

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-06

Nummer 6, 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:2020:0227JUD003077815 27-02-2020

Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan (nr. 2), EHRM 27 februari 2020, nr. 30778/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD006886814 25-02-2020

Y.I. t. Rusland, EHRM 25 februari 2020, nr. 68868/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD004138217 25-02-2020

Sigríður Elín Sigfúsdóttir t. IJsland, EHRM 25 februari 2020, nr. 41382/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD007810814 25-02-2020

Paixão Moreira Sá Fernandes t. Portugal, EHRM 25 februari 2020, nr. 78108/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD007206517 25-02-2020

Abukauskai t. Litouwen, EHRM 25 februari 2020, nr. 72065/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD006837717 25-02-2020

A.S.N. e.a. t. Nederland, EHRM 25 februari 2020, nrs. 68377/17 en 530/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005288409 20-02-2020

Religious Community of Jehovah's Witnesses t. Azerbeidzjan, EHRM 20 februari 2020, nr. 52884/09

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005871710 20-02-2020

Nasirov e.a. t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 58717/10) - Bestuurlijke detentie en strafrechtelijke veroordeling wegens verspreiden van verboden boeken strijdig met EVRM

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD000511518 20-02-2020

M.A. e.a. t. Bulgarije, EHRM 20 februari 2020, nr. 5115/18

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000181411](#) 18-02-2020

Marilena-Carmen Popa t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 1814/11

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD004577616](#) 18-02-2020

Jidic t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 45776/16

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000389119](#) 18-02-2020

Cînta t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 3891/19

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:119](#) 27-02-2020

Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, HvJ EU 27 februari 2020, zaak C-836/18

Annotatie

[Religious Community of Jehovah's Witnesses t. Azerbeidzjan \(EHRM, nr. 52884/09\) - Importverbod religieuze boeken, geen toestemming comité](#)

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

Annotatie

[Nasirov e.a. t. Azerbeidzjan \(EHRM, nr. 58717/10\) - Bestuurlijke detentie en strafrechtelijke veroordeling voor verspreiding verboden boeken](#)

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

Annotatie

[Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië \(EHRM, nrs. 53205/13 en 63320/13\) - Oneindige opslag DNA niet proportioneel](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Gaughran t. Verenigd Koninkrijk \(EHRM, nr. 45245/15\) - Oneindige opslag DNA niet proportioneel](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Ali Riza e.a. t. Turkije \(EHRM, nrs. 30226/10 e.a.\) - Het recht op een eerlijk proces in \(gedwongen\) sportarbitragezaken: Deel II](#)

D.A.G. van Toor

Annotatie

[Beizaras&Levickas t. Litouwen \(EHRM, nr. 41288/15\) - Niet-vervolging online haatdragend commentaar op foto zoenende jongens is discriminatie](#)

E. Janssen

Annotatie

[Kavala t. Turkije \(EHRM, nr. 28749/18\) - Een artikel 18-uitspraak als steun in de rug voor nationale rechters](#)

prof. mr. dr. T. Blom

RECHTSPRAAK

**Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan (nr. 2), EHRM 27
februari 2020, nr. 30778/15**

Klaagster is een Azerbeidzjaanse onderzoeksjournalist en activist. In 2014 is zij gearresteerd op verdenking van uitlokking van een poging tot zelfmoord door een oud-collega; later is zij beschuldigd van andere vergrijpen. Volgens het Hof bestond er geen redelijke verdenking tegen klaagster, zodat het voorarrest in strijd was met art. 5 lid 1 EVRM. Daarnaast hebben publieke verklaringen van de openbaar aanklager de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM geschonden. De willekeurige arrestatie en het misbruik van strafprocesrecht maken onderdeel uit van een patroon van politieke vervolgingen. Ook art. 18 EVRM is in deze zaak daarom geschonden.

Klaagster is een bekende onderzoeksjournalist en activist die zich regelmatig kritisch uitsprekt over de regering van Azerbeidzjan. Tussen 2010 en 2012 heeft zij een heel aantal artikelen gepubliceerd waarin zij de mogelijke betrokkenheid laat zien van familieleden van president Aliyev. Volgens klaagster is zij als gevolg van haar journalistieke activiteiten en gepubliceerde artikelen voortdurend bedreigd en lastiggevallen. In 2012 werden intieme video's, die onrechtmatig waren opgenomen door een camera die in haar slaapkamer was verborgen, op het internet verspreid om haar als journalist het zwijgen op te leggen. In 2014 werd zij ervan beschuldigd dat ze een poging tot zelfmoord bij haar oud-collega T.M. zou hebben uitgelokt. T.M. beschuldigde klaagster daarvan, maar trok die beschuldiging later in en stelde dat hij zijn verklaring onder druk had afgelegd. Intussen werd klaagster vanwege de beschuldigingen in voorlopige hechtenis genomen; deze hechtenis werd verlengd, maar in 2015 beëindigd. Wel werd zij vervolgens beschuldigd vanwege verschillende andere strafbare feiten, zoals belastingontwijking, misbruik van positie en verduistering. Op de publieke televisie werden diverse verklaringen afgelegd door de openbare aanklager waarin werd gesproken over de 'ontmaskering' van klaagster en de criminele feiten die zij gepleegd had.

Voor het EHRM heeft klagster een aantal klachten ingediend, die zij op een later moment (na de communicatie ervan aan de regering) nog heeft aangevuld. Omdat de aanvullende klachten geen deel uitmaken van het oorspronkelijke verzoekschrift besluit het Hof die niet in behandeling te nemen.

Het onderzoekt wel de klacht onder art. 5 lid 1 EVRM dat klagster zonder redelijke verdenking in hechtenis zou zijn genomen. Daarbij overweegt het dat het op basis van de feiten en zonder een deugdelijke weerlegging van regeringszijde aannemelijk is dat T.M. zijn aanvankelijke beschuldiging jegens klagster inderdaad onder druk heeft afgelegd en dat het in feite ging om een valse aanklacht. Daarnaast merkt het op dat er ook verder geen objectief bewijs is overgelegd waaruit kon worden afgeleid dat klagster zich schuldig had gemaakt aan uitlokking van zelfmoord. De arrestatie en het voorarrest berustten dan ook niet op een redelijke verdenking. Voor de aanklachten die in 2015 nog zijn toegevoegd constateert het Hof dat zij hetzelfde patroon volgen als de aanklachten tegen andere NGO-activisten. In het onderhavige geval ziet het Hof geen enkele basis in het recht of in de feiten om de beschuldigingen te kunnen staven. De arrestatie en voorlopige hechtenis waren dan ook in strijd met art. 5 lid 1 EVRM. Gelet op de vaste rechtspraak over de rechterlijke toetsing en de omstandigheden van het geval concludeert het Hof bovendien dat art. 5 lid 4 EVRM is geschonden.

Ten aanzien van de klacht over de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM benadrukt het Hof dat het al in veel andere zaken tegen Azerbeidzjan heeft geoordeeld dat de autoriteiten in publieke uitlatingen vooruitliepen op het rechterlijk oordeel over de schuld van verdachten en dat ze het publiek probeerden te laten geloven in die schuld. Ook de onderhavige zaak volgt volgens het Hof dat patroon, reden waarom het ook art. 6 lid 2 EVRM geschonden acht.

Tot slot heeft klagster een beroep gedaan op art. 18 EVRM. Het Hof merkt op dat het al eerder heeft vastgesteld dat zaken als die van klagster onderdeel vormen van een reeks van kwesties waarbij steeds een patroon zichtbaar is van willekeurige detentie van mensen die kritisch staan tegenover de regering, waarbij sprake is van misbruik van strafrecht en vervolgingsrecht in de zin van art. 18 EVRM. Gelet op de feiten van de onderhavige zaak oordeelt het Hof dat ook deze kwestie hetzelfde patroon laat zien en dat ook hier sprake is van een schending van art. 18 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0227JUD003077815

Zaaknummer: nr. 30778/15

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, EVRM art. 5 lid 4, EVRM art. 6 lid 2 en EVRM art. 18

RECHTSPRAAK

**Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, HvJ EU 27
februari 2020, zaak C-836/18**

Art. 20 VWEU moet zo worden uitgelegd dat van een afhankelijkheidsverhouding die grond oplevert voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht op basis van dit artikel, niet reeds sprake is op de enkele grond dat de onderdaan van een lidstaat, die meerderjarig is en nooit gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer, en zijn echtgenoot, die meerderjarig en derdelander is, gehouden zijn om samen te leven krachtens de verplichtingen die uit het huwelijk voortvloeien overeenkomstig het recht van de lidstaat waarvan de Unieburger onderdaan is.

Op 13 november 2015 is RH, een Marokkaanse man, te Ciudad Real (Spanje) getrouwd met een Spaanse die nooit gebruik heeft gemaakt van haar recht van vrij verkeer in de Unie. Sinds het huwelijk wonen de echtgenoten in Ciudad Real, samen met de vader van de Spaanse. Op 23 november 2015 heeft RH een aanvraag ingediend voor een tijdelijke verblijfskaart als familielid van een Unieburger. Die aanvraag is afgewezen omdat RH's echtgenote onder meer niet zou beschikken over voldoende financiële middelen om te voorzien in de behoeften van RH. Bij de afwijzing is geen rekening gehouden met de relatie tussen de echtgenoten of de consequenties van de afwijzing voor de verplichting van RH om het land te verlaten. Ook is niet gekeken naar de bereidheid van de vader van de echtgenote van RH om te voorzien in de nodige financiële middelen. In verband hiermee heeft de Spaanse rechter een aantal prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ.

In het bijzonder vraagt de Spaanse rechter of art. 20 VWEU in de weg staat aan een afwijzing als de onderhavige. Daarbij merkt het Hof op dat het Unierecht in beginsel niet van toepassing is op een verzoek om gezinshereniging van een derdelander met een onderdaan van een lidstaat die nooit gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer. Niettemin kan in zeer bijzondere situaties toch een afgeleid verblijfsrecht krachtens art. 20 VWEU worden toegekend aan de derdelander die familielid is van een Unieburger. De weigering om aan een

derdelander een verblijfsrecht te verlenen kan daarbij alleen afbreuk doen aan het nuttige effect van het burgerschap van de Unie als er tussen de derdelander en de Unieburger, die een lid is van zijn familie, een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat deze ertoe zou leiden dat laatstgenoemde gedwongen is de betrokken derdelander te vergezellen en het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten. Wel kunnen op de dan bestaande verplichting om een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen uitzonderingen worden gemaakt die verband houden met de openbare orde en de bescherming van de openbare veiligheid. Bij de beoordeling moet daarnaast rekening worden gehouden met het recht op respect voor het gezinsleven dat voortvloeit uit art. 7 Hv. In het verlengde hiervan oordeelt het Hof dat een louter economisch doel, dat samenhangt met het onvoldoende aantonen van bestaansmiddelen, geen rechtvaardiging kan vormen voor zulke zware inbreuken op het effectieve genot van de belangrijkste rechten die uit de status van burger van de Unie voortvloeien. Tot slot merkt het Hof op dat de nodige procedurele waarborgen moeten worden geboden om ervoor te zorgen dat het nuttige effect van art. 20 VWEU behouden blijft, wat onder meer betekent dat de rechter moet kunnen beslissen op basis van gegevens die de betrokken derdelander en Unieburger vrijelijk moeten kunnen overleggen, en zonodig de nodige onderzoeken moet verrichten om na te gaan of er tussen twee personen een afhankelijkheidsverhouding bestaat die zodanig is dat aan de derdelander in beginsel een afgeleid verblijfsrecht moet worden toegekend.

In de tweede plaats heeft de Spaanse rechter gevraagd of er een afhankelijkheidsverhouding kan ontstaan als sprake is van een huwelijk tussen twee meerderjarige mensen waarbij naar nationaal recht voor de echtgenoten een verplichting tot samenleven bestaat. Het Hof is van oordeel dat in die situatie alleen in uitzonderlijke gevallen een afgeleid verblijfsrecht op grond van art. 20 VWEU kan ontstaan, namelijk in gevallen waarin de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkele wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is. Zo'n bijzondere omstandigheid bestaat op zichzelf niet in het enkele feit dat het voor een onderdaan misschien wenselijk is dat de leden van zijn familie, die geen Unieburgers zijn, bij hem op het grondgebied van de Unie kunnen verblijven. Wel stelt het HvJ vast dat een beginsel van internationaal recht, dat opnieuw is bevestigd bij art. 3 P4 EVRM, zich ertegen verzet dat een lidstaat zijn eigen onderdanen het recht van toegang tot zijn grondgebied en verblijf op dat grondgebied op welke grond ook ontzegt. De onderdanen van een lidstaat beschikken dus over een onvoorwaardelijk verblijfsrecht op het grondgebied van de lidstaat. Een lidstaat kan dus niet rechtmatig een van zijn onderdanen verplichten zijn grondgebied te verlaten om met name de verplichtingen na te leven die uit diens huwelijk voortvloeien, zonder dit beginsel van internationaal recht te schenden. Als er dus een samenlevingsplicht voor gehuwden bestaat, dan kan een dergelijke verplichting een onderdaan van een lidstaat dus nooit rechtens verplichten om het grondgebied van de Unie te

verlaten, ook niet wanneer aan de echtgenoot-derdelander geen recht van verblijf op het grondgebied van die lidstaat zou worden verleend. Een op de echtgenoten rustende wettelijke verplichting om samen te leven volstaat dan ook op zichzelf niet om aan te tonen dat er tussen de echtgenoten sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat de Unieburger verplicht is om bij uitwijzing van zijn echtgenoot buiten het grondgebied van de Unie, deze te vergezellen en ook zelf het grondgebied van de Unie te verlaten. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt bovendien dat de Spaanse verplichting voor de echtgenoten om samen te leven niet in rechte afdwingbaar is.

In dit licht komt het HvJ tot de conclusie art. 20 VWEU zo moet worden uitgelegd dat van een afhankelijkheidsverhouding die grond oplevert voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht niet reeds sprake kan op de enkele grond dat de onderdaan van een lidstaat, die meerderjarig is en nooit gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer, en zijn echtgenoot, die meerderjarig en derdelander is, gehouden zijn om samen te leven krachtens de verplichtingen die uit het huwelijk voortvloeien overeenkomstig het recht van de lidstaat waarvan de Unieburger onderdaan is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 27-02-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:119

Zaaknummer: C-836/18

Rechters: E. Regan, I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič en C. Lycourgos

Wetsartikelen: EVRM Vierde Protocol art. 3, VWEU art. 20 en Hv art. 7

RECHTSPRAAK

**A.S.N. e.a. t. Nederland, EHRM 25 februari 2020, nrs.
68377/17 en 530/18**

Twee Sikh-families zijn vanuit Afghanistan naar Nederland gevlucht. Hun asielverzoeken zijn afgewezen vanwege de ongeloofwaardigheid van hun relaas over eerder geweldgebruik in Afghanistan en klagers dreigen nu te worden uitgezet naar Afghanistan. Het Hof oordeelt dat de Sikhs in Afghanistan weliswaar een kwetsbare positie hebben, maar dat die niet zodanig is dat uitzetting van Sikhs helemaal niet mogelijk is. In het onderhavige geval zijn bovendien de risico's primair van humanitaire aard. Uitzetting levert dan ook geen concreet risico van een art. 3 EVRM-schending op. Drie dissenters (Lemmens, Vehabovic en Schukking) vinden dat het Nederlandse onderzoek onvoldoende zorgvuldig was, omdat de beleidsregels te weinig ruimte lieten voor het laten meewegen van individuele risico's.

Klagers zijn twee Sikh-families die vanuit Afghanistan naar Nederland zijn gevlucht. De reden daarvoor is volgens hen gelegen in gewelddadigheden en bedreigingen door derden die zijn ingegeven door het feit dat ze Sikhs zijn. In Nederland hebben zij asiel aangevraagd, maar die verzoeken zijn afgewezen omdat de Nederlandse staatssecretaris de vluchtrelazen en de verhalen over de gewelddadigheden en bedreigingen niet geloofwaardig vond. In beroep en hoger beroep bleef dit oordeel in stand. Ook een tweede asielverzoek werd afgewezen, waarbij onder meer werd aangegeven dat uit landenrapporten bleek dat mensen in de situatie van klagers geen bijzonder of concreet risico zouden lopen voor hun leven of veiligheid als zij zouden terugkeren naar Afghanistan.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat uitzetting naar Afghanistan in strijd zou komen met art. 2 en 3 EVRM; het Hof besluit de zaak alleen onder art. 3 EVRM te behandelen. Daarbij herhaalt het allereerst zijn eerdere jurisprudentie dat de algehele situatie in Afghanistan niet zodanig ernstig is (in ieder geval in Kabul) dat uitzetting in het geheel niet aanvaardbaar zou

zijn. Wel kan het zijn dat dit voor specifieke minderheidsgroepen anders is. Het Hof onderzoekt daarom of Sikhs in Afghanistan systematisch aan geweld of vervolging worden onderworpen. De regering is van oordeel dat dit niet het geval is en dat dat oordeel op internationale rapporten en andere bronnen is gebaseerd. Het Hof overweegt dat uit deze stukken en op basis van zelf opgevraagd materiaal blijkt, dat de situatie van de Sikhs in Afghanistan in algemene zin zorgelijk is, in die zin dat er rapporten zijn over discriminatie, politiegeweld, intolerantie en intimidatie. Tegelijkertijd wordt er enige bescherming geboden aan deze groep door de autoriteiten. Al met al is het Hof er niet van overtuigd dat de Sikhs als groep aan een systematische situatie van mishandeling worden blootgesteld. Dit betekent echter nog niet dat klagers zonder meer naar Afghanistan mogen worden uitgezet; daarvoor is nodig dat ook in de individuele situatie wordt nagegaan of er bijzondere risico's bestaan. In dit verband wijst het Hof erop dat klagers niet aannemelijk hebben kunnen maken op nationaal niveau dat zij slachtoffer van geweld zijn geworden. Gelet op de zorgvuldigheid van de nationale procedure en gelet op het feit dat de nationale autoriteiten beter in staat zijn om zo'n beoordeling te maken dan het Hof, is het Hof niet geneigd van deze beoordeling af te wijken. Dat klagers niet aan concreet aantoonbaar geweld zijn blootgesteld betekent echter nog niet dat zij in de toekomst geen risico daarvoor zouden lopen. De risico's die klagers hebben beschreven betreffen echter vooral het feit dat de kinderen in Kaboel niet naar school zouden kunnen gaan, dat ze geen huisvesting zouden hebben en dat ze werkloos zouden zijn. Het Hof stelt vast dat de nationale beoordeling geen ruimte liet voor een volledige beoordeling in het licht van art. 3 EVRM van de risico's van klagers in hun individuele situatie; gekeken is slechts naar hun situatie als leden van de groep van Sikhs als geheel. Niettemin is het Hof van oordeel dat de nationale autoriteiten, ook als ze dit wel hadden kunnen beoordelen, niet tot de conclusie hadden hoeven komen dat er een art. 3-risico was geweest. De problemen waarop klagers wijzen zijn namelijk van overwegend humanitaire aard en zijn niet ernstig genoeg om de drempel van ernst ('threshold of severity') van art. 3 EVRM te overschrijden. Gelet daarop ziet het Hof geen schending van art. 3 EVRM wanneer klagers naar Afghanistan zouden worden uitgezet (4 stemmen tegen 3).

Rechters Lemmens, Vehabovic en Schukking hebben een 'joint partly dissenting opinion' toegevoegd aan de uitspraak waarin zij vooral betogen dat de nationale beoordeling ten onrechte niet de individuele omstandigheden van klagers in hun afwegingen en risicocalculaties hebben betrokken en dat, als dat wel zo was geweest, tot de conclusie zou moeten worden gekomen dat art. 3 EVRM wel degelijk dreigt te worden aangetast bij uitzetting.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD006837717

Zaaknummer: nrs. 68377/17 en 530/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

**Sigríður Elín Sigfúsdóttir t. IJsland, EHRM 25 februari 2020,
nr. 41382/17**

Klaagster was directeur van de zakelijke bankafdeling van de omgevallen bank Landsbanki. Zij is strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld vanwege o.m. marktmanipulatie. Later kwamen via de media berichten naar buiten dat een aantal rechters aandelen had gehad in Landsbanki, waaronder rechters die klaagster hadden veroordeeld. Het Hof oordeelt voor één rechter dat vanwege de omvang van de aandelenportefeuille er inderdaad een objectief gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid kon zijn ontstaan, in strijd met art. 6 EVRM.

Klaagster was van 2003-2008 directeur van de zakelijke bankafdeling van Landsbanki; in 2008-2009 was zij CEO van New Landsbanki. In verband met transacties met aandeelhouders die onder haar gezag waren aangegaan vlak voordat Landsbanki ten tijde van de bankencrisis omviel, werd zij in 2013 strafrechtelijk vervolgd. In eerste aanleg werd zij vrijgesproken van de aanklacht van medeplichtigheid bij marktmanipulatie, fraude en misbruik van positie, maar in 2015 werd zij door de Hoge Raad van IJsland alsnog veroordeeld door een panel van vijf rechters. Later kwamen via de media berichten naar buiten dat een aantal rechters aandelen had gehad in Landsbanki, waaronder rechters van de Hoge Raad die in klaagsters zaak hadden geoordeeld. Het 'Committee on Judicial Functions' legde naar aanleiding hiervan uit dat rechters alleen melding hoefden te maken van dergelijke aandelen wanneer die minimaal een bepaalde waarde vertegenwoordigden (3 miljoen IJslandse kronen); later werd ook informatie hierover en over de precieze waarde van de aandelen van de genoemde rechters op de website van de Hoge Raad gepubliceerd. Klaagster verzocht naar aanleiding van deze informatie om heropening van de strafzaak tegen haar, met de stelling dat de rechters bevooroordeeld zouden zijn geweest. Het 'Committee on Reopening of Judicial Proceedings' accepteerde dit verzoek, omdat in ieder geval een van de rechters, V.M.M., zodanige aandelen had in de bank dat er een redelijk vermoeden kon zijn van bevooroordeeldheid. De procedure over

heropening is momenteel nog aanhangig.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat de rechters die haar in hoger beroep hebben veroordeeld niet onafhankelijk en onpartijdig waren, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt voorop dat een verzoek om heropening van een strafzaak niet kan worden gezien als een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 35 lid 1 EVRM en dat de zaak dus ook niet prematuur kan worden geacht omdat de procedure over heropening van de zaak nog aanhangig is bij de Hoge Raad.

