

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-23

Nummer 23, 2020

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:2020:1124JUD008034317 24-11-2020

Unuane t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 24 november 2020, nr. 80343/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD003649317 24-11-2020

Şik t. Turkije (nr. 2), EHRM 24 november 2020, nr. 36493/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD003162317 24-11-2020

Bardali t. Zwitserland, EHRM 24 november 2020, nr. 31623/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD007541410 24-11-2020

Kurban t. Turkije, EHRM 24 november 2020, nr. 75414/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000192014 19-11-2020

Project-Trade d.o.o. t. Kroatië, EHRM 19 november 2020, nr. 1920/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002417318 19-11-2020

Klaus Müller t. Duitsland, EHRM 19 november 2020, nr. 24173/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD005322114 19-11-2020

Efstratiou e.a. t. Griekenland, EHRM 19 november 2020, nr. 53221/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD001806811 19-11-2020

Dupate t. Letland, EHRM 19 november 2020, nr. 18068/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002533816 19-11-2020

Barbotin t. Frankrijk, EHRM 19 november 2020, nr. 25338/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD005945310 17-11-2020

Süleyman t. Turkije, EHRM 17 november 2020, nr. 59453/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD000088919 17-11-2020

B. en C. t. Zwitserland, EHRM 17 november 2020, nrs. 43987/16 en 889/19

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:953 24-11-2020

AZ, in tegenwoordigheid van: Openbaar Ministerie, YU, ZV, HvJ 26 november 2020, zaak C-510/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:947 19-11-2020

Staatsanwaltschaft Heilbronn, HvJ 19 november 2020, zaak C-454/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:932 18-11-2020

Syndicat CFTC, HvJ EU 18 november 2020, zaak C-463/19

Annotatie

**OOO Regnum t. Rusland (EHRM, nr. 31454/10) – Belangenafweging in
smaadzaken: complex of eenvoudig?**

S. Smet en J. Montero Regules

Annotatie

**Ćwik t. Polen (EHRM, 31454/10) – Bewijsuitsluiting na schending art. 3 EVRM,
in het bijzonder bij onrechtmatigheid door andere burgers**

D.A.G. van Toor

ANNOTATIE

OOO *Regnum t. Rusland* (EHRM, nr. 31454/10) – Belangenafweging in smaadzaken: complex of eenvoudig?

S. Smet en J. Montero Regules

1. Net als in eerdere zaken blijft het EHRM in *OOO Regnum* onduidelijk over de uitbreiding van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen.[1] Daarnaast ontstaat in het besproken arrest een boeiende discussie tussen de meerderheid en rechter Serghides over de invulling van de belangenafweging in smaadzaken. Beide aspecten van het arrest worden achtereenvolgens besproken.

Een verdragsrecht op reputatie voor rechtspersonen?

2. Sinds *Pfeifer t. Oostenrijk* (2007) erkent het EHRM uitdrukkelijk dat het recht op privéleven, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM, een verdragsrecht op reputatie omvat voor individuen.[2] In latere rechtspraak heeft het Hof evenwel een drempelvereiste ingevoegd: opdat artikel 8 EVRM effectief van toepassing zou zijn in een smaadzaak dient een aanval op iemands reputatie een zekere graad van ernst te vertonen en met name schade te berokkenen aan het persoonlijk genot van het recht op privéleven.[3] Dit veronderstelt, volgens vaste rechtspraak, dat de morele en persoonlijke integriteit van de verzoeker is geschonden.[4]

3. Hoewel het Hof doorgaans nalaat te verduidelijken *wanneer* smaad aanleiding geeft tot een schending van iemands persoonlijke en morele integriteit, blijkt uit de rechtspraak dat het verdragsrecht op reputatie in beginsel enkel toekomt aan individuen en niet aan rechtspersonen. Van rechtspersonen kan immers bezwaarlijk worden gesteld dat zij een ‘persoonlijk genot’ van verdragsrechten kunnen hebben, noch dat hun ‘morele en persoonlijke integriteit’ geschonden kan worden door (beweerde) smaad. Rechtspersonen kunnen uiteraard wel een *belang* hebben in het vrijwaren van hun reputatie, en desgevallend een recht op reputatie onder nationale wetgeving, maar onder de huidige rechtspraak van het EHRM hebben zij geen *verdragsrecht* op reputatie. Nochtans lijkt het Hof in recente arresten een opening te laten voor de uitbreiding van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen.[5] *OOO Regnum* kadert in deze (mogelijke) evolutie in de rechtspraak.

4. Een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van het verdragsrecht op reputatie is van wezenlijk belang, in minstens drie opzichten. Vooreerst zou de erkenning van een verdragsrecht op reputatie voor rechtspersonen afwijken van de huidige invulling van het recht op privéleven, waarbij het Hof menselijke waarden zoals individuele waardigheid en persoonlijke identiteit als centrale interpretatieve beginselen hanteert. Bovendien zouden Verdragstaten een positieve verplichting hebben onder artikel 8 EVRM om het recht op reputatie van rechtspersonen te beschermen. Tenslotte zouden rechtspersonen een ontvankelijk verzoekschrift kunnen richten aan het Hof, op grond van een beweerde schending van artikel 8 EVRM, wanneer zij een smaadzaak op nationaal niveau verliezen.[6] Het is bijgevolg in meerdere opzichten van belang dat het EHRM klaarheid schept over de interpretatie van het verdragsrecht op reputatie.

5. In *OOO Regnum* reikt het Hof evenwel geen sluitend antwoord aan op deze vraag. Het Hof hoeft dit ook niet te doen, aangezien de verzoeker net als in eerdere zaken een mediabedrijf is dat op nationaal niveau werd veroordeeld tot het betalen van een (aanzienlijke) schadevergoeding wegens smaad. De verzoeker beklaagt zich bijgevolg in Straatsburg over een schending van diens vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM. Niettemin komt de vraag naar de invulling van het recht op reputatie onder artikel 8 EVRM onrechtstreeks aan de orde, aangezien het legitieme doel dat nagestreefd wordt met de inperking van de vrijheid van meningsuiting *in casu* de rechten en vrijheden van anderen betreft, meer bepaald de reputatie van een producent van appelsap.

6. In zijn arrest bevestigt het EHRM, met verwijzing naar vaste rechtspraak, dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen het belang in reputatie van een rechtspersoon en de reputatie van een individu, in de zin dat smaad schade kan berokkenen aan de waardigheid van individuen terwijl deze 'morele dimensie' ontbreekt bij rechtspersonen.[7] Zoals Merel Vrancken heeft aangegeven, zou het 'in lijn liggen met de geest van de aangehaalde rechtspraak indien het Hof [bijgevolg] de reputatie van bedrijven zou weren uit de bescherming van art. 8 EVRM'. [8] Net als in een andere recente zaak, geeft het Hof in *OOO Regnum* echter een ambivalente invulling aan het (verdrags)recht op reputatie.[9]

7. Enerzijds spreekt het Hof herhaaldelijk over een 'belang' in reputatie van de betrokken onderneming.[10] Bovendien vermeldt het Hof enkele beginselen onder het recht op vrijheid van meningsuiting die doen vermoeden dat het Hof principiële voorrang verleent aan dit verdragsrecht over het legitieme doel (bescherming van de reputatie van de onderneming) ingeroepen ter rechtvaardiging van de beperking ervan. Zo bevestigt het Hof dat onder het tweede lid van artikel 10 EVRM weinig ruimte bestaat voor de inperking van de vrije meningsuiting inzake kwesties van algemeen belang. Het Hof verwijst hiervoor overigens naar een 'klassieke' zaak (*Morice t. Frankrijk*) waarbij geen afweging plaatsvindt tussen artikel 10 en

artikel 8 EVRM.[11]

8. Anderzijds, en dit lijkt doorslaggevend, oordeelt het Hof dat *in casu* toch een belangenafweging dient plaats te vinden tussen botsende verdragsrechten die gelijkwaardige bescherming genieten onder het EVRM.[12] Het Hof formuleert vervolgens een variatie op de criteria die het doorgaans toepast bij deze belangenafweging: 'the following criteria are relevant in the assessment of the necessity of an interference where the right to freedom of the media is to be weighed against the competing right to reputation of a commercial company: the subject matter of the impugned publications, that is, whether they concerned a matter of public interest; the content, form and consequences of the publications; the way in which the information was obtained and its veracity; and the gravity of the penalty imposed on the media outlet or journalists.'[13]

Bovendien stelt rechter Serghides in zijn *concurring opinion* uitdrukkelijk dat onderhavige zaak een conflict omvat tussen de vrijheid van meningsuiting van de verzoeker onder artikel 10 EVRM en het recht op reputatie van de onderneming onder artikel 8 EVRM. Uiteindelijk lijkt het Hof met het besproken arrest bijgevolg een nieuwe stap te nemen richting uitbreiding van het toepassingsgebied van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen. Evenwel blijft het wachten op een artikel 8-zaak waarin het Hof in de gelegenheid – dan wel verplichting – wordt gesteld om formeel en finaal klaarheid te brengen.

De belangenafweging tussen botsende verdragsrechten: complex of eenvoudig?

9. Een tweede belangrijk aspect van het besproken arrest betreft de invulling van de belangenafweging tussen botsende verdragsrechten in smaadzaken. Sinds het Grote Kamer-arrest *Axel Springer AG t. Duitsland* (2012) structureert het EHRM deze belangenafweging rond een relatief complex geheel van criteria.[14] In zijn *concurring opinion* onder *OOO Regnum* stelt rechter Serghides evenwel dat een eenvoudigere – en in zijn opvatting meer adequate – test is aangewezen.[15]

10. Tegenover de lijst van criteria waarop de belangenafweging momenteel is gebaseerd, plaatst rechter Serghides een 'damage-centred' of 'victim-focused' methodologie. Met verwijzing naar zijn *dissenting opinion* in een eerdere zaak[16] en de relevante rechtsleer,[17] stelt hij dat in het kader van de belangenafweging een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de schade die aan elk van de betrokken verdragsrechten (potentieel) wordt berokkend. Dit veronderstelt dat niet enkel rekening wordt gehouden met de *effectieve* schade geleden door het verdragsrecht dat door de verzoeker wordt ingeroepen, maar tevens met de *potentiële* schade die aan het botsende verdragsrecht zou worden berokkend in het hypothetische scenario waaronder de verzoeker op nationaal niveau zijn gelijk haalde. Volgens rechter

Serghides laat de meerderheid na om beide verdragsrechten in onderhavige zaak effectief tegen elkaar af te wegen, aangezien de meerderheid nalaat de schade aan beide verdragsrechten te bepalen.

11. De alternatieve test voorgesteld door rechter Serghides houdt in dat, eens de omvang van de schade voor beide verdragsrechten is vastgesteld, voorrang dient te worden gegeven aan het verdragsrecht dat (potentieel) de grootste impact ondervindt. Rechter Serghides beweert bovendien dat botsingen tussen verdragsrechten in de meeste gevallen eenvoudig kunnen worden opgelost, aangezien doorgaans enkel bij één van beide verdragsrechten de kern of essentie van het recht zal zijn aangetast. Bijgevolg vereisen het beginsel van de effectiviteit van mensenrechten en het proportionaliteitsbeginsel dat voorrang wordt gegeven aan dit verdragsrecht in de belangenafweging. Hoewel rechter Serghides kan worden bijgetreden in zijn stelling dat een accurate en overtuigende belangenafweging veronderstelt dat rekening wordt gehouden met de (potentiële) impact op *beide* verdragsrechten, kunnen niettemin enkele bedenkingen worden gemaakt bij zijn benadering.[18]

12. Ten eerste veronderstelt de ‘*damage-centred*’-test van rechter Serghides dat het EHRM in staat is te bepalen wat tot de kern of essentie van elk verdragsrecht behoort. Hoewel het vraagstuk van de kern van grondrechten recent hernieuwde aandacht geniet, inclusief van de huidige president van het Hof van Justitie van de Europese Unie,[19] is eerdere rechtsleer tot het besluit gekomen dat de identificatie van een absolute kern van *alle* grondrechten allicht een onmogelijke opdracht is en/of dat de kern van een grondrecht datgene is wat overblijft *nadat* de proportionaliteitstoets is toegepast.[20] Beide vaststellingen leiden tot de conclusie dat de absolute kernbenadering op zich geen nuttige leidraad biedt, en zeker niet doorslaggevend kan zijn, bij de belangenafweging. In het eerste geval omdat de kern van een grondrecht niet noodzakelijk kan worden geïdentificeerd, in het tweede geval omdat dergelijke identificatie volgt uit de belangenafweging en er dus niet de grondslag voor kan vormen.

