

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-14

Nummer 14, 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:2021:0701JUD006642409 01-07-2021

Lesław Wójcik t. Polen, EHRM 1 juli 2021, nr. 66424/09

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUD000779616 01-07-2021

Hájovský t. Slowakije, EHRM 1 juli 2021, nr. 7796/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUD005617618 01-07-2021

Association Burestop 55 e.a. t. Frankrijk, EHRM 1 juli 2021, nrs. 56176/18 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD0022015105 29-06-2021

Yezhov e.a. t. Rusland, EHRM 29 juni 2021, nr. 22051/05

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD000615818 29-06-2021

Tercan t. Turkije, EHRM 29 juni 2021, nr. 6158/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718 29-06-2021

Broda en Bojara t. Polen, EHRM 29 juni 2021, nr. 27367/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002945815 29-06-2021

A.O. Falun Dafa e.a. t. Moldavië, EHRM 29 juni 2021, nr. 29458/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0624JUD005968717 24-06-2021

Khachaturov t. Armenië, EHRM 24 juni 2021, nr. 59687/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD002259716 22-06-2021

R.B. t. Estland, EHRM 22 juni 2021, nr. 22597/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD004016507 22-06-2021

Adzhigitova e.a. t. Rusland, EHRM 22 juni 2021, nrs. 40165/07 en 2593/08

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD005729216 22-06-2021

Hurbain t. België, EHRM 22 juni 2021, nr. 57292/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917 22-06-2021

Erkizia Almandoz t. Spanje, EHRM 22 juni 2021, nr. 5869/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0610DEC0082189/17 10-06-2021

El Kodwa Arafat t. Frankrijk, EHRM 10 juni 2021 (ontv.besl.), nr. 82189/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0608DEC003877115 08-06-2021

Darko Matijašić t. Kroatië, EHRM 8 juni 2021 (ontv.besl.), nr. 38771/15

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:504 22-06-2021

Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité), HvJ EU 22 juni 2021, zaak C-439/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:503 22-06-2021

Frank Peterson, HvJ EU 22 juni 2021, gev. zaken C-682/18 en C-683/18

Annotatie

Venken e.a. t. België (EHRM, 46130/14) – Een nieuw hoofdstuk in de Belgische interneringssaga

T. Mortier

Annotatie

K.I. t. Frankrijk (EHRM, 5560/19) – Ex-nunc onderzoek naar 3 EVRM-risico noodzakelijk bij terugkeer na intrekking vluchtelingenstatus

M. van Harn en K. Zwaan

Annotatie

Miniscalco t. Italië (EHRM, nr. 55093/13) – Ontzetting van passief kiesrecht wegens misbruik van macht

J.L.W. Broeksteeg

Annotatie

Beg S.p.a. t. Italië (EHRM, 5312/11) – Arbitrage in de schaduw van beginselen van fundamenteel procesrecht

B. van Zelst

Annotatie

Slovak Telekom (HvJ EU, C-857/19) – Het ne bis in idem-beginsel bij vervolging door nationale en Europese mededingingsautoriteiten

D.A.G. van Toor en I. de Wit

RECHTSPRAAK

A.O. Falun Dafa e.a. t. Moldavië, EHRM 29 juni 2021, nr. 29458/15

In Moldavië zijn verschillende organisaties die Falun Gong praktiseren ontbonden, onder meer omdat deze spirituele beweging als internationaal symbool een aantal gele, omgekeerde swastika's voert en zou oproepen tot haat. Uiteindelijk heeft er een revisie op nationaal niveau plaatsgevonden omdat de ontbinding in strijd zou zijn met de godsdienst- en verenigingsvrijheid, maar die uitspraken zijn nog niet ten uitvoer gelegd. Het EHRM stemt in met het nationale oordeel in revisie en oordeelt dat de niet-tenuitvoerlegging in strijd is met art. 9 en 11 EVRM.

Klagers zijn organisaties die vanuit Moldavië Falun Gong praktiseren, een in China verboden spirituele praktijk. Het internationale symbool van de organisaties en van Falun Gong, zoals ook geregistreerd in Moldavië, is de 'Falun', die bestaat uit een grote en vier kleine gele, omgekeerde swastika's en vier kleine yin-yangsymbolen. Naar aanleiding van een klacht van een andere organisatie is er een procedure ingesteld tegen de klagende organisaties en is verzocht om hun ontbinding, onder meer omdat zij de swastika als symbool voeren en oproepen tot haat en sociale onrust. Klagers hebben hiertegen ingebracht dat hun symbool niet hetzelfde is als de Nazi-swastika en dat het in meer dan tachtig landen wereldwijd is geregistreerd. Ook ontkenden zij op te roepen tot haat en onrust. Aanvankelijk werden de klagende organisaties in het ongelijk gesteld, werd hun symbool in de ban gedaan en werden de organisaties ontbonden. Later heeft er echter een revisie plaatsgevonden en is erkend dat deze beslissing een schending opleverde van de godsdienstvrijheid, maar deze uitspraken zijn nog niet ten uitvoer gelegd.

Voor het EHRM hebben de organisaties niettemin gesteld dat art. 9 en 11 EVRM zijn geschonden. Het EHRM erkent dat zij nog klachtrecht hebben, nu weliswaar is erkend dat er sprake was van een schending, maar er geen schadevergoeding is toegekend en de uitspraken ook nog niet ten uitvoer zijn gelegd. Het Hof ziet geen reden om af te wijken van het

inhoudelijk oordeel in revisie van de nationale rechter en stelt op basis van de nationale beoordeling daarvan ook zelf een schending vast van art. 9 en 11 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002945815

Zaaknummer: 29458/15

Wetsartikelen: EVRM art. 9 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

Association Burestop 55 e.a. t. Frankrijk, EHRM 1 juli 2021, nrs. 56176/18 e.a.

Verschillende milieuorganisaties hebben een procedure aangespannen tegen een overheidsorgaan, omdat dat orgaan volgens hen onjuiste en misleidende informatie over de risico's van de opslag van radioactief afval in diepe aardlagen had gegeven. De vorderingen van één van hen werden door de nationale rechter niet-ontvankelijk verklaard, omdat haar statutaire doel te algemeen was. Het Hof acht dit in strijd met art. 6 EVRM. Volgens het Hof is er geen sprake van een schending van art. 10 EVRM in verband met het recht op toegang tot overheidsinformatie en de verplichting van de overheid om dergelijke informatie te verschaffen.

Klagers zijn verschillende milieuorganisaties. Zij waren tegen een gepland industrieel opslagcentrum in diepe aardlagen voor langdurig radioactief afval met een hoge activiteit. Het beheer van dit radioactieve afval was opgedragen aan het overheidsorgaan ANDRA. Op grond van de Franse milieuwetgeving was ANDRA ook verantwoordelijk voor het beschikbaar stellen aan het publiek van informatie over het beheer van radioactief afval en het delen van wetenschappelijke en technologische kennis op dit gebied. ANDRA heeft in 2008 een proefboring uitgevoerd om te beoordelen of in het gebied van het geplande opslagcentrum een geothermische bron aanwezig was. In een rapport over dit geothermische onderzoek gaf ANDRA op basis van de resultaten van de proefboring aan dat de geothermische bron zwak was en dat er geen risico was op toekomstige (geothermische) boringen na het verdwijnen van de herinnering aan de opslag van het radioactieve afval. ANDRA heeft dit rapport gepubliceerd in het kader van haar wettelijke voorlichtingstaak. De milieuorganisaties hebben ANDRA vervolgens verzocht te erkennen dat door in dit rapport aan te geven dat de geothermische bron zwak was zij onjuiste en misleidende wetenschappelijke en technologische informatie had verstrekt en dus onrechtmatig had gehandeld. Daarna hebben de milieuorganisaties bij de rechter een procedure tegen ANDRA aanhangig gemaakt waarin zij vergoeding van de schade

vorderden die in hun ogen het gevolg was van de schending van de informatieverplichting die op grond van de Franse milieuwetgeving op ANDRA rustte. In hoger beroep verklaarde een Frans gerechtshof de vorderingen van milieuorganisatie MIRABEL-LNE niet-ontvankelijk en wees het de vorderingen van de andere milieuorganisaties op inhoudelijke gronden af. Het Hof van Cassatie heeft daarna het cassatieberoep van de milieuorganisaties tegen de uitspraak van het gerechtshof verworpen.

Het Hof oordeelt dat het door art. 6 EVRM beschermde recht van MIRABEL-LNE op toegang tot de rechter is geschonden door de niet-ontvankelijkverklaring. Het Hof stelt voorop dat de vorderingen die MIRABEL-LNE had ingesteld, betrekking hadden op een geschil over de vaststelling van burgerlijke rechten, namelijk haar recht op informatie en inspraak in het besluitvormingsproces in milieuaangelegenheden. Volgens het Hof heeft Frankrijk niets aangevoerd waaruit blijkt dat de weigering om een geschil over een dergelijk recht te beoordelen in de omstandigheden van het geval een gerechtvaardigd doel diende en proportioneel was ten opzichte van dat doel. Het Hof oordeelt bovendien dat het gerechtshof geen rekening had gehouden met het feit dat MIRABEL-LNE op grond van art. L. 141-1 van het Franse Milieuwetboek was goedgekeurd en dat die goedkeuring haar, zoals Frankrijk erkende, in beginsel procesbevoegdheid verschafte. Het Hof merkt verder op dat het gerechtshof bij de niet-ontvankelijkverklaring van de vorderingen van MIRABEL-LNE in aanmerking had genomen dat haar statutaire doel anders dan dat van de andere milieuorganisaties niet expliciet de bestrijding van gevaren voor het milieu en de gezondheid omvatte die de nucleaire industrie en daarmee samenhangende activiteiten met zich brachten of het informeren van het publiek over de gevaren van de ondergrondse opslag van kernafval omvatte, maar dat haar statutaire doel meer algemeen als de bescherming van het milieu was geformuleerd. Het Hof acht deze benadering echter niet aanvaardbaar. Enerzijds komt deze benadering namelijk neer op het maken van een onderscheid tussen de bescherming tegen nucleaire risico's en de bescherming van het milieu, terwijl het duidelijk is dat het eerste volledig samenhangt met het tweede. Anderzijds heeft die interpretatie van de statuten van MIRABEL-LNE een buitensporige beperking van de omvang van haar maatschappelijke doel tot gevolg gehad. De conclusie van het gerechtshof, zoals bekrachtigd door het Hof van Cassatie, heeft daarom volgens het Hof een disproportionele beperking van het recht op toegang tot de rechter tot gevolg gehad en was op dit punt evident onredelijk. Het Hof stelt daarom een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast ten aanzien van MIRABEL-LNE.

Alle milieuorganisaties hebben daarnaast een beroep gedaan op art. 10 EVRM. Het Hof herhaalt dat art. 10 EVRM burgers geen algemeen recht op toegang tot overheidsinformatie

biedt, maar slechts tot op zekere hoogte en onder bepaalde voorwaarden burgers een recht op toegang tot zulke informatie garandeert en de overheid een verplichting om dergelijke informatie te verschaffen oplegt. Volgens het Hof kunnen een dergelijk recht en een dergelijke verplichting onder art. 10 EVRM niet alleen bestaan bij een verzoek van een burger om toegang tot die informatie, maar ook als het nationale recht de overheid verplicht om ambtshalve informatie te verzamelen en/of te verspreiden. Het Hof oordeelt dat het recht op toegang tot informatie van zijn inhoud zou worden beroofd, als de door de overheid verstrekte informatie onoprecht, onjuist of ontoereikend is. Volgens het Hof vereist dat recht daarom dat de verstrekte informatie betrouwbaar is (in het bijzonder als dat recht voortvloeit uit een wettelijke verplichting van de overheid) en dat belanghebbenden bij een geschil daarover toegang hebben tot een procedure op tegenspraak waarin de inhoud en kwaliteit van de verstrekte informatie getoetst kunnen worden. Het Hof oordeelt dat in casu aan de genoemde procedurele vereisten is voldaan. Het Hof concludeert dan ook dat er geen sprake is van een schending van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUD005617618

Zaaknummer: 56176/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Broda en Bojara t. Polen, EHRM 29 juni 2021, nr. 27367/18

Op grond van een in 2017 aangenomen wet heeft de Poolse minister van justitie absolute discretie verkregen om hoge functionarissen bij gerechten uit hun functies te ontheffen, zonder verplichting tot motivering en zonder mogelijkheid van rechtsbescherming. Het EHRM oordeelt op basis van de Vilho Eskelinen-criteria dat deze beslissingen betrekking hebben op ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ in de zin van art. 6 EVRM. De kern van het recht op toegang tot de rechter acht het Hof geschonden door de mate van discretie en het ontbreken van iedere vorm van procedurele waarborgen of rechtsbescherming.