Ten aanzien van de inhoud van de klacht overweegt het Hof dat een van de rechters geen aandelen had in Landsbanki en dat een andere rechter aandelen had voor een waarde die lager waren dan wat volgens het Committee on Judicial Functions moest worden gerapporteerd. Het Hof is van oordeel dat in die situatie geen zodanige bevooroordeeldheid kan ontstaan dat er een risico is voor de onpartijdigheid. Dit is anders voor rechter V.M.M., die voor meer dan 8,5 miljoen Kronen aan aandelen was kwijtgeraakt. Ook op nationaal niveau is al erkend dat dit een zodanig bedrag was dat redelijkerwijs de vrees kan ontstaan dat de kamer die de zaak tegen klagster beoordeelde niet onpartijdig was. Het enkele feit dat dit alleen voor V.M.M. gold en niet voor de andere vier rechters doet daar niet aan af, nu vanwege het geheim van de raadkamer ook niet kan blijken wat de precieze invloed van V.M.M. is geweest op het eindoordeel. Gelet daarop stelt het Hof een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD004138217

Zaaknummer: nr. 41382/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

Y.I. t. Rusland, EHRM 25 februari 2020, nr. 68868/14

Vanwege drugsgebruik door de moeder is haar de ouderlijke macht over haar drie kinderen ontnomen. Voor een dergelijke, zware inbreuk op het recht op respect voor het gezinsleven moet volgens het Hof een zware rechtvaardiging bestaan en de procedure moet zorgvuldig verlopen. De onderhavige procedure vertoonde echter tal van tekortkomingen en er zijn onvoldoende redenen gebleken die de zware maatregel konden rechtvaardigen. Schending art. 8 EVRM.

Klaagster is moeder van drie kinderen van twee verschillende vaders. Sinds 2004 is zij verslaafd aan drugs. In 2013 werd zij in verband met een drugsgerelateerd delict gearresteerd, waardoor zij niet voor haar kinderen kon zorgen. Die werden om die reden tijdelijk in een kindertehuis resp. kinderziekenhuis overgebracht. In 2014 werd klaagster veroordeeld tot zes jaar gevangenisstraf vanwege drugshandel en werd besloten om klaagster van de ouderlijke macht te ontheffen; de twee jongste kinderen zijn daarop in een pleeggezin geplaatst, terwijl de oudste bij zijn vader werd ondergebracht.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de ontheffing uit de ouderlijke macht in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof stelt voorop dat deze beslissing de juridische relatie tussen klaagster en haar kinderen volledig heeft doorgesneden en dat zij daardoor ook geen omgangsrechten meer heeft, zodat sprake is van een zeer ernstige inbreuk. Daarvoor kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden een rechtvaardiging worden gevonden, die moet zijn gelegen in een dwingende behoefte die samenhangt met de belangen van het kind. Ook moet de procedure zeer zorgvuldig verlopen. In het onderhavige geval geldt daarbij dat er op zichzelf relevante redenen naar voren zijn gebracht om maatregelen te treffen ten aanzien van de zorg voor de kinderen. De initiële uithuisplaatsing van de kinderen was ook een te billijke maatregel, maar dat zou een maatregel van tijdelijke aard moeten zijn. Het Hof stelt verder vast dat pas na de arrestatie van klaagster er aandacht is gekomen voor het gezin, en dat daarbij geen enkele poging is gedaan om klaagster te assisteren in en te adviseren over de passende zorg voor de kinderen. Dat zou tegelijkertijd wel de taak van de

kinderbeschermingsautoriteiten moeten zijn. Een tekortkoming is voorts dat de rechters geen verder onderzoek hebben gedaan naar de inconsistenties in de getuigenverklaringen over de vraag of klagsters drugsgebruik bij de kinderen bekend was. Ook is geen waarde gehecht aan de duidelijke voornemens en pogingen van klagster om af te kicken, aan het feit dat is gebleken dat klagster haar kinderen nooit heeft verwaarloosd en aan het gebleken gegeven dat er een sterke en wederzijdse affectieve band bestond tussen klagster en haar kinderen. Gelet daarop waren de op zichzelf relevante redenen voor de beslissing van de rechter om de ouderlijke macht op te heffen niet voldoende om die beslissing te kunnen rechtvaardigen. Schending art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUDoo6886814

Zaaknummer: nr. 68868/14

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Abukauskai t. Litouwen, EHRM 25 februari 2020, nr.
72065/17**

Nadat het huis van klagers in brand is gestoken, is op nationaal niveau een strafrechtelijk onderzoek ingesteld, maar dit heeft te weinig bewijs opgeleverd om iemand te kunnen vervolgen. Volgens klagers is daarbij het onderzoek tekortgeschoten. Het Hof constateert dat in dit geval alleen schade is veroorzaakt aan het huis en de eigendommen van klager, zonder dat er gevaar is geweest voor leven of gezondheid van klagers. Alleen flagrante en ernstige tekortkomingen in het strafproces kunnen in dat geval een schending van art. 1 EP EVRM opleveren. Daarvan was in dit geval geen sprake.

In klagers' huis heeft in 2013 een brand gewoed, waarvan de brandweer vermoedde dat die was aangestoken. Naar aanleiding hiervan is een onderzoek ingesteld, waarbij aanvankelijk P.K. als verdachte van brandstichting werd aangewezen; uiteindelijk werd P.K. echter niet vervolgd omdat er onvoldoende bewijs zou zijn tegen hem. Daarop hebben klagers een tuchtprocedure tegen de verantwoordelijke politiemensen ingesteld omdat het onderzoek ontoereikend zou zijn geweest; daarin werden zij wel in het gelijk gesteld, maar omdat de gemaakte fouten niet zodanig waren dat dit invloed zou moeten hebben op de vervolgingsbeslissing, werden hieraan geen consequenties verbonden. Ook een staatsaansprakelijkheidsprocedure leidde niet tot het door klagers gewenste resultaat.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat sprake was van strijd met de procedurele positieve verplichtingen onder art. 1 EP EVRM. Het Hof wijst er daarbij allereerst op dat alleen sprake is geweest van schade aan woning en eigendommen en dat er geen risico's hebben bestaan voor het leven en de gezondheid van klagers zelf. Dit maakt dat de onderzoeksverplichtingen voor de staat minder vergaand zijn dan wanneer art. 2 of 3 EVRM aan de orde zijn. Het Hof moet nu vooral onderzoeken of sprake was van flagrante en ernstige tekortkomingen in het strafrechtelijk onderzoek, die bovendien niet konden worden gecompenseerd door het instellen van een civiele schadevergoedingsprocedure op nationaal niveau. In dit licht

constateert het Hof allereerst dat op zichzelf voldoende bewijs is verzameld en dat daarmee voldoende zorgvuldig is omgegaan. Daarnaast hebben klagers gedurende de procedure een vrij passieve opstelling gekozen, waarbij zij niet hebben gevraagd om aanvullende onderzoekshandelingen uit te voeren, terwijl dit wel mogelijk was geweest. Ook hebben zij niet alle beroepsmogelijkheden benut. In die omstandigheden kunnen de tekortkomingen niet zodanig worden gevonden dat sprake is van strijd met art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD007206517

Zaaknummer: nr. 72065/17

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Paixão Moreira Sá Fernandes t. Portugal, EHRM 25 februari 2020, nr. 78108/14

Klager heeft een gesprek opgenomen waaruit bleek dat een zakenman een gemeenteraadslid probeerde om te kopen. Op aanklacht van de zakenman is klager vervolgens strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld tot betaling van een geldboete, omdat het opnemen onrechtmatig was. Het Hof oordeelt dat klager in de nationale procedure onvoldoende zijn standpunt naar voren heeft kunnen brengen. Daarnaast was de motivering voor de veroordeling onvoldoende draagkrachtig en waren de rechters niet helemaal objectief onpartijdig vanwege kritische uitslatingen die zij in de pers hadden gedaan. Schending art. 6 EVRM.

Klager is een advocaat die in 2006 werd gecontacteerd door een zakenman die hem een som geld aanbood als klager zijn broer, lid van de gemeenteraad van Lissabon, ervan zou overtuigen dat hij zijn bezwaren tegen een contract van de zakenman met de gemeenteraad moest opgeven. Klager had dit gesprek heimelijk opgenomen en maakte er vervolgens melding van bij de politie. Daarna trad hij als undercoveragent op in samenwerking met de politie om verdere afspraken te maken met de zakenman. De laatste werd uiteindelijk strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld wegens omkoping. De zakenman stelde vervolgens een klacht in tegen klager vanwege het stiekem opnemen van het eerste gesprek. Klager werd hiervoor op zijn beurt strafrechtelijk vervolgd; in eerste aanleg werd hij vrijgesproken, maar in hoger beroep werd hij veroordeeld tot betaling van een geldboete.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn veroordeling in hoger beroep niet was gebaseerd op een directe beoordeling van het relevante bewijsmateriaal en dat dit in strijd is met art. 6 EVRM. Het Hof constateert dat in eerste aanleg een hoorzitting heeft plaatsgevonden waarbij klager en verschillende getuigen zijn gehoord en waarbij de rechter oordeelde dat klager niet wist dat wat hij deed ongeoorloofd was. In hoger beroep constateerde de rechter dat klager dat wel degelijk wist, maar die constatering was niet gebaseerd op een eigen ondervraging van klager of de getuigen. Dat betekent dat klager niet

zijn eigen verhaal naar voren heeft kunnen brengen en niet heeft kunnen verduidelijken of hij nu wel of niet wist dat zijn handelen onrechtmatig was. Daardoor is geen sprake geweest van een eerlijk proces, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

In de tweede plaats heeft klager aangevoerd dat de motivering van het oordeel van het hof van beroep niet voldoende draagkrachtig was. Het Hof stelt vast dat er niet alleen geen sprake is geweest van een directe en nieuwe bewijsvergaring, maar ook dat de rechter geen rekening heeft gehouden met klagers motief om in het algemeen belang te handelen en de corrupte houding van de zakenman aan te kunnen kaarten. Die overwegingen hadden in eerste aanleg juist wel een rol gespeeld en hadden daar bijgedragen aan de bevinding dat klagers handelen gerechtvaardigd was geweest. Het feit dat het hof van beroep hierop niet is ingegaan maakt samen met enkele andere omstandigheden dat het Hof ook op dit punt een schending van art. 6 EVRM vaststelt.

Tot slot heeft klager naar voren gebracht dat twee van de drie rechters die oordeelden over de strafmaat in hoger beroep niet onpartijdig waren. Klager had naar aanleiding van de veroordeling door het hof van beroep namelijk kritische uitlatingen gedaan in de pers, waarop deze twee rechters hadden gesuggereerd dat er een disciplinaire procedure tegen hem zou moeten worden gestart. Onder meer deze omstandigheid maakt dat ook hier sprake is van een schending van art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD007810814

Zaaknummer: nr. 78108/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6

ANNOTATIE

Religious Community of Jehovah's Witnesses t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 52884/09) - Importverbod religieuze boeken, geen toestemming comité

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

1. Deze zaak betreft een klassiek geval van ontoelaatbare censuur. Volgens Azerbeidzjaanse wetgeving mogen individuen en religieuze gemeenschappen vrijelijk literatuur, voorwerpen van religieuze aard en ander materiaal met religieuze inhoud importeren en verspreiden, mits daarvoor toestemming is verleend door de relevante uitvoerende autoriteit (art. 22 Wet op de vrijheid van religieus geloof), te weten het Staatscomité voor relaties met religieuze gemeenschappen (hierna: het Staatscomité). Dit Staatscomité mag toestemming weigeren indien een bepaald werk volgens hem religieuze intolerantie bevordert of beledigingen van andere religies inhoudt. Het Staatscomité heeft het er maar druk mee, zo blijkt uit een rapport van de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) uit 2011. In 2009 gaf het Staatscomité toestemming voor de verspreiding van 2332 religieuze werken en weigerde het toestemming in 380 gevallen, in 2010 was de verhouding 1750:375.

2. Klager, de in 1999 in Azerbeidzjan geregistreerde Geloofsgemeenschap van Jehova's Getuigen, onderging vanaf 2002 regelmatig het lot van importweigeringen van enkele religieuze boeken. Zo ook in 2008, toen het Staatscomité toestemming weigerde voor de import van drie van de zes boeken waarvoor klager toestemming wenste, namelijk: *'Worship the Only True God'*, *'What does the Bible really teach?'* en *'What is the Purpose of Life?'*.^[1] Als weigeringsgrond voerde het Staatscomité aan dat de boeken passages bevatten die vijandig zijn ten opzichte van andere religies en levensovertuigingen. Tegen deze weigering procedeerde klager zonder succes tot aan de Azerbeidzjaanse Hoge Raad, die uitspraak deed in 2009, waarna klager een klacht indiende bij het Europees Hof in Straatsburg.

3. Het Europees Hof beoordeelt de klacht onder art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), geïnterpreteerd in het licht van art. 9 EVRM (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging). Voor partijen staat niet ter discussie dat de geweigerde toestemming voor import een inperking inhoudt van de vrijheid van meningsuiting. Verder toont het Hof zich bereid uit te

gaan van het legitieme doel van de getroffen maatregel, zoals dat door de regering naar voren is gebracht, namelijk de bescherming van de rechten van anderen, in dit geval de christelijke en joodse geloofsgemeenschappen in Azerbeidzjan.

4. Anders ligt dat ten aanzien van de vereiste wettelijke grondslag voor de inperking. Die grondslag betreft art. 22 van de Wet op de vrijheid van geloofsovertuiging in samenhang met art. 9.2 van de Regeling op het Staatscomité voor samenwerking met religieuze gemeenschappen. Deze regelingen zijn weliswaar toegankelijk, maar over de voorzienbaarheid ervan bestaat minder duidelijkheid. Het Hof twijfelt zeer of deze wet er wel mee door kan. Het herhaalt daarbij zijn vaste uitgangspunten, die de moeite waard blijven te benadrukken. Zij komen er kortweg op neer dat wetgeving voldoende precies moet zijn voor mensen om hun gedrag erop af te stemmen, hoewel absolute zekerheid niet is vereist. Dat laatste zou leiden tot excessief rigide wetgeving, terwijl wetgeving juist ruimte moet houden voor de toepassing ervan in veranderende omstandigheden. Wetgeving is veelal in meer of mindere mate vaag en vergt interpretatie en toepassing ervan in de praktijk. Het niveau van precisie hangt in aanzienlijke mate af van de inhoud van de wet, het domein waarop het betrekking heeft en het aantal en de status van hen die normadressaat zijn, aldus het Hof.[2]

5. Het Hof komt tot het oordeel dat van een gebrek aan voorzienbaarheid in dit geval geen sprake is geweest. Veel woorden maakt het daaraan niet vuil. Daardoor roept het oordeel op dit onderdeel enkele vragen op, evenals – hoewel op andere wijze – de benadering door het Hof in de vergelijkbare zaak *Ibragim t. Rusland* over boekverboden.[3] Het Hof constateert namelijk dat de desbetreffende wet niet de gronden specificeert op grond waarvan de import van religieuze publicaties niet is toegestaan. Daarnaast refereert het naar een Opinie van de Venetiëcommissie uit 2012,[4] waarin zij oordeelde dat de desbetreffende wetsbepaling van aan informatieverspreiding vereiste voorafgaande toestemming een directe inbreuk maakt op art. 10 EVRM en de aanbeveling deed de wetsbepaling in zoverre te herzien. Het Hof schaart zich kennelijk niet geheel achter deze Opinie. Waarom eigenlijk niet, is dan de vraag.

6. Het Hof had zich beslister kunnen en mogen uitlaten over de kwaliteit van de betreffende wetgeving en de gevolgen daarvan voor zijn eindoordeel. Het had daarmee een interessante en nuttige mijlpaal kunnen slaan in zijn jurisprudentie met betrekking tot de grenzen aan de inperking van mensenrechten wegens een inadequate wettelijke grondslag. Vaak genoeg blijft de negatieve gevolgtrekking van het Hof in zijn beoordeling van wettelijke grondslagen beperkt tot evidente gevallen waarin enige grondslag bijvoorbeeld geheel ontbreekt, er sprake is van willekeur of onvoldoende procedurele waarborgen, zoals o.a. het geval is in de gelijktijdig uitgebrachte zaak *Nasirov*, eveneens gaand over boekverspreiding door Jehova's getuigen in Azerbeidzjan, maar dan wat betreft de bestuurlijke detentie naar aanleiding daarvan.[5] Nadere motivering van het Hof zou nuttig zijn in het geval het afwijkt op een

specifiek oordeel over een concrete wettelijke bepaling van een gezaghebbend onafhankelijk orgaan van dezelfde internationale organisatie als waarvan het Hof onderdeel uitmaakt. Of had het ermee te maken dat de Venetiëcommissie haar Opinie voornamelijk lijkt te onderbouwen met het argument dat de genoemde wettelijke bepaling ondeugdelijk is vanwege het gebrek aan noodzaak ervan in een democratische samenleving? Als dat het geval is, valt moeilijk in te zien waarom het Hof dat argument niet mede gebruikt ter onderbouwing van zijn oordeel dat zijn eigen beoordeling zich juist daarop moet toespitsen. Evenmin had het misstaan om dan nog in te gaan op de verhouding tussen de gebrekkigheid van wetgeving conform de hiervoor genoemde kwaliteitseisen en de gebrekkigheid ervan – zo laat het oordeel van de Venetiëcommissie zich lezen – in het licht van de noodzakelijkheid. De beoordeling van de noodzakelijkheid richt zich immers doorgaans op de toepassing van een wettelijke regeling in de praktijk en niet zozeer op de kwaliteit van de vereiste wettelijke grondslag als zodanig. Het Hof laat dit alles achterwege en kiest ervoor de zaak verder te beoordelen in het licht van de noodzakelijkheid ervan in een democratische samenleving.[6] Tegen deze achtergrond is het opvallend dat het Hof in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid niet meer verwijst naar de Opinie van de Venetiëcommissie en juist weer wel naar de kwaliteit van de wet gelet op de erin opgenomen open normen en de twijfels over de wettelijke grondslag (par. 34 en 39).

7. In het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inperking beoordeelt het Hof de dwingende maatschappelijke behoefte, de proportionaliteit van de maatregel en of de rechters relevante en voldoende redenen hebben aangevoerd voor hun beslissingen. Het benadrukt daarbij dat de *margin of appreciation* klein is en zijn supervisie op de beperkingen te meer noodzakelijk, gelet op (a) de tamelijk open wettelijke term ‘respect voor de religieuze geloofsovertuigingen overtuigingen van anderen’,[7] (b) de risico’s van excessieve vrijheidsinperking onder het mom van actie tegen vermeend *offensive material* en (c) de in geding zijnde voorafgaande inperking (*prior restraint*)[8] (par. 34). Dit uitgangspunt en de eraan gekoppelde criteria zijn ook relevant voor o.a. de Nederlandse staat, die zich alweer enige tijd buigt over de aanpak van ‘problematisch gedrag’ en ‘ongewenste buitenlandse financiering’.[9]

8. In zijn uitwerking gaat het Hof voornamelijk in op de vraag of de nationale rechters relevante en voldoende redenen hebben aangevoerd voor hun beslissingen. Het hanteert daarbij een gecombineerd procedureel-materiële benadering. Daarbij acht het vooral relevant of de rechters een adequate afweging hebben gemaakt tussen enerzijds het belang van de vrijheid van meningsuiting van de Jehova’s Getuigen en anderzijds de bescherming van het recht van (andere) religieuze personen en gemeenschappen om niet beledigd te worden op grond van hun geloof. Het oordeel van het Hof is niet mals en vertoont daarmee ook op dit

punt sterke gelijkenis met de al eerdere genoemde zaak *Ibragim t. Rusland*. Het Hof wijst erop dat de nationale rechter in essentie alleen is afgegaan op een niet nader getoetst expertrapport. Verder heeft de rechter bij zijn beoordeling niet betrokken de algemene en religieuze context^[10] van het boek en ook geen specifieke omstandigheden benoemd die zouden kunnen wijzen op spanningen of gevoeligheden in de desbetreffende periode. Verder zijn de rechters volgens het Hof niet ingegaan op het effect van de boekenboycot op klagers' rechten en hebben zij geen afweging gemaakt tussen de verschillende in het geding zijnde rechten. Tot slot hebben de appelrechter en Hoge Raad deze gebreken niet hersteld, maar in plaats daarvan kortweg geconcludeerd dat de religieuze intolerantie, zoals die zou blijken uit de betreffende boeken, een geldige reden was om ze te verbieden.

9. Gelet op de wel zeer beperkt gemotiveerde uitspraken van de nationale rechters is het onontkoombaar dat het Hof unaniem tot de conclusie komt dat zij geen relevante en voldoende redenen hebben aangedragen voor de inperking van klagers' recht op vrijheid van meningsuiting en dat deze vrijheid is geschonden. Tegelijkertijd blijft het euvel van de gebrekkige wetgeving ongeadresseerd, ongeacht het kritische advies en de aanbeveling van de Venetiëcommissie en de verwijzing daarnaar door het Hof. Dat blijft, zoals hiervoor toegelicht, onbevredigend.

10. Voor de Nederlandse situatie maakt dat weinig uit, in zoverre Nederland weliswaar (ook) te maken heeft met (religieuze of levensbeschouwelijke) uitingen die soms als problematisch of intolerant kunnen worden beschouwd, maar censuur in Nederland – anders dan in veel andere landen - verboden is (art. 7 Grondwet). Dat laat overigens onverlet dat in Nederland opvallende arrangementen worden ontwikkeld waarmee (religieuze) uitingen op toelaatbaarheid (kunnen) worden beoordeeld en waaraan sancties kunnen worden verbonden, zonder dat daar een rechter aan te pas komt, tenzij bezwaar en beroep worden ingesteld. Voorbeelden daarvan betreffen de speciaal daartoe ingestelde 'Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef'^[11] en een mogelijke nieuwe taak voor de onderwijsinspectie.^[12] Dat roept vragen op vanuit het perspectief van o.a. de vrijheid van meningsuiting mede in het licht van de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing. Voor die situaties leert onderhavige uitspraak in elk geval dat ten minste adequate rechterlijke toetsing van genoemde expert- en inspectiebeoordelingen mogelijk moet zijn en in de praktijk ook daadwerkelijk plaatsvindt. Daarmee kan de rechter de wetgever helpen om EVRM-schendingen te voorkomen.

