

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-13

Nummer 13, 2021

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:2021:0617JUD005509313 17-06-2021

Miniscalco t. Italië, EHRM 17 juni 2021, nr. 55093/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD001766517 15-06-2021

Y.S. en O.S. t. Rusland, EHRM 15 juni 2021, nr. 17665/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD001916519 15-06-2021

Ömür Çağdaş Ersoy t. Turkije, EHRM 15 juni 2021, nr. 19165/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD003568619 15-06-2021

Melike t. Turkije, EHRM 15 juni 2021, nr. 35786/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315 15-06-2021

Kurt t. Oostenrijk, EHRM (GK) 15 juni 2021, nr. 62903/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD004548717 10-06-2021

Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) en Norwegian Transport Workers' Union (NTF) t. Noorwegen, EHRM 10 juni 2021, nr. 45487/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD000283313 10-06-2021

Bajić t. Noord-Macedonië, EHRM 10 juni 2021, nr. 2833/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD006159116 08-06-2021

Dijkhuizen t. Nederland, EHRM 8 juni 2021, nr. 61591/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD004832919 08-06-2021

Ancient Baltic religious association Romuva t. Litouwen, EHRM 8 juni 2021, nr. 48329/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0515DEC006377216 15-05-2021

Galan t. Italië, EHRM 15 mei 2021 (ontv.besl.), nr. 63772/16

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:492 17-06-2021

M.I.C.M., HvJ EU 17 juni 2021, zaak C-597/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:483 15-06-2021

Facebook Ireland e.a., HvJ EU 15 juni 2021, zaak C-645/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:477 10-06-2021

Land Oberösterreich (Aide au logement), HvJ EU 10 juni 2021, zaak C-94/20

Annotatie

Tikhonov en Khasis t. Rusland (EHRM, nr. 12074/12) – Googelende juryleden: een inbreuk op onpartijdige rechtspraak?

S.A.A. van 't Klooster

Annotatie

Terna t. Italië (EHRM, nr. 21052/18) – Uithuisplaatsing kind uit Romafamilie: art. 8 EVRM geschonden, geen (institutionele) discriminatie

K.M. de Vries

Annotatie

Fenech t. Malta (EHRM, nr. 19090/20) – Klare taal en crisis: aanknopingspunten voor de behandeling van strafzaken in coronatijd

S. Mommers en L.M.A. Francot

Annotatie

WS (HvJ EU, zaaknr. C-505/19) – Het ne bis in idem-beginsel tegen de achtergrond van een red notice van Interpol inzake dezelfde feiten

L.W. Verbeek en D.A.G. van Toor

RECHTSPRAAK

**Ancient Baltic religious association Romuva t. Litouwen,
EHRM 8 juni 2021, nr. 48329/19**

Een religieuze organisatie die het oud-Baltische geloof omarmt heeft verzocht om erkenning als religieuze vereniging. Hoewel de organisatie aan alle formele eisen voldeed, heeft het Litouwse parlement de registratie geweigerd naar aanleiding van een brief van de Litouwse bisschoppenconferentie, waarin het religieuze karakter van klager in twijfel werd getrokken. Het EHRM is van oordeel dat hierbij een ongerechtvaardigd onderscheid naar godsdienst is gemaakt en dat het handelen van het parlement een risico van willekeur en politieke erkenningsbeslissingen opleverde. Strijd met art. 9 jo. 14 EVRM.

Klager is een religieuze organisatie die een aantal religieuze gemeenschappen omvat die allemaal het oude, Baltische heidense geloof omarmen. De organisatie is in 1992 geregistreerd, maar had nog niet de status van door de staat erkende religieuze vereniging; die status zou het een aantal belangrijke voordelen verschaffen, zoals het recht om religieus onderwijs op scholen te verzorgen en het recht om huwelijken te voltrekken. Op aanvraag van klager onderzocht het ministerie van justitie of de organisatie aan de formele eisen voor erkenning voldeed en dat bleek het geval te zijn; de organisatie bestond langer dan 25 jaar, was niet in strijd met de wet of openbare orde, en had voldoende publieke steun. Daarom werd aan het parlement, de Seimas, het voorstel voorgelegd om registratie goed te keuren. In 2009 ontving de Seimas echter een brief van de Litouwse bisschoppenconferentie, waarin gesteld werd dat er niet zoiets was als een universeel en uniform oud-Baltisch geloof en dat er ook onvoldoende publieke steun was voor klagers erkenning. In het licht van deze brief vond een debat plaats in de Seimas waarbij werd besloten om klager de erkenning als religieuze vereniging te onthouden.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze weigering in strijd is met art. 9 jo. 14 EVRM. Het

EHRM stelt voorop dat het oud-Baltische geloof in Litouwen enige erkenning geniet, in die zin dat verschillende hiertoe behorende geloofsgemeenschappen al langer bestonden en waren geregistreerd en het ook bij de volkstellingen een geloof was dat mensen konden aankruisen. Ook hebben de autoriteiten zelf nooit in twijfel getrokken dat het hier ging om een religieuze organisatie. Het Hof ziet dan ook geen reden om dat alsnog te doen. Het Hof stelt verder vast dat de erkenning als religieuze vereniging weliswaar niet noodzakelijk was om rechtspersoonlijkheid te hebben en om het geloof te belijden, maar dat er wel een aantal voordelen aan waren verbonden waarvan het Hof ook in eerdere rechtspraak al heeft erkend dat ze nauw verbonden zijn met het geven van uitdrukking aan de geloofsovertuiging. Art. 9 jo. 14 EVRM is dan ook van toepassing.

Het Hof overweegt dat het bevoegde ministerie van justitie al had geoordeeld dat klager aan alle formele vereisten voor erkenning voldeed en het is ook van oordeel dat er daarnaast niet nog andere eisen waren gesteld. Dit betekent dat klager zich in een relevant vergelijkbare situatie bevond als dat van wel erkende niet-traditionele religieuze organisaties en dat er sprake was van een ongelijke behandeling. Voor deze ongelijke behandeling heeft de Seimas geen redenen gegeven, maar het is waarschijnlijk dat het besluit in ieder geval grotendeels werd ingegeven door overwegingen die raakten aan de inhoud van de religieuze overtuigingen. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat sprake is van een ongelijke behandeling op grond van een van de in art. 14 EVRM expliciet vermelde gronden.

Ten aanzien van de rechtvaardiging merkt het Hof op dat de toepasselijke wetgeving geen mogelijkheid biedt aan de Seimas om af te wijken van de conclusie van de minister van justitie dat een religieuze organisatie aan de erkenningseisen voldoet. Als dan alsnog een weigering wordt aanvaard kan daarbij sprake zijn van een risico van willekeur in de besluitvorming, van rechtsonzekerheid voor religieuze gemeenschappen over de toepasselijke vereisten, en een kans dat politieke gebeurtenissen een rol gaan spelen in de erkenningsbeslissing. In het onderhavige geval heeft de regering erop gewezen dat in de parlementaire debatten aandacht is besteed aan mogelijke links tussen de klagende organisatie en het Kremlin en de KGB, maar het Hof acht dit op geen enkele manier aangetoond. Ook ziet het Hof niet in dat klager een bedreiging zou zijn voor de nationale veiligheid. De overwegingen waren overwegend religieus en inhoudelijk van aard en hadden betrekking op vraagtekens die werden gesteld bij het bestaan van een 'Baltisch geloof'. In dit verband wijst het Hof er opnieuw op dat in de voorfasen geen vragen zijn opgekomen over de religieuze aard van klager. Bovendien zijn andere niet-traditionele geloofsgemeenschappen wel als religieuze vereniging erkend. Er is dan ook geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de weigering om klager als religieuze organisatie te registreren, in strijd met art. 9 en 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD004832919

Zaaknummer: 48329/19

Wetsartikelen: EVRM art. 9 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Bajić t. Noord-Macedonië, EHRM 10 juni 2021, nr. 2833/13

Een scheepsinspecteur is strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden voor het zinken van een schip, mede op basis van twee rapporten die hij – toen hij alleen nog als getuige in de procedure was betrokken – vrijwillig had overgelegd. Het EHRM oordeelt dat hierbij geen sprake is van zelfincriminatie in strijd met art. 6 EVRM, onder meer omdat hij niet onder druk is gezet om de rapporten te overleggen en de veroordeling maar in zeer beperkte mate op dit bewijsmateriaal is gebaseerd.

In 2009 kapseisde en zonk het schip de *Ilinden* op het meer van Ohrid, waarbij 15 Bulgaarse toeristen kwamen te overlijden. Klager was scheepsingenieur en geaccrediteerd inspecteur van schepen en in die hoedanigheid had hij het schip voor de vaart goedgekeurd. Aanvankelijk werd hij als getuige gehoord in de strafrechtelijke procedure rondom de toedracht van het ongeluk, maar toen bleek dat er veel mankementen waren aan het schip en klager die door de vingers had gezien, werd hij als verdachte vervolgd. In verband daarmee klaagt hij bij het EHRM over een aantal tekortkomingen in de nationale strafrechtelijke procedure.

Voor het EHRM heeft hij allereerst gesteld dat de uitspraak onvoldoende was gebaseerd op een draagkrachtige motivering, in strijd met art. 6 EVRM. Het EHRM oordeelt echter dat sprake is geweest van een uitspraak die was gebaseerd op een uitgebreide bewijsvoering, waar het geen strijd met art. 6 EVRM in ziet. Wel overweegt het Hof dat het beginsel van een procedure op tegenspraak is geschonden doordat klager geen gelegenheid heeft gekregen om te reageren op de inbreng in de procedure van de openbaar aanklager. Tot slot gaat het Hof in op de klacht dat sprake is geweest van een oneerlijk proces en van zelfincriminatie doordat bij de veroordeling onder meer gebruik is gemaakt van een aantal rapporten die klager als getuige in de zaak had overgelegd, terwijl hij in de uiteindelijke strafrechtelijke procedure gebruik heeft gemaakt van zijn zwijgrecht. Het Hof merkt hierbij op dat de eigenlijke verklaring die klager als getuige heeft afgelegd niet in de strafzaak is betrokken. Klager heeft als getuige verder van een aantal procedurele waarborgen kunnen profiteren, waaronder de waarborg dat

hij geen bewijs hoefde te geven dat incriminerend voor hem zou kunnen zijn. Ook bevond klager zich niet in een kwetsbare positie en is hij niet onder druk gezet om de rapporten te overleggen. Tot slot merkt het Hof op dat klagers veroordeling uiteindelijk niet was gebaseerd op de rapporten die klager – vrijwillig – heeft afgegeven; ook al hebben de nationale rechters ernaar gekeken, ze waren uiteindelijk van weinig echte betekenis voor de bewijsvoering. Op dit punt ziet het Hof dus geen strijd met art. 6 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD000283313

Zaaknummer: 2833/13

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Dijkhuizen t. Nederland, EHRM 8 juni 2021, nr. 61591/16

Na veroordeling in eerste aanleg wegens handelen in verdovende middelen is Dijkhuizen naar Peru gereisd. Daar is hij aangehouden op verdenking van drugshandel en daardoor was overlevering naar Nederland niet mogelijk. In het Nederlandse hoger beroep heeft hij aanvankelijk geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een videoconferentie voor de zitting op te zetten. Het EHRM is van oordeel dat hij daardoor vrijwillig afstand heeft gedaan van het recht op deelname aan de zitting, zodat de onmogelijkheid om aan een zitting deel te nemen niet in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM.

Klager is in 2005 samen met een aantal andere verdachten aangehouden op verdenking van handel in verdovende middelen vanuit Peru. In 2008 werd klager in eerste aanleg veroordeeld tot negen jaar gevangenisstraf. Daartegen stelde klager hoger beroep in. Klager werd aanvankelijk in voorarrest gehouden, maar het gerechtshof Den Haag liet hem in 2008 voorwaardelijk vrij. Later werden de voorwaarden verruimd en kon klager ook weer internationaal reizen. In 2009 werd klager door de Peruaanse autoriteiten aangehouden in Peru op verdenking van witwassen. De verdediging van klager informeerde het gerechtshof dat klager om deze reden niet in persoon kon verschijnen ter zitting. Volgens klager moesten pogingen worden gedaan om hem vanuit Peru over te brengen naar Nederland, maar de Advocaat-Generaal informeerde de verdediging dat Peruaans recht het overdragen van verdachten niet toestaat als zij ook verdachten zijn in Peruaanse strafrechtelijke procedures. In 2014 kwam de mogelijkheid op om klager te horen via een videoconferentie, maar zo'n videoconferentie vond uiteindelijk nooit plaats.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de onmogelijkheid om in persoon in Nederland te worden gehoord tijdens de zitting in de strafzaak in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM is er voldoende van overtuigd dat het overdragen van klager naar Nederland vanuit Peru naar Peruaans recht niet mogelijk was en dat de Nederlandse autoriteiten het nodige hebben gedaan om de mogelijkheden van internationale juridische bijstand te onderzoeken. Gelet

daarop en in het licht van zijn eerdere rechtspraak oordeelt het Hof dat in die omstandigheden de autoriteiten gerechtigd waren om een videoconferentie te organiseren in plaats van een zitting in persoon. Het Hof merkt echter op dat klager aanvankelijk weigerde om in zo'n videoconferentie te participeren en dat hij die weigering gedurende zo'n elf maanden heeft volgehouden. Dit kan volgens het Hof niet anders worden gezien dan als een uitdrukkelijke 'waiver' van het recht om zelf deel te nemen aan de eigen zitting. Het Hof acht het dan ook niet onredelijk dat de laatste zitting niet is verdaagd om die alsnog via videoconferentie te laten plaatsvinden. Die conclusie maakt dat het Hof het niet meer nodig acht om in te gaan op de argumenten van de regering dat klager vrijwillig naar Peru was gereisd en zelf heeft bijgedragen aan de onmogelijkheid om in persoon te worden gehoord. Geen schending art. 6 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD006159116

Zaaknummer: 61591/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Facebook Ireland e.a., HvJ EU 15 juni 2021, zaak C-645/19

In België heeft de voorzitter van de Privacycommissie, later opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit, een vordering ingesteld jegens Facebook Ireland en Facebook Belgium, waarbij vragen zijn opgekomen over procesbevoegdheden. In zijn uitspraak oordeelt het HvJ in de kern dat een nationale toezichthoudende autoriteit onder bepaalde voorwaarden haar bevoegdheid kan uitoefenen om elke vermeende inbreuk op de AVG ter kennis te brengen van de gerechtelijke autoriteiten van een lidstaat, ook al is zij niet de leidende autoriteit voor die verwerking.

Op 11 september 2015 heeft de voorzitter van de Belgische Privacycommissie in België een stakingsvordering tegen Facebook Ireland, Facebook Inc. en Facebook Belgium ingesteld. Deze stakingsvordering had tot doel een einde te maken aan wat de Privacycommissie met name omschrijft als een ‘ernstige en grootschalige schending door Facebook van de wetgeving op het gebied van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer’, bestaande in het verzamelen door dit online sociale netwerk van informatie over het surfgedrag van zowel houders van een Facebookaccount als niet-gebruikers van de diensten van Facebook via verschillende technologieën, zoals cookies, social plug-ins (sociale invoegtoepassingen) (bijvoorbeeld ‘Vind ik leuk’ of ‘Delen’) of pixels. Die stellen het betrokken sociale netwerk in staat om bepaalde gegevens te verkrijgen van een internetgebruiker die een pagina raadpleegt van een website die deze bevat, zoals het adres van deze pagina, het IP-adres van de bezoeker van die pagina en de datum en het uur van de betrokken raadpleging. Na behandeling van de zaak in eerste aanleg is hoger beroep ingesteld door de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA) als rechtsopvolger van de Privacycommissie. In verband hiermee stelt de verwijzende rechter zich een aantal vragen bij de procesbevoegdheden en verantwoordelijkheden van de GBA in dit soort gevallen.

Het HvJ stelt bij de beantwoording van deze vragen voorop dat de AGV (verordening 2016/679) moet worden gelezen in overeenstemming met art. 16 VWEU en art. 8 Hv en dat de

verordening bovendien alle in het Hv erkende grondrechten, vrijheden en beginselen eerbiedigt. Voor wat betreft het toezicht wijst het Hof erop dat de verordening voorziet in een 'één-loketmechanisme' dat een loyale en doeltreffende samenwerking vergt tussen de leidende toezichthoudende autoriteit en de andere betrokken toezichthoudende autoriteiten. Art. 6o AGV bevat daarvoor een aantal regels, waarop ook weer uitzonderingen bestaan. De hoofdlijn daarbij is dat de leidende toezichthoudende autoriteit weliswaar de 'enige gesprekspartner' is van de verwerkingsverantwoordelijke bij grensoverschrijdende gegevensverwerking, maar die autoriteit die competentie wel moet uitoefenen in het kader van een nauwe samenwerking met de andere betrokken toezichthoudende autoriteiten. In het bijzonder kan de leidende toezichthoudende autoriteit zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden niet onttrekken aan een noodzakelijke dialoog en aan een loyale en doeltreffende samenwerking met de andere betrokken toezichthoudende autoriteiten. Bovendien kunnen de in de verordening neergelegde regels voor de verdeling van de beslissingscompetenties tussen de leidende toezichthoudende autoriteit en de andere toezichthoudende autoriteiten geen afbreuk doen aan de verantwoordelijkheid van elk van deze autoriteiten om bij te dragen tot een hoog niveau van bescherming van de grondrechten van art. 7 en 8 Hv. Dit betekent onder meer dat het één-loketmechanisme inhoudt dat een leidende nationale toezichthoudende autoriteit de krachtens de AGV op haar rustende verantwoordelijkheid *moet* opnemen om bij te dragen tot een doeltreffende bescherming van natuurlijke personen tegen inbreuken op hun in het vorige punt van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte grondrechten, omdat anders, met name wat de verwerkingsverantwoordelijken betreft, een praktijk van forum shopping wordt aangemoedigd die is gericht op het omzeilen van de grondrechten en de daadwerkelijke toepassing van de bepalingen van deze verordening waarin aan die grondrechten uitvoering wordt gegeven. Ook betekent dit dat een toezichthoudende autoriteit van een lidstaat die bevoegd is om elke vermeende inbreuk op die verordening ter kennis te brengen van een rechterlijke instantie van die lidstaat en, waar passend, in rechte op te treden, die bevoegdheid kan uitoefenen met betrekking tot een grensoverschrijdende gegevensverwerking, ook al is zij ten aanzien van die gegevensverwerking niet de 'leidende toezichthoudende autoriteit' in de zin van art. 56 lid 1 AGV, voor zover er sprake is van een van de situaties waarin de AGV aan die toezichthoudende autoriteit de competentie toekent om een besluit te nemen waarbij wordt vastgesteld dat de betreffende verwerking inbreuk maakt op de in de verordening vervatte regels, en de in die verordening vastgelegde samenwerkingsprocedure en het coherentiemechanisme in acht worden genomen.

In de tweede plaats is de vraag of het mogelijk is dat een toezichthoudende autoriteit die niet de leidende autoriteit is een rechtsvordering instelt terwijl de verantwoordelijke voor de grensoverschrijdende verwerking waarop die vordering betrekking heeft niet beschikt over

een ‘hoofdvestiging’ op het grondgebied van de lidstaat. Hierover oordeelt het HvJ dat dit niet het geval is, in het licht van art. 58 lid 5 van de AGV. Gerelateerd hieraan is de vraag of de vordering dan gericht moet zijn tegen de hoofdvestiging van de verwerkingsverantwoordelijke of tegen de vestiging die zich in de eigen lidstaat bevindt. Op dit punt besluit het HvJ dat zo’n toezichthoudende autoriteit dan zowel kan optreden ten aanzien van de hoofdvestiging van de verwerkingsverantwoordelijke, als ten aanzien van een andere vestiging van die verantwoordelijke, mits de rechtsvordering betrekking heeft op gegevensverwerking die plaatsvindt in het kader van de activiteiten van die vestiging en die autoriteit competent is om die bevoegdheid uit te oefenen.

