

ANNOTATIE

Jallow t. Noorwegen (EHRM, 36516/19) – Ouderlijk gezag, visumweigering en de proportionaliteitstoets van Skype- zittingen

M.R. Bruning en K. Geertsema

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 02-12-2021,
ECLI:CE:ECHR:2021:1202JUD003651619 (EHRC-2021-0325)*

1. Dit arrest betreft een complexe gezinssituatie, waarin het migratiebeleid een procedure over het civiele jeugdbeschermingsrecht bemoeilijkt. Het betreft de beoordeling van ouderlijk gezag van een in Noorwegen geboren en woonachtig kind G., wiens moeder is overleden en wiens biologische vader Gambiaans staatsburger is en altijd in Gambia heeft gewoond. Bij het EHRM staat de Noorse procedure centraal waarin het juridisch gezag over G. is beoordeeld, aangezien na het overlijden van zijn moeder, die het eenhoofdig gezag had, niemand juridisch verantwoordelijk was voor G. en het juridisch gezag derhalve bij een ander moest worden belegd. Zowel de biologische vader als een tante (zus van moeder) uit Engeland hadden verzocht om het juridisch gezag respectievelijk de voogdij over G. te mogen uitoefenen, terwijl de nationale autoriteiten van mening zijn dat dit bij de Noorse pleegouders van G. moet worden belegd. De biologische vader heeft de procedure niet kunnen bijwonen vanwege weigeringen van zijn aanvragen voor een visum voor kort verblijf. De rechtszaak in hoger beroep heeft hij vanuit Gambia moeten bijwonen via Skype, in 2019, dus nog voordat de coronapandemie reizen en rechtszaken in persoon bemoeilijkte. Hij klaagt bij het EHRM dat art. 6 EVRM is geschonden nu hij de rechtszaak zowel in eerste aanleg als in hoger beroep niet in persoon heeft kunnen bijwonen. Ook voert hij aan dat art. 8 EVRM is geschonden omdat hem het ouderlijk gezag niet is toegekend. Het EHRM oordeelt dat de Noorse autoriteiten een zorgvuldige procedure hebben doorlopen en dat er geen indicaties zijn dat de belangen van

het kind onvoldoende zijn betrokken of dat een onzorgvuldige belangenafweging is gemaakt. Dit oordeel geeft blijk van een procedurele toetsing, zowel ten aanzien van de procesrechtelijke vraag of het recht op een fair trial is geschonden als ten aanzien van de materieelrechtelijke vraag of het recht op gezinsleven is geschonden. In het oordeel over beide rechtsvragen is het opmerkelijk dat het EHRM de weigering van het visum voor kort verblijf als een gegeven beschouwt ondanks dat de Noorse rechter de weigering heeft vernietigd. Als dat visum was verleend, zou vader zijn kind in het verleden hebben kunnen bezoeken en zou hij de rechtszaken over het ouderlijk gezag hebben kunnen bijwonen.

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

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

Toch gaat het EHRM ook inhoudelijk in op de vraag of het recht op respect voor gezinsleven

tussen de vader en het kind op grond van art. 8 EVRM zou zijn geschonden. Met het verweer van de vader dat dit het geval zou zijn, maakt het Hof korte metten. De nationale autoriteiten zouden zorgvuldig onderzoek hebben gedaan naar het gezinsleven tussen kind en vader en hebben terecht geoordeeld dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Daarbij is het van belang voor het EHRM dat het ging om het vaststellen van juridisch gezag, en niet van bijvoorbeeld contact of omgang tussen de vader en zijn zoon. Gezien de grote afstand tussen de Gambiaanse vader en zijn zoon die zijn hele leven in Noorwegen is opgegroeid, en daarbij het feit dat de vader zijn zoon en diens situatie nauwelijks kent, was het volgens de High Court van Noorwegen niet in het belang van de zoon om het juridisch gezag bij de vader te beleggen. In dat geval zou de vader namelijk alle belangrijke beslissingen over zijn zoon moeten nemen als wettelijk vertegenwoordiger. Deze overwegingen zijn volgens het EHRM *relevant and sufficient* en daarmee staat volgens het EHRM vast dat, mocht er toch al sprake zijn geweest van *family life*, de inbreuk hierop gerechtvaardigd was.

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

Op individueel niveau is het leed groot: het niet kunnen bijwonen van het huwelijk van een kind, niet bij de bevalling van een eigen kind aanwezig kunnen zijn, of zoals in dit geval, het