Paul van Sasse van Ysselt, hoofd cluster grondrechten bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van BZK, tevens verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht VU Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Amsterdam.

- [1] Voor een beknopte inhoudsweergave van de drie geweigerde boeken, zie par. 10.
- [2] Vgl. uitgebreider over deze vereisten, o.a.: A. Cuyvers en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'De Europese kreukelzone van de wetgever – Goede wetgeving vanuit het EU en EVRM-perspectief', *RegelMaat* 2018/afl. 5.
- [3] Vgl. dezelfde benadering van het Hof in: *Ibragim Ibragimov e.a. t. Rusland* EHRM 28 augustus 2018, nrs. 1413/08 en 28621/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD000141308, par. 96, «EHRC» 2018/225 m.nt. Huijbers. De zaak betreft het verbod van het publiceren en distribueren van religieuze teksten van Said Nursi.
- [4] Joint Opinion on the Law on Freedom of Religious Belief of the Republic of Azerbaijan by the European Commission of Democracy through Law (the Venice Commission) and the OSCE/ODIHR (Venice, 12-12 October 2012).
- [5] *Nasirov e.a. t. Azerbeidzjan*, EHRM 20 februari 2020, nr. 58717/10, ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005871710, «EHRC Updates» 2020-06, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt.
- [6] Vgl. *Ibragim Ibragimov t. Rusland*, reeds aangehaald.
- [7] Vgl. *Murphy t. Ierland*, EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98, par. 68, ECLI:CE:ECHR:2003:0710JUD004417998, «EHRC» 2003/72 m.nt. Brems.
- [8] Vgl. *Ibragim Ibragimov t. Rusland*, reeds aangehaald.
- [9] *Kamerstukken II* 29 614 2019/20, nr. 150.
- [10] Vgl. *Ibragim Ibragimov t. Rusland*, reeds aangehaald.
- [11] Regeling van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van , nr. HO&S/1180908, houdende instelling van de Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef (Regeling Commissie beoordeling uitingen maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef), ingesteld in het kader van de Wet beschermen namen en graden hoger onderwijs, Stb. 2017, 97.
- [12] Vgl. Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met verduidelijking van de burgerschapsopdracht aan scholen in het funderend onderwijs, *Kamerstukken* 35 352.

RECHTSPRAAK

**Religious Community of Jehovah's Witnesses t.
Azerbeidzjan, EHRM 20 februari 2020, nr. 52884/09**

In Azerbeidzjan is het nodig om toestemming van een Comité te krijgen voor het importeren van religieuze boeken. Die toestemming is een aantal keren aan de Azerbeidzjaanse tak van de Jehova's Getuigen geweigerd, maar de uitspraken van het Comité en van nationale rechters waren niet consistent. Het Hof betwijfelt of de beslissingen op basis van de wet voldoende voorzienbaar waren, maar concludeert vooral ten gronde dat sprake is van een schending van de vrijheid van meningsuiting omdat er onvoldoende relevante redenen zijn gegeven voor een importverbod.

Sinds 2002 heeft klager, de Azerbeidzjaanse tak van de Jehova's Getuigen, een heel aantal malen om toestemming gevraagd aan het bevoegde Comité om religieuze literatuur te mogen importeren die zij nodig hadden voor het kunnen uitoefenen van hun godsdienstige activiteiten. Daarop zijn verschillende tegenstrijdige resultaten gevolgd, waarbij dezelfde titels nu eens wel, dan weer niet mochten worden geïmporteerd. In 2008 werd wederom een weigering voor de import van een boek uitgesproken; tegen deze weigering heeft klager zonder succes tot in hoogste instantie geprocedeerd.

Het EHRM besluit deze zaak te beoordelen in het licht van de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM, gelezen in het licht van de door art. 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid. Het acht het evident dat het verbieden van de import van een boek een inbreuk vormt op art. 10 EVRM. Voor het verbod bestond weliswaar een wettelijke basis, maar volgens klager was die vanwege de inconsistente uitspraken onvoorzienbaar. Het Hof merkt op dat de Venetiëcommissie daarnaast heeft gesteld dat het vereiste om voorafgaand verlof te krijgen voor een verspreiding van informatie, hoe dan ook in strijd is met art. 10 lid 1 EVRM en zou moeten worden aangepast. Het Hof geeft aan grote aarzelingen te hebben bij de wettelijke voorzienbaarheid bij gebreke aan heldere criteria, maar besluit de zaak niet op deze grond af te doen omdat het de zaak primair wil beoordelen op het vereiste van noodzakelijkheid.

In dit verband stelt het Hof voorop dat de *margin of appreciation* van de staat klein is als het gaat om een voorafgaand verbod van uitingen. De vraag is dan ook of de nationale rechters relevante en voldoende redenen voor hun beslissingen hebben gegeven. Het Hof merkt op dat de rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld dat de boeken stellingen bevatten die een negatief effect zouden kunnen hebben op de onderlinge verhoudingen tussen religieuze gemeenschappen. Dat oordeel was overwegend gebaseerd op een niet nader getoetst expertrapport en de rechter heeft geen nadere analyse van de context van deze stellingen uitgevoerd. Ook heeft de rechter geen rekening gehouden met de religieuze aard van de teksten. De rechters hebben verder niet concreet aangegeven waarom er vrees zou kunnen bestaan voor het opvlammen van geweld of ernstige religieuze fricties tussen de religieuze gemeenschappen in Azerbeidzjan. Evenmin hebben de rechters rekening gehouden met de effecten van een importverbod op de rechten van klagers onder art. 9 en 10 EVRM en hebben zij geen poging gedaan om een belangenafweging uit te voeren. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof een schending van art. 10 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005288409

Zaaknummer: nr. 52884/09

Wetsartikelen: EVRM art. 10

ANNOTATIE

**Nasirov e.a. t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 58717/10) -
Bestuurlijke detentie en strafrechtelijke veroordeling voor
verspreiding verboden boeken*****P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt***

1. Deze zaak gaat over de detentie van enkele uren van Jehova's Getuigen en hun strafrechtelijke veroordeling tot het betalen van een geldboete wegens de verspreiding van boeken aan de deur in de Azerbeidzjaanse plaatsen Baku (klagers een en twee), Aghstafa (klagers drie, vier en vijf) en Sumgayit (klagers zes en zeven). Voor de boeken zou geen voorafgaande importvergunning zijn gegeven, op grond van art. 300.0.2 van de Wet bestuurlijke overtredingen (Code of Administrative Offences; CAO). De zaak hangt nauw samen met die van de Jehova's Getuigen als religieuze gemeenschap,^[1] waarin het Hof op dezelfde dag als van onderhavig arrest een importverbod van religieuze boeken strijdig achtte met de vrijheid van meningsuiting, mede geïnterpreteerd in het licht van de godsdienstvrijheid. Die conclusie vindt geen weerklank in deze uitspraak. Dat is opvallend. Als het importverbod strijdig is met het EVRM, is immers voorstelbaar dat reeds om die reden elk erop volgend vrijheidbeperkend overheids-handelen eveneens strijdig is met het EVRM. Dat kan voornamelijk anders zijn indien de eerstgenoemde strijdigheid ter zake van het importverbod in de andere zaak zeer contextspecifiek was. En daarvan lijkt inderdaad sprake, zoals ik in de annotatie bij die zaak toelicht. Niettemin acht het Hof ook in deze zaak sprake van strijdigheid met het EVRM, maar dus om andere redenen. De detentie is in strijd met art. 5 EVRM, omdat daarvan geen enkel rapport is opgemaakt. De veroordeling voor het verspreiden van de boeken was onvoldoende voorzien bij wet en is om die reden in strijd met art. 9 EVRM.

2. De klagers die zijn vastgehouden op een politiebureau (klagers drie tot en met zeven) stellen dat hun detentie strijdig was met art. 5 EVRM. De regering weerspreekt dat art. 5 EVRM van toepassing is, omdat geen sprake was van aanhouding in de zin van die bepaling – men was uitgenodigd mee te komen naar het politiebureau; bovendien overschreed het verblijf de nationaal wettelijke drie uur-limiet niet. Het Hof gaat daar niet in mee en acht art. 5 EVRM wel degelijk van toepassing. Zelfs een zeer korte vrijheidsontneming kan onder de reikwijdte van art. 5 EVRM vallen, zoals een staandehouding in het kader van preventief fouilleren voor

de duur van 30 minuten[2] of het verblijf van 45 minuten in een politiecel.[3] Het Hof benadrukt nog eens dat de scheidslijn tussen vrijheidsbeperking en -ontneming gradueel is en dat er uiteraard naar het concrete geval moet worden gekeken. In dit geval acht het Hof doorslaggevend de uitgeoefende dwang waaraan klagers zich niet konden onttrekken.

3. Vervolgens komt het Hof toe aan de beoordeling of de detentie rechtmatig was. De regering herhaalt dat klagers waren uitgenodigd om op het politiebureau nog maar eens uit te leggen hoe het nu allemaal precies zat met hun verspreiding van de verboden boeken in het licht van de strafbaarstelling daarvan in art. 300.02 CAO, zodat daarvan proces-verbaal kon worden opgemaakt. Het Hof maakt korte metten met het verweer van de regering. In de eerste plaats overweegt het Hof dat wanneer de politiemensen die de klagers aanhielden van oordeel waren dat de laatsten een bestuurlijke overtreding begingen, zij daarvan – (ook) volgens eigen wetgeving (art. 396.1 CAO) – een administratief proces-verbaal hadden moeten opmaken. Meenemen naar het politiebureau is dan alleen toegestaan wanneer dat proces-verbaal niet ter plaatse kan worden opgemaakt (idem: art. 396.1 CAO). In de onderhavige zaken is echter niet gebleken dat zo'n mogelijkheid niet bestond. In de tweede plaats merkt het Hof op dat in geen enkel geval op het politiebureau een rapport of proces-verbaal is opgemaakt, waardoor de detentie volstrekt niet is geadministreerd, hetgeen in strijd is – zo voeg ik eraan toe – met de nationale wetgeving (art. 400 CAO). Het Hof ziet hierin een 'complete ontkenning van de fundamenteel belangrijke waarborgen' die beschermd worden door art. 5 EVRM en een zeer ernstige schending van deze bepaling. In de derde plaats en tot slot constateert het Hof dat de bestuurlijke strafwetgeving weliswaar voorziet in een mogelijkheid van bestuurlijke aanhouding van maximaal drie uren, maar dat die volgens de nationale wetgeving alleen kan plaatsvinden in uitzonderlijke omstandigheden (art. 398.1 CAO). Van een dergelijke situatie is in het onderhavige geval niet gebleken. Gelet daarop constateert het Hof jegens de betrokken klagers een schending van art. 5, eerste lid, EVRM.

4. Het oordeel van het Hof op dit onderdeel is hard en helder. Reden daarvoor is het heldere en nergens weersproken feitencomplex: er was eenvoudigweg geen administratieve verslaglegging, die zelfs volgens de nationale wetgeving wel was vereist. Dan ben je snel klaar. Impliciet erkent het Hof hier overigens nog eens de toelaatbaarheid van bestuurlijke detentie onder bijzondere omstandigheden en – waarschijnlijk – slechts voor korte duur. Recente jurisprudentie van het EHRM lijkt onder strikte voorwaarden enige ruimte te bieden voor (preventieve) bestuurlijke vrijheidsbeneming in het belang van de ordehandhaving, zowel op de b[4]- als de c-grond[5] van art. 5, eerste lid, EVRM. Die voorwaarden zijn tamelijk streng. Nog lastiger ligt het bovendien als er ook nog andere grondrechten in het geding zijn, zoals het demonstratierecht en de vrijheid van meningsuiting,[6] of – zo mag worden aangenomen, mede in het licht van de onderhavige uitspraak – de godsdienstvrijheid.

5. Ook in Nederland bestaat sinds 2000 enige vorm van bestuurlijke detentie: de bestuurlijke ophouding. Deze kan slechts worden toegepast in het geval groepsgewijs normen, die dienen ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar in lokale noodsituaties, niet worden nageleefd. In een dergelijk geval heeft de burgemeester de bevoegdheid om (potentiële) ordeverstoorders bij (ernstige vrees voor) grootschalige ordeverstoringen in lokale noodsituaties voor maximaal twaalf uren vast te laten houden (art. 154a en 176a Gemeentewet). De bestuursrechter kan dan achteraf rechtsbescherming bieden. De bevoegdheid is echter vrijwel nooit gebruikt, omdat de regeling juridisch omstreden is in het licht van art. 5 EVRM en praktisch onbruikbaar.[7] Tot een eenvoudige aanpassing van de wettelijke bevoegdheid – zo dat zou worden overwogen – lijkt het dan ook niet zo snel te zullen komen. Misschien is dat ook wel de reden dat het bestuur soms een wat pragmatischer benadering lijkt voor te staan door bijvoorbeeld over te gaan tot een ‘bestuurlijke verplaatsing’ op basis van een noodbevel, zoals recent geëxpliciteerd bij de beëindiging van een vreedzame demonstratie op Schiphol.[8] Een veel verdergaande bevoegdheid is voorzien in het initiatiefwetsvoorstel administratieve detentie. Dat voorstel strekt ertoe de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de bevoegdheid toe te kennen om, “indien dit noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, aan een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met mogelijke terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan een vrijheidontnemende maatregel op [te] leggen.” [9] Het voorstel staat op gespannen voet met art. 5 EVRM en is gereed voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer.

6. Wat betreft de door art. 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid, acht het Hof de maatregelen tegen het verspreiden van religieuze literatuur duidelijk een inmenging daarmee. De kernvraag in dit geval is of die inmenging voldoende was voorzien bij wet. Daar loopt het spaak volgens het Hof; niet omdat de wet van onvoldoende kwaliteit zou zijn, maar omdat er geen wettelijke grondslag aanwezig was.

7. Als basis voor de detentie en veroordeling ligt het hiervoor genoemde art. 300.0.02 COA. Dat bepaalt dat geen verspreiding is toegestaan van religieuze literatuur voor de productie of import waarvan geen toestemming is gegeven door de bevoegde autoriteit, namelijk het Azerbeidzjaanse Staatscomité voor werkrelaties met geloofsgemeenschappen. Het Hof constateert echter dat de nationale rechters hebben geoordeeld dat er helemaal geen importverbod bestond voor de betreffende boeken. Daarnaast is er enige inconsistentie tussen die nationale rechterlijke beslissingen en een beslissing van de bevoegde autoriteit om toestemming te geven voor de import van een groot aantal exemplaren van het boek in 2006. De regering heeft hiervoor geen toelichting gegeven. Verder hebben de nationale rechters weliswaar ook zelf geconstateerd dat er wel degelijk toestemming was gegeven voor de import,

maar concluderen zij tegelijkertijd dat die toestemming slechts was bedoeld voor eigen of intern gebruik van de boeken. Het Hof neemt terecht geen genoegen met deze redenering van de nationale rechters om de getroffen maatregelen op deze manier alsnog goed te keuren. Tot slot hebben nationale rechters in sommige van de voorliggende zaken ook nog verwezen naar de proselitistische activiteiten van klagers, maar Azerbeidzjaans recht lijkt proselitisme niet te verbieden en bovendien is niet gebleken van het gebruik van ongepaste methoden. Het Hof concludeert vervolgens dat in ieder geval kan worden aangenomen dat de boeken geen religieuze literatuur vormden die was geïmporteerd zonder goedkeuring van de overheid, zodat de verspreiding ervan ook niet kon worden gesanctioneerd op grond van art. 300.o.2 van de CAO. De inbreuk was daarmee niet voorzien bij wet met tot gevolg een schending van art. 9 EVRM.

8. De conclusie van het Hof is helder en overtuigend, maar toch ook opvallend op dit onderdeel, in zoverre zij lijkt in te houden dat zij anders had kunnen luiden, namelijk indien er wél sprake zou zijn geweest van een importverbod. Dat zou bevreemding wekken, reeds omdat het Hof dezelfde dag in de zaak die was aangespannen door Jehova's Getuigen oordeelde dat een importverbod van religieuze boeken in – eveneens – Azerbeidzjan strijdig is met de vrijheid van meningsuiting, mede geïnterpreteerd in het licht van de godsdienstvrijheid. Niettemin zouden beide oordelen verenigbaar kunnen zijn, indien het importverbod in de zaak Jehova's Getuigen zeer contextspecifiek was. En daarvan lijkt inderdaad sprake, zoals ik in de annotatie bij die zaak toelicht. Met andere woorden, indien in die zaak het importverbod – en bijvoorbeeld de wet – als zodanig strijdig zou zijn bevonden met art. 9 EVRM, zou dat wel degelijk zijn weerklank hebben kunnen vinden in deze zaak.

Paul van Sasse van Ysselt, hoofd cluster grondrechten bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van BZK, tevens verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht VU Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Amsterdam.

[1] Zie *Jehova's Getuigen t. Azerbeidzjan* EHRM 20 februari 2020, nr. 52884/09, ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005288409, «EHRC Updates» 2020-06, m.nt. Van Sasse van Ysselt.

[2] *Gillan en Quinton t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 januari 2010, nr. 4158/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805, «EHRC » 2010/30 m.nt. Van Sasse van Ysselt, *NJ* 2010/325 m.nt. Dommering.

[3] *Shimovolos t. Rusland*, EHRM 21 juni 2011, nr. 30194/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0621JUD003019409.

- [4] *Ostendorf t. Duitsland* EHRM 7 maart 2013, nr. 15598/o8, ECLI:CE:ECHR:2013:0307JUD001559808, «EHRC» 2013/107 m.nt. de Jong; R. de Jong & I. Tappeiner (2020), *NJ* 2014/307, m.nt. E. Myjer, *NTM/NJCM-bull.* 2014/32, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.
- [5] *S.V.A. t. Denemarken*, EHRM (GK) 22 oktober 2018, nrs. 35553/12, 36678/12 en 36711/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1022JUD003555312, «EHRC» 2019/26 m.nt. Tappeiner, *AB* 2019/509 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.
- [6] Vgl. *Schwabe en M.G. t. Duitsland*, EHRM 1 december 2011, nrs. 8080/o8, 8577/o8, ECLI:CE:ECHR:2011:1201JUD000808008, «EHRC» 2012/42 m.nt. De Jong.
- [7] Vgl. R. de Jong & I. Tappeiner, 'Bestuurlijke vrijheidsbeneming bij rellen en demonstraties. De overheid tussen Scylla en Charybdis?', *NJB* 2020/124; M.A.D.W. De Jong, W. van der Woude, W.S. Zorg, J.L.W. Broeksteeg (e.a.), *Orde in de openbare orde*, Universiteit Utrecht/Radboud Universiteit/WODC 2016, p. 81-98 (i.h.b. 97-98).
- [8] Zie: Tweede Kamer, Aanhangsel Handelingen 2019-2020, nr. 1641, Vragen van de leden Wassenberg en Van Raan (PvdD) aan de Ministers van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de wijze waarop een vreedzame demonstratie op Schiphol werd beëindigd en het verschil met de boerendemonstraties (ingezonden 20 december 2019) en antwoorden (ontvangen 6 februari 2020).
- [9] Voorstel van wet van de leden De Graaf, Fritsma en Markuszower houdende een regeling inzake administratieve detentie (Wet administratieve detentie), Kamerstukken 34747.

RECHTSPRAAK

M.A. e.a. t. Bulgarije, EHRM 20 februari 2020, nr. 5115/18

In China hebben de autoriteiten honderdduizenden tot miljoenen Oeigoeren samengebracht in ‘heropvoedingskampen’ om separatisme in de Oeigoerse autonome regio te bestrijden. Uit internationale rapporten blijkt dat daar op grote schaal sprake is van mishandeling en foltering. Oeigoeren die zijn gevlucht wegens verdenking van separatisme lopen bij terugkeer een bijzonder risico om in zo’n kamp te worden gedetineerd en daar te worden onderworpen aan een willekeurig proces, mishandeling of de dood. Daarom is het in strijd met art. 2 en 3 EVRM om klagers – Oeigoerse vluchtelingen die worden verdacht van separatisme – niet te beschermen tegen uitzetting naar China.

Klagers behoren tot de Oeigoerse minderheid en woonden in de autonome regio Xinjiang Uighur (XUAR) in China. Zij zagen alle vijf aanleiding om te vrezen voor hun veiligheid vanwege hun behoren tot de Oeigoerse minderheid en vanwege het feit dat zij gezocht werden door de Chinese politie, onder meer vanwege het feit dat zij een training hadden ondergaan voor de Islamitische Beweging van Oost-Turkistan, die in China wordt beschouwd als een separatistische organisatie. Gelet daarop zijn zij naar Bulgarije gevlucht, maar hun asielverzoeken zijn afgewezen omdat de Bulgaarse autoriteiten van mening waren dat zij geen concreet en individueel risico liepen voor hun veiligheid in China vanwege hun behoren tot een etnische minderheidsgroep.

Voor het EHRM stellen klagers dat een eventuele uitzetting naar Bulgarije een risico zou opleveren voor strijd met art. 2 en 3 EVRM. Het Hof wijst erop dat uit relevante rapporten blijkt de Chinese autoriteiten honderdduizenden of zelfs miljoenen Oeigoeren samen hebben gebracht in heropvoedingskampen, waarbij veel mishandeling, foltering en zelfs vermoorden van gedetineerden wordt gerapporteerd. Daarbij wordt deze heropvoeding gerechtvaardigd door de noodzaak om terrorisme, separatisme en extremisme tegen te gaan; als daarvan een

verdenking bestaat, kan dat leiden tot lange gevangenisstraffen of tot het opleggen van de doodstraf. Veel Oeigoerse vluchtelingen die zijn teruggekeerd naar China zijn bovendien in deze heropvoedingskampen gedetineerd, waarbij de rapporten melding maken van grote risico's en ernstige gevolgen; in 2018 heeft ook het CERD zich in die zin uitgesproken. Gelet op die algemene situatie en in het licht van de individuele omstandigheden van klagers (namelijk het feit dat ze worden verdacht van terrorisme en China daarom zijn ontvlucht), acht het Hof het waarschijnlijk dat zij een daadwerkelijk risico lopen van willekeurige detentie en opsluiting, mishandeling en overlijden wanneer zij naar hun thuisland worden uitgezet. De vraag is nog wel of er een andere optie zou zijn geweest dan uitzetting naar China en of er dan een risico voor *refoulement* zou hebben bestaan. Het Hof constateert dat in Bulgarije in ieder geval geen effectieve waarborgen zijn geboden in het kader van de beslissingen jegens klagers dat zij niet naar China zouden worden overgebracht. In die omstandigheden zou uitzetting in strijd komen met art. 2 en 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD000511518

Zaaknummer: nr. 5115/18

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Nasirov e.a. t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 58717/10) - Bestuurlijke detentie en strafrechtelijke veroordeling wegens verspreiden van verboden boeken strijdig met EVRM

Verskillende Jehova's Getuigen zijn aangehouden door de politie terwijl zij langs de deuren gingen. Ze werden gedwongen om boeken af te geven die ze bij zich droegen en enkele van hen zijn enkele uren vastgehouden op het politiebureau. Zij zijn strafrechtelijk veroordeeld omdat er geen importvergunning voor de boeken zou zijn afgegeven. Het Hof acht de detentie in strijd met art. 5 EVRM omdat daarvan geen enkel rapport is opgemaakt. De veroordeling voor het verspreiden van de boeken was onvoldoende voorzien bij wet en daarom in strijd met art. 9 EVRM.