Verder geldt dat wanneer een toezichthoudende autoriteit van een lidstaat die niet de leidende toezichthoudende autoriteit is, vóór de datum van waarop de AGV van toepassing is geworden een rechtsvordering heeft ingesteld met betrekking tot een grensoverschrijdende verwerking van persoonsgegevens, deze vordering vanuit het oogpunt van het Unierecht kan worden voortgezet op grond van het bepaalde in richtlijn 95/46, die van toepassing blijft op inbreuken op de in die richtlijn vervatte regels die zijn begaan tot de datum waarop die richtlijn is ingetrokken. Deze vordering kan bovendien door die autoriteit worden ingesteld voor inbreuken die na diezelfde datum zijn begaan voor zover er sprake is van een van de situaties waarin die verordening aan een toezichthoudende autoriteit van een lidstaat die niet de ‘leidende toezichthoudende autoriteit’ is, bij wijze van uitzondering de competentie verleent om een besluit te nemen waarbij wordt vastgesteld dat de betrokken gegevensverwerking in strijd is met de regels van die verordening inzake de bescherming van de rechten van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, en de in die verordening vastgelegde samenwerkingsprocedure en het coherentiemechanisme in acht worden genomen.

Tot slot besluit het HvJ dat art. 58 lid 5 AGV rechtstreekse werking heeft, zodat een nationale toezichthoudende autoriteit zich op die bepaling kan beroepen om een vordering tegen particulieren in te stellen of voort te zetten, ook al is deze bepaling niet specifiek omgezet in de wetgeving van de betrokken lidstaat.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:483

Zaaknummer: C-645/19

Wetsartikelen: WWEU art. 16, Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 47, Vo 2016/679 art. 56, Vo 2016/679 art. 58 en Vo 2016/679 art. 60

RECHTSPRAAK

Galan t. Italië, EHRM 15 mei 2021 (ontv.besl.), nr. 63772/16

In 2012 is in Italië een wet in werking getreden op grond waarvan mensen die zijn veroordeeld voor bepaalde misdrijven, zoals corruptie, zich niet verkiesbaar kunnen stellen, om zo de infiltratie van de politiek door de georganiseerde misdaad tegen te gaan. Het EHRM overweegt dat deze maatregel geen strafrechtelijke sanctie vormt in de zin van art. 7 EVRM. Weliswaar tast deze het passief kiesrecht aan, maar de hiervoor gegeven redenen zijn volgens het Hof voldoende overtuigend, zodat de regeling niet in strijd is met art. 3 EP EVRM of het discriminatieverbod van art. 14 EVRM.

Noot van de redactie: zie voor een samenvatting van de belangrijkste rechtsoverwegingen in deze beslissing *Miniscalco t. Italië*, EHRM 17 juni 2021, nr. 55093/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0617JUD005509313.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-05-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0515DEC006377216

Zaaknummer: 63772/16

Wetsartikelen: EVRM art. 7, EVRM art. 14 en EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

Miniscalco t. Italië, EHRM 17 juni 2021, nr. 55093/13

In 2012 is in Italië een wet in werking getreden op grond waarvan mensen die zijn veroordeeld voor bepaalde misdrijven, zoals misbruik van gezag, zich niet verkiesbaar kunnen stellen, om op die manier de infiltratie van de politiek door de georganiseerde misdaad tegen te gaan. Het EHRM overweegt dat deze maatregel geen strafrechtelijke sanctie vormt in de zin van art. 7 EVRM. Weliswaar tast deze het passief kiesrecht aan, maar de hiervoor gegeven redenen zijn volgens het Hof voldoende overtuigend, zodat de regeling niet in strijd is met art. 3 EP EVRM.

Klager had zich in 2013 kandidaat gesteld voor de regionale verkiezingen, maar zijn naam werd van de kandidatenlijst geschrapt nadat was gebleken dat hij een drietal veroordelingen op zijn strafblad had staan wegens misbruik van gezag, waarbij de derde in 2011 definitief was geworden. Volgens een in 2012 aangenomen wettelijk decreet werd iemand die definitief was veroordeeld wegens onder meer misbruik van gezag automatisch gediskwalificeerd van deelname aan de verkiezingen.

Volgens klager was deze maatregel in strijd met art. 7 EVRM. Het Hof onderzoekt dan ook of in dit geval kon worden gesproken van een opgelegde sanctie. Daarbij merkt het op dat de nationale wetgever geprobeerd heeft in de wetgeving in algemene zin uit die groepen te sluiten van het passief kiesrecht waarbij een objectief en in rechte vastgesteld misdrijf invloed kon hebben op iemands 'morele capaciteit' om een representatieve, verkozen functie te vervullen. Doel van deze wet was om op te kunnen treden tegen het probleem van infiltratie van openbare diensten door de georganiseerde misdaad. Ook acht het Hof relevant dat de diskwalificatie alleen betrekking had op het passieve kiesrecht, dat er een mogelijkheid was tot rehabilitatie (waarvan klager ook gebruik heeft gemaakt) en dat er een procedure over de ontneming van dit kiesrecht mogelijk was. Weliswaar had de maatregel voor klager politieke consequenties, maar dit betekent volgens het Hof nog niet dat deze als strafsanctie moest worden gekwalificeerd. Gelet daarop acht het Hof deze klacht niet-ontvankelijk *ratione*

materiae.

Daarnaast heeft klager gesteld dat art. 3 EP EVRM is geschonden. Ook op dit punt overweegt het EHRM echter dat de beperkingen beantwoordden aan een urgent en zwaarwegend maatschappelijk doel, namelijk het goed functioneren van de *res publica*, dat bovendien in overeenstemming is met de rule of law en de algemene doelstellingen van het EVRM. Verder was de maatregel omkleed met voldoende waarborgen, nu er geen sprake was van een discretionaire beslissing, maar van een algemene maatregel, die tegelijkertijd echter alleen van toepassing was op mensen die voor bepaalde, relevante categorieën van misdrijven waren veroordeeld. De wetgeving was bovendien voldoende duidelijk en de onmiddellijke toepassing ervan, ook voor eerder gepleegde misdrijven, was in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever om de onrechtmatige activiteiten binnen de publieke sector aan te pakken. Tot slot heeft klager gebruik kunnen maken van een mogelijkheid tot rehabilitatie, waardoor de ontzetting van het passief kiesrecht maar korte tijd heeft geduurd. Geen schending art. 3 EP EVRM.

Noot van de redactie: eerder sprak het EHRM een ontvankelijkheidsbeslissing uit in een vergelijkbare zaak, namelijk *Galan t. Italië*, EHRM 15 mei 2021 (ontv.besl.), nr. 63772/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0515DEC006377216. In die zaak ging het om een politieke ambtsdrager die in 2014 wegens corruptie werd veroordeeld tot een gevangenisstraf en de preventieve inbeslagname van 2,6 miljoen euro. De in *Galan* gevolgde redenering is in grote lijnen vergelijkbaar met die in de hierboven samengevatte uitspraak.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0617JUD005509313

Zaaknummer: 55093/13

Wetsartikelen: EVRM art. 7 en EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

Kurt t. Oostenrijk, EHRM (GK) 15 juni 2021, nr. 62903/15

Na een geschiedenis van huiselijk geweld heeft een man zijn zoontje doodgeschoten en daarna zelfmoord gepleegd. Naar aanleiding hiervan verduidelijkt de Grote Kamer de verplichtingen van de staat om op te treden tegen potentieel dodelijk huiselijk geweld. Na een klacht moet onmiddellijk, autonoom en proactief een omvattende risicoanalyse worden uitgevoerd. Als daaruit blijkt van een onmiddellijk en direct risico, moeten adequate preventieve maatregelen worden getroffen. Daarbij moeten de grondrechten van de dader wel worden gerespecteerd, vooral als het gaat om vrijheidsbeneming. In de onderhavige zaak heeft de staat op al deze punten aan zijn verplichtingen voldaan.

Klaagster was getrouwd met E.; zij hadden twee kinderen, A. en B. In 2010 belde klaagster de politie omdat zij slachtoffer was van huiselijk geweld. Daarop werd een huisverbod aan E. opgelegd en E. werd strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens geweldpleging en bedreiging. Twee jaar later deed klaagster opnieuw aangifte wegens huiselijk geweld en verkrachting. Daarop werd een onderzoek ingesteld waarbij bleek dat E. ook de kinderen mishandelde. Er werd hem opnieuw een huisverbod opgelegd en zijn sleutels werden in beslag genomen. Tijdens de zitting in de strafrechtelijke procedure tegen hem bekende E. dat hij geweld had gebruikt. E. werd echter niet in voorlopige hechtenis genomen, omdat hier geen concrete aanleiding voor bestond. De dag na de zitting ging E. naar de school van A., waar hij vroeg of hij met A. kon spreken. Daarop schoot hij A. in het hoofd; A. is later overleden. Enkele dagen erna werd E. aangetroffen in zijn auto; hij had zelfmoord gepleegd en uit een briefje bleek dat hij eigenlijk ook B. had willen doden.

Op 4 juli 2019 heeft een Kamer van het Hof uitspraak gedaan in deze zaak; de Kamer stelde unaniem vast dat de staat zijn positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM niet had

geschonden. Op verzoek van de klaagster is de zaak vervolgens doorverwezen naar de Grote Kamer. Verschillende non-gouvernementele organisaties hebben daarbij de gelegenheid gekregen om te interveniëren.

De Grote Kamer stelt voorop dat in dit type zaken de *Osman*-test van toepassing is om te beoordelen of voldoende preventieve operationele maatregelen zijn getroffen. In de onderhavige zaak ziet de Grote Kamer aanleiding om deze test nader te verfijnen om rekening te kunnen houden met de bijzondere situatie van huiselijk geweld. De aard van de kwestie van huiselijk geweld maakt namelijk dat die een individuele kwestie als de onderhavige ontstijgt – het is een algemeen probleem dat in meer of mindere mate in alle staten speelt en dat zich vaak afspeelt in persoonlijke relaties en achter gesloten deuren. Inmiddels is er algemene overeenstemming op internationaal niveau over het feit dat uitgebreide juridische en andere maatregelen nodig zijn om slachtoffers van huiselijk geweld te beschermen, waarbij dit ook in sterke mate geldt voor de kwetsbare groep van kinderen. Het Hof identificeert tegen deze achtergrond een aantal bijzondere vereisten en verplichtingen die voor de staten gelden in relatie tot het voorkomen en aanpakken van huiselijk geweld:

Er is een vereiste van een onmiddellijk optreden door de autoriteiten op klachten over huiselijk geweld.

Het Hof formuleert verschillende vereisten in relatie tot de beoordeling van de bestaande risico's van geweld, in lijn met art. 51 van de Conventie van Istanboel. Bij voorkeur moet een omvattende risicobeoordeling worden uitgevoerd aan de hand van gestandaardiseerde, internationaal erkende en wetenschappelijk gevalideerde instrumenten met een aantal vaste vragen die de autoriteiten systematisch moeten stellen en beantwoorden. Daarbij moeten er voor de autoriteiten duidelijke richtlijnen en criteria bestaan om adequaat te kunnen optreden in gevoelige situaties. In het bijzonder moet er een risicoanalyse worden uitgevoerd als het gaat om mogelijk dodelijk huiselijk geweld. Het risico-onderzoek moet autonoom en proactief zijn, wat betekent dat de autoriteiten niet alleen kunnen afgaan op de risicoperceptie van het slachtoffer, maar ook zelfstandig onderzoek moeten doen naar de situatie op basis van alle beschikbare informatie, die zij actief moeten inwinnen. Alle mogelijke slachtoffers moeten kunnen worden geïdentificeerd en de risico-analyse moet worden gedocumenteerd. Bij het optreden van de autoriteiten moet ook in acht worden genomen dat huiselijk geweld zich vaak in cycli afspeelt, waarbij de intensiteit en het gevaar in de loop van de tijd toenemen. Gelet op de nu bestaande kennis over de dynamiek van huiselijk geweld is het belangrijk dat de autoriteiten zich realiseren dat het gedrag van daders vaak voorspelbaar is en in de loop van de tijd kan escaleren. De eis van 'onmiddellijk' optreden in de zin van de *Osman*-test moet in dit verband vrij flexibel worden toegepast, waarbij rekening moet worden gehouden met het

gebruikelijke escalatiepatroon in zaken over huiselijk geweld.

Wanneer er een direct en onmiddellijk risico voor het leven van een of meer geïdentificeerde personen is vastgesteld, zijn de autoriteiten verplicht om preventieve en beschermende operationele maatregelen te treffen en dat zo snel mogelijk te doen. Daarbij moet er een gereedschapskist met verschillende maatregelen bestaan, waarbij de autoriteiten voldoende ruimte hebben om maatregelen te kiezen die passen bij en een adequaat en proportioneel antwoord bieden op het risico dat ze hebben vastgesteld. Daarbij merkt het Hof op dat het in het bijzonder belangrijk is dat de verschillende betrokken autoriteiten goed samenwerken en informatie delen en uitwisselen. Ook wijst het Hof op het belang van preventieve maatregelen zoals behandelprogramma's voor daders. Waar het gaat om verdergaande, vrijheidsbeperkende maatregelen voor daders geldt dat het nodig zal zijn om een zorgvuldige afweging te maken tussen de verschillende betrokken belangen. Enerzijds moeten de maatregelen effectief zijn om de belangen van de slachtoffers te beschermen, anderzijds moeten zij worden opgelegd op een zodanige manier dat het recht op een procedureel zorgvuldige gang van zaken en andere garanties van grondrechten worden gerespecteerd, waaronder de rechten onder art. 5 en 8 EVRM van de dader. In het bijzonder moeten vrijheidsbenemende maatregelen in overeenstemming zijn met de limitatief uiteengezette gronden daarvoor in art. 5 lid 1 EVRM. De grond van art. 5 lid 1 (b) (vrijheidsbeneming als iemand een rechterlijke of wettelijke verplichting niet is nagekomen) kan daarbij alleen van toepassing zijn als het mogelijk is om voldoende specifiek en concreet vast te leggen dat een dader zich niet op een specifiek moment op een bepaalde manier mag gedragen jegens een bepaald potentieel slachtoffer. De grond van art. 5 lid 1 (c) maakt geen algemeen preventief beleid mogelijk waarbij potentieel gevaarlijke personen in hechtenis worden genomen. In het bijzonder kan voorlopige hechtenis alleen worden opgelegd als er een redelijke verdenking bestaat jegens een individu in een lopende strafzaak; in dat geval kan de voorlopige hechtenis een secundair effect zijn van de strafzaak, waarbij het Hof accepteert dat bij het opleggen van deze maatregel rekening wordt gehouden met de risicoanalyse als het gaat om toekomstig (dodelijk) geweld.

Het Hof past vervolgens deze vereisten toe in de zaak van klagster. Daarin is geen sprake geweest van vertraging of inactiviteit bij de autoriteiten nadat zij haar klacht had ingediend. De risicoanalyse is uitgevoerd op een autonome en proactieve manier en heeft geleid tot het in kaart brengen van de belangrijkste bekende risicofactoren, waarbij ook de context van huiselijk geweld voldoende is meegenomen. Hoewel er geen gestandaardiseerde procedure is gevoerd, acht het Hof het onderzoek daardoor toch in overeenstemming met de hierboven samengevatte vereisten. De Grote Kamer stelt verder vast dat er in die zin is opgetreden dat er beschermende maatregelen jegens klagster zijn getroffen, maar dat er geen aparte risicoanalyse is uitgevoerd als het ging om haar kinderen. Dit kan de autoriteiten echter niet

worden verweten, nu op basis van de beschikbare informatie duidelijk was dat de kinderen zelf niet het primaire slachtoffer waren van het geweld van de vader en het niet waarschijnlijk was dat de vader een wapen zou bemachtigen, naar de school van de kinderen zou gaan en zijn zoon zou doden. De Grote Kamer acht de getroffen maatregelen in het licht van de bekende feiten en beschikbare informatie dan ook adequaat en is van oordeel dat de autoriteiten grondig en zorgvuldig te werk zijn gegaan bij het nemen van de beschermende maatregelen. Met tien tegen zeven stemmen oordeelt de Grote Kamer dat art. 2 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315

Zaaknummer: 62903/15

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Land Oberösterreich (Aide au logement), HvJ EU 10 juni 2021, zaak C-94/20

In Oostenrijk is voor het behouden van een woonkostentoeslag voor langdurig ingezetenen vreemdelingen de voorwaarde gesteld van basiskennis van het Duits. Het HvJ acht het waarschijnlijk dat een dergelijke toeslag moet worden gezien als een van de ‘belangrijkste prestaties’ die de overheid aan deze mensen moet leveren op grond van richtlijn 2003/109, ook gelet op de relatie met menselijke waardigheid en art. 34 Hv. Het discriminatieverbod van art. 21 Hv is daarentegen niet van toepassing omdat het hier niet gaat om onderscheid jegens mensen met een bepaalde etnische afkomst.

De Turkse KV woont sinds 1997 met zijn echtgenote en drie kinderen in Oostenrijk, waar hij de status van langdurig ingezetene heeft. Hij ontving tot eind 2017 een woonkostentoeslag op grond van het oöWFG. Met ingang van 1 januari 2018 is deze toeslag onderworpen aan de voorwaarde dat de derdelander op een door deze regeling bepaalde wijze aantoont dat hij over een basiskennis van het Duits beschikt. Nu KV het vereiste bewijs niet heeft geleverd, is aan hem vanaf die datum het recht op deze toeslag ontzegd. Daarop heeft KV een vordering ingesteld, in verband waarmee nu prejudiciële vragen aan het HvJ zijn voorgelegd.

De eerste vraag is of art. 11 lid 1 onder d van richtlijn 2003/109/EG zo moet worden uitgelegd dat die zich verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan langdurig ingezetenen derdelanders slechts in aanmerking komen voor een woonkostentoeslag op voorwaarde dat zij op een door die regeling bepaalde wijze aantonen dat zij beschikken over een basiskennis van de taal van die lidstaat. Het HvJ stelt voorop dat de lidstaten de gelijke behandeling waarvoor de houders van de door de richtlijn toegekende status in aanmerking komen, mogen beperken, behalve voor de door landelijke, regionale of lokale overheidsorganen toegekende prestaties op het terrein van sociale bijstand of sociale bescherming die ertoe bijdragen dat de betrokkene in zijn elementaire behoeften als voeding, huisvesting en gezondheid kan voorzien. Bovendien moeten de lidstaten de rechten eerbiedigen en de beginselen in acht te

nemen die zijn vastgelegd in het Handvest, met name in artikel 34 daarvan. Overeenkomstig die bepaling erkent en eerbiedigt de Unie het recht op sociale bijstand en op bijstand voor huisvesting teneinde eenieder die niet over voldoende middelen beschikt, een waardig bestaan te verzekeren. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens blijkt dat de woonkostentoeslag ertoe bijdraagt dat mensen een waardig bestaan wordt gewaarborgd, door hen in staat te stellen zich op passende wijze te huisvesten, zonder daar een groot deel van hun inkomen aan te besteden, omdat zij anders eventueel niet in andere elementaire behoeften zouden kunnen voorzien. Deze toeslag lijkt volgens het HvJ dus een prestatie te vormen die bijdraagt tot de bestrijding van sociale uitsluiting en armoede, en die bestemd is om eenieder die niet over voldoende middelen beschikt een waardig bestaan te verzekeren zoals bedoeld in art. 34 lid 3 Hv. De toekenning ervan aan langdurig ingezetene derdelanders is dus ook noodzakelijk voor de verwezenlijking van de door richtlijn 2003/109 nagestreefde integratie, al staat het aan de verwijzende rechter om dit verder na te gaan. Zou de nationale rechter oordelen dat het in deze zaak niet gaat om een van de 'belangrijkste prestaties' in de zin van art. 11 lid 4 van richtlijn 2003/109, dan valt deze materie niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn.

De tweede vraag is dan of de richtlijn zich verzet tegen het stellen van een voorwaarde van basiskennis van taal van de lidstaat voor het verkrijgen van een woonkostentoeslag. Het gaat in het onderhavige geval om een verschil in behandeling tussen derdelanders met de status van langdurig ingezetene en eigen onderdanen. Een dergelijk verschil in behandeling valt niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/43. De bepalingen benadelen namelijk ook niet in het bijzonder personen van een bepaalde etnische afstamming, zodat de bepaling geen indirecte discriminatie in de zin van de richtlijn kan vormen.

