

ANNOTATIE

Trivkanović t. Kroatië (EHRM, nr. 54916/16) – Flexibiliteit EHRM legt formaliteit Kroatische rechters bloot

L.R. Glas

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21-01-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD005491616 (EHRC-2021-0054)

1. De uitspraak in de zaak van *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)*^[1] illustreert goed dat het EHRM de regels die het zelf heeft gecreëerd in zijn rechtspraak soms flexibel toepast. Het Hof toont enige flexibiliteit wanneer het beoordeelt of de klacht over een heropeningsprocedure binnen de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM (recht op een eerlijk proces) valt en wanneer het de bewijslast die de nationale rechters aan klager hebben opgelegd beoordeelt in het licht van dezelfde bepaling. Dankzij deze flexibele aanpak draagt het Hof eraan bij dat de Verdragsrechten niet op een theoretische of illusoire wijze worden beschermd, maar juist op een praktische en effectieve manier worden ingevuld.^[2] In deze annotatie zal ik deze twee uitzonderingen en de redenen waarom het Hof de uitzonderingen nodig acht, nader bespreken. Het is vooral opmerkelijk dat het Hof van de nationale rechters verwacht dat zij de art. 2 EVRM (recht op leven)-jurisprudentie over aansprakelijkheid in het geval van een gedwongen verdwijning toepassen in een nationale civiele procedure waarin genoegdoening van de staat wordt geëist.

2. Het eerste voorbeeld van flexibiliteit in *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)* betreft de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM op ‘extraordinary appeals’ die zien op de heropening van een gesloten civiele procedure. Deze bepaling is gewoonlijk niet van toepassing op dergelijke procedures. Zoals het Hof in *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)* en veel andere uitspraken heeft uitgelegd, is het civiele deel van art. 6 lid 1 EVRM enkel van toepassing wanneer de klager een verdedigbare klacht of ‘arguable claim’ heeft die betrekking heeft op een recht dat

het nationale recht waarborgt.[3] Een heropeningsprocedure leidt normaal niet tot de vaststelling van een dergelijk recht, want ‘the matter is covered by the principle of *res judicata* of a final judgment in national proceedings’.[4] Om die reden is art. 6 lid 1 EVRM gewoonlijk niet van toepassing op heropeningsprocedures, maar er bestaan uitzonderingen op deze regel. In *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)* heeft het Hof, aldus het Hof zelf, verduidelijkt dat er in twee situaties een uitzondering mogelijk is.[5] De eerste uitzondering is van toepassing wanneer een uitspraak op een heropeningsaanvraag erin resulteert dat de rechters de zaak inhoudelijk en opnieuw beoordelen. Ten tweede staat het Hof een uitzondering toe wanneer de aard en reikwijdte van de heropeningsprocedure hetzelfde is als die van een gangbare beroepsprocedure.[6] In meer algemene zin kunnen de aard, reikwijdte en specifieke kenmerken van een heropeningsprocedure de procedure dus binnen het bereik van een recht op een eerlijk proces brengen.[7]