Deze zaak betreft verschillende klagers die lid zijn van de Jehova's Getuigen. Zij zijn allemaal op enig moment aangehouden terwijl ze langs de deuren gingen in verschillende plaatsen in Azerbeidzjan en naar een plaatselijk politiebureau gebracht. Zij werden allemaal verplicht om de boeken en literatuur die ze bij zich hadden af te geven (in een aantal gevallen ging het daarbij om enkele honderden boeken). Sommigen van hen zijn bovendien verschillende uren op een politiebureau vastgehouden. Met uitzondering van een van de klagers, zijn zij vervolgens allemaal veroordeeld tot het betalen van een boete vanwege het verspreiden van literatuur waarvoor geen voorafgaande importvergunning was gegeven, op grond van art. 300.0.2 van de wetgeving over bestuurlijke overtredingen (COA).

De klagers die zijn vastgehouden op een politiebureau stellen dat het daarbij ging om detentie in strijd met art. 5 EVRM. Het Hof stelt voorop dat wanneer de politiemensen die de klagers aanhielden vonden dat de laatsten een bestuurlijke overtreding begingen, zij daarvan een administratief proces-verbaal hadden moeten opmaken. Meenemen naar het politiebureau is dan alleen acceptabel wanneer dat proces-verbaal niet ter plaatse kan worden opgemaakt. In

de onderhavige zaken is echter niet gebleken dat zo'n mogelijkheid niet bestond. Daarnaast merkt het Hof op dat in geen enkel geval op het politiebureau een rapport of proces-verbaal is opgemaakt, waardoor de detentie volstrekt niet is geadministreerd. Het Hof ziet hierin een complete ontkenning van de fundamentele waarden die beschermd worden door art. 5 EVRM en een zeer ernstige schending van deze bepaling. Tot slot constateert het Hof dat de bestuurlijke strafwetgeving weliswaar voorziet in een mogelijkheid van bestuurlijke aanhouding, maar dat die alleen kan plaatsvinden in uitzonderlijke omstandigheden. Van een dergelijke situatie is in het onderhavige geval niet gebleken. Gelet daarop constateert het Hof jegens de betrokken klagers een schending van art. 5 lid 1 EVRM.

Het Hof onderzoekt vervolgens de klacht dat de door art. 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid is geschonden. Het nemen van maatregelen tegen het verspreiden van religieuze literatuur vormt daarbij volgens het Hof duidelijk een inmenging in de godsdienstvrijheid. Daarbij is de hoofdvraag of die inmenging voldoende bij wet was voorzien. Het Hof constateert dat de nationale rechters hebben geoordeeld dat van alle in beslag genomen boeken er slechts een was, waarvoor een importverbod bestond; voor die specifieke titel was echter in 2006 door de bevoegde autoriteit toestemming gegeven voor de invoer van een groot aantal exemplaren. De regering heeft hiervoor geen toelichting gegeven. Het Hof concludeert hieruit dat in ieder geval kan worden aangenomen dat de boeken geen religieuze literatuur vormden die was geïmporteerd zonder goedkeuring van de overheid, zodat de verspreiding ervan ook niet kon worden gesanctioneerd op grond van art. 300.o.2 van de CAO. Weliswaar hebben in sommige van de voorliggende zaken nationale rechters ook nog verwezen naar de proselitistische activiteiten van klagers, maar Azerbeidzjaans recht lijkt proselitisme niet te verbieden en bovendien is niet gebleken van het gebruik van ongepaste methoden. De inbreuk was daarmee niet voorzien bij wet; strijd met art. 9 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0220JUD005871710

Zaaknummer: nr. 58717/10

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 en EVRM art. 9

RECHTSPRAAK

Cînta t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 3891/19

Een vader met een psychiatrische stoornis krijgt na een echtscheiding geen omgangsregeling met zijn kind. Het Hof oordeelt dat dit in strijd is met art. 8 EVRM omdat er onvoldoende redenen zijn gegeven om aan te kunnen nemen dat een omgangsregeling niet in het belang van het kind zou zijn. Het Hof constateert daarnaast een schending van het discriminatieverbod van art. 14 EVRM omdat de psychiatrische stoornis de doorslaggevende reden was voor de weigering van een omgangsregeling, en niet een objectieve factor zoals diens capaciteiten om goed met een kind te kunnen omgaan.

Klager was gehuwd met X, die hij in een psychiatrisch ziekenhuis had leren kennen. In 2014 kregen zij samen een kind; in 2018 werd de echtscheiding uitgesproken. X was erg gekant tegen contacten tussen klager en zijn dochter, reden waarom klager om een omgangsregeling verzocht bij de rechter. Deze werd voor het grootste deel afgewezen, beweerdelijk vanwege onder meer de geestelijke stoornis van klager.

Voor het EHRM stelt hij allereerst dat de afwijzing van de omgangsregeling een schending van zijn recht op respect voor het gezinsleven oplevert. Het Hof merkt op dat in gevallen als deze, waarbij een lid van een bijzonder kwetsbare groep wordt geraakt door een regeling, in die zin dat het gaat om een groep die aanzienlijke discriminatie heeft ondervonden in het verleden, een smalle *margin of appreciation* geldt voor de staat. Reden daarvoor is dat dergelijke groepen in het verleden onderworpen zijn aan vooroordelen met blijvende gevolgen, die bovendien hebben geresulteerd in hun sociale uitsluiting. In dit licht onderzoekt het de redenen die de nationale rechters hebben gegeven voor hun afwijzing van een omgangsregeling voor klager met zijn kind. Het vindt daarbij geen afdoende bewijs voor de stelling dat klager niet goed in staat zou zijn voor zijn dochter te zorgen. Er is ook te weinig onderzoek daarnaar gedaan op nationaal niveau, bijvoorbeeld doordat niet voldoende deskundigenbewijs is ingewonnen. Evenmin zijn alternatieven overwogen, zoals een mogelijkheid van contact met het kind onder begeleiding van de kindbescherming. Gelet daarop stelt het Hof een schending vast van art.

8 EVRM.

Klager heeft daarnaast gesteld dat in dit geval sprake is van discriminatie op grond van geestelijke handicap in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM. Het Hof stelt voorop dat een geestelijke stoornis in gevallen als deze op zichzelf een relevante factor kan zijn, maar dat het geen doorslaggevende of relevante factor mag zijn wanneer in het concrete geval de handicap geen gevolgen heeft voor de capaciteiten van iemand om voor een kind te zorgen. In het onderhavige geval werd steeds melding gemaakt van de geestelijke stoornis van klager, op een zodanige manier dat het een beslissende factor moet worden gevonden. De vraag is of voor dit onderscheid naar mentale handicap een rechtvaardiging kan worden gevonden. Het Hof constateert dat op geen enkel moment is gebleken dat klager gevaarlijk zou zijn voor zijn dochter, of dat klager niet goed voor zijn dochter zou kunnen zorgen. Het Hof roept bovendien in herinnering dat zowel de nationale wetgeving als het VN-Verdrag tegen discriminatie van personen met een handicap (CRPD) vergt dat mensen met een handicap als volwaardige burgers worden behandeld. Op internationaal niveau wordt tot gelijkwaardigheid van mensen met een beperking ook consistent opgeroepen. Het Hof zelf heeft daarnaast eerder geoordeeld dat mensen met een handicap een kwetsbare groep vormen die speciale bejegening behoeft. Van een dergelijke respectvolle bejegening is in deze zaak geen sprake geweest. Daardoor is een *prima facie*-geval van ongelijke behandeling aantoonbaar, waarbij de staat een rechtvaardiging moet geven; die is hier niet naar voren gebracht, hetgeen resulteert in de conclusie (met 5 stemmen tegen 2) dat art. 8 jo. 14 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000389119

Zaaknummer: nr. 3891/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Marilena-Carmen Popa t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 1814/11

De hoogste rechter in Roemenië heeft in een strafzaak de uitspraak van een lagere rechter vernietigd en de zaak vervolgens zelf afgedaan op basis van de in eerste aanleg vastgestelde feiten en zonder een specifieke getuige opnieuw te horen. Hoewel het Hof benadrukt dat het opnieuw onderzoeken van de feiten en het horen van getuigen in dit soort gevallen meestal nodig is, komt het hier tot de conclusie dat art. 6 EVRM niet is geschonden omdat het opnieuw horen van de getuige niet tot een substantieel andere beoordeling zou hebben geleid.

In 2005 is klagster strafrechtelijk vervolgd op verdenking van vervalsing van een handtekening op een contract. Aanvankelijk werd zij vrijgesproken, maar hiertegen ging de openbaar aanklager in beroep bij het cassatiehof. Het cassatiehof beoordeelde de zaak op basis van de aangevoerde feitelijke en juridische gronden, casseerde de uitspraak van de lagere rechter en gaf een nieuw oordeel op basis van de in eerste aanleg vastgestelde feiten. Daarbij hoorde het cassatiehof ook niet opnieuw de getuigen die in eerste aanleg al waren gehoord. Op basis hiervan werd klagster veroordeeld tot een gevangenisstraf en daarbij legde hij bovendien een proeftijd van drie jaar op.

Voor het EHRM heeft klagster allereerst gesteld dat in strijd met art. 6 EVRM is gehandeld nu het cassatiehof geen nieuw feitenonderzoek heeft verricht en in het bijzonder één getuige, E.C., niet opnieuw heeft opgeroepen voor verhoor. Het Hof constateert dat klagster gedurende het gehele strafproces goed vertegenwoordigd is door een advocaat en dat zij in eerste aanleg getuige E.C. wel heeft kunnen horen. Het cassatiehof heeft de feiten, zoals vastgesteld in eerste aanleg, tot uitgangspunt genomen en heeft ook geen uitleg gegeven aan de getuigenverklaring van E.C. die afbreuk doet aan de bewijswaarde daarvan. De enige afwijking van het aanvankelijke oordeel betrof het gewicht dat kon worden toegekend aan het door haar geleverde bewijs. Daarbij heeft het Hof geen overtuigende argumenten gezien dat op nationaal niveau een inschattingsfout is gemaakt. Nu het in feite niet ging om de

betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van E.C. als zodanig, is het Hof van oordeel dat in dit geval het cassatiehof niet in strijd heeft gehandeld met art. 6 EVRM door haar niet opnieuw te horen (6 stemmen tegen 1).

Klaagster heeft daarnaast gesteld dat in strijd met art. 7 EVRM een zwaardere straf is opgelegd dan volgens de wet is voorgeschreven, nu in een situatie als de hare geen proeftijd mocht worden opgelegd. Het Hof acht het niet nodig om in te gaan op de vraag of daarbij sprake is van een 'straf' omdat het de zaak niet-ontvankelijk acht. Er was een buitengewoon rechtsmiddel voorhanden dat het klaagster mogelijk had gemaakt om op te komen tegen het opleggen van de proeftijd. Nu het daarbij evident ging om een fout van de rechter, had een klacht hierover een goede kans van succes. Gelet daarop verklaart het bij meerderheid de zaak niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Aan de uitspraak is een 'joint partly dissenting opinion' van rechters Ranzoni, Ravarani en Schukking gehecht en een 'dissenting opinion' van rechter Ranzoni. De eersten spreken zich uit tegen de beslissing van de meerderheid om de klacht over art. 7 EVRM niet-ontvankelijk te verklaren en zijn van mening dat, wanneer de zaak ontvankelijk was geweest, art. 7 EVRM was geschonden. Rechter Ranzoni is daarnaast van mening dat in dit geval wel degelijk een nadere ondervraging van getuige E.C. nodig was geweest.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000181411

Zaaknummer: nr. 1814/11

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 7

RECHTSPRAAK

Jidic t. Roemenië, EHRM 18 februari 2020, nr. 45776/16

Als een nieuwe strafrechtelijke bepaling voor een bepaald vergrijp een lichtere sanctieregeling omvat, moet dat volgens het Hof in beginsel met terugwerkende kracht worden toegepast. In het onderhavige geval is echter onvoldoende gebleken dat het toepassen van de oude wettelijke regeling daadwerkelijk tot een nadeliger situatie leidde voor de klager (die werd vervolgd wegens rijden onder invloed). Gelet daarop stelt het Hof geen schending van art. 7 EVRM vast.

Klager is na een verkeersincident aangehouden en vervolgd vanwege onder meer rijden onder invloed. Daarbij is hij uiteindelijk veroordeeld op basis van een oude wettelijke regeling en niet op basis van een recentere regeling, terwijl volgens klager de nieuwe wettelijke regeling voor hem een gunstiger resultaat zou hebben gehad.

Voor het EHRM heeft klager allereerst over de lange duur van de nationale procedure geklaagd, maar deze klacht verklaart het Hof niet-ontvankelijk omdat klager op nationaal niveau een effectief rechtsmiddel beschikbaar heeft dat hij niet heeft benut.

Ten aanzien van de toepassing van de oude regeling in plaats van de nieuwe stelt klager dat dit in strijd is met art. 7 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat art. 7 EVRM niet alleen de toepassing met terugwerkende kracht van stringenter nieuwe regelgeving verbiedt, maar ook het beginsel van retroactiviteit van recentere, soepeler strafwetgeving omvat. Om te kunnen beoordelen of dit beginsel van toepassing is, is wel een concrete toetsing van de omstandigheden van het geval vereist. In het onderhavige geval ging het om wetgeving die beide op vergelijkbare wijze het rijden onder invloed van alcohol verbodt, maar waarbij een iets verschillend sanctieregime bestond. De twee systemen vergelijkend concludeert het Hof dat onder beide regimes een straf van één tot vijf jaar gevangenisstraf kon worden opgelegd, maar dat onder het nieuwe regime eventueel een boete kon worden gegeven en dat onder het nieuwe regime bovendien het opleggen van een sanctie kon worden kwijtgescholden of uitgesteld. Het Hof is er echter niet van overtuigd dat toepassing van die nieuwe regeling in de omstandigheden van het geval tot een gunstiger resultaat voor klager zou hebben geleid.

Integendeel: het acht het waarschijnlijk dat hij ook dan zijn straf volledig had moeten uitzitten, en neemt aan dat de nieuwe regeling misschien zelfs tot een zwaardere straf kon hebben geleid. Gelet daarop stelt het geen schending van art. 7 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUDoo4577616

Zaaknummer: nr. 45776/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 7

ANNOTATIE

Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië (EHRM, nrs. 53205/13 en 63320/13) - Oneindige opslag DNA niet proportioneel**B. van der Sloot**

1. De zaak van *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië* is een samengevoegde zaak van twee personen met min of meer hetzelfde verhaal. Beiden werden opgepakt op verdenking van het plegen van relatief kleine delicten, van beiden werd DNA-materiaal afgenomen en beiden klagen dat er geen afdoende wettelijk raamwerk ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van DNA-materiaal bestond, dat het materiaal voor onbepaalde tijd werd bewaard en dat er überhaupt geen reden was om hun DNA af te nemen, omdat hun identiteit gevoeglijk bekend was bij de politie ten tijde van hun arrestatie. In de zaak *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk* ging het om iemand die met drank op achter het stuur was gepakt en waarvan vervolgens een foto, vingerafdrukken en wat DNA-materiaal (wangslimvlies) was afgenomen. Ook hij meent dat de opslag van zijn DNA voor onbepaalde tijd een schending van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens met zich brengt, wat ook geldt voor de afwezigheid van een adequaat wettelijk regime ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van persoonsgegevens.

2. In zekere zin bouwen beide zaken voort op de bekende uitspraak *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*,^[1] een zaak die nadat die op 16 januari 2007 ontvankelijk werd verklaard, direct naar de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd doorverwezen. Ook die zaak draaide om het verzamelen, verwerken en opslaan van biologisch materiaal, DNA-sporen en vingerafdrukken. Het Hof oordeelde niet alleen dat dergelijke verwerking een inperking op het recht op privéleven met zich bracht, maar ook dat ‘the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard.’^[2]

3. In de zaak van *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk* staat allereerst centraal of de klachten van de man ontvankelijk kunnen worden verklaard. Uitgangspunt bij het ontvankelijk verklaren van klachten is dat een persoon niet alleen schade moet hebben geleden, dat de aard van de klacht binnen de materiële reikwijdte van een van de Verdragsrechten moet vallen en dat er een causaal verband moet kunnen worden aangetoond tussen het doen of nalaten van een van de Verdragspartijen en de geleden schade, maar ook dat de geleden schade substantieel moet zijn. Dit zogeheten *de minimis*-beginsel is neergelegd in art. 35 lid 3 sub b EVRM. In dit kader heeft het Hof meermaals geoordeeld dat het nemen, opslaan en gebruik van foto's,[3] zeker als ze geen privé- of gevoelige informatie onthullen, in principe geen substantiële schade veroorzaakt. Aangezien Gaughran niet alleen klaagt over het afnemen en opslaan van zijn vingerafdrukken en DNA-materiaal, gegevens die naar hun aard als gevoelig moeten worden beschouwd, maar ook over het verwerken van foto's, is de vraag of dat gedeelte van de klacht ontvankelijk is. Het Hof besluit op dit punt zijn eerdere jurisprudentie bij te stellen. Belangrijk argument daarvoor is niet alleen dat er *in casu* geen tijdslimiet bestaat ten aanzien van de opslag van de foto, maar ook dat de databases kunnen worden doorzocht met behulp van gezichtsherkenningstechnologieën: 'given that the applicant's custody photograph was taken on his arrest and will be held indefinitely on a local database for use by the police and that the police may also apply facial recognition and facial mapping techniques to the photograph, the Court has no doubt that the taking and retention of the applicant's photograph amounts to an interference with his right to private life'.[4] Dit is interessant omdat het Hof in dit citaat er op wijst dat de instantie die de foto neemt en verzamelt ook toegang heeft tot gezichtsherkenningstechnologie. Bekend is echter dat alle foto's die online staan worden gekopieerd en gebruikt voor gezichtsherkenningsdoeleinden en dat dergelijke ondernemingen hun diensten soms weer aanbieden, onder meer aan politie en justitie.[5] Het is dus de vraag of het feit dat de organisatie zelf toegang heeft tot dergelijke technologieën doorslaggevend zou moeten zijn op dit punt. Daarnaast wordt uit de redenering van het Hof niet precies duidelijk waarom het gebruik van gezichtsherkenningstechnologieën nu precies zo invasief is.

4. Een tweede punt dat centraal staat, wederom met name in de Britse zaak, betreft de vraag welke beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) de Verdragsstaten toekomt bij het stellen van regels ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens in het kader van criminaliteitsbestrijding. Deze beoordelingsruimte kan groter of kleiner zijn al naar gelang de zwaarte van het met de materie gemoeide algemeen belang. Zo komt Verdragsstaten bij zaken die draaien om nationale veiligheid of medisch-ethische vraagstukken een grotere ruimte toe. Ook kan het Hof deze beoordelingsruimte inperken of verruimen als er een groot individueel belang van de belanghebbenden met de zaak is gemoeid. Alhoewel homoseksualiteit in sommige landen bijvoorbeeld nog steeds erg gevoelig ligt onder grote delen van de bevolking en op ethische en morele bezwaren stuit, mogen de

Verdragsstaten niet zover gaan dat ze homoseksualiteit verbieden. Tot slot wordt de mate van beoordelingsruimte beïnvloed door het bestaan of de afwezigheid van consensus onder de Verdragsstaten van de Raad van Europa (en soms zelfs daarbuiten). Als bijvoorbeeld alle landen in de Raad van Europa hulp bij zelfdoding zouden legaliseren, behalve het land waartegen een klacht is ingediend, dan kan het Hof verwijzen naar de Europese consensus op dit punt om de beoordelingsruimte van de lidstaat in kwestie te beperken. Andersom, als er geen Europese consensus bestaat zal de beoordelingsruimte doorgaans groter zijn.

5. Ten aanzien van de opslag van vingerafdrukken en foto's bepaalt het Hof dat er een grotere beoordelingsruimte is dan voor het opslaan van DNA-materiaal. 'That is because retaining genetic data after the death of the data subject continues to impact on individuals biologically related to the data subject. The Court recalls that when considering the nature of the interference with privacy occasioned by the retention of DNA profiles, it has observed that the use of DNA profiles for familial searching with a view to identifying a possible genetic relationship between individuals is of a highly sensitive nature and there is a need for very strict controls in this respect.' [6] Deze redenering, waarin de link wordt gelegd tussen de data van de ene persoon en informatie die daarmee kan worden verkregen over andere personen, is van belang omdat er een aspect wordt onderstreept dat momenteel veel ter discussie staat, namelijk dat de huidige privacy- en gegevensbeschermingsregels zijn gebaseerd op een tamelijk individualistisch model. Hierin worden gegevens beschermd als ze te relateren zijn aan een natuurlijk persoon of de gegevensverwerking zijn privéleven schaadt, en dit onderkent daarmee volgens velen onvoldoende dat gegevens die aan de één zijn gekoppeld, vrijwel altijd ook iets zeggen over een ander, zoals een familielid, een partner of vrienden.[7] Het Hof geeft aan dat dit relationele of groepsaspect van data in ieder geval met betrekking tot DNA dient te worden onderkend en oordeelt ten aanzien van de beoordelingsruimte dat, alhoewel er sinds *S. en Marper*, waar het Verenigd Koninkrijk helemaal alleen stond in zijn wetgevingskeuzes, een kleine minderheid van landen binnen de Raad van Europa is ontstaan die geen tijdslimiet heeft gezet op het opslaan van DNA-materiaal, het nog steeds zo is dat verreweg de meeste landen dat wel doen. Daarom oordeelt het Hof dat er op dit punt een kleinere beoordelingsruimte bestaat.

