

ANNOTATIE

Toivanen t. Finland (EHRM, 46131/19) – Is een proces eerlijk als de uitspraak wordt 'onderschept' en opnieuw beoordeeld?

F. Fernhout

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 09-11-2023,
ECLI:CE:ECHR:2023:1109JUD004613119 (EHRC-2023-0261)*

De casus

1. Klager Toivanen is al wat ouder als hij in 2014 in Finland wordt toegelaten als advocaat. In die periode raakt hij ook zelf betrokken in een strafzaak. Dat zint hem niet en hij schrijft zo'n 300 mailtjes naar rechters en andere instanties van de strekking dat er iets gedaan moet worden tegen de tegen hem gerichte strafrechtelijke procedure. Dat wordt de Finse Raad van Toezicht voor de Advocatuur te gortig. Die begint in 2015 ambtshalve een onderzoek tegen klager, wat leidt tot zijn schrapping van het tableau bij beslissing van 22 oktober 2015.[1]

Op 19 december 2015 gaat Toivanen in beroep bij het Hof van Appèl. De zaak wordt behandeld door een meervoudige kamer van drie raadsheren (verder: de kleine kamer). Toivanen wordt op 29 augustus 2016 gehoord en hem wordt medegedeeld dat binnen dertig dagen een beslissing zal worden genomen. Tot die beslissing komt het niet, want de zaak wordt op 23 november 2016 door de plaatsvervangend Voorzitter van het Hof van Appèl (raadsheer L.)[2] verwezen naar een meervoudige kamer van zeven raadsheren (verder: de grote kamer). L. zelf is conform de toepasselijke wettelijke regeling voorzitter van deze grote kamer, omdat zij op dat moment weer de Voorzitter van het hof vervangt. Daarnaast bestaat deze kamer uit de drie raadsheren van de kleine kamer en drie door het lot gekozen raadsheren.

De grote kamer stelt klager in de gelegenheid te worden gehoord, maar daarvan maakt hij geen gebruik. Wel worden de opnames van de zitting voor de kleine kamer beluisterd. In een 5-2-beslissing van 17 maart 2017 wordt het beroep ongegrond verklaard. De twee tegenstemmers maakten ook deel uit van de kleine kamer. Klager komt er dan achter dat de verwijzing had plaatsgevonden nadat de kleine kamer met 2-1 in zijn voordeel had besloten, maar dat het door de verwijzing niet tot deze uitspraak had kunnen komen. Daarenboven is klager inmiddels duidelijk dat L. ook de raadsheer is die in 2014, ook weer als plaatsvervangend Voorzitter van het Hof van Appèl, als enige van alle betrokkenen aan wie hij een van de 300 mailtjes had gestuurd, een van hem afkomstige e-mail had doorgestuurd naar de politie omdat die een bedreiging van weer een andere raadsheer zou hebben ingehouden.

Klager stelt daarna beroep in bij de Finse Hoge Raad. Hij voert aan dat de verwijzing onrechtmatig was, dat L. niet onpartijdig was en daarom niet aan de beslissing had mogen deelnemen en dat ten onrechte het beroep tegen de beslissing in eerste aanleg ongegrond was verklaard. Bij beslissing van 28 februari 2019 wordt het beroep verworpen, ten aanzien van de laatste twee punten unaniem en ten aanzien van de eerste kwestie (de vraag of de verwijzing rechtmatig was) met een 3-2-meerderheid.[3] De dissenters baseren hun oordeel, na een analyse van de jurisprudentie van het EHRM, uiteindelijk op twee argumenten, namelijk dat de gronden waarop verwijzing had plaatsgevonden al vanaf het begin van de procedure bekend moesten zijn geweest en dat volgens de bij de Hoge Raad ingediende verklaring de reden voor de verwijzing erin was gelegen dat de kleine kamer al had besloten de beslissing in eerste aanleg te vernietigen.[4]

