staten genieten in het domein van

medisch begeleide voortplanting zorgt ervoor dat het Hof nog nooit tot een schending van artikel 8 EVRM heeft besloten op basis van een inhoudelijke beoordeling van de regels. Het Hof hecht veel waarde aan de beleidsvrijheid voor lidstaten van de Raad van Europa. De individuele (rechtmatige) belangen van de verzoekers moeten wijken voor de legitieme belangen van de staten als de beperking op hun recht op eerbiediging van het privéleven duidelijk, voorzienbaar en coherent is.

8. In de zaak *Dickson t. Verenigd Koninkrijk* oordeelde het Hof dat artikel 8 EVRM was geschonden omdat de mogelijkheid voor wensouders in detentie om een beroep te doen op kunstmatige inseminatie op basis van de geldende regels louter theoretisch was. De drempel voor de toegang lag te hoog. In de praktijk werden de individuele belangen nooit afgewogen, hoewel de wet liet uitschijnen dat dat zou gebeuren. Het EHRM oordeelde niet dat lidstaten wensouders in detentie toegang moeten verschaffen tot medisch begeleide voortplanting. Het besliste enkel dat als lidstaten in die mogelijkheid voorzien, ze ervoor moeten zorgen dat de regelgeving geen dode letter blijft. In de zaak *Costa en Pavan t. Italië* kwam het EHRM opnieuw tot een schending. De Italiaanse wet die pre-implantatiediagnostiek verbood, schond het EHRM. Niet omdat pre-implantatiediagnostiek op basis van artikel 8 EVRM moet worden toegelaten, maar wel omdat het regelgevende kader in Italië niet coherent was. Ouders konden immers wel een zwangerschap beëindigen als ze te horen kregen dat de foetus leed aan mucoviscidose, maar ze mochten geen toevlucht nemen tot pre-implantatiediagnostiek om de implantatie van een embryo met de genen die de ziekte veroorzaken, te vermijden. Het EHRM oordeelde in de zaak *Nedescu t. Roemenië* dat er een schending van het recht op eerbiediging van het privéleven voorlag omdat de embryo's van de wensouders in beslag werden genomen in strijd met de wet. Door die inbeslagname konden de wensouders de embryo's niet langer gebruiken in een procedure van medisch begeleide voortplanting. Het EHRM sprak zich niet uit over de grenzen van het beschikkingsrecht over embryo's op zich. Recent oordeelde het EHRM dat de Maltese praktijk die een vrouw verhinderde om op eigen kosten een ICSI-behandeling te ondergaan omdat ze te oud was, haar recht op eerbiediging van het privéleven schond. Het Maltese parlement had immers enkel voorzien in wenselijke leeftijdsvoorwaarden. Hoewel die leeftijdsvoorwaarden niet verplicht waren, werden alle verzoeken voor medisch begeleide voortplanting van wensouders boven de 42 jaar afgewezen. De inperking van het recht op eerbiediging van het privéleven was niet voorzienbaar en schond bijgevolg artikel 8 EVRM. Het Hof sprak zich niet uit over het feit of leeftijdsvoorwaarden voor medisch begeleide voortplanting een schending kunnen uitmaken van artikel 8 EVRM.

9. De zaak *Peřilová* sluit aan bij de voorgaande rechtspraak van het EHRM. De regels uit de Tsjechische wet zijn duidelijk en voorzienbaar. Mevrouw Peřilová was op de hoogte dat de

toestemming van haar overleden man maar voor zes maanden zou gelden. Om die reden vormt de inperking van het recht op eerbiediging van het privéleven geen inbreuk op artikel 8 EVRM. Staten mogen harde regels in het leven roepen en zijn niet verplicht om een individuele belangenafweging te maken in iedere individuele zaak. In de zaak *Evans t. Verenigd Koninkrijk* kwam het EHRM tot hetzelfde oordeel. Het recht op eerbiediging van het privéleven was niet geschonden omdat de wetgeving uit het Verenigd Koninkrijk een duidelijke regel bevatte. Het EHRM predikt dus vooral duidelijke regels in zaken van medisch begeleide voortplanting.

10. Een interessante bedenking is wat het Hof in de geannoteerde zaak zou hebben besloten mochten mevrouw Pejřilová en haar echtgenoot hun toestemming tot medisch begeleide voortplanting hernieuwd hadden op 15 juni 2015 of mocht mevrouw Pejřilová voor het overlijden gestart zijn met haar vruchtbaarheidsbehandeling. Het EHRM merkt in paragraaf 59 van zijn arrest op dat medisch begeleide voortplanting in Tsjechië op dit moment enkel openstaat voor levende personen. De Tsjechische rechtbanken kwamen tot hetzelfde oordeel. De wetgeving die in het arrest wordt aangehaald bevat echter geen expliciet verbod op *post mortem* voortplanting. Ook mevrouw Pejřilová argumenteert dat er geen Tsjechisch verbod op *post mortem* voortplanting bestaat. In de geschetste situaties zou de inperking van het privéleven van verzoekster niet langer kaderen in een duidelijke en voorzienbare wet. In het licht van de bovenstaande analyse van de rechtspraak zou het logisch zijn dat het Hof in dat geval wel zou besluiten dat het recht op eerbiediging van het privéleven van verzoekster is geschonden.[13] Het Hof zou in die zin oordelen omdat de inperking niet wordt opgelegd door een duidelijke en voorzienbare wet, en niet omdat *post mortem* voortplanting op basis van artikel 8 EVRM moet worden toegelaten.

Post mortem voortplanting in België

11. *Post mortem* inseminatie is op basis van de Belgische Wet Medisch Begeleide Voortplanting niet verboden, hoewel er over dit punt veel discussie bestond naar aanloop van het aannemen van de wet[14] (Art. 44 en 45 Wet Medisch Begeleide Voortplanting).[15]. Ondanks de toelating, komt *post mortem* voortplanting slechts sporadisch voor in België. Officiële cijfers zijn er niet beschikbaar. In 2009 werden er vijf fertilisaties gerapporteerd die tot de verwekking van twee kinderen hebben geleid.[16] Fertiliteitsexperten zeggen zelf dat ze hun casussen van *post mortem* voortplanting op een hand kunnen tellen.[17] In de praktijk werden geen problemen gemeld met het huidige regelgevende kader. Het is wel zo dat kinderen na *post mortem* voortplanting niet beschikken over het recht om te erven van hun vooroverleden ouders. Ze zijn immers nog niet verwekt op het moment van het overlijden (art. 725 oud BW). Een tweede (op dit moment louter academisch) probleem is dat de Belgische wet, net zoals de Tsjechische, verwacht dat beide wensouders opnieuw instemmen bij elk nieuw gebruik van

bewaarde spermacellen (art. 41 Wet Medisch Begeleide Voortplanting). De artikelen over *post mortem* inseminatie sluiten de toepassing van artikel 41 van de Wet Medisch Begeleide Voortplanting niet expliciet uit. Zo'n uitsluiting had alle mogelijke discussie vermeden en ervoor gezorgd dat de wet duidelijk en voorzienbaar was, zoals artikel 8 EVRM vereist.[18]

12. Recent staat een deel van de wetgeving over *post mortem* voortplanting in België wel volop in de belangstelling. Aanleiding hiervoor is het fertiliteitstraject van Laura Verhulst, beter bekend als 'Madam Bakster'. [19] Haar overleden partner liet voor zijn overlijden spermacellen invriezen die zij mocht gebruiken na zijn overlijden. Naar aanleiding van haar verhaal wordt de maximale termijn die op het gebruik van het bewaarde reproductieve materiaal staat, op dit moment in vraag gesteld. [20] *Post mortem* inseminatie en implantatie moeten immers plaatsvinden tussen zes maanden en twee jaar na het overlijden van de persoon die zijn reproductief materiaal afstaat (art. 16 en 45 Wet Medisch Begeleide Voortplanting). Die termijnen raken de openbare orde. Fertiliteitsspecialisten halen aan dat de maximale termijn van twee jaar te kort is. Naar aanleiding van het verhaal van Laura Verhulst heeft de federale Ministerraad beslist om die termijn op te trekken naar vijf jaar. [21] Argumenten uit de rechtspraak van het EHRM kunnen er voor deze wetswijziging niet worden gevonden. Het gaat om een duidelijke en voorzienbare regel waarvan fertiliteitscentra wensouders op de hoogte moeten brengen. In het licht van de geciteerde rechtspraak zou het dus onwaarschijnlijk zijn dat het Hof tot een schending zou besluiten. Het pad van 'Madam Bakster' lijkt alvast niet naar Straatsburg te zullen leiden of een wetswijziging te vereisen. Begin januari liet ze immers aan de wereld weten dat ze zwanger was na *post mortem* voortplanting. [22]

L. Oplinus

Wetenschappelijk medewerker KU Leuven

[1] *Lia t. Malta*, EHRM 5 mei 2022, nr. 8709/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0505JUD000870920.