6. De belangrijkste vraag in beide zaken betreft de nationale wetgeving. Interessant is dat de klagers aansluiten bij nieuwe jurisprudentie op dit punt van het EHRM. Terwijl het Hof steeds meer rechtsvragen (naar ontvankelijkheid, het bestaan van een inbreuk en de eventuele legitimiteit van die inbreuk) verschuift naar het criterium 'necessary in a democratic society', waarbij het Hof de zaak beschouwt als een botsing van belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen, kiest het een andere koers wanneer het oordeelt over de zogenoemde 'minimum requirements of law' of simpelweg de standaard van 'quality of law'. [8] Het Hof

kijkt hierbij niet zozeer naar de vraag of een bepaalde inbreuk in bijvoorbeeld iemands privésfeer een wettelijke basis heeft en of de uitvoerende macht zich daarbij heeft gehouden aan de voorwaarden en bepalingen zoals die in de wet zijn vervat, maar of de wet als zodanig kwalitatief op orde is. Deze wettelijke minimumstandaarden werden al enigszins voorafschaduwd door de nadruk van het EHRM op de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van de wetgeving (accessibility and foreseeability), omdat het Hof hierbij niet zozeer toetst of de uitvoerende macht zich heeft gehouden aan de voorschriften en voorwaarden van de wetgevende macht, maar of de wetgevende macht regelgeving heeft vervaardigd die dusdanig precies en helder is geformuleerd dat burgers kunnen weten welke consequentie hun gedragingen kunnen hebben.

7. In recente jaren heeft het Hof hier op voortgebouwd. Niet langer heeft het Hof enkel aandacht voor potentieel machtsmisbruik door de politie, veiligheidsdiensten en uitvoeringsinstanties, het Hof ziet met name ook met lede ogen aan dat de wetgevende macht in diverse landen, onder meer onder invloed van populistische stromingen, steeds meer bereid is cart blanche te geven aan de uitvoerende macht, zeker als het gaat om de bestrijding van de georganiseerde misdaad en terrorisme. Dat zet een van de kernprincipes van de rechtsstaat, namelijk de scheiding der machten, onder druk. Daarom legt het EHRM steeds meer nadruk op de kwaliteit van wetten als zodanig; zeker wanneer zaken draaien om surveillance door geheime inlichtingendiensten, waarbij het voor burgers vaak onduidelijk is of zij door dergelijke activiteiten zijn getroffen, is het Hof bereid wetten *in abstracto* te toetsten.[9] Dit soort uitspraken draaien bijna volledig om de vraag of de wetgeving van het land in kwestie aan de minimumvoorwaarden voldoet. Het Hof toetst dan onder meer of de nationale wet- en regelgeving de machtsoverdracht van de wetgevende naar de uitvoerende macht aan specifieke voorwaarden en grenzen heeft gebonden, of er regels zijn neergelegd die beperkingen stellen aan het verzamelen, opslaan en verwerken van gegevens, of er afdoende juridische en parlementaire controle is op het gebruik van de bevoegdheden door de uitvoerende macht en of eventuele belanghebbenden adequate rechtsmiddelen ter beschikking staan.

8. Op deze 'quality of law'-doctrine beroepen de klagers zich ook in de twee hier besproken zaken; zij klagen zowel over de afwezigheid van relevante wetgeving, over het ontbreken van standaarden in de bestaande wetgeving ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens, als over het geven van een 'blanket power' aan de uitvoerende macht ten aanzien van het oneindig opslaan van DNA-materiaal.[10] De kern van hun klacht is dat de wetgeving niet precies en dus voorzienbaar genoeg neerlegt in welke gevallen de autoriteiten hun macht mogen inzetten en dat de macht aan onvoldoende waarborgen is onderworpen. Het EHRM verwerpt deze gedachte opmerkelijk genoeg, waarbij

het stelt dat uit algemene wet- en regelgeving, zoals de wet op de gegevensbescherming, de politiewet en het strafprocesrecht, volgt dat de politie DNA mocht verzamelen, verwerken en opslaan zolang dit nodig was met het oog op criminaliteitsbestrijding. Weliswaar was er geen onderscheid gemaakt wat betreft het type delict ter bestrijding waarvan dit kon geschieden en ook was er geen specifieke tijdslimiet voor het opslaan van gegevens, maar desalniettemin wenst het Hof deze vraag niet te behandelen onder de ‘quality of law’-doctrine.[11]

9. Alhoewel dit aansluit bij de keuze van het Hof in *S. and Marper* is dat opmerkelijk omdat het Hof daarmee de klachten over de kwaliteit van de wetgeving behandelt onder de vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. In beide zaken komt het ook tot een schending op dit punt, daarbij verwijzend naar het ontbreken van een tijdsbegrenzing ten aanzien van het opslaan van DNA-materiaal van veroordeelde personen, naar het feit dat er in de wetgeving geen onderscheid is gemaakt tussen zware en lichte vergrijpen en dat de wetgeving niet aangeeft onder welke omstandigheden de verzamelde data moeten worden verwijderd. Alhoewel ‘the law provides, in general terms, for the possibility of judicial review coupled with a prior administrative review, there is no provision allowing for a specific review of the necessity of data retention. Similarly, there is no provision under which a person concerned can apply to have the data concerning him or her deleted if conserving the data no longer appears necessary in view of the nature of the offence, the age of the person concerned, the length of time that has elapsed and the person’s current personality. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profiles of the applicants, as persons convicted of an offence, coupled with the absence of sufficient safeguards available to the applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped the acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants’ right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society.’[12] Elk van deze punten gaat in wezen niet zozeer om een afweging tussen de belangen van de klagers en het algemene belang dat samenhangt met criminaliteitsbestrijding; ze betreffen lacunes in de wetgeving als zodanig. Zowel de vraag naar een tijdsgrens aan de opslag van data, als de procedurele voorwaarden waaronder die opslag dient te geschieden, als de vraag naar afdoende rechterlijke controle en rechtsmiddelen van de belanghebbende, zijn punten die het Hof in andere zaken beoordeelt onder de minimum voorwaarden van wetgeving.

10. Datzelfde gaat op voor de zaak tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof wederom nadruk legt op het belang van granulariteit en het bestaan van afdoende wettelijke waarborgen tegen machtsmisbruik. Interessant daarbij is ook nog de sneer die het EHRM maakt ten aanzien van de vraag of de door het Verenigd Koninkrijk naar voren gebrachte argumenten

relevant en afdoende zijn, als het opmerkt dat ‘the Government submitted that the more data is retained, the more crime is prevented, providing a variety of different case studies to support that general contention. In this connection, the Court considers that accepting such an argument in the context of a scheme of indefinite retention would in practice be tantamount to justifying the storage of information on the whole population and their deceased relatives, which would most definitely be excessive and irrelevant’.[13] Ook in deze zaak wijst het Hof er op dat de data oneindig lang werden bewaard, zonder dat de wetgeving een onderscheid maakte tussen het type delicten waarvoor dit geschiedde, dat de politie alleen maar onder uitzonderlijke omstandigheden foto’s en biometrische gegevens mocht verwijderen en dat er geen mogelijkheid openstond voor belanghebbenden om te verzoeken hun gegevens te verwijderen als die niet langer noodzakelijk leken voor het doel waarvoor ze waren verzameld. Daarom oordeelt het Hof ook in deze zaak dat ‘the indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profile, fingerprints and photograph of the applicant as person convicted of an offence, even if spent, without reference to the seriousness of the offence or the need for indefinite retention and in the absence of any real possibility of review, failed to strike a fair balance between the competing public and private interests’.[14]

B. van der Sloot

Tilburg University

[1] *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, «EHRC» 2009/13 m.nt. Koops.

[2] *S. en Marper*, reeds aangehaald, par. 125.

[3] Zie o.a. *X t. Verenigd Koninkrijk*, ECRM 12 oktober 1973, nr. 5877/72, ECLI:CE:ECHR:1973:1012DEC000587772; *Lupker t. Nederland*, ECRM 7 december 1992, nr. 18395/91, ECLI:CE:ECHR:1992:1207DEC001839591; *Kinnunen t. Finland*, ECRM 15 mei 1996, nr. 24950/94, ECLI:CE:ECHR:1996:0515DEC002495094.

[4] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 70.

[5] <<https://www.nytimes.com/2020/02/10/podcasts/the-daily/facial-recognition-surveillance.html>>.

[6] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 81.

[7] L. Taylor, L. Floridi & B. van der Sloot (red.), *Group Privacy*, Springer, Dordrecht, 2017.

[8] N. Lupo & G. Piccirilli, European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of 'Law'? *Legisprudence*, 6(2), 2012. J. L. Slosser, Components of Legal Concepts: Quality of Law, Evaluative Judgement, and Metaphorical Framing of Article 8 ECHR. *European Law Journal*, 25(6), 2019.

[9] *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM (GK) 4 december 2015, nr. 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, «EHRC» 2016/87 m.nt. Hagens; *Centrum För Rättvisa t. Zweden*, EHRM 19 juni 2018, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD003525208, «EHRC» 2018/196 m.nt. Hagens; *Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 13 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013, «EHRC» 2018/208 m.nt. Hagens.

[10] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 37.

[11] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 48; zie soortgelijk, *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 73-74; dit sluit aan bij eenzelfde overweging in *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, par. 99.

[12] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 53-54.

[13] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 89.

[14] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 96.

ANNOTATIE

**Gaughran t. Verenigd Koninkrijk (EHRM, nr. 45245/15) -
Oneindige opslag DNA niet proportioneel****B. van der Sloot**

1. De zaak van *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië* is een samengevoegde zaak van twee personen met min of meer hetzelfde verhaal. Beiden werden opgepakt op verdenking van het plegen van relatief kleine delicten, van beiden werd DNA-materiaal afgenomen en beiden klagen dat er geen afdoende wettelijk raamwerk ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van DNA-materiaal bestond, dat het materiaal voor onbepaalde tijd werd bewaard en dat er überhaupt geen reden was om hun DNA af te nemen, omdat hun identiteit gevoeglijk bekend was bij de politie ten tijde van hun arrestatie. In de zaak *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk* ging het om iemand die met drank op achter het stuur was gepakt en waarvan vervolgens een foto, vingerafdrukken en wat DNA-materiaal (wangslimvlies) was afgenomen. Ook hij meent dat de opslag van zijn DNA voor onbepaalde tijd een schending van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens met zich brengt, wat ook geldt voor de afwezigheid van een adequaat wettelijk regime ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van persoonsgegevens.

2. In zekere zin bouwen beide zaken voort op de bekende uitspraak *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*,^[1] een zaak die nadat die op 16 januari 2007 ontvankelijk werd verklaard, direct naar de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd doorverwezen. Ook die zaak draaide om het verzamelen, verwerken en opslaan van biologisch materiaal, DNA-sporen en vingerafdrukken. Het Hof oordeelde niet alleen dat dergelijke verwerking een inperking op het recht op privéleven met zich bracht, maar ook dat ‘the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard.’^[2]

3. In de zaak van *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk* staat allereerst centraal of de klachten van de

man ontvankelijk kunnen worden verklaard. Uitgangspunt bij het ontvankelijk verklaren van klachten is dat een persoon niet alleen schade moet hebben geleden, dat de aard van de klacht binnen de materiële reikwijdte van een van de Verdragsrechten moet vallen en dat er een causaal verband moet kunnen worden aangetoond tussen het doen of nalaten van een van de Verdragspartijen en de geleden schade, maar ook dat de geleden schade substantieel moet zijn. Dit zogeheten *de minimis*-beginsel is neergelegd in art. 35 lid 3 sub b EVRM. In dit kader heeft het Hof meermaals geoordeeld dat het nemen, opslaan en gebruik van foto's,[3] zeker als ze geen privé- of gevoelige informatie onthullen, in principe geen substantiële schade veroorzaakt. Aangezien Gaughran niet alleen klaagt over het afnemen en opslaan van zijn vingerafdrukken en DNA-materiaal, gegevens die naar hun aard als gevoelig moeten worden beschouwd, maar ook over het verwerken van foto's, is de vraag of dat gedeelte van de klacht ontvankelijk is. Het Hof besluit op dit punt zijn eerdere jurisprudentie bij te stellen. Belangrijk argument daarvoor is niet alleen dat er *in casu* geen tijdslimiet bestaat ten aanzien van de opslag van de foto, maar ook dat de databases kunnen worden doorzocht met behulp van gezichtsherkenningstechnologieën: 'given that the applicant's custody photograph was taken on his arrest and will be held indefinitely on a local database for use by the police and that the police may also apply facial recognition and facial mapping techniques to the photograph, the Court has no doubt that the taking and retention of the applicant's photograph amounts to an interference with his right to private life'.[4] Dit is interessant omdat het Hof in dit citaat er op wijst dat de instantie die de foto neemt en verzamelt ook toegang heeft tot gezichtsherkenningstechnologie. Bekend is echter dat alle foto's die online staan worden gekopieerd en gebruikt voor gezichtsherkenningsdoeleinden en dat dergelijke ondernemingen hun diensten soms weer aanbieden, onder meer aan politie en justitie.[5] Het is dus de vraag of het feit dat de organisatie zelf toegang heeft tot dergelijke technologieën doorslaggevend zou moeten zijn op dit punt. Daarnaast wordt uit de redenering van het Hof niet precies duidelijk waarom het gebruik van gezichtsherkenningstechnologieën nu precies zo invasief is.

4. Een tweede punt dat centraal staat, wederom met name in de Britse zaak, betreft de vraag welke beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) de Verdragsstaten toekomt bij het stellen van regels ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens in het kader van criminaliteitsbestrijding. Deze beoordelingsruimte kan groter of kleiner zijn al naar gelang de zwaarte van het met de materie gemoeide algemeen belang. Zo komt Verdragsstaten bij zaken die draaien om nationale veiligheid of medisch-ethische vraagstukken een grotere ruimte toe. Ook kan het Hof deze beoordelingsruimte inperken of verruimen als er een groot individueel belang van de belanghebbenden met de zaak is gemoeid. Alhoewel homoseksualiteit in sommige landen bijvoorbeeld nog steeds erg gevoelig ligt onder grote delen van de bevolking en op ethische en morele bezwaren stuit, mogen de Verdragsstaten niet zover gaan dat ze homoseksualiteit verbieden. Tot slot wordt de mate van

beoordelingsruimte beïnvloed door het bestaan of de afwezigheid van consensus onder de Verdragsstaten van de Raad van Europa (en soms zelfs daarbuiten). Als bijvoorbeeld alle landen in de Raad van Europa hulp bij zelfdoding zouden legaliseren, behalve het land waartegen een klacht is ingediend, dan kan het Hof verwijzen naar de Europese consensus op dit punt om de beoordelingsruimte van de lidstaat in kwestie te beperken. Andersom, als er geen Europese consensus bestaat zal de beoordelingsruimte doorgaans groter zijn.

5. Ten aanzien van de opslag van vingerafdrukken en foto's bepaalt het Hof dat er een grotere beoordelingsruimte is dan voor het opslaan van DNA-materiaal. 'That is because retaining genetic data after the death of the data subject continues to impact on individuals biologically related to the data subject. The Court recalls that when considering the nature of the interference with privacy occasioned by the retention of DNA profiles, it has observed that the use of DNA profiles for familial searching with a view to identifying a possible genetic relationship between individuals is of a highly sensitive nature and there is a need for very strict controls in this respect.' [6] Deze redenering, waarin de link wordt gelegd tussen de data van de ene persoon en informatie die daarmee kan worden verkregen over andere personen, is van belang omdat er een aspect wordt onderstreept dat momenteel veel ter discussie staat, namelijk dat de huidige privacy- en gegevensbeschermingsregels zijn gebaseerd op een tamelijk individualistisch model. Hierin worden gegevens beschermd als ze te relateren zijn aan een natuurlijk persoon of de gegevensverwerking zijn privéleven schaadt, en dit onderkent daarmee volgens velen onvoldoende dat gegevens die aan de één zijn gekoppeld, vrijwel altijd ook iets zeggen over een ander, zoals een familielid, een partner of vrienden. [7] Het Hof geeft aan dat dit relationele of groepsaspect van data in ieder geval met betrekking tot DNA dient te worden onderkend en oordeelt ten aanzien van de beoordelingsruimte dat, alhoewel er sinds *S. en Marper*, waar het Verenigd Koninkrijk helemaal alleen stond in zijn wetgevingskeuzes, een kleine minderheid van landen binnen de Raad van Europa is ontstaan die geen tijdslimiet heeft gezet op het opslaan van DNA-materiaal, het nog steeds zo is dat verreweg de meeste landen dat wel doen. Daarom oordeelt het Hof dat er op dit punt een kleinere beoordelingsruimte bestaat.

6. De belangrijkste vraag in beide zaken betreft de nationale wetgeving. Interessant is dat de klagers aansluiten bij nieuwe jurisprudentie op dit punt van het EHRM. Terwijl het Hof steeds meer rechtsvragen (naar ontvankelijkheid, het bestaan van een inbreuk en de eventuele legitimiteit van die inbreuk) verschuift naar het criterium 'necessary in a democratic society', waarbij het Hof de zaak beschouwt als een botsing van belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen, kiest het een andere koers wanneer het oordeelt over de zogenoemde 'minimum requirements of law' of simpelweg de standaard van 'quality of law'. [8] Het Hof kijkt hierbij niet zozeer naar de vraag of een bepaalde inbreuk in bijvoorbeeld iemands

privésfeer een wettelijke basis heeft en of de uitvoerende macht zich daarbij heeft gehouden aan de voorwaarden en bepalingen zoals die in de wet zijn vervat, maar of de wet als zodanig kwalitatief op orde is. Deze wettelijke minimumstandaarden werden al enigszins voorafschaduwd door de nadruk van het EHRM op de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van de wetgeving (accessibility and foreseeability), omdat het Hof hierbij niet zozeer toetst of de uitvoerende macht zich heeft gehouden aan de voorschriften en voorwaarden van de wetgevende macht, maar of de wetgevende macht regelgeving heeft vervaardigd die dusdanig precies en helder is geformuleerd dat burgers kunnen weten welke consequentie hun gedragingen kunnen hebben.

7. In recente jaren heeft het Hof hier op voortgebouwd. Niet langer heeft het Hof enkel aandacht voor potentieel machtsmisbruik door de politie, veiligheidsdiensten en uitvoeringsinstanties, het Hof ziet met name ook met lede ogen aan dat de wetgevende macht in diverse landen, onder meer onder invloed van populistische stromingen, steeds meer bereid is cart blanche te geven aan de uitvoerende macht, zeker als het gaat om de bestrijding van de georganiseerde misdaad en terrorisme. Dat zet een van de kernprincipes van de rechtsstaat, namelijk de scheiding der machten, onder druk. Daarom legt het EHRM steeds meer nadruk op de kwaliteit van wetten als zodanig; zeker wanneer zaken draaien om surveillance door geheime inlichtingendiensten, waarbij het voor burgers vaak onduidelijk is of zij door dergelijke activiteiten zijn getroffen, is het Hof bereid wetten *in abstracto* te toetsten.[9] Dit soort uitspraken draaien bijna volledig om de vraag of de wetgeving van het land in kwestie aan de minimumvoorwaarden voldoet. Het Hof toetst dan onder meer of de nationale wet- en regelgeving de machtsoverdracht van de wetgevende naar de uitvoerende macht aan specifieke voorwaarden en grenzen heeft gebonden, of er regels zijn neergelegd die beperkingen stellen aan het verzamelen, opslaan en verwerken van gegevens, of er afdoende juridische en parlementaire controle is op het gebruik van de bevoegdheden door de uitvoerende macht en of eventuele belanghebbenden adequate rechtsmiddelen ter beschikking staan.

8. Op deze ‘quality of law’-doctrine beroepen de klagers zich ook in de twee hier besproken zaken; zij klagen zowel over de afwezigheid van relevante wetgeving, over het ontbreken van standaarden in de bestaande wetgeving ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens, als over het geven van een ‘blanket power’ aan de uitvoerende macht ten aanzien van het oneindig opslaan van DNA-materiaal.[10] De kern van hun klacht is dat de wetgeving niet precies en dus voorzienbaar genoeg neerlegt in welke gevallen de autoriteiten hun macht mogen inzetten en dat de macht aan onvoldoende waarborgen is onderworpen. Het EHRM verwierpt deze gedachte opmerkelijk genoeg, waarbij het stelt dat uit algemene wet- en regelgeving, zoals de wet op de gegevensbescherming, de

politiewet en het strafprocesrecht, volgt dat de politie DNA mocht verzamelen, verwerken en opslaan zolang dit nodig was met het oog op criminaliteitsbestrijding. Weliswaar was er geen onderscheid gemaakt wat betreft het type delict ter bestrijding waarvan dit kon geschieden en ook was er geen specifieke tijdslimiet voor het opslaan van gegevens, maar desalniettemin wenst het Hof deze vraag niet te behandelen onder de 'quality of law'-doctrine.[11]

9. Alhoewel dit aansluit bij de keuze van het Hof in *S. and Marper* is dat opmerkelijk omdat het Hof daarmee de klachten over de kwaliteit van de wetgeving behandelt onder de vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. In beide zaken komt het ook tot een schending op dit punt, daarbij verwijzend naar het ontbreken van een tijdsbegrenzing ten aanzien van het opslaan van DNA-materiaal van veroordeelde personen, naar het feit dat er in de wetgeving geen onderscheid is gemaakt tussen zware en lichte vergripen en dat de wetgeving niet aangeeft onder welke omstandigheden de verzamelde data moeten worden verwijderd. Alhoewel 'the law provides, in general terms, for the possibility of judicial review coupled with a prior administrative review, there is no provision allowing for a specific review of the necessity of data retention. Similarly, there is no provision under which a person concerned can apply to have the data concerning him or her deleted if conserving the data no longer appears necessary in view of the nature of the offence, the age of the person concerned, the length of time that has elapsed and the person's current personality. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profiles of the applicants, as persons convicted of an offence, coupled with the absence of sufficient safeguards available to the applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped the acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society.'[12] Elk van deze punten gaat in wezen niet zozeer om een afweging tussen de belangen van de klagers en het algemene belang dat samenhangt met criminaliteitsbestrijding; ze betreffen lacunes in de wetgeving als zodanig. Zowel de vraag naar een tijdsgrens aan de opslag van data, als de procedurele voorwaarden waaronder die opslag dient te geschieden, als de vraag naar afdoende rechterlijke controle en rechtsmiddelen van de belanghebbende, zijn punten die het Hof in andere zaken beoordeelt onder de minimum voorwaarden van wetgeving.