Klagers zijn respectievelijk sinds 1998 en 1988 werkzaam als rechter in Polen. In 2014 zijn zij benoemd tot vice-presidenten van het gerecht van Kielce voor een periode van zes jaar. In 2018 berichtte de staatssecretaris van justitie hen echter dat hun benoeming zou worden beëindigd op basis van een wet uit 2017 waarin de rechterlijke macht werd gereorganiseerd. Klagers verzochten de staatssecretaris om de redenen te geven voor deze beslissing, maar in reactie daarop liet de staatssecretaris weten dat de wetgeving de minister van justitie de bevoegdheid gaf om hogere functionarissen bij de gerechten te ontslaan en te vervangen, zonder daarvoor redenen te hoeven geven en zonder te hoeven voldoen aan de overige eisen en voorwaarden voor rechtspositionele beslissingen in de rechterlijke macht. Op nader verzoek van klagers berichtte de staatssecretaris nog wel dat het prerogatief tot ontslag om allerlei redenen kon worden uitgeoefend en dat het niet te maken hoefde te hebben met tekortschieten in het functioneren.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat deze ontslagbeslissing, die niet hoefde te worden gemotiveerd en waar ook geen rechtsmiddelen tegen open stonden, in strijd is met art. 6 EVRM. Het EHRM gaat daarbij eerst in op de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM in de onderhavige kwestie, in het bijzonder op de vraag of hier sprake is van een geschil over

burgerlijke rechten en verplichtingen. Het doet dit aan de hand van de criteria van *Vilho Eskelinen*, die inhouden dat art. 6 EVRM niet van toepassing is als een staat expliciet een bepaalde categorie van personen of gevallen van de toegang tot de rechter heeft uitgesloten, en die uitsluiting bovendien is gebaseerd op objectieve overwegingen die verband houden met het staatsbelang. Op dit punt benadrukt het Hof dat het inmiddels in tal van zaken heeft aangenomen dat geschillen over rechtspositionele beslissingen ten aanzien van magistraten binnen het bereik van art. 6 lid 1 EVRM kunnen vallen. Het acht het duidelijk dat in dit soort gevallen de consequenties van zo'n besluit direct de burgerlijke rechten van de rechters kunnen raken. Daarnaast is het van oordeel dat in het onderhavige geval de uitsluiting van de categorie van rechtspositionele beslissingen ten aanzien van hoge rechterlijke functionarissen van toegang tot de rechter niet voldoende duidelijk en expliciet vorm heeft gekregen. Hoe dan ook is het van oordeel dat – ook wanneer dat wel zo zou zijn – niet is voldaan aan het tweede criterium van *Vilho Eskelinen*. In verband daarmee benadrukt het Hof de bijzondere positie van de rechterlijke macht als het gaat om het bieden van rechtsbescherming, als fundamentele waarde in een rechtsstaat, en noemt het de noodzaak om voldoende vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht te waarborgen. Ook wijst het op het essentiële element van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Dit betekent dat er bijzondere waarborgen moeten worden geboden om ervoor te zorgen dat die onafhankelijkheid wordt beschermd. Het ontbreken van een mogelijkheid tot toetsing van de wettigheid van rechtspositionele beslissingen is daarmee niet goed te verenigen. Bovendien heeft de staat niet aangetoond dat de uitsluiting van dit soort beslissingen van toegang tot de rechter direct samenhangt met een statelijk belang dat verband houdt met de bijzondere band van vertrouwen en loyaliteit met de staat. Het Hof verklaart de klacht dan ook ontvankelijk.

Vervolgens overweegt het Hof dat klagers uit hun functie zijn gezet op basis van wetgeving die de minister van justitie een volledig discretionaire bevoegdheid gaf om deze beslissingen te nemen, zonder dat daaraan materiële of procedurele voorwaarden waren verbonden, zonder dat de beslissing met redenen hoefde te worden omkleed, en zonder dat er een mogelijkheid was van een rechtsgang bij een onafhankelijk orgaan. Dit betekent volgens het Hof dat niet is voldaan aan basale rechtsstatelijke vereisten en dat alle fundamentele waarborgen van procedurele rechtvaardigheid ontbraken. Dit is in die zin nog extra problematisch omdat rechters in verband met hun onafhankelijkheid extra bescherming verdienen tegen willekeurig handelen van de uitvoerende macht; alleen toezicht op de rechtmatigheid van bestuursbeslissingen door een onafhankelijk rechterlijk orgaan zou daarin voorzien. Deze mogelijkheid ontbrak hier: vrijwel alle macht lag in handen van de uitvoerende macht en organen van zelfbestuur voor de rechterlijke macht, zoals de nationale raad van justitie, werden volledig van de procedures rondom de rechtspositionele beslissingen uitgesloten. De regering heeft aangevoerd dat dit te billijken was doordat er een wetgevend raamwerk ten

grondslag lag aan de gekozen constructie, maar het Hof oordeelt dat wetgeving alleen niet voldoende is om te kunnen voldoen aan de basiseisen van art. 6 EVRM. Het is essentieel dat daarnaast ook voldoende andere procedurele waarborgen worden geboden, ook om het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak te beschermen. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat de wezenlijke kern van het recht op toegang tot een rechter is aangetast, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718

Zaaknummer: 27367/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Frank Peterson, HvJ EU 22 juni 2021, gev. zaken C-682/18 en C-683/18

In een zaak over het plaatsen van illegale content op YouTube of een deelplatform als 'Uploaded' oordeelt het HvJ dat de exploitanten van dergelijke onlineplatformen in beginsel zelf geen mededeling aan het publiek doen van auteursrechtelijk beschermde content die hun gebruikers illegaal online plaatsen. Zij delen echter deze content wel in strijd met het auteursrecht aan het publiek mee, indien zij niet louter platformen ter beschikking stellen, maar er daarnaast toe bijdragen dat het publiek toegang tot die content wordt verleend.

Peterson is een muziekproducent die stelt dat hij eigenaar is van Nemo Studios. In 1996 heeft Nemo Studio met artiest Sarah Brightman een wereldwijde exclusieve overeenkomst inzake de exploitatie van audio- en video-opnamen van haar voorstellingen gesloten. Over deze overeenkomst is in 2005 een aanvullende overeenkomst gesloten. Op 1 september 2000 sloot Peterson in eigen naam en namens de vennootschap Nemo Studios met Capitol Records Inc. een licentieovereenkomst betreffende de exclusieve distributie van de opnamen en voorstellingen van Sarah Brightman door Capital Records. In 2008 is Sarah Brightman begonnen met een concertenreeks, waarin zij de op een in 2008 verschenen album geregistreerde werken heeft uitgevoerd. Op 6 en 7 november 2008 waren werken uit dit album en particuliere opnamen van concerten van deze concertenreeks op het internetplatform YouTube beschikbaar en gekoppeld aan stilstaande en bewegende beelden. Peterson heeft zich daarop tot Google Germany gewend en van die vennootschap en Google geëist dat zij verklaringen van stopzetting van de inbreuk verstrekten op straffe van sancties. Google Germany heeft zich vervolgens gewend tot YouTube, die met behulp van de door Peterson overgelegde screenshots de internetadressen (URL) van de betrokken video's handmatig heeft opgezocht en de toegang daartoe heeft geblokkeerd. Partijen zijn het niet eens over de omvang van deze blokkeringsmaatregelen. Vervolgens zijn er opnieuw geluidsopnamen van voorstellingen van Sarah Brightman via YouTube verspreid. Daarop heeft Peterson

vorderingen tot staking, mededeling van inlichtingen en tot vaststelling van hun verplichting tot betaling van schadevergoeding ingesteld. In dit verband zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ.

In de gevoegde zaak C-683/18 gaat het om Cyando, dat een host- en deelplatform beheert dat opslagruimte aanbiedt waarmee alle internetgebruikers kosteloos bestanden met om het even welke content online kunnen plaatsen (uploaden). Hiervoor wordt geen index of zoekfunctie aangeboden, maar gebruikers kunnen de downloadlink wel delen op internet en linkverzamelingen; daardoor kunnen andere internetgebruikers wel toegang krijgen tot de bestanden die op het platform van Cyando zijn opgeslagen. Uitgever Elsevier heeft vastgesteld dat via het platform drie van de werken waarop zij exclusieve exploitatierechten heeft kunnen worden opgevraagd, gebruikmakend van linkverzamelingen. Ook in de naar aanleiding daarvan gestarte procedure zijn prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegd.

De eerste vraag in beide kwesties is in wezen of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, in omstandigheden als die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, zelf een ‘mededeling aan het publiek’ van die content verricht in de zin van art. 3 lid 1 van de auteursrechtlijn. Daarbij overweegt het HvJ dat deze bepaling moet worden uitgelegd in het licht van de functie van de richtlijn om een goed evenwicht te waarborgen tussen de door art. 17 lid 2 Hv gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en de door art. 11 Hv gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie. Vervolgens benadrukt het Hof de centrale rol van de exploitant van een platform en het weloverwogen karakter van diens interventie benadrukt. Met name het feit dat de exploitant met volle kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenueert om het publiek toegang te verlenen tot beschermde werken, kan leiden tot de kwalificatie van die interventie als ‘handeling bestaande in een mededeling’, zoals het HvJ eerder bijvoorbeeld al heeft vastgesteld ten aanzien van The Pirate Bay. Om vast te stellen of van die volledige kennis van de gevolgen sprake is, moet rekening gehouden worden met een aantal elementen. In dit verband zijn met name relevant het feit dat een exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan. Ook relevant is het feit dat deze exploitant deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert. Daarentegen volstaat de enkele omstandigheid dat de exploitant

algemeen op de hoogte is van het feit dat beschermde content illegaal op zijn platform beschikbaar is, niet om te oordelen dat hij intervenieert om internetgebruikers toegang tot die content te verschaffen. Een winst oogmerk kan ook een relevante factor zijn, maar betekent niet als zodanig dat de aanbieder van de diensten ermee instemt dat deze door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht.

Het is vervolgens aan de verwijzende rechter om aan de hand van deze criteria na te gaan of in dit geval sprake is van handelingen bestaande in een mededeling aan het publiek. Wel merkt het HvJ alvast op dat hoewel YouTube reclame-inkomsten met haar platform verwerft en gebruikers die content hebben geüpload en de rechthebbenden van auteursrechtelijk beschermde content de mogelijkheid biedt om te delen in die inkomsten, niet blijkt dat het bedrijfsmodel van dit platform berust op de aanwezigheid van illegale content op dat platform of dat dit model beoogt gebruikers ertoe aan te zetten dergelijke content te uploaden, noch dat het hoofddoel of het voornaamste gebruik van YouTube bestaat in het onrechtmatig delen van beschermde content. Voor Cyando geldt dat de exploitant die op haar platform geüpload content evenmin creëert, selecteert, bekijkt of controleert. Daarnaast deelt zij haar gebruikers in de gebruiksvoorwaarden van haar platform mee dat middels dit platform geen inbreuk mag worden gemaakt op het auteursrecht. Wel is er discussie tussen Elsevier en Cyando over de hoeveelheid beschikbare bestanden met illegale content, maar de nationale rechter moet de vraag of Cyando een ‘mededeling aan het publiek’ doet primair aan de hand van de hierboven genoemde criteria beoordelen.