[2] Dit argument van de overheid houdt steek. De wil om zich voort te planten bij leven vertaalt zich niet automatisch in de toestemming tot *post mortem* voortplanting. Onderzoek heeft aangetoond dat slechts 77,8 % van de personen die hun gameten liet wegnemen ook wilde dat zijn partner die gameten na zijn overleden zou gebruiken. ESHRE Task Force on Ethics and Law e.a., 'ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction', *Hum. Reprod. Oxf. Engl.*, 2006, , p. 3051; A.O. Affdal e.a., 'Parents' posthumous use of daughter's ovarian tissue: Ethical dimensions', *Bioethics*, 2019, p. 85; F.R. Batzer e.a., 'Postmortem parenthood and the need for a protocol with posthumous sperm procurement',

Fertil. Steril., 2003, p. 1265; C. Brede e.a., 'Medical Aspects of Posthumous Reproduction' in J.M. GOLDFARB (ed.), *Third-Party Reproduction*, New York, NY, Springer New York, 2014, p. 190; Y. Hashiloni-Dolev e.a., 'A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives', *Reprod. Biomed. Soc. Online*, 2017, p. 25. G.S. Nakhuda, J.G. Wang en M.V. Sauer, 'Posthumous assisted reproduction: a survey of attitudes of couples seeking fertility treatment and the degree of agreement between intimate partners', *Fertil. Steril.*, 2011, p. 1464.

[3] *Evans t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 april 2007 (GK), nr. 6339/05, par. 72, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD00633905.

[4] *Dickson t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 april 2006, nr. 44362/04, par. 66, ECLI:CE:ECHR:2006:0418JUD004436204.

[5] *S.H. t. Oostenrijk*, EHRM 3 november 2011 (GK), nr. 57813/00, par. 82, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300.

[6] *N.B. t. Slovakije*, EHRM 12 september 2012, nr. 29518/10, par. 95, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD002951810.

[7] *Costa en Pavan t. Italië*, EHRM 11 februari 2013, nr. 54270/10, par. 57, ECLI:CE:ECHR:2012:0828JUD005427010.

[8] *Parrillo t. Italië*, EHRM 27 augustus 2015, nr. 46470/11, par. 159, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011.

[9] *Nedescu t. Roemenië*, EHRM 16 januari 2018, nr. 70035/10, par. 70, ECLI:CE:ECHR:2018:0116JUD007003510.

[10] *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 24 januari 2017 (GK), nr. 25358/12, par. 70, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

[11] *Petithory Lanzmann t. Frankrijk*, EHRM 5 december 2019, nr. 23038/19, par. 20, ECLI:CE:ECHR:2019:1112DEC002303819.

[12] L. Oplinus, *Medische hulp bij de voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2022, p. 161-162.

[13] Buiten de formele wet zijn er uiteraard nog andere elementen die in rekening kunnen worden gebracht bij de beoordeling of een inperking van een recht duidelijk en voorzienbaar was. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of er in Tsjechië voor deze zaak vaststaande rechtspraak bestond over dit punt.

[14] Wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en gameten, *BS* 17 juli 2007.

[15] Amendementen nr. 6 en 7 van mevr. De Schamphelaere en dhr. Beke bij het Wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 1140/3; Amendement nr. 17 van mevr. Nyssens bij het Wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 1140/4; Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden uitgebracht door dhr. Cornil en mevr. De Schamphelaere bij het wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en gameten, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 1440/9, 5, 97-98; Amendementen nr. 14 en 15 van dhr. Goutry en dhr. Verhaegen en nr. 33 en 43 van mevr. Salvi bij het Wetsontwerp betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en gameten, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2567/003; Wetsontwerp betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en gameten, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2567/004, 24; Wetsvoorstel over de medisch begeleide voortplanting, *Parl.St.* Senaat, 2004-05, nr. 1067/1, 7 en 15; Wetsvoorstel inzake de medisch begeleide voortplanting, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 418/2, 56.

[16] Vraag van dhr. Terwingen over medisch begeleide voortplanting na het overlijden van de wensvader, *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, B 071.

[17] <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/08/17/madam-bakster-wil-kindje-met-overleden-man/> (geraadpleegd op 12 januari 2023).

[18] L. Oplinus, *Medische hulp bij de voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2022, p. 299.

[19] 'Madam Bakster' is eveneens de naam van de bakkerij die Laura Verhulst uitbaat.

[20] <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/08/17/madam-bakster-wil-kindje-met-overleden-man/> (geraadpleegd op 12 januari 2023).

[21] <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2023/01/20/ingevroren-zaadcellen-eicellen-gebruiken-na-overlijden-termijn-v/> (geraadpleegd op 23 januari 2023).

[22] <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2023/01/08/madam-bakster-zwanger/> (geraadpleegd op 12 januari 2023).

ANNOTATIE

M.T. e.a. t. Zweden (EHRM, 22105/18) – Uitgestelde gezinshereniging bij asielzoekers met subsidiaire bescherming niet in strijd met EVRM**B. Aarrass**

1. Deze uitspraak gaat over een Syrisch gezin, van wie de gezinshereniging als gevolg van een wachttermijn in Zweden onmogelijk is gemaakt. Het belang van deze uitspraak is evident, gezien de recente ontwikkelingen op dit gebied, zowel op nationaal niveau als in Europese context. De gebrekkige opvang van asielzoekers is in Nederland onderwerp van gesprek en juridische strijd.[1] Verschillende staten gebruiken de gebrekkige opvangcapaciteit als argument om de gezinshereniging van asielzoekers aan banden te leggen. Het zal weinigen ontgaan zijn dat er in Nederland meerdere procedures worden gevoerd vanwege de 'nareismaatregel' die onderdeel uitmaakte van de asieldeal van het kabinet, om de gezinshereniging op te schorten van houders van een asielvergunning.[2] Meerdere EU-lidstaten hebben eerder door middel van uitgestelde gezinshereniging, via wachttermijnen, geprobeerd om de instroom van gezinsleden van houders van een asielvergunning te beperken. Eerder procedeerde een Syrisch echtpaar tot aan het EHRM vanwege de Deense wachttermijn.[3] In het onderhavige arrest procederen klagers tegen de Zweedse regeling die eveneens een wachttermijn invoerde. In dit arrest maakt het EHRM op meerdere punten een draai ten opzichte van de uitspraak van de Grote Kamer in *M.A. t. Denemarken*. Deze punten betreffen het oordeel van het EHRM over artikel 8 en artikel 14 EVRM en zullen hieronder achtereenvolgens worden besproken. Tegelijkertijd vormt het juridisch kader voor gezinshereniging van asielzoekers een wisselwerking met het EU-recht. Dat zal in de genoemde punten eveneens aan de orde komen. Ik maak tot slot enige opmerkingen over de Nederlandse context.

2. Klagers zijn leden van een Syrisch gezin, bestaande uit een jongeman (A.A.K), zijn moeder (M.T.) en zijn broer (M.A.K). A.A.K. groeide op in Al Tall, Syrië en woonde er met meerdere gezinsleden. Zijn ouders hadden samen 9 kinderen, die verspreid over verschillende landen woonden, waarvan twee in Zweden. Zijn vader woonde vanaf 2012 in Saudi-Arabië. Enkel de drie klagers bleven in Syrië achter. In 2016 reisde de minderjarige A.A.K. samen met

familieleden via Duitsland naar Zweden. In maart van dat jaar kwam hij als 15-jarige aan in Zweden en in november kreeg hij een tijdelijke asielvergunning vanwege de veiligheidssituatie in Syrië (een subsidiaire beschermingsstatus, geen vluchtelingenstatus).[4] Zijn asielvergunning was 14 maanden geldig en werd nadien verlengd met twee jaar. In de tussentijd vroegen zijn moeder en broer in 2018 gezinshereniging aan op grond van artikel 8 EVRM om bij de toen nog minderjarige A.A.K. te verblijven. De aanvraag werd afgewezen omdat verblijf bij een vreemdeling met een tijdelijke asielvergunning geen grond meer was voor het verlenen van een gezinsherenigingsaanvraag. Zweden voerde namelijk een tijdelijke regeling in die een uitzondering maakte op de regel dat vreemdelingen met een asielstatus (vluchtelingenschap of subsidiaire bescherming) recht op gezinshereniging hadden. De regeling ging op 20 juli 2016 in, werd verlengd en gold uiteindelijk tot 19 juli 2019. De regeling hield in dat statushouders van wie de aanvraag op of vóór 24 november 2015 werd geregistreerd in de genoemde periode geen gezinshereniging verkregen met achtergebleven gezinsleden. Hierdoor voldeed de aanvraag van de moeder niet aan de vereisten voor gezinshereniging en die van het broertje daardoor evenmin. In augustus 2018 werd A.A.K. meerderjarig en kwamen zijn gezinsleden om deze reden (al) niet meer in aanmerking voor gezinshereniging. In de nationale procedure en voor het EHRM riepen zij het recht op gezinsleven (artikel 8 EVRM) en het non-discriminatiebeginsel (artikel 14 EVRM) in.