10. Datzelfde gaat op voor de zaak tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof wederom nadruk legt op het belang van granulariteit en het bestaan van afdoende wettelijke waarborgen tegen machtsmisbruik. Interessant daarbij is ook nog de sneer die het EHRM maakt ten aanzien van de vraag of de door het Verenigd Koninkrijk naar voren gebrachte argumenten relevant en afdoende zijn, als het opmerkt dat 'the Government submitted that the more data

is retained, the more crime is prevented, providing a variety of different case studies to support that general contention. In this connection, the Court considers that accepting such an argument in the context of a scheme of indefinite retention would in practice be tantamount to justifying the storage of information on the whole population and their deceased relatives, which would most definitely be excessive and irrelevant'.^[13] Ook in deze zaak wijst het Hof er op dat de data oneindig lang werden bewaard, zonder dat de wetgeving een onderscheid maakte tussen het type delicten waarvoor dit geschiedde, dat de politie alleen maar onder uitzonderlijke omstandigheden foto's en biometrische gegevens mocht verwijderen en dat er geen mogelijkheid openstond voor belanghebbenden om te verzoeken hun gegevens te verwijderen als die niet langer noodzakelijk leken voor het doel waarvoor ze waren verzameld. Daarom oordeelt het Hof ook in deze zaak dat 'the indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profile, fingerprints and photograph of the applicant as person convicted of an offence, even if spent, without reference to the seriousness of the offence or the need for indefinite retention and in the absence of any real possibility of review, failed to strike a fair balance between the competing public and private interests'.^[14]

B. van der Sloot

Tilburg University

[1] *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, «EHRC» 2009/13 m.nt. Koops.

[2] *S. en Marper*, reeds aangehaald, par. 125.

[3] Zie o.a. *X t. Verenigd Koninkrijk*, ECRM 12 oktober 1973, nr. 5877/72, ECLI:CE:ECHR:1973:1012DEC00587772; *Lupker t. Nederland*, ECRM 7 december 1992, nr. 18395/91, ECLI:CE:ECHR:1992:1207DEC001839591; *Kinnunen t. Finland*, ECRM 15 mei 1996, nr. 24950/94, ECLI:CE:ECHR:1996:0515DEC002495094.

[4] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 70.

[5] <<https://www.nytimes.com/2020/02/10/podcasts/the-daily/facial-recognition-surveillance.html>>.

[6] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 81.

[7] L. Taylor, L. Floridi & B. van der Sloot (red.), *Group Privacy*, Springer, Dordrecht, 2017.

[8] N. Lupo & G. Piccirilli, *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation*:

Shifting to a Substantial Concept of ‘Law’?. *Legisprudence*, 6(2), 2012. J. L. Slosser, Components of Legal Concepts: Quality of Law, Evaluative Judgement, and Metaphorical Framing of Article 8 ECHR. *European Law Journal*, 25(6), 2019.

[9] *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM (GK) 4 december 2015, nr. 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, «EHRC» 2016/87 m.nt. Hagens; *Centrum För Rättvisa t. Zweden*, EHRM 19 juni 2018, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD003525208, «EHRC» 2018/196 m.nt. Hagens; *Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 13 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013, «EHRC» 2018/208 m.nt. Hagens.

[10] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 37.

[11] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 48; zie soortgelijk, *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 73-74; dit sluit aan bij eenzelfde overweging in *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, par. 99.

[12] *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, par. 53-54.

[13] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 89.

[14] *Gaughran t. Verenigd Koninkrijk*, par. 96.

ANNOTATIE

Ali Riza e.a. t. Turkije (EHRM, nrs. 30226/10 e.a.) – Het recht op een eerlijk proces in (gedwongen) sportarbitragezaken: Deel II***D.A.G. van Toor***

1. Het arrest in de onderhavige zaak kan als vervolg worden gezien op het vorig jaar door mij geannoteerde arrest *Mutu & Pechstein*[1] over sportarbitrage (en een derde deel over dezelfde kwestie wordt verwacht omdat de eerste klager een separate klacht tegen Zwitserland, huisvester van het TAS-CAS, heeft ingediend[2]). Deze annotatie begint dan ook met een korte samenvatting van *Mutu & Pechstein* (randnummers 2-3). Daarin wordt de klacht over de partijdigheid en afhankelijkheid van de arbiters in *concreto* getoetst, ondanks duidelijke aanwijzingen van structurele, organisatorische en financiële afhankelijkheid in *abstracto*. In *Ali Riza e.a.* wordt het algemene uitgangspunt van toetsing in *concreto* gehandhaafd, maar het EHRM toetst in de onderhavige zaak echter zeer abstract en overweegt dat structuurkenmerken mede aanleiding kunnen geven om van afhankelijkheid en partijdigheid van arbiters in *abstracto* te spreken (randnummers 4 en 6). Dit is het belangrijkste punt uit het onderhavige arrest. Daarnaast maakt het EHRM een belangrijk onderscheid in het toepassingsbereik van art. 6 EVRM, namelijk dat alleen wanneer bewezen kan worden dat de sporter inkomsten derft hij een beroep kan doen op de bescherming van het eerlijk-procesrecht onder de *civil limb* (randnummer 5). In randnummer 8 worden de vereisten voor gedwongen arbitrage, zoals die volgen uit *Mutu & Pechstein* en *Ali Riza e.a.*, samengevat en op een rijtje gezet.

2. Het arrest *Mutu & Pechstein* werd door het sportarbitragetribunaal (TAS-CAS) als overwinning gevierd,[3] ondanks dat het EHRM ook kritisch op de procedure bij het TAS-CAS was. Het TAS-CAS ziet het arrest in *Mutu & Pechstein* als een bevestiging dat het sportarbitragetribunaal een noodzakelijk tribunaal is voor de uniformiteit van uitspraken van verschillende landen in geschillen tussen sporters en sportbonden (met een internationaal karakter). Deze uitkomst lag in de lijn der verwachting op basis van eerdere nationale rechtspraak over dit thema uit Duitsland en Zwitserland.[4] Bij het EHRM ging het echter niet zozeer om de *status* van het TAS-CAS, maar vooral over de *procedure* bij het tribunaal.

De belangrijkste vraag voor het EHRM in *Mutu & Pechstein* betrof of de sportarbitrageprocedure moet voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM. Het EHRM oordeelde dat daarvan geen sprake is als vrijwillig, rechtmatig en ondubbelzinnig afstand wordt gedaan van dit recht (par. 103), en als het TAS-CAS ‘een onafhankelijk en onpartijdig gerecht [is] dat bij de wet is ingesteld’[5]. In *Pechstein* werd geoordeeld dat bij professionele schaatsers en schaatssters sprake was van *gedwongen* arbitrage, doordat de Internationale Schaatsbond (ISU) oplegt dat conflicten door het TAS-CAS worden beslecht en de sporters anders van deelname aan wedstrijden georganiseerd onder de vlag van de ISU worden uitgesloten, waardoor art. 6 EVRM van toepassing is op de procedure (par. 115). In *Mutu* werd geoordeeld dat de klager niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van de toepassing van art. 6 EVRM (par. 121), ondanks dat de Wereldvoetbalbond (FIFA) en de Britse Voetbalassociatie (FA) geen arbitrage voorschrijven in voetbal gerelateerde kwesties.

Doordat in beide zaken sprake is van gedwongen arbitrage, is art. 6 EVRM van toepassing (par. 145) omdat sprake is van een beslissing door een “gerecht dat bij wet is ingesteld” (par. 149). In beide zaken werd echter *in concreto* geen schending van art. 6 EVRM begaan in de procedure bij het TAS-CAS.

3. Toch zitten er wel een aantal haken en ogen aan het arrest *Mutu & Pechstein*. Het oordeel van het EHRM dat de arbiters in de onderhavige zaken (dus *in concreto*) in voldoende mate onafhankelijk en onpartijdig zijn, is goed te volgen. Dat laat echter onverlet dat op structureel, organisatorisch en financieel niveau de olympische comités en de sportbonden een (hele dikke) vinger in de pap van het TAS-CAS hebben. In mijn annotatie bij *Mutu & Pechstein* is beschreven hoe de arbiters worden benoemd.[6]

Kort gezegd, verkrijgen alle raadslieden bij organen die de arbiters benoemen hun positie direct of indirect doordat zij door de *sports governing bodies* (SGB's) worden benoemd. De vraag is dus of het TAS-CAS als structuur en als organisatie wel voldoende onafhankelijk en onpartijdig is van de sportbonden, zeker wanneer een sporter tegen een sportbond klaagt.[7]^[8]

4. Het EHRM maakte in *Mutu & Pechstein*, en ook in de algemene overwegingen in *Ali Riza e.a.* (par. 209), duidelijk dat een *gebiaste* benoemingsprocedure niet betekent dat arbiters *in een concrete zaak* afhankelijk van de sportbonden of verenigingen en partijdig voor diezelfde organisaties oordelen. In beginsel moet de onafhankelijkheid en onpartijdigheid altijd *in concreto* worden getoetst. In *Mutu & Pechstein* leidde de structurele, organisatorische en financiële afhankelijkheid – en de daardoor ontstane (grote?) kans op partijdigheid – enkel tot een vlijmscherpe *dissent* van Keller en Serghides.

Onder voorzitterschap van Spano wordt in *Ali Riza e.a.*, ondanks de herhaling van het

algemene uitgangspunt dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid in *concreto* moeten worden getoetst, overwogen dat een gerechtvaardigde twijfel over de onafhankelijkheid van arbiters op basis van structuurkenmerken in *abstracto* kunnen ontstaan (par. 222). Op dit punt is het arrest in *Ali Riza e.a.* van groot belang voor gedwongen (sport)arbitrage. Dit punt wordt hieronder in randnummer 6 nader uitgewerkt.

5. Een tweede interessant punt is het onderscheid dat het EHRM maakt tussen gedwongen arbitrage bij professionele sporters en amateursporters. Wanneer inkomstenverlies op het spel staat in de gedwongen arbitrageprocedure dan is art. 6 EVRM (de civiele poot) van toepassing, terwijl dit niet zo is als “slechts” het uitoefenen van een hobby wordt beperkt door een schorsing. Dat amateurvoetballers aardig wat (zwart) geld kunnen verdienen doet niet ter zake.[9] Pas als de amateursporters kunnen bewijzen dat zij inkomsten genieten door de uitoefening van de sport kunnen zij aanspraak maken op bescherming van art. 6 EVRM bij gedwongen sportarbitrage (par. 155).

6. Laat ik, voordat een inhoudelijke analyse van de belangrijkste overwegingen met betrekking tot de toetsing van onafhankelijkheid in *abstracto* plaatsvindt, beginnen met de opmerking dat het Turkse voetbal bekend staat om disputen over het niet betalen van salarissen (en het op allerlei manieren dwingen van spelers om onder contracten uit te komen).[10] Om het systeem van het niet nakomen van verplichtingen in stand te houden, is het logisch dat de voetbalverenigingen kiezen voor een gedwongen arbitrageprocedure (zonder mogelijkheid tot toegang tot nationale of internationale gerechten) op basis van structurele, organisatorische en financiële afhankelijk van de arbiters aan organen waarin de verenigingen de meerderheid van de stemmen hebben. Dit klinkt cynisch, maar ik geloof niet in de toevalligheid van de samenloop tussen de voetbalcompetitie met de grootste betalingsachterstand en een waardeloos arbitragesysteem. De FIFPRO, de wereldwijd actieve belangenorganisatie voor professionele voetballers, ook niet. Deze organisatie was er na het onderhavige arrest als de kippen bij om de Turkse voetbalbond op te roepen de kritiek eindelijk eens serieus te nemen en drastische hervormingen door te voeren.[11]

Een van de structurele tekortkomingen in de benoemingsprocedure van arbiters ten tijde van de onderhavige zaak is dat het *Congres* van de TFF (volgens de reglementen van de Turkse voetbalbond is dit de *main decision-making organ* (par. 55)) en de *Board of Directors* voor de meerderheid bestaan uit vertegenwoordigers van de betaald voetbalverenigingen (par. 210-211). De bestuursraad, de executieve “macht” met veertien leden plus een voorzitter, wordt bij eenvoudige meerderheid door het congres benoemd, maar niet noodzakelijkerwijs uit de rangen van het congres (par. 64). In het congres hebben onder andere de voorzitters van de voetbalverenigingen uit de hoogste divisie zitting, en zij mogen zes (!) extra gedelegeerden benoemen. Voorzitters van verenigingen tot met het vierde niveau hebben zitting in het

congres. Daar staat tegenover dat alleen vijf gepensioneerde voetballers die meer dan 75 keer voor het nationale elftal zijn uitgekomen zitting hebben in het congres. Actieve spelers of belangenorganisaties van actieve spelers hebben geen zitting in het congres.

De leden van de *Arbitration Committee* (AC) – een voorzitter, zes leden en zes vervangende leden – worden allen op voordracht door de voorzitter van de bestuursraad door de bestuursraad benoemd. Dus doordat het congres voor de meerderheid bestaat uit belangenbehartigers van de verenigingen, het congres bij eenvoudige meerderheid de bestuursraad kiest, en de bestuursraad de arbiters benoemd, hebben de belangenbehartigers van de voetbalverenigingen indirect de zeggenschap over de benoeming van arbiters. Dit is een structurele tekortkoming in de onafhankelijke positie van de arbiters ten opzichte van een van de twee partijen in een geschil tussen voetballers/werknemers enerzijds en de vereniging/werkgever anderzijds. Vanwege de precedentenwerking die oordelen van de AC ten opzichte van alle clubs heeft, ligt het voor de hand dat de AC stelselmatig de zijde van de verenigingen kiest (par. 220).

Het EHRM noemt nog verdere structurele, organisatorische en financiële tekortkomingen binnen de organisatie van de TFF. Ten eerste is dat de koppeling van de benoemingsperiode van arbiters aan de benoemingsperiode van de bestuursraad (par. 213), die slechts vier jaar bedraagt, waarbij een lange termijn juist een waarborg voor onafhankelijk is (*partly concurring partly dissenting opinion* Bosnjak, rn. 4). Ten tweede het feit dat de betaling wordt geregeld door de voetbalbond. Maar het EHRM benadrukt ook dat enkel de financiële afhankelijkheid onvoldoende is om afhankelijk en partijdigheid in *abstracto* vast te stellen (een Staat betaalt namelijk altijd zijn rechters, par. 214). Ten derde is niet in een wrakingsprocedure voor arbiters binnen het TFF voorzien (par. 215). Ten vierde genieten de arbiters geen immuniteit, en zijn dus afhankelijk van de bestuursraad (*partly concurring partly dissenting opinion* Bosnjak, rn. 3). Deze ‘structural deficiencies of the Arbitration Committee’ en ‘the vast powers given to the Board of Directors over its organisation and operation’ leiden volgens het EHRM tot gerechtvaardigde twijfel dat onvoldoende waarborgen bestaan om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters te garanderen (par. 222). Deze toetsing in *abstracto* – het EHRM heeft het namelijk niet over de in de twee zaken oordelende arbiters – is voor het EHRM voldoende om een schending van art. 6 EVRM vast te stellen.

Hier blijft het echter niet bij. Op basis van art. 46 EVRM oordeelt het Hof dat sprake is van systematische problemen (par. 241) en dat Turkije, waarschijnlijk bij monde van de voetbalbond, de institutionele basis van de AC moet herzien zodat de AC organisatorisch onafhankelijk van de bestuursraad kan opereren. Dit is van groot belang omdat in gedwongen arbitrageprocedures in het algemeen, maar bij de Turkse voetbalbond in het bijzonder, vaak één zwakke partij (in dit geval sporters) moet opboksen tegen de macht van georganiseerde

bonden en de daaronder uitkomende verenigingen.

7. Om de situatie bij de TFF beter te kunnen beoordelen, wordt hier een korte vergelijking gemaakt met de benoeming van arbiters bij de KNVB. In het Arbitragereglement van de KNVB van januari 2020[12] is de benoeming van arbiters in art. 4 tot en met 6 geregeld. Het College van Arbiters bestaat uit 17 leden, waarvan vijf A-leden en twaalf B-leden. A-leden moeten lid zijn van de KNVB en een universitaire rechtenopleiding hebben voltooid. De B-leden, die ook lid van de KNVB moeten zijn, vertegenwoordigen de drie partijen: (i) bestuurders; (ii) oefenmeesters; en (iii) spelers. Alle drie de partijen hebben het recht om eenderde van de twaalf leden voor te dragen. Op grond van art. 6 benoemt de bondsvergadering van de KNVB uit een door het bondsbestuur van de KNVB op te maken bindende voordracht de A-leden en uit een bindende voordracht vanuit een van voornoemde partijen de B-leden.

Het bondsbestuur is het bestuur van de KNVB (een vereniging) en bestaat uit de bondsvoorzitter, de voorzitter van het bestuur Betaald Voetbal en de voorzitter van het bestuur Amateur Voetbal. De bondsvoorzitter wordt benoemd door de bondsvergadering, en de laatste keer geselecteerd door een speciaal daarvoor samengestelde sollicitatiecommissie.[13] De bondsvergadering (de algemene vergadering van de vereniging) bestaat uit vertegenwoordigers van zowel het betaald (dertig vertegenwoordigers; vijftien per betaald voetbal divisie) als het amateur voetbal (dertig vertegenwoordigers). Bij de benoeming van de arbiters zijn zij echter gebonden aan de voordracht van het bestuur (vijf leden) of de partijen (twaalf leden). In *abstracto* speelt bij de KNVB dus niet de dominantie van de betaald voetbal verenigingen bij de samenstelling van het College van Arbiters.

In *concreto* wordt een geschil beslecht door een A-lid als voorzitter en geflankeerd door twee B-leden (art. 20). Verschillende regelingen omtrent het einde van het lidmaatschap van het College van Arbiters zijn neergelegd in art. 8, waaronder de maximale zittingsduur van twaalf jaar. In art. 23 en 24 zijn respectievelijk de ontheffing van een arbiter en de wraking geregeld. Hoger beroep tegen het vonnis staat niet open (art. 74), maar vernietiging op limitatieve gronden (bij marginale toetsing) is wel mogelijk op grond van art. 1065 Rv.[14] Ook in *concreto* bestaan derhalve mogelijkheden om de afhankelijkheid en partijdigheid tijdens de procedure of daarna aan de kaak te stellen. Onder de mogelijkheid tot vernietiging op basis van art. 1065 lid 1 onder e RV – strijd met de openbare orde – valt onder andere de situatie dat de institutionele wrakingsprocedure niet de vereiste onafhankelijkheid bood.[15]

8. Afsluitend kom ik terug op de onderhavige zaak, en het arrest in *Mutu & Pechstein*. Aan de hand van deze arresten kunnen de volgende conclusies over arbitrage worden getrokken: als sprake is van vrijwillige arbitrage en een *unequivocal waiver* dan zijn de eerlijk-procesrechten niet van toepassing op de procedure (*Mutu*). Bij een gedwongen procedure, en bij vaststelling

van burgerlijke rechten en verplichtingen (vgl. het verschil tussen professionele sporters en hobbyisten, *Ali Riza e.a.*), is art. 6 EVRM van toepassing op de arbitrageprocedure. Dat houdt onder meer in dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid in *abstracto* van de arbiters moet zijn gewaarborgd (*Ali Riza e.a.*). Die is niet gewaarborgd als een structurele disbalans bestaat tussen leden van het tribunaal benoemd door de verenigingen en leden benoemd door de sporters in de organen die arbiters benoemen. Om de abstracte onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen lijken immuniteit voor arbiters en een benoemingsperiode van voldoende lengte noodzakelijk (*Ali Riza e.a.*). Ook moeten “normale” processuele mogelijkheden bestaan om de partijdigheid en afhankelijkheid van arbiters aan de kaak te stellen (*Ali Riza e.a.*). Ten slotte moeten redelijke verzoeken van personen die worden gedwongen tot arbitrage op het toepassen van een eerlijk-procesrecht, in dit geval een openbare zitting, worden gehonoreerd (*Pechstein*).

In deze samenvatting zijn de arresten *Mutu & Pechstein* en *Ali Riza e.a.* tezamen besproken. De vraag is of dit volledig terecht is. In *Mutu & Pechstein* ging het om een internationaal sportarbitragetribunaal dat is opgericht om uniformiteit in sportrecht bij internationale geschillen te garanderen (zodat vergelijkbare zaken binnen verschillende landen niet anders worden berecht),^[16] waartegen cassatie bij een nationaal gerecht – namelijk het Zwitserse Hooggerechtshof – openstaat. In *Ali Riza e.a.* gaat het om een volledig nationaal georiënteerd arbitragetribunaal, waartegen geen beroep of cassatie openstaat. Omdat tegen uitspraken van het TAS-CAS cassatie kan worden ingesteld bij een duidelijk onafhankelijk en onpartijdig Hooggerechtshof maar dat bij de Turkse AC niet kan, is het mogelijk dat de toetsing in *abstracto* van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid alleen geldt voor *gesloten* stelsel van arbitrage. Mogelijk biedt de eerder aangestipte klacht tegen Zwitserland van de eerste klager in onderhavige zaak daarover uitkomst.

Dave van Toor

[1] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor.

[2] *Ali Riza t. Switzerland*, nr. 74989/11.

[3] <https://www.tas-cas.org/medias/liste-de-diffusion/cas-statement-on-the-echr-decision-in-the-case-pechstein-mutu-and-switzerland.html>, laatst geraadpleegd op 12 maart 2020.

[4] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 1.