Klachten bij het EHRM

2. De klachten van Toivanen bij het EHRM hebben de strekking dat L. niet onpartijdig was en dat de procedure niet voldeed aan de eisen van een eerlijk proces. Het EHRM besluit de klachten over de verwijzing ook langs die lijn te beoordelen, ook al gaat het bij kwesties over de samenstelling van een gerecht eerder om de vraag of dit gerecht wel “established by law” was (par. 31). Daarnaast komt het erop aan of de procedure bij en de beslissing van het Hof van Appèl de subjectieve en objectieve onpartijdigheidstest kunnen doorstaan,[5] en wel, wat dit laatste betreft, met name of dat gerecht en zijn samenstelling voldoende garanties boden om gerechtvaardigde twijfels over zijn onpartijdigheid uit te sluiten (par. 32). Het EHRM ontwikkelt daarbij geen nieuwe regels, maar past de bestaande criteria toe. De vraag of de verwijzing ertoe heeft geleid dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijk proces blijkt bij de toepassing van de subjectieve en objectieve test een belangrijke rol te spelen.

De verwijzingsbeslissing

3. In par. 33-39 beoordeelt het EHRM de kwestie van de verwijzing. Het sluit zich aan bij het oordeel van de Finse Hoge Raad, dat deze kwestie vanuit het perspectief van het nationale recht uitputtend had onderzocht. De Finse regeling van de verwijzing geeft volgens het EHRM daarvoor heldere criteria en voldoet daarmee aan de eisen van “particular clarity of the rules applied in any one case and for clear safeguards to ensure objectivity and transparency”.^[6] Die regels eisten weliswaar voor een verwijzing naar een grote kamer na een mondelinge behandeling een bijzondere reden (zie par. 23), maar de op verzoek van de Finse Hoge Raad opgestelde verklaring van L. dat het ging om een | kort gezegd | heel belangrijke kwestie waarover geen jurisprudentie bestond, terwijl de kleine kamer mogelijk zou afwijken van de beslissing in eerste aanleg, acht het EHRM evenals de Finse Hoge Raad voldoende. Meteen daarna verschuilt het EHRM zich echter achter de doctrine van de vierde instantie (par. 35). Waarom zou het EHRM dat doen? Omdat we natuurlijk allemaal zien dat de bijzondere reden die is aangevoerd precies de standaardreden is op grond waarvan verwijzing kan plaatsvinden.^[7] De Finse regeling houdt juist in dat er na een mondelinge behandeling méér moet zijn dan | kort gezegd | een belangrijke zaak en dat méér is er nu net niet. Dat wordt door het EHRM snel onder de tafel geveegd en vervolgens afgedekt met overwegingen van de strekking dat het er ook allemaal niet toe doet, want na verwijzing kan er ook nog verweer worden gevoerd (par. 36), er zijn processuele garanties die zorgen voor een eerlijke samenstelling na verwijzing (par. 37), de verwijzingsbeslissing kan volledig door de Finse Hoge Raad worden getoetst (par. 37) en de Finse Hoge Raad kan ook de uiteindelijke beslissing (schrappen van het tableau of niet) vol toetsen (par. 38). Omdat het EHRM ook al geen aandacht besteedt aan het feit dat volgens de dissenters bij de Finse Hoge Raad er in de kleine kamer niet alleen al geraadkamerd was, maar de beslissing ook al was genomen in het voordeel van klager, overtuigt dit deel van de uitspraak geenszins.

Subjectieve test

4. In par. 40 bespreekt het Hof de vraag of het optreden van L. als lid van het Hof van Appel de subjectieve test van rechterlijke onpartijdigheid kan doorstaan.

4.1 Ten eerste gaat het er volgens het Hof om of persoonlijke vooringenomenheid kan worden afgeleid uit het feit dat L. in 2014, dus voorafgaand aan de procedure, een e-mail had doorgestuurd naar de politie omdat zij van oordeel was dat daarin een rechter werd bedreigd, overigens zonder aangifte te doen. Dat was de standaardprocedure en de bedreiging betrof niet eens L. zelf, dus het EHRM ziet daarin niet iets waaruit persoonlijke vooringenomenheid kan worden afgeleid. Dat valt echter verdraaid lastig te onderbouwen wanneer je bedenkt dat a) klager had aangevoerd dat hij 300 mails had gestuurd en geen enkele autoriteit daarin een bedreiging had gezien (iets wat niet eens door het EHRM wordt besproken) en b) de zaak juist erover ging of klager van het tableau geschrapt moest worden omdat hij rechterlijke en