De volgende vraag is of de platformen in aanmerking kunnen komen voor de in art. 14 lid 1 auteursrechtlijn bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid. Daarvoor geldt dat moet worden uitgesloten dat de exploitant kennis heeft van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüpload beschermde content. In dit verband moet volgens het HvJ worden onderzocht of de exploitant een neutrale rol speelt, dus of hij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht, hetgeen inhoudt dat hij geen kennis heeft van of controle heeft over de content die hij opslaat, dan wel of hij juist een actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die content. Dit betekent dat een exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als het platform niet alleen ter beschikking wordt gesteld, maar ertoe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht. De omstandigheid dat de exploitant een geautomatiseerde indexering van de op dat platform geüpload content verricht, dat dit platform een zoekfunctie heeft en dat het video's aanbeveelt op basis van het profiel of de voorkeuren van de gebruikers, kan in dit verband niet volstaan om te oordelen dat deze exploitant ‘concrete’ kennis heeft van onwettige activiteiten die op zijn platform worden verricht of van onwettige informatie die daarop is opgeslagen.

De vierde vraag is in wezen of art. 8 lid 3 auteursrechttrichtlijn zich ertegen verzet dat een rechthebbende krachtens het nationale recht ten aanzien van een tussenpersoon wiens dienst door een derde werd gebruikt om inbreuk te maken op zijn recht zonder dat deze tussenpersoon daarvan kennis had, slechts een verbod kan verkrijgen indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat dergelijke inbreuken zich niet opnieuw voordoen. Het HvJ beantwoordt deze vraag bevestigend, maar overweegt ook dat het aan de nationale rechterlijke instanties is om zich bij de toepassing van een dergelijke voorwaarde ervan te vergewissen dat die niet ertoe leidt dat de daadwerkelijke beëindiging van de inbreuk zodanig wordt uitgesteld dat de rechthebbende onevenredige schade lijdt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:503

Zaaknummer: C-682/18 en C-683/18

Wetsartikelen: Hv art. 11, Hv art. 17 lid 2, Rl 2001/29/EG art. 3, Rl 2001/29/EG art. 8 lid 3, Rl 2000/31/EG art. 14 en Rl 2000/31/EG art. 15

RECHTSPRAAK

Hájovský t. Slowakije, EHRM 1 juli 2021, nr. 7796/16

Een wensvader had anoniem een krantenadvertentie geplaatst waarin hij een draagmoeder aanzocht. Hierop reageerde een undercoverjournalist, die hun ontmoetingen heimelijk filmde. Zonder toestemming van de wensvader werden zowel een videoreportage als een krantenartikel geplaatst met veel beeldmateriaal. Het EHRM ziet hierin een schending van art. 8 EVRM, vooral omdat klager zelf niet de media had gezocht en ook geen toestemming had gegeven voor de beelden, en die beelden bovendien niet noodzakelijk waren om de boodschap van de publicaties uit te dragen.

Klager wilde biologisch vader worden via een draagmoeder, hetgeen in Slowakije is verboden. Hij probeerde zijn wens te laten vervullen door een anonieme advertentie te plaatsen in een krant waarin hij vroeg of een vrouw tegen betaling bereid was om een kind voor hem te dragen. Een undercover opererende televisiereporter besloot zich voor te doen als een potentiële draagmoeder en filmde heimelijk haar bijeenkomsten met klager waarin de afspraken over het draagmoederschap werden gemaakt. Haar videoverslag verscheen in 2005 op de Slowaakse televisie. Daags na deze uitzending publiceerde een nationale krant bovendien een artikel onder de titel 'Handel in ongeboren kinderen', waarin het verslag werd naverteld, vergezeld van foto's uit de videorapportage. Klager heeft hier geen toestemming voor gegeven. Hij heeft vervolgens geprocedeerd vanwege de publicatie van zijn foto's; aanvankelijk werd hij in het gelijk gesteld, maar in cassatie werd de uitspraak gecasseerd met het oog op het belang van de vrijheid van meningsuiting en het publiceren van rapportages over het onderwerp van verboden draagmoederschap.

Voor het EHRM stelt klager dat daardoor zijn rechten onder art. 8 EVRM onvoldoende zijn beschermd. Het EHRM beoordeelt de kwestie aan de hand van de *Von Hannover*-criteria. Het stelt daarbij voorop dat klager geen publiek persoon was en dat hij nooit zelf bekendheid via de media had gezocht. Hij kon ook niet vermoeden dat hij het risico liep dat zijn advertentie in de krant tot media-aandacht zou leiden. Het artikel gaf bovendien de nodige persoonlijke

details prijs. Het artikel was wel relatief rustig getoonzet en aangenomen kan worden dat het als zodanig een bijdrage vormde aan een debat over een onderwerp van algemeen belang. Het Hof ziet daarentegen niet in welk algemeen belang gediend kon zijn met het publiceren van foto's van klager zonder bijvoorbeeld zijn gezicht te blurren; de informatieve waarde daarvan was uiterst beperkt. Daarnaast is duidelijk dat de opnamen gemaakt zijn met een verborgen camera door een undercoverjournalist. Klager heeft dit op nationaal niveau ook aangevoerd en heeft gesteld dat dit onrechtmatig was, maar deze factor hebben de nationale rechters ten onrechte niet meegewogen. Het feit dat de afbeeldingen door de videoreportage wel al in het publieke domein waren, doet ook niet af aan de privacyrechten van klager, zeker nu hij niet zelf goedkeuring had gegeven voor de uitzending van dit verslag. Klager kon in de omstandigheden van het geval een redelijke verwachting van privacy hebben, die niet is gehonoreerd. Dit alles betekent dat het Hof oordeelt dat de nationale autoriteiten weliswaar een afweging van belangen hebben gemaakt, maar dat ze dat niet helemaal in overeenstemming met de door het EHRM geformuleerde criteria hebben gedaan. Dit betekent dat art. 8 EVRM geschonden is.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUD000779616

Zaaknummer: 7796/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité), HvJ EU 22 juni 2021, zaak C-439/19

In Letland kunnen strafpunten worden toegekend bij het begaan van verkeersovertredingen. Die worden aangetekend in een nationaal register, waartoe ook derden en marktdeelnemers toegang kunnen hebben. Het HvJ oordeelt dat het hierbij gaat om een verwerking van persoonsgegevens die onder de AVG valt; meer specifiek gaat het om gevoelige persoonsgegevens in de zin van artikel 10 AVG. Het HvJ acht de noodzaak van deze verwerking voor het verbeteren van de verkeersveiligheid niet voldoende aangetoond.

Aan B zijn strafpunten toegekend wegens een of meer verkeersovertredingen. Overeenkomstig de Letse regelgeving zijn deze strafpunten aangetekend in het nationale register van voertuigen en de bestuurders daarvan. De in dit register vervatte informatie is openbaar en is volgens B bovendien aan verschillende marktdeelnemers verstrekt voor hergebruik. Volgens B is dit in strijd met het grondrecht op eerbiediging van het privéleven. In verband hiermee heeft de nationale rechter een aantal prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

In de eerste plaats gaat het HvJ in op de vraag of de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van toepassing is op strafpunten die voor verkeersovertredingen worden toegekend en waarbij sprake is van verwerking van persoonsgegevens door de openbaarmaking van de gegevens over de strafpunten. Het HvJ merkt op dat op zichzelf op grond van artikel 2 lid 2 onder a AVG de verordening niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing of de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid. Deze bepaling heeft met name het oog op activiteiten die ten doel hebben de essentiële functies van de staat en de fundamentele belangen van de samenleving te beschermen. Met activiteiten die verband houden met verkeersveiligheid wordt een dergelijke

doelstelling volgens het HvJ niet nagestreefd, zodat deze activiteiten niet kunnen worden ondergebracht in de categorie van activiteiten die tot doel hebben de nationale veiligheid te beschermen. Het verstrekken door de CSDD van persoonsgegevens die betrekking hebben op strafpunten die aan bestuurders van voertuigen zijn toegekend wegens verkeersovertredingen, valt dan ook binnen de materiële werkingssfeer van de AVG.

Deze gegevensverwerking moet vervolgens worden beoordeeld in het licht van artikel 10 AVG. Het HvJ EU merkt daarbij op dat de in artikel 10 AVG bedoelde gegevens betrekking hebben op gedragingen die aanleiding geven tot maatschappelijke afkeuring, zodat het feit dat toegang wordt verleend tot dergelijke gegevens de betrokkene kan stigmatiseren en aldus op ernstige wijze inbreuk kan maken op zijn privé- of beroepsleven. Het HvJ acht het feit dat verkeersovertredingen in Letland worden gekwalificeerd als bestuursrechtelijk bestraft overtredingen, niet beslissend voor de beoordeling of die overtredingen binnen de werkingssfeer van artikel 10 AVG vallen. Bij de uitleg van artikel 10 AVG moet namelijk worden uitgegaan van een autonome en uniforme betekenis van de daar gehanteerde bewoordingen, omdat anders de situatie zou kunnen ontstaan dat de door die bepaling geboden verhoogde bescherming slechts in sommige lidstaten wel en in andere niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens die betrekking hebben op verkeersovertredingen, en dit enkel omdat deze overtredingen in laatstgenoemde lidstaten niet worden aangemerkt als strafbare feiten in strafrechtelijke zin. Voor de vraag of een strafbaar feit van strafrechtelijke aard is moet volgens het HvJ worden gekeken naar de juridische kwalificatie van het strafbare feit naar nationaal recht, naar de aard zelf van het strafbare feit en naar de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd. Wat betreft het criterium van de zwaarte van de sancties die kunnen worden opgelegd voor verkeersovertredingen, merkt het HvJ op dat alleen verkeersovertredingen van een zekere ernst tot gevolg hebben dat strafpunten worden toegekend, zodat dergelijke overtredingen kunnen leiden tot sancties van een zekere zwaarte. Die analyse vindt steun in de rechtspraak van het EHRM. Dat verkeersovertredingen waarvoor strafpunten kunnen worden toegekend, worden aangemerkt als strafbare feiten in strafrechtelijke zin als bedoeld in artikel 10 AVG, strookt volgens het HvJ eveneens met het doel van deze bepaling. Gelet op het feit dat verkeersovertredingen afbreuk doen aan de verkeersveiligheid, kan de openbaarmaking van persoonsgegevens die betrekking hebben op dergelijke overtredingen – daaronder begrepen wegens deze overtredingen toegekende strafpunten – immers leiden tot maatschappelijke afkeuring en tot stigmatisering van de betrokken persoon, met name wanneer uit die punten een bepaalde ernst of een bepaalde frequentie van die overtredingen naar voren komt. Verkeersovertredingen die ertoe kunnen leiden dat strafpunten worden toegekend, vallen dan ook onder het begrip ‘strafbare feiten’ in de zin van artikel 10 AVG.

In het licht van artikelen 5, 6 en 10 AVG overweegt het HvJ dat de verwerking in het onderhavige gevolg kan hebben dat opgevraagde gegevens verder worden bewaard en verspreid. Dat betekent dat er passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen moeten worden geboden, maar ook dat er een machtiging of zelfs verplichting kan bestaan om persoonsgegevens te verstrekken aan personen die erom verzoeken. In dit verband wijst het HvJ erop dat art. 52 lid 1 Hv beperkingen op grondrechten mogelijk maakt, zij het dat de bepaling daarbij wel voorwaarden stelt. Het HvJ herinnert er hierbij aan dat het verhogen van de verkeersveiligheid een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang is. Wel merkt het HvJ op dat lidstaten beschikken over een groot aantal actiemogelijkheden om verkeersovertredingen tegen te gaan, zonder dat openbaarmaking van persoonsgegevens nodig is. Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt echter niet dat de Letse wetgever dergelijke maatregelen heeft onderzocht en daaraan de voorkeur heeft gegeven boven de vaststelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling. Bovendien kan de openbaarmaking van persoonsgegevens die betrekking hebben op verkeersovertredingen in ernstige mate inbreuk maken op het grondrecht op eerbiediging van het privéleven en het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens, aangezien zij kan leiden tot maatschappelijke afkeuring en tot stigmatisering van de betrokken persoon. In het licht van het subsidiariteitsvereiste kan dan ook niet worden geoordeeld dat het vaststaat dat een dergelijk systeem voor het verstrekken van persoonsgegevens die betrekking hebben op strafpunten die zijn toegekend wegens verkeersovertredingen, noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het HvJ betwijfelt zelfs of de onderhavige regeling eigenlijk wel geschikt is om de genoemde doelstelling te verwezenlijken. Bovendien kan het in artikel 85 AVG bedoelde recht op vrijheid van informatie om dezelfde reden niet aldus worden uitgelegd dat het een rechtvaardiging vormt om persoonsgegevens die betrekking hebben op strafpunten die zijn toegekend wegens verkeersovertredingen, te verstrekken aan eenieder die erom verzoekt.