- [5] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 7.
- [6] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 3.
- [7] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 8.
- [8] Overigens heeft het TAS-CAS begin 2019 wijzigingen doorgevoerd in *The Code of Sports-related Arbitration*, maar het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om de wijzigingen te bespreken. Zie een bestand met *track changes*: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Amendments_Code_2019__en_.pdf, laatst geraadpleegd op 16 maart 2020.
- [9] Zie bijvoorbeeld <https://nos.nl/artikel/2293566-hoe-hoger-het-niveau-in-het-amateurvoetbal-hoe-slechter-de-financien.html>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [10] Zie een bericht uit november 2019 van het representatieve orgaan voor professionele voetballers: <https://www.fifpro.org/en/rights/warning-on-turkish-football-clubs>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020. Zeven jaar geleden werden voetballers al gewaarschuwd niet naar de Egeïsche regio te transfereren. <http://www.businessofsoccer.com/2013/08/22/unpaid-wages-becoming-a-consistent-issue/>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020. De VVCS, de Nederlandse belangenorganisatie voor betaald voetballers, uitte destijds de verwachting dat 50% van de Nederlandse voetballers in die regio te maken zouden krijgen met betalingsproblemen.
- [11] <https://fifpro.org/en/rights/turkish-arbitration-needs-reform>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [12] <https://www.knvb.nl/downloads/bestand/18807/reglementen-bondsvergadering-seizoen-2019-20>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [13] <https://www.knvb.nl/nieuws/organisatie/berichten/55404/bondsbestuur-draagt-just-spee-voor-als-nieuwe-voorzitter-knvb>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [14] Bij bedrog bestaat de mogelijkheid tot herroeping, artikel 1068 Rv.
- [15] I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2014, 4, p. 107.
- [16] F.M. de Weger, 'De procedure voor het internationale sport- arbitragehof CAS', *Tijdschrift*

voor Sport & Recht 2018, 4, p. 76.

ANNOTATIE

Beizaras&Levickas t. Litouwen (EHRM, nr. 41288/15) - Niet-vervolgving online haatdragend commentaar op foto zoenende jongens is discriminatie

E. Janssen

1. In het arrest Beizaras en Levickas t. Litouwen stelt het EHRM voor het eerst en unaniem vast dat de weigering van de Staat om online hate speech tegen twee jongens wegens hun homoseksualiteit te vervolgen een schending van hun recht op privéleven en het discriminatieverbod oplevert. Het arrest van het Hof bevordert de bescherming van LGBT-personen, een van de meest kwetsbare groepen in Litouwen, tegen institutioneel racisme en discriminatie in het effectief genot van hun fundamentele rechten.

De foto en het commentaar op Facebook

2. Op 8 december 2014 post Pijus Beizaras de volgende foto op zijn Facebook-account:

img alt=""
src="/uploads/ckeditor/pictures/4/content_foto_annotatie_Beizaras_en_Levickas_t_Litouwen_EHRM__nr._4128815.png" style="height:277px; width:180px">

Bron: Pinkarmenia

Op de foto is te zien hoe Pijus Beizaras zijn vriend Mangirdas Levickas kust. De middelbare scholier en de theologiestudent uit Kaunas, achttien en negentien jaar, zitten gearmd naast elkaar. Ze zijn verliefd. Met het posten van de foto willen de jongens niet alleen hun relatie bekend maken, maar ook het tolerantieniveau van de Litouwse bevolking ten aanzien van homoseksualiteit testen. De post is dus niet alleen voor Facebook-vrienden te zien, maar is ook voor het algemene publiek toegankelijk. De foto gaat 'viral' en ontvangt ongeveer 800 commentaren. Een kleine greep uit de heftige reacties:

'Ik ga overgeven - ze moeten gecastreerd of verbrand worden; genees jezelf, ezels - zeg maar'

'Deze flikkers hebben mijn lunch verpest; als ik dat mocht, zou ik ze allemaal neerschieten.'

‘Schorem!!!!!! In de gaskamer met dit paar’

‘Omdat jullie flikkers zijn, en kinderen zulke foto's kunnen zien, zijn het niet alleen de Joden die Hitler had moeten verbranden.’

‘In godsnaam... Jullie verdomde homo's - jullie zouden uitgeroeid moeten worden FU’

‘Dood...’

[vert. EHJ]

Volgens de jongens zijn de commentaren niet alleen denigrerend en discriminerend, maar zetten ze ook aan tot fysiek geweld. Zij vragen aan de nationale LGBT-belangenorganisatie LGL om de haatdragende uitingen bij het Openbaar Ministerie aan te geven; zelf durven ze dit niet uit angst voor represailles. Het OM weigert de uitingen te vervolgen, een beslissing die door de Litouwse gerechten in stand wordt gelaten. De zaak krijgt veel media-aandacht en Beizaras en Levickas worden daardoor verbaal lastiggevallen op straat en ontvangen dreigmails. Zij doen hiervan geen aangifte bij de politie, want ze hebben geen vertrouwen in het Litouwse rechtssysteem meer. Wel stappen de jongens naar het EHRM wegens de weigering van Litouwen om de haatdragende commentaren te vervolgen.

Collectieve belangenbehartiging door NGO

3. Opvallend in deze zaak is allereerst dat het EHRM Beizaras en Levickas ontvankelijk verklaart in hun klacht, terwijl LGL de nationale procedure in eigen naam heeft gevoerd. De Litouwse regering had dan ook aangevoerd dat niet is voldaan aan het vereiste dat klagers partij waren in de nationale procedure, omdat LGL hen niet vertegenwoordigde op basis van een volmacht. Het zou gaan om een vorm van strategische procesvoering door LGL, waar Beizaras en Levickas zelf nooit om hadden verzocht – hetgeen door henzelf is betwist. Het EHRM accepteert dit betoog van de regering niet om drie redenen. Ten eerste is in de nationale procedure nooit betwist dat LGL de belangen van Beizaras en Levickas vertegenwoordigde. Ten tweede kan, onder Litouws recht, eenieder een strafbaar feit aangeven. Ten derde maakt het niet uit of er een strategisch proceselement bestond, omdat het hier geen *actio popularis* betreft: LGL ageerde tegen een concrete situatie die de rechten van Beizaras en Levickas raakte. LGL diende volgens het EHRM in dit geval voor de belangen van haar leden te kunnen opkomen, omdat anders potentieel ernstige verdragsschendingen op nationaal niveau niet kunnen worden onderzocht. Het EHRM overweegt dat:

‘(..) in moderne samenlevingen het beroep op collectieve organen zoals verenigingen een van de toegankelijke middelen is, soms het enige middel waarover de burgers beschikken om hun

specifieke belangen doeltreffend te verdedigen. Elke andere, al te formalistische conclusie zou de bescherming van de door het Verdrag gewaarborgde rechten ondoeltreffend en illusoir maken.’[1] [vert. EHJ]

4. Voor deze niet ‘al te formalistische’ benadering bij ernstige verdragsschendingen sluit het Hof aan bij zijn arrest *Valentin Campeanu t. Roemenië* uit 2014.[2] Daarin formuleerde de Grote Kamer een uitzondering op het vereiste dat een NGO slechts namens een derde voor het Hof mag optreden op basis van een expliciete volmacht. Het ging om de ernstige verwaarlozing van een verstandelijk gehandicapte jongen van Roma-afkomst, die in een weeshuis in Roemenië op vijfjarige leeftijd HIV opliep en vervolgens in een psychiatrisch ziekenhuis overleed wegens ondervoeding en gebrek aan medicijnen. De NGO was ontvankelijk, omdat Valentin door niemand anders kon worden vertegenwoordigd en Roemenië anders aan aansprakelijkheid zou ontsnappen voor een ernstige mishandeling van een zeer kwetsbare persoon. In onderhavige zaak betracht het Hof een vergelijkbare flexibiliteit vanuit het oogpunt van een effectieve rechtsbescherming. Het EHRM meent dat Beizaras en Levickas inderdaad niet zelf aangifte konden doen zonder risico van represailles. Het Hof verwijst daarbij naar conclusies van het Europees Comité inzake Racisme en Intolerantie (ECRI) uit 2016 dat homohaat en geweld in Litouwen een groeiend probleem is. Voor het Hof kunnen Beizaras en Levickas wel zonder risico voor zichzelf opkomen en bovendien gaat het om een zaak over hun specifieke situatie.

Effectief recht op privéleven en discriminatieverbod

5. Voor het EHRM klagen Beizaras en Levickas dat de weigering van de Litouwse autoriteiten om de haatdragende commentaren te vervolgen neerkomt op discriminatie op grond van hun seksuele oriëntatie in de zin van art. 14 EVRM en een schending vormt van hun recht op privéleven beschermd door art. 8 EVRM. De Litouwse overheid betwist dat de niet-vervolgung is ingegeven door een vermeende afkeur van homoseksualiteit; de commentaren waren volgens haar gewoon niet strafbaar. Het Hof overweegt dat onder ‘privéleven’ ook iemands fysieke en psychologische integriteit valt en dat iemands seksuele oriëntatie en seksleven binnen de persoonlijke sfeer valt zoals beschermd door art. 8 EVRM. Wel dienen aanvallen op een persoon een bepaalde ernstgraad te hebben en schade te veroorzaken om het recht op privéleven onder art. 8 EVRM te kunnen raken. Die ernstgraad is hier bereikt; de commentaren op de Facebookfoto tasten duidelijk het welzijn en de waardigheid van Beizaras en Levickas aan en de Litouwse overheid erkent dat de commentaren beledigend en grof waren. Het Hof sluit af met de bevinding dat, voor een effectief respect van de persoonlijke levenssfeer, staten een positieve verplichting hebben om maatregelen te nemen. Naar vaste jurisprudentie van het EHRM valt onder het discriminatieverbod in art. 14 EVRM ook discriminatie op grond van seksuele oriëntatie. De zaak valt daarom inderdaad onder art. 8 jo.

14 EVRM. Bij het maken van onderscheid op basis van seksuele oriëntatie bestaat volgens het Hof maar een kleine beoordelingsmarge en een dergelijk onderscheid kan alleen gerechtvaardigd worden door ‘bijzonder overtuigende en gewichtige redenen’. Bewijs dat een ongelijke behandeling louter is gebaseerd op seksuele oriëntatie (of een andere discriminatiegrond) is voor slachtoffers van discriminatie echter vaak lastig te leveren. Het Hof benadrukt dat statistieke bewijs van discriminatie kunnen vormen bij verschil in feitelijke behandeling, een principe dat het Hof hierna vooral met betrekking tot art. 13 EVRM toepast. Over de bewijslast in discriminatiezaken benadrukt het Hof, dat zodra een klager heeft aangetoond dat hij/zij ongelijk is behandeld, de overheid moet aantonen dat dit gerechtvaardigd was. Aan de hand van twee hoofdargumenten die de Litouwse overheid heeft aangevoerd om aan te tonen dat geen sprake zou zijn van discriminatie, toetst het Hof dan ook of de Staat zijn positieve verplichtingen heeft geschonden.

Afkeuring post als ‘excentriek gedrag’ bewijs van discriminerende houding Staat

6. Ten eerste zouden volgens de regering Beizaras en Levickas door het posten van de foto de commentaren zelf hebben uitgelokt. Het Hof ziet dit anders. Beizaras en Levickas hadden de foto gepost om hun relatie kenbaar te maken, een discussie over homorechten in Litouwen te initiëren en LGBT-mensen in Litouwen een hart onder de riem te steken. Hoewel in Litouwen een gespannen atmosfeer rondom homoseksualiteit bestaat, ziet het Hof niet in dat de foto publieke onrust kon veroorzaken. Integendeel, een eerlijk en publiek debat over de sociale status van seksuele minderheden draagt juist bij aan de sociale cohesie wanneer alle standpunten worden gehoord, inclusief die van de betrokkenen. Het Hof wijst op het recht van individuen om zich openlijk te identificeren als homo, lesbienne of lid van een andere seksuele minderheid en verwijst daarbij naar het arrest *Alekseyev t. Rusland* uit 2010.[3] In die zaak leverde de herhaalde afwijzing door de Russische autoriteiten van het verzoek om een Gay-Pride in Moskou te mogen organiseren een schending op van de demonstratievrijheid onder art. 11 EVRM. De afwijzingen waren eerder gegrond in de heersende moraal dan in veiligheidsoverwegingen, terwijl de demonstranten helemaal niet van plan waren om zich seksueel provocatief te gedragen of de publieke of religieuze moraal aan te vallen; zij wilden vreedzaam opkomen voor hun rechten. Waar de provocatie in onderhavige zaak volgens de overheid met name ook gelegen is in het feit dat op de trui van Beizaras een kruissymbool is te zien – kennelijk opgevat als een aanval op de heersende moraal – stelt het Hof vast dat dit geen enkele rol in de nationale procedures speelde.

7. De afkeuring van het openlijk tonen van homoseksualiteit vormde wél expliciet een reden om de commentaren niet te vervolgen, zo leidt het Hof af uit de nationale beslissingen. De Rechtbank van Klaipėda diskwalificeerde de Facebookpost immers als ‘excentriek gedrag’ waarvan was te voorzien dat dat ‘echt niet bijdraagt aan de samenhang in de samenleving of

aan de verdraagzaamheid', aangezien 'de meerderheid van de Litouwse samenleving de traditionele familiewaarden zeer waardeert'. Volgens het Regionale Hof van Klaipėda had de post ook alleen gedeeld kunnen worden onder 'gelijkgestemden'. Zou een dergelijke argumentatie gevolgd worden, dan zou er weinig van de uitingsvrijheid overblijven. Ik mis in dit verband een kleine verwijzing naar de art. 10-jurisprudentie van het Hof, waarin is bepaald dat ook uitlatingen die 'beledigen, schokken of storen' worden beschermd en niet alleen uitingen die gunstig worden ontvangen.[4] Zo'n verwijzing zou goed zijn geweest om de Facebookpost scherp af te zetten tegen de haatdragende reacties.

8. Uiteindelijk maakt het Hof niettemin wel degelijk een punt door uitgebreid stil te staan bij het beroep van de nationale autoriteiten op 'traditionele familiewaarden van de Litouwse meerderheid' en op 'de constitutionele waarde van de familie, als een band tussen een man en een vrouw'. Anders dan de nationale gerechten acht het Hof het behoud van familiewaarden als het fundament van de samenleving niet 'onverenigbaar' met de erkenning van de sociale acceptatie van homoseksualiteit. Ten eerste geeft het Hof toe dat de bescherming van de traditionele familie een verschil in behandeling kan rechtvaardigen – bijvoorbeeld een staat erkent het homohuwelijk niet, maar dit geldt niet voor elke ongelijke behandeling. Ter illustratie haalt het Hof het arrest *Kozak t. Polen* uit 2010 aan.[5] Die zaak ging om de weigering aan een man om de huur over te nemen van de flat waar hij met zijn vriend had samengewoond, nadat zijn partner was overleden. Een dergelijke algehele uitsluiting van personen in een homoseksuele relatie van de opvolging van een huurcontract vormt een schending van art. 8 jo. 14 EVRM. In onderhavige zaak herhaalt het Hof zijn overwegingen daarbij:

'Aangezien het verdrag een levend instrument is, dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige omstandigheden, moet de staat bovendien bij de keuze van de middelen om het gezin te beschermen en de eerbiediging van het gezinsleven te waarborgen, zoals artikel 8 voorschrijft, noodzakelijkerwijs rekening houden met de ontwikkelingen in de samenleving en met veranderingen in de perceptie van sociale, burgerlijke en relationele kwesties, met inbegrip van het feit dat er niet slechts één manier of één keuze is om een gezins- of privéleven te leiden.'[6] [vert. EHJ]

9. Ten tweede citeert het Hof een uitspraak waarin het Litouwse Constitutionele Hof heeft bepaald dat het familieconcept – anders dan het huwelijk – juist niet is beperkt tot een band tussen man en vrouw en dat de Grondwet een 'anti-majoritaire wet' is die ervoor moet zorgen dat de meerderheid de minderheid niet overstemt. Daarom kon een verblijfsvergunning aan een buitenlander die zich met zijn vriend in Litouwen wilde settelen niet worden geweigerd louter op basis van seksuele oriëntatie. Het EHRM legt grote nadruk op het belang van de bescherming van minderheden inherent aan haar materiële democratieopvatting en

overweegt vóór alles dat ‘pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid de hoeksteen van een democratische samenleving vormen’ en ‘gebaseerd zijn op erkenning en respect voor diversiteit’, om te concluderen dat:

‘(..) het (...) onverenigbaar [zou] zijn met de onderliggende waarden van het verdrag als de uitoefening van de rechten van een minderheid afhankelijk zou worden gesteld van de aanvaarding ervan door de meerderheid. In dat geval zouden de rechten van een minderheid slechts theoretisch worden in plaats van praktisch en effectief, zoals het Verdrag voorschrijft.’[7] [vert. EHJ]

De boodschap van het EHRM is duidelijk: de heersende moraal kan geen rechtvaardiging vormen voor ongelijkheid in het genot van fundamentele rechten. Al het bewijs in ogenschouw nemend, neemt het Hof in dit geval voorshands aan dat de homoseksuele oriëntatie een rol speelde bij de wijze waarop Litouwse autoriteiten Beizaras en Levickas hebben behandeld.

Discriminerend buiten toepassing laten van *hate speech*-bepaling door de Staat

10. Het tweede argument dat de Litouwse regering had aangevoerd om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen was dat de commentaren slechts ‘obsceen’ waren en dat de woorden ‘niet goed gekozen’ waren. Zulk ‘onethisch’ en ‘amoreel’ gedrag zou niet vallen onder art. 170 van het Litouwse Wetboek van Strafrecht, dat het ‘openbaar ridiculiseren, minachten, aanzetten tot haat, discriminatie of geweld’ tegen of de ‘fysiek gewelddadige behandeling’ van personen of een groep op basis van – onder andere – seksuele oriëntatie verbiedt. Het Hof deelt deze conclusie niet. Het Hof benadrukt dat het niet zijn taak is om de strafbepaling als zodanig te beoordelen, alleen om de toepassing daarvan aan de Conventie te toetsen. Hoewel niet elke haatuiting direct vervolgd en gesanctioneerd moet worden, kan de staat verplicht zijn maatregelen te treffen tegen onmiskenbaar onrechtmatige uitingen. Het Hof overweegt dat haatuitingen niet per se hoeven op te roepen tot gewelddadig of ander strafbaar handelen om overheidsingrijpen te rechtvaardigen en verwijst daarbij naar het arrest *Vejdeland t. Zweden* uit 2012.[8] In die zaak achtte het Hof de strafrechtelijke veroordeling voor de verspreiding van homofobe folders in de kluisjes van scholieren op een middelbare school geen schending van art. 10 EVRM. Dat homoseksualiteit een ‘afwijkende seksuele neiging’ was, ‘een moreel destructief effect’ had op de samenleving en ‘verantwoordelijk was voor de ontwikkeling van HIV en AIDS’ waren ernstige beschuldigingen, die bovendien verspreid waren onder jongeren van een beïnvloedbare en gevoelige leeftijd.

11. Het Hof heeft eerder weliswaar bevestigd dat het strafrecht alleen ingezet dient te worden als *ultimum remedium* voor de ergste vormen van hate speech, maar daarvan is volgens het

Hof in onderhavige zaak inderdaad sprake. Commentaren als ‘Het zijn niet alleen de Joden die Hitler had moeten verbranden’ en dat ‘flikkers’... ‘in de gaskamer moeten worden gegoooid’ of ‘in het vreugdevuur’ of ‘een gratis huwelijksreis naar het crematorium’ cadeau krijgen, dat ‘hun hoofden moeten worden verbrijzeld’, dat zij ‘gecastreerd’ moeten worden of ‘neergeschoten’ vormen volgens het Hof ‘onverbloemde aanvallen op de fysieke en mentale integriteit en oproepen tot geweld’ tegen Beizaras en Levickas en de homoseksuele gemeenschap, waar het strafrecht bescherming tegen moet bieden. Gelet op de ernst van de uitingen hoefden Beizaras en Levickas ook niet eerst zelf een civiele procedure tegen de daders te starten, zoals de Litouwse overheid in het kader van de ontvankelijkheidsbeoordeling aanvoerde. Als dít soort uitingen al niet onder de strafbepaling zou vallen, is het moeilijk voor te stellen welke uitingen dat wél zouden doen, zo stelden de klagers. Tegen deze inbreng heeft de Litouwse overheid volgens het Hof geen ‘gewichtige argumenten’ ingebracht. Bovendien is de nationale ‘hate speech’-bepaling redelijk ruim geformuleerd en laat die dus toepassing op een brede waaier van uitingen toe. Eerder is de bepaling ook al toegepast op minder erge uitingen over Joden die niet aanzetten tot geweld. Daarnaast vereist de strafbepaling niet dat een dader systematisch moet aanzetten tot haat of discriminatie, zoals de Litouwse overheid beweerde; een enkele uiting kan al strafbaar zijn. Tot slot wijst het Hof het verweer van de overheid af dat commentaren gepubliceerd op een persoonlijke Facebookpagina minder gevaarlijk zijn dan commentaren gepubliceerd op algemene nieuwsfora, die een groter publiek zouden trekken. Net als het EHRM – in *Magyar t. Hongarije*[9] in 2016 en eerder in *Delfi AS t. Estland*[10] in 2015 – had ook de Litouwse Hoge Raad de potentiële impact van uitingen op het Internet al onderstreept. De foto van Beizaras en Levickas was inderdaad ‘viral’ gegaan en had 800 reacties gekregen. In dit verband haalt het Hof ook de conclusies van ECRI uit 2016 aan dat het hate speech-probleem in Litouwen vooral op het Internet en sociale media speelt.