13. De beoordeling door rechter Serghides van het conflict in onderhavige zaak bevestigt het probleem van de absolute kernbenadering in zekere zin. Hij stelt namelijk dat ‘to prevent a right from being exercised and from fulfilling its object and main purpose would affect its very core or essence’ en besluit vervolgens dat *in casu* enkel de kern van de vrijheid van meningsuiting is aangetast, aangezien het voornaamste doel van de verzoeker erin bestond om het publiek te informeren over een kwestie van algemeen belang.[21] Hoewel de nadruk op ondermijning van het voornaamste doel van de uitoefening van een verdragsrecht een interessante invalshoek is, mag niet zonder meer worden verondersteld dat het doel van ieder verdragsrecht in abstracte termen kan worden bepaald. Bovendien lijkt het zo dat, indien de stelling van rechter Serghides wordt gevolgd, de gehele belangenafweging in onder meer

smaadzaken en privacy-zaken gereduceerd kan worden tot één enkel criterium: de vraag of de geuite mening een bijdrage levert aan een publiek debat. Nochtans lijken ook andere criteria die momenteel door het Hof in rekening worden genomen van onmiddellijk belang, waaronder de waarachtigheid van de beweringen, de wijze waarop ze worden geformuleerd en de aard van de tegenpartij (bv. politicus of privaat persoon). Met andere woorden, de test van rechter Serghides dreigt in de praktijk te eng te worden.

14. Ten tweede lijkt de benadering van rechter Serghides ook in andere opzichten te reductionistisch. Zo stelt hij dat het belang van het publiek om geïnformeerd te worden over kwesties van algemeen belang niet in rekening mag worden genomen in de belangenafweging, aangezien dergelijke afweging steeds beperkt dient te blijven tot twee botsende verdragsrechten en niet kan worden uitgebreid tot drie rechten. Nochtans zijn er goede redenen om in de belangenafweging rekening te houden met *andere* factoren dan de verdragsrechten die onmiddellijk in conflict treden met elkaar, waaronder het algemeen belang (bijvoorbeeld inzake het informeren van het publiek over kwesties van algemeen belang) en de verdragsrechten van derde partijen (bijvoorbeeld de rechten van het kind in zaken rond contactrechten of adoptie).[22]

15. Tenslotte lijkt de substantieve test van rechter Serghides op gespannen voet te staan met de procedurele benadering die het EHRM reeds enige tijd hanteert in zaken waarin verdragsrechten met elkaar in conflict treden.[23] Daarbij laat het Hof doorgaans een ruime appreciatiemarge aan de Verdragstaten om de belangenafweging te maken. Bijgevolg zijn zwaarwichtige redenen vereist alvorens het Hof zich in de plaats zal stellen van de nationale autoriteiten en de belangenafweging zelf opnieuw zal maken. De test die rechter Serghides voorstaat lijkt evenwel een meer ingrijpende substantieve benadering door het EHRM te vereisen. Er kan bijgevolg verondersteld worden dat, hoewel rechter Serghides een aantal pertinente punten aanhaalt, zijn alternatieve test niet onmiddellijk de plaats zal innemen van de toets die het Hof momenteel hanteert in smaadzaken.

S. Smet, docent staatsrecht, Universiteit Hasselt

J. Montero Regules, doctoraatsbursaal, Universiteit Hasselt

[1] Zie tevens *Firma EDV fur Sie, Efs Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH t. Duitsland*, EHRM 2 september 2014 (ontv.), nr. 32783/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0902DECoo3278308; *Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië*, EHRM 30 juni 2020, nr. 21768/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUDoo2352412, *EHRC Updates* 2020-15 m.nt. Vrancken.

- [2] *Pfeifer t. Oostenrijk*, par. 35, EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03, ECLI:CE:ECHR:2007:1115JUD001255603, «EHRC» 2008/6 m.nt. Gerards.
- [3] *OOO Regnum*, par. 62. Zie tevens *A. t. Noorwegen*, EHRM 9 april 2009, nr. 28070/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD002807006, par. 64, «EHRC» 2009/73, *NJ* 2011, 331 m.nt. Dommering, *NJB* 2009, 1145, *RvdW* 2009, 1197; *Denisov t. Ukraine*, par. 112, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245 m.nt. Gerards.
- [4] *Polanco Torres en Movilla Polanco t. Spanje*, par. EHRM 21 september 2010, nr. 34147/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD003414706, par. 40, «EHRC» 2010/125.
- [5] Zie tevens *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald.
- [6] Momenteel worden dergelijke verzoekschriften onontvankelijk verklaard. Zie bijvoorbeeld *Firma EDV fur Sie, Efs Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH t. Duitsland*, EHRM 2 september 2014 (ontv.), nr. 32783/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0902DEC003278308.
- [7] *OOO Regnum*, par. 66. Zie tevens *Uj t. Hongarije*, par. EHRM 19 juli 2011, nr. 23954/10, ECLI:CE:ECHR:2011:0719JUD002395410, par. 22.
- [8] *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald, m.nt. Vrancken.
- [9] *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald.
- [10] Zie bijvoorbeeld *OOO Regnum*, par. 78-79.
- [11] *OOO Regnum*, par. 59.
- [12] *OOO Regnum*, par. 63 en 67.
- [13] *OOO Regnum*, par. 67. Twee andere criteria die normaal worden toegepast maar allicht omwille van het verschil tussen een individu en rechtspersoon ontbreken, zijn: *the degree of notoriety of the person affected; the prior conduct of the person concerned*.
- [14] *Axel Springer AG t. Duitsland*, EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD003995408, par. 89ff, «EHRC» 2012/71, *NJB* 2012, 894. Zie noot 12 en begeleidende tekst voor de criteria. Zie tevens, in privacy zaken, *Von Hannover t. Duitsland (Nr. 2)*, EHRM (GK) 7 februari 2012, nr. 40660/08 en 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008, par. 108ff, *NJ* 2013, 250 m.nt. Dommering, «EHRC» 2012/72 m.nt. De Lange en Gerards, *NJB* 2012, 895.

- [15] *OOO Regnum, Concurring opinion of Judge Serghides*.
- [16] *Rashkin t. Rusland*, EHRM 7 juli 2020, nr. 69575/10, ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD006957510, *Dissenting opinion of Judge Serghides*.
- [17] Waaronder twee werken van één van de auteurs van deze noot.
- [18] Zie S. Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge, 2017.
- [19] K. Lenaerts, 'Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU', *German Law Journal*, 2019, p. 779-793. Zie tevens de andere bijdragen in het betreffende *special issue* van het tijdschrift.
- [20] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002; G. van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, 2005; Smet, eerder aangehaald. Zie tevens S. Van Drooghenbroeck en C. Rizcallah, 'The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?', *German Law Journal*, 2019, 904-923.
- [21] *OOO Regnum, Concurring opinion of Judge Serghides*, par. 8.
- [22] Zie Smet, eerder aangehaald (Hoofdstuk 6 in het bijzonder).
- [23] Zie onder meer Axel Springer, reeds aangehaald.

RECHTSPRAAK

**AZ, in tegenwoordigheid van: Openbaar Ministerie, YU, ZV,
HvJ 26 november 2020, zaak C 510/19**

Een Nederlandse officier van justitie is geen uitvoerende rechterlijke autoriteit in het kader van uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen omdat hij individuele instructies kan ontvangen van de uitvoerende macht. Een officier moet onafhankelijk kunnen handelen en de procedure moet voldoet aan de vereisten van effectieve rechterlijke bescherming.

Een Leuvense onderzoeksrechter vorderde in 2017 een Europees aanhoudingsbevel (EAB) uit tegen AZ, een Belgisch onderdaan, met het oog op zijn overlevering en strafvervolgning voor valsheid in geschrifte, gebruik van valse stukken en oplichting in België. AZ werd aangehouden in Nederland en overgeleverd bij beslissing van de rechtbank Amsterdam. In januari 2018 vaardigde de onderzoeksrechter een aanvullend aanhoudingsbevel uit voor nog andere feiten, waarvoor de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam toestemming verleende. AZ werd vervolgens veroordeeld tot onder meer een hoofdgevangenisstraf van drie jaar, waarna AZ hoger beroep instelde. Het hof van beroep Brussel vraagt of de Nederlandse officier van justitie een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ in de zin van artikel 6, lid 2, van het kaderbesluit 2002/584/JBZ is en de bedoelde toestemming had kunnen geven.

De Grote Kamer verklaart dat het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ net als het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ een autonoom begrip van het Unierecht is. De door het Hof ontwikkelde criteria over ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ kunnen gebruikt worden om het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ inhoud te geven, aangezien beide autoriteiten dezelfde status en aard hebben, hoewel ze elk verschillende taken uitvoeren. Het Hof onderstreept daarbij dat een beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB, net als een beslissing over de uitvaardiging ervan, moet uitgaan van een rechterlijke autoriteit die voldoet aan de vereisten die inherent zijn aan een effectieve rechterlijke bescherming, waaronder de waarborg van onafhankelijkheid. Het Hof is van oordeel dat de tenuitvoerlegging van een EAB

– net zo goed als de uitvaardiging ervan – de vrijheid van de gezochte persoon kan aantasten. Het Hof voegt daaraan toe dat in de procedure voor uitvaardiging van een EAB de grondrechten op twee niveaus worden beschermd, terwijl in de fase van de tenuitvoerlegging ervan de tussenkomst van de uitvoerende rechterlijke autoriteit het enige beschermingsniveau is waarin het kaderbesluit voorziet om ervoor te zorgen dat de gezochte persoon alle garanties krijgt die eigen zijn aan de vaststelling van rechterlijke beslissingen.

Het Hof verklaart dat de toestemming om van de specialiteitsregel af te wijken niet kan worden gegeven door een officier van justitie die weliswaar aan de rechtsbedeling deelneemt, maar in de uitoefening van zijn beslissingsbevoegdheid individuele instructies kan ontvangen van de uitvoerende macht. Voor die toestemming is tussenkomst van een rechterlijke autoriteit vereist. *In casu* betrof het toestemming voor een ander strafbaar feit betreft dan dat welk zijn overlevering heeft gerechtvaardigd, en dus de vrijheid van deze persoon kan aantasten omdat ze tot een zwaardere veroordeling kan leiden. In deze zaak wijst het Hof erop dat volgens het Nederlandse recht de beslissing om het EAB uit te voeren finaal aan een rechtbank toekomt, terwijl de beslissing om toestemming te verlenen uitsluitend door de officier van justitie wordt genomen. Deze laatste kan echter individuele instructies krijgen van de Nederlandse minister van Justitie en is dus geen ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:953

Zaaknummer: C 510/19

Wetsartikelen: VEU art. 6 en Kb. 2002/584/JBZ

RECHTSPRAAK

**B. en C. t. Zwitserland, EHRM 17 november 2020, nrs.
43987/16 en 889/19**

Een Gambiaanse man is sinds 2008 in Zwitserland en heeft in 2014 een geregistreerd partnerschap gesloten met een Zwitserse man. Een door de Zwitserse man ingediend verzoek om gezinshereniging wordt afgewezen en de Gambiaanse man dreigt te worden uitgezet. Volgens het Hof hebben de nationale rechters niet alle risico's voor de veiligheid van de Gambiaanse man voldoende meegenomen in hun beoordeling; uitzetting zal in strijd zijn met art. 3 EVRM als dat alsnog gebeurt. Het Hof besluit de klacht over art. 8 EVRM (respect voor het gezinsleven) niet te behandelen omdat de Zwitserse partner inmiddels is overleden.

Klager is afkomstig uit Gambia; sinds 2008 is hij in Zwitserland. Daar heeft hij een aantal strafbare feiten begaan en heeft hij een tijd doorgebracht in de gevangenis. Zijn asielclaim is afgewezen omdat de autoriteiten zijn beweringen over eerdere mishandelingen in Gambia niet geloofwaardig vonden. Sinds 2014 heeft hij een geregistreerd partnerschap met tweede klager, een Zwitsers staatsburger, met wie hij samenwoont tot aan diens dood in december 2019. Nadat de twee het geregistreerde partnerschap zijn aangegaan, heeft tweede klager een verzoek om gezinshereniging ingediend voor klager, maar dit verzoek werd afgewezen. Ook werd het verzoek geweigerd om de uitkomst van de procedure hierover in Zwitserland af te wachten. Klager heeft nog gesteld dat terugkeer naar Gambia gevaarlijk zou kunnen zijn vanwege zijn homoseksualiteit, maar de nationale rechter heeft aangenomen dat dat risico verwaarloosbaar zou zijn omdat de autoriteiten niet op de hoogte hoefden te worden gesteld van de seksuele geaardheid.