In de derde plaats zijn vragen voorgelegd over de mogelijkheid om gegevens te verstrekken uit het register aan marktdeelnemers met het oog op hergebruik. Om dezelfde redenen als hierboven zijn weergegeven oordeelt het HvJ dat de AVG aan een dergelijke verstrekking in de weg staat.

Tot slot wil de verwijzende rechter nog weten of de voorrang van het Unierecht in de weg staat aan het handhaven van de rechtsgevolgen van een wettelijke regeling die, gelet op een prejudiciële beslissing van het Hof, onverenigbaar is met het Unierecht, tot het moment waarop een constitutionele rechter definitief uitspraak doet op dat beroep tot constitutionele toetsing. Het HvJ wijst erop dat op grond van het beginsel van voorrang van het Unierecht niet kan worden aanvaard dat nationaalrechtelijke regels – ook al zijn deze van grondwettelijke aard – afbreuk doen aan de eenheid en de doeltreffendheid van het Unierecht. Ook al zouden

dwingende overwegingen van rechtszekerheid bij wijze van uitzondering kunnen leiden tot de tijdelijke opschorting van het effect van terzijdestelling dat een rechtstreeks toepasselijke Unierechtelijke regel heeft op het daarmee strijdige nationale recht, de voorwaarden voor die opschorting kunnen enkel door het HvJ worden vastgesteld. In het onderhavige geval hoeft de werking van het arrest in de tijd echter niet te worden beperkt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:504

Zaaknummer: C-439/19

Wetsartikelen: Hv art. 52 lid 1, Vo 2016/679 art. 2 lid 2 onder a, Vo 2016/679 art. 5, Vo 2016/679 art. 6 en Vo 2016/679 art. 10

RECHTSPRAAK

Lesław Wójcik t. Polen, EHRM 1 juli 2021, nr. 66424/09

Naar Pools recht is het ontvangen van een langduriger, ongesuperviseerd bezoek van de vaste partner ('conjugal visits') alleen mogelijk als beloning voor goed gedrag. Het EHRM overweegt dat dit niet als zodanig problematisch is, maar dat het weigeren van zo'n privilege dan wel goed moet worden overwogen en gemotiveerd; een grond daarvoor kan bijvoorbeeld gelegen zijn in slecht gedrag van de gevangene. Ook is van belang dat er wel andere contacten met de partner mogelijk blijven. Als aan dergelijke eisen is voldaan, is art. 8 EVRM niet geschonden.

Klager zit een straf uit in een Poolse gevangenis. Naar Pools recht kan hij alleen privébezoeken voor langere duur van zijn echtgenote ('conjugal visits') ontvangen als een soort beloning voor goed gedrag. Klager heeft verschillende malen om dit soort bezoeken gevraagd, maar die zijn hem vaak geweigerd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het systeem waarbij dit soort bezoeken alleen mogelijk is als beloning in strijd is met art. 8 EVRM, omdat ze daardoor werden overgelaten aan de discretie van de gevangenisautoriteiten en moeilijk te krijgen waren. Het EHRM wijst erop dat gevangenen zeker niet al hun grondrechten kwijtraken en dat het gevangenisbeleid gericht moet zijn op sociale integratie. Tegelijkertijd heeft het EHRM er begrip voor dat staten een beleid introduceren waarbij voordelen worden aangeboden als een soort positieve prikkel voor goed gedrag of als straf bij slecht gedrag. Waar het gaat om bezoekrechten kunnen die worden gezien als een essentieel onderdeel van het recht op respect van het gezinsleven van betrokkenen, maar kunnen er wel redelijke eisen worden gesteld die verband houden met de aard van het gevangenisregime waaraan iemand wordt onderworpen, de aard van de vergrijpen waarvoor hij is veroordeeld etc. Het Hof heeft eerder ook al geoordeeld dat langduriger privébezoeken van een partner mooi zijn, maar dat er geen verplichting is om die in te voeren. Staten komt op dit punt een ruime *margin of appreciation* toe.

Het Hof benadrukt dat in Polen deze bezoeken volledig zijn ingepast in een motivatiesysteem voor goed gedrag. Hierover heeft het CPT niet negatief geoordeeld en ook in VN-regels is een dergelijk systeem van privileges gekoppeld aan goed gedrag geaccepteerd. Wel moet het toekennen van de privileges voldoende worden gegrond in de specifieke omstandigheden van het geval en het specifieke individuele gedrag van een gevangene, wat per geval moet worden bepaald. Het Hof wijst erop dat in het geval van klager hij vooral graag bezoek van zijn echtgenote wilde ontvangen om zijn huwelijksbanden in stand te houden en om samen een kind te krijgen; bovendien vond hij dat zijn gedrag goed genoeg was om dit te verdienen. Een analyse van de redenen die zijn gegeven om de bezoeken te weigeren wijst erop dat dat daaraan vooral klagers brutaliteit en diverse tuchtstraffen ten grondslag lagen. In zijn geval was er geen sprake van een actieve en voortdurende rehabilitatie, terwijl die wel vereist was om de huwelijksbezoeken toe te laten. Tegelijkertijd was er wel nog gewoon contact mogelijk via gesuperviseerde bezoeken, correspondentie en telefoongesprekken. Het Hof acht deze redenen voldoende als rechtvaardiging voor de beperkingen en is van oordeel dat de weigeringen niet willekeurig of kennelijk onredelijk waren. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden, en dat oordeel maakt dat het niet nodig is om de klacht ook nog te onderzoeken onder art. 12 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUDoo6642409

Zaaknummer: 66424/09

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Tercan t. Turkije, EHRM 29 juni 2021, nr. 6158/18

Een lid van het Turkse Constitutionele Hof is na de couppoging van juli 2016 gearresteerd op verdenking van lidmaatschap van de FETÖ/PDY; hij is uiteindelijk tot meer dan tien jaar gevangenisstraf veroordeeld. Het EHRM acht het voorarrest in strijd met art. 5 lid 1 EVRM, nu het was gebaseerd op een onvoorzienbaar ruime uitleg van een uitzondering op de bijzondere waarborgen bij vervolging van rechters en nu bovendien geen redelijke verdenking van een strafbaar feit ten grondslag is gelegd aan de voorlopige hechtenis.

Klager is in 2011 benoemd tot lid van het Turkse Constitutionele Hof. Na de mislukte coup op 15 juli 2016 is hij gearresteerd en in hechtenis genomen op verdenking van lidmaatschap van de FETÖ/PDY; daarbij werd ook een huiszoeking uitgevoerd. Na een periode van voorarrest werd klager in 2019 veroordeeld tot ruim tien jaar gevangenisstraf vanwege zijn lidmaatschap van een gewapende terroristische organisatie. Een beroep bij het Constitutionele Hof was grotendeels niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn voorlopige hechtenis niet in overeenstemming was met art. 5 lid 1 EVRM. Het EHRM herinnert eraan dat het al eerder, in *Alparslan Altan t. Turkije*, heeft geoordeeld over de bijzondere constructie die ten aanzien van hoge rechterlijke functionarissen is gekozen om hen in hechtenis te kunnen nemen. Normaal gesproken moet daarvoor een bijzondere procedure worden gevolgd vanwege de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, maar dat is volgens de nationale wetgeving anders als sprake is van een heterdaad-situatie. Het Hof heeft al geoordeeld dat de daarbij gegeven uitleg van de notie van ‘in flagrante delicto’ onredelijk was en erop neerkwam dat de autoriteiten alle rechters, waaronder een rechter als klager die in het Constitutionele Hof zitting had, zonder enige extra rechtsbescherming in voorarrest kon nemen en zonder bewijs te hoeven leveren van een situatie van heterdaad. Het EHRM acht ook in de onderhavige situatie een dergelijke brede uitleg van de notie van heterdaad onaanvaardbaar, waarbij het ook meeweegt dat deze de rechterlijke immuniteit zwaar aantast. De waarborgen van het recht op vrijheid en veiligheid

worden volgens het Hof betekenisloos als zou worden aanvaard dat leden van de rechterlijke macht, inclusief de hoogste gerechten van het land, in voorarrest kunnen worden genomen zonder dat er een duidelijke aanwijzing is dat zij daadwerkelijk hebben deelgenomen aan een gewapende organisatie. Daardoor zou ook het kunnen vasthouden aan rechtsstatelijke eisen illusoir worden. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat de voorlopige hechtenis van klager niet berust op een deugdelijke wettelijke grondslag en dat art. 5 lid 1 EVRM is geschonden. Het beroep dat Turkije heeft gedaan op de noodtoestand en art. 15 EVRM doet hieraan volgens het Hof niet af.

Daarnaast stelt het Hof nog vast dat er in het geval van klager geen enkel concreet bewijs is geleverd van een redelijke verdenking van het lidmaatschap van een gewapende terroristische organisatie. In het dossier zijn geen specifieke en geïndividualiseerde elementen vervat, maar alleen vage en algemene verwijzingen naar het dossier. Het Hof is van oordeel dat ook hierdoor de waarborgen van het recht op veiligheid en vrijheid illusoir dreigen te worden. Nu er geen minimum van plausibiliteit van de verdenkingen bestond, is ook op die grond art. 5 lid 1 EVRM geschonden.

In de loop van de tijd is het voorarrest van klager verschillende malen verlengd. Het Hof oordeelt dat hiervoor steeds vrij algemene en abstracte gronden zijn gegeven, zonder dat een geïndividualiseerde beoordeling is uitgevoerd. Ook de door het cassatiehof gegeven redenen waren formulaïsch en abstract. Verder merkt het Hof op dat de autoriteiten nooit hebben gekeken naar eventuele alternatieven voor voorarrest. Gelet daarop is ook art. 5 lid 3 EVRM geschonden. Ook hieraan doet het beroep op art. 15 EVRM niet af.

Tot slot overweegt het Hof dat de huiszoeking inbreuk heeft gemaakt op art. 8 EVRM. Voor huiszoekingen bij rechters gelden dezelfde bijzondere waarborgen als gelden voor hun voorlopige hechtenis, maar hierop is in het geval van klager dezelfde heterdaad-uitzondering gemaakt. Net als bij art. 5 lid 1 EVRM oordeelt het Hof dat deze uitzondering overmatig en onvoorzienbaar ruim is uitgelegd, zodat moet worden aangenomen dat de huiszoeking niet in overeenstemming was met de wet in de zin van art. 8 lid 2 EVRM. Daarmee is niet voldaan aan het legaliteitsvereiste en is ook art. 8 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD000615818

Zaaknummer: 6158/18

Wetsartikelen: EVRM art. 5 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Adzhigitova e.a. t. Rusland, EHRM 22 juni 2021, nrs.
40165/07 en 2593/08**

In 2005 heeft een bataljon in een Tsjetsjeens dorp een operatie uitgevoerd waarbij mensen zijn mishandeld en elf mannen zijn verdwenen. Een dag erna werd een aanval uitgevoerd door een illegale gewapende groep – gehuld in de kleding van het bataljon – waarbij een man om het leven kwam. Het EHRM houdt Rusland verantwoordelijk voor het handelen van het bataljon, maar niet voor dat van de gewapende groep. Het stelt onder meer schendingen vast van art. 2 en 3 EVRM, zowel in materieel als procedureel opzicht, en van art. 14 EVRM doordat eventuele racistische motieven onvoldoende zijn onderzocht.