Tot slot heeft de verwijzende rechter nog gevraagd of het algemene discriminatieverbod van art. 21 Hv zich verzet tegen het vereiste van basiskennis van de taal van de lidstaat. Nu de kwestie niet binnen de werkingssfeer valt van richtlijn 2000/43 en voor zover moet worden aangenomen dat het hier niet zou gaan om een van de 'belangrijkste prestaties' in de zin van art. 11 lid 4 van richtlijn 2003/109, moet ook worden vastgesteld dat de bepaling buiten de werkingssfeer van het Handvest valt. Voor zover moet worden aangenomen dat het hier wel gaat om een van de 'belangrijkste prestaties', kan het taalvereiste niet worden beschouwd als discriminatie op grond van etnische afstamming in de zin van art. 21 Hv, waarvan richtlijn 2000/43 de concrete uitdrukking vormt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:477

Zaaknummer: C-94/20

Wetsartikelen: Hv art. 21, Hv art. 34, Hv art. 53, Rl 2000/43/EG art. 2 en Rl 2003/109/EG art. 11 lid 1 onder d

RECHTSPRAAK

**Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) en
Norwegian Transport Workers' Union (NTF) t. Noorwegen,
EHRM 10 juni 2021, nr. 45487/17**

Vakbondsfederatie (LO) is in 1970 een collectieve overeenkomst voor dokwerkers aangegaan. Als in 2013 het Deense Holship ook dokwerkers te werk wil stellen in Drammen, zonder dat zij partij zijn bij de collectieve overeenkomst, besluit de NTF, de vakbond voor transportwerkers, tot een boycot van Holship. Na advies van het EER-Hof oordeelt de Noorse Hoge Raad dat de boycot onrechtmatig is vanwege de vrijheid van vestiging van Holship. Het EHRM is kritisch over de gelijkstelling van de vakbondsvrijheid met deze vestigingsvrijheid, maar verklaart het oordeel toch niet in strijd met art. 11 EVRM vanwege de ruime beoordelingsvrijheid in dit soort zaken.

Klagers zijn een vakbondsfederatie (LO) en een vakbond (NTF), waarbij de laatste lid is van de eerste. In 1970 zijn zij een collectieve overeenkomst aangegaan met de confederatie van Noorse ondernemingen (NHO), de grootste werkgeversorganisatie van Noorwegen, voor de arbeidsvoorwaarden van dokwerkers in veel van de grotere havens in Noorwegen. Op basis van de overeenkomst werd ook een kantoor opgezet in de haven van Drammen, dat verantwoordelijk was voor alle vaste medewerkers van de havenfaciliteiten. In 2013 wilde de Deense onderneming Holship ook vier medewerkers te werk stellen in Drammen voor het laden en ontladen van de eigen schepen. Holship was geen partij bij de overeenkomst. In verband daarmee besloot de NTF tot een boycot van alle scheepvaartactiviteiten in Drammen waarbij Holship betrokken was, en het verzocht en verkreeg een verklaring voor recht van de rechtbank van Drammen dat deze boycot rechtmatig was. Holship stelde hoger beroep in bij de Noorse Hoge Raad en deze vroeg om een advies van het EER-Hof. Zich mede baserend op het uiteindelijke advies van het EER-Hof besloot de Hoge Raad, in een sterk verdeelde

uitspraak, dat de vrijheid van vestiging van Holship door de boycot werd geschonden en dat daarin een reden kon zijn gelegen voor het maken van een uitzondering op art. 11 EVRM. Dit enkele gegeven achtte de Hoge Raad op zichzelf niet voldoende rechtvaardiging voor het beperken van de vakbondsvrijheid, maar in deze zaak was het ook ten principale duidelijk dat een boycot als de onderhavige ook de toegang tot de markt voor andere ondernemingen kon bedreigen. Gelet op die omstandigheden achtte de Hoge Raad de boycot onrechtmatig.

Voor het EHRM hebben de NTF en de LO gesteld dat deze onrechtmatigverklaring van de boycot in strijd is met art. 11 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat een boycot op zichzelf een middel kan zijn voor een vakbond om bepaalde doelstellingen te bereiken, en dat dit middel zelfs het enige kan zijn om druk uit te oefenen op een werkgever om de rechten van werknemers te beschermen. Het Hof wijst erop dat ook het HvJ in de zaak *Laval un Partneri* heeft erkend dat het recht op collectieve actie een onder het EU-recht beschermwaardig recht is, terwijl ook daar de collectieve actie waarop de zaak betrekking had een boycot betrof. Het is verder onbetwist dat de boycot ten doel had om stabiele en veilige arbeidsomstandigheden voor de dokwerkers te bewerkstelligen en dat het in dit geval daarbij ook ging om rechten die worden beschermd door ILO Conventie Nr. 137. Dit betekent dat art. 11 lid 1 EVRM in de onderhavige zaak van toepassing is.

De beperking van dit recht werd ingegeven door de bescherming van de vrijheid van vestiging van de Deense onderneming, zoals beschermd door de EER Overeenkomst. Bij de beoordeling van de vraag of dit belang een voldoende rechtvaardiging kan vormen voor de gemaakte inbreuk, stelt het Hof voorop dat het in de loop van de tijd al veel vakbondsactiviteiten onder het beschermingsbereik van art. 11 heeft gebracht. Leidend daarbij is de notie van het EVRM als 'living instrument', dat inhoudt dat steeds steviger moet worden opgetreden tegen schendingen van fundamentele rechten in democratische samenlevingen. Wel komt staten een ruime *margin of appreciation* toe bij de bescherming van dit recht en geldt dat het Hof niet als zodanig bevoegd is om beperkingen te beoordelen op hun verenigbaarheid met ILO-instrumenten of het Europees Sociaal Handvest. Verder benadrukt het Hof dat de onderhavige zaak niet gaat over een boycot die inbreuk zou maken op de negatieve vakbondsvrijheid in het kader van een 'closed shop'-situatie; in dat geval zou het gaan om een relatief eenvoudige afweging van met elkaar strijdige grondrechten. In het onderhavige geval is van zo'n botsing van gelijkwaardige grondrechten echter geen sprake, maar conflicteert de boycot met de vrijheid van vestiging van Holship onder de EER Overeenkomst.

Voordat het toekomt aan de in dit conflict te geven beoordeling, wijst het Hof er nog op dat voor de EER als zodanig niet de bij de EU gebruikelijke *Bosphorus*-doctrine kan gelden. Het Hof heeft in zijn uitspraak in *Konkurrenten.no* al geoordeeld dat de basis voor toepassing van deze doctrine bij de EER ontbreekt, nu de EER Overeenkomst niet als zodanig directe werking

en voorrang heeft en bovendien het EER-Hof heeft overwogen dat de EER Overeenkomst niet als zodanig het EU-Handvest voor de Grondrechten incorporeert. Op zichzelf is dat laatste niet doorslaggevend, maar in samenhang met de andere genoemde elementen (waaraan het Hof nu nog toevoegt dat de adviezen van het EER-Hof niet bindend zijn), maakt dat het onwaarschijnlijk is dat de voorwaarden voor toepasselijkheid van de *Bosphorus*-doctrine zijn vervuld. Het Hof geeft hierover echter geen definitief oordeel, maar overweegt dat dit moet worden uitgesteld tot een zaak waarin de procedurele mechanismen van de EER centraal staan. In het onderhavige geval gaat het uit van de aanname dat de *Bosphorus*-presumptie niet van toepassing is op EER-recht.

Ten aanzien van de rechtvaardiging overweegt het Hof dat de boycot en andere collectieve acties tot doel hebben om de rechten van anderen, namelijk van werknemers, te beschermen en onder meer sociale dumping te voorkomen. Het Hof merkt hier op dat de raamwerkovereenkomst die NTF had besloten uiteindelijk weinig te maken had met deze primaire doelen en dat de bescherming van de belangen van werknemers hooguit indirect was. Wat betreft de belangenafweging die de Noorse Hoge Raad heeft gemaakt merkt het Hof op dat het Hof de vakbondsvrijheid heeft aangemerkt als een fundamenteel recht en dat het een uitgebreide beoordeling heeft gegeven van dit recht en het beroep dat daarop is gedaan. In het licht van de zeer ruime margin of appreciation die de staten op dit terrein toekomt en de informatie over de situatie in Noorwegen die de Hoge Raad in zijn oordeel heeft betrokken, is het Hof van oordeel dat er onvoldoende redenen zijn om een eigen inschatting van het EHRM hierover in de plaats te stellen van dat van de nationale Hoge Raad. Wel merkt het Hof nog op dat normaal gesproken het niet kan worden aanvaard dat de economische consequenties van collectieve actie een beslissende overweging vormen in een proportionaliteitsanalyse onder art. 11 lid 2 EVRM. Zelfs als de staten hun verplichtingen onder het EU- en EER-recht nakomen, moeten zij ervoor zorgen dat beperkingen van de vakbondsvrijheid niet de wezenlijke elementen van dit grondrecht aantasten, zodanig dat deze vrijheid van zijn inhoud wordt beroofd. Het Hof ziet dat er een risico kan zijn dat een nationale rechter zich in de positie gaat bevinden van die van de nationale Hoge Raad, waarbij een gelijkwaardige afweging nodig lijkt, maar daarbij moet dus worden vermeden dat art. 11 lid 2 EVRM automatisch opzij wordt gezet om aan de verplichtingen onder het EU- of EER-recht tegemoet te kunnen komen. De Hoge Raad heeft deze valkuil in de onderhavige zaak volgens het EHRM voldoende vermeden, zodat art. 11 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD004548717

Zaaknummer: 45487/17

Wetsartikelen: EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

Melike t. Turkije, EHRM 15 juni 2021, nr. 35786/19

Een schoonmaakster bij een overheidsinstelling is ontslagen nadat ze een aantal berichten op Facebook had 'geliket' die heel kritisch waren over de regering. Het EHRM merkt 'likes' aan als duidelijke meningsuitingen en is van oordeel dat in dit soort situaties zorgvuldig moet worden nagegaan hoe groot de impact is van dit soort 'likes'. In het onderhavige geval was die impact heel beperkt, terwijl wel een zeer vergaande sanctie is opgelegd. Dit is in strijd met art. 10 EVRM.

Klaagster werkte als schoonmaakster bij een overheidsinstelling. Hoewel ze altijd in openbare instellingen werkte, had ze een contract als gewoon werkneemster en niet als ambtenaar. In 2016 werd een tuchtprocedure tegen haar gestart omdat was gebleken dat ze een heel aantal zeer kritische en virulente Facebookberichten had 'geliket'. De berichten gingen over beweerdelijke repressie bij de autoriteiten; ze 'likete' daarbij aanmoedigingen om daartegen te protesteren etcetera. Volgens de tuchtcommissie en later de rechter was haar gedrag in strijd met de collectieve arbeidsovereenkomst, werden de 'likes' niet beschermd door de vrijheid van meningsuiting en konden ze het gevolg hebben dat de rust op de werkplek werd verstoord. Dit resulteerde in het opleggen van de zwaarste tuchtmaatregel, namelijk ontslag.

Klaagster heeft voor het EHRM gesteld dat het opleggen van ontslag vanwege het 'liken' van berichten een schending vormt van de door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Het Hof stelt voorop dat het gebruik van 'likes' op sociale netwerken kan worden beschouwd als een mogelijkheid voor mensen om hun instemming te laten blijken met de inhoud van bepaalde berichten, waardoor het een gewone en populaire vorm is geworden om online de vrijheid van meningsuiting uit te oefenen. De 'likes' van klagerster betroffen berichten die duidelijk onderwerpen van algemeen belang betroffen, zodat er maar heel weinig ruimte was voor de autoriteiten om daarop beperkingen te kunnen stellen. Daarnaast merkt het Hof op dat klagerster weliswaar bij publieke instellingen werkte, maar dat ze geen bijzondere band van loyaliteit of vertrouwen met deze instellingen had en niet in

dienst was als ambtenaar, maar als gewoon werknemer. Het Hof stelt verder vast dat de nationale rechters in hun beoordeling van de impact van haar 'likes' tekort zijn geschoten. Weliswaar kan via sociale media gevaarlijke en smadelijke berichtgeving snel worden verspreid, maar het bereik van online publicaties kan sterk verschillen, zodat het noodzakelijk is om per situatie de potentiële impact te beoordelen. Klaagster was niet zelf degene die de content had geplaatst, maar had alleen 'likes' toegevoegd; volgens het Hof heeft dat niet hetzelfde gewicht, in die zin dat een 'like' weliswaar uitdrukking geeft aan een zekere sympathie voor een bericht, maar niet een actieve wens inhoudt om het bericht te verspreiden. In de onderhavige zaak is ook niet gebleken dat de content een groot bereik had (sommige berichten kregen nauwelijks meer dan tien 'likes') en klaagsters 'likegedrag' kon, in samenhang met de aard van haar functie, ook weinig directe invloed hebben op andere werknemers en gebruikers van de betrokken overheidsdienst. In ieder geval is niet gebleken dat hierover klachten binnen zijn gekomen of dat de orde bij de dienst daadwerkelijk zou zijn verstoord. Tot slot overweegt het Hof dat in dit geval de zwaarst mogelijke tuchtsanctie is gekozen, namelijk onmiddellijk ontslag. Daarvoor zijn geen voldoende en relevante redenen gegeven, zodat art. 10 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD003568619

Zaaknummer: 35686/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Ömür Çağdaş Ersoy t. Turkije, EHRM 15 juni 2021, nr. 19165/19

In een speech heeft een student zich kritisch uitgesproken over de Turkse minister-president. In verband daarmee is hij vervolgd en heeft hij een boete opgelegd gekregen. Het EHRM merkt op dat de speech betrekking had op een onderwerp van algemeen belang en dat de minister-president als hoge politicus meer kritiek zou moeten kunnen velen. De extra bescherming die het Turkse strafrecht hoge staatsfunctionarissen toekent is moeilijk verenigbaar met art. 10 EVRM. Deze bepaling is volgens het Hof dan ook geschonden.

Klager studeerde ten tijde van de relevante feiten aan een universiteit in Turkije (de ODTÜ). In 2012 hield hij een speech ter ondersteuning van een aantal ODTÜ-studenten die in hechtenis waren genomen na een aanvaring met de handhavingsautoriteiten die volgden op een bezoek van de minister-president aan de campus. Na deze aanvaring had de minister-president de studenten scherp veroordeeld vanwege hun gedrag. In de speech uitte klager in verband hiermee scherpe kritiek op de minister-president en beschreef hij hem onder meer als een hondsdlle hond. In verband daarmee werd hij voorwaardelijk veroordeeld tot betaling van een boete vanwege belediging van de minister-president.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze boete in strijd is met art. 10 EVRM. Het Hof overweegt dat de speech overwegend betrekking had op het optreden van de politie en de reactie van de minister-president daarop. De speech bevatte daarbij primair politieke kritiek die gericht was op de minister-president en kan worden geacht betrekking te hebben gehad op een onderwerp van algemeen belang. Art. 10 EVRM laat maar heel weinig ruimte om in dergelijke gevallen beperkingen te stellen, en dat geldt zeker wanneer de kritiek gericht is op een politieke ambtsdrager. De speech was bovendien weliswaar scherp getoonzet en wat provocatief, maar bevatte pure waardeoordelen en kan ook niet als doelbewust beledigend

worden aangemerkt. Het Hof merkt verder op dat het Turkse wetboek van strafrecht expliciet een zwaardere bescherming toekent aan hoge politieke functionarissen dan andere personen tegen belediging. Dit is niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, die juist inhoudt dat politici meer kritiek moeten kunnen verdragen en dat het strafrecht terughoudend moet worden ingezet als het gaat om meningsuitingen zoals de onderhavige. Tot slot acht het Hof het problematisch dat in dit geval een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, ook gelet op het inherente chilling effect dat daarvan uitgaat. Al met al is er geen redelijke belangenafweging uitgevoerd en is de veroordeling in strijd met art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD001916519

Zaaknummer: 19165/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Y.S. en O.S. t. Rusland, EHRM 15 juni 2021, nr. 17665/17

De moeder van O.S. is na een scheiding in Rusland gaan wonen, terwijl de vader met O.S. in Donetsk (Oekraïne) achterbleef. Nadat daar in 2014 onlusten uitbraken, haalde de moeder in 2016 O.S. naar Rusland, zonder toestemming van de vader. Russische rechters honoreerden het verzoek van de vader om O.S. te laten terugkeren naar Donetsk. Het EHRM is van oordeel dat zij daarbij onvoldoende hebben onderzocht of O.S. vanwege de conflictsituatie in het gebied ernstige risico's zou kunnen lopen in de zin van art. 13 lid 1 Haagse Conventie, in strijd met art. 8 EVRM.

Eerste klagster heeft zowel de Russische als de Oekraïense nationaliteit en is moeder van tweede klagster. In 2001 trouwde eerste klagster met de Oekraïense A.S. en zij vestigde zich in Donetsk, in Oekraïne. Na de geboorte van O.S. viel het huwelijk uit elkaar en verhuisde eerste klagster naar Rusland; de dochter bleef toen achter in Donetsk. In 2014 braken onlusten uit in Oost-Oekraïne, waarbij een afscheidingsbeweging de controle kreeg over Donetsk. Eerste klagster probeerde daarop om de dochter te laten overbrengen naar Rusland, maar werd daarin tegengewerkt door A.S. In 2016 ging zij zelf naar Donetsk toe om de dochter op te halen en nam ze haar mee naar Rusland. In hetzelfde jaar kreeg A.S. een nieuwe flat, die was gelegen buiten de conflictzone. Hij diende een aanvraag in bij de Russische rechters voor de terugkeer van de dochter op grond van de Haagse Conventie over Kinderontvoering. Die was succesvol, ondanks klagsters stelling dat de dochter gevaar zou lopen als zij zou worden teruggebracht naar een conflictzone.

Het EHRM merkt allereerst op dat klagster voor het Hof ook heeft aangevoerd dat zij de dochter had meegenomen vanuit een gebied waar op dat moment geen effectief staatsgezag werd uitgeoefend door Oekraïne en waar Oekraïens recht noch de Haagse Conventie van toepassing waren. Nu klagster deze argumenten op nationaal niveau niet heeft aangevoerd, kan het Hof ze echter niet in behandeling nemen.

Het Hof onderzoekt vervolgens of de nationale autoriteiten voldoende zorgvuldig hebben onderzocht of er een ‘ernstig risico’ voor de dochter zou bestaan in de zin van art. 13 (b) van de Haagse Conventie, waarbij die notie niet alleen betrekking heeft op fysieke of psychologische schade, maar op een anderszins voor een kind onverdraaglijke situatie. De nationale rechtbank heeft vastgesteld dat het in dit geval gestelde risico vooral te maken had met het feit dat het kind in een conflictzone zou komen te leven, maar ook dat de risico’s beperkt waren. Het Hof merkt op dat de beoordeling van de ernst van de veiligheidssituatie in Donetsk vrij oppervlakkig is gebleven, terwijl er een groot aantal documenten daarover beschikbaar was, waaruit bleek van grote aantallen aan het conflict gerelateerde slachtoffers onder zowel volwassenen als kinderen. Evenmin heeft de nationale rechter vastgesteld of het hierbij ging om geïsoleerde incidenten en of daarmee de drempel van een ‘ernstig risico’ was behaald. Daarmee is het Hof van oordeel dat de Russische rechters de risico’s voor de dochter niet voldoende in kaart hebben gebracht, hetgeen betekent dat de besluitvormingsprocedure niet voldeed aan de eisen van art. 8 EVRM. Deze bepaling is dan ook geschonden (vier stemmen tegen drie). Het EHRM oordeelt dat het in het licht van die bevinding niet nodig is om ook nog in te gaan op de klachten over art. 2 en 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD001766517

Zaaknummer: 17665/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

M.I.C.M., HvJ EU 17 juni 2021, zaak C-597/19

De AVG staat er in beginsel niet aan in de weg dat IP-adressen van gebruikers van een peer-to-peernetwerk die mediabestanden delen systematisch worden geregistreerd en dat mededeling wordt gedaan van namen en postadressen van gebruikers aan de houder van de intellectuele-eigendomsrechten of aan een derde, met het oog op het instellen van een schadevordering vanwege de schade die deze gebruikers hebben veroorzaakt. Wel geldt hierbij als voorwaarde dat dergelijke initiatieven en verzoeken om informatie gerechtvaardigd en evenredig zijn, geen misbruik uitmaken en hun rechtsgrondslag vinden in een nationale wettelijke maatregel die beperkt is in reikwijdte.