Het Hof heeft de zaak van tweede klager van de rol geschrapt vanwege diens overlijden. De eerste klager heeft gesteld dat zijn terugkeer naar Gambia hem zou blootstellen aan een reëel risico van schending van art. 3 EVRM vanwege zijn seksuele geaardheid. Het Hof overweegt

dat er in Gambia zeker een kans bestaat dat ontdekt wordt dat klager homoseksueel is. Wel neemt het Hof aan dat de nationale autoriteiten op goede gronden hebben aangenomen dat klager voor zijn komst naar Zwitserland niet vervolgd is vanwege zijn seksuele oriëntatie. Het Hof ziet ook geen bijzonder risico voor mishandeling door de staat, al is er een kans dat er geweld wordt uitgeoefend door 'rogue officers' en derde partijen. De kans dat daartegen bescherming wordt geboden door de staat acht het Hof op basis van de beschikbare informatie erg klein. Het Hof is van oordeel dat dergelijke risico's op nationaal niveau niet voldoende zijn meegenomen in de beoordeling en bepaalt dat uitzetting zonder herbeoordeling op dit punt in strijd zou komen met art. 3 EVRM.

Klager heeft verder gesteld dat zijn recht op respect voor het gezinsleven (art. 8 EVRM) door de uitzetting zou worden aangetast. Wel heeft hij daarbij erkend dat de kwestie van respect voor zijn relatie met tweede klager vanwege diens overlijden niet meer relevant is. Zeker nu hij de uitkomst van de procedure bij het EHRM in Zwitserland heeft kunnen afwachten en het Hof ook al een schending heeft vastgesteld van art. 3 EVRM, ziet het Hof nu geen reden meer om inhoudelijk in te gaan op de klacht over art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD000088919

Zaaknummer: 43987/16 en 889/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Barbotin t. Frankrijk, EHRM 19 november 2020, nr. 25338/16

Klager zat in slechte omstandigheden in voorarrest. Op zijn verzoek heeft de rechter een deskundige benoemd om die omstandigheden te beoordelen. Uiteindelijk werd in hoger beroep geoordeeld dat de kosten (775 euro) daarvoor niet hadden hoeven worden gemaakt. In een parallelle procedure had klager gevraagd om compensatie voor de slechte omstandigheden. Dit compensatieverzoek werd gehonoreerd, maar van het toegekende compensatiebedrag van 500 euro werden de 775 euro van het deskundigenrapport afgetrokken. Het EHRM oordeelt dat daardoor afbreuk is gedaan aan de effectiviteit van het compensatiesysteem, in strijd met art. 13 jo. 3 EVRM.

Klager heeft geruime tijd doorgebracht in voorarrest, in zes verschillende cellen. In 2010 heeft hij verzocht om een expert aan te wijzen om de staat van de cellen te beoordelen; dit verzoek is gehonoreerd en dat resulteerde in een rapport waaruit bleek dat de zesde cel waarin klager had gezeten van slechte kwaliteit was geweest. De kosten van dit rapport werden berekend op bijna 775 euro. De staat zou dit moeten betalen, maar deze procedeerde daarover in eerste instantie en in hoger beroep bij de nationale rechter dat het expertrapport onnodig was geweest. Los hiervan procedeerde klager over de kwaliteit van de detentieomstandigheden en verzocht hij om compensatie. De nationale rechter oordeelde dat er inderdaad sprake was van mensonwaardige omstandigheden gedurende een periode van vier maanden, en kende daarom een schadevergoeding toe van 500 euro; het bedrag van 775 euro voor het expertrapport werd daarmee vervolgens verrekend, waardoor klager de staat uiteindelijk zo'n 275 euro verschuldigd was.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het schadevergoedingsbedrag maakte dat hij geen effectieve rechtsbescherming had genoten in het licht van art. 3 jo. 13 EVRM. Het EHRM overweegt dat op zichzelf wel sprake is geweest van een erkenning op nationaal niveau van de schending van de rechten van klager door de gevangenisomstandigheden en dat daarvoor ook een vergoeding is toegekend; daarbij zijn de criteria meegenomen die het EHRM ook in zijn

eigen rechtspraak heeft vastgesteld. Het Hof merkt echter ook op dat daarmee de kosten van het expertrapport zijn verrekend en dat het bedrag van de vergoeding toch al erg laag was. Weliswaar toont het Hof zich ervan bewust dat deze zaak speelde op een moment dat er oplossingen werden gezocht voor een groot aantal gevallen van schade door slechte gevangenisomstandigheden, maar het is toch van oordeel dat de uitkomst van de procedure heeft gemaakt dat het beschikbare rechtsmiddel voor klager niet effectief was. Schending art. 13 jo. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002533816

Zaaknummer: 25338/16

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

**Bardali t. Zwitserland, EHRM 24 november 2020, nr.
31623/17**

Gedurende een periode van in totaal 98 dagen heeft klager gevangen gezeten in een cel van 10 m² die hij deelde met twee andere gevangenen. Hoewel hij daardoor erg weinig persoonlijke ruimte had, ziet het EHRM hierin geen schending van art. 3 EVRM. De reden daarvoor is dat klager wel toegang had tot goede sanitaire voorzieningen en dat de kwaliteit van licht, lucht, voedsel en drinkwater goed waren. Ook had klager verschillende mogelijkheden om zijn cel regelmatig te verlaten, bijvoorbeeld voor keukendiensten, bezoek of sport.

Klager werd na veroordeling wegens onder meer mishandeling in de gevangenis gezet. Uit protest tegen zijn veroordeling ging hij in honger- en dorststaking en hij deed een zelfmoordpoging. Daarop werd hij in een ziekenhuis behandeld en vervolgens werd hij overgebracht naar een psychiatrische afdeling van de Champ-Dollon-gevangenis. In die gevangenis zat hij naar klagers zeggen gedurende 98 dagen samen met twee gevangenen opgesloten op een cel van 10 m², hetgeen betekende dat hij zelf 3,39 m² ter beschikking had. Niettemin oordeelde de nationale rechter dat de omstandigheden niet zodanig waren geweest dat de menselijke waardigheid was aangetast.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 3 EVRM door de gevangenisomstandigheden was aangetast. Het Hof overweegt dat klager gedurende de relevante periode minder ruimte heeft gehad dan de 4 m² die volgens het CPT nodig zijn, maar ook dat er verschillende andere overwegingen zijn die moeten worden meegenomen bij de beoordeling van de gevangenisomstandigheden in het licht van art. 3 EVRM. De omstandigheden tijdens de rest van de detentie, met uitzondering van de genoemde periode, waren goed. Ook is niet gebleken dat de sanitaire voorzieningen en de toegang tot licht, lucht, voedsel en water slecht waren. Uit het dossier blijkt bovendien dat hij een keer per week in de open lucht kon zijn en een keer per week kon sporten. De regering heeft ook nog op andere activiteiten buiten de cel gewezen,

zoals de keukendienst die klager gedurende een periode van een half jaar bijna drie uur per dag uit zijn cel hield, en op de mogelijkheid om iedere twee weken op vrijdag de cel te verlaten voor het vrijdaggebed. Klager heeft weliswaar op andere problemen gewezen, maar hij heeft die niet aan de nationale rechter voorgelegd; het Hof kan deze problemen daardoor niet in zijn beoordeling meenemen. Tot slot overweegt het Hof dat klager in verband met zijn hongerstaking goede medische zorg heeft gekregen en daarna ook psychiatrische hulp heeft ontvangen. Gelet daarop is art. 3 EVRM in deze zaak niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD003162317

Zaaknummer: 31623/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Dupate t. Letland, EHRM 19 november 2020, nr. 18068/11

Van de partner van een bekende Let zijn heimelijk foto's gemaakt toen ze met hun tweede, pasgeboren kindje van het ziekenhuis naar haar auto liep. Die zijn in een groot stuk over haar en haar partner in een roddelblad gepubliceerd. Een procedure over de daardoor veroorzaakte privacy-inbreuk was op nationaal niveau niet succesvol. Het EHRM loopt alle verschillende criteria na die het heeft ontwikkeld voor botsingen tussen art. 8 en 10 EVRM, en concludeert dat de nationale rechter op onterechte gronden heeft aangenomen dat het privéleven niet te zeer was aangetast. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Klaagsters partner was ten tijde van de relevante feiten leider van een politieke partij en hij was het gezicht van een advertentiecampaigned voor een tijdschrift waarin veel aandacht werd besteed aan beroemdheden. Eerder was hij directeur geweest van een staatsbedrijf. In 2003 publiceerde het tijdschrift een artikel over de eindigen van het eerste huwelijk van klaagsters partner, waarbij ook foto's van klaagster waren opgenomen en waarin melding werd gemaakt van de zwangerschap van haar eerste kind. In 2004 werd in hetzelfde tijdschrift een stuk gepubliceerd waarin de geboorte van het tweede kind van klaagster werd gemeld, waarbij ook heimelijk genomen foto's stonden van haar met de baby. Daarop heeft zij een procedure gestart wegens inbreuken op haar privéleven. Aanvankelijk werd deze zaak beslist in haar voordeel. Daarop publiceerde het tijdschrift in 2007 het tweede artikel met de foto's opnieuw, met als commentaar dat men het niet eens was met de uitspraak. Daarna besliste de rechter in hoger beroep in klaagsters nadeel, onder meer rekening houdend met klaagsters status als partner van een bekende Let en met het feit dat de foto's in een publieke ruimte waren genomen.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de afwijzing van haar beroep door de nationale rechter in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof merkt op dat de nationale rechter heeft geoordeeld dat het maken van foto's in een publieke ruimte zonder toestemming van de betrokkene geen inbreuk maakt op het privéleven. Dat oordeel vindt geen steun in de

rechtspraak van het EHRM. In het onderhavige geval werd klaagster specifiek met haar baby gefotografeerd toen ze van het ziekenhuis naar haar auto liep; dit soort exposure ging verder dan een normale waarneming van een voorbijganger, en moet worden geacht inbreuk te maken op art. 8 EVRM. Ten aanzien van de afweging die in dit geval moet worden gemaakt tussen art. 8 EVRM en de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM overweegt het Hof dat de intieme aard van informatie kan maken dat er geen algemeen belang is bij de verspreiding daarvan, net als wanneer een stuk alleen bedoeld is voor nieuwsgierigheidsbevrediging. Geboorte van een kind valt volgens eerdere rechtspraak niettemin wel in de publieke sfeer. Het onderhavige artikel betrof echter volgens het Hof ook intieme privédetails over het leven van klaagster en haar partner, waarbij geen algemeen belang is aangetoond dat gediend zou zijn met informatievoorziening daarover. Voor zover de gebeurtenissen in 2003 al relevant zouden kunnen zijn geweest voor een groter publiek, waren ze dat in 2004 niet meer. Het geven van kennis van de geboorte acht het Hof van minder groot belang dan aanwezig is bij andere publieke en vooral politieke gebeurtenissen. Het Hof overweegt verder dat klaagster zelf wel enige bekendheid had vanwege haar partner, maar ook dat de publicatie verder ging dan wat die bekendheid rechtvaardigde. Het Hof overweegt verder dat de geboorte van een kind een uniek en delicaat moment is in een vrouwenleven, waarvan het thuisbrengen van het kind deel uitmaakt; daarmee moet rekening worden gehouden bij het beoordelen van de publicatie. In dit geval werd met het publiceren van de foto's geen bijdrage geleverd aan de geloofwaardigheid van de berichten over de geboorte; de foto's betroffen bovendien echt een privésituatie. Evenmin was er in dit geval eerder eigen gedrag van klaagster dat maakte dat zij extra inbreuken op haar privéleven zou moeten tolereren, zeker nu de eerdere publicaties over haar privéleven al van een jaar eerder dateerden. De foto's zelf waren op zichzelf niet vernederend of benadelend, maar dat acht het Hof minder relevant als het gaat om het privékarakter ervan. Belangrijker is dat de foto's heimelijk werden genomen; dat de nationale autoriteiten hebben gesteld dat klaagster niet systematisch werd gevolgd is daarbij niet van belang. Op basis van al deze overwegingen stelt het Hof vast dat art. 8 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD001806811

Zaaknummer: 18068/11

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Efstratiou e.a. t. Griekenland, EHRM 19 november 2020, nr. 53221/14

In een procedure in hoger beroep is geweigerd om een productie in aanmerking te nemen die in eerste aanleg wel was ingebracht, maar waarnaar in appel niet op de voorgeschreven specifieke, duidelijke en precieze wijze was verwezen. Het EHRM acht de toepassing van deze regel in deze zaak niet overmatig formalistisch. Daarbij neemt het ook in acht dat het ging om een getuigenverklaring waarvan de inhoud overeenkwam met een op de zitting in eerste aanleg afgelegde en wel in appel in aanmerking genomen verklaring van een andere getuige. Geen schending van art. 6 lid 1 EVRM.