Klagers zijn 126 inwoners van een dorp in Tsjetsjenië, gelegen dichtbij de grens met Dagestan. De overgrote meerderheid van de inwoners behoren tot de etnische groep van de Avaren, die beweerdelijk een slechte relatie hebben met hun Tsjetsjeense burens. Hun klachten hebben betrekking op een ‘speciale operatie’ die op 4 juni 2005 werd uitgevoerd in het dorp in reactie op een aanval door een illegale gewapende groep op de vader van een soldaat in het zogenaamde Vostokbataljon. Tijdens deze operatie werd onder meer opdracht gegeven om alle mannelijke inwoners van het dorp bij elkaar te brengen in de school, waarbij beweerdelijk mishandelingen plaatsvonden. Elf van de klagers behoorden tot een groep mensen die daarbij werden gearresteerd; negen van hen hadden de Avarse etniciteit. Zij zijn daarna verdwenen. Op dezelfde dag vond een tweede aanval plaats, naar zeggen van de regering door de illegale gewapende groep die – gehuld in uniformen van het Vostokbataljon – het dorp binnenkwam en de bevolking aanviel, in de hoop dat de bevolking zou aannemen dat de aanval door het Vostokbataljon werd uitgevoerd. Bij deze aanval werd een aantal huizen platgebrand en kwam Magomazov te overlijden.

Voor het EHRM hebben de klagers en hun nabestaanden diverse klachten ingediend met

betrekking tot deze operatie en aanval. Het EHRM merkt daarbij allereerst op dat het de Russische regering heeft gevraagd om alle relevante onderzoeksrapporten ten aanzien van de speciale operatie te overleggen, maar dat dit maar gedeeltelijk is gebeurd. In het licht van art. 38 EVRM en de daarover bestaande rechtspraakcriteria oordeelt het EHRM dat Rusland daarvoor geen overtuigende en bovendien intern tegenstrijdige redenen heeft aangevoerd; bovendien heeft ook een nationale rechter al geoordeeld dat een van de documenten aan een klager had moeten worden overgelegd. Gelet daarop oordeelt het Hof dat Rusland niet aan zijn verplichtingen onder art. 38 EVRM heeft voldaan.

Ten aanzien van de feiten en de verantwoordelijkheid voor de verdwijning van de elf mannen acht het Hof het aannemelijk dat de staat – namelijk het Vostokbataljon – hiervoor verantwoordelijk is geweest. De versie die de regering van de feiten heeft gegeven, kan het Hof niet overtuigen, onder meer doordat die versie is gebaseerd op onbetrouwbare getuigenissen van betrokken militairen en gevangenen en deze uitleg in strijd is met een aantal rapporten waarover het Hof beschikt. Ook gelet op het ontbreken van enig nieuws over het lot van de elf mannen, neemt het Hof aan dat ze geacht moeten worden te zijn overleden. Voor wat betreft het platbranden van de huizen en het overlijden van Magomazov is het Hof van oordeel dat er voldoende bewijs is om aan te kunnen nemen dat hiervoor niet het Vostokbataljon verantwoordelijk was, maar de leden van een illegale gewapende groep.

In het licht van deze feitenvaststelling oordeelt het Hof dat ten aanzien van de elf mannen art. 2 EVRM is geschonden, maar dat dit niet vaststelbaar is voor het overlijden van Magomazov. Daarnaast constateert het Hof dat er weliswaar enig onderzoek is verricht naar de toedracht, maar dat dit uiterst beperkt is gebleven en bovendien heel lang heeft geduurd zonder enig resultaat op te leveren. Hetzelfde geldt ten aanzien van het overlijden van Magomazov, waar toch ook deugdelijk onderzoek naar had moeten worden uitgevoerd. Dit betekent dat art. 2 ook in procedureel opzicht is geschonden, in samenhang met art. 13 EVRM. Het Hof ziet geen schending van de preventieve positieve verplichtingen ten aanzien van Magomazov, nu de autoriteiten niet redelijkerwijze konden weten dat een aanval op het dorp door een illegale gewapende groep zou plaatsvinden en dat hij specifiek een risico liep voor zijn leven.

Ten aanzien van art. 3 EVRM acht het Hof het aannemelijk dat het optreden door het Vostokbataljon zodanig gewelddadig is geweest dat het drempelniveau voor toepasselijkheid van deze bepaling is bereikt, zonder dat is aangetoond dat voor dit geweld een strikte noodzaak bestond. Art. 3 EVRM is dan ook geschonden in materieel opzicht. Daarnaast is er een procedurele schending omdat ook naar dit geweld onvoldoende onderzoek is gedaan, hetgeen het Hof onacceptabel vindt omdat dit dreigt te leiden tot een situatie van ineffectiviteit van het fundamentele verbod van onmenselijke en vernederende behandeling. Ten aanzien van de familieleden van de verdwenen mannen stelt het Hof eveneens een

schending van art. 3 EVRM vast vanwege de angst en spanning die hun verdwijning teweeg moet hebben gebracht. Geen schending van deze bepaling ziet het Hof in de situatie na de aanval, waarbij klagers naar eigen zeggen in zeer slechte omstandigheden in een tijdelijk kamp hebben geleefd, nu onvoldoende is aangetoond dat die omstandigheden zo slecht waren en er bovendien geen onmiddellijke en daadwerkelijke dreiging was die klagers' terugkeer naar hun dorp verhinderde.

Onder art. 1 EP hebben klagers gesteld dat hun eigendommen zijn vernield doordat hun woningen in brand zijn gestoken. Het Hof wijst erop dat niet de staat, maar de gewapende illegale groep hiervoor verantwoordelijk was, maar dat er ook in die situatie een zekere verantwoordelijkheid bestaat voor de autoriteiten om nader onderzoek te verrichten. Wel gaat die onderzoeksplicht minder ver dan het geval is bij art. 2 en 3 EVRM. Het Hof gaat ervan uit dat voldoende duidelijk is dat de materiële schade aan de huizen is veroorzaakt door de gewapende illegale groep en dat er uiteindelijk ook enige compensatie is toegekend vanuit de staat. Gelet daarop acht het Hof art. 1 EP niet geschonden.

Tot slot hebben klagers gesteld dat het optreden door het Vostokbataljon was ingegeven door hun etnische afkomst en dat het daarmee discriminerend was. Het Hof merkt op dat het doorzoeken van het dorp in algemene zin gebeurde en dat niet alle vermiste mannen Avarisch van afkomst waren. Ook ander bewijs voor het Hof wijst erop dat raciale vooroordelen geen directe causale factor waren in de militaire operatie. Art. 14 EVRM is dan ook niet geschonden in dit opzicht. Wel is het Hof van oordeel dat de behandeling die de mannen die in de school waren opgesloten van discriminatie getuigt, nu alle Tsjetsjeense of Russische mannen meteen werden vrijgelaten en juist de Avarische mannen werden vastgehouden en mishandeld, terwijl er ook veel racistische opmerkingen werden gemaakt. Dit betekent dat er in ieder geval grondig onderzoek had moeten plaatsvinden naar mogelijke racistische motieven, terwijl daarvan niet is gebleken. Art. 14 EVRM is in dit opzicht dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD004016507

Zaaknummer: 40165/07 en 2593/08

Wetsartikelen: EVRM art. 2, EVRM art. 3, EVRM art. 8, EVRM art. 13, EVRM art. 14, EVRM art. 1 EP en EVRM art. 38

RECHTSPRAAK

**El Kodwa Arafat t. Frankrijk, EHRM 10 juni 2021
(ontv.besl.), nr. 82189/17**

In 2004 is Yasser Arafat in een Frans ziekenhuis overleden. Op verzoek van zijn weduwe en dochter is later, in 2012, strafrechtelijk onderzoek gedaan omdat een verdenking van poloniumvergiftiging bestond. Dit onderzoek is uiteindelijk gesloten omdat uit verschillende deskundigenrapporten bleek dat er onvoldoende bewijs was. Het EHRM is van oordeel dat dit onderzoek in algemene zin zorgvuldig is verlopen en op de ingewonnen deskundigenrapporten goed gemotiveerd is gereageerd. Het ziet dan ook geen strijd met art. 6 lid 1 EVRM en verklaart de klacht kennelijk ongegrond.

Klagers zijn de weduwe en dochter van Yasser Arafat, die in 2004 in Frankrijk is overleden na behandeling in een ziekenhuis. Er werd geen post-mortem-onderzoek uitgevoerd op verzoek van de weduwe, maar in 2012 werden wel sporen van de sterk radioactieve stof polonium 210 gevonden op zijn persoonlijke eigendommen. Dit wekte de suggestie dat Yasser Arafat mogelijk vergiftigd kon zijn. Daarop hebben klagers een strafrechtelijke aanklacht ingediend en hebben zij zich in het daaropvolgende onderzoek gevoegd als civiele partijen. Er werden Franse, Zwitserse en Russische teams ingezet om de situatie te onderzoeken, waarbij aanvankelijk de Franse en Zwitserse rapporten tot tegenstrijdige conclusies kwamen. Het Franse rapport, waaruit bleek dat er geen reden was om aan te nemen dat Arafat aan polonium 210 was blootgesteld, werd later wel bevestigd door een extra deskundigenrapport. Daarop werd besloten om het onderzoek te beëindigen.

Klagers hebben bezwaar tegen de inzet van het extra deskundigenrapport en de weigering van het geven van opdracht om nog een extra rapport aan te vragen. Het EHRM behandelt deze zaak op grond van art. 6 lid 1 EVRM. Daarbij geeft het een algemene beoordeling van de redelijkheid van de procedure. Het onderzoek is snel ingesteld en daarbij zijn veel onderzoekshandelingen ondernomen, zowel in Frankrijk als daarbuiten. Klagers hebben daarin ook uitgebreid kunnen participeren. De verzoeken van klagers zijn steeds zorgvuldig

bestudeerd door de onderzoeksrechters en zijn goed gemotiveerd afgewezen. De eerlijkheid van de procedure als geheel kan daardoor niet ter discussie komen te staan. Nu evenmin is komen vast te staan dat de rechters willekeurige conclusies hebben bereikt of een onredelijke uitleg hebben gegeven van het bewijsmateriaal in het dossier, acht het Hof de klacht kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0610DECoo82189/17

Zaaknummer: 82189/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Erkizia Almandoz t. Spanje, EHRM 22 juni 2021, nr. 5869/17

Een belangrijk figuur in een Baskische afscheidingsbeweging heeft in 2008 een speech gehouden waarin hij lof toezwaaide aan een dertig jaar eerder vermoord ETA-lid. Hij is daarvoor strafrechtelijk veroordeeld omdat hij in zijn speech terrorisme zou verdedigen en in verdeckte bewoordingen zou pleiten voor omverwerping van het systeem. Het Hof deelt de nationale lezing van de speech niet en ziet daarin geen directe of indirecte oproep tot geweld of gewapende strijd, of anderszins van hate speech. De veroordeling was dan ook ongerechtvaardigd en daarmee in strijd met art. 10 EVRM.