In 2019 heeft Mircom bij de ondernemingsrechtbank Antwerpen (België) een vordering ingesteld, die er met name toe strekt Telenet te gelasten de identificatiegegevens over te leggen van haar klanten wier internetverbindingen zouden zijn gebruikt om films uit de catalogus van Mircom via het BitTorrentprotocol te delen op een peer-to-peernetwerk. Telenet en twee andere in België gevestigde internetproviders verzetten zich tegen deze vordering. In verband met deze procedure heeft de verwijzende rechter verschillende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

In de eerste plaats wil de verwijzende rechter weten of het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3 lid 1 en 2 van richtlijn 2001/29 betrekking heeft op het delen, in een peer-to-peernetwerk, van soms zeer fragmentarische onderdelen van een mediabestand dat een beschermd werk bevat. Hierover merkt het HvJ op dat de werking van peer-to-peernetwerken niet wezenlijk verschilt van die van het internet, waar bestanden met een werk worden opgedeeld in kleine gegevenspakketten die in een willekeurige volgorde en langs verschillende wegen van de server naar de clientcomputer worden doorgestuurd. In het onderhavige geval kan elke gebruiker van het peer-to-peernetwerk het oorspronkelijke

bestand gemakkelijk reconstrueren uit de onderdelen die beschikbaar zijn op de computers van gebruikers die deel uitmaken van dezelfde 'swarm'. Dat een gebruiker er individueel niet in slaagt om het originele bestand volledig te downloaden, belet hem niet om voor zijn peers de onderdelen van dit bestand beschikbaar te stellen die hij op zijn computer heeft kunnen downloaden en er zo aan bij te dragen dat alle gebruikers van een 'swarm' uiteindelijk toegang hebben tot het volledige bestand. Hierbij is het irrelevant dat het uploaden automatisch plaatsvindt gelet op de instellingen van de software waarmee het delen van bestanden mogelijk wordt gemaakt (de BitTorrentclient), wanneer de gebruiker vanaf wiens eindapparatuur wordt geüpload, zich heeft geabonneerd op deze software en ermee heeft ingestemd dat deze zou worden toegepast na naar behoren te zijn geïnformeerd over de kenmerken ervan. Volgens het HvJ geldt verder dat elke handeling waarmee een gebruiker met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze toegang verleent tot beschermde werken of ander beschermd materiaal, voor de toepassing art. 3 lid 1 en 2 van richtlijn 2001/29 een beschikbaarstelling vormen. Bij een peer-to-peernetwerk heeft deze beschikbaarstelling betrekking op een onbepaald aantal potentiële ontvangers en impliceert deze een vrij groot aantal personen. Het HvJ oordeelt dan ook dat hierbij sprake is van beschikbaarstelling voor een nieuw publiek. Daarbij overweegt het ook dat een ander oordeel zou indruisen tegen het in de richtlijn beoogde evenwicht tussen de ook door art. 17 lid 2 Hv beschermde intellectuele-eigendomsrechten en de door art. 11 Hv gewaarborgde bescherming van de vrijheid van meningsuiting en het algemeen belang.

De tweede vraag is of een persoon die contractueel houder is van bepaalde intellectuele-eigendomsrechten, maar deze rechten niet zelf exploiteert maar enkel schadevergoeding vordert van vermeende inbreukmakers, gebruik kan maken van de in hoofdstuk II van deze richtlijn bedoelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen. Mircom kan niet worden aangemerkt als een collectieve beheerorganisatie, maar is een persoon die contractueel houder is van auteursrechten of naburige rechten. In deze omstandigheden dient Mircom gebruik te kunnen maken van de in richtlijn 2004/48 bedoelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen, ondanks het feit dat zij deze rechten niet exploiteert. Ook dergelijke houders van intellectuele-eigendomsrechten kunnen in beginsel schade ondervinden als gevolg van inbreukmakende handelingen of kunnen in eigen naam en voor eigen rekening schadevergoeding innen op basis van vorderingen die andere houders van intellectuele-eigendomsrechten hem hebben gecedeerd. Wanneer een houder van intellectuele-eigendomsrechten ervoor kiest om de inning van schadevergoeding uit te besteden door via een cessie van schuldvorderingen of een andere rechtshandeling een beroep te doen op een gespecialiseerde onderneming, mag hij niet minder gunstig worden behandeld dan een andere houder van dergelijke rechten die ervoor kiest om deze rechten zelf geldend te maken.

Wel heeft de verwijzende rechter twijfels over de ontvankelijkheid van de informatieverzoeken die Mircom heeft ingediend, voor zover Mircom de verworven rechten niet werkelijk exploiteert. Daarbij heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat Mircom mogelijk kan worden aangemerkt als een *copyright troll*, waarbij in essentie de vraag is of er eventueel sprake is van rechtsmisbruik door Mircom. Toch dient het recht op informatie te worden beschermd in het licht van art. 8, 17 lid 2 en 47 Hv. Een informatieverzoek als dat van Mircom kan dan ook niet als niet-ontvankelijk worden aangemerkt. Wel moet een dergelijk verzoek gerechtvaardigd en redelijk zijn, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit te beoordelen en ook na te gaan of Mircom misbruik maakt van de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen in de zin van art. 3 van richtlijn 2004/48 – in dat geval moet het verzoek om informatie worden afgewezen.

Twee andere vragen hebben betrekking op de persoonsgegevensverwerking die heeft plaatsgevonden in het kader van peer-to-peernetwerken en die bestond in de registratie van de IP-adressen van de gebruikers waarvan de internetverbindingen op een bepaald moment zouden zijn gebruikt om beschermde werken op deze netwerken te uploaden, en de verwerking die volgens Mircom in een later stadium door Telenet moet worden verricht en die bestaat in, ten eerste, de identificatie van die gebruikers door deze IP-adressen te koppelen aan de IP-adressen die Telenet op dat moment aan die gebruikers had toegewezen voor dit uploaden en, ten tweede, de mededeling van de namen en adressen van deze gebruikers aan Mircom. De registratie van dergelijke dynamische IP-adressen vormt een verwerking in de zin van de AVG (verordening 2016/679). Het HvJ overweegt dat de correcte inning van schuldvorderingen in dit verband een gerechtvaardigd belang kan vormen dat de verwerking van persoonsgegevens kan rechtvaardigen. Ook blijft de identificatie van de houder van de internetverbinding beperkt. Wel moet de verwijzende rechter nog een afweging maken tussen de verschillende aan de orde zijnde rechten en belangen, waarbij in het bijzonder moet worden nagegaan wat de grondrechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van de persoonsgegevens voor de gebruikers van elektronischcommunicatiemiddelen inhouden. Wat betreft de verwerking door Telenet geldt dat een verzoek dat betrekking heeft op de mededeling van de namen en adressen van de gebruikers die betrokken zijn bij inbreukmakende handelingen, in overeenstemming is met het doel om een juist evenwicht tot stand te brengen tussen het recht op informatie van de houders van intellectuele-eigendomsrechten en het recht op bescherming van de persoonsgegevens van die gebruikers. Gelet op de aard van deze gegevens kan hier bovendien niet gesproken worden van een ernstige inmenging in het privéleven. Dit kan echter anders zijn als Mircom vereist dat Telenet de dynamische IP-adressen die voor rekening van Mircom zijn geregistreerd, koppelt aan de door Telenet aan deze gebruikers toegewezen IP-adressen aan de hand waarvan laatstgenoemden konden deelnemen aan het betrokken peer-to-peernetwerk. In dat geval is

namelijk sprake op een verwerking van verkeersgegevens en daarmee persoonsgegevens, zoals beschermd door art. 8 Hv en de AVG. De AVG staat er op zichzelf niet aan in de weg dat mededeling wordt gedaan van namen en postadressen van gebruikers aan de houder van de intellectuele-eigendomsrechten of aan een derde, met het oog op het instellen van een schadevordering vanwege de schade die deze gebruikers hebben veroorzaakt. Wel geldt hierbij als voorwaarde dat dergelijke initiatieven en verzoeken om informatie gerechtvaardigd en evenredig zijn, geen misbruik uitmaken en hun rechtsgrondslag vinden in een nationale wettelijke maatregel in de zin van art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58 die beperkt is in reikwijdte.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:492

Zaaknummer: C-597/19

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 17 lid 2, Hv art. 47, Vo 2016/679, Rl 2004/48 art. 3, Rl 2004/48 art. 4, Rl 2002/58 art. 15 lid 1 en Rl 2001/29, art. 3

ANNOTATIE

**Tikhonov en Khasis t. Rusland (EHRM, nr. 12074/12) –
Googelende juryleden: een inbreuk op onpartijdige
rechtspraak?*****S.A.A. van 't Klooster***

1. Het Europese Hof voor de Rechten van Mens (EHRM) deed op 16 februari 2021 uitspraak in de zaak *Tikhonov en Khasis t. Rusland*. De appellanten in de zaak klaagden dat zij niet zijn berecht door een onpartijdig tribunaal. Nadat de twee appellanten zelf om een juryberechting hadden gevraagd, zijn zij op 28 april 2011 schuldig bevonden aan onder meer moord en medeplichtigheid aan moord (par. 21). Deze veroordeling kwam tot stand ondanks dat de appellanten hadden geklaagd bij de rechter dat er minstens twee juryleden partijdig zouden kunnen zijn. De rechter, en later ook het Hooggerechtshof, wees de klachten van de appellanten van de hand en liet de veroordeling in stand (par. 25).

2. Volgens de klagers bestaat de zojuist aangehaalde partijdigheid uit het feit dat verschillende juryleden tijdens het strafproces naar nieuwsberichten over de rechtszaak hebben gegoogeld en deze informatie hebben laten meewegen in hun beslissing over de schuld van de klagers. Hierover hebben zij een klacht ingediend bij het EHRM. De zaak draait in essentie om de volgende vraag: is er sprake van objectieve partijdigheid bij het tribunaal dat de appellanten schuldig heeft bevonden? Deze annotatie gaat in op het leerstuk partijdigheid (rn. 7 – 9), de uitspraak van het EHRM en de verhouding met eerdere uitspraken van het EHRM op het gebied van partijdigheid van jury's (rn. 10 – 14). Allereerst komen de feiten van de zaak aan bod (rn. 3 – 6).

De feiten

3. De twee appellanten zijn Nikita Tikhonov en Yevgeniya Khasis, een Russisch stel. Zij zijn op 4 november 2009 aangehouden voor de moord op mensenrechtenadvocaat en -activist Stansislav Markelov en journaliste Anastasia Baburova op 19 januari 2009. Markelov en Baburova werden op klaarlichte dag op straat in Moskou doodgeschoten. Op 28 april 2011 wordt Tikhonov schuldig bevonden aan moord en Khasis aangewezen als medeplichtige aan

moord door een 12-koppige jury in Moskou. Dit gebeurt met de kleinst mogelijke meerderheid: 7-5 (par. 20).[1]

4. Nog tijdens de behandeling van hun zaak komt er informatie naar boven dat de jury mogelijk partijdig zou zijn. Een voormalig jurylid, D., heeft geklaagd dat zij onder druk is gezet door andere juryleden, die haar mediaberichten lieten zien over de zaak. Daarnaast zou een ander jurylid contact hebben gehad met een lid van de griffie over het proces. D. is daarom uit de jury gestapt en heeft als reden hiervoor ‘familieproblemen’ opgegeven (par. 13 – 15).[2] D. heeft over de situatie binnen de jury een interview gegeven dat is gepubliceerd op een blog. De verdachten dragen deze informatie aan als bewijs bij hun verzoek aan rechter Z. om de juryleden in kwestie, M. en N., van de zaak te halen. Dit verzoek wijst de rechter echter af nadat hij M. en N. heeft gehoord. M. geeft wel antwoord op de vragen van rechter Z. en zegt inderdaad nieuwsberichten te lezen en deze te delen met de rest van de jury, maar deze berichten niet te gebruiken als bewijs. Hij stelt onpartijdig te kunnen blijven. Jurylid N. geeft geen antwoord op de vragen van de rechter. Volgens rechter Z. is er geen sprake van partijdigheid bij de juryleden en kunnen zij doorgaan met hun taak (par. 18).[3] Rechter Z. herhaalt in zijn instructies voor de beraadslaging van de jury niet dat zij geen mediaberichten mogen meenemen in hun besluit. De verdachten worden een aantal dagen later schuldig bevonden door de jury. Tikhonov krijgt een levenslange gevangenisstraf en Khasis krijgt achttien jaar gevangenisstraf opgelegd (par. 21).[4]

5. De twee gaan in hoger beroep bij het Hoogerechtshof. Tijdens het hoger beroep klagen zij dat zij geen onpartijdige berechting hebben gehad. Hiertoe dragen zij een interview aan dat is gegeven door jurylid M.. In dat interview geeft M. toe dat hij media-artikelen over de rechtszaak heeft gelezen, dit met andere juryleden heeft gedeeld en dat deze informatie heeft bijgedragen aan de overtuiging van de jury van de schuld van de verdachten (par. 22).[5] Met deze nieuwe informatie doen de rechters van het Hoogerechtshof niets en ze houden de veroordeling in stand (par. 25).[6]

6. Tikhonov en Khasis zoeken hun heil vervolgens in Straatsburg, waar zij aandragen dat hun rechten uit artikel 6 lid 1 EVRM zijn geschonden. Doordat rechter Z. niets heeft gedaan met de beschuldigingen van partijdigheid van sommige juryleden, welke beschuldigingen zijn erkend door jurylid M., zijn zij berecht door een partijdig tribunaal. De Russische autoriteiten dragen aan dat de interviews gegeven door voormalig jurylid D. en jurylid M. geen juridische waarde hebben, omdat ze beide ten tijde van het geven van de interviews niet meer onder de eed stonden die zij als juryleden hebben moeten afleggen (par. 37 en 39).[7]

Onpartijdigheid ex artikel 6 lid 1 EVRM

7. In artikel 6 lid 1 EVRM staat expliciet dat eenieder recht heeft op een berechting door een onafhankelijk en *onpartijdig* tribunaal. Dit is onderdeel van de institutionele voorwaarden die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces.[8] In de woorden van Keulen en Knigge: “Zo kan een behandeling door een partijdige rechter moeilijk eerlijk genoemd worden (...).”[9] Waar onafhankelijkheid voornamelijk ziet op de scheiding der machten – de rechterlijke macht moet zonder inmenging van de politiek haar taak kunnen uitvoeren – ziet de onpartijdigheid op afwezigheid van vooringenomenheid en (voor)oordelen bij de rechter en/of jury ten aanzien van de verdachte.[10] Het EHRM maakt bij de uitleg van het concept partijdigheid een onderscheid tussen objectieve en subjectieve partijdigheid.[11] Subjectieve partijdigheid ziet voornamelijk op de persoonlijke houding van de rechter, een jurylid of de jury in zijn geheel. Hier valt bijvoorbeeld onder dat een rechter een zeer vijandige houding aanneemt ten aanzien van de verdachte en dit duidelijk laat blijken.[12] Subjectieve onpartijdigheid wordt verondersteld aanwezig te zijn, tenzij het tegendeel wordt bewezen.[13] Het EHRM heeft toegegeven dat het bewijzen van subjectieve partijdigheid zeer lastig is.[14] Onvoldoende was bijvoorbeeld de zaak waarbij een jurylid een klacht had ingediend dat een ander jurylid zich racistisch over de Aziatische achtergrond van de verdachte had uitgelaten. Hoewel een jurylid had toegegeven dat hij wellicht die persoon was, was dat voor het EHRM onvoldoende om subjectieve partijdigheid van dat jurylid aan te nemen.[15] Daarom worden de meeste zaken behandeld onder de objectieve onpartijdigheid.[16]

8. Objectieve onpartijdigheid kan op haar beurt weer onderverdeeld worden in twee categorieën: functioneel en persoonlijk.[17] De functionele kant ziet op hiërarchie of andere connecties van de rechter met andere betrokkenen in de strafzaak.[18] De persoonlijke kant ziet op het gedrag van de rechter zelf tijdens de zaak.[19] Het EHRM toetst bij de objectieve onpartijdigheid of er feiten zijn gepresenteerd door de verdachte die kunnen aantonen dat er sprake is van partijdigheid.[20] De mening van de verdachte speelt hierbij zeker een rol, maar is niet van doorslaggevend belang.[21] Het gaat er met name om of een objectieve buitenstaander tot de conclusie zou komen dat er sprake is van een partijdige rechter en/of jury.[22] De nationale procedure voor het aanklaarten van partijdigheid kan ook van belang zijn bij de beoordeling of artikel 6 lid 1 EVRM is geschonden. De rechter heeft een positieve verplichting om een klacht over partijdigheid actief te onderzoeken. Als de nationale rechter een klacht van partijdigheid niet serieus onderzoekt, terwijl deze klacht niet ‘manifestly devoid of merit’ is, dan kan dit ook leiden tot een schending van het recht op een eerlijk proces.[23]

9. Het EHRM heeft vastgesteld dat de hierboven uiteengezette principes voor het vaststellen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid hetzelfde worden toegepast op beroepsrechters, lekenrechters en juryleden.[24] Desalniettemin is bij juryrechtspraak ook de rol van de rechter

van belang. Om het recht op een eerlijk proces te garanderen, is het soms noodzakelijk dat de rechter de gehele jury van haar taak ontslaat, maar soms zijn procedurele waarborgen voldoende om onpartijdigheid te waarborgen.[25] Of dat het geval is, hangt af van de feiten en omstandigheden. Het gaat er volgens het EHRM om dat er in de gegeven omstandigheden voldoende waarborgen waren om elke legitieme twijfel aan de onpartijdigheid van de jury weg te nemen.[26] De zienswijze van de verdachte is daarbij van belang, deze is echter niet doorslaggevend.[27] Het EHRM hecht grote waarde aan de instructies die de rechter aan de juryleden geeft.[28] Er wordt vanuit gegaan dat de jury handelt in overeenstemming met deze instructies, tenzij het tegendeel kan worden bewezen.[29]

Partijdige rechter en jury?