De zaak betrof een bankrekening die gedurende het leven van eerste klaagster onder beheer stond van haar moeder. Moeder werd, samen met haar echtgenoot en kinderen, aangesproken door de kinderen van moeders overleden broer (twee nichtjes) omdat zij van die rekening schenkingen boven haar aandeel van 25 % zou hebben gedaan. Volgens de nichtjes ging het om een gezamenlijke rekening die voor 25 % toekwam aan hun overleden vader. Aanvankelijk werd geoordeeld in het voordeel van klagers, maar dit oordeel werd in hoger beroep opzijgezet. Daarop stelden klagers cassatie in, waarbij zij onder meer stelden dat de rechter in hoger beroep een bewijsstuk niet had meegenomen dat wel voorlag bij de rechter in eerste aanleg; de reden daarvoor was dat naar dit bewijsstuk volgens het beroepshof niet conform de wettelijke procedureregeling was verwezen. Nu het ging om een volgens klagers bepalend bewijsstuk, had dit volgens hen toch moeten worden betrokken in de beoordeling. Het cassatiehof wees deze stelling van klagers van de hand.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hierdoor inbreuk is gemaakt op hun recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Het Hof aanvaardt als legitiem het doel van de procedureregeling dat de rechter in hoger beroep niet zelf op zoek hoeft te gaan naar bewijsmateriaal dat in eerste aanleg is overgelegd. Daarbij is het volgens de rechtspraak van het Griekse cassatiehof

onvoldoende dat de producties die in eerste aanleg naar voren zijn gebracht worden aangehecht aan de stukken in hoger beroep. Het is verplicht om de producties in een enkel document te presenteren, waarbij er op een specifieke, duidelijke en precieze manier naar wordt verwezen, en niet indirect met een enkele verwijzing. In het onderhavige geval was niet aan deze regel voldaan en was de verwijzing ernaar niet specifiek, duidelijk en precies. Het Hof acht de toepassing van de regel in dit geval niet overmatig formalistisch; het beroepshof paste slechts de procedureregels toe, die voor de klagers kenbaar moeten zijn geweest, terwijl zij werden bijgestaan door een gespecialiseerde advocaat. Daarnaast ging het om een getuigenverklaring waarvan de inhoud overeenkwam met een op de zitting in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaring, welke verklaring het beroepshof in acht had genomen. Het Hof ziet in deze zaak dan ook geen schending van art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD005322114

Zaaknummer: 53221/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

Kurban t. Turkije, EHRM 24 november 2020, nr. 75414/10

In 2007 diende klager een succesvolle tender in voor een bouwproject van een overheidsorgaan. Het contract werd gesloten, klager betaalde een waarborgsom en de uitvoering van het project ging van start. Later bleek dat klager op dat moment werd vervolgd vanwege een overtreding bij een eerdere aanbestedingsprocedure, maar noch het bestuursorgaan, noch klager waren daarvan op de hoogte. Het contract werd nietig verklaard en klager kreeg de waarborgsom niet terug. Het Hof oordeelt dat deze gevolgen – hoewel voorzien bij wet – in het licht van de omstandigheden een excessieve last opleverden, in strijd met art. 1 EP EVRM.

Klager werd in 2006 ondervraagd in verband met manipulatie bij het sluiten van een aanbestedingscontract. Hij werd daarbij ook in staat van beschuldiging gesteld, maar volgens klager was hij daar niet van op de hoogte. Later in 2006 bracht klager een succesvolle tender uit voor een bouwproject voor de overheid, waarbij hij en zijn partner ook een waarborgsom van 6% van de contractwaarde betaalden. In 2007 ontving het aanbestedende bestuursorgaan het bericht dat mensen die werden vervolgd in verband met aanbestedingsgerelateerde overtredingen niet meer aan openbare aanbestedingsprocedures mochten deelnemen. Toen het bestuursorgaan kennis kreeg van de vervolging van klager, verklaarde het het contract nietig, waarbij het weigerde om de betaalde waarborgsom terug te betalen. Klager heeft die beslissing op nationaal niveau aangevochten bij de rechter, maar daarbij is hij niet in het gelijk gesteld.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat de nietigverklaring van het contract en het niet terugbetalen van de waarborgsom in strijd waren met de onschuldpresumptie, zoals beschermd door art. 6 lid 2 EVRM. Het Hof overweegt dat de beoordeling van de nationale rechter in dit geval niet verder is gegaan dan vast te stellen dat klager in staat van beschuldiging was gesteld in verband met een aanbestedingsgerelateerde overtreding op het moment waarop hij een tender indiende voor een nieuw project. In de uitspraak ziet het Hof

geen enkele indicatie waaruit zou blijken dat de rechter hem schuldig zou achten. Art. 6 lid 2 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager heeft daarnaast gesteld dat de nietigverklaring en het niet terugbetalen van de waarborgsom in strijd waren met het in art. 1 EP EVRM neergelegde eigendomsrecht. Om deze zaak te kunnen beoordelen, moet het Hof allereerst nagaan of er in dit geval wel sprake was van eigendom. Het Hof stelt vast dat het contract in deze zaak al was gesloten en dat ook de waarborgsom was betaald; ook waren klager en zijn partner al met de uitvoering van de werkzaamheden begonnen. Bovendien waren op het moment van sluiting van het contract noch het overheidsorgaan, noch klager op de hoogte van de strafvervolging. Het Hof is daarom van oordeel dat het contract zelf een ‘asset’ was in de zin van art. 1 EP EVRM. De latere nietigverklaring van het contract doet daaraan niet af. Klager kon in deze omstandigheden dan ook op zijn minst een legitieme verwachting hebben van uitvoering van de overeenkomst en uiteindelijk van terugbetaling van de waarborgsom. Het Hof overweegt verder dat het in dit geval gaat om een situatie die niet volledig privaatrechtelijk van aard is; het contract zelf was dat wel, maar de nietigverklaring kwam rechtstreeks voort uit de toepassing van een bindende bepaling van nationaal recht. Het geschil kwam in het onderhavige geval dan ook vooral voort uit de vervolging van klager voor een aanbestedingsgerelateerde overtreding. Dit betekent dat de kwestie volledig binnen het toepassingsbereik van art. 1 EP EVRM valt en dat het Hof zich ook niet hoeft te beperken tot beantwoording van de vraag of de nationale uitspraak in deze zaak willekeurig of anderszins kennelijk onredelijk was.

Waar het gaat om de vraag of deze inbreuk op het eigendomsrecht gerechtvaardigd is, wijst het Hof op het belang van de *rule of law* en het vereiste van legaliteit. Dat omvat ook het beginsel van rechtszekerheid. In het onderhavige geval was een dergelijke voldoende voorzienbare wettelijke basis aanwezig. Ten aanzien van de noodzakelijkheid wijst het Hof op de ruime *margin of appreciation* die staten toekomt bij kwesties rondom openbare aanbestedingen en de selectie van kandidaten die mogelijk onregelmatig gedrag vertonen; daarbij wijst het ook op de ruimte die de EU-aanbestedingsrichtlijn op dit punt biedt. Wel wijst ook die richtlijn op de noodzaak om bij misdragingen het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen. Ook mag het individu geen excessieve last te dragen krijgen als een bestuursorgaan een eerder in de procedure gemaakte fout beoogt te herstellen. Het Hof merkt op dat de nationale wetgeving in het onderhavige geval geen enkele ruimte laat aan de aanbestedende autoriteiten om een proportionaliteitsbeoordeling uit te voeren. Daarom besluit het Hof om dit zelf te doen. Het Hof merkt daarbij op dat al toen klager de tender uitbracht, bekend had moeten zijn dat hij niet als kandidaat had mogen worden toegelaten vanwege de strafvervolging. De vervolgende autoriteiten hebben echter grote steken laten vallen bij het informeren van het bestuursorgaan, waardoor zij cruciale informatie pas veel te laat kregen. Daarnaast was ook

klager zelf niet op de hoogte van de strafvervolgning, ook al bestond er tevens daar een verplichting om hem daarover te informeren. Klager kan het daarom niet kwalijk worden genomen dat hij in deze zaak een tender had ingediend. Het Hof is van oordeel dat in die omstandigheden het *ex tunc* ongedaanmaken van de overeenkomst en het achterhouden van de waarborgsom disproportioneel was. Op zijn minst had hier een minder zware maatregel kunnen worden overwogen, zoals het terugstorten van de waarborgsom en een vergoeding van een deel van de al gemaakte kosten bij de uitvoering van het contract. Art. 1 EP EVRM is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD007541410

Zaaknummer: 75414/10

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 2 en EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Klaus Müller t. Duitsland, EHRM 19 november 2020, nr. 24173/18

Een advocaat heeft in het verleden een aantal bedrijven bijgestaan. Als een paar jaar later een strafzaak wordt geopend tegen de directeurs van die ondernemingen, wordt klager gevraagd om te getuigen. Zijn beroep op zijn geheimhoudingsplicht als advocaat wordt afgewezen. Art. 8 EVRM is volgens het EHRM van toepassing op alle communicatie tussen advocaat en cliënt. Hoewel het EHRM de inconsistenties in de rechtspraak over het professioneel privilege erkent, is die rechtspraak voor het onderhavige geval voldoende duidelijk. In deze zaak acht het dit privilege niet disproportioneel zwaar aangetast. Geen schending art. 8 EVRM.

Tussen 1996 en 2014 heeft klager als advocaat juridisch advies gegeven aan vier bedrijven die in 2014 failliet zijn gegaan. In 2017 werd een strafzaak geopend tegen de voormalige directeurs van deze ondernemingen. Klager werd daarbij opgeroepen als getuige, maar hij weigerde om een verklaring af te leggen omdat hij naar zijn zeggen nog steeds was gebonden aan de professionele geheimhoudingsplicht ten aanzien van de ondernemingen. De nationale rechter oordeelde aanvankelijk dat hij geen recht had om zich te onthouden van het afleggen van een verklaring en legde een boete op; dit werd in hoger beroep vernietigd. Na terugverwijzing werd klager opnieuw een boete opgelegd vanwege zijn weigering. Ditmaal bleef de boete in hoger beroep in stand. Daarbij merkte de beroepsrechter op dat er sprake was van uiteenlopende rechtspraak over dit onderwerp, maar het oordeelde ook dat het privilege voor de advocaat alleen bestond in de directe relatie tussen een onderneming en haar advocaat, en zich niet uitstreckte tot de situatie van een voormalige directeur.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat dit oordeel in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof merkt op dat de notie van ‘correspondentie’ in art. 8 EVRM breed moet worden uitgelegd en alle uitwisselingen omvat waarin individuen betrokken kunnen zijn met het doel van

communicatie, of dat nu mondeling, via telefoon, schriftelijk of via elektronische middelen gebeurt. Een verplichting om informatie door te geven aan de autoriteiten die in het kader van zo'n uitwisseling tussen advocaat en een cliënt is verkregen, vormt een inbreuk op art. 8 EVRM. In dit geval bestond hiervoor wel een wettelijke grondslag, maar werd die uiteenlopend geïnterpreteerd door verschillende nationale rechters. In het onderhavige geval was het beroepshof zelf echter niet inconsistent en zelfs duidelijk geweest in zijn uitleg van de wetgeving, waardoor hierover voor klager geen rechtsonzekerheid kan zijn ontstaan. Het Hof ziet ook niet dat een eventuele onduidelijkheid of inconsistentie tussen rechters in deze zaak grote consequenties zou kunnen hebben gehad voor klager; zelfs als hij ten onrechte zou zijn verplicht om te getuigen en daarmee feitelijk onrechtmatig zou hebben gehandeld, zou hij in ieder geval altijd nog zonder schuld hebben kunnen handelen omdat hij dat in opdracht van de rechter deed. Het Hof merkt verder op dat de nationale wetgeving tot doel had om het professioneel privilege van advocaten te beschermen door voor een aantal situaties een uitzondering op te nemen op de algemene verplichting om te getuigen. Deze verplichting geldt naar nationaal recht echter niet wanneer de cliënt afstand heeft gedaan van de geheimhoudingsverplichting voor de advocaat. In het onderhavige geval merkt het Hof op dat de nationale rechters er vooral belang aan hechtten dat de individuele directeuren nooit cliënten waren geweest van klager, maar alleen hun ondernemingen als geheel. Het Hof is bovendien van oordeel dat de opgelegde sanctie om niet te willen getuigen niet heel hoog was. Gelet op dit alles stelt het Hof geen schending vast van art. 8 EVRM (zes stemmen tegen één).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002417318

Zaaknummer: 24173/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Project-Trade d.o.o. t. Kroatië, EHRM 19 november 2020,
nr. 1920/14**

Eind jaren '90 werd besloten om een Kroatische bank te herstructureren en alle aandelen terug te roepen en ze op naam te stellen van een bestuursorgaan. Daarover werd in abstracto geprocedeerd, maar deze zaak werd na een wetswijziging beëindigd zonder inhoudelijke beoordeling. Ook een zaak die een aandeelhouder had aangespannen vanwege de geleden schade werd niet inhoudelijk behandeld. Omdat in dit geval op geen enkele manier volwaardige rechterlijke toetsing kon plaatsvinden van het overheidsbesluit, is het EHRM van oordeel dat zowel art. 6 lid 1 als art. 1 EP EVRM zijn geschonden.