12. Nadat het Hof aldus alle inconsistenties in de argumentatie van de Litouwse autoriteiten heeft blootgelegd, concludeert het dat Beizaras en Levickas zijn gediscrimineerd en dat art. 8 jo. 14 EVRM is geschonden. In het bijzonder overweegt het Hof:

‘(..) dat diezelfde discriminerende gemoedstoestand in de kern de grondslag vormde van het feit dat de betrokken overheidsinstanties hun positieve verplichting niet zijn nagekomen om op doeltreffende wijze te onderzoeken of die opmerkingen over de seksuele geaardheid van verzoekers aanzetten tot haat en geweld, hetgeen bevestigt dat de autoriteiten, door het gevaar van dergelijke opmerkingen te bagatelliseren, dergelijke opmerkingen ten minste hebben geduld.’[11] [vert. EHJ]

Het Hof past zijn bestaande ‘hate speech’-jurisprudentie hier toe op online haat en discriminatie wegens seksuele oriëntatie. Waar het Hof in zijn artikel 10-jurisprudentie echter

staten de ruimte laat om uitingen die als hate speech kwalificeren strafrechtelijk te beperken maar dit niet voorschrijft, formuleert het Hof hier onder artikel 8 EVRM weldegelijk een plicht voor de staat om de haatdragende commentaren strafrechtelijk te vervolgen. In *Aksu t. Turkije* in 2012 had de Grote Kamer van het Hof al wel erkend dat meer in het algemeen een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM kan bestaan om stigmatisering van een persoon op grond van zijn etniciteit te voorkomen, maar het Hof oordeelde dat de klager niet had bewezen dat de uitingen – lemma's voor het woord 'zigeuner' in een door de overheid gesubsidieerd woordenboek – beledigend of racistisch van opzet waren.[12] In onderhavige zaak is dit laatste wel het geval. De filering door het Hof van de inconsistente overwegingen van de nationale autoriteiten lijkt hier vooral ingegeven door de inhoud van de klacht in kwestie en de kleine *margin of appreciation* en de bewijslast in discriminatiezaken. De scherpe focus op de motivering van de nationale autoriteiten sluit echter ook aan bij de 'procedurele benadering', waarvan wel wordt gezegd dat het EHRM die steeds meer toepast.[13] Dit arrest illustreert dat het Hof een dergelijke focus op de kwaliteit van de nationale besluitvorming hanteert binnen de bestaande verdragsprincipes en standaarden, die dus absoluut niet hoeven te verwateren omdat het Hof niet ook naar de inhoud zou kijken. Integendeel, het Hof evalueert de nationale inhoudelijke belangenafweging in dit geval streng.

Recht op een effectief rechtsmiddel in de Litouwse context

12. Hoewel het Hof na vaststelling van een schending van art. 14 EVRM normaal gesproken niet ook nog eens toetst of het recht op toegang tot een effectief rechtsmiddel onder art. 13 EVRM is geschonden, acht het Hof beoordeling van deze klacht hier wel geboden. Het Hof erkent dat het Litouwse strafrechtstelsel en art. 170 van de Litouwse strafwetgeving als zodanig wel een effectief rechtsmiddel vormen, maar de vraag is hier of het stelsel in de praktijk wel effectief functioneerde. Allereerst herhaalt het Hof de discriminerende overwegingen van de nationale autoriteiten om niet tot vervolging over te gaan. Zo wijst het Hof op de inconsistente toepassing van de rechtspraak over homofobe *hate speech* van de Litouwse Hoge Raad. Het is echter met name aan de hand van statistieken, waar de klagers en de interveniërende partijen – het AIRE Centre, ILGA-Europe, de ICJ en de HRMI – naar verwezen, dat het Hof een schending van art. 13 EVRM vaststelt.

13. Uit die statistieken volgt dat LGBT-personen een van de meest kwetsbare groepen in Litouwen vormen. Volgens een onderzoek van het EU Grondrechtenagentschap uit 2012 voelde 61% van de Litouwse LGBT-respondenten zich gediscrimineerd of lastiggevallen wegens hun seksuele oriëntatie; voelde 27 % zich gediscrimineerd op het werk; en waren 525 op de 1000 respondenten slachtoffer van geweld – de hoogste percentages in de EU. Uit een Barometeronderzoek van de Europese Commissie uit 2015 volgde dat 50% van de Litouwse respondenten vindt dat LGBT-mensen niet dezelfde rechten hoeven te hebben als

heteroseksuelen; 71% de legalisering van het homohuwelijk in Europa niet zou ondersteunen; 59% zich oncomfortabel zou voelen met een LGBT-persoon in de hoogste politieke functie; 44% zich oncomfortabel zou voelen als ze een LGBT-persoon als collega zouden hebben; 66% homoseksuele relaties afkeurt; en 47% vindt dat schoolcurricula geen informatie over diversiteit in seksuele voorkeur moeten bevatten. Onder verwijzing naar deze onderzoeken deelt het Hof de kritiek van ECRI dat het beroep van de autoriteiten op ‘traditionele waarden’ intolerantie ondersteunt. Het Hof verwijst ook weer naar de conclusies van ECRI in 2016 dat de groeiende intolerantie en incidenten van *hate speech* en geweld tegen LGBT-personen in Litouwen voor het overgrote deel niet worden vervolgd. Het was in het licht van deze praktijk dat Beizaras en Levickas geen aangifte hadden gedaan van de incidenten. Dat het Regionale Hof van Klaipėda een strafvervolgning als een ‘verspilling van tijd en middelen’ beschouwde gaf ook wel het risico aan dat art. 170 van het Litouwse wetboek van strafrecht een dode letter zou blijven. Bovendien blijkt uit onderzoek van ECRI uit 2019 dat de Litouwse autoriteiten geen acht slaan op het discriminerende motief in ‘hate crime’ en geen brede strategische aanpak van homofobische *hate speech* hanteren.

14. Tegen deze achtergrond concludeert het Hof dat Beizaras en Levickas geen toegang hadden tot een effectief rechtsmiddel tegen de weigering om de haatdragende commentaren te vervolgen. Het Hof plaatst de zaak aldus in de complexe sociale realiteit van Litouwen, waar een discriminerende houding ten opzichte van LGBT-personen is ingeburgerd bij zowel de bevolking als de autoriteiten en een algemene atmosfeer van intimidatie LGBT-personen belemmert open te zijn over hun identiteit. Deze toets aan art. 13 EVRM ‘ten overvloede’ kan beschouwd worden als een extra scherpe veroordeling door het Hof van institutioneel racisme en discriminatie tegen LGBT-personen in Litouwen.

Esther Janssen, advocaat bij bureau Brandeis

[1] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815, par. 81.

[2] *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu t. Roemenië*, EHRM (GK) 14 juli 2014, nr. 47848/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0717JUD004784808, «EHRC» 2014/212 m nt. De Vylder.

[3] *Alekseyev t. Rusland*, EHRM 21 oktober 2010, nr. 4916/07, ECLI:CE:ECHR:2010:1021JUD000491607, «EHRC» 2011/6 m. nt. Loof.

- [4] *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, NJ 1978/236, *Jurisprudentie Media- en informatierecht 1976-2005 Ars Aequi* 2006 m.nt. Lawson, par. 49.
- [5] *Kozak t. Polen*, EHRM 2 maart 2010, nr. 13102/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0302JUD001310202.
- [6] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, par. 122.
- [7] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, par. 123.
- [8] *Vejdeland e.a. t. Zweden*, EHRM 9 februari 2012, nr. 1813/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0209JUD000181307, «EHRC» 2012/85 m.nt. Nieuwenhuis, NJ 2013/550 m.nt. Dommering.
- [9] *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, «EHRC» 2017/36 m.nt. McGonagle, *Mediaforum* 2017/3 m.nt. Groothuis, NJ 2017/431 m.nt. Dommering.
- [10] *Delfi AS t. Estland*, EHRM 10 oktober 2013, nr. 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1010JUD006456909 «EHRC» 2014/14 m.nt. Van der Sloot.
- [11] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, par. 129.
- [12] *Aksu t. Turkije*, EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 4149/04 en 41029/04, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD000414904, «EHRC» 2012/112 m. nt. Timmer.
- [13] J. Gerards en E. Brems (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge University Press 2017.

ANNOTATIE

Kavala t. Turkije (EHRM, nr. 28749/18) - Een artikel 18-uitspraak als steun in de rug voor nationale rechters***prof. mr. dr. T. Blom***

1. Er zijn maar weinig landen die in het verleden zijn veroordeeld voor schending van art. 18 EVRM. Het zijn vooral voormalige Sovjetrepublieken (Rusland Oekraïne, Moldavië, Georgië, Azerbeidzjan) en Turkije.[1] In deze zaak wordt Turkije opnieuw en in niet mis te verstane bewoordingen, veroordeeld omdat het in deze zaak misbruik heeft gemaakt van de detentiebevoegdheden. Het EHRM oordeelt dat de aanhouding en de voortduring van het voorarrest van Kavala slechts heeft gediend om hem tot zwijgen te brengen als mensenrechtenactivist. In verband met art. 46 EVRM merkt het EHRM op dat het aan de Turkse regering is om alle mogelijke maatregelen te nemen om de detentie van klager te beëindigen en zijn onmiddellijke vrijlating te bewerkstelligen. Het tegenovergestelde is echter gebeurd. Kavala werd niet door de Turkse autoriteiten in vrijheid gesteld maar juist door het Turkse openbaar ministerie vervolgd voor de feiten die ook ten grondslag hebben gelegen aan zijn aanhouding en voorarrest. Tegen hem werd levenslang geëist.[2] Inmiddels is hij wel door de Turkse rechter op 11 februari j.l. vrijgesproken en is er (voorlopig) een eind aan deze zaak gekomen die geldt als de belangrijkste politieke strafzaak in Turkije sinds de mislukte staatsgreep van 2016.

2. Osman Kavala is een mensenrechtenactivist die betrokken is bij diverse NGO's en civil-societybewegingen die actief zijn op het terrein van onder meer mensenrechten.[3] In 2017 werd hij aangehouden in verband met twee misdrijven die hij zou hebben begaan, namelijk het doen van een poging de regering omver te werpen en een poging om de constitutionele orde omver te werpen. Deze misdrijven zouden verband houden met de gebeurtenissen in het Gezipark in 2013 en met de couppoging op 15 juli 2016. Bij de gebeurtenissen in het Gezipark werd geprotesteerd tegen de bouw van een winkelcentrum in het park. Dit protest escaleerde en er vielen verschillende doden, duizenden gewonden en er werden meer dan 5000 aanhoudingen verricht. De lezingen over wat daar is gebeurd en wie verantwoordelijk is voor de escalatie lopen sterk uiteen. Het EHRM heeft zich laten informeren door de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa – die heeft gerapporteerd over deze

protestacties en het optreden van de Turkse overheid – en door de Turkse overheid.

3. Naar aanleiding van deze gebeurtenissen en in verband met zijn mogelijke betrokkenheid wordt Kavala in 2017 – vier jaar na dato – in voorarrest genomen en heeft hij tot zijn vrij spraak op 11 februari 2020 vastgezet. Tegen dit voorarrest heeft hij beroep ingesteld, tot in hoogste instantie bij het Constitutionele Hof van Turkije. Alle beroepen zijn afgewezen en in 2019 wordt hij in staat van beschuldiging gesteld. In Straatsburg klaagt Kavala vervolgens over een inbreuk op art. 5 lid 1 (c), 5 lid 4 en 18 EVRM door Turkije.

4. In de noot zal eerst kort worden ingegaan op de schending van art. 5 lid 4, om vervolgens de inbreuk op art. 18 in relatie met art. 5 lid 1 (c) EVRM te bespreken en te beoordelen. Tot slot zal aandacht worden besteed aan de vraag, hoe zinvol het is om een lidstaat te veroordelen vanwege een schending van art. 18 EVRM.

5. Over de inbreuk op art. 5 lid 4 EVRM kunnen we kort zijn. Het EHRM stelt vast dat het Constitutionele Hof, toen de zaak daar eenmaal was aangebracht, ruim een jaar en vier maanden nodig heeft gehad om tot een oordeel te komen. Hoewel het EHRM stelt dat door de bijzondere omstandigheden in Turkije het op zichzelf te billijken valt dat het Constitutionele Hof iets meer tijd nodig had om de zaak te onderzoeken (er was sprake van een excessieve werklast en er zijn veel inspanningen gedaan om die zo snel mogelijk weg te werken) een dergelijk werklast echter geen eeuwigdurende rechtvaardiging oplevert voor excessief lange procedures als de onderhavige. Bij vrijheidsbeneming worden juist strikte eisen gesteld aan de snelheid van de procedure – gebeurt dat niet, dan kan de gewenste rechterlijke beoordeling ook niet effectief zijn. Gedacht moet worden aan dagen en niet aan een jaar (en in dit geval zelfs nog langer). Het EHRM oordeelt dan ook dat er sprake is van een schending van art. 5 lid 4 EVRM.

6. In art. 18 EVRM is het verbod neergelegd om de beperkingsmogelijkheden die het verdrag biedt om inbreuken te maken op de in dit verdrag gegarandeerde rechten, voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor zij bedoeld zijn ('misuse of power').^[4] Deze uitwerking van het zogenaamde *detournement de pouvoir*-beginsel dient als waarschuwing aan EVRM-lidstaten om de beperkingsmogelijkheden niet aan te wenden om mensenrechtactivisten of politieke tegenstanders uit te schakelen en daarmee in feite het democratische en rechtsstatelijke gehalte van een land aan te tasten.

Het grootste probleem bij de beoordeling van de eerdere art. 18-zaken lag aanvankelijk in het bewijs (dat voor deze schending niet of nauwelijks te leveren was), de (ook daaraan gekoppelde) bewijslast en de bewijsstandaard. Sinds de *Merabishvili*-zaak wordt echter ook indirect bewijs aanvaard van een dergelijke schending en mogen ook uit de context conclusies

worden getrokken. Ook ligt de bewijslast niet meer alleen bij de partij die de schending stelt.[5]

Een schending van art. 18 EVRM staat niet op zichzelf maar staat altijd in relatie tot een inbreuk op een ander recht zoals *in casu* art. 5 EVRM. Voor een schending van art. 18 EVRM zal dus eerst moeten worden vastgesteld dat bijvoorbeeld art. 5 lid 1(c) EVRM is geschonden. *In casu* moest dus eerst worden vastgesteld dat Kavala zonder redelijke grond was vastgehouden (art. 5 lid 1 (c) EVRM) om vervolgens te beoordelen of deze beperking was toegepast ten behoeve van andere doelen dan die limitatief in art. 5 lid 1 (c) EVRM zijn opgesomd (art. 18 EVRM).

In verband met de beoordeling van de grond van de vrijheidsbeneming (art. 5 lid 1 (c) EVRM) herhaalt het Hof zijn eerdere rechtspraak over de vereisten van een redelijke verdenking om een voorarrest te kunnen rechtvaardigen. De belangrijkste vraag hierbij is, of een objectieve buitenstaander ook tot de vaststelling zou zijn gekomen dat er sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan het strafbare feit. De verdenking moet steunen op verifieerbaar en objectief bewijsmateriaal. De ten laste gelegde feiten mogen bovendien niet de uitoefening van iemands EVRM-rechten betreffen.

Het EHRM wijst er in deze zaak op dat beide procespartijen, maar ook de RvE-mensenrechtencommissaris, algemene informatie hebben aangeleverd over de Geziparkgebeurtenissen. Daarbij is duidelijk geworden dat gewelddadige groepen daarbij inderdaad betrokken zijn geraakt, maar het valt het Hof wel op dat bij de politieondervragingen van Kavala op geen enkel moment vragen zijn gesteld over de betrokkenheid van hem bij deze gebeurtenissen en dat zou je toch op zijn minst verwachten als deze persoon wordt verdacht van het organiseren van gewelddadige betogingen. Het dossier bevat volgens het EHRM geen bewijs dat aantoonde dat Kavala geweld heeft gebruikt of daartoe heeft aangezet, en evenmin dat hij leiding heeft gegeven aan gewelddadige gebeurtenissen. Het EHRM gaat zelfs zover dat het de feiten waarvan Kavala concreet wordt verdacht kwalificeert als legale en geïsoleerde handelingen die niet aan elkaar zijn gerelateerd of die direct betrekking hebben op de uitoefening van een EVRM-recht, en die bovendien niet-gewelddadig van karakter waren. Het EHRM heeft ook geen bewijs gevonden van samenwerking met andere organisaties waaruit zou blijken dat klager actief heeft bijgedragen aan het omvormen van een vreedzaam protest naar een gewelddadige demonstratie tegen de regering. Tot slot wijst het Hof erop dat pas vier jaar na de feiten een vervolging tegen klager is gestart, terwijl er geen nieuw bewijs is aangevoerd dat dat zou kunnen rechtvaardigen. Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat de beschuldigingen niet sterk genoeg zijn om zijn voorarrest te kunnen rechtvaardigen.

7. Om tot een schending van art. 18 EVRM te kunnen komen moet vervolgens worden vastgesteld dat deze vrijheidsbeneming is toegepast om een ander doel ('ulterior purpose') te dienen dan de doelen die limitatief zijn vastgelegd in art. 5 EVRM.

Normaal gesproken zou het hof een onderzoek doen naar de pluraliteit van doelstellingen om vervolgens te beoordelen welk doel (het door het EVRM voorgeschreven of het 'ulterior purpose') overheerste. Nu echter al was vastgesteld dat er geen redelijke verdenking bestond tegen Kavala kon dat onderzoek achterwege blijven. Het Hof stelde vast op basis van alle feiten, omstandigheden en beschikbare bewijzen dat de autoriteiten niet primair geïnteresseerd bleken in Kavala's daadwerkelijke betrokkenheid bij de feiten in het Gezipark, maar dat ze vooral allerlei vragen stelden die met andere activiteiten verband hielden. Het tijdverloop tussen de feiten en de arrestatie was bovendien aanzienlijk, namelijk 4 jaar later. In dit verband wijst het Hof er juist op dat er eerder sprake lijkt van een samenloop met een toespraak van de Turkse president, waarin de president zich zeer kritisch en beschuldigend uitsprak over Kavala. Dat ondersteunt volgens het Hof het argument van Kavala dat zijn aanhouding en de voortdurende van zijn voorarrest een 'ulterior purpose' dienden, namelijk om hem tot zwijgen te brengen. Het Hof constateert dan ook een schending van art. 18 EVRM.

8. Roel de Lange vraagt zich in zijn noot onder de zaak *Korban t. Oekraïne*[6] af of toepassing van art. 18 EVRM echt nodig is. Hij stelt de vraag of de bepaling iets toevoegt aan de bescherming van mensenrechten in Europa. Hij constateert terecht dat waar in het verleden de constatering door het EHRM dat een schending heeft plaatsgevonden van een van de in het EVRM beschermde rechten in de verdragsstaten aanleiding zou zijn voor een serieuze reactie, meestal in de vorm van een bijstelling van wetgeving, beleid of rechtspraak, de afgelopen jaren er echter aanwijzingen zijn dat dit niet meer in alle verdragsstaten het geval is. Hij geeft aan dat in reactie daarop het EHRM in de wat extremere gevallen een extra signaal afgeeft door ook de politieke instrumentalisering van de mensenrechtenschendingen te markeren met een art. 18-uitspraak. Hij geeft echter aan dat zolang we niet weten of deze art. 18-markeringen wel effectief zijn er een herbezinning op het gebruik van art. 18 EVRM moet plaatsvinden.[7]

De zaak Kavala lijkt echter aan te tonen dat een art. 18-markering wel degelijk effect kan sorteren, maar via een omweg. Hoewel Kavala niet door de Turkse autoriteiten werd vrijgelaten na de uitspraak van het EHRM, maar juist werd vervolgd voor de feiten die door het EHRM zijn beoordeeld, is hij inmiddels wel vrijgesproken voor deze feiten door de Turkse rechter. De grote vraag is of de vrijspraak wegens gebrek aan bewijs beïnvloed is door de uitspraak van het EHRM. Het antwoord daarop zullen we nooit weten, maar het was in ieder geval wel een stevige steun in de rug voor de Turkse rechter om op louter juridische gronden tot vrijspraak te komen. Zolang dat het resultaat is, moeten er art. 18-markeringen blijven volgen als dat gerechtvaardigd is.

Prof. T. Blom, hoogleraar strafrecht, Universiteit van Amsterdam

[1] *Gusinskiy t. Rusland*, EHRM 19 mei 2004, nr. 70276/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0519JUD007027601, «EHRC» 2004/64 m.nt. Barkhuysen; *Cebotari t. Moldavië*, EHRM 13 november 2007, nr. 35615/06,

ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD003561506; *Lutsenko t. Oekraïne*, EHRM 3 juli 2012, nr. 6492/11, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD00649211; *Tymoshenko t. Oekraïne*, EHRM 30 april 2013, nr. 49872/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0430JUD004987211, «EHRC» 2013/206 m.nt. Van Kalmthout; *Ilgar Mammadov t. Azerbeidjan*, EHRM 22 mei 2014, nr. 15172/13, ECLI:CE:ECHR:2014:0522JUD001517213, «EHRC» 2014/174; *Rasul Jafarov t. Azerbeidjan*, EHRM 17 maart 2016, nr. 69981/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0317JUD006998114, «EHRC» 2016/145; *Merabishvili t. Georgië*, EHRM (GK) 28 november 2017, nr. 72508/13, ECLI:CE:EHRM:2017:1128JUD007250813, «EHRC» 2016/195; *Mammadli t. Azerbeidjan*, EHRM 19 april 2018, nr. 47145/14, ECLI:CE:EHRM:2018:0419JUD004714514, «EHRC» 2018/139 m.nt. De Lange; *Rashad Hasanov e.a. t. Azerbeidjan*, EHRM 7 juni 2018, nrs. 48653/13 e.a., ECLI:CE:EHRM:2018:0607JUD004865313, «EHRC» 2018/165 m.nt. De Lange; *Aliyev t. Azerbeidjan*, EHRM 20 september 2018, nrs. 68762/14 en 71200/14, ECLI:CE:EHRM:2018:0920JUD006876214, «EHRC» 2018/244; *Navalnyy t. Rusland*, EHRM (GK) 15 november 2018, nrs. 29580/12 e.a., ECLI:CE:ECHR:2018:1115JUD002958012, «EHRC» 2019/34 m.nt. De Morree en Tan, *Navalnyy t. Rusland (nr. 2)*, EHRM 9 april 2019, nr. 43734/14, ECLI:CE:EHRM:2019:0409JUD004373414, «EHRC» 2019/127. Turkije werd ook al in 2018 veroordeeld: *Selahattin Demirtaş t. Turkije (nr. 2)*, EHRM 20 november 2018, nr. 14305/17, ECLI:CE:2018:1120JUD001430517, «EHRC» 2019/36 m.nt. Tan.

[2] Volkskrant 13 januari 2020, Vrijspraak bij politieke strafzaak in Turkije.

[3] Zoals Anadolu Kultur, een organisatie die sociale projecten ondersteunt (anadolukultur.org).

[4] *Merabishvili t. Georgië*, EHRM (GK) 28 november 2017, nr. 72508/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007250813, «EHRC» 2016/195, par. 288.

[5] O.c. par 282, 310-311.

[6] *Korban t. Oekraïne*, EHRM 4 juli 2019, nr. 26744/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0704JUD002674416.

[7] R. de Lange, «EHRC» 2019/205, p. 602.