10. De *Tikhonov en Khasis t. Rusland*-zaak draait om potentieel partijdige juryleden en een rechter die de klachten van verzoekers afwijst, zonder grondig onderzoek. Het EHRM begint de analyse door te stellen dat het verzoek van Tikhonov en Khasis niet ‘manifestly devoid of merit’ was en dat het de taak is van het EHRM om te onderzoeken of de rechter adequaat heeft gehandeld om de zorgen over de partijdigheid van de jury weg te nemen. Het EHRM vindt dat rechter Z. meer had moeten doen om te onderzoeken of de aantijging tegen jurylid N. terecht was. Zij wilde geen antwoord geven op de vragen van de rechter, maar rechter Z. had bijvoorbeeld ook de andere juryleden over het voorval met het lid van de griffie kunnen ondervragen (par. 46).[30] Ten aanzien van het gedrag van jurylid M., haalt het EHRM aan dat jurylid M. zelf heeft toegegeven dat hij media-artikelen heeft geraadpleegd en de inhoud daarvan met andere juryleden heeft gedeeld. Het EHRM is van oordeel dat rechter Z. niet is nagegaan of en in hoeverre dit de partijdigheid van de jury heeft ondermijnd. De rechter had door moeten vragen naar bijvoorbeeld de inhoud van de nieuwsartikelen en in welke periode jurylid M. de nieuwsberichten doorgaf. Nu rechter Z. dit niet heeft gedaan, is de enkele toezegging van jurylid M. dat hij onpartijdig kon blijven onvoldoende om redelijke twijfel hierover uit te sluiten – de toets voor objectieve partijdigheid (par. 47).[31] Daarenboven heeft rechter Z. de overige juryleden niet gevraagd of zij nog in staat waren om onpartijdig te blijven, nadat zij de informatie van M. hadden gehoord (par. 47).[32]

11. Het EHRM herhaalt vervolgens het belang van de instructies van de rechter aan de jury en stelt vast dat rechter Z. geen instructies heeft gegeven over het niet toelaten van informatie uit nieuwsberichten ná dat de verzoekers hun klacht over de partijdigheid van de juryleden hadden ingediend en jurylid M. uitdrukkelijk had toegegeven dat hij dat wel had gedaan (par. 49).[33] Over het algemeen wordt aangenomen dat de jury de instructies van de rechter opvolgt. Rechter Z. had in eerdere instructies wel aangegeven dat nieuwsberichten niet tot het bewijs mogen dienen, maar in deze zaak waren er voldoende tegenargumenten om het vermoeden dat de jury deze nieuwsberichten niet meenam in de beraadslaging te weerleggen:

jurylid M. heeft gelogen over het opzoeken van nieuwsartikelen en M. heeft verklaard dat hij en de rest van de jury hebben gekeken hoe de nieuwsartikelen overeenkwamen met wat zij in de rechtszaal te horen kregen. Nu M. dit heeft toegegeven, had rechter Z. in zijn instructies in ferme taal moeten herhalen dat het verboden was om naar informatie over de zaak te googelen en te gebruiken, zo niet de jury te ontslaan van haar taak (par. 49).[34]

12. Ook het Hooggerechtshof is in gebreke gebleven door niet te kijken naar het nieuwe bewijs dat door de verzoekers in hoger beroep is aangedragen. M. heeft na het proces in eerste aanleg een interview gegeven en daarin toegegeven dat niet alleen hij, maar met hem vier andere juryleden, de informatie uit het nieuws heeft gebruikt (par. 50).[35] Deze nieuwe elementen werden door het Hooggerechtshof naast zich neergelegd. Het EHRM concludeert dan ook dat het Hooggerechtshof onvoldoende heeft gedaan om vermoedens van partijdigheid te weerleggen (par. 51).[36] Dit is in overeenstemming met eerdere rechtspraak, zoals *Farhi t. Frankrijk*, waarin krachtig wordt weergegeven dat ieder nationale rechtbank of gerechtshof de positieve verplichting heeft om te onderzoeken of de verdachte door een onpartijdig tribunaal is berecht indien de klacht daarover niet ‘manifestly devoid of merit’ is.[37] Nu het Hooggerechtshof het nieuwe interview van jurylid M. naast zich neerlegt, is het geen verrassing dat het EHRM tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM komt.

13. Rechter Pavil heeft een *concurring opinion* geschreven bij deze zaak: hij staat achter de uitspraak van de meerderheid, maar noemt deze uitspraak ook een gemiste kans voor het aanbrengen van duidelijkheid in het stappenplan voor de beoordeling van klachten over partijdigheid. Hij geeft zelf een stappenplan van hoe zaken met een potentieel partijdig jurylid moeten worden beoordeeld. Het volgen van dat stappenplan leidt tot dezelfde conclusie, alleen met een duidelijkere afbakening van de relevante vragen die beantwoord moeten worden. Het is in de uitspraak van de meerderheid immers soms onduidelijk welke vragen er nu precies beantwoord moeten worden voordat er tot partijdigheid kan worden geconcludeerd. Met rechter Pavil ben ik het eens dat het EHRM deze zaak had kunnen aangrijpen om dit leerstuk op een meer gestructureerde manier uiteen te zetten, zodat nationale rechters duidelijkere handvatten hebben als kwesties van onpartijdigheid zich voordoen.[38]

14. Naast een *concurring opinion* is er ook een *dissenting opinion* geschreven. De Russische rechter Dedov stelt dat rechter Z. voldoende heeft gedaan om de onpartijdigheid van de jury te waarborgen. Hij haalt de zaken *Dallas t. Verenigd Koninkrijk* en *Abdulla Ali t. Verenigd Koninkrijk* aan, waarin het EHRM de werkwijze van de nationale rechter bekrachtigt als voldoende om de onpartijdigheid te waarborgen.[39] Waar zijn redentatie mijns inziens de plank mislaat, is dat Dedov zeer stellig beweert dat er geen sprake was van specifiek opzet en geen sprake was van veronachtzaming van de instructies van de rechter in de zaak tegen

Tikhonov en Khasis. Jurylid M. heeft zelf toegegeven dat hij de instructies van de rechter heeft genegeerd door bewust op het internet op zoek te gaan naar informatie. Dit argument van Dedov houdt geen stand. Daarnaast klopt zijn vergelijking met de zaken die hij aanhaalt niet. De raakvlakken met de zaak *Abdulla Ali* zie ik: in deze zaak draaide het ook om de invloed van media-artikelen op een strafzaak. Het werd echter al snel duidelijk dat de rechter iedere keer de instructie had herhaald dat de jury niet op zoek mocht naar informatie op het internet. Zoals hierboven aangehaald, zijn deze instructies van groot belang voor het EHRM om te bepalen of er sprake is van objectieve onpartijdigheid. De rechter had zorggedragen voor voldoende waarborgen om partijdigheid tegen te gaan en van een schending van artikel 6 EVRM was geen sprake. Ook zie ik de overeenkomst met de zaak *Dallas*: een jurylid had extra informatie opgezocht en dit gebruikt in de rechtszaak tegen de verdachte. Het EHRM laat zich in *Dallas* echter alleen uit over een klacht over de voorzienbaarheid van de consequenties van het niet opvolgen van de instructies van de rechter onder artikel 7 EVRM en niet over criteria voor het toetsen van partijdigheid (zoals Dedov wel beweert). Beide zaken kunnen dus niet dienen ter ondersteuning van het argument dat rechter Z. voldoende onderzoek heeft verricht. Daarnaast zegt Dedov dat Tikhonov en Khasis hadden moeten bewijzen dat de door M. gedeelde media-artikelen een negatieve invloed hebben gehad op de uitkomst van hun zaak. Hiermee negeert Dedov echter de positieve verplichting die op de nationale rechter rust om actief te onderzoeken of er sprake is van partijdigheid als hier aanleiding toe bestaat, zoals uit deze zaak nogmaals naar voren komt. Nu Dedov hier überhaupt niet op ingaat, maakt dat zijn argumentatie ontoereikend.

Conclusie

15. Het EHRM houdt vast aan hun eerdere lijn van jurisprudentie over partijdige juryleden en de rol van de rechter daarin. In dat opzicht is deze uitspraak niet zeer vernieuwend. Het is echter ook jammer te noemen dat de veroordeling van Tikhonov en Khasis op deze manier tot een einde moet komen. Deze veroordeling werd namelijk alom geprezen door mensenrechtenorganisaties, omdat hiermee een einde leek te komen aan een periode van wetteloosheid voor nationalistische organisaties die aanslagen pleegden op mensenrechtenactivisten in Rusland.[40] Familie van de slachtoffers en mensenrechtenorganisaties twijfelden er niet aan dat de juiste mensen zijn veroordeeld voor de dubbele moord en de hoop werd uitgesproken dat dit een afschrikwekkend effect zou hebben op andere nationalistische sympathisanten die ook een aanslag wilden plegen. Dit sentiment komt wellicht ook tot uiting in het uiteindelijke oordeel van het EHRM dat een enkele vaststelling van een schending van artikel 6 lid 1 EVRM voldoende genoegdoening is in deze zaak (par. 77).[41] Desalniettemin laat deze veroordeling door het EHRM des te meer zien dat de institutionele voorwaarden uit het EVRM geen wassen neus zijn en er ook toe

doen wanneer de uitkomst van een zaak als rechtvaardig wordt gezien.

S.A.A. van 't Klooster

Docent Straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam

- [1] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, EHRM 16 februari 2021, nrs. 12074/12 en 16442/12, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001207412, par. 20.
- [2] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par. 13-15.
- [3] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 18.
- [4] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 21.
- [5] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 22.
- [6] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 25.
- [7] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 37 en 39.
- [8] Council of Europe, 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights', 30 april 2021.
- [9] B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 85.
- [10] *Kyprianou t. Cyprus*, EHRM (GK) 15 december 2005, nr. 73797/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, par. 118, «EHRC» 2006/21 m.nt. Jansen; P. Paczolay, 'The Notion of Judicial Independence: Impartiality and Effectiveness of Judges', in: *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Cham: Springer 2019, p. 331 – 343.
- [11] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 118.
- [12] Council of Europe, 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights', 30 april 2021.
- [13] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 119.
- [14] *Morice t. France*, EHRM (GK) 23 april 2015, nr. 29369/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0423JUD002936910, par. 75, «EHRC» 2015/141 m.nt. Soeharno en Den Tonkelaar.

- [15] *Sander t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 9 mei 2000, nr. 34129/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0509JUD003412996, par. 26.
- [16] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 119; *Morice t. France*, par 75.
- [17] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 121.
- [18] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 121.
- [19] *Kyprianou t. Cyprus*, par. 121.
- [20] *Castillo Algar t. Spanje*, EHRM 28 oktober 1998, nr. 28194/95, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002819495, par. 45.
- [21] *Ferrantelli en Santangelo t. Italië*, EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0807JUD001987492, par. 58.
- [22] *Ferrantelli en Santangelo t. Italië*, par. 58.
- [23] *Remli t. Frankrijk*, EHRM 23 april 1996, nr. 16839/90, ECLI:CE:ECHR:1996:0423JUD001683990, par. 48.
- [24] *Holm t. Zweden*, EHRM 25 november 1993, nr. 14191/88, ECLI:CE:ECHR:1993:1125JUD001419188, par. 30.
- [25] *Gregory t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 februari 1997, nr. 22299/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0225JUD002229993, par. 48.
- [26] *Szypusz t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 september 2010, nr. 8400/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD000840007, par 81.
- [27] *Sander t. Verenigd Koninkrijk*, par. 27.
- [28] *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910, par 198, «EHRC» 2019/48 m.nt. Ölçer.
- [29] *Szypusz t. Verenigd Koninkrijk*, par 85.
- [30] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 46.
- [31] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 47.
- [32] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 47.

[33] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 49.

[34] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 49.

[35] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 50.

[36] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 51.

[37] *Farhi t. Frankrijk*, EHRM 16 januari 2007, nr. 17070/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0116JUD001707005, par. 25, «EHRC» 2007/37 m.nt. De Werd.

[38] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, Opinion concordante du Juge Pavli.

[39] *Dallas t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 februari 2016, nr. 38395/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0211JUD003839512, «EHRC» 2016/83 m.nt. Timmerman; *Abdulla Ali t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 30 juni 2015, nr. 30971/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003097112, «EHRC» 2015/177.

[40] T. Parfit, 'Russian neo-Nazi gets life sentence for murdering lawyer and journalist', *The Guardian* 6 mei 2011; D. Sindelar, 'Nationalist Couple Convicted In Murder Of Russian Lawyer, Journalist', *RadioFreeEurope RadioLiberty* 29 april 2011.

[41] *Tikhonov en Khasis t. Rusland*, par 77.

ANNOTATIE

Terna t. Italië (EHRM, nr. 21052/18) – Uithuisplaatsing kind uit Romafamilie: art. 8 EVRM geschonden, geen (institutionele) discriminatie***K.M. de Vries***

1. Deze zaak draait om de vraag of Italië een jong meisje (I.) onnodig van haar grootmoeder heeft gescheiden en of daarbij sprake is geweest van (institutionele) discriminatie jegens de familie vanwege hun Roma-afkomst. De klaagster is de grootmoeder, die de zorg voor I. op zich heeft genomen nadat de ouders daar niet toe in staat bleken. De grootmoeder is zelf niet van Roma-afkomst (dat blijkt althans niet uit het arrest) maar is door haar huwelijk deel gaan uitmaken van een Romafamilie. Wanneer I. ongeveer drieënhalf jaar oud is komt zij op de radar bij de jeugdhulpverlening ('les services sociaux') wanneer haar grootmoeder om hulp vraagt om haar op school te kunnen inschrijven. I. woont vanaf dat moment nog ongeveer twee jaar bij haar grootmoeder, onder begeleiding van de jeugdhulpverlening. Deskundigenrapportages uit die periode laten zien dat I. extra zorg nodig heeft, onder meer vanwege een taalachterstand en gedragsproblemen. Uit de rapportages blijkt ook dat I. erg gehecht is aan haar grootmoeder en goed geïntegreerd is in haar gezin.

In 2016, als I. ongeveer vijfenhalf jaar oud is, komt haar dossier bij de voogdijrechter ('juge des tutelles') terecht en wordt een gezinsvoogd benoemd. Volgens de grootmoeder heeft deze gezinsvoogd bij haar eerste bezoek aan het gezin gevraagd of zij van Roma-afkomst waren. Niet veel later wordt I. uit huis geplaatst, op basis van de bevindingen van de gezinsvoogd en een deskundigenrapport waarin staat dat I.'s grootmoeder niet capabel is om haar op te voeden. De jeugdhulpverlening krijgt de opdracht om een omgangsregeling tussen I. en haar grootmoeder te realiseren maar dit stuit op verzet van de gezinsvoogd, die aanvoert dat de Romafamilie zal proberen om I. te ontvoeren. Ondanks herhaalde verzoeken van de grootmoeder, en de inbreng van verschillende deskundigen die aangeven dat het in het belang van I. is om het contact met haar grootmoeder te hervatten, komt het niet tot uitvoering van de omgangsregeling.

Op 7 mei 2018 dient de grootmoeder een klacht in bij het EHRM. Zij heeft haar kleindochter

dan al anderhalf jaar niet gezien. Een paar maanden vóór het indienen van de klacht heeft de rechtbank ('tribunal') bovendien uitgesproken dat I. beschikbaar is voor adoptie. Tegen die uitspraak heeft de grootmoeder hoger beroep ingesteld, waarop ten tijde van de uitspraak van het EHRM nog geen beslissing was genomen. Het adoptiebesluit valt daarom buiten het bereik van de procedure bij het Hof.

2. Het hoeft geen verbazing te wekken dat het EHRM in deze zaak concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden. Er was immers sprake van een omgangsregeling die door de rechtbank was uitgesproken, maar die niet werd uitgevoerd door de instanties die het contact tussen I. en haar grootmoeder mogelijk hadden moeten maken. Het Hof herhaalt in dit verband zijn eerdere rechtspraak waarin het heeft bepaald dat de verdragsstaten bij uithuisplaatsing van kinderen al het mogelijke moeten doen om het contact tussen kinderen en hun ouders mogelijk te maken wanneer dat in het belang is van het kind.[1] De verdragsstaten moeten daarbij bovendien voortvarend handelen om te voorkomen dat de relatie tussen gezinsleden door tijdsverloop verloren gaat. Hoewel het Hof erkent dat het realiseren van de omgang tussen I. en haar grootmoeder wellicht bemoeilijkt werd door het veronderstelde risico op ontvoering, komt het toch tot de conclusie dat de autoriteiten niet de inspanningen hebben verricht die van hen verwacht hadden mogen worden. Zij hebben daardoor een situatie laten ontstaan waarin het omgangsrecht van I. en haar grootmoeder niet gerespecteerd werd, zonder oog te hebben voor de effecten van die scheiding op de betrokkenen.

Nog wel de moeite waard om te vermelden is dat het EHRM constateert dat tussen I. en haar grootmoeder een gezinsband bestaat, die dezelfde bescherming verdient als de gezinsband tussen kinderen en hun ouders. Uit eerdere uitspraken, waarnaar het Hof ook verwijst, komt naar voren dat aan de relatie tussen grootouders en hun kleinkinderen in beginsel niet dezelfde bescherming toekomt als aan de ouder-kindrelatie.[2] Waar artikel 8 EVRM het recht van ouders en kinderen omvat om met elkaar in gezinsverband te leven maken grootouders in beginsel slechts aanspraak op omgang met hun kleinkinderen, waarbij het Hof bovendien heeft opgemerkt dat die omgang normaal gesproken plaatsvindt met toestemming van degene die het ouderlijk gezag heeft.[3] In *Terna* acht het EHRM echter van belang dat de grootmoeder, hoewel zij formeel niet de voogdij over I. had, zich wel over het meisje heeft ontfermd vanaf haar geboorte, een hechte band met haar heeft en in alle opzichten als een moeder voor haar is geweest. Het Hof concludeert dat de relatie tussen I. en haar grootmoeder daarom vergelijkbaar is met 'andere door artikel 8 EVRM beschermde relaties', waarmee kennelijk (ook) wordt bedoeld op die tussen ouders en kinderen. Deze uitkomst past in de bredere rechtspraak van het EHRM over artikel 8, waarin het bestaan van daadwerkelijke sociale en emotionele banden ('close personal ties') een belangrijke maatstaf is om te beoordelen of er sprake is van 'gezinsleven' in de zin van die bepaling.[4]

3. De grootmoeder klaagt, behalve over schending van haar recht op gezinsleven, ook over schending van het discriminatieverbod (art. 8 *jo.* 14 EVRM). Volgens de klaagster zijn stereotypen over Roma de reden geweest dat de omgangsregeling tussen haar en haar kleindochter niet van de grond is gekomen. De klacht met betrekking tot artikel 14 EVRM wordt ondersteund door het European Roma Rights Centre (ERRC), dat als 'third party intervener' aan de procedure heeft deelgenomen. Volgens het ERRC is er in het Italiaanse systeem van jeugdhulpverlening sprake van institutionele discriminatie jegens Roma waarbij het handelen van de betrokken hulpverleners en autoriteiten mede wordt bepaald door vooroordelen, waaronder het stereotype van Roma als 'kinderontvoerders'. Het ERRC wijst daarbij op onderzoek uit 2011 waaruit blijkt dat destijds 10,4% van de uithuisgeplaatste kinderen van Roma-afkomst waren, terwijl Roma slechts 0,23% uitmaakten van de Italiaanse bevolking. Het Hof ziet desondanks onvoldoende aanwijzingen om een vermoeden van discriminatie aan te nemen.

4. In deze zaak staat vast dat de gezinsvoogd in haar verzoek aan de rechtbank een direct verband had gelegd tussen de Roma-afkomst van I.'s familie en de mogelijkheid dat zij zouden proberen om haar te ontvoeren. Eén van de belangrijke vragen die het arrest oproept is of en hoe dit soort negatieve stereotyperingen onder het bereik van artikel 14 EVRM kunnen worden gebracht. Artikel 14 EVRM verbiedt 'discriminatie' op de in die bepaling genoemde gronden (waaronder de open grond 'other status'). De term 'discriminatie' is door het EHRM van oudsher uitgelegd als het verschillend behandelen van gelijke gevallen zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.[5] Later heeft het EHRM daaraan toegevoegd dat ook het gelijk behandelen van ongelijke gevallen en ongelijke effecten van op het oog neutrale regelingen onder de reikwijdte van het discriminatieverbod vallen.[6]

De klacht van de grootmoeder bevat twee elementen. Enerzijds klaagt zij dat er sprake is geweest van etnisch profileren, waarbij een risico-inschatting is gemaakt op grond van raciale vooroordelen. Dit heeft ertoe geleid dat het contact tussen I. en haar grootmoeder is verbroken. Bij dit onderdeel van de klacht draait het uiteindelijk om het verschil in behandeling dat het gevolg is van de stereotypering. De grootmoeder gaat ervan uit dat zij en haar kleindochter niet zouden zijn gescheiden als de gezinsvoogd en andere instanties zich niet hadden laten leiden door het stereotype dat Roma kinderen ontvoeren. Mogelijk richt deze klacht zich op een vorm van etnisch profileren. De term 'etnisch profileren' wordt doorgaans gebruikt voor het toepassen van etnische criteria in risicoprofielen in het kader van handhavingstoezicht of opsporing door overheidsinstanties.[7] Etnisch profileren in deze betekenis is een vorm van structurele discriminatie, waarbij leden van etnische minderheidsgroepen een hogere kans hebben om aan controles te worden onderworpen of om bijvoorbeeld als verdachte van een misdrijf te worden aangemerkt. Uit de klacht van de

grootmoeder komt echter niet duidelijk naar voren of zij meent dat (Roma-)afkomst stelselmatig een rol speelt bij de beoordeling van omgangsregelingen door de Italiaanse autoriteiten. Het lijkt er haar vooral om te gaan dat de beoordeling in haar specifieke geval beïnvloed is door op afkomst gebaseerde stereotypen.