Deze zaak gaat over een procedure die een aandeelhouder van een Kroatische bank heeft gevoerd rondom de herstructurering van deze bank in 1999. Daarbij werden alle aandelen van de aandeelhouders teruggeroepen en ongedaan gemaakt door de Kroatische staat. De nieuw uitgevaardigde aandelen stonden allemaal op naam van een overheidsorganisatie. In 1999 en 2000 zijn verschillende procedures gevoerd over de rechtmatigheid van deze beslissingen vanuit de regering; deze procedures zijn in 2003 beëindigd omdat de wetgeving waarop de aanvankelijke beslissingen waren gebaseerd inmiddels niet meer bestond. In 2003 procedeerde de klager opnieuw tegen de bank en de overheidsorganisatie met een beroep op de onrechtmatigheid van de beslissingen. Ook dit beroep werd verworpen.

Bij het EHRM heeft klager gesteld dat zijn eigendomsrecht onder art. 1 EP EVRM is aangetast, net als zijn procedurele rechten onder art. 6 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat klagers eigendomsrechten in deze zaak rechtstreeks op het spel stonden, nu klagers aandelen in de bank werden geraakt op een manier die verder ging dan het enkel beïnvloeden van klagers positie in de bestuursstructuur van de bank.

Ten aanzien van art. 6 EVRM overweeg het Hof dat klager geen enkele mogelijkheid heeft

gehad om zijn klachten over de gang van zaken rondom de herstructurering van de bank door een rechter inhoudelijk te laten beoordelen op hun rechtmatigheid. In eerdere zaken van vergelijkbare aard heeft het Hof dit al in strijd bevonden met art. 6 lid 1 EVRM. In dit geval benadrukt het Hof dat het nodig was geweest dat een rechter ‘full jurisdiction’ had om te kunnen beoordelen of er inderdaad een noodzaak bestond voor herstructurering van de bank, hetgeen zou betekenen dat een rechter al het relevante bewijs had kunnen beoordelen en de manier waarop de relevante rechtsregels daarop werden toegepast. Dit geldt in ieder geval wanneer een besluit, ook al raakt dat het individu misschien niet rechtstreeks, materieel gezien wel invloed heeft op de ‘civiele rechten’ van zo’n individu. In het onderhavige geval is in een eerder stadium geprobeerd om abstracte toetsing te laten uitvoeren van het herstructureringsbesluit, maar heeft die beoordeling uiteindelijk nooit plaatsgevonden. Ook in de concrete zaak van klager is geen individuele en volwaardige rechtmatigheidstoets uitgevoerd. Dit betekent dat het recht op effectieve toegang tot de rechter in strijd met art. 6 lid 1 EVRM is geschonden (5 stemmen tegen 2). Het Hof stelt daarnaast een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast vanwege de lange duur van de procedure (5 stemmen tegen 2).

Het Hof stelt voorts vast dat de maatregelen neerkwamen op een controle van het gebruik van eigendom in de zin van de tweede alinea van art. 1 EP EVRM. Daarbij geldt dat het voor rechtmatigheid van zo’n gebruiksbeperking noodzakelijk is dat er voldoende waarborgen tegen misbruik en willekeur zijn ingebouwd in de besluitvormingsprocedure. Op dit punt verwijst het Hof terug naar zijn beoordeling onder art. 6 lid 1 EVRM, waarbij het concludeert dat het gebrek aan rechterlijke controle in deze zaak betekent dat er ook onvoldoende garanties zijn geboden in het licht van art. 1 EP EVRM. Deze bepaling is dan ook geschonden (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000192014

Zaaknummer: 1920/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Şik t. Turkije (nr. 2), EHRM 24 november 2020, nr. 36493/17

Een journalist van de Turkse krant Cumhuriyet is in 2016 aangehouden omdat hij propaganda voor terroristische organisaties zou hebben verspreid. Na bijna twee jaar in voorarrest te hebben doorgebracht werd hij vrijgelaten, maar later werd hij tot 7,5 jaar gevangenisstraf veroordeeld vanwege zijn uitingen. Het EHRM oordeelt dat er geen redelijke verdenking tegen klager kon bestaan toen hij werd aangehouden en vervolgd, zodat het voorarrest in strijd is met art. 5 lid 1 EVRM. Ook is de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) geschonden. Misbruik van de mogelijkheid om EVRM-rechten te beperken (art. 18 EVRM) acht het Hof niet aangetoond.

Deze uitspraak is sterk vergelijkbaar met de uitspraak in de eerdere zaak *Sabuncu e.a. t. Turkije* (EHRM 10 november 2020, nr. 23199/17, ECLI:CE:ECHR:2020:1110JUD002319917) eerder gepubliceerd in Nieuwsbrief 2020-22.

Klager is een journalist bij de krant Cumhuriyet in Turkije. In 2016, in de nasleep van de mislukte coup, is hij gearesteerd en in voorarrest genomen op verdenking van het verspreiden van propaganda voor verboden organisaties, waaronder de PKK en de Gülenbeweging (FETÖ/PDY). Zijn voorlopige hechtenis werd meermaals verlengd, op grond van het feit dat klager werd verdacht van een van de ‘catalogue offences’ uit artikel 100 in het Turkse Wetboek van Strafvordering en de rechter van oordeel was dat klager een vluchtgevaar vormde. In maart 2018 werd hij vrijgelaten om in april 2018 te worden veroordeeld tot 7,5 jaar gevangenisstraf wegens het ondersteunen van een terroristische organisatie zonder daar zelf lid van te zijn. Het cassatieberoep is nog aanhangig.

Klager heeft allereerst gesteld dat het voorarrest in strijd was met art. 5 EVRM. Het Hof gaat daarbij allereerst na of er in dit geval feitelijke aanleiding was voor het ontstaan van een redelijke verdenking van het verspreiden van propaganda voor verboden organisaties. Een analyse van de verschillende publicaties die in de zaak centraal staan leert het Hof bovendien

dat daarin geen oproepen stonden tot terroristische activiteiten of opstandigheid; weliswaar werden er standpunten van verboden organisaties in weergegeven, maar daarbij bleven de artikelen binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting en het recht op informatie. Een van de artikelen was een interview met een van de gijzelnemers in een terroristische operatie. In zijn geheel genomen, kon het interview, waarin ook verklaringen van een derde partij waren opgenomen, objectief gezien niet als doel lijken te hebben gehad de propaganda voor de ideeën van linkse extremisten. Integendeel, het had geprobeerd om de gewelddadige houding van militante jongeren aan het licht te brengen. Door zijn antagonistische vragen waarin hij suggereerde dat de actie van de militanten een contraproductieve en schadelijke daad was, had klager zich juist gedistantieerd van de militanten en daarmee voldaan aan zijn taken en verantwoordelijkheden als onderzoeksjournalist. Klagers andere opmerkingen in zijn artikelen en posts vormden voor de rest enkel legitieme kritiek op de regeringspolitiek, en kwam voor het grootste deel overeen met de kritiek van oppositiepartijen en groepen van individuen wier politieke opvattingen afweken van die van de autoriteiten. Klagers handelen viel volgens het Hof derhalve binnen de uitoefening van zijn vrijheid van meningsuiting, zoals beschermd door het nationale recht en het EHRM. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat de feiten in deze zaak geen blijk geven van het bestaan van een redelijke verdenking jegens de klager op het moment van zijn Art. 5 lid 1 is dan ook geschonden.

Het Hof stelt verder vast dat er in dit geval wel een beoordeling van de detentie heeft plaatsgevonden door het constitutionele hof. Hoewel daarbij de nodige vertraging bestond en de beoordeling normaal gesproken niet aan de eisen van voldoende snelheid van de beoordeling zou voldoen, maken de bijzondere omstandigheden van het geval dat art. 5 lid 4 EVRM niet is geschonden.

Klager heeft ook een beroep gedaan op de vrijheid van meningsuiting, die door zijn detentie en de strafzaak zou zijn aangetast. Het EHRM oordeelt dat er vanwege het voorarrest en de strafdreiging zeker sprake was van een inbreuk op dit grondrecht. Het Hof wijst erop dat het al heeft geoordeeld dat de detentie niet was gebaseerd op een redelijke verdenking. Nu de vereisten van wettigheid van een inbreuk in art. 5 en 10 EVRM parallel lopen, moet worden aangenomen dat wanneer een detentiemaatregel niet rechtmatig was, ook geen sprake kan zijn van een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting die 'prescribed by law' is onder art. 10 lid 2 EVRM. Artikel 10 EVRM is dan ook geschonden.

Tot slot heeft klager een beroep gedaan op artikel 18 EVRM, maar het Hof komt tot het oordeel dat de elementen waarop klager zich baseert ter ondersteuning hiervan, afzonderlijk of in combinatie met elkaar, geen voldoende homogeen geheel vormden om vast te kunnen stellen dat zijn detentie een doel had nagestreeft dat niet door het EVRM werd voorgeschreven. Er heeft derhalve geen schending van artikel 18 jo. 5 en 10 EVRM plaatsgevonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD003649317

Zaaknummer: 36493/17

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 en 4, EVRM art. 10 en EVRM art. 18

RECHTSPRAAK

Staatsanwaltschaft Heilbronn, HvJ 19 november 2020, zaak C-454/19

In het kader van een strafrechtelijke procedure over kinderontvoering is de vraag opgekomen of daarbij dezelfde voorwaarden voor strafbaarheid kunnen gelden bij overbrenging van het kind naar een andere EU-lidstaat als bij overbrenging naar een derde staat. Het HvJ oordeelt dat dit een ongelijke behandeling oplevert die niet gerechtvaardigd is als overbrenging naar een andere lidstaat ook strafbaar is als daarbij geen gebruik is gemaakt van geweld, bedreiging met ernstig kwaad of een list.

De Roemeense ZW is de moeder van AW, een in Roemenië geboren minderjarig kind. ZW is gescheiden van de vader van het kind, een Roemeens onderdaan die in Roemenië woont. De ouders oefenen gezamenlijk het ouderlijk gezag uit over het kind. ZW heeft zich in 2009 in Duitsland gevestigd; AW is later bij haar komen wonen. In 2013 is AW met instemming van de ouders in een jeugdzorginstelling geplaatst. In 2014 heeft het Amtsgericht Heilbronn de ouders van het kind onder meer het recht ontnomen om de verblijfplaats van het kind te bepalen. Begin december 2017 heeft de vader het kind meegenomen naar Roemenië, waar beiden sindsdien wonen. Daarop is een strafvervolgning ingesteld vanuit het Amtsgericht Heilbronn tegen ZW vanwege kinderontvoering. De nationale rechter vraagt zich af of de bepaling die aan die procedure ten grondslag ligt verenigbaar is met het Unierecht, nu deze bepaling kan worden opgevat als een ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van EU-burgers.