In 2008 sprak klager (toen geen politicus, wel een belangrijk politiek figuur in een Baskische afscheidingsbeweging) tijdens een publieke ceremonie ter gelegenheid van de herdenking van een voormalig lid van de ETA, dat dertig jaar daarvoor was vermoord door een extreem-rechtse terroristische organisatie. In 2011 werd hij daarvoor strafrechtelijk veroordeeld omdat de speech zou neerkomen op hate speech, waarbij terrorisme werd verdedigd en waarbij sprake was van ambivalente uitingen die gelezen konden worden als oproepen tot omverwerping van het bestaande systeem. In latere procedures werd deze veroordeling in stand gehouden.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hierdoor de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM is geschonden. Het EHRM merkt op dat klager weliswaar geen politicus was, maar dat zijn speech wel een onderwerp van algemeen belang betrof. Dat betekent echter nog niet dat de uitingsvrijheid absoluut is: wanneer daadwerkelijk sprake is van hate speech, kunnen beperkingen gerechtvaardigd zijn. Daarvoor is echter wel noodzakelijk om de speech te onderzoeken in het licht van de factoren die het EHRM in zijn rechtspraak heeft geformuleerd om te kunnen bepalen of van hate speech sprake is. Het EHRM stelt daarbij voorop dat klager zijn speech hield in een gespannen politieke en sociale context. De tekst kon bovendien worden gezien als een eulogie op een voormalig ETA-lid en een aantal zinnen waren ambigu van aard. Tegelijkertijd ziet het Hof niets in de speech waarmee klager direct of indirect

opriep tot geweld of gewapende strijd. Klager was ook niet verantwoordelijk voor de organisatie van de bijeenkomst en van de wat grimmige omgeving waarin die werd gehouden. Het Hof is verder van oordeel dat klager met zijn speech ook niet bewust beoogde om bepaalde negatieve gevolgen te bewerkstelligen. Integendeel: klager riep juist ook op tot een nieuwe 'pathway to democracy' in zijn speech. Het Hof acht de veroordeling dan ook ongerechtvaardigd en in strijd met art. 10 EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917

Zaaknummer: 5869/17

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Hurbain t. België, EHRM 22 juni 2021, nr. 57292/16

In Le Soir is in 1994 een artikel gepubliceerd over een auto-ongeluk, waarbij de naam van bestuurder G. volledig werd genoemd. Deze werd in 2000 vanwege zijn betrokkenheid veroordeeld, maar later gerehabiliteerd. Toen het krantenarchief gedigitaliseerd en doorzoekbaar werd, heeft G. de rechter met succes verzocht de hoofdredacteur van de krant te verplichten om het digitale artikel te anonimiseren. Het belang van de archieffunctie van kranten en toegankelijkheid van informatie afwegend tegen het belang van G. bij bescherming van zijn goede naam oordeelt het Hof dat deze anonimiseringsverplichting niet in strijd was met art. 10 EVRM.

Klager is de hoofdredacteur van *Le Soir*, een belangrijke Franstalige krant in België. In 1994 maakte *Le Soir* melding van een verkeersongeval waardoor twee mensen waren omgekomen en drie andere gewond waren geraakt. Daarbij noemde het artikel ook de volledige naam van de bestuurder van de auto, die in 2000 werd veroordeeld en in 2006 weer – gerehabiliteerd – vrijkwam. In 2008 digitaliseerde *Le Soir* zijn archief voor de periode vanaf 1989, waardoor alle eerder verschenen artikelen vrij toegankelijk beschikbaar kwamen op de website. In 2010 verzocht de bestuurder om het eerder verschenen artikel te verwijderen uit de digitale archieven of het tenminste te anonimiseren, zodat het niet meer in beeld zou komen als zijn naam in een zoekmachine werd ingegeven. *Le Soir* weigerde dit te doen, maar verzocht wel aan zoekmachine Google om er niet meer naar te verwijzen. In 2012 spande de bestuurder een procedure aan tegen klager om de krant alsnog te verplichten tot anonimisering. Dit werd in de kern gehonoreerd en dit oordeel bleef in latere instanties in stand.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de verplichting om het stuk te anonimiseren in strijd is met art. 10 EVRM. Het Hof stelt voorop dat niet is betwist dat in dit geval sprake is van een inbreuk en dat deze voldoende was voorzien bij wet en een legitiem doel diende, namelijk de bescherming van de reputatie en de rechten van anderen. Het roept vervolgens in herinnering dat bij een botsing tussen twee Conventierechten (in dit geval art. 8 en 10 EVRM) geen van

beide rechten *a priori* zwaarder weegt dan het andere, en dat het primair aan de nationale instanties is om hiertussen een afweging te maken. In het onderhavige geval is wel in die zin sprake van een bijzondere situatie in vergelijking met vorige zaken dat de botsing een situatie betreft waarin aanvankelijk, in 1994, de rechtmatigheid van het noemen van de naam van klager niet is betwist, maar dat veel later, ingevolge de online publicatie van het gearchiveerde artikel in 2008, alsnog is beslist dat de naam van de bestuurder zou moeten worden vervangen door een X. Het Hof acht daarbij ook van belang dat de pers een rol heeft bij het archiveren en toegankelijk houden van eerder gepubliceerde informatie; de krantenarchieven zijn een waardevolle bron voor het onderwijs en voor geschiedkundig onderzoek. Dit betekent dat de rechten van een persoon waarover een publicatie via het internet toegankelijk wordt, moet worden afgewogen tegen het recht van het publiek om zich te kunnen informeren over gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden. Het Hof wijst in dit verband ook op het risico van een ‘chilling effect’ op de persvrijheid wanneer een hoofdredacteur op een later moment verplicht wordt om alsnog een artikel te anonimiseren; dit kan ertoe leiden dat de pers misschien afziet van het opnemen van bepaalde publicaties in de archieven of om daar individuele elementen uit te halen, waardoor de integriteit van de publicaties zou worden aangetast.

Tegen die achtergrond beoordeelt het Hof of in de onderhavige zaak een goede afweging is gemaakt tussen alle betrokken belangen. Daarbij merkt het op dat het artikel weliswaar een zekere archiefwaarde had en van statistisch nut kon zijn voor het beoordelen van verkeersveiligheidsvraagstukken, maar ook dat de actualiteitswaarde ervan was verdwenen en dat het artikel ook niet meer bijdroeg aan een debat over een onderwerp van algemeen belang. Het belang voor klager zelf was daarentegen groot, nu hij zijn straf had uitgezeten, was gerehabiliteerd en gereïntegreerd in de samenleving. Zoals de nationale rechter heeft opgemerkt, zou het archiveren van een stuk als dit niet moeten leiden tot een soort ‘virtueel strafblad’ voor de betrokkene. Zijn bekendheid – die hij mogelijk had gekregen ten tijde van het ongeval door de belangstelling die er was – is in de loop van de tijd ook afgenomen, zodat hij nu moet worden aangemerkt als een verder onbekend privépersoon. Klager zelf heeft ook nooit de media opgezocht en die zelfs gemeden. Wat betreft de aard van de publicaties merkt het Hof op dat online stukken veel sneller een inbreuk kunnen maken op het privéleven dan papieren stukken, al vergde het vinden van het onderhavige stuk wel een actieve en gerichte zoekactie op de website van klager. Daarbij merkt het Hof wel op dat de verplichtingen en verantwoordelijkheden van zoekmachines en de redacteurs van de oorspronkelijke publicatiebronnen verschillend kunnen zijn, in die zin dat het vooral via zoekmachines is dat mensen gemakkelijk informatie kunnen vinden. Tegelijkertijd zorgde juist ook de beschikbaarheid van het stuk op de website van klager ervoor dat het stuk kon worden gevonden. Verder kon het stuk zowel via Google als de website van klager rechtstreeks worden

gevonden door de naam van klager in te vullen in het zoekveld, ook bij zoekacties die helemaal niets te maken hebben met het willen achterhalen van het verleden van klager. Het Hof acht het niet onredelijk dat de nationale rechter op dit punt heeft gevonden dat iemand op deze manier blijvend kan worden geconfronteerd met zijn geschiedenis.

Voor wat betreft de belangen van de krant en de hoofdredacteur heeft de nationale rechter geoordeeld dat anonimisering de meest effectieve en snelle manier zou zijn om het privéleven van klager te beschermen. Dat het ook mogelijk zou zijn om de vindbaarheid via Google aan te vechten, doet daar volgens het Hof niet aan af, ook al omdat – zoals de nationale rechter heeft opgemerkt – de niet-geanonimiseerde, digitale versie dan nog steeds via andere indexeringsystemen vindbaar zou zijn. Bovendien kan de nationale rechter niet worden verweten dat hij alleen heeft gereageerd op het directe verzoek van klager en niet nog andere wegen heeft verkend, gericht tegen een andere verantwoordelijke, om de problematiek op te lossen. De integriteit van het oorspronkelijke artikel werd volgens het Hof verder niet geraakt door de opgelegde maatregel, nu de anonimisering alleen de onlineversie betrof en niet de originele, papieren versie of zelfs de gedigitaliseerde (maar niet via de website toegankelijke) versie.

In het licht van deze overwegingen roept het Hof in herinnering dat de nationale rechter vooral veel gewicht heeft toegekend aan het nadeel voor de bestuurder en het tijdverloop sinds de oorspronkelijke publicatie, en de archieven van *Le Soir* als zodanig intact heeft gelaten. Die overwegingen acht het Hof relevant en voldoende en het ziet geen zwaarwegende redenen om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale rechter. Gelet daarop stelt het Hof vast dat art. 10 EVRM niet is geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD005729216

Zaaknummer: 57292/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Khachaturov t. Armenië, EHRM 24 juni 2021, nr. 59687/17

Een Armeense verdachte zou worden uitgeleverd aan Rusland, ondanks het feit dat hij ernstige gezondheidsklachten heeft en door artsen is verklaard dat hij niet kan reizen zonder grote gezondheidsrisico's te lopen. Het EHRM is van oordeel dat klager de risico's voldoende heeft aangetoond, maar dat de Armeense autoriteiten hem tijdens de uitleveringsprocedure te weinig gelegenheid hebben gegeven om dit te doen en ook zelf te weinig onderzoek hebben gedaan naar de medische risico's. Zolang dat niet alsnog gebeurt zal uitlevering in strijd komen met art. 3 EVRM.

Een Armeense verdachte van corruptie in Rusland heeft in de periode waarin hij op een zitting moest verschijnen een beroerte gekregen. Vanwege zijn verblijf in het ziekenhuis werd hij door de Russische autoriteiten aangemerkt als 'voortvluchtig'. Hij is vlak daarna teruggegaan naar Armenië en heeft daar een verdere medische behandeling ondergaan. Ondanks het feit dat artsen hem 'unfit for travel' verklaarden vanwege de ernstige gezondheidsklachten, hebben de Armeense autoriteiten op verzoek van de Russische autoriteiten besloten om klager uit te leveren.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn uitlevering en de daarvoor noodzakelijke reis ernstige risico's voor zijn gezondheid zouden betekenen, en daarom in strijd zouden komen met art. 3 EVRM. Het EHRM heeft op grond van Rule 39 een interimmaatregel opgelegd om klager in ieder geval gedurende de procedure voor het EHRM in Armenië te houden. Het Hof overweegt dat klager gedetailleerde en diverse medische informatie heeft overgelegd waaruit de gezondheidsrisico's van een reis naar Rusland duidelijk blijken. De autoriteiten hebben die informatie niet weerlegd. Ze hebben klager tijdens de procedure maar weinig ruimte geboden om de gezondheidsrisico's aan te tonen, terwijl ze ook niet zelf veel moeite hebben gedaan om goede medische informatie te verzamelen. Daardoor hebben ze onvoldoende onderzoek gedaan naar de risico's voor de gezondheid van klager bij reizen. Gelet daarop concludeert het Hof dat de uitlevering naar Rusland zonder nadere, grondige beoordeling van de

gezondheidsrisico's voor klager zijn rechten onder art. 3 EVRM zouden aantasten.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0624JUD005968717

Zaaknummer: 59687/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

**Darko Matijašić t. Kroatië, EHRM 8 juni 2021 (ontv.besl.),
nr. 38771/15**

In Kroatië bestaat een systeem waarbij na verkeersovertredingen strafpunten kunnen worden opgelegd. Als over een bepaalde periode een bepaalde hoeveelheid strafpunten is verkregen, wordt automatisch een rijverbod opgelegd. Het EHRM oordeelt dat een dergelijk systeem vooral de verkeersveiligheid beschermt en geen punitief karakter heeft. Dit is anders dan wanneer een rijverbod als bijkomende straf wordt opgelegd na het begaan van een verkeersovertreding. Er is dan ook geen sprake van een strafrechtelijke sanctie in de zin van art. 4 P7 EVRM.

Klager is een heel aantal keren beboet vanwege verkeersovertredingen. Daarbij heeft hij ook steeds aftrek van punten van zijn rijbewijs gekregen. In 2014 werd hem een verbod opgelegd op het besturen van motorvoertuigen, nu hij in totaal in een periode van twee jaar negen strafpunten opgelegd had gekregen.