In het tweede deel van haar klacht stelt de grootmoeder dat de uitlatingen van de gezinsvoogd gekwalificeerd moeten worden als intimidatie ('harcèlement'). Van intimidatie is sprake wanneer iemand op een bedreigende of vernederende manier wordt bejegend vanwege een beschermd kenmerk (zoals etnische afkomst) en waarbij de menselijke waardigheid wordt aangetast. Intimidatie is als een vorm van discriminatie erkend in de EU-antidiscriminatie-richtlijnen en in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving.[8] EHRM-rechtspraak over deze vorm van discriminatie is schaars. Het Hof heeft een aantal jaar geleden wel erkend dat bescherming tegen racistische intimidatie ('harassment'), in de vorm van schelden en dreiging met geweld, onder het recht op respect voor het privéleven valt.[9] De zaak *Terna* roept de vraag op of stereotyperende uitlatingen, zoals die van de gezinsvoogd, ook als intimidatie moeten worden gekwalificeerd en of dit een vorm van discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM is. Het Hof heeft deze handschoen echter niet opgepakt.

5. Het EHRM gaat wel na of er discriminatie in de vorm van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling heeft plaatsgevonden. Het herhaalt daarbij zijn eerdere rechtspraak over de bewijslastverdeling en bewijswaardering in discriminatiezaken. Daarbij geldt als uitgangspunt dat degene die stelt gediscrimineerd te zijn bewijs moet leveren van ongelijke behandeling. Slaagt de betrokkene daarin, dan is er sprake van een vermoeden van discriminatie ('presumption of discrimination') en is het aan de tegenpartij om aan te tonen dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.[10] Deze omgekeerde bewijslastverdeling is niet uniek voor het EHRM, zij is ook terug te vinden in het EU-recht en in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving.[11] Voor het aantonen van een vermoeden van discriminatie geldt dat alle bewijs in beginsel toelaatbaar is en door het Hof vrij wordt gewaardeerd; wanneer het bewijs voldoende is om een vermoeden van discriminatie te vestigen hangt samen met de feiten, de aard van de klacht en het EVRM-recht in kwestie.[12]

Uit het feitenrelaas in *Terna* blijkt dat de gezinsvoogd, samen met een door de rechtbank aangestelde expert, heeft gepleit voor uithuisplaatsing van I. Anders dan de expert was de gezinsvoogd tegenstander van een omgangsregeling, vanwege het risico van ontvoering. Nadat de omgangsregeling was ingesteld verzocht de gezinsvoogd om opschorting daarvan, waarbij zij opnieuw wees op het risico van ontvoering door de Roma-familieleden van het kind. De voogdijrechter heeft daarop de regeling opgeschort en heeft de rechtbank verzocht om te bepalen dat de omgangsregeling uitgevoerd moest worden op een beschermde locatie, in aanwezigheid van de politie. Een maand later werd de omgangsregeling opnieuw ingesteld.

Daarbij werd als voorwaarde gesteld dat de verblijfplaats van I. geheim zou blijven, ondanks een inmiddels uitgebracht rapport waaruit bleek dat er geen aanwijzingen waren dat de grootmoeder I. zou willen ontvoeren. Aan de omgangsregeling is nooit uitvoering gegeven.

Het Hof merkt op dat de uitlatingen van de gezinsvoogd over de Roma-afkomst van de familie 'blijk geven van vooroordelen' en 'serieuze kritiek oproepen'.^[13] Het oordeelt echter dat deze vooroordelen niet de reden zijn geweest waarom I. van haar grootmoeder is gescheiden. Het Hof benadrukt dat de omgangsregeling opnieuw is ingesteld en dat er dus een juridische basis was voor I. en haar grootmoeder om elkaar te kunnen zien. Dat de regeling nooit is uitgevoerd is volgens het Hof te wijten aan structurele gebreken in de Italiaanse jeugdhulpverlening – het verwijst daarbij naar eerdere arresten die ook betrekking hadden op het tekortschieten van de Italiaanse jeugdzorginstanties.^[14] Van ongelijke behandeling op grond van afkomst was in *Terna* geen sprake, aldus het Hof.

Ik meen dat het Hof hier wel erg voorzichtig is in de waardering van het beschikbare bewijs. Uit dat bewijs blijkt immers dat de reden voor het opschorten van de omgangsregeling was gelegen in de vrees voor ontvoering, die op haar beurt voornamelijk of zelfs geheel was ingegeven door het feit dat het een Romafamilie betrof. Hoewel de omgangsregeling later inderdaad is hersteld, heeft er tussen het opschorten en opnieuw instellen van de regeling ongeveer een maand gezeten waarin de grootmoeder haar kleindochter niet mocht zien. Dat levert een verschil in behandeling op, waarbij de afkomst van de familie een doorslaggevende rol heeft gespeeld. De rechter die de omgangsregeling opnieuw had ingesteld lijkt dit discriminatie-aspect bovendien niet te hebben onderkend: daarbij werd immers de voorwaarde gesteld dat de verblijfplaats van het meisje geheim moest blijven omdat het risico van ontvoering kennelijk nog steeds aanwezig werd geacht. Van rechtsbescherming door de Italiaanse rechter is, op het punt van discriminatie, dus ook geen sprake geweest.

6. Een ander opvallend aspect van het arrest is hoe het EHRM omgaat met het statistische bewijs dat was aangeleverd door de 'third party intervenier'. Uit dit bewijs blijkt dat, in 2011, het aantal uithuisgeplaatste kinderen van Roma-afkomst erg hoog was vergeleken met hun aandeel in de Italiaanse bevolking. Bij de relevantie van dit bewijs kunnen vraagtekens worden gesteld: het betreft al wat oudere cijfers die bovendien zien op een beperkte periode. Het Hof gaat hier echter niet op in, maar laat de cijfers geheel buiten beschouwing met de redenering dat het zich moet beperken tot een beoordeling van de omstandigheden in de voorliggende zaak.

Dit is opmerkelijk omdat statistisch bewijs eerder door het Hof, en ook door de Grote Kamer, wel is aanvaard als bewijs van indirecte discriminatie. In *Hoogendijk t. Nederland* erkende het Hof dat statistisch bewijs een belangrijke rol kan spelen bij het aantonen van de ongelijke

effecten van neutraal geformuleerde regels of beleid.[15] Dit is later bevestigd, onder andere door de Grote Kamer in arresten over segregatie van Romakinderen in het onderwijs.[16] In één van deze zaken overwoog de Grote Kamer expliciet dat ‘While the case at issue concerns the individual situation of the fourteen applicants, the Court nevertheless cannot ignore that the applicants are members of the Roma minority. Therefore, in its further analysis the Court shall take into account the specific position of the Roma population’.[17] Het oordeel van het Hof in *Terna* staat haaks op deze eerdere rechtspraak, zowel waar het de omgang met statistisch bewijs betreft als waar het gaat om de erkenning van Roma als kwetsbare bevolkingsgroep. Een verklaring voor dit verschil in benadering heeft het Hof niet.

7. Het EHRM gaat in *Terna* niet expliciet in op het feit dat de grootmoeder zelf niet van Roma-afkomst is, maar stelt te worden gediscrimineerd vanwege de afkomst van haar man en overige familieleden (‘discriminatie door associatie’). Dit lijkt echter geen belemmering te zijn geweest voor het in behandeling nemen van de klacht onder artikel 8 *jo.* 14 EVRM. Het EHRM heeft eerder aanvaard dat artikel 14 EVRM ook associatieve discriminatie dekt.[18] *Terna* is naar mijn weten het eerste arrest over associatieve discriminatie op grond van ras.

8. Tot slot, zowel in als buiten Nederland heeft de *Black Lives Matter*-beweging het debat over institutioneel racisme hoog op de agenda gezet. In Nederland is dit nog versterkt door de Toeslagenaffaire. De Tweede Kamer heeft op 1 juli 2020 een plenair debat gehouden over institutioneel racisme[19] en het College voor de Rechten van de Mens heeft de bestrijding van institutioneel racisme tot speerpunt gemaakt.[20] Onder ‘institutioneel racisme’ verstaat het College ‘wetten, beleid, ongeschreven regels en handelwijzen, die leiden tot systematische uitsluiting of benadeling van groepen op basis van huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming’.[21]

Was er volgens deze definitie in de zaak *Terna* sprake van institutioneel racisme, zoals door het ERRC ook werd gesteld, en zo ja, waaruit blijkt dat dan? Het feit dat de gezinsvoogd zich expliciet negatief heeft uitgelaten over Roma is hiervoor onvoldoende; dit zegt immers slechts iets over haar individuele opvattingen. Een belangrijke aanwijzing voor institutioneel racisme is echter wel te vinden in het feit dat de gezinsvoogd zich kennelijk vrij voelde om deze opvattingen uitdrukkelijk ten grondslag te leggen aan haar verzoek om de omgangsregeling te stoppen. Daarbij lijkt haar, door de etnische afkomst van de familie ingegeven, vrees voor ontvoering ook door andere overheidsinstanties (de voogdijrechter en de rechtbank) als een geldige reden te zijn beschouwd om de omgangsregeling op te schorten of om daaraan extra voorwaarden te verbinden. In combinatie met de rapporten van het ERRC, waaruit bleek dat Roma-kinderen in Italië relatief vaak uit huis worden geplaatst, ontstaat het beeld dat discriminatie van Roma in de Italiaanse jeugdzorg inderdaad een structureel probleem is.

Enkele jaren geleden oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland over een zaak die qua feiten veel gelijkenis vertoonde met de zaak *Terna*.^[22] Een Roemeens stel van Roma-afkomst stelde Samen Veilig, een kinderbeschermingsorganisatie, aansprakelijk voor het feit dat hun baby kort na de geboorte bij hen was weggehaald en twee maanden in een pleeggezin was geplaatst. Volgens het stel was daarbij sprake van institutionele discriminatie omdat de doorslaggevende reden voor het uithuisplaatsen van de baby was dat zij geen vaste huisvesting hadden, terwijl dat juist bij Roma vaak voorkomt omdat zij veelal van plaats naar plaats reizen. De rechtbank wees dit betoog af omdat zij bewezen achtte dat verschillende andere omstandigheden een rol hadden gespeeld bij de beslissing tot uithuisplaatsing. Zij ging daarbij echter wel uitdrukkelijk in op de klacht van institutionele discriminatie en overwoog dat '[daarvan mogelijk] gesproken zou kunnen worden [...] als het beleid van Samen Veilig erop neer zou komen dat het enkele ontbreken van een vaste verblijfplaats redengevend is voor het (doen) treffen van de voorziening van ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing' (r.o. 4.16). De Nederlandse rechter toonde zich hiermee sensitiever ten aanzien van het probleem van institutionele discriminatie dan het EHRM in *Terna*.

K.M. de Vries

Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam

[1] Zie bijv. *Scozzari en Giunta t. Italië*, EHRM (GK) 13 juli 2000, nrs 39221/98 en 41963/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0713JUD003922198, «EHRC» 2000/73 m.nt. J. van der Velde, par. 183 en *K.A.B. t. Spanje*, EHRM 10 april 2012, nr. 59819/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0410JUD005981908, par. 113.

[2] *Mitovi t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, EHRM 16 april 2015, nr. 53565/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0416JUD005356513, *FJR* 2015/64, par. 58.

[3] *Idem*.

[4] K. de Vries, 'Right to respect for private and family life (Article 8)', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2018, p. 667-735, op p. 711-712.

[5] *Belgische Taalzaken*, EHRM (plen.) 23 juli 1968, nrs 1474/62 e.v., ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462, par. 10.

[6] *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRM (GK) 6 april 2000, nr. 34369/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997, «EHRC» 2000/45 m.nt. J.H. Gerards, *AB* 2000, 386,

m.nt. L.F.M. Verheypar. 44 en *D.H. e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500, «EHRC» 2008/5 m.nt. A.C. Hendriks, *NJ* 2008, 380, m.nt. E.A. Alkema, par. 175.

[7] Zie bijvoorbeeld het recente *Position paper – Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid* van het College voor de Rechten van de Mens, beschikbaar op <https://mensenrechten.nl/nl/publicatie/60c0653c1e0fec037359cd1a>.

[8] Zie onder meer art. 2 lid 3 Kaderrichtlijn gelijke behandeling bij de arbeid (2000/78/EG), art. 2 lid 3 Anti-rassendiscriminatie-richtlijn (2000/43/EG) en art. 1a Algemene wet gelijke behandeling.

[9] *R.B. t. Hongarije*, EHRM 12 april 2016, nr. 64602/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0412JUD006460212, «EHRC» 2016/165, m.nt. K. Henrard, par. 84.

[10] Zie bijv. *D.H. e.a. t. Tsjechië*, noot 6, par. 177 en *Andrejeva t. Letland*, EHRM (GK) 18 februari 2009, nr. 55707/00, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700, «EHRC» 2009/49, m.nt. F. Pennings, «JV» 2009/165, m.nt. P. Boeles, par. 84.

[11] Zie onder meer art. 10 lid 1 van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling bij de arbeid (2000/78/EG), art. 8 lid 1 Anti-rassendiscriminatie-richtlijn (2000/43/EG) en art. 10 Algemene wet gelijke behandeling.

[12] Bijv. *D.H. e.a. t. Tsjechië*, noot 6, par. 178.

[13] Par. 99.

[14] Dit punt wordt uitgebreider besproken door Francesco Luigi Gatta op *Strasbourg Observers*, zie ‘Grandma take me home! Visiting rights of (grand)parents and Roma discrimination in Italy: two systemic problems? *Terna v. Italy*’, 5 mei 2021, www.strasbourgobservers.com.

[15] *Hoogendijk t. Nederland*, EHRM (ontv.) 6 januari 2005, nr. 58641/00,

ECLI:CE:ECHR:2005:0106DEC005864100, «EHRC» 2005/24, m.nt. J.H. Gerards.

[16] *D.H. e.a. t. Tsjechië*, noot 6, par. 180; *Oršuš e.a. t. Kroatië*, EHRM (GK) 16 maart 2010, nr. 15766/03,

ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD001576603, «EHRC» 2010/59 m.nt. J.H. Gerards, par. 150-153 (statistisch bewijs wel aanvaard, maar onvoldoende om een vermoeden van discriminatie aan

te tonen). Buiten de context van onderwijssegregatie zie *Di Trizio t. Zwitserland*, EHRM 2 februari 2016, nr. 7186/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609, «EHRC» 2016/113 m.nt. A.S.H. Timmer, par. 85.

[17] *Oršuš e.a. t. Kroatië*, noot 16, par. 147.

[18] *Guberina t. Kroatië*, EHRM 22 maart 2016, nr. 23682/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD002368213, «EHRC» 2016/130, m.nt. L.B. Waddington, par. 78. Zie voor andere voorbeelden het *Handboek over het Europese non-discriminatierecht. Editie 2018*, opgesteld door het EU Grondrechtenagentschap en het EHRM en beschikbaar op <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-non-discrimination-law-2018-edition>.

[19] *Handelingen II* 2019/20, nr. 90.

[20] <https://mensenrechten.nl/nl/institutioneel-racisme>, bezocht op 24 juni 2021.

[21] College voor de Rechten van de Mens, *Vijf actiepunten tegen institutioneel racisme*, maart 2021, beschikbaar op www.mensenrechten.nl.

[22] Rb Midden-Nederland 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6780. Het vonnis is later bekrachtigd in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5666.

ANNOTATIE

Fenech t. Malta (EHRM, nr. 19090/20) – Klare taal en crisis: aanknopingspunten voor de behandeling van strafzaken in coronatijd***S. Mommers en L.M.A. Francot***

1. Zaken over situaties die betrekking hebben op COVID-19 en overheidsmaatregelen ter bestrijding van het virus vinden langzaam maar zeker hun weg naar het EHRM. Aangezien de nationale rechtsmiddelen eerst uitgeput dienen te worden, liggen er op het moment van schrijven – anderhalf jaar na aanvang van de pandemie – vier COVID-19-gerelateerde uitspraken.[1] De maatschappelijke impact van de pandemie was en is nog steeds groot, niet in de laatste plaats omdat de bestrijding van de crisis ook een inperking van mensenrechten met zich kan brengen.[2] Het valt daarom te verwachten dat het EHRM, buiten de nu nog lopende procedures,[3] nog meer *corona-cases* tegemoet kan zien.

2. Coronamaatregelen en mensenrechten kunnen op verschillende manieren met elkaar botsen. Zo wordt in Nederland – o.a. door de groep Viruswaarheid – herhaaldelijk (en tot dusver onsuccesvol) een beroep gedaan op artikel 2 en 3 van het vierde Protocol bij het EVRM en de artikelen 2, 8, 9 en 10 EVRM om verschillende coronamaatregelen aan te vechten.[4] De centrale klachten in de onderhavige zaak hebben betrekking op artikel 5 en 6 EVRM. Voordat we inhoudelijk ingaan op deze klachten zetten we de zaak in randnummers drie en vier eerst in breder perspectief en benoemen we de secundaire klachten uit de zaak, die zien op artikel 2 en 3 EVRM. Vervolgens bespreken we de centrale klachten. Deze klachten hebben betrekking op het effect van de coronamaatregelen op het voorarrest en de toegang tot de rechter binnen een redelijke termijn. Hoewel het Hof deze klachten in klare taal kennelijk ongegrond verklaard, staan er in *Fenech t. Malta* een aantal punten die met het oog op te verwachten soortgelijke zaken van belang zijn. In randnummers vijf, zes en zeven bespreken we het eerste punt dat betrekking heeft op het belang van een concrete klacht. Het tweede punt betreft de risicoafweging in soortgelijke zaken en wordt besproken in randnummer acht. Vervolgens stippen we in randnummer negen twee punten aan die in deze zaak zijn blijven liggen en richten we onze blik in randnummer tien tenslotte op de toekomst. Voorafgaand aan de bespreking willen we opmerken dat Malta geen beroep heeft gedaan op artikel 15 EVRM, de

mogelijkheid om af te wijken van de rechten uit het Verdrag in tijden van nood. De bescherming van de EVRM artikelen gold onverkort.[5]

3. Om de beginnen met het bredere perspectief: van de vier COVID-19-gerelateerde uitspraken die er al liggen, hebben de twee zaken tegen Rusland maar een beperkte koppeling met COVID-19.[6] Daarom laten we deze buiten beschouwing. De derde zaak (*Vavříčka e.a. t. Tsjechië*) betreft het vaccineren en een mogelijke vaccinatieplicht. Het belang van deze zaak is gelegen in de afweging die wordt gemaakt tussen het (klein geachte) risico van vaccinatie tegenover “sociale solidariteit” en het beschermen van de zwakkeren in de samenleving. Een zaak die – zeker nu veel landen bezig zijn met de uitvoering van hun vaccinatiebeleid – schaduwen vooruitwerpt. Vanuit strafrechtelijk perspectief is echter vooral de vierde zaak (*Feilazoo t. Malta*) interessant omdat hierin een schending van artikel 3 EVRM wordt aangenomen (mede) door detentieomstandigheden die bijdroegen aan een verhoogd risico op COVID-19. Het Hof concludeert in deze zaak dat klager een gezondheidsrisico heeft gelopen omdat hij onnodig bij nieuwe gevangenen in quarantaine is geplaatst. Vier andere zaken waarin ook de detentie(omstandigheid) tijdens de coronacrisis centraal staat, zijn nog in behandeling.[7] Het Hof stelt in algemene zin dat in detentie passende maatregelen moeten worden genomen in het licht van COVID-19 en in overeenstemming met artikel 3 EVRM.[8] Ook in de onderhavige zaak wordt geklaagd over de detentieomstandigheden en het feit dat de staat tekort is geschoten in het beschermen van de gezondheid van klager.[9] Op dit punt concludeert het Hof echter dat zij de toelaatbaarheid van deze klacht op basis van de beschikbare informatie onvoldoende kan beoordelen, maar dat zij Malta er wel van op de hoogte zal stellen.[10]

4. In de behandeling van deze zaak door het Hof ligt het zwaartepunt dus niet op de klachten die betrekking hebben op artikel 2 en 3 EVRM, maar op de klachten over het effect van de door de Maltese regering genomen coronamaatregelen op het verloop van het strafproces van klager. Deze klachten hebben betrekking op artikel 5 en artikel 6 EVRM en zullen we in het hierna volgende aan de orde stellen.[11] In het algemeen kan gesteld worden dat de maatregelen als gevolg van de pandemie niet alleen van invloed zijn (geweest) op de situatie van gedetineerden, maar ook impact hebben (gehad) op de gehele strafrechtketen. Zo kreeg de politie in de meeste landen een ander takenpakket, moesten verhoren van verdachten anders worden ingericht, sloten gerechtsgebouwen hun deuren en werden (delen van) strafzaken niet langer in persoon maar schriftelijk of digitaal afgedaan. Dit schetst de context waarin Fenech klaagt over de gevolgen van de door Malta genomen coronamaatregelen op de rechtmatigheid van zijn voorarrest, de rechtsmiddelen die hij tijdens het voorarrest tot zijn beschikking had, zijn toegang tot de rechter en zijn recht op een procedure binnen een redelijke termijn.