andere autoriteiten niet vertrouwde (par. 41). Het EHRM doet een halfslachtige poging zijn oordeel te motiveren door te beweren dat in par. 74 van het *Morice*-arrest wordt aangegeven welk soort bewijs voor de subjectieve test nodig is, maar in dat hele arrest is geen enkele overweging gewijd aan de eisen die aan het bewijs in dit soort kwesties moeten worden gesteld en par. 74 is in het bijzonder nietszeggend.[8] Ook hier blijft de lezer dus met vragen zitten die niet op adequate wijze worden beantwoord.

4.2 De tweede omstandigheid die van belang is voor de subjectieve test is of het feit dat L. zelf de verwijzingsbeslissing had genomen niet al betekende dat zij persoonlijk vooringenomen was. Het EHRM vindt van niet, nu het immers eerder al had geoordeeld dat die verwijzingsbeslissing in overeenstemming was met het geldende Finse recht. Het doet er dan niet toe dat L. de beslissing nam in de korte periode dat zij optrad als plaatsvervangend Voorzitter. Die laatste omstandigheid blijkt niet uit het arrest, maar uit de dissenting opinion. L. was van 21 tot 24 november 2016 plaatsvervangend Voorzitter en nam de verwijzingsbeslissing op 23 november. Op zich kan met dit oordeel van het EHRM worden ingestemd, ware het niet dat onbesproken blijft dat de kleine kamer al had beslist om de beslissing in eerste aanleg te vernietigen (en klager dus niet te schrappen) en dat L. dit wist (zie noot 3). Harder bewijs van persoonlijke vooringenomenheid is bijna niet mogelijk, afgezien van gevallen waarin een rechter openlijk verklaart een partij wel of niet te willen laten winnen.

Objectieve test

5. In par. 41-46 komt de objectieve test aan de orde. Hier heeft het EHRM het duidelijk moeilijk. Het optreden en de bemoeienis van L. in een zaak waarin “it appears that had Judge L., as the Acting Chief Justice, not transferred the case, a split decision in the applicant’s favour would have been delivered”[9], konden, moet het EHRM toegeven, klager het gevoel geven dat de procedure niet eerlijk was verlopen (par. 41-42). Aan de andere kant was de verwijzingsbeslissing correct geweest (zie hiervoor) en was die weliswaar niet aan klager uitgelegd voordat de zaak bij de Finse Hoge Raad kwam, maar had hij als advocaat aan de hand van de wet wel kunnen bedenken hoe het ongeveer zat (par. 43). In de volgende paragrafen wordt dit telkens weer door het EHRM herhaald in termen als “Zeker, het maakte allemaal geen zuivere indruk, maar de beslissing tot verwijzing was nu eenmaal terecht en correct en we hebben al gezien dat L. niet persoonlijk vooringenomen was, dus hoewel het Hof begrijpt dat er vragen bij klager waren gerezen, is *the Court ... nonetheless satisfied that the proceedings provided sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of the impartiality of the Court of Appeal.*” Het lijkt erop dat het EHRM de essentie van de objectieve test hier uit het oog verliest. De objectief gerechtvaardigde vrees dat de vereiste onpartijdigheid niet in acht zal worden genomen kan immers niet worden weggenomen door

de correctheid van een beslissing of het doorlopen van de juiste procedurele stappen. We kunnen immers niet zien wat er in het hoofd van die rechter allemaal speelt en daarom is de objectieve test noodzakelijk om het recht op een onpartijdige behandeling niet tot een lege huls te maken.