3. Het Hof achtte artikel 8 EVRM niet geschonden. In het oordeel verwijst het Hof allereerst naar de overwegingen in zijn arrest *M.A. t. Denemarken*, de eerste zaak over wachttermijnen bij gezinshereniging in het licht van het EVRM.[5] Het Hof had in dat arrest vastgesteld dat de weigering om gezinshereniging toe te kennen aan een echtpaar met een wachttijd van drie jaar voor personen met tijdelijke bescherming een schending was van artikel 8 EVRM. De Grote Kamer had daartoe eerst een aantal beginselen uiteengezet, in het licht van gebrek aan eerdere rechtspraak over wachttermijnen als vereiste voor gezinshereniging bij mensen met asielbescherming. Het Hof besteedde daarbij specifiek aandacht aan de beoordelingsmarge. Dat deze in beginsel groot is in immigratiezaken is een vaak aangehaalde overweging in de rechtspraak van het Hof, maar in *M.A. t. Denemarken* voegde het Hof daaraan toe dat in zaken waar gezinsherenigings- en asielaspecten samenkomen, het EVRM als geheel moet worden gelezen. Dat betekent dat artikel 3 EVRM bij een algemene situatie van geweld in het land van herkomst in het geding kan zijn, hetgeen weer implicaties heeft voor de afweging die staten maken bij gezinshereniging in dergelijke situaties. Ten tweede speelt bij het bepalen van de beoordelingsmarge de kwaliteit van de parlementaire procedure en de gerechtelijke procedure in de lidstaat een rol. Ten derde constateerde het Hof dat er geen (Europese of internationale) consensus is ten aanzien van de duur van de wachttijd voor gezinshereniging bij asielzoekers. Het Hof concludeerde kortom dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij het vereisen van een wachttermijn bij gezinshereniging voor mensen met een tijdelijke asielstatus

hebben. Deze beoordelingsmarge is echter niet onbeperkt, omdat een *fair balance* moet worden gemaakt.[6] Kortom, hoewel een wachttermijn van twee jaar ingevolge de Gezinsherenigingsrichtlijn niet als zodanig door het Hof werd afgewezen, vereisen *insurmountable obstacles* in het land van herkomst wel meer gewicht in de *fair balance*-toets.[7]

4. Wanneer het Hof deze beginselen toepast in de onderhavige zaak, komt het tot het oordeel dat de wachttermijn in dit geval artikel 8 EVRM niet schendt. Allereerst stelt het Hof vast dat de zaak als een positieve verplichting moet worden getoetst, want het gaat om de weigering van een toelatingsaanvraag van de moeder en broer als gevolg van de Zweedse tijdelijke wet. Economisch welzijn, regulering van immigratie en beheersing van publieke uitgaven worden door het Hof zonder meer als legitieme belangen van de staat geaccepteerd. Vervolgens beoordeelt het Hof of een *fair balance* is gemaakt. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de procedurele en materiële aspecten in de belangenafweging. Het procedurele aspect zal ik in punt 6 bespreken. Hierna zal ik ingaan op de materiële aspecten. Het Hof betreft in dat verband de context van de tijdelijke wet en wijst op het hoge aantal asielzoekers dat door Zweden is opgenomen (op het hoogtepunt ontving Zweden 163.000 asielzoekers, 12 % van het totaal aantal asielzoekers in de EU).[8] Ook accepteert het Hof de redenen die door Zweden waren opgevoerd voor het opschorten van gezinshereniging, namelijk: de belasting die dit oplevert van de opvang- en integratiecapaciteit en de spanning op het functioneren van de staat en de samenleving. Ook in *M.A. t. Denemarken* accepteerde het EHRM ‘integratie’ naast ‘economisch welzijn’ zonder meer als legitiem doel voor de wachttermijn, maar wel met de kanttekening dat niet alleen een langdurig verblijf de integratie kan dienen, maar dat ook juist gezinseenheid de integratie kan stimuleren en eventuele afwezigheid van familieleden integratie juist dus in de weg kan staan.[9] In dit verband verwees het EHRM in *M.A. t. Denemarken* naar een uitspraak van het HvJEU over de verenigbaarheid van de wachttermijn met artikel 8 EVRM, waarin het HvJEU aanvaardde dat door middel van een wachttermijn de integratie van de vreemdeling en van eventuele familieleden zou worden bevorderd, maar dat het uiteindelijk niet de gezinshereniging onmogelijk mag maken.[10] Dit uitgangspunt is in de onderhavige uitspraak niet terug te zien.

Dat het doel van de wachttermijn door het Hof zonder meer wordt aanvaard, komt niettemin niet als verrassing. Het Hof hanteert echter een vreemde redenering om te concluderen dat de wachttermijn eigenlijk helemaal niet zo lang was in dit geval. In Zweden gold de opschortingstermijn van drie jaar voor ‘slechts’ diegenen die op of vóór 20 juli 2016 de aanvraag deden.[11] Bij de verlenging van de tijdelijke wet op 20 juli 2019 werd de gezinsherenigingmogelijkheid weer hersteld. Volgens het Hof kwam de wachtperiode daarmee neer op 2 jaar en 5 maanden. En omdat A.A.K. op 8 augustus 2018 meerderjarig werd,

was de feitelijke wachttermijn volgens het EHRM in dit geval dus minder dan anderhalf jaar.[12] Dit valt niet goed te rijmen met de overweging van het Hof dat het opschorten voor de duur van drie jaar van het recht op gezinshereniging wel van lange duur is, zeker gezien de onmogelijkheid om familieleden in Syrië uit te oefenen. Niettemin tracht het Hof deze tegenstrijdigheid te verenigen met zijn uitspraak in *M.A. t. Denemarken* door te overwegen dat klager daarin volgens het Hof een periode van 3 jaar *daadwerkelijk* moest wachten alvorens een aanvraag gezinshereniging te kunnen indienen. Is het verschil volgens het Hof dan dat de wachttermijn in *M.A. t. Denemarken* in de wet op drie jaar was gesteld, en in deze zaak niet? Dit komt over als een gekunsteld verschil want de wachttermijn voor klager kwam neer op 3 jaar (van 20 juli 2016 tot 20 juli 2019 konden zijn gezinsleden geen aanvraag indienen). Dat hij tussendoor meerderjarig werd, doet er niet aan af dat hij in theorie ook (pas) daarna een aanvraag kon doen met een beroep op de uitzonderingsmogelijkheid voor meerderjarigen.

5. De belangenafweging van het Hof in onderhavige zaak is ook slecht te rijmen met de uitspraak in *M.A. t. Denemarken*. Het Hof overweegt namelijk dat klagers geen andere banden met Zweden hebben dan dat A.A.K. daar tijdelijke bescherming heeft gekregen. Verder was het opschorten van de gezinshereniging niet ontwrichtend voor A.A.K. nu hij al twee jaar zonder problemen in Zweden woonde en studeerde. Er was voorts ook geen sprake van bijzondere afhankelijkheid tussen hem, zijn moeder en zijn broertje. Ook hielden ze contact via andere middelen en waren geen specifieke problemen gerezen door apart van elkaar te leven. Deze conclusie steekt sterk af tegen die in *M.A. t. Denemarken*, waarbij het Hof zelfs overweegt dat *‘the suspension of their family reunification would therefore not “exacerbate the disruption of an essential cohabitation”, as was the case in M.A. v. Denmark, in which the family reunification concerned a long-term married couple for whom the mutual enjoyment of matrimonial cohabitation constituted the essence of married life’*. [13] Uit de vergelijking tussen huwelijkspartners enerzijds en minderjarige kinderen met hun ouders anderzijds leidt het Hof vreemd genoeg af dat samenleven tussen huwelijkspartners essentieel is maar dat van minderjarige kinderen met de moeder niet. Daar doet het Hof nog een schepje bovenop. Het belang van het kind wordt namelijk terzijde geschoven: *“the best interests of a child, of whatever age, cannot constitute a “trump card” that requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State”*. Dat het belang van het kind niet altijd een troefkaart kan zijn om toelating te krijgen, is één ding. Maar het punt is nou juist dat de minderjarige A.A.K. wel recht op gezinshereniging zou hebben gehad als de tijdelijke wet dit niet had opgeschort. Dat het recht vervolgens wel weer werd ingevoerd, toen A.A.K. meerderjarig was, lijkt me bij uitstek niet een factor die aan hem (als minderjarige) kan worden toegerekend.[14] Bovendien was het best mogelijk dat bij het bereiken van zijn meerderjarigheid nog steeds sprake kon zijn van beschermwaardig familieleden. In de rechtspraak van het Hof wordt immers doorgaans niet vastgehouden aan het strenge criterium van ‘bijzondere afhankelijkheid’

indien een jongvolwassene nog geen eigen gezin heeft gesticht en nog deel uitmaakt van het ouderlijk gezin.[15] Of daar in dit geval sprake van was, is niet onderzocht, noch in de nationale procedure, noch door het Hof.