Het HvJ stelt voorop dat het nationale strafrecht weliswaar in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, maar dat het Unierecht – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel – daaraan grenzen stelt. Art. 21 VWEU omvat niet alleen het recht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, maar verbiedt eveneens discriminatie op grond van nationaliteit. De onderhavige strafbepaling voorziet in zo'n ongelijke behandeling waardoor de vrijheid van EU-burgers kan worden beïnvloed of zelfs beperkt. Wel is het mogelijk dat

hiervoor een rechtvaardiging bestaat. In het onderhavige geval dient de strafbepaling het doel van de bescherming van het kind en zijn grondrechten. Dat is een legitiem belang dat ook in art. 24 Hv is erkend. Bij de bescherming van dit belang moet de lidstaten een zekere beoordelingsmarge worden gelaten. Een strafbaarstelling van internationale kinderontvoering is volgens het Hof in beginsel geschikt om de bescherming van kinderen tegen dergelijke ontvoeringen te waarborgen en de eerbiediging van hun rechten te verzekeren. De toepassing van de bepaling die in een dergelijke strafbaarstelling voorziet, draagt bovendien bij tot de doelstelling van bestrijding van die ontvoeringen in het belang van de bescherming van kinderen. Niettemin moet volgens het Hof worden geoordeeld dat een strafbaarstelling op grond waarvan het enkele feit dat een ouder of beide ouders van een in een andere lidstaat vastgehouden kind dit kind onttrekken aan de andere ouder, de voogd of de gezinsvoogd, aanleiding geeft tot strafrechtelijke sancties zelfs zonder dat gebruik wordt gemaakt van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of list, verder gaat dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken wanneer het vasthouden van een kind op het grondgebied van de betrokken lidstaat slechts tot een bestraffing leidt indien er sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list. Zou dit anders zijn, dan zouden de lidstaten te zeer gelijk worden gesteld met derde landen, terwijl in de EU moet worden uitgegaan van het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 19-11-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:947

Zaaknummer: C-454/19

Wetsartikelen: VWEU art. 21 en Hv art. 24

RECHTSPRAAK

Süleyman t. Turkije, EHRM 17 november 2020, nr. 59453/10

Tijdens een strafprocedure kon de verdediging een ooggetuige van een moord niet in persoon ondervragen. Het EHRM is van oordeel dat er in dit geval geen goede redenen waren waarom de ooggetuige niet ter zitting kon verschijnen, terwijl de ooggetuigenverklaring wel doorslaggevend was voor de veroordeling. Ook zijn er onvoldoende procedurele waarborgen geboden die een tegenwicht konden vormen tegen het nadeel dat de verdediging ondervond door de ooggetuige niet in persoon te kunnen horen. Schending art. 6 lid 1 en 6 lid 3 (d) EVRM.

Klager is veroordeeld voor het afvuren van een wapen bij een hotel in 2005. In 2006 werd bij hetzelfde hotel een receptionist vermoord. Een ooggetuige heeft klager geïdentificeerd als de dader en uit ballistisch bewijs bleek dat de kogel waarmee de receptionist werd gedood uit hetzelfde geweer afkomstig was als waarmee in 2005 schoten waren gelost. In de procedure heeft klager geprobeerd de getuigen in persoon te laten horen, maar hoewel de identiteit van de ooggetuige inmiddels bekend was, werd deze weggehouden uit de rechtszaal omdat het zou gaan om een anonieme, beschermde getuige. Klager werd in deze procedure veroordeeld.

Volgens klager is de onmogelijkheid om de ooggetuige in persoon te horen in strijd met art. 6 lid 1 en 6 lid 3 (d) EVRM. Het EHRM beoordeelt de zaak aan de hand van de criteria die het in zijn vaste rechtspraak heeft gedefinieerd, in het bijzonder *Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk* en *Schatschaschwili t. Duitsland*.^[1] In het onderhavige geval is het Hof van oordeel dat de (anonieme) ooggetuige geen bijzondere risico's liep en het stelt vast dat er in de procedure ook niet zo zorgvuldig is omgegaan met de identiteit van deze getuige. Het Hof is er dan ook niet van overtuigd dat er een goede reden was om de identiteit van de getuige geheim te houden. Evenmin heeft de regering aangetoond dat er goede gronden waren om de getuige niet in de rechtszaal te laten verschijnen. Het Hof merkt verder op dat de nationale rechter niet is ingegaan op het gewicht dat de eerder afgelegde verklaringen van deze getuige hadden in de procedure; het Hof besluit daarom om dit zelf te beoordelen, en concludeert dat het getuigenbewijs van de ooggetuige misschien niet het enige bewijs was waarop de veroordeling

was gestoeld, maar dat het in ieder geval doorslaggevend is geweest. Tot slot onderzoekt het Hof nog of er procedurele waarborgen zijn geboden die een tegenwicht kunnen bieden tegen de procedurele problemen die het gevolg waren van het niet in persoon kunnen horen van deze ooggetuige. Het Hof merkt op dat op nationaal niveau in ieder geval weinig moeite is gedaan om naar alternatieven te zoeken om de getuige toch aan de tand te kunnen laten voelen. Er was een mogelijkheid om schriftelijk vragen te stellen aan de getuige, maar dit beschouwt het Hof niet als een panacee. Hetzelfde geldt voor de beschikbaarheid van een video-opname van de verklaring die de getuige heeft afgelegd. Gelet daarop is art. 6 lid 1 en 3 (d) EVRM geschonden.

[1] *Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 december 2011, nrs. 26766/05 en 22228/06,

ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, «EHRC» 2012/56 m.nt. Spronken; *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, nr. 9154/10, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD005945310

Zaaknummer: 59453/10

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 lid 3 (d)

RECHTSPRAAK

Syndicat CFTC, HvJ EU 18 november 2020, zaak C-463/19

Op grond van een cao is een periode van ouderschapsverlof met gedeeltelijk behoud van salaris alleen beschikbaar voor werknemers die zelf hun kind opvoeden. Een nationale rechter heeft vragen gesteld over de verenigbaarheid daarvan met een aantal Handvestbepalingen, maar het Hof besluit de vragen op grond van richtlijn 2006/54 te beantwoorden. Een aan vrouwen voorbehouden verlof is alleen aanvaardbaar als het direct verband houdt met moederschap; bovendien moet het dan aan bepaalde eisen voldoen, bijvoorbeeld omtrent de hoogte en duur. Het is aan de nationale rechter om dat in dit geval na te gaan.

CY was in dienst bij de Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle (CPAM). In 2016 is CY vader geworden van een kind. In verband daarmee heeft hij verzocht om toekenning van ouderschapsverlof. Op grond van de toepasselijke CAO is dat beschikbaar voor werknemers die zelf hun kind opvoeden voor een periode van drie maanden met behoud van een half salaris, of voor een periode van anderhalve maand met behoud van volledig salaris, en vervolgens een jaar onbetaald verlof. CY's verzoek is afgewezen omdat de bepaling niet van toepassing is op mannelijke werknemers die zelf hun kind opvoeden. In verband daarmee heeft de Franse rechter prejudiciële vragen voorgelegd over de verenigbaarheid van deze regeling met art. 20, 21 lid 1 en 23 Handvest.

Het HvJ stelt voorop dat in de vraag weliswaar alleen deze Hv-bepalingen en een aantal bepalingen van de het VWEU zijn genoemd, maar dat de vraag zo moet worden gelezen dat daarmee in feite wordt bedoeld op richtlijn 2006/54, uitgelegd in het licht van de genoemde bepalingen, en dat het niet gaat om een verzoek tot autonome uitlegging van die bepalingen. Het HvJ roept in herinnering dat deze richtlijn bijzondere bepalingen bevat in verband met zwangerschap en lactatie, maar dat het Hof zelf uiteen heeft gezet dat de respectieve situaties van een mannelijke en vrouwelijke werknemer vergelijkbaar zijn wat de opvoeding van de kinderen betreft. Een aanvullend verlof voor de periode na het verstrijken van het wettelijke

zwangerschapsverlof mag dan ook alleen aan de moeder worden voorbehouden wanneer het aanvullende verlof geen betrekking heeft op haar hoedanigheid van ouder, maar op de gevolgen van zowel de zwangerschap als haar moederschap. De voorwaarden voor toekenning van een dergelijk verlof moeten rechtstreeks verband houden met de bescherming van de biologische en psychische gesteldheid van de vrouw en met de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de periode na de bevalling. Ook de duur en aard van het verlof moeten daarmee in overeenstemming zijn, en er moet bovendien een goede rechtsbescherming worden geboden, bijvoorbeeld in de vorm van bescherming tegen ontslag en behoud van bezoldiging of een uitkering. Hoewel het niet aan het Hof is om zich direct uit te spreken over de verenigbaarheid van de onderhavige cao-bepaling met de richtlijn, merkt het wel op dat het enkele feit dat een verlof onmiddellijk volgt op het wettelijke zwangerschapsverlof, niet volstaat om aan te nemen dat dit verlof kan worden voorbehouden aan werknemers die zelf hun kind opvoeden. Ook heeft het HvJ aarzelingen over de vraag of de uiteenlopende voorwaarden voor de duur van het verlof en de hoogte van de doorbetaling past in de genoemde eis dat toereikende rechtsbescherming moet worden geboden. De nationale rechter zal met deze factoren bij de beoordeling van de kwestie in het bijzonder rekening moeten houden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-11-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:932

Zaaknummer: C-463/19

Rechters: J.C. Bonichot, L. Bay Larsen, C. Toader, M. Safjan en N. Jääskinen

Wetsartikelen: 7:646 BW, Richtlijn 2006/54/EG art. 14, Richtlijn 2006/54/EG art. 18, Hv art. 20, Hv art. 21 en Hv art. 23

RECHTSPRAAK

**Unuane t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 24 november 2020,
nr. 80343/17**

Een Nigeriaanse man is in het Verenigd Koninkrijk herenigd met zijn Nigeriaanse partner. Samen hebben zij drie kinderen gekregen, waarvan er één een hartaandoening heeft. Het stel is strafrechtelijk veroordeeld wegens fraude bij meerdere aanvragen om in het VK te kunnen blijven, waarop besloten is om de man uit te zetten. De vrouw en de kinderen mogen blijven vanwege de hartaandoening van het eerste kind. Volgens het EHRM heeft de nationale rechter de belangen van de vader en de kinderen onvoldoende laten meewegen in de uitzettingsbeslissing en heeft hij daardoor geen volwaardig proportionaliteitsoordeel gegeven. De uitzetting was dan ook in strijd met art. 8 EVRM.

In 1998 is klager vanuit Nigeria het Verenigd Koninkrijk binnengekomen, waar hij een verblijfsvergunning heeft gekregen. In 2000 werd hij verenigd met zijn partner, en daarna werden er drie kinderen geboren. De oudste daarvan heeft een hartaandoening. In 2009 werden klager en zijn partner veroordeeld vanwege vervalsing van zo'n 30 aanvragen om in het VK te kunnen blijven; in verband daarmee is klager veroordeeld tot 5,5 jaar gevangenisstraf en klaagster tot 1,5 jaar. In 2014 werd een uitzettingsbevel gegeven tegen klager, zijn partner en twee van de kinderen, die op dat moment geen Britse staatsburgers waren. Een beroep hiertegen werd gehonoreerd voor de partner van klager en de twee kinderen, omdat het scheiden van de kinderen onderling en van hun moeder onredelijk bezwarend voor de kinderen werd gevonden. Ook was duidelijk dat het oudste kind in verband met zijn hartaandoening ouderlijke zorg in het Verenigd Koninkrijk nodig had, waar het een operatie zou ondergaan die niet in Nigeria beschikbaar was. Klagers beroep werd daarentegen afgewezen omdat er geen zwaarwegende redenen tegen zijn uitzetting bestonden; hij werd in 2018 naar Nigeria uitgezet.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn uitzetting naar Nigeria een disproportionele inbreuk opleverde op zijn gezinsleven (art. 8 EVRM). Het EHRM beoordeelt de zaak in het licht van de *Boultif*-criteria en overweegt dat het een primair procedurele toetsing moet uitvoeren: als is gebleken dat de nationale rechters de zaak goed hebben onderzocht in het licht van de genoemde criteria en goede afweging hebben gemaakt tussen de betrokken belangen, is het niet aan het Hof om zijn oordeel voor dat van de nationale autoriteiten in de plaats te stellen, tenzij daarvoor bijzondere redenen bestaan. Het Hof stelt vast dat er in het Verenigd Koninkrijk op zichzelf voldoende mogelijkheden zijn voor de nationale rechter om alle relevante EVRM-criteria in de beoordeling te betrekken en een afweging te maken. In het onderhavige geval heeft de nationale rechter niettemin geen aparte belangenafweging uitgevoerd, zodat het aan het Hof is om dit te doen.