3. *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)* is een goed voorbeeld van de eerstgenoemde uitzondering en het EHRM gebruik de mogelijkheid die het feitencomplex van deze zaak biedt om de uitzondering te verduidelijken. De reden voor deze uitzondering is dat, wanneer het Hof zou oordelen dat art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing is op heropeningsprocedures die resulteren in een grondige inhoudelijke beoordeling van een zaak, de nationale rechters de zaak inhoudelijk zouden kunnen beoordelen zonder gebonden te zijn aan deze bepaling en zonder toetsing door het Hof. Door hier een stokje voor te steken beschermt het Hof de Verdragsrechten op een praktische en effectieve manier zoals ik eerder opmerkte. Het Hof legt ook uit dat er een verschil is tussen het beslissen op heropening en het inhoudelijk opnieuw beoordelen van een heropende zaak. Art. 6 lid 1 EVRM is alleen van toepassing op de laatste situatie. Het feit dat de nationale rechters tot op zekere hoogte de inhoud van de zaak bespreken betekent niet gelijk dat deze bepaling van toepassing is. De vraag is daarom wanneer het omslagpunt wordt bereikt en een inhoudelijke bespreking van een zaak neerkomt op een inhoudelijke heroverweging. Dat omslagpunt wordt niet bereikt indien de nationale rechters enkel vaststellen of een nieuw feit of bewijs *mogelijk* tot een andere uitkomst leidt na heropening; ze moeten niet bepalen *of* de heropende zaak tot een andere uitkomst *zal* leiden. Wanneer nationale rechters willen voorkomen dat het recht op een eerlijk proces van toepassing is op een heropeningsprocedure moeten zij dus een balans zien te vinden tussen het overtuigend motiveren van hun beslissing op heropening en tegelijkertijd de zaak niet te vergaand inhoudelijk bespreken. In de zaak van klager gingen de Kroatische rechters ‘te ver’ omdat zij in detail traden over de vraag of er een causaal verband bestond tussen de gedwongen verdwijningen en de dood van de zoons van klager – ‘an issue that pertained to the merits of the compensation claim’ aldus het EHRM.[8]

4. Het tweede voorbeeld van flexibiliteit in *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)* heeft betrekking op de

beoordeling door het Hof van de bewijslast die in de nationale procedure aan klager was opgelegd. Een probleem waarmee het Hof regelmatig wordt geconfronteerd wanneer het art. 6 EVRM toepast 'is the closeness with which it should monitor the functioning of national courts', aangezien het niet de taak van het Hof is om als een 'court of fourth instance' op te treden en het oordeel van nationale rechters in twijfel te trekken.[9] In plaats daarvan is zijn taak beperkt tot het verzekeren van de nakoming door de Verdragspartijen van de Verdragsverplichtingen die zij op zich hebben genomen.[10] Bovendien zijn de nationale rechters beter toegerust om bewijs op waarde te schatten, de feiten vast te stellen, het nationale recht te interpreteren en een uitspraak te doen over strafrechtelijke schuld of civielrechtelijke aansprakelijkheid.[11] Het is echter niet enkel de taak van het EHRM om vast te stellen of de nationale rechters specifieke procedurele waarborgen voor een recht op een eerlijk proces hebben beschermd, maar ook om te beoordelen of de nationale procedure door de bank genomen een eerlijk proces inhield.[12] Wanneer het Hof dat laatste beoordeelt, treedt het bij uitzondering wel op als 'court of fourth instance' en stelt het meer in het bijzonder vast of een nationale uitspraak kan worden gekwalificeerd als willekeurig of als duidelijk onredelijk. Door deze taak op zich te nemen, draag het Hof eraan bij dat art. 6 EVRM op een effectieve en praktische wijze wordt beschermd.

5. In de zaak van klager hebben de Kroatische rechters het recht op een eerlijk proces onvoldoende beschermd omdat zij een onhaalbare bewijslast aan klager hebben opgelegd voor het bewijzen van een causaal verband tussen de verdwijning en de dood van haar zonen. Volgens het Hof hadden de Kroatische rechters beter moeten weten omdat een sterke aanwijzing voor causaal verband ontstaat tussen detentie en een overlijdensgeval in art. 2 EVRM (recht op leven)-zaken die betrekking hebben op gedwongen verdwijningen. Het lijkt er daarom op dat de enige acceptabele vaststelling in de nationale zaak zou zijn geweest dat er een causaal verband bestond tussen de verdwijningen en de overlijdensgevallen (en dat de staat aansprakelijk was, tenzij de staat was gekomen met een voldoende overtuigende uitleg). Het voorgaande betekent dat het Hof van nationale rechters verwacht dat zij regels omtrent het vaststellen van causaal verband uit de Straatsburgse jurisprudentie importeren naar hun civiele aansprakelijkheidsrecht en dus twee geheel verschillende rechtsgebieden bij elkaar brengen. Voor de Kroatische rechters zal dit geen problemen opleveren aangezien de Kroatische Hoge Raad in 2019 (nadat de zaak van klager was afgerond) oordeelde dat 'where a war crime committed by the members of the Croatian Army entailed forced disappearance(s), and the victim gone missing had later on been declared dead, the State was liable for the victim's death and the resultant damage'.[13] Net als de Straatsburgse rechters oordeelden de Kroatische rechters in de Hoge Raad dat in deze omstandigheden een causaal verband bestaat tussen de verdwijning en de (veronderstelde) dood dat voldoende sterk is om de staat aansprakelijk te houden. Ik vraag mij af of het voor andere nationale rechters even makkelijk