niet kunnen bezoeken van je kind na het overlijden van moeder en niet kunnen bijwonen van een rechtszaak over het ouderlijk gezag na dit overlijden. Uit het arrest blijkt dat de afwijzing van het visum vernietigd is door de Noorse rechtbank vanwege een procedureel gebrek. Het bewijs over vaders familiebanden met Gambia (bewijs omtrent zijn gezinsleven met vijf kinderen in Gambia om duidelijk te maken dat hij er belang bij had ook weer terug te keren, en niet van plan was zich in Noorwegen te vestigen), was ten onrechte niet betrokken in de besluitvorming. Uit het arrest blijkt niet of de Noorse autoriteiten opnieuw een beslissing hebben genomen. Dit procedureverloop laat de gebrekkige rechtsbescherming zien in dergelijke visumaanvragen: de Noorse rechter oordeelt op 10 juni 2020 dat de visumafwijzing onzorgvuldig was, maar dan is het doel voor het visum kort verblijf al lang voorbij, de rechtbankzitting over het ouderlijk gezag heeft dan al plaatsgevonden (namelijk in juni 2019). Ook blijkt niet uit het arrest of vader in het verleden al eerder geprobeerd heeft een visum te verkrijgen om zijn zoon te bezoeken. Het is echter voorstelbaar dat de autoriteiten het risico op vestigingsgevaar niet eenmalig als drempel opwerpen en daardoor een belangrijke rol spelen in het al dan niet mogelijk maken van de uitoefening van het gezinsleven. Het EHRM stelt de afwijzing van het visum niet ter discussie. Het is voor het EHRM een gegeven dat er geen visum is, waarbij het verwijst naar immigratie controle als algemeen belang.[9]

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

Het arrest van het EHRM laat zien dat juist die proportionaliteitstoets van belang is in de beoordeling of sprake is van een art. 6 EVRM-schending. De Noorse rechtbanken hebben die proportionaliteitstoets volgens het EHRM zorgvuldig uitgevoerd. Voor het EHRM zijn daarbij de volgende vier factoren van belang: (1). De Noorse rechtbanken hebben het negatieve gevolg van uitstel in deze specifieke zaak voor het belang van het kind helder en zorgvuldig geformuleerd. Ook herhaalt het EHRM zijn (strafrechtelijke) rechtspraak waarin het heeft geoordeeld dat digitale zittingen op zich niet problematisch zijn, zolang de digitale zitting een legitiem doel dient, en dat de toepassing voldoet aan de vereisten voor een zorgvuldig proces.[13] (2). De tweede factor die het EHRM van belang acht, is dat het niet gaat om een beslissing over de dagelijkse verzorging van het kind, maar om ouderlijke verantwoordelijkheid (juridisch gezag). Het oordeel van de Noorse rechter is daardoor minder afhankelijk van de indruk die zij tijdens een zitting in persoon van vader krijgt. (3). De derde factor die het EHRM benoemt, is dat de vader ondanks zijn bezwaren vooraf tegen de Skype-zitting niet heeft geklaagd over specifieke problemen die zijn opgetreden tijdens de zitting. Er waren wat verbingsproblemen, maar op dat punt heeft de advocaat geen bezwaar gemaakt. Ook is tijdens de behandeling via Skype niet geklaagd over de onmogelijkheid om in vertrouwen tussen vader en advocaat te communiceren. (4). Tot slot acht het EHRM van belang dat de advocaat de hele zitting heeft kunnen bijwonen en de belangen van vader heeft kunnen vertegenwoordigen. De vader had verder aangevoerd dat hij zijn zaak onvoldoende heeft kunnen voorbereiden vanwege de visumweigering en vanwege de onvertaalde deskundigenrapporten. Maar ook op dit punt komt het EHRM niet tot een schending, omdat vader ruimschoots de tijd heeft gehad de rapporten met zijn advocaat te bespreken, en de deskundige ook nog ter zitting heeft kunnen ondervragen. Al deze factoren samen maken dat het Hof concludeert dat het videohoren niet maakte dat sprake was van enig *substantial disadvantage* voor de vader, wat nodig is om tot een schending van art. 6 EVRM te komen.

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

6. Hoewel de visumweigering de directe oorzaak was van de noodzaak om de vader via Skype te laten meedoen aan de behandeling ter zitting waar beslist werd over zijn verzoek om juridisch gezag over zijn zoon, spreekt het EHRM hier niet over in het licht van de toetsing aan het *equality of arms* vereiste. De toetsing aan art. 6 EVRM door het Hof kunnen wij toch beter volgen dan de toetsing aan art. 8 EVRM in de context van de visumweigering. Er lijkt immers sprake te zijn van voldoende compensatie voor de vader ten aanzien van zijn procedurele rechten. Zo werd de vader bijgestaan door een (Noorse) advocaat,^[17] was er een tolk aanwezig en kon hij daadwerkelijk, ondanks enkele technische kleine haperingen, op afstand meedoen aan de zitting. Voor wat betreft de inhoudelijke beslissing over de vraag of het verzoek van vader tot juridisch gezag over zijn zoon moest worden toegewezen, is de visumweigering wel degelijk van grote invloed geweest. De vader kon immers daardoor niet in persoon zijn verzoek toelichten en evenmin contact hebben met zijn zoon in Noorwegen.

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

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

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

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

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

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

[4] *Nylund t. Finland*, EHRM 29 juni 1999 (ontv.), nr. 27110/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DECO02711095.

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

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

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

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

[9] *Jallow t. Noorwegen*, par. 60.

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

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

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

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

[14] Ter Voert 2022.

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

[6] M. Boone, M. Dubelaar en S. van Wingerden, 'Een meer structurele inzet van de videoconferentie in strafzaken? Lessen uit empirisch-juridisch onderzoek naar de ervaringen

met digitaal horen tijdens de COVID19-pandemie', *NJB* 2022, p. 832 en 833.

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