Het Hof overweegt dat de uitzetting werd ingegeven door een op zichzelf ernstig misdrijf, dat niettemin van een andere aard en een ander gewicht was dan geweld- of drugsdelicten. Daarnaast wijst het Hof op de verschillen in de beoordeling van de positie van klager en zijn partner, terwijl het zelf van oordeel is dat hun situaties niet heel anders waren. De nationale rechter heeft erkend dat klager een sterke band had met zijn partner en hun kinderen en dat zij hem nodig hadden; ook heeft de nationale rechter geoordeeld dat aanwezigheid van klager in het VK in het belang zou zijn van de kinderen. Het Hof is van oordeel dat dergelijke overwegingen van groot gewicht hadden moeten zijn in de algehele beoordeling van de proportionaliteit van de uitzetting. Dat gewicht blijkt uiteindelijk echter niet aan deze factoren te zijn toegekend, reden waarom het EHRM oordeelt dat art. 8 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-11-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:1124JUD008034317

Zaaknummer: 80343/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8

ANNOTATIE

Ćwik t. Polen (EHRM, 31454/10) – Bewijsuitsluiting na schending art. 3 EVRM, in het bijzonder bij onrechtmatigheid door andere burgers***D.A.G. van Toor*****Feiten**

1. De beschrijving van de feiten uit de onderhavige zaak lezen als het nieuwste seizoen van *Narcos* – de Netflix-serie over de door de Amerikaanse autoriteiten geïnitieerde *war on drugs* tegen de Colombiaanse en Mexicaanse kartels –, dat zich voor de gelegenheid heeft verplaatst naar Polen. De klager was onderdeel van een Pools-Amerikaanse criminele organisatie, die cocaïne van een Colombiaans kartel kocht en onder andere via Midden-Amerika naar Polen vervoerde. Dit gaat niet altijd vlekkeloos. Midden jaren '90 worden meerdere bendeleden, waaronder klager, gevangengenomen in Honduras. Door medewerkers van de gevangenis om te kopen, ontsnapt klager met drie van zijn medebendeleden na zeven maanden uit de Hondurese gevangenis. Ondanks deze avonturen is de cohesie binnen de bende niet al te sterk. Eind jaren '90 splitsen klager en zijn zwager (medeverdachte K.G.) zich van de organisatie af: zij betalen L.P. *niet* voor de lading cocaïne, waardoor L.P. het Colombiaanse kartel niet kan betalen. Wie bekend is met drugskartels weet dat het niet betalen van grote hoeveelheden cocaïne niet goed afloopt. De Colombianen benaderen een huurmoordenaar voor de *hit* op L.P., niet wetende dat de huurmoordenaar lid is van de Amerikaanse *Drug Enforcement Administration*. Niet duidelijk wordt of met het vrijdelen van de moordaanslag ook het doek valt voor L.P., maar uit het arrest blijkt wel dat in dezelfde periode (1997) L.P. door de Amerikaanse autoriteiten wordt gearresteerd.

2. Daarna komt de spanningsboog van het seizoen tot zijn climax. Het geweld binnen de Pools-Amerikaanse organisatie escaleert. Nadat L.P. wordt vrijgelaten door de Amerikanen – het wordt uit het arrest niet duidelijk waarom – zoekt hij wraak tegen K.G., die volgens hem verantwoordelijk is voor het niet-betalen van de cocaïne waardoor hij het doelwit van de Colombianen werd. L.P. werkt echter wel via de interne “regels” van de bende en benadert via M.W. de leider van de organisatie (A.H.). A.H. geeft L.P. toestemming om K.G. en klager te

ontvoeren en te vermoorden.

K.G. wordt op 25 maart 1998 ontvoerd, terwijl klager weet te ontsnappen. K.G. wordt tijdens het [verhoor] gemarteld. Het arrest somt de volgende handelingen en verwondingen op: pistool tegen het hoofd gezet, *gepistol-whipped*, beschoten tussen zijn benen, geschopt en overgoten met kokend water leidend tot eerste- en tweedegraads brandwonden. Dit weinig plezante gesprek wordt, je verzint het niet, opgenomen. Het zijn deze opnames die een centrale rol spelen in het arrest. Tijdens het verhoor wordt K.G. namelijk uitgehoord over wat hij met de cocaïne en het geld heeft gedaan: hij geeft uiteindelijk prijs waar de drugs en het geld liggen opgeslagen. K.G. impliceert de klager expliciet in zijn [bekentenis]. De beste *screenwriters* zouden het niet kunnen bedenken, maar de Poolse politie valt op enig moment het gebouw binnen waar K.G. wordt vastgehouden, redt K.G. van verdere marteling en hoogstwaarschijnlijk de dood en neemt natuurlijk alles in beslag, waaronder de cassettebanden van K.G.'s verhoor. Met deze opnames verkrijgen de politie een zeldzame blik in een criminele organisatie en bewijs van de betrokkenheid van klager bij grootschalige import en verkoop van cocaïne.

Beginsel iura novit curia

3. Niet alleen de feiten van het arrest zijn het bespreken waard. Meerdere aspecten van de zaak verdienen aandacht. Daarbij besteed ik eerst aandacht aan de klacht, zoals ingediend door de klager en hoe deze klacht door het EHRM wordt geïnterpreteerd. 'The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that his right to a fair trial had been violated. He submitted that the courts should not have admitted into evidence the recording of K.G.'s statements obtained from him as a result of torture inflicted by members of a criminal gang. The violation was aggravated by the trial court's failure to summon K.G. to enable him to comment on the recording' (par. 43). Klager beargumenteert dat artikel 6 EVRM is geschonden vanwege het gebruik van door marteling verkregen bewijs, *zonder* te klagen over schending van artikel 3 EVRM. Door de woordkeuze in de klacht – *a result of torture* – wordt het EHRM gedwongen ook artikel 3 EVRM te betrekken bij de klacht. Het EHRM stelt zich actief op en vult de lacune in: 'The Court notes that although the application raises issues under Article 6 § 1 of the Convention, the principles developed under Article 3 are highly relevant for the examination of the applicant's complaint under Article 6 § 1' (par. 59). Gezien de rechtspraak met betrekking tot artikel 32 EVRM is deze aanvulling niet vreemd; het EHRM voelt zich van meet af aan niet gebonden aan de door partijen getrokken grenzen.[1]

4. Volgens het EHRM bepalen de *feiten* de omvang van het geding en is de door partijen voorgestelde juridische kwalificatie niet doorslaggevend.[2] Klager gebruikt artikel-3-EVRM-terminologie in zijn klaagschrift (*a result of torture*) en in het feitenrelaas worden de

handelingen beschreven die (volgens vaste rechtspraak van het EHRM) als marteling moeten worden gekwalificeerd. Daarmee kan het EHRM geen *ultra petitum* worden voorgeworpen. Het EHRM verandert de essentie van de klacht in de onderhavige zaak, door de aanvulling van de juridische kwalificatie van door de klager naar voren gebrachte feiten, niet.[3] Alle aspecten van de klacht zijn door klager naar voren gebracht,[4] maar door hem, volgens het EHRM, niet voorzien van de correcte juridische kwalificatie.

5. Hiermee wordt wel een bijzondere situatie in deze zaak gecreëerd: het EHRM breidt de omvang van de klacht uit, maar gebruikt vervolgens artikel 3 EVRM enkel bij de uitleg van de eerlijkheid van het proces. Over artikel 3 EVRM zelf wordt geen oordeel geveld, aangezien niet de Staat maar burgers verantwoordelijk zijn voor de marteling van K.G. De Staat heeft “slechts” positieve verplichtingen. De Staat kan alleen worden aangesproken op het voordeel halen uit het martelen van een burger door een burger, namelijk het gebruiken van de in beslag genomen cassette waarop de onder marteling afgelegde verklaring van K.G. is opgenomen. En dat is een puur artikel 6 EVRM-probleem. Overigens is dit de eerste keer dat het EHRM zich moet buigen over de horizontale doorwerking van artikel 3 EVRM naar artikel 6 EVRM (par. 80) en daarvoor sluit het EHRM dus aan bij de positieve verplichtingen van artikel 3 EVRM (par. 84).

6. Het EHRM plakt als juridische kwalificatie een schending van de positieve verplichting van artikel 3 EVRM op de feiten – terwijl die kwalificatie niet door klager is aangedragen – en (enkel) op basis daarvan overweegt het EHRM dat artikel 6 EVRM is geschonden. Het EHRM behandelt daarbij *niet* de door klager aangedragen argumentatie waarom artikel 6 EVRM zou zijn geschonden: (i) de verklaringsvrijheid van K.G. is geschonden (par. 46); (ii) de rechtbank kon onvoldoende onderzoek doen naar de betrouwbaarheid van het bewijs (par. 47); (iii) K.G. is niet als getuige tijdens het onderzoek ter terechtzitting ondervraagd, waardoor hij geen beroep op zijn familiair verschoningsrecht kon doen (par. 48).

7. Met andere woorden, het EHRM behandelt de klacht onder artikel 3 EVRM maar concludeert vervolgens dat artikel 6 EVRM is geschonden doordat sprake is van *ill-treatment* in de zin van artikel 3 EVRM en de vruchten daarvan zijn gebruikt in de daaropvolgende juridische procedure. Over een *schending* van artikel 3 EVRM wordt met geen woord gerept. Artikel 3 EVRM wordt dus *enkel en alleen* gebruikt bij de beoordeling of het *process-as-a-whole* tegen klager eerlijk was.

Het gaat in dit geval dus niet om de vraag of de klacht te kwalificeren is met twee verschillende etiketten die beide passend zijn (zoals goed mogelijk is bij onder andere artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM), maar om het gebruik van het ene artikel – in dit geval artikel 3 EVRM zonder dat de klager daarop expliciet een beroep doet – om de schending van een

ander artikel – in dit geval artikel 6 EVRM – vast te stellen.

Doorwerking ill-treatment in de zin van artikel 3 EVRM naar de eerlijkheid van het proces

8. Deze redenering maakt geen bijzonder overtuigende en coherente indruk (vgl. mijn annotatie bij *Rusu t. Roemenië*[5]). Het EHRM lijkt geen zelfstandige notie van het concept *eerlijkheid* te gebruiken, waardoor het voor de beoordeling van de eerlijkheid van het proces terug moet vallen op argumenten waarom marteling onwenselijk is. Die argumenten worden vervolgens geëxtrapoleerd en zouden ook overtuigend moeten zijn om de oneerlijkheid van het proces-als-geheel te onderbouwen. Zo is een van de argumenten dat door bewijs te verkrijgen door te martelen de *rule of law* wordt vervangen door de *rule of force*. De *rule of force* zou de integriteit van het proces aantasten. Betekent dit dat de integriteit van het proces beschermen – wat dat dan precies moge zijn, blijft onduidelijk – de belangrijkste uitwerking van het concept eerlijkheid is?

9. En als dat zo zou zijn, waarom is het EHRM dan niet stelliger als Staten gebruik maken van door schending van artikel 8 EVRM verkregen bewijs?[6] Ook daar past de Staat niet de *rule of law* toe, maar miskent de noodzaak voor een gedegen wettelijke regeling of minacht de bestaande wettelijke regeling om bewijs te verzamelen. Bij artikel 8 EVRM schendingen is het blijkbaar niet noodzakelijk om de integriteit van het proces te beschermen. Het EHRM heeft tot op heden niet *in abstracto* aanvaard dat een schending van artikel 8 EVRM en het gebruik van het bewijs dat door die schending is verkregen *ipso facto* leidt tot een oneerlijk proces (zoals hij dat wel heeft aanvaard onder artikel 3 EVRM (zie onderhavig arrest par. 79)).