Volgens klager levert dit *bis in idem* in de zin van art. 4 P7 op, nu hij niet alleen boetes opgelegd heeft gekregen, maar ook niet meer een motorvoertuig mag besturen. Het EHRM heeft zich eerder uitgesproken over deze maatregel en heeft daarbij soms ook aangenomen dat het gaat om een strafrechtelijke sanctie. Het maakt nu echter onderscheid tussen twee verschillende situaties, die ook in het Kroatische recht worden onderscheiden. Enerzijds is het opleggen van een rijverbod dat wordt opgelegd als een extra straf, boven op een boete of vrijheidsstraf. Anderzijds is er een rijverbod dat automatisch volgt op het aftrekken van een bepaald aantal punten gedurende een bepaalde, bij wet bepaalde tijd. Een dergelijke maatregel is een directe en voorzienbare consequentie van het eigen gedrag waaruit iemands ongeschiktheid blijkt om een auto te besturen. Daarbij benadrukt het Hof ook dat dergelijke strafpunten in veel EU-landen bestaan en dat die passen bij het belang van het effectief bestrijden van gevaren voor de verkeersveiligheid. Het Hof oordeelt daarom dat het rijverbod in dit geval niet kan worden gezien als een strafrechtelijke sanctie, zodat art. 4 P7 niet van

toepassing is. De klacht is dan ook niet-ontvankelijk *ratione materiae*.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0608DEC003877115

Zaaknummer: 38771/15

Wetsartikelen: EVRM art. 4 P7

RECHTSPRAAK

R.B. t. Estland, EHRM 22 juni 2021, nr. 22597/16

Een kind van vier jaar oud is beweerdelijk seksueel misbruikt door haar vader. Door onzorgvuldigheden bij het afnemen van haar verklaringen zijn deze in de strafzaak tegen de vader niet goed bruikbaar gebleken; de vader is vrijgesproken wegens gebrek aan (betrouwbaar) bewijs. Het EHRM is van oordeel dat de Estse autoriteiten hun positieve verplichtingen onder art. 3 en 8 EVRM als gevolg van deze onzorgvuldigheden niet voldoende zijn nagekomen.

Toen zij vier jaar oud was is klagster beweerdelijk seksueel misbruikt door haar vader. Toen bij haar moeder verdenkingen daarvan rezen is aangifte gedaan bij de politie, die daarop meteen een onderzoek startte. Daarbij is klagster ondervraagd en daarvan zijn video-opnamen gemaakt. In de procedure zijn vragen gerezen over de bruikbaarheid van het bewijs dat was verkregen door de ondervragingen, maar klagster kon tijdens de zitting niet in persoon worden ondervraagd vanwege haar jonge leeftijd. In eerste aanleg werd de vader veroordeeld, maar in hoger beroep werd deze veroordeling vernietigd omdat het bewijsmateriaal – in de vorm van de afgelegde verklaringen – niet voldoende betrouwbaar was. Dit oordeel bleef in essentie bij de Hoge Raad in Estland in stand, waarbij de Hoge Raad ook wees op een aantal procedurele fouten die waren gemaakt en die tot gevolg hadden gehad dat de verklaringen niet betrouwbaar konden worden gevonden.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat onvoldoende rechtsbescherming is geboden tegen het seksueel misbruik, in strijd met de positieve verplichtingen van de staat onder art. 3 en 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat er in deze zaak snel en adequaat onderzoek is ingesteld, maar dat vervolgens ook zorgvuldig moest worden omgegaan met de verklaringen van klagster en haar betrokkenheid bij de zitting, ook gezien in het licht van het Verdrag van Lanzarote, enkele richtlijnen van de RvE over kindvriendelijke procedures en de relevante EU-richtlijnen waarin vereisten zijn vastgelegd rondom bewijsvergaring bij kinderen. Het Hof stelt vast dat er tekortkomingen zijn geweest ten aanzien van de instructies die klagster zijn gegeven bij het afleggen van verklaringen. Dit is nog extra problematisch omdat deze zaak in feite volledig

afhankelijk was van de geloofwaardigheid van de getuigenis van klagster en de tekortkomingen tot gevolg hadden dat de verklaringen in feite onbruikbaar werden. Juist daardoor moest de vader uiteindelijk worden vrijgesproken. Dit is niet verenigbaar met de verplichtingen die een staat heeft als het gaat om de bescherming van de rechten van kinderen, zodat art. 3 en 8 EVRM zijn geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD002259716

Zaaknummer: 22597/16

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Yezhov e.a. t. Rusland, EHRM 29 juni 2021, nr. 22051/05

In 2004 is een groep leden van een politieke partij uit protest het ministerie van gezondheid binnengedrongen en heeft daar een aantal kantoren een tijdlang bezet gehouden. Het Hof vindt het redelijk dat de politie daartegen heeft opgetreden en de demonstranten uit het gebouw heeft gehaald. Problematisch vindt het wel dat aan de klagers meer dan twee jaar gevangenisstraf is opgelegd en dat uit de redengeving daarvoor blijkt dat de politieke boodschap die de demonstranten uitten daarbij een belangrijke rol speelde. Daardoor is de veroordeling toch in strijd met art. 10 EVRM.

Klagers waren in 2004 lid van de Nationale Bolsjewistische Partij (NBP) en wilden protesteren tegen wetgeving waardoor voor verschillende groepen een aantal sociale voordelen sterk zou worden teruggebracht. Zij dosten zich uit in de uniformen van hulpdiensten en drongen het ministerie van gezondheid binnen, waarbij ze medewerkers vroegen het gebouw te verlaten, de deuren aan de binnenkant afsloten door middel van nietpistolen, NBP-vlaggen uit de ramen staken, slogans riepen en flyers, firecrackers en een portret van de president uit het raam gooiden. De protestactie werd na een uur door de politie beëindigd en klagers werden aangehouden vanwege verstoring van de openbare orde. Daarvoor werden zij veroordeeld tot ruim twee jaar en in een geval drie jaar gevangenisstraf.

Het EHRM behandelt de zaak onder art. 10 EVRM. Daarbij stelt het voorop dat klagers geen recht hadden gehad om een openbaar gebouw binnen te dringen op de manier waarop ze dat hadden gedaan, zodat het gerechtvaardigd is dat de politie daartegen is opgetreden en de klagers uit het gebouw heeft gehaald. Die acties lijken ook proportioneel aan het doel van bewaring van de openbare orde. Dit is daarentegen anders voor het opleggen van de hoge straffen. Daarbij weegt het Hof ook mee dat die onder andere lijken te zijn ingegeven door animositeit jegens de boodschap van klagers, waardoor ze eigenlijk vooral bestraft zijn vanwege hun politieke boodschap. Dit is niet goed verenigbaar met de neutraliteitsverplichting van de autoriteiten ten aanzien van het uitspreken van legitieme

politieke opvattingen. Het Hof acht de voor de straffen gegeven redenen dan ook niet ‘relevant en voldoende’. Bovendien acht het de hoogte van de straffen disproportioneel in relatie tot het gedrag van klagers. Schending art. 10 EVRM (zes stemmen tegen één).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD0022015105

Zaaknummer: 22051/05

Wetsartikelen: EVRM art. 10

ANNOTATIE

Venken e.a. t. België (EHRM, 46130/14) – Een nieuw hoofdstuk in de Belgische interneringssaga***T. Mortier***

1. Reeds sinds 1998 stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') de Belgische praktijk om de vrijheidsberoving van geïnterneerden te laten plaatsvinden in gevangenissen, waar hen geen gepaste therapeutische zorg verleend kan worden, aan de kaak.[1] Een geïnterneerde is naar Belgisch recht een persoon met een geestesstoornis die strafbare feiten gepleegd heeft, maar voor deze feiten strafrechtelijk onverantwoordelijk wordt verklaard. Een rechterlijke instantie kan in die omstandigheden een maatregel van internering opleggen. Dat is een veiligheidsmaatregel en geen straf. Deze maatregel beoogt de re-integratie van de betrokkene in de maatschappij.[2] Het Hof heeft al meermaals gesteld dat er een verband moet bestaan tussen de reden waarom de vrijheidsberoving wordt opgelegd en de omstandigheden van die vrijheidsberoving.[3] De vrijheidsberoving van een persoon met een geestesstoornis vindt daarom bij voorkeur plaats in een psychiatrische instelling, waar de nodige zorg verleend kan worden met het oog op re-integratie in de samenleving.[4] Het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestraffing ('CPT') wees echter al meermaals op de ondermaatse detentieomstandigheden voor geïnterneerden in de Belgische gevangenissen.[5] In 2016 sprak het Hof het pilootarrest *W.D.* uit, waarin het de Belgische overheid een termijn van twee jaar toekende om het aantal geïnterneerden dat zich in dergelijke omstandigheden van vrijheidsberoving bevond, drastisch te verminderen.[6]

2. In het geannoteerde arrest wordt die praktijk nogmaals aangeklaagd. De vijf verzoekers waren (voor een al dan niet onderbroken periode) van hun vrijheid beroofd in de psychiatrische afdeling van verscheidene gevangenissen, waar ze niet de vereiste aangepaste therapeutische behandeling kregen en zonder dat hiertegen voor hen een effectief rechtsmiddel openstond.

De rechtsvraag waarover het Hof in het arrest *Venken* moest oordelen, is tweeledig. Om te beginnen moest het Hof nagaan of de behandeling van de verzoekers in de psychiatrische

vleugels van gevangenen in strijd was met art. 3 en 5 lid 1 EVRM. Daarnaast moest het Hof nagaan of ze een doeltreffend rechtsmiddel hadden kunnen instellen met het oog op het verbeteren van hun situatie, overeenkomstig art. 5 lid 4 en 13, in combinatie met art. 3 EVRM.

3. Het Hof begon zijn onderzoek met de eerste vraag. Op het moment van het arrest waren alle verzoekers reeds overgeplaatst naar psychiatrische instellingen en hadden ze een schadevergoeding ontvangen voor de schendingen van hun rechten. De Belgische overheid wierp dan ook op dat de verzoekers hun slachtofferstatus verloren hadden. Het Hof maakte een onderscheid tussen een preventief en een compensatoir rechtsmiddel. De nationale rechter had een compensatoir rechtsherstel geboden, wat volgens Straatsburgse rechtspraak in beginsel afdoende zou kunnen zijn om de schending te remediëren. Teneinde de slachtofferstatus echter te verliezen, moet dit dan wel de volledige schending dekken en voldoende adequaat zijn in het licht van art. 41 EVRM. De vraag was of dit effectief het geval was.

4. Aan de verzoekers Rogiers, Neiryndck en Van Zandbergen had de nationale rechter slechts voor een deel van hun verblijf in de gevangenis rechtsherstel toegekend, aangezien voor buitencontractuele overheidsaansprakelijkheid een verjaringstermijn van vijf jaar geldt.[7] Dit houdt in dat slechts de periode van vijf jaar voorafgaand aan het indienen van de vordering in aanmerking kwam voor een schadevergoeding, maar niet de schendingen die daarvóór hadden plaatsgevonden.

Het EHRM vond deze toepassing van de verjaringstermijn niet Verdragsconform. Ondanks een aantal korte onderbrekingen, waarbij de verzoekers verlof kregen in een externe psychiatrische instelling, waren de verzoekers nooit definitief in vrijheid gesteld, noch had dit ooit wezenlijk hun status als gedetineerde gewijzigd. Ze ondergingen dus een ononderbroken verblijf in gevangeniscentra, waarvan de duur de grenzen van het aanvaardbare ver overschreden had. Een verjaringstermijn van vijf jaar zou geïnterneerden dwingen om een schadevergoeding te vorderen voor een verdragsschending, ruim voordat de voortdurende schending in kwestie een einde nam. Gelet op hun fragiele mentale gezondheid, vormde dit een buitensporige procedurele last voor de verzoekers.[8] Dit werd versterkt door de vaststelling dat tijdens hun verblijf in de gevangenis, het primaire doel van de verzoekers was om overgeplaatst te worden uit de gevangenis. In dat opzicht zou enkel een preventief rechtsmiddel doeltreffend kunnen zijn om de schending te remediëren.[9] Aangezien het toegekende rechtsherstel niet de volledige periode van verdragsschending dekte, behielden deze drie verzoekers hun slachtofferstatus.