6. Procedureel gezien valt er meer aan te merken op de belangenafweging in het licht van artikel 8 door het EHRM. Het Hof overweegt dat de nationale beslissing voldoende specifiek was om een beoordeling door het Hof mogelijk te maken. In de nationale procedure was echter slechts geoordeeld dat de gezinsherenigingsaanvraag was afgewezen vanwege de tijdelijke wet, dat geen andere gronden werden aangevoerd en dat de aanvraag niet in strijd was met Zweedse verdragsrechtelijke verplichtingen. Het beroep bij de rechter werd afgewezen en het verzoek om hoger beroep niet ingewilligd.[16] In het licht daarvan is moeilijk te begrijpen dat het Hof dit een degelijke nationale beoordeling acht.[17] Doorgaans is een zorgvuldige behandeling op nationaal niveau door een (hoogste) rechter weliswaar reden voor het EHRM om zelf geen gedetailleerde belangenafweging te maken en zich achter dat oordeel te scharen.[18] Maar in dit geval heeft die belangenafweging niet nationaal plaatsgevonden en laat het Hof dat zelf ook na. Het overweegt zelfs dat hoewel de nationale beslissing in abstracte termen is geformuleerd, de individuele omstandigheden voldoende waren beoordeeld. In dat licht is nog bevreemdender de overweging dat er *geen* indicatie was dat er geen individuele beoordeling is geweest[19], terwijl het juist andersom zou moeten zijn: er zijn juist wel indicaties dat die individuele beoordeling niet (deugdelijk) heeft plaatsgevonden. De uitkomst is teleurstellend gezien de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM, waarbij vereist wordt dat nationale gerechten de specifieke omstandigheden van een zaak moeten onderzoeken zodat een daadwerkelijke afweging van die belangen kan plaatsvinden.[20] Vergeleken met de zaak *M.A. t. Denemarken* valt in dat verband wederom een grote discrepantie op. Want ondanks dat de hoogste Deense rechter in die zaak vrij uitgebreid was ingegaan op artikel 8 EVRM, kwam het EHRM daarin toch tot het oordeel dat geen juiste belangenafweging was gemaakt.[21]

7. Ook het beroep op artikel 14 EVRM jo. artikel 8 EVRM werd afgewezen. Klagers voerden aan dat de tijdelijke wet een ongerechtvaardigd onderscheid maakte tussen subsidiair beschermden en vluchtelingen ten aanzien van hun recht op gezinshereniging. Het Hof past het bekende toetsingskader bij deze bepaling toe door naar de vergelijkbaarheid en de gerechtvaardigheid van het onderscheid te verwijzen. Ten aanzien van de vergelijkbaarheid somt het Hof feitelijke en juridische argumenten op voor de verschillen tussen deze categorieën.[22] Ten eerste is de subsidiaire bescherming van personen die een algemene situatie van geweld zijn ontvlucht, meestal van tijdelijke aard, in tegenstelling tot personen die individueel vervolgd worden, zo overweegt het Hof. Daarnaast vormen de aantallen van deze categorieën een verschil: als gevolg van de situatie in Syrië (destijds ook wel

‘vluchtelingencrisis’ genoemd) ging het in dit geval om een aanzienlijke asielinstroom waar staten in een korte tijd mee geconfronteerd werden, terwijl het bij vluchtelingen om kleinere aantallen individueel vervolgden. Ook qua procedure die in Zweden doorlopen moet worden om bescherming te krijgen, acht het Hof de twee categorieën verschillend. Dat onderscheid wordt, tot slot, door de Gezinsherenigingsrichtlijn ook (mogelijk) gemaakt: de verplichting om gezinshereniging mogelijk te maken geldt enkel voor vluchtelingen en niet voor subsidiair beschermden.[23] Het Hof stelt ook vast dat er argumenten die zijn ervoor pleiten dat de twee categorieën op bepaalde punten wel vergelijkbaar zijn. Dat geldt voor het feit dat er belemmeringen zijn om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen, evenals de basisbehoeften die zij hebben. Verder is er geen internationale consensus over de noodzaak van een dergelijk onderscheid, aldus het Hof. Al met al, laat het Hof in het midden of er sprake is van vergelijkbare situaties, want dat is iets wat geschikter is om aan de hand van de omstandigheden te bepalen. En dat leidt ertoe dat het Hof overgaat op de vraag naar de gerechtvaardigheid van het onderscheid. Het doel van de maatregel wordt niet ter discussie gesteld door het Hof: om de opvangcapaciteit en vanwege de belasting die dat opleverde voor de asielinstroom, in lijn te houden met de minimumvereisten die EU- en internationaal recht daaraan stellen. De vraag is dus of de duur van de maatregel onevenredig is. In dit geval was deze minder dan twee jaar van toepassing (zie boven) en bovendien was er een uitzonderingsmogelijkheid in de tijdelijke wet opgenomen. Het verschil in behandeling van vluchtelingen en andere asielzoekers in een vergelijkbare situatie was aldus objectief gerechtvaardigd door de noodzaak om de effectieve implementatie van immigratiecontrole te waarborgen en het economisch welzijn van het land te beschermen, zo oordeelt het Hof.[24]

8. Een vergelijking met de zaak *M.A. t. Denemarken* valt ten aanzien van artikel 14 EVRM niet te maken, want het Hof achtte het toen niet nodig op deze bepaling in te gaan, omdat reeds een schending van artikel 8 EVRM was geconstateerd. Toch valt er ook het een en ander op te merken over dit oordeel van het Hof. Ten eerste de vergelijkbaarheidskwestie. Het Hof neemt automatisch aan dat het onderscheid tussen vluchtelingen en subsidiair beschermden aan de orde is. Maar, zoals de dissenter ook aangeeft, het verschil in behandeling wordt veroorzaakt door de regeling die de gezinshereniging opschortte voor bepaalde categorieën. Daardoor zou het onderscheid tussen asielzoekers voor en ná de inwerkingtreding van de regeling (24/11/2015) als uitgangspunt moeten worden genomen. Verder nam het Hof bij het beoordelen van de evenredigheid van de maatregel onder artikel 14 EVRM, zijn beoordeling onder artikel 8 EVRM als vertrekpunt. En die beoordeling, zo heb ik hierboven reeds aangegeven, is problematisch, in het bijzonder ten aanzien van de duur van de wachttermijn en de uitzonderingsmogelijkheid. Tot slot is het merkwaardig dat het Hof een scherp onderscheid tussen vluchtelingen en subsidiaire bescherming (en overige tijdelijke asielbescherming) afleidt. Bij de laatste categorie zouden lidstaten een ruime discretie hebben

om al dan niet gezinshereniging mogelijk te maken. Weliswaar maakt artikel 12 van de Gezinsherenigingsrichtlijn een uitzondering voor enkel vluchtelingen als gevolg waarvan een verbod geldt op het vereisen van een wachttermijn. Maar het EHRM lijkt hierbij voorbij te gaan aan één van zijn eigen uitgangspunten, namelijk dat er bij deze laatste categorie (vaak) ook sprake zal zijn van ‘insurmountable obstacles’ om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen. Bovendien gaat het Hof eraan voorbij dat het onderscheid tussen internationaal en Europees asielrecht niet zo scherp is bedoeld, zoals de aangehaalde standpunten van het UNHCR en de Europese Commissie laten zien.[25] Het EHRM zou erop moeten toezien dat dergelijke maatregelen niet feitelijk gebruikt worden om de asielinstroom te beperken, nu het risico bestaat dat de subsidiaire beschermingsstatus wordt verstrekt (in plaats van vluchtelingenschap), juist om gezinshereniging te voorkomen.