zal zijn om regels omtrent causaal verband te importeren uit de Straatsburgse recht op leven jurisprudentie.[14]

6. De door het EHRM getoonde flexibiliteit legt bloot dat de Kroatische rechters (met uitzondering van de Hoge Raad) wel heel formalistisch en daardoor streng te werk gingen. Deze zaak toont ook aan dat het Verdragssysteem de nationale rechters eraan kan herinneren dat enige flexibiliteit nodig kan zijn om mensenrechten op een effectieve manier te beschermen. Een vraag die blijft staan is of andere nationale rechters hun civiele aansprakelijkheidsrecht net als de Kroatische Hoge Raad kunnen aanpassen aan de EVRM-vereisten wanneer dit nodig blijkt te zijn. De formalistische werkwijze van de Kroatische rechters heeft overigens niet alleen betrekking op de gevraagde bewijsstandaard in de zaak van klager. De door het Hof gekozen flexibele toepassing van de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM bij het behandelen van de ontvankelijkheid van de zaak laat ook zien dat het Kroatische Constitutionele Hof zijn eigen ontvankelijkheidscriteria wel heel streng interpreteerde. Terwijl het EHRM besloot dat de beslissing op heropening betrekking had op de inhoud van de zaak gezien de inhoud van die beslissing, keken de Kroatische rechters niet verder dan het etiket dat op de beslissing was geplakt en besloten zij dat, omdat er een heropeningsverzoek was gedaan, de beslissing geen betrekking kon hebben op de inhoud van de zaak.

L.R. Glas

universiteit docent Europees recht, Radboud Universiteit

[1] Een vergelijkbare versie van deze noot is in het Engels verschenen als blog op *Strasbourg Observers*.

[2] Bijv. *Salduz t. Turkije*, EHRM (GK) 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, «EHRC» 2009/07 m.nt. Spronken, par. 51.

[3] *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08,

ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, «EHRC» 2015/84 m.nt. Glas, par. 42.

[4] *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, reeds aangehaald, par. 42.

[5] EHRM, 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb)', 31 augustus 2020, par. 62.

[6] *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, reeds aangehaald, pars. 46-47.

[7] *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, reeds aangehaald, par. 50.

[8] *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)*, par. 58

[9] Harris, O'Boyle en Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 374.

[10] Art. 19 EVRM.

[11] *Georgië t. Rusland (I)*, EHRM (GK) 3 juli 2014, nr. 13255/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0703JUD001325507, «EHRC» 2014/224, par. 94.

[12] *Centro Europa 7 S.r.l. en Di Stefano t. Italië*, EHRM (GK) 7 juni 2012, nr. 38433/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, par. 197

[13] *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)*, par. 32.

[14] In Nederland zal dit de rechters waarschijnlijk niet voor veel problemen stellen (als zij al te maken zullen krijgen met gedwongen verdwijning-zaken) aangezien ook onder art. 6:162 lid 2 BW de normschending wordt aangenomen op basis van de feiten en bovendien art. 2 EVRM direct doorwerkt en de normschending invult. Met dank aan dr. mr. R. Rijnhout voor deze uitleg.