Voor de beoordeling *in concreto* of het onrechtmatig verkregen bewijs mag worden gebruikt in het licht van artikel 6 EVRM, gebruikt het EHRM de volgende drie criteria – die in de onderhavige zaak ook worden genoemd als beoordelingscriteria (par. 72), maar waarmee vervolgens niets wordt gedaan –: (i) ‘whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use’; (ii) ‘the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy’; and (iii) ‘it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker’.[7] Bij artikel 8 EVRM schendingen is de eerlijkheid van het proces niet aangetast als de verdachte het bewijs heeft kunnen betwisten en/of als het bewijs voldoende betrouwbaar is.[8] Zo wordt in *Ayetullah Ay t. Turkije* het gemotiveerde verweer met betrekking tot de betrouwbaarheid van het bewijs door de Turkse rechters zonder nader onderzoek en motivering van tafel geveegd, ondanks dat de Turkse autoriteiten de relevante waarborgen tegen het gevaar van *planted evidence* bij het uitvoeren van een

doorzoeking niet in acht hebben genomen.[9] Volgens het EHRM hebben de nationale rechters in die zaak de adversarialiteit onvoldoende in acht genomen, waardoor artikel 6 EVRM is geschonden. In *Hambardzumyan t. Armenië* is het feit dat van tegensprekelijkheid sprake is, voldoende om de artikel 8 EVRM-schending te compenseren in het licht van artikel 6 EVRM.[10] Dus niet de handeling onder artikel 8 EVRM bepaalt of sprake is van een eerlijk proces, maar de *vervolghandeling* tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

10. Bij de doorwerking van artikel 8 EVRM-schendingen omvat de eerlijkheid dus noties zoals adversarialiteit en waarheidsvinding, terwijl in de onderhavige zaak met betrekking tot de doorwerking van een artikel 3 EVRM-schending de integriteit als notie doorslaggevend is bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces. Het is geen zinvolle vraag of het *juiste* concept eerlijkheid op wil staan, maar meer aandacht voor het concept eerlijkheid, in het bijzonder bij de doorwerking van schendingen van andere mensenrechten op de vaststelling van betrokkenheid bij en schuld aan een strafbaar feit, is noodzakelijk.[11].[12]

11. In ieder geval is duidelijk dat het instrumentele perspectief op de doorwerking van artikel 8 EVRM-schendingen regelmatig in *dissenting opinions* wordt bekritiseerd: 'In its jurisprudence, the Court has consistently rejected the argument that proceedings leading to a conviction on the basis of evidence collected in breach of Article 8 of the Convention were unfair and, that consequently, there had also been a violation of Article 6 § 1 of the Convention. This attitude has been vigorously criticised by dissenting judges in several cases. In *Schenk v. Switzerland*[2], Judges Pettiti, Spielmann, De Meyer and Carrillo Salcedo [...]. In *Khan v. the United Kingdom*[3], Judge Loucaides, in his partly concurring, partly dissenting opinion, stated the following: "I cannot accept that a trial can be 'fair', as required by Article 6, if a person's guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention. It is my opinion that the term 'fairness', when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention." His view was reiterated by Judge Tulkens in her partly dissenting opinion in *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*[4], as well as by Judge Spielmann in his partly dissenting opinion, joined by judges Rozakis, Tulkens, Casadevall and Mijović, in the case of *Bykov*[5].'[13]

Bewijsuitsluiting: een nationale aangelegenheid?

12. Mogelijk is het EHRM terughoudend om een nadere invulling te geven aan het concept eerlijkheid, in het bijzonder bij de doorwerking van schendingen van andere mensenrechten op de vaststelling van betrokkenheid bij en schuld aan een strafbaar feit, omdat het bewijsrecht primair een nationale aangelegenheid zou zijn: 'While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such,

which is primarily a matter for regulation under national law' (par. 70). Door de grote verscheidenheid aan strafrechtelijke bewijssystemen in de lidstaten, staat het EHRM een wijde *margin of appreciation* toe om de genoemde doorwerking van mensenrechtenschendingen te reguleren.

Dit laat echter onverlet dat het EHRM zich *wel* uitlaat over onder welke omstandigheden lidstaten over dienen te gaan tot bewijsuitsluiting. Voor een mensenrecht dat *geen* regels bevat over de rechtmatigheid van het bewijs (in nationale procedures) heeft het EHRM inmiddels heel wat bewijsuitsluitingsregels vervat onder het (vage) concept eerlijkheid.[14] Zonder volledigheid na te streven, zijn dat onder andere: (i) bij uitlokking;[15] (ii) bij het recht op rechtsbijstand;[16] (iii) het ondervragingsrecht;[17] (iv) het zwijgrecht;[18] en, zoals ook uit de onderhavige zaak blijkt, (v) schendingen van artikel 3 EVRM die verklaringen opleveren (par. 75).

13. Hetgeen hierboven is besproken, is een *contradictio in terminis*: het EHRM benadrukt de rol van de nationale wetgever en rechtspraak om het bewijsrecht in de lidstaten vorm te geven, maar past dat uitgangspunt niet consequent toe.[19] Als de nationale rechter beter in staat is het bewijs te selecteren en waarderen, laat de nationale rechter dan ook daadwerkelijk "vrij" en lees in het eerlijk-procesrecht geen bewijsuitsluitingsregels in. Als het EHRM dan toch een vinger aan de pols wil houden om de eerlijkheid van het proces te waarborgen, namelijk op zo'n manier dat bepaald bewijs geen invloed op de beslissing van de strafrechter mag hebben, is het veel logischer om schendingen van artikel 3 EVRM en artikel 8 EVRM direct te laten doorwerken. Dan hoeft niet te worden gegoocheld met noties zoals integriteit van het proces, adversarialiteit en betrouwbaarheid om te rechtvaardigen dat het ene bewijsmiddel wel en het andere bewijsmiddel niet hoeft te worden uitgesloten. Een proces is oneerlijk als de Staat zich niet aan zijn eigen regels houdt (of zijn macht niet op grond van een wettelijke basis inzet): dan wordt de *rule of law* altijd vervangen door de *rule of force*.

Afronding

14. Al eerder besprak ik de bewijsuitsluitingsregels van het EHRM kritisch.[20] Dit arrest maakt het "systeem" niet overtuigender of coherenter. Ondanks dat de aanpassing van de omvang van het geding in lijn is met de rechtspraak over artikel 32 EVRM én dat de horizontale werking van artikel 3 EVRM niet uit de lucht komt vallen (par. 77, par. 89), is de argumentatie *waarom* in onderstaande (en vergelijkbare) geval(len) het bewijs niet mag worden gebruikt allesbehalve overtuigend. Dat heeft mijns inziens te maken met het feit dat het EHRM het concept eerlijkheid niet nader uitlegt maar, afhankelijk van goeddunken, daaronder wisselende noties doorslaggevend laat zijn. Bij artikel 3 EVRM-schendingen is het klaarblijkelijk doorslaggevend dat de *integriteit* van het proces moet worden beschermd: een

integer proces is dus een eerlijk proces?! Bij artikel 8 EVRM-schendingen vormt integriteit van het proces – of is het niet beter om van de integriteit van het staatsoptreden te spreken? – geen relevante factor in de beoordeling: daarbij zijn *adversarialiteit* en *betrouwbaarheid* doorslaggevend. Voor een gerecht dat zich, volgens eigen zeggen, primair niet bezighoudt met het bewijsrecht in nationale procedures creëert het EHRM, op basis van niet overtuigende en incoherente argumentatie, toch een volwaardige set aan bewijsuitsluitingsregels. Het lijkt tijd dat het EHRM inziet dat hij al veel bewijsuitsluitingsregels heeft gecreëerd, maar dat de systematiek daarvan nog de nodige aandacht vergt.

D.A.G. van Toor

[1] J.H., Gerards, 'Artikel 32', par. 2, in: J.H. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM* (online, bijgewerkt tot 1 maart 2019).

[2] J.H., Gerards, 'Artikel 32', par. 2, in: J.H. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM* (online, bijgewerkt tot 1 maart 2019). Zie bijvoorbeeld *Guerra e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 19 februari 1998, nr. 14967/89, ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD001496789, par. 44.

[3] Vgl. J.H., Gerards, 'Artikel 32', par. 2 en par. 3.2.1, in: J.H. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM* (online, bijgewerkt tot 1 maart 2019).

[4] Vgl. *Radomilja e.a. t. Kroatië*, EHRM (GK) 20 maart 2018, nrs. 37685/10, 22768/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD003768510, «EHRC» 2018/117 m.nt. Gerards, punt 5.

[5] *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC» 2018/13 m.nt. Van Toor.

[6] Vgl. *Hambardzumyan t. Armenië*, EHRM 5 december 2019, nr. 43478/11, ECLI:CE:ECHR:2019:1205JUD004347811, waarin artikel 8 EVRM is geschonden omdat de inbreuk op het recht op respect voor het privéleven niet overeenkomstig de nationale wet heeft plaatsgevonden, maar omdat de klaagster de gelegenheid had de authenticiteit en de betrouwbaarheid van het bewijs te toetsen, is geen sprake van een schending van artikel 6 EVRM.

[7] *Bykov t. Rusland*, EHRM (GK) 10 maart 2009, nr. 4378/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, «EHRC» 2009/69 m.nt. Ölçer

[8] Overigens is betrouwbaarheid weer geen argument dat gebruikt wordt bij de doorwerking van artikel 3 EVRM-schendingen: onderhavig arrest, par. 75: 'the Court has held in the context of cases concerning ill-treatment by public officials that the admission of statements obtained

as a result of torture or of other ill-treatment in breach of Article 3 into evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings renders the proceedings as a whole unfair. This is irrespective of the probative value of the statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant's conviction' (mijn onderstreping).

[9] *Ayetullah Ay t. Turkije*, EHRM 27 oktober 2020, nr. 29084/07,
ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD002908407.

[10] *Hambardzumyan t. Armenië*, EHRM 5 december 2019, nr. 43478/11,
ECLI:CE:ECHR:2019:1205JUD004347811.

[11] Vgl. R. Goss, *Rethinking Article 6* (diss. Oxford), s.l.:s.l. 2012, p. 297: 'As was the case with so many other sections of the thesis, Part C established that is difficult to find reasoned, predictable explanations of why certain classes of case fall under one approach, while other classes do not.'

[12] Vgl. *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08,
ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC» 2018/13, *dissenting opinion* nr. 13: 'In sum, the Court has yet to determine the question of principle whether (and if so, under what conditions), in the light of Article 6 of the Convention, it is permissible to use evidence obtained in breach of any other Convention right. This question goes to the heart of the concept of fairness of criminal trials. It is also of general importance for the effective protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Convention. For this purpose, a revisiting of the Court's existing jurisprudence on the admissibility of illegally obtained evidence would be welcome. We would venture to suggest that in the near future the Grand Chamber might address the matter in an appropriate way.'

[13] *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08,
ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC» 2018/13, *dissenting opinion* nr. 3.

[14] Dit zou ook een uitwerking kunnen zijn van een van de conclusies van Goss' proefschrift: 'the Court's sense of its own role is poorly defined and poorly explained.' R. Goss, *Rethinking Article 6* (diss. Oxford), s.l.:s.l. 2012, p. 296.

[15] *Ramanauskas t. Litouwen*, EHRM (GK) 5 februari 2008, nr. 74420/01,
ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001, «EHRC» 2008/51 m.nt. Spronken.

[16] *Salduz t. Turkije* EHRM (GK) 27 november 2008, nr. 36391/02,
ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, «EHRC» 2009/07 m.nt. Spronken; *Güneş t. Turkije*,
EHRM 28 november 2017, nr. 47079/06, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD004707906.

[17] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM 15 december 2012, nr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar.

[18] *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.

[19] Vgl. deze algemene principes uit het recente Grote Kamer-arrest in *Lopez Ribalda e.a. t. Spanje*: ‘The Court reiterates that its only duty, in accordance with Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the States Parties to the Convention. In particular, it is not competent to deal with an application alleging that errors of law or fact have been committed by domestic courts, except where it considers that such errors might have involved a possible violation of any of the rights and freedoms set out in the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, § 45, Series A no. 140, and *García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999/I). Normally, issues such as the weight attached by the national courts to given items of evidence or to findings or assessments in issue before them for consideration are not for the Court to review. The Court should not act as a court of fourth instance and will not therefore question under Article 6 § 1 the judgment of the national courts, unless their findings can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable’. EHRM (GK) 17 oktober 2019, nrs. 1874/13 & 8567/13, ECLI:CE:ECHR:2019:1017JUD000187413, «EHRC» 2018/104 m.nt. Ter Haar, par. 149.

[20] *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC» 2018/13.