9. Ook in Nederland is gezinshereniging van asielzoekers een actuele kwestie. Nederlandse asielregelgeving kent als zodanig geen wachttermijn voor asielstatushouders. Dat komt door de Gezinsherenigingsrichtlijn (die een verbod op een wachttermijn bevat voor vluchtelingen) in combinatie met het Nederlandse asielstatussysteem. In het zogenaamde ‘één-statussysteem’ dat in de Vreemdelingenwet wordt gehanteerd, wordt geen onderscheid gemaakt tussen vluchtelingenschap en subsidiaire bescherming.[26] Voor beide statussen geldt dat de asielzoeker dezelfde verblijfsvergunning krijgt en zijn gezin naar Nederland mag halen. Toch heeft de Nederlandse regering via een omweg - de ‘huisvestingseis’ - een wachttermijn willen bewerkstelligen. In de zomer van 2022 kondigde het kabinet aan de gezinshereniging van asielstatushouders op te schorten, door het kabinet gepresenteerd als onderdeel van de ‘asieldeal’ met als doel de opvangcrisis in Ter Apel op te lossen.[27] De maatregel hield in dat een statushouder eerst passende huisvesting moet hebben gevonden, voordat een nareisaanvraag van zijn gezinsleden feitelijk kon worden toegekend. Met de nareismaatregel beoogde het kabinet tijdelijk het inreizen te beperken en de druk op de asielopvang te verminderen. Het zou voorkomen dat nareizende gezinsleden in Nederland zonder opvang komen te zitten of in een crisisnoodopvang gescheiden van de referent worden opgevangen. In de praktijk zou dit neerkomen op een beslistermijn van maximaal 9 maanden voor de nareisaanvraag en 6 maanden voor de verstrekking van het visum, in totaal oplopend tot 15 maanden tussen de aanvraag voor gezinshereniging en het moment van de verstrekking van het visum. Indien in individuele gevallen de periode van vijftien maanden verstrijkt zonder dat een woning beschikbaar komt, hoeven de nareizende gezinsleden niet langer te wachten en wordt een visum verstrekt. De maatregel zou tot eind 2023 gelden.[28] Op deze maatregel was al op voorhand kritiek geleverd, waarbij met name de strijd met het EU-recht naar voren werd gebracht.[29] De maatregel zou niet in overeenstemming zijn met de letter en geest van de Gezinsherenigingsrichtlijn en het EU Handvest. Het is dan ook geen verrassing dat de maatregel bij de rechter in eerste aanleg is gesneuveld. De rechtbanken in Amsterdam,

Middelburg en Arnhem oordeelden in december 2022 dat de nareismaatregel in strijd is met de Vreemdelingenwet 2000 en de Gezinsherenigingsrichtlijn.[30] Het doel van de richtlijn is om gezinshereniging te bevorderen en de bevordering van integratie en spoedige gezinshereniging is daar een onderdeel van.[31] Vluchtelingen en hun nareizende gezinsleden die tot het kerngezin behoren zijn ingevolge deze richtlijn uitdrukkelijk van een huisvesting vereiste vrijgesteld.[32] Bovendien dient, zodra het verzoek om gezinshereniging is aanvaard, de betrokken lidstaat het gezinslid of de gezinsleden de toegang toe te staan en alle medewerking verlenen bij het verkrijgen van de benodigde visa.[33] Tot slot is het hanteren van een wachttermijn in strijd met artikel 24, tweede lid, van het EU-Handvest van de grondrechten, dat bepaalt dat ieder kind het recht heeft op regelmatig persoonlijke betrekkingen met beide ouders. Voor de rechtbank Middelburg werd ook een beroep gedaan op artikel 8 EVRM, waarbij de staatssecretaris ter onderbouwing van zijn stelling dat met de nareismaatregel een redelijk evenwicht is bereikt, naar het onderhavige EHRM-arrest verwees.[34] Ook is het argument naar voren gebracht dat een hiërarchie in EVRM-normen zou rechtvaardigen dat vanwege opvangverplichtingen (artikel 3 EVRM) de gezinsherenigingsmaatregelen (artikel 8 EVRM) worden ingevoerd. Beide argumenten zijn door de rechtbank afgewezen.

De staatssecretaris is tegen deze uitspraken in hoger beroep gegaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak.[35] Op 12 januari 2023 heeft de Afdeling een zitting gehouden over de nareiszaken. Het wachten is nu op het inhoudelijke oordeel van de Afdeling, die half februari een uitspraak zal doen. Het zou verrassend zijn als de Afdeling het oordeel van de rechtbanken niet zou volgen als het om het EU-recht gaat. Wat betreft het EVRM, zou het onderhavige arrest kunnen doen denken dat de nareismaatregel de toets daaraan wel doorstaat. Een wachttermijn van twee jaar is immers niet als zodanig in strijd met artikel 8 of 14 EVRM. Maar dat is zeker niet met zekerheid te zeggen, nu de nareismaatregel niet voldoet aan de beginselen die het EHRM in navolging van *M.A. t. Denemarken* heeft vastgelegd, namelijk dat er een degelijke wettelijke grondslag is en dat een individuele beoordeling mogelijk moet zijn. In beide wordt niet voorzien bij de Nederlandse nareismaatregel. Bovendien komt de wachttermijn als gevolg van de nareismaatregel de facto neer op 2,5 jaar (indien de verlenging van de beslistermijn op de asielvergunning, een andere maatregel in de asieldeal, mee wordt gerekend) en zeker bij minderjarige kinderen is dat een, op zijn zachtst gezegd, twijfelachtige maatregel. Tot slot gaat het bij de nareismaatregel (ook) om vluchtelingen die duidelijk als een andere categorie worden bestempeld door het EHRM waarbij een strengere beoordeling wordt vereist in het licht van artikel 8 EVRM. De staatssecretaris heeft inmiddels aangekondigd de nareismaatregel tijdelijk op te schorten, dus tot een gang tot het EHRM zal het wel niet komen.[36]

B. Aarrass

Universitair docent staats- en bestuursrecht, Vrije Universiteit

[1] Zo heeft Vluchtelingenwerk een kort geding tegen de Staat aangespannen om een einde te maken aan de opvangomstandigheden in Ter Apel, Gerechtshof Den Haag 20 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2022:2429. Ook België kent soortgelijke problemen, waarbij het EHRM zelfs *interim measures* heeft genomen: *Camara t. België*, 2 november 2022, nr. 49255/22 Interim measure ; *Msallem e.a.t. België*, 16 november, nr. 49255/22, mesure provisoire.

[2] Kamerstukken 2021/2022, 19637, nr. 2992, brief Minister van Justitie en Veiligheid, 26 augustus 2022 (Besluitvorming opvangcrisis).

[3] *M.A. t. Denemarken*, EHRM (GK) 9 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0709JUD000669718.

[4] Zie hierna punt 7.

[5] *M.A. t. Denemarken*, reeds aangehaald, voetnoot 3.

[6] *M.A. t. Denemarken*, reeds aangehaald, par. 140-163.

[7] *M.A. t. Denemarken*, reeds aangehaald, par. 162: “*While the Court sees no reason to question the rationale of a waiting period of two years as that underlying Article 8 of the EU Family Reunification Directive (..), it is of the view that beyond such duration the insurmountable obstacles to enjoying family life in the country of origin progressively assume more importance in the fair balance assessment*”.

[8] *M.T. e.a.. t. Zweden*, par. 100.

[9] *M.A. t. Denemarken*, reeds aangehaald, par. 165.

[10] *Parlement t. Raad*, HvJEU 27 juni 2006, ECLI:EU:C:2006:429, JV 2006/313 m.nt. P. Boeles.

[11] Zo staat het in de overweging. Maar bedoeld wordt: op of voor 20 juli 2016. Elders ook 24 juli 2016 genoemd.

[12] *M.T. e.a.. t. Zweden*, par. 69-70.

[13] *M.T. e.a.. t. Zweden*, par. 81.

[14] Vgl. in dit licht de HvJEU-uitspraak, waarin bepaald werd dat wanneer een kind tijdens een procedure tot gezinshereniging meerderjarig wordt, de aanvraag niet om die reden mag

worden afgewezen: *B.M.M. e.a. t. België*, HvJEU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:577.

[15] *Savran t. Denemarken*, EHRM (GK) 7 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD005746715, *EHRC* 2022/19 m.nt. B. Aarrass, par. 174.