5. Bij de bespreking van de centrale klachten over artikel 5 en 6 EVRM gaat het Hof niet

uitgebreid in op de legitimiteit en wettelijke basis van de noodmaatregelen op Malta. Er wordt vastgesteld dat de genomen coronamaatregelen wettig en gerechtvaardigd waren met het oog op de volksgezondheid en de gezondheid van klager.[12] Meer kan ook niet verwacht worden nu de klachten niet de wettelijke basis van het beleid betreffen maar enkel de gevolgen voor de situatie van klager. Daarbij komt nog, en dat is wellicht van meer gewicht, dat het coronabeleid van een land überhaupt niet in algemene zin ter discussie kan worden gesteld bij het EHRM. De pogingen in die richting zijn direct afgeketst. Zowel in *Le Mailloux t. Frankrijk* als in *Communauté Genevoise D'Action Syndicale t. Zwitserland* pakt de ontvankelijkheidsbeslissing negatief uit omdat de klachten uitsluitend betrekking hadden op het coronabeleid in het algemeen.[13] Het Hof geeft expliciet aan niet te gaan over schendingen van het Verdrag *in abstracto*, enkel *in concreto*. Dat wil zeggen dat het Hof een zaak enkel kan behandelen wanneer iemand aantoonbaar slachtoffer is en de situatie waarin dat gebeurd is niet valt onder een uitzondering zoals beschreven in het Verdrag.[14]

6. In de onderhavige zaak is het daarom allereerst de vraag of artikel 5 en artikel 6 EVRM rechten van klager aantoonbaar zijn aangetast door de Maltese coronamaatregelen en de klachten daarover voldoende concreet zijn geformuleerd. Dit is niet het geval. Het is daarom opvallend dat het Hof toch voldoende concrete aanknopingspunten ziet voor de behandeling van de klachten nu het Hof ook opmerkt dat de argumentatie van klager in alle klachten een vast stramien volgt maar niet altijd even concreet is: '[...] the Court observes that he did not articulate any specific complaint which goes beyond the issuance of the emergency measures, which he repeatedly reiterated throughout the entirety of his application.' [15] In iedere klacht wordt namelijk allereerst gesteld dat de noodmaatregelen die in het kader van de bestrijding van de pandemie zijn genomen, hebben gezorgd voor een schorsing van de procedures. Vervolgens wordt gesteld dat deze schorsing heeft geleid tot de allerhande schendingen. Juist dat laatste verband – tussen schorsing en schending – wordt niet in alle klachten even concreet. De reactie van het Hof op de klachten lijkt vooral de aanpak door de Maltese overheid positief te benadrukken. Zowel de voortvarende procedure als de deugdelijke motivering bij de verschillende inhoudelijke beslissingen in de zaak tegen klager worden genoemd. Geëxpliciteerd wordt dat op alle verzoeken en aanvragen van klager zowel voorafgaand aan als gedurende de noodmaatregelen binnen enkele dagen en vaak zelfs binnen één dag inhoudelijk en goed gemotiveerd werd gereageerd.[16]

7. Uit het feit dat een strafzaak plaatsvindt tijdens een uitzonderlijke situatie waarin noodmaatregelen gelden, volgt dus niet noodzakelijkerwijs dat die noodmaatregelen ook direct effect hebben op de zaak. Zelfs wanneer er wel sprake zou zijn van een direct effect levert dat op zijn beurt niet zonder meer een schending op. Met dat laatste bedoelen we dat de zaak weliswaar anders kan verlopen dan onder normale omstandigheden maar dat dat verloop

nog steeds niet buiten de kaders van de mensenrechten hoeft te vallen. De onderhavige zaak is daar een goede illustratie van: de verzoeken van klager zijn snel behandeld, zijn zorgvuldig gemotiveerd afgewezen en de procedure is ondanks de gesloten gerechtsgebouwen wel voortgezet.[17] Anders geformuleerd: de Maltese coronamaatregelen stonden niet in de weg aan de *faire* behandeling van klagers zaak.

8. Het volgende punt dat we willen bespreken is de risicoafweging. Er moet namelijk niet alleen sprake zijn van een concrete klacht en een direct verband tussen de coronamaatregelen en de klacht over de schending. Bij de beoordeling van de klacht moet daarnaast gekeken worden naar de context waarbinnen de maatregelen genomen zijn en de op dat moment beschikbare informatie. Op basis daarvan moet een risicoafweging worden gemaakt. In de beginfase van de pandemie was bijvoorbeeld weinig bekend over (de verspreiding van) COVID-19. In de beschrijving van de nationale procedure worden een aantal buitenlandse zaken aangehaald waarin onder andere wordt gesteld dat het vasthouden van mensen in voorarrest op basis van de toen beschikbare informatie niet direct als problematisch werd gezien. Wel moest er sprake zijn van continue monitoring en diende de zaak zo snel mogelijk hervat te worden.[18] De geringe kennis over het virus noopte wel tot voorzichtigheid en voorzorg maar een adequate risico-afweging over noodzaak en proportionaliteit van maatregelen was pas in een later stadium mogelijk.

De centrale afweging was en blijft echter hetzelfde voor iedere concrete zaak en voor de rechtspraak in het algemeen. Er moet altijd gekeken worden naar het belang (van verdachte) bij een spoedige behandeling van de zaak tegenover het risico van een spoedige behandeling voor de volksgezondheid. De argumenten van de Maltese overheid[19] voor het laten prevaleren van de volksgezondheid leveren een aantal punten op die ook voor andere landen relevant zijn en in de toekomst wellicht in andere zaken kunnen spelen. Zo wordt gesteld dat de rechtbanken zijn gesloten om te voorkomen dat grote groepen mensen daar samen zouden komen met het risico op verspreiding van het virus. Ook wordt benoemd dat partijen het recht hebben om fysiek aanwezig te mogen zijn bij de behandeling van de zaak, maar dit gezien het risico op verspreiding niet mogelijk was. Naast de beperkte toegang voor partijen is ook publiek de mogelijkheid ontzegd om een zaak bij te wonen. Bij grote zaken die veel media-aandacht hebben gekregen, kan de publieke interesse groot zijn en is de kans aanwezig dat veel mensen de zaak in de rechtbank willen volgen. Naast het feit dat de partijen, geïnteresseerden en alle personen die werkzaam zijn op de rechtbank tegelijkertijd aanwezig zouden moeten zijn, hebben zij ook allemaal reisbewegingen moeten maken om op de rechtbank te komen met alle verspreidingsrisico's van dien.[20] Deze beperkingen lijken gerechtvaardigd, ook tegen de achtergrond van een eerlijk proces.

Centraal staat natuurlijk altijd het belang van een spoedige behandeling, zeker wanneer de

verdachte zich in voorarrest bevindt. Het voorarrest moet niet langer duren dan strikt noodzakelijk en de verdachte moet niet te lang in onzekerheid verkeren over de uitkomst van de zaak.[21] Zolang de gezondheidsrisico's aanzienlijk blijven, is het denkbaar dat de belangen gediend bij een spoedige behandeling van de zaak minder gewicht krijgen in de afweging. Het verloop van de pandemie is grillig gebleken en vergt veel flexibiliteit, ook van de rechtspraak. Zowel de behandeling van deze zaak op Malta als de huidige situatie in de Nederlandse strafrechtspraak laten zien dat de rechtspraak zich (voortdurend) aanpast aan de situatie en er ook binnen deze uitzonderlijke context toch veel mogelijk blijkt.[22]

9. De maatregelen die moeten worden genomen om de rechtspraak door te laten gaan in een pandemie mogen echter niet ten koste gaan van het onverkort geldende recht op een eerlijk proces, zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM. Zowel bij het beoordelen van aanpassingen op de gebruikelijke situatie – bijvoorbeeld minder pers en/of publiek toelaten in de rechtszaal – als bij het beoordelen van alternatieven voor bepaalde procedures – zoals een schriftelijke in plaats van een mondelinge procedure – vormt dit recht het kader waarbinnen zaken behandeld moeten worden. In het afgelopen jaar is gezocht naar alternatieve oplossingen en heeft digitalisering een hoge vlucht genomen. Digitaal procederen is een voor de hand liggend alternatief. In deze zaak wordt daar echter weinig aandacht aan besteed door de nationale rechter, het Hof en klager. Er wordt volstaan met de constatering dat er onvoldoende digitale infrastructuur en logistiek voorhanden was om de procedure digitaal te laten verlopen.[23]

Concreter nog lijkt een andere niet benutte artikel 6-klacht. Klager toont grote inzet als het gaat om het starten van procedures ter (her)beoordeling van zijn situatie. Het is dan ook opmerkelijk dat in paragraaf 39 de detentiesituatie van klager besproken wordt en uit deze bespreking blijkt dat vertrouwelijke gesprekken met zijn advocaat wel mogelijk waren, maar dat alle juridische documenten (tijdelijk) in beslag konden worden genomen en door de gevangenisautoriteiten worden gelezen en gekopieerd. Zelfs als dit niet direct het gevolg is van een corona-gerelateerde maatregel, of misschien zelfs juist dan, zou een klacht over deze gang van zaken begrijpelijk zijn. Klager lijkt hier een concrete klacht-mogelijkheid te hebben laten liggen.

10. De beslissing tot niet-ontvankelijkheid van de klachten die klager wel aan het Hof heeft voorgelegd, is in deze zaak niet onbegrijpelijk, zeker wanneer bedacht wordt dat het Hof *achteraf* toetst en kijkt naar de *overall fairness* en *the procedure as a whole*. [24] De beslissing van het Hof doet dan ook niet af aan het feit dat deze afloop *vooraf* – ten tijde van de aankondiging en invoering van de coronamaatregelen – geen gegeven was. Zo was er op het moment dat de maatregelen werden aangekondigd niets bekend over de duur [25] en over de manier waarop de procedure in de opgeschorte strafzaak zou worden voortgezet. Het feit dat er door de nationale rechter – al dan niet op verzoek van een raadsman – geanticipeerd kan

worden op vertragingen in de procedure als gevolg van (aangekondigde) coronamaatregelen is mogelijk maar geen gegeven of verplichting.[26] Het is dan ook te hopen dat ook in toekomstige zaken vastgesteld zal worden dat coronamaatregelen weliswaar effect hebben gehad op de praktijk van het strafproces, maar dat dit niet heeft geleid tot inbreuken of schendingen door bijvoorbeeld flagrante overschrijding van de redelijke termijn of een evident te beperkte of geen toegang tot de rechter doordat de gerechtsgebouwen niet alleen dicht waren maar dit ook betekende dat de Rechtspraak onbereikbaar was. Uiteraard zal bij de *corona-cases* die onvermijdelijk aan het Hof voorgelegd zullen worden, per zaak gekeken moeten worden wat de precieze maatregelen waren en of en zo ja hoe deze effect hebben gehad op een specifieke zaak. Hoewel de onderhavige zaak in procedureel opzicht weinig opzienbarend is, laat het ieder geval wel zien dat een goed georganiseerd strafproces ook in extreme situaties voldoende garanties kan bieden.

S. Mommers – docent en promovenda Strafrecht & Criminologie, Radboud Universiteit

L.M.A. Francot – Senior researcher Rechtstheorie, Vrije Universiteit

[1] *Georgië t. Rusland*, EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308, «EHRC Updates» 2021/46 m.nt. Zwanenburg en Tan; *Feilazoo t. Malta*, EHRM 11 maart 2021, nr. 6865/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0311JUD00686519, «EHRC Updates» 2021/85; *Vavříčka e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 8 april 2021, nrs. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 en 43883/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, «EHRC Updates» 2021/109 m.nt. Hendriks; *Gatsalova t. Rusland*, EHRM 20 april 2021, nr. 41318/10, ECLI:CE:ECHR:2021:0420JUD004131810, «EHRC Updates» 2021/117.

[2] Zie S. Mommers & L. Francot, 'Artikel 6 EVRM en het plexiglas huis van de strafrechtbanken. De ondergrens van het recht op een eerlijk proces komt in zicht', *DD* 61(10), p. 809-821; A. Spadaro, 'COVID-19: testing the limits of human rights', *European Journal of Risk Regulation* (11) 2, p. 317-325.

[3] *Bv. in Khachatryan t. Armenië*, EHRM 23 september 2020, nr. 54684/19; *Avagyan t. Rusland*, EHRM 4 november 2020, nr. 36911/20; *Gyulumyan e.a. t. Armenië*, 12 november 2020, nr. 25240/20; *Association d'obédience ecclésiastique orthodoxe t. Griekenland*, EHRM 25 februari 2021, nr. 52104/20; *Saakashvili t. Georgië*, EHRM 15 maart 2021, nr. 6232/20; *D.C. t. Italië*, EHRM 19 mei 2021, nr. 17289/20.

[4] Zie o.a. Gerechtshof Den Haag, 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285; Rechtbank Den Haag, 10 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4773.

[5] Par. 20 en 71.

[6] In *Georgië* (reeds aangehaald) wordt in een voetnoot een vergelijking gemaakt met COVID-19 en in *Gatsalova*, (reeds aangehaald) komt COVID-19 enkel terug in de *Partly dissenting opinion of judge Pavli*.

[7] *Maratsis e.a. t. Griekenland*, EHRM 25 februari 2021, nrs. 30335/20 en 30379/20; *Babinski t. Polen*, EHRM 9 maart 2021, nr. 10635/20; *Vlamiš e.a. t. Griekenland*, EHRM 16 april 2021, nrs. 29655/20, 29689/20, 30240/20, 30418/20, 30574/20; *Mkrtchyan t. Armenië*, EHRM, 1 april 2021, nr. 38374/20.

[8] *Vlamiš e.a.*, reeds aangehaald.

[9] Par. 66.

[10] Par. 68.

[11] Par. 66.

[12] Par. 96.

[13] *Le Mailloux t. Frankrijk*, EHRM 5 november 2020 (ontv.), nr. 18108/20, ECLI:CE:ECHR:2020:1105DEC001810820; *Communauté Genevoise D'Action Syndicale t. Zwitserland*, EHRM 11 september 2020, nr. 21881/20.

[14] In die beide zaken de uitzonderingen zoals vermeld in art. 11, tweede lid, EVRM.

[15] Par. 92.

[16] Zie par. 4-6 voor het eerste verzoek tot borgtocht; par. 8-9 voor het tweede verzoek tot borgtocht; par. 15-20 voor de habeas corpus aanvraag; par. 21-25 voor het derde verzoek tot borgtocht; par. 26-28 voor het verzoek tot hervatting van de zaak binnen de toen geldende noodverordening; par. 29-33 voor het vierde verzoek tot borgtocht.

[17] Zie o.a. par. 88, 92-96, 104 en 113.

[18] In par. 54 worden soortgelijke Duitse, Franse en Engelse zaken aangehaald waarin de maatregel (mits voorzien van voorwaarden) noodzakelijk en proportioneel werd geacht.

[19] Zie hiervoor met name par. 28 waarin de motivering wordt gegeven bij de afwijzing op het verzoek tot hervatting van de zaak.

[20] Par. 28.

[21] Zoals ook benoemd in par. 109 met verwijzing naar *Wemhoff t. Duitsland*, EHRM 27 juni 1968, nr. 2122/64, ECLI:CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, par. 18 en *Kart t. Turkije*, EHRM (GK) 3 december 2009, nr. 8917/05, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD000891705, par. 68.

[22] Zie o.a. S. Drooglever Fortuyn, 'Pleiten tegenover een beeldscherm', *Advocatenblad* 2020(5), p. 16-19; L. van Lent & M. Malsch 'Gaten in de openbaarheid. Rechtbankverslaggeving na één jaar corona', *NJB* 2021(20), p. 1662-1668; Mommers & Francot (eerder aangehaald). Zie ook het nieuwsbericht 'Circa 70 procent corona-achterstanden strafrecht weggewerkt' van 12 februari 2021 beschikbaar via www.rechtspraak.nl.

[23] Eind par. 28.

[24] Zie o.a. *Baberà, Messegue en Jabardo t. Spanje*, EHRM 6 december 1988, nr. 10590/83, ECLI:CE:ECHR:1988:1206JUD001059083, par. 68; *Kostovski t. Nederland*, EHRM 20 november 1989, nr. 11454/85, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001145485, par. 39; *Mirilashvili t. Rusland*, EHRM 5 juni 2009, nr. 6293/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000629304, par. 165; *Gregaćević t. Kroatië*, EHRM 10 oktober 2012, nr. 58331/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD005833109, par. 49; *Ibrahim e.a. t. VK*, EHRM (GK) 13 september 2016, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 250.

[25] Behalve dat de maatregelen van kracht zouden zijn tot zeven dagen na het opheffen van de maatregelen. Zie par. 13.

[26] In *N.M. t. België*, EHRM 24 november 2020, nr. 43966/19 heeft de rechter het verzoek van de raadsman zijn cliënt vrij te laten met het oog op vertragingen in de procedure als gevolg van aangekondigde COVID-19 maatregelen toegewezen.

ANNOTATIE

**WS (HvJ EU, zaaknr. C-505/19) – Het ne bis in idem-
beginsel tegen de achtergrond van een red notice van
Interpol inzake dezelfde feiten*****L.W. Verbeek en D.A.G. van Toor***

1. Op 3 juli 2019 heeft het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden (bestuursrechter in eerste aanleg) prejudiciële vragen gesteld over de reikwijdte van artikel 54 SUO, artikel 50 Hv, artikel 21 VWEU en richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad. Het verzoek tot deze prejudiciële beslissing werd door het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden ingediend naar aanleiding van een geding tussen WS en de Bondsrepubliek Duitsland. WS stelt zich op het standpunt dat Duitsland maatregelen moet nemen om hem te beschermen tegen de negatieve gevolgen op diens recht op vrij verkeer, die kunnen voortvloeien uit de publicatie van een door Interpol uitgevaardigde ‘red notice’. Red notices worden – op verzoek van een nationaal centraal bureau of een internationale entiteit met onderzoeks- en vervolgingsbevoegdheden in strafzaken – gepubliceerd om een gezochte persoon^[1] te lokaliseren, detineren, aan te houden of in zijn bewegingsvrijheid te beperken met het oog op zijn eventuele uitlevering, overlevering of soortgelijke rechtens geoorloofde handeling (punt 8). Een red notice is het instrument dat het best vergelijkbaar is met een algemeen internationaal aanhoudingsbevel.^[2] Door de red notice worden alle bij Interpol aangesloten landen gevraagd uit te kijken naar de gezochte persoon. In onderhavige zaak hebben de Verenigde Staten van Amerika Interpol verzocht de red notice uit te vaardigen tegen de Duitse staatsburger WS (een medewerker van Siemens), die in Duitsland verbleef. Doordat WS internationaal staat gesignaleerd, is zijn bewegingsvrijheid enorm beperkt.