Slotopmerkingen

6. Het EHRM besteedt geen aandacht aan de vraag wat er zou zijn gebeurd als L. niet had ingegrepen. Het lijkt er echter sterk op dat, nu er nergens sprake is van iets als een aanklager in de zaak van klager, met de beslissing van de kleine kamer de kous af zou zijn geweest. Als dat juist is, dan maakt dat deze beslissing van het EHRM nog bedenkelijker. Het komt er dan immers op neer dat een plaatsvervangend Voorzitter een beslissing waar zij niet bij betrokken was en waarmee zij het niet eens was, heeft getorpedeerd door een procedureel middel in te zetten waarmee de uitspraak van de al genomen beslissing kon worden voorkomen. Dissenter Paczolay schrijft heel suggestief dat het recht op een eerlijke procedure in deze zaak al was geschonden doordat de beloofde uitspraak na 30 dagen er niet kwam en pas zo'n drie maanden later een verwijzingsbeslissing werd gegeven. Wat is daar gebeurd?

7. Mij is niet bekend dat er in Nederland in civiele zaken op deze wijze kan worden ingegrepen. De verwijzingsbeslissingen van de enkelvoudige naar de meervoudige kamer en vice versa van art. 15-18 en 98 Rv worden immers niet door buitenstaanders genomen, maar door de kamers zelf. Verwijzingen nadat het vonnis al is gewezen (maar nog niet uitgesproken), zijn niet mogelijk. Door samenstelling van kamers kan een beslissing wel worden gemanipuleerd, maar dat is een andere kwestie waarvoor de in dit arrest aan de orde zijnde problemen geen aanknopingspunten bieden.

Fokke Fernhout

Advocaat bij de Hoge Raad

[1] Voor de leesbaarheid is de Nederlandse terminologie gebruikt zonder te willen suggereren dat het Finse systeem gelijk is aan het Nederlandse.

[2] Waarom het EHRM de identiteit van deze rechter beschermt, is een raadsel, zeker nu Toivanen zelf bij naam en toenaam wordt genoemd. Het is ook zinloos, want uiteraard publiceert Finland (belangrijke) rechterlijke uitspraken. De beslissing van de Finse Hoge Raad is te vinden met de link www.finlex.fi/fi/oikeus/kko/kko/2019/20190018. Daaruit blijkt dat het gaat om raadsheer mevrouw Liisa Lehtimäki. Korthedshalve wordt hier "L." aangehouden.

[3] Dat is althans de interpretatie van het EHRM (par. 14, slot). In feite bespreken de dissenters de vraag of L. niet voldeed aan de eisen van onpartijdigheid niet (zie de beslissing genoemd in noot 2). De hele gang van zaken rond de verwijzing wordt door hen zodanig geoordeeld dat klager redelijke gronden had om te vrezen dat de behandeling niet onpartijdig en niet eerlijk was geweest.

[4] De tweede grond staat wel in de Finse beslissing (zie noot 1), maar wordt door het EHRM niet genoemd. Daar wordt nog op ingegaan.

[5] Als gedefinieerd in *Hauschildt t. Denemarken*, EHRM 24 mei 1989, nr. 10486/83, ECLI:CE:ECHR:1989:0524JUD001048683, NJ 1990, 627, m.nt. P. van Dijk.

[6] *DMD Group t. Slovakije*, EHRM 5 oktober 2010, nr. 19334/03, ECLI:CE:ECHR:2010:1005JUD001933403, par. 66.

[7] De bepaling wordt zoals gezegd geciteerd in par. 23 en luidt voor zover van belang: " A case that has far-reaching consequences or is otherwise important as a matter of principle, or a part thereof, may also be transferred for examination by a plenary court or an extended composition. A case where an oral hearing has been held or is to be held shall not be transferred to an extended composition or to a plenary court without a particular reason."

[8] *Morice t. Frankrijk*, EHRM 11 juli 2013, nr. 29369/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0711JUD002936910, par. 74: "In the proceedings at issue in the present case, judge M. had filed a complaint as a civil party in particular against the applicant, who had made statements about how the investigation was being handled in the case concerning judge Borrel."

[9] Dit ligt dus iets anders en meer in het voordeel van klager dan het EHRM tot uitdrukking brengt, nu de beslissing al was genomen maar L.'s optreden de uitspraak daarvan had verhinderd. Vgl. de jurisprudentie van de HR op art. 5 Wet RO, volgens welke rechtspraak "wijzen" en de uitspraak niet samenvallen (HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:604; HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1408).