[16] *M.T. e.a. t. Zweden*, par. 11-12, 78.

[17] Zie in deze zin ook de kritiek door dissenter Ktistakis op dit punt: *M.T. e.a. t. Zweden*, EHRM 20 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002210518, dissenting opinion Ktistakis.

[18] *Makdoudi t. België*, EHRM 28 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD001284815; *I.M. t. Zwitserland*, EHRM 9 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD002388716, *Saber & Boughassal t. Spanje*, EHRM 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD007655013.

[19] *M.T. e.a. t. Zweden*, par. 84.

[20] Zie uitspraken aangehaald in voetnoot 18.

[21] *M.A. t. Denemarken*, reeds aangehaald, par. 186-193.

[22] *M.T. e.a. t. Zweden*, 97 t/m par. 105.

[23] Gezinsherenigingsrichtlijn, hoofdstuk V, m.n. art. 12, lid 2.

[24] *M.T. e.a. t. Zweden*, par. 112-117.

[25] *M.T. e.a. t. Zweden*, par. 99 en 114.

[26] Artikel 29 Vreemdelingenwet 2000.

[27] *Kamerstukken II* 2021/2022, 19637, nr. 2992, brief Minister van Justitie en Veiligheid, 26 augustus 2022 Besluitvorming opvangcrisis. Zie ook Rechtbank Den Haag zp Haarlem, 5 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12986,

[28] Brief ‘asieldeal’, reeds aangehaald in voetnoot 27, p. 4. Volgens de brief verbleven er 15.400 statushouders, waarvan 7.200 nareizigers in de opvang.

[29] O.m. het College voor de Rechten van de Mens, De overheid mag gezinshereniging van vluchtelingen niet vertragen, mensenrechten.nl; Commissie Meijers, reactie op kamerbrief inzake besluitvorming opvangcrisis, CM2207, commissie-meijers.nl; Adviesraad Migratie, Signalering ‘Schurende maatregelen, over maatregelen aangekondigd in reactie op de opvangcrisis in Ter Apel, adviesraadmigratie.nl.

[30] Resp. Rb Den Haag, zp. Amsterdam 23 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14097; Rb Den Haag, zp. Middelburg 22 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13902; Rb Den Haag, zp. Arnhem 23 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14057. In een eerdere uitspraak kwam een voorlopige voorzieningsrechter al eerder tot dezelfde conclusie: ECLI:NL:RBDHA:2022:12986. Zie hierover ook B. de Hart, 'Uitspraak Uitgelicht - Uitspraken over nareis vluchtelingen: geheel verwacht en gekomen', *Asiel & Migrantenrecht* 2023, nr. 1, p. 16-19.

[31] Parlement t. Raad, reeds aangehaald, voetnoot 10.

[32] Art. 12 Gezinsherenigingsrichtlijn.

[33] Artikel 13, eerste lid Gezinsherenigingsrichtlijn.

[34] Rb Den Haag, zp. Middelburg 22 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13902, r.o. 27.

[35] De Afdeling heeft een verzoek om de Rechtbank-uitspraken te schorsen afgewezen: Rechtbankuitspraken over nareismaatregel worden niet geschorst - Raad van State

[36] *Kamerstukken II*, 2022-2023, 19637, nr. 3055.

ANNOTATIE

G.M. e.a. t. Moldavië (EHRM, 44394/15) – Het EHRM verankert zijn rechtspraak over intersectionele kwetsbaarheid en art. 3 EVRM***S. Schoentjes***

1. De zaak betreft drie vrouwen met een verstandelijke handicap, die alle drie geïnstitutionaliseerd zijn in een neuropsychiatrische voorziening. De eerste en derde verzoeksters stellen dat zij tijdens hun verblijf meermaals zijn verkracht door één van de artsen in de voorziening. De drie verzoeksters stellen dat zij een gedwongen abortus hebben ondergaan, en dat na die abortus zonder hun toestemming een spiraaltje werd ingebracht in hun baarmoeder. Zij dienden hiervoor een klacht in, maar de procureur weigerde meerdere keren om een strafrechtelijke procedure te beginnen. De interpretatie van de procureur was namelijk dat de Moldavische wetgeving geen persoonlijke toestemming vereiste voor een abortus bij een patiënte met een verstandelijke beperking. Het feit dat de abortus bij de eerste verzoekster plaatsvond na achttien weken zwangerschap vormde ook geen probleem, aangezien verstandelijke beperkingen werden beschouwd als contra-indicaties voor een zwangerschap, waardoor een abortus na twaalf weken toch gerechtvaardigd was. Na afloop van een aparte strafrechtelijke procedure werd de arts die door de verzoeksters werd beschuldigd, veroordeeld voor de verkrachting van zestien bewoners van de neuropsychiatrische voorziening, waaronder de verzoeksters.

Herkwalificering en redenering onder art. 3 EVRM

2. Een eerste opmerkelijk element van deze zaak is het feit dat het Hof de klacht van de verzoeksters heeft geherkwalificeerd van art. 8 naar art. 3 EVRM. Het Hof stelt eerst dat medische behandelingen, zelfs wanneer die zijn uitgevoerd zonder de toestemming van de patiënt, meestal onder art. 8 EVRM vallen. Toch is een niet onaanzienlijke hoeveelheid zaken die betrekking hebben tot niet-consensuele medische interventies wel onder art. 3 EVRM geanalyseerd: zo benadrukt het Hof een zaak over niet-consensuele ‘maagdelijkheidstesten’^[1] en drie Slowaakse zaken over de niet-consensuele sterilisatie van Roma vrouwen.^[2] Opdat een zaak de drempel van art. 3 EVRM zou overschrijden, moet er sprake zijn van een bepaald

niveau van ernst. Deze ernst is relatief en wordt bepaald op grond van de specifieke omstandigheden van de zaak, waaronder de lengte van de behandeling, de mentale en fysieke effecten op het slachtoffer, en in bepaalde gevallen, het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van het slachtoffer.[3] Deze karakteristieken van het slachtoffer blijken voor het Hof, net als in de zaken die het eerder aanhaalde, *in casu* van groot belang bij het kwalificeren van de feiten onder art. 3. Specifiek benadrukt het Hof de minderwaardige en machteloze positie waarin bewoners van psychiatrische instellingen zich vaak bevinden, alsook het gender-gerelateerde karakter van gedwongen sterilisatie, abortus en anticonceptie. De niet-consensuele medische behandelingen die op de verzoeksters werden uitgevoerd, in combinatie met de kwetsbaarheid van de verzoeksters – op grond van hun positie als vrouwen met een verstandelijke handicap, die verkracht zijn door een arts in de instelling waarin ze geïstitutionaliseerd waren, maar die hun handelingsbekwaamheid hadden behouden – leiden het Hof tot de conclusie dat de feiten van deze zaak de drempel van art. 3 overschrijden. Ook de niet-consensuele anticonceptie bereikt deze drempel omdat die, samen beschouwd met de gedwongen abortus, blijk geeft van een systemische ontzegging van de autonomie van vrouwen met verstandelijke beperkingen in verband met hun reproductieve rechten.

3. Art. 3 EVRM omvat niet enkel negatieve, maar ook positieve verplichtingen: de Staat moet in een beschermend wetgevend kader voorzien en, in bepaalde omstandigheden, de nodige maatregelen nemen om specifieke personen te beschermen (materiële verplichtingen) en, wanneer er aanwijzingen zijn dat behandelingen tegenstrijdig met art. 3 EVRM hebben plaatsgevonden, ook een effectief onderzoek uitvoeren (procedurele verplichting). Het Hof besluit ten eerste dat Moldavië niet aan haar procedurele verplichtingen heeft voldaan: het onderzoek is niet verder gegaan dan het bekijken van de medische dossiers van de verzoeksters, en er is geen verdere moeite gedaan om de waarachtigheid van die dossiers te bevestigen.