2. Het knelpunt in onderhavige zaak is dat, nog vóór de publicatie van de red notice in 2012, een onderzoeksprocedure in Duitsland werd ingeleid die betrekking had op dezelfde feiten – fraude door Siemens en zijn bestuurders – als die ten grondslag lagen aan deze red notice. Deze onderzoeksprocedure werd in 2010 onherroepelijk beëindigd nadat een schikking was getroffen tussen WS en de Duitse autoriteiten, waarmee het recht op vervolging verloren gaat (naar Nederlands recht is de toepassing van par. 153a Duits Wetboek van Strafvordering (StPO) te vergelijken met een sepot onder voorwaarden). De strafzaak tegen WS maakt deel

uit van een groot onderzoek naar Siemens, waarin het bedrijf en drie andere medewerkers, na een vanuit de Verenigde Staten van Amerika gecoördineerde actie, in 2008 1.6 biljoen Amerikaanse dollars betaalden vanwege overtreding van de Amerikaanse *Foreign corrupt Practices Act*.^[3] In 2011 werden nog eens acht medewerkers van Siemens in de Verenigde Staten van Amerika aangeklaagd.^[4] Blijkbaar is WS de dans in deze internationale procedure ontsprongen, en heeft hij in de tussentijd een schikking getroffen met de Duitse autoriteiten. Klaarblijkelijk gebeurde dit zonder medeweten van de Amerikaanse autoriteiten: ook de Amerikanen willen WS namelijk voor de fraude vervolgen.

3. Volgens WS levert het nadien, op verzoek van een derde staat, uitvaardigen van een *red notice* die ziet op dezelfde feiten, echter een schending op van het in artikel 54 SUO gewaarborgde *ne-bis-in-idem* beginsel.^[5] In artikel 54 SUO is immers bepaald dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht door een andere overeenkomstsluitende partij niet kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten.^[6] Hij heeft de vervolging in Duitsland namelijk afgekocht, en kan daarom niet nogmaals voor hetzelfde feit worden vervolgd. Het begrip 'hetzelfde feit' is een autonoom, Unierechtelijk begrip^[7] en omvat het geheel van onlosmakelijk met elkaar verbonden concrete omstandigheden, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang.^[8]

4. In onderhavig arrest staat de vraag centraal – en daarop hebben de eerste drie prejudiciële vragen betrekking – of kan worden overgegaan tot de voorlopige aanhouding van een persoon ten aanzien van wie een *red notice* is uitgevaardigd, wanneer aan deze *red notice* mogelijk dezelfde feiten ten grondslag liggen, zodat het *ne bis in idem*-beginsel van toepassing is. In deze zaak gaat het dus om de reikwijdte van artikel 54 SUO: beschermt het *ne bis in idem*-beginsel ook tegen vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen, zoals de voorlopige aanhouding, bij een mogelijke tweede vervolging? Bovendien wenst het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden te vernemen (prejudiciële vragen 4 tot en met 6) welke consequentie toepasselijkheid van dit beginsel heeft op de verwerking van de in een *red notice* vervatte persoonsgegevens. Laatstgenoemde vragen zijn echter voor toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel van ondergeschikt belang en worden om die reden in deze annotatie buiten beschouwing gelaten.

5. Het Reglement van Interpol inzake gegevensverwerking (Reglement) bepaalt dat indien de gezochte persoon wordt gelokaliseerd in een land, dit land het bureau of de entiteit die om de *notice* heeft verzocht hiervan in kennis stelt, met in achtneming van nationale wetgeving en toepasselijke internationale verdragen. Voorts neemt het land maatregelen 'die op grond van zijn nationale wetgeving en toepasselijke internationale verdragen zijn toegestaan, zoals de voorlopige aanhouding van de gezochte persoon dan wel het toezicht op of de beperking van

diens verplaatsingen' (punt 10). Volgens het HvJ EU staat het *ne bis in idem*-beginsel in principe niet aan zo'n voorlopige aanhouding in de weg: de autoriteiten van lidstaten en van partijen bij het Schengenakkoord mogen een gezochte persoon te wiens aanzien Interpol een *red notice* heeft gepubliceerd voorlopig aanhouden indien op dat moment nog onduidelijk is of de grondslag voor de *red notice* dezelfde feiten betreft (punt 88). Dit betekent dus dat het *ne bis in idem*-beginsel niet zo ver reikt dat vervolgingshandelingen verboden zijn die, ten behoeve van een verzoek tot uitlevering worden genomen en, de gezochte persoon beperken in zijn vrijheid of zijn vrijheid benemen. De *voorlopige* aanhouding kan namelijk, in de eerste plaats, een onontbeerlijke stap vormen in het onderzoek naar een eventuele schending van het beginsel en kan, in de tweede plaats, voorkomen dat de gezochte persoon vlucht en straffeloos blijft (punt 84). Kortom, in dit stadium is een voorlopige aanhouding niet in strijd met artikel 54 SUO (punt 102).

6. Tot zover heeft de beslissing van het HvJ EU tot gevolg dat een gezochte persoon ook van zijn vrijheid mag worden beroofd wanneer het *ne bis in idem*-beginsel *mogelijk* van toepassing is. Deze beroving is allereerst een ingrijpende inperking op iemands vrijheid en roept bovendien in ieder geval naar Nederlands recht vragen op. Een (voorlopige) aanhouding kan op basis van de rechtspraak van het EHRM immers als een vervolgingshandeling (*charge*) worden gekwalificeerd.[9] Juist zo'n vervolgingshandeling staat op gespannen voet met artikel 54 SUO: na berechting is namelijk *vervolg*ing voor dezelfde feiten niet langer mogelijk. Desondanks wordt door het HvJ EU voor deze vervolgingshandeling rechtvaardiging gevonden in het feit dat op het moment van aanhouding niet vaststaat óf het *ne bis in idem*-beginsel daadwerkelijk toepassing vindt. Zodra middels een onherroepelijke rechterlijke beslissing komt vast te staan dat dit wel het geval is, is sprake van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel en moet de aangehoudene in vrijheid worden gesteld.

7. De gezochte persoon moet de aanhoudingsbeslissing (of een andere vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregel) dus tijdig kunnen toetsen: hij moet een rechter kunnen adiëren die beoordeelt of de *red notice* op dezelfde feiten berust als waarvoor hij al onherroepelijk is veroordeeld (of vrijgesproken). Anders gezegd, hij dient over een rechtsmiddel te beschikken dat hem in staat stelt een beslissing te verkrijgen over de vraag of sprake is van schending van het *ne bis in idem*-beginsel wanneer de *red notice* (en eventueel daarna de vervolging in de verzoekende staat) wordt uitgevoerd. In dit verband rust een verplichting op de lidstaten en de staten die partij zijn bij het Schengenakkoord. Zij dienen erop toe te zien dat de gezochte persoon zo'n rechterlijke procedure kan starten (punt 89, 92).

8. Alhoewel het HvJ EU niet specificeert binnen welke termijn deze procedure dient plaats te vinden, lijkt haast geboden. Immers, als de aangehouden persoon vastzit ter zake van dezelfde feiten, moet hij zo spoedig mogelijk weer in vrijheid kunnen worden gesteld. De staat die de

gezochte persoon voorlopig aanhoudt, zal dus snel moeten verifiëren op welke feiten de *red notice* betrekking heeft. In dit verificatieproces is een rol toebedeeld aan het bureau of de entiteit die om de *red notice* heeft verzocht: zij dient ervoor te zorgen dat gegevens en bewijsstukken spoedig worden overgezonden naar het land waar de gezochte persoon zich op dat moment in voorarrest bevindt (punt 10).

9. Concreet betekent dit voor Nederland dat de Nederlandse autoriteiten een persoon ten aanzien van wie een *red notice* is uitgevaardigd – waarop het *ne bis in idem*-beginsel mogelijk van toepassing is – ter noodzakelijke verificatie voorlopig mogen aanhouden, mits zij deze persoon de mogelijkheid bieden om een beslissing te verkrijgen over de vraag of sprake is van een eventuele schending van dit beginsel. Een dergelijke procedure, waarin enkel wordt vastgesteld of sprake is van een schending van het beginsel, bestaat in Nederland nog niet. Onderhavig arrest heeft tot gevolg dat een rechtsmiddel moet worden gecreëerd, dan wel dat een rechtsmiddel moet worden geïncorporeerd in een al bestaand toetsingsmoment. Wij zien hiertoe een tweetal mogelijkheden. Alvorens toe te komen aan bespreking van deze mogelijkheden, verdient nog opmerking dat onzes inziens van het bureau of de entiteit, dat de voorlopige aanhouding verzoekt, mag worden verwacht dat zij uitdrukkelijk motiveert voor welke feiten de persoon te wiens aanzien een *red notice* is uitgevaardigd, wordt vervolgd. Zij heeft een informatieplicht.[10] De Nederlandse rechter die beslist over het voortduren van de vrijheidsbeneming van een gezochte persoon, zal in zijn beslissing moeten betrekken of de verzoekende staat aan deze informatieplicht heeft voldaan.

10. De Uitleveringswet voorziet op dit moment niet in een mogelijkheid om de voorlopige aanhouding van verdachten direct te toetsen,[11] terwijl een *red notice* wel voldoende grond kan zijn om de opgeëiste persoon voorlopig aan te houden[12]. De wetgever kan, om de behandeling van een *red notice* in lijn te brengen met de beslissing van het HvJ EU, een rechtsmiddel creëren (de eerste mogelijkheid) waarmee de verdediging de gelegenheid krijgt om de aanhouding van een opgeëiste persoon te toetsen, zodat kan worden vastgesteld of het *ne bis in idem*-beginsel wordt geschonden bij vervolging van de feiten zoals die in de *red notice* zijn vermeld. Zodra deze persoon tijdens het verhoor na de voorlopige aanhouding stelt dat hij voor dezelfde feiten al is berecht, moet hij de mogelijkheid krijgen deze stelling te laten toetsen. Immers, als zijn stelling juist is, wordt hij ten onrechte in zijn bewegingsvrijheid beperkt of onterecht van zijn vrijheid beroofd. De mogelijkheid van directe toetsing van de voorlopige aanhouding heeft als nadeel dat de voorlopige aanhouding niet gebonden is aan een termijn. Zij mag slechts zolang duren als nodig is om de persoon naar een plaats van verhoor te brengen. De (hulp)officier van justitie kan na het verhoor direct de inverzekeringstelling bevelen (art. 14 lid 3 UW). Dit kan een te krappe termijn zijn om (i) een rechter-commissaris (ii) de documenten te laten beoordelen afkomstig van het verzoekende

bureau of de entiteit met de vraag of (iii) de eventuele vervolging van de feiten uit de *red notice* een schending van het *ne-bis-in-idem*beginsel oplevert.

11. Of dit mogelijk is, is afhankelijk van het overzicht van de feiten zoals dat is toegevoegd aan de *red notice*. Omdat de verzoekende staat geen rechtstreeks verzoek tot de voorlopige aanhouding aan de aangezochte staat richt, maar een intermediair gebruikt, is het onduidelijk of aan de *red notice* dezelfde eisen worden gesteld zoals een verzoek tot voorlopige aanhouding in de zin van het uitleveringsrecht (zie bijv. art. 13 UW en art. 11 Uitleveringsverdrag NL-USA). In het Uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika staat namelijk dat aan het verzoek tot voorlopige aanhouding ‘een kort overzicht van de desbetreffende feiten, met inbegrip, indien mogelijk, van het tijdstip waarop en de plaats waar het feit werd gepleegd’ moet worden toegevoegd. In de op de website van Interpol gepubliceerde *red notices* staat alleen aangegeven voor welk strafbaar feit de personen worden gezocht. Dit is een ontoereikende beschrijving voor de toetsing van de mogelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel.

12. Een tweede mogelijkheid is dat de voorlopige aanhoudingsbeslissing wordt getoetst wanneer de opgeëiste persoon wordt voorgeleid bij de rechter-commissaris, nadat deze persoon door de (hulp)officier van justitie voor een termijn van (hoogstens twee keer) drie dagen in verzekering is gesteld (artt. 14 en 15 UW). Vanwege de korte termijn van de voorlopige aanhouding en inverzekeringstelling lijkt dit praktisch gezien de enige reële mogelijkheid te zijn. In de tussentijd kan namelijk (mogelijk met succes) worden geprobeerd extra informatie te vergaren van de verzoekende staat. Het is echter de vraag of met deze termijn wordt voldaan aan de verplichting ‘van de lidstaten en van de staten die partij zijn bij het Akkoord, om ervoor te zorgen dat de betrokken personen over rechtsmiddelen beschikken die hen in staat stellen om een beslissing als wordt bedoeld in punt 89 van dit arrest te verkrijgen, te weten een onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij wordt vastgesteld dat het *ne-bis-in-idem*beginsel van toepassing is’ (punt 92).

13. Twee scenario’s kunnen zich dan voordoen. In het eerste scenario blijkt tijdens de voorgeleiding dat het bureau of de entiteit niet, dan wel onvoldoende, aan de reeds geschetste informatieplicht heeft voldaan. Wat ons betreft, zou de rechter-commissaris dan de vordering tot inbewaringstelling van de officier van justitie kunnen afwijzen en de onmiddellijke invrijheidstelling van de gezochte persoon bevelen, indien gegronde redenen bestaan voor een mogelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel na uitlevering. Immers, schending van het *ne-bis-in-idem*beginsel is ook een imperatieve weigeringsgrond in de Uitleveringswet (art. 9).

Het tweede scenario doet zich voor wanneer de rechter-commissaris van oordeel is dat de voorlopige aanhouding moet worden verlengd. Bijvoorbeeld omdat de verzoekende staat wel

aan zijn informatieplicht heeft voldaan, maar tot op heden nog in onvoldoende mate is komen vast te staan of sprake is van dezelfde feiten waarop het *ne bis in idem*-beginsel betrekking heeft. De rechter-commissaris kan in dat geval op vordering van de officier van justitie de inbewaringstelling bevelen. De bewaring op basis van de Uitleveringswet eindigt van rechtswege na twintig dagen (art. 16 UW) (of eerder als daarover iets in het Uitleveringsverdrag tussen twee of meerdere landen is geregeld). Artikel 16 UW regelt ook dat de opgeëiste persoon, op elk moment gedurende de bewaring, aan de rechtbank of de rechter-commissaris kan verzoeken de invrijheidstelling te gelasten.

14. Het moge duidelijk zijn: het verdient de voorkeur om de beoordeling van eventuele schending van het *ne bis in idem*-beginsel vroegtijdig te toetsen, niet pas bij het onderzoek door de rechtbank naar de toelaatbaarheid van de uitlevering. Voor het toepassen van de voorlopige aanhouding en andere vrijheidsbenemende maatregelen (te nemen in een later stadium van de procedure) is de kans van slagen van het uitleveringsverzoek van belang,[13] en uitlevering is uitgesloten bij een tweede vervolging voor hetzelfde feit. Het is dus zaak zo snel mogelijk vast te stellen of sprake is van hetzelfde feit, nu de vrijheidsberoving ten behoeve van de *red notice* slechts tot doel heeft om te verifiëren of, op basis van door het bureau of de entiteit geleverde informatie, inderdaad sprake is van dezelfde feiten in de zin van het *ne bis in idem*-beginsel. Als dat het geval is dan dient het voortduren van de voorlopige aanhouding geen redelijk doel. De opgeëiste persoon heeft op basis van het huidige wettelijke kader van de Uitleveringswet (i) de mogelijkheid om tijdens het verhoor voorafgaand aan de inverzekeringsstelling bij de (hulp)officier van justitie te klagen over schending van het *ne bis in idem*-beginsel; (ii) daarover tijdens het verhoor ten behoeve van de beoordeling van de inbewaringstelling door de rechter-commissaris te klagen; of (iii) om invrijheidstelling te verzoeken tijdens de inbewaringstelling vanwege schending van het *ne bis in idem*-beginsel. De opgeëiste persoon heeft dus mogelijkheden om zijn bezwaren (ten overstaan van een rechter) naar voren te brengen, maar kan geen rechtsmiddel indienen om een rechterlijke beslissing enkel betreffende de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel uit te lokken. Het lijkt in het licht van onderhavige zaak wenselijk en noodzakelijk zo'n rechtsmiddel te creëren. Hiermee kan in een zo vroeg mogelijk stadium onderzoek worden gedaan naar de aanwezigheid van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel, zodat daarmee ook vrijheidsbenemende maatregelen worden voorkomen.

15. Tot slot: Alhoewel *ne bis in idem*-bepalingen over het algemeen slechts beperkte reikwijdte hebben, bevestigt het HvJ EU met deze zaak dat het beginsel ook geldt voor derde landen die niet zijn gebonden aan Unierecht, maar via een *red notice* wel medewerking vragen aan EU lidstaten. Daarmee wordt in onderhavig arrest – onzes inziens het gewenste effect van – de extraterritoriale werking van het *ne bis in idem*-beginsel benadrukt.[14] Dit is in lijn met de

Uitleveringswet, welke ook extraterritoriale werking heeft. Een keerzijde van het extraterritoriale karakter van het *ne bis in idem*-beginsel – en daarmee volgens ons een ongewenst effect van onderhavig arrest – is echter dat personen te wiens aanzien Interpol een *red notice* heeft uitgevaardigd, bewust op zoek kunnen gaan naar mogelijkheden om een tegen hen ingesteld onderzoek in een lidstaat te beëindigen. Beëindiging van het onderzoek in een lidstaat, bijvoorbeeld via het betalen van een transactie, belet vervolging in een derde land dat niet is gebonden aan Unierecht.[15]

L.W. (Lune) Verbeek

Junior docente straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] Omwille van de leesbaarheid worden gezochte personen aangeduid met 'hij'.

[2] <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-611-interpol-red-notices>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[3] <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[4] <https://www.justice.gov/opa/pr/eight-former-senior-executives-and-agents-siemens-charged-alleged-100-million-foreign-bribe>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[5] WS stelt zich op het standpunt dat het uitvaardigen van de *red notice* die ziet op dezelfde feiten tevens een schending oplevert van het in artikel 21 VWEU gewaarborgde recht op vrij verkeer en dat de verwerking van zijn in die *red notice* vervatte persoonsgegevens in strijd is met richtlijn 2016/680 betreffende de bescherming van persoonsgegevens in strafzaken (punt 32).

[6] Voorwaarde voor toepassing van het *ne-bis-in-idem*beginsel is dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden.

- [7] *Kozłowski*, HvJ EG (GK) 17 juli 2008, C|66/o8, ECLI:EU:C:2008:437, punten 41, 42.
- [8] *Van Esbroeck*, HvJ EU (GK) 9 maart 2006, C|436/o4, ECLI:EU:C:2006:165, «EHRC» 2006/56, punten 27, 32, 36; *Van Straaten*, HvJ EU 8 september 2006, C|150/o5, ECLI:EU:C:2006:614, punten 41, 47, 48; *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C-261/o9, ECLI:EU:C:2010:683, punt 39.
- [9] *Foti e.a. t. Italië*, EHRM 10 december 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:1210JUD000760476, par. 52; *I.J.L., G.M.R. & A.K.P. t. Verenigd Koninkrijk* EHRM 19 september 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0919JUD002952295, par. 131.
- [10] Vgl. artikel 11 Uitleveringsverdrag NL-USA: het verzoek tot voorlopige aanhouding moet mede ‘een kort overzicht van de desbetreffende feiten, met inbegrip, indien mogelijk, van het tijdstip waarop en de plaats waar het feit werd gepleegd’ omvatten.
- [11] Het toepasselijke verdrag kan dat wel bevatten. Artikel 13 UW vereist ook naar het toepasselijke verdrag met betrekking tot de wettelijke grondslag voor de voorlopige aanhouding.
- [12] H.D. Sanders, *Handboek Uitleverings- en overleveringsrecht*, I.2.1.2.3 De voorlopige aanhouding (actueel tot 30 juni 2014).
- [13] H.D. Sanders, *Handboek Uitleverings- en overleveringsrecht*, I.2.1.2.3 De voorlopige aanhouding (actueel tot 30 juni 2014).
- [14] <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=833c1181-cd7b-4e75-b58f-9137fa77cf4a>, laatst geraadpleegd op 25 juni 2021.
- [15] <https://eucrim.eu/news/cjeu-judgment-on-compatibility-of-interpol-searches-and-arrests-with-ne-bis-in-idem-principle/>, laatst geraadpleegd op 25 juni 2021.