4. Ook over de materiële verplichting om in een passend regulerend kader te voorzien, besluit het Hof dat art. 3 EVRM is geschonden. Het Hof maakt de vergelijking tussen de huidige zaak en de zaken met betrekking tot de sterilisatie van Roma vrouwen,[4] en stelt dat de Staat een verplichting heeft om kwetsbare personen te beschermen, vooral wanneer zij onder de directe controle zijn van de autoriteiten. Als vrouwen met een verstandelijke beperking die geïstitutionaliseerd waren, vallen de verzoeksters onder die verplichting tot verhoogde bescherming, in het bijzonder met betrekking tot hun reproductieve rechten. Het Hof onderstreept expliciet het paternalisme van de wettelijke bepaling die verstandelijke handicaps beschouwt als een contra-indicatie voor een zwangerschap alsook van het medische personeel van de neuropsychiatrische voorziening. Het beklemtoont eveneens de negatieve stereotypen over de reproductieve rechten van personen met een verstandelijke

handicap, en het bestaan van een systemische praktijk waarbij vrouwen in dezelfde positie als de verzoeksters gedwongen abortus en anticonceptie ondergaan. In tegenstrijdigheid met internationale bepalingen, bevatte de nationale regelgeving geen bepalingen op basis waarvan de verzoeksters voldoende gehoord en gesteund konden worden om hun geïnformeerde toestemming te kunnen geven (of niet). Ook het strafrechtelijk kader rond gedwongen sterilisatie, abortus en anticonceptie was niet in staat om de verzoeksters te beschermen. Daarom besluit het Hof dat het Moldavische regelgevend kader niet beantwoordt aan de verplichtingen onder art. 3 EVRM.

5. Het Hof behandelt voorts de negatieve en positieve verplichting om de lichamelijke integriteit van de verzoeksters te eerbiedigen, en maakt daarbij een onderscheid tussen de gedwongen abortus en de gedwongen anticonceptie. Voor de gedwongen abortus kon de Staat geen toestemming voorleggen vanwege de eerste verzoekster, en de toestemming van de tweede verzoekster schoot tekort omwille van hiervoor vermelde redenen. De Staat argumenteert dat er geen bewijzen zijn van een zwangerschap of van een abortus in hoofde van de derde verzoekster, maar het Hof besluit dat dit ligt aan de tekortkomingen van het onderzoek naar haar klacht, en dat de situatie waarin ze zich bevindt (het feit dat ze verkracht is door de arts in de voorziening, dat er duidelijk een praktijk van gedwongen abortussen bestond, en dat het regelgevend kader haar niet genoeg kon beschermen) de bewijslast naar de Staat verschuift. Aangezien de Staat geen elementen aanbrengt die aantonen dat de derde verzoekster niet zwanger is geweest, komt het Hof tot de conclusie dat art. 3 EVRM is geschonden in hoofde van de drie verzoeksters in verband met de gedwongen abortus. Over de gedwongen anticonceptie vindt het Hof slechts een schending in hoofde van de eerste verzoekster, in afwezigheid van *prima facie* bewijsmateriaal aangeleverd door de twee andere verzoeksters.

Validisme, paternalisme en stereotypen

6. Deze zaak breidt de rechtspraak van het Hof uit op twee zeer duidelijke vlakken. Ten eerste wordt de bestaande rechtspraak van het Hof met betrekking tot gedwongen sterilisatie uitgebreid naar gedwongen abortus en anticonceptie (onder art. 3 EVRM). Ten tweede wordt de kwetsbaarheidsredenering onder art. 3 EVRM uitgebreid naar vrouwen met een verstandelijke handicap. Hiermee bevestigt het Hof het belang van reproductieve autonomie, en kaart het de kwetsbaarheid van personen met een verstandelijke handicap aan. Het feit dat het deze twee redeneringen expliciet aan elkaar linkt, maakt eveneens een aantal andere interessante zaken duidelijk.

7. Een uiterst belangrijke element van dit arrest is de nadruk die het Hof legt op de verplichting van de Staat om het mogelijk te maken voor vrouwen met een verstandelijke

handicap om actief het voortouw te nemen in beslissingen die hen aanbelangen, zoals die over hun reproductieve rechten. Hiermee plaatst het Hof de autonomie van personen met een verstandelijke handicap centraal. Het Hof uit ook expliciet kritiek op negatieve stereotypen die ervan uitgaan dat personen met een verstandelijke handicap geen kinderen zouden moeten krijgen. Het refereert daarvoor naar internationale instanties, waaronder het CRPD-Comité,[5] die uitleggen dat die stereotypen gebaseerd zijn op het idee dat personen met een verstandelijke handicap de rol van ouder niet zouden kunnen uitvoeren, en op eugenetische opvattingen dat de geboorte van een kind met een handicap onwenselijk is. Het Hof wijst ook op de paternalistische opvattingen over vrouwen met een verstandelijke handicap die zowel blijken uit de Moldavische regelgeving die zo'n handicap benoemt als contra-indicatie voor een zwangerschap, als uit de houding van het medisch personeel van de neuropsychiatrische voorziening, dat het vanzelfsprekend vond dat de beslissingen over de reproductieve rechten van de verzoekster door een arts zou worden gemaakt in plaats van door de betrokkenen zelf. Daarenboven heeft het Hof oog voor het systemische aspect van het probleem: daar waar het in het verleden vaak zo specifiek mogelijk oordeelde in zaken over personen met een verstandelijke handicap, beschouwt het Hof nu zeer duidelijk het bestaan van een systemische praktijk van gedwongen anticonceptie en abortus, alsook de afwezigheid van een passend regelgevend kader om dergelijke praktijk te vermijden, als een schending van art. 3 EVRM. Met deze redenering maakt het Hof een lovenswaardige stap vooruit.[6]

8. Toch mag niet uit het oog worden verloren dat het Hof meermaals de nadruk legt op het feit dat de verzoeksters hun handelingsbekwaamheid niet hebben verloren. De vraag blijft dus of het Hof in een situatie waarin dit wel het geval was, eveneens zou aandringen voor een systeem dat de geïnformeerde toestemming van de betrokkene voorop plaatst.[7] Hoewel het Hof in dit arrest zeer genuanceerd omgaat met de rechten van personen met een verstandelijke handicap, hebben we bijvoorbeeld in *Caamaño Valle t. Spanje*[8] gemerkt dat het Hof de inperking van de rechten van een persoon met een verstandelijke beperking die bv. onder wettelijke voogdij staat niet altijd kritisch aanpakt.

Intersectionaliteit en kwetsbaarheid onder art. 3 (en de afwezigheid van art. 14)

9. In dit arrest ontwikkelt het Hof ook zijn (impliciete) rechtspraak over intersectionaliteit[9] en kwetsbaarheid verder. Hoewel het Hof de term “intersectionaliteit” niet expliciet gebruikt, hanteert het wel zeer duidelijk een intersectionele redenering in zijn analyse van de kwetsbaarheid van de verzoeksters. Het benadrukt hun positie als *vrouwen met een verstandelijke handicap, die verkracht zijn door een arts in de instelling waarin ze geïnstitutionaliseerd waren, maar die hun handelingsbekwaamheid hadden behouden*, en besluit dat het de samenloop van die omstandigheden is die hen net zo kwetsbaar maakt. Gezien het belang van aandacht voor intersectionaliteit voor het recht van de mensenrechten[10], is het

ongetwijfeld een goede zaak dat het Hof de nadruk legt op de specifieke positie van de verzoeksters op het kruispunt van verschillende assen van onderdrukking. Meer nog, het Hof verwijst in de eerstvolgende paragraaf naar de systemische onderdrukking van de reproductieve rechten van personen in hun positie, en maakt zo de link duidelijk tussen intersectionele onderdrukking en systemische onderdrukking.[11] Dit is in sterk contrast met *V.C., N.B. en I.G. e.a. t. Slowakije*[12], waarin het Hof besloot dat er onvoldoende bewijs was over het bestaan van een systemische praktijk van gedwongen sterilisatie van Roma vrouwen. Omdat het Hof in de huidige zaak de Staat oproept om in regelgeving te voorzien om de vastgestelde systemische praktijken te vermijden, is deze zaak ook een mooi voorbeeld van hoe (zelfs impliciete) aandacht voor intersectionaliteit belangrijk kan zijn voor het rechtzetten van systemische onderdrukking.[13]

10. Toch heeft deze aandacht voor intersectionaliteit niet enkel positieve aspecten. Met *G.M. e.a. t. Moldavië* bevestigt het Hof immers zijn nogal eigenaardige lijn van rechtspraak met betrekking tot intersectionaliteit, kwetsbaarheid en art. 3 EVRM. Zoals hierboven uiteengezet, speelt de specifieke kwetsbaarheid van een verzoeker voor het Hof een rol voor het al dan niet bereiken van de drempel van art. 3 EVRM. In de zaken over de gedwongen sterilisatie van Roma vrouwen speelde het feit dat ze behoorden tot een kwetsbare gemeenschap een rol in het bereiken van die drempel. Hoewel het Hof het geslacht van de verzoekers niet expliciet heeft laten meespelen in zijn redenering, waren dit wel *de facto* intersectionele zaken, en het leek waarschijnlijk dat de vaststelling van de kwetsbaarheid van de verzoeksters onder art. 3 EVRM hierdoor onrechtstreeks beïnvloed was.[14] Dit werd in september 2022 ook bevestigd: in *Y.P. t. Rusland*[15] werd de verzoekster in dezelfde omstandigheden gesteriliseerd als in de zaken tegen Slowakije, maar besloot het Hof dat het feit dat zij niet tot een specifieke kwetsbare groep behoorde ertoe leidde dat de drempel van art. 3 EVRM niet bereikt was. De zaak werd dus enkel behandeld onder art. 8 EVRM. Deze conclusie werd hevig bekritiseerd door rechters Serghides en Pavli, die terecht benadrukken dat een vrouw die aan het bevallen is zich in een uiterst kwetsbare positie bevindt, ongeacht of ze wel of niet tot een andere kwetsbare groep behoort.[16] Uit deze reeks arresten bleek dat, tenminste in zaken over reproductieve rechten, intersectionele kwetsbaarheid dus determinerend was voor het bereiken van de drempel van art. 3 EVRM. De nadruk van het Hof op de samengestelde en specifieke kwetsbaarheid van de verzoeksters voor de herkwalificatie onder art. 3 EVRM in *G.M. e.a. t. Moldavië* lijkt dit nu inderdaad te bevestigen. Hoewel deze nadruk, zoals hoger gezegd, vele voordelen heeft, valt het niettemin te betreuren dat de reële kwetsbaarheid van personen die niet *per se* intersectioneel onderdrukt zijn wordt ontkend, en de hogere bescherming van art. 3 EVRM dus aan de betrokkenen wordt ontnomen.

11. Intersectionele onderdrukking hangt uiteraard nauw samen met art. 14 EVRM.[17] In de

drie Slowaakse zaken[18] weigerde het Hof art. 14 EVRM afzonderlijk te behandelen, en ook in *G.M. e.a. t. Moldavië* blijft een analyse onder het discriminatieverbod afwezig. Dit kan verklaard worden door het feit dat de verzoeksters art. 14 EVRM niet hadden ingeroepen, maar het Hof had de zaak eventueel wel kunnen herkwalficeren. Hoewel er overtuigende argumenten zijn om intersectionele en systemische onderdrukking niet *per se* (enkel) als discriminatie te behandelen en eerder te beschouwen als een inherent onderdeel van de realisatie van andere materiële rechten[19], toont de huidige rechtspraak van het Hof wel aan dat dit pad niet zonder risico's is. Door de systemische intersectionele onderdrukking van de verzoeksters te behandelen onder art. 3 EVRM, beschouwt het Hof die als het ware als een soort verzwarende omstandigheid. Dit valt te betreuren omdat, zoals de 'dissenting' rechters argumenteren in *Y.P. t. Rusland*, een intersectionele mensenrechtenschending niet *per se* steeds ernstiger is dan een niet-intersectionele schending.[20] In *B.S. t. Spanje*[21], een andere intersectionele zaak onder art. 3 EVRM (de verzoekster was een Afrikaanse migrante en vrouwelijke sekswerker die het slachtoffer werd van politiegeweld), behandelde het Hof de kwetsbaarheid van de verzoekster wel onder art. 14 EVRM, en vermeed het zo de valkuilen van zijn rechtspraak over reproductieve rechten. Belangrijk is hierbij wel dat in *B.S. t. Spanje* enkel het procedureel aspect van art. 3 EVRM ter sprake kwam, wat dit verschil kan verklaren. Toch had de behandeling van de systemische, intersectionele kwetsbaarheid van de verzoeksters in *G.M. t. Moldavië* onder art. 14 EVRM misschien een goed alternatief geboden om die redenering af te splitsen van die onder art. 3 EVRM, en had het Hof zo het vreemde pad dat het met *Y.P. t. Rusland* is ingeslagen, kunnen corrigeren.

S. Schoentjes

Doctoraal onderzoeker aan het Human Rights Centre van de Universiteit Gent en aspirant bij het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen

[1] *Salmanoğlu and Polattaş t. Turkije*, EHRM 17 March 2009, nr. 15828/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0317JUD001582803

[2] *V.C. t. Slowakije*, EHRM 8 november 2011, nr. 18968/07, ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807; *N.B. t. Slowakije*, EHRM 12 juni 2012, nr. 29518/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD002951810; *I.G. e.a. t. Slowakije*, EHRM 13 november 2012, nr. 15966/04, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD001596604

[3] Zie C. Heri, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-Treatment and the ECtHR* (Modern Studies in European Law, Vol. 106), Hart Publishing 2021

[4] *V.C., N.B. en I.G. e.a. t. Slowakije*, reeds aangehaald

[5] Comité voor het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, New York 13 december 2006

[6] Voor een uitgebreide analyse van de aspecten van deze zaak i.v.m. de rechten van personen met een handicap en paternalisme, zie: E. Sevrin en E. Várgany, 'G.M. and Others v Moldova: Beyond paternalism for women with intellectual disabilities and their reproductive rights', *Strasbourg Observers*, 3 januari 2023, <https://strasbourgobservers.com/2023/01/03/g-m-and-others-v-moldova-beyond-paternalism-for-women-with-intellectual-disabilities-and-their-reproductive-rights/>

[7] *Ibid.*

[8] *Caamaño Valle t. Spanje*, EHRM 11 mei 2021, nr. 43564/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417, EHRC 2021-0134 m.nt. Gerards

[9] Het concept "intersectionele discriminatie" werd geïntroduceerd door Kimberlé Crenshaw om situaties van onderdrukking te beschrijven die niet te herleiden zijn naar één factor, of zelfs naar een simpele cumul van verschillende factoren, maar wel een veelvoud van factoren die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.

[10] Zie o.a.: S. Atrey, 'Beyond Universality : An Intersectional Justification of Human Rights' in: S. Atrey en P. Dunne (red.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing 2020; G. de Beco, 'Protecting the Invisible: An Intersectional Approach to International Human Rights Law', *Human Rights Law Review* 2017/12, afl. 4, p. 633-663; S. Schoentjes, 'Doing Intersectionality Through International Human Rights Law: Substantive International Human Rights Law as an Effective Avenue Towards Implementing Intersectionality to Counter Structural Oppression?', *About Gender: International Journal of Gender Studies* 2022/11 nr. 22, p. 360-399

[11] Zie G. de Beco, 'Harnessing the Full Potential of Intersectionality Theory in International Human Rights Law: Lessons from Disabled Children's Right to Education' in: S. Atrey en P. Dunne (red.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing 2020

[12] Reeds aangehaald

[13] S. Schoentjes, 'Doing Intersectionality Through International Human Rights Law: Substantive International Human Rights Law as an Effective Avenue Towards Implementing Intersectionality to Counter Structural Oppression?', *About Gender: International Journal of Gender Studies* 2022/11 nr. 22, p. 360-399

[14] Zie S. Curran, 'Intersectionality and Human Rights Law: An Examination of the Coercive

Sterilisations of Romani Women', *Equal Rights Review* 2016, Vol. 16, p. 132-159

[15] *Y.P. t. Rusland*, EHRM 20 september 2022, nr. 43399/13, ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD004339913, EHRC 2020-0245 m.nt. Hendriks

[16] *Y.P. t. Rusland, Partly dissenting opinion of Judge Serghides; Y.P. t. Rusland, Partly dissenting opinion of Judge Pavli*

[17] Voor een andere analyse over art. 14, zie ook: E. Sevrin en E. Várgany, 'G.M. and Others v Moldova: Beyond paternalism for women with intellectual disabilities and their reproductive rights', *Strasbourg Observers*, 3 januari 2023, <https://strasbourgobservers.com/2023/01/03/g-m-and-others-v-moldova-beyond-paternalism-for-women-with-intellectual-disabilities-and-their-reproductive-rights/>

[18] *V.C., N.B. en I.G. e.a. t. Slowakije*, reeds aangehaald

[19] Zie S. Schoentjes, 'Doing Intersectionality Through International Human Rights Law: Substantive International Human Rights Law as an Effective Avenue Towards Implementing Intersectionality to Counter Structural Oppression?', *About Gender: International Journal of Gender Studies* 2022/11 nr. 22, p. 360-399; G. de Beco, 'Harnessing the Full Potential of Intersectionality Theory in International Human Rights Law: Lessons from Disabled Children's Right to Education' in: S. Atrey en P. Dunne (red.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing 2020

[20] Zie ook S. Atrey, *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press 2019, p. 199

[21] *B.S. t. Spanje*, EHRM 24 juli 2012, nr. 47159/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004715908.