De verzoekers Venken en Clauws hadden daarentegen wel rechtsherstel ontvangen voor de volledige periode van hun opsluiting. Dit rechtsherstel kon, gezien de omstandigheden en de

wijde appreciatiemarge die het Hof de aan de Verdragsstaten in deze context laat, niet als onredelijk worden beschouwd. Het Hof onderzocht dan ook enkel de detentieomstandigheden van Rogiers, Neirynck en Van Zandbergen.

5. Het Hof oordeelde eerder kort over de gegrondheid. Verwijzend naar een aantal eerdere arresten tegen België, stelde het Hof dat in de psychiatrische vleugels in Belgische gevangenissen geen aangepaste therapeutische zorg werd verleend aan de geïnterneerden. Een plaatsbezoek van het CPT in 2017 – dus na het pilootarrest *W.D.* – had aan het licht gebracht dat de systemische problemen in die psychiatrische vleugels nog steeds bestonden. Hierdoor werd het verband tussen de oorzaak van de vrijheidsberoving en de omstandigheden ervan verbroken en meer leed berokkend dan noodzakelijkerwijs te verwachten valt bij een vrijheidsberovende straf. Het Hof besloot dan ook tot een schending van de art. 3 en 5 lid 1 EVRM.

6. Het Hof vervolgde zijn oordeel met de vraag of de verzoekers hadden kunnen beschikken over een effectief rechtsmiddel, dat de schending van hun rechten kon beëindigen en verhinderen naar de toekomst toe. Het Hof herhaalde zijn conclusie uit *W.D.* dat enkel een preventief rechtsmiddel effectief had kunnen zijn voor de betrokkenen, aangezien hun primair doel de overplaatsing naar een externe instelling was.[10]

Ook hierbij maakte het Hof een onderscheid tussen de verzoekers. Het verzoek tot invrijheidstelling van Venken, Rogiers en Neirynck was door de bevoegde instantie behandeld met toepassing van de (intussen opgeheven) wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers. Het Hof had reeds in het pilootarrest *W.D.* t. *België* geoordeeld dat de rechtsmiddelen in die wet niet voldeden. Bijgevolg besloot het Hof tot een schending van de art. 5 lid 4 en 13, al dan niet samen gelezen met art. 3 EVRM.

7. De verzoekers Clauws en Van Zandbergen hadden hun verzoek tot invrijheidstelling ingediend na inwerkingtreding van de Interneringswet van 2014, die de wet van 1930 opgeheven had.[11] De nieuwe wet beoogt tegemoet te komen aan de aanhoudende kritiek van het CPT en het EHRM.[12] Dit was de eerste keer dat het Hof de doeltreffendheid van de rechtsmiddelen uit de nieuwe wet toetste.

De Interneringswet voorziet in een systeem van automatische periodieke herziening van de vrijheidsberoving van de geïnterneerde, die minstens eenmaal per jaar moet plaatsvinden. Een dergelijk tijdsverloop vindt het Hof echter niet redelijk; een doeltreffend rechtsmiddel moet snel in staat zijn de vrijheidsberoving in gevangenissen te beëindigen. Een jaarlijks evaluatiemoment volstaat daarvoor niet, temeer daar de bevoegde instantie zich in het geval

van Van Zandbergen onbevoegd verklaard had om zich uit te spreken over de overplaatsing bij gebrek aan een concreet reclasseringsplan, waaruit de perspectieven op reclassering moeten blijken voor de geïnterneerde.[13]

Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om met toepassing van art. 54 van de Interneringswet een procedure bij hoogdringendheid te voeren, waarbij de bevoegde kamer voor de bescherming van de maatschappij tot de overplaatsing van de geïnterneerde persoon kan beslissen. Hiervan had Clauws gebruik proberen maken, maar de kamer had geoordeeld dat de situatie waarin Clauws zich bevond, niet hoogdringend was. De verzoeker had immers opnieuw geen reclasseringsplan voorgesteld. Het Hof oordeelde echter dat het niet aan de betrokken geïnterneerde is om de eigen overplaatsing te regelen, maar wel aan de bevoegde overheid. Het oordeelde dan ook dat dit rechtsmiddel evenmin als effectief aanzien kon worden.

Tot slot hadden de verzoekers de mogelijkheid om een kortgeding in te stellen bij de burgerlijke rechtbank om zo een beslissing te verkrijgen die hun vrijheidsberoving in overeenstemming kon brengen met het Verdrag. Dit middel is complementair aan de rechtsmiddelen bij de sociale beschermingsinstanties. Het Hof had in *W.D.* geoordeeld dat dit rechtsmiddel niet doeltreffend was gezien het structurele tekort van geschikte plaatsen.[14] Het hangt dus niet zozeer af van het rechtsmiddel zelf, maar van het gebrek aan voldoende plaatsen in het externe zorgcircuit en het gebrek aan voldoende gekwalificeerd personeel. Dit kan de tenuitvoerlegging van een vonnis ernstig belemmeren, zodat het Hof in *W.D.* oordeelde dat dit rechtsmiddel bezwaarlijk als doeltreffend beschouwd kon worden. Gelet echter op de grote vooruitgang die de Belgische overheid geboekt heeft sinds *W.D.* in het creëren van bijkomende opvangplaatsen in psychiatrische centra en de grotere bereidheid van de kortgedingrechter om dwangsommen op te leggen, kon een kortgedingprocedure ditmaal wél als een doeltreffend rechtsmiddel aangemerkt worden. Het Hof herinnerde eraan dat de effectiviteit van de rechtsmiddelen in hun totaliteit beoordeeld moest worden en niet per se geval per geval. Noch met betrekking tot Clauws, noch met betrekking tot Van Zandbergen kon dan ook een schending van de art. 5 lid 4 en 13, samen gelezen met 3, EVRM vastgesteld worden.

8. Het arrest *Venken* betekent dus een nieuw hoofdstuk in de Belgische interneringssaga. Het Hof stelt enige vooruitgang vast in de problematiek van geïnterneerden in gevangeniscentra. Het aantal geïnterneerden waarvan de uitvoering van de interneringsmaatregel nog steeds plaatsvond in gevangenissen, was reeds met een derde afgenomen, terwijl twee nieuwe psychiatrische centra de deuren in de tussentijd openden. Daar staat tegenover dat op het moment van het arrest, 537 geïnterneerden zich nog steeds in de psychiatrische vleugel van een gevangenis bevonden.[15] Het Hof spoorde de Belgische overheid dan ook aan om dit te

verhelpen.

Dit is des te nijpender nu de situatie in de gevangenissen voor verbetering vatbaar is. Hoewel de behandeling van geïnterneerden in de psychiatrische centra positief onthaald kon worden, merkte het CPT in zijn meest recente rapport van 2018 op dat de behandeling van geïnterneerden in psychiatrische afdelingen van gevangenissen nog niet fundamenteel gewijzigd was. In bepaalde gevallen was het zelfs slechter geworden.[16]

9. Het is opvallend dat het Hof met de schijnbaar ongewijzigde omstandigheden in de gevangenissen geen rekening hield bij het bepalen van de doeltreffendheid van de rechtsmiddelen van Clauws en Van Zandbergen, maar wel bij het bepalen van een schending van de art. 3 en 5 lid 1 een aantal paragrafen daarvoor. De doeltreffendheid van het rechtsmiddel leek immers omgekeerd evenredig aan de aanwezigheid van de aanhoudende problematiek van de vrijheidsberoving van geïnterneerden in gevangeniscentra. Of een rechtsmiddel als doeltreffend aangemerkt kan worden, hing in *W.D.* af van het aantal beschikbare plaatsen in het externe circuit en de aanwezigheid van gekwalificeerd personeel (dus van de beschikbaarheid van gepaste zorg). Zoals rechter Pavli opmerkte in zijn *concurring opinion*, stelde het Hof deze laatste voorwaarde echter niet in *Venken*.^[17] Daarentegen hechtte het Hof wel waarde aan de toenemende bereidheid van de kortgedingrechter om een dwangsom op te leggen aan de overheid, hetgeen de uitvoering van diens vonnissen eveneens ten goede zou komen.

Het Hof lijkt de structurele problematiek in de gevangenissen en de uitvoering van de vonnissen tot overplaatsing als communicerende vaten te beschouwen. In *W.D.* had het Hof immers vastgesteld dat zelfs als de bevoegde instanties de overplaatsing naar een externe instelling konden bevelen, deze overplaatsing in werkelijkheid geen uitvoering kón krijgen omwille van het beperkte aantal plaatsen in het externe circuit. Omwille hiervan had het Hof toen de rechtsmiddelen, waaronder ook de kortgedingprocedure, als niet-doeltreffend bestempeld. De betrokkene zou immers nog steeds de erbarmelijke behandeling in de gevangenis moeten ondergaan. Het Hof verwees overigens in het arrest *Venken* zelf naar het meest recente rapport van het CPT voor de huidige situatie in gevangenissen.^[18]

De grotere bereidheid van de kortgedingrechter om een dwangsom op te leggen, zal inderdaad een belangrijke prikkel voor de Belgische overheid vormen om de overplaatsing sneller uit te voeren. De vaststelling dat er nog steeds 537 geïnterneerden opgesloten zijn in gevangenissen, in vergelijking met de 807 die de overheid in april 2016 gemeld had, doet echter vermoeden dat dit niet zonder problemen zal verlopen. In een periode van vier jaar is de problematiek van het tekort aan plaatsen in psychiatrische instellingen vooralsnog niet volledig opgelost. Integendeel, de vrijheidsberoving van nog meer dan 10% van het totaal aantal Belgische

geïnterneerden wordt uitgevoerd binnen gevangenismuren. De tenuitvoerlegging van de uitspraken tot overplaatsing, al dan niet onder verbeurte van een dwangsom, kan nog steeds mogelijkserwijs op zich laten wachten bij gebrek aan plaats. In tussentijd blijven de betrokken geïnterneerden echter in die gevangeniscentra, waar de therapeutische behandeling niet voldoet aan de standaarden onder het Europees Verdrag. Daarbij komt dat als elke geïnterneerde zijn overplaatsing tegelijk zou afdwingen via een kortgedingprocedure, de doeltreffendheid van het rechtsmiddel *de facto* weer teniet gedaan zou worden, omwille van de feitelijke onmogelijkheid om alle uitspraken tot overplaatsing ten uitvoer te leggen. Het is dan ook opmerkelijk dat het Hof bereid was om één van de twee voorwaarden uit *W.D.*, terzijde te laten bij het beoordelen van de doeltreffendheid.

10. Daarnaast heeft het arrest belangrijke implicaties voor de toepassing van de nieuwe Interneringswet. Op basis van art. 54 van deze wet kan de bevoegde kamer voor de bescherming van de maatschappij de overplaatsing bevelen. Ook al oordeelde het Hof in *Venken* dat de totaliteit van de rechtsmiddelen doeltreffend waren, is deze procedure bij hoogdringendheid voor verbetering vatbaar. De kamer voor de bescherming van de maatschappij interpreteerde het criterium van hoogdringendheid namelijk zo dat aan de verzoeker de bijkomende voorwaarde opgelegd werd om een concreet reclasseringsplan voor te leggen. Het Hof vestigde echter de aandacht op het feit dat een geïnterneerde onmogelijk zelf een dergelijk plan kan opstellen, temeer gelet op diens mentale gezondheidsproblemen. Voorts stelde het Belgische Hof van Cassatie dat het loutere feit dat een geïnterneerde zich in detentieomstandigheden bevindt die in strijd zijn met het EVRM, op zich nog geen situatie van hoogdringendheid uitmaakt. Het Europees Hof wees echter op het feit dat de opname van een persoon met een geestesstoornis in een instelling die de gepaste therapeutische zorg kan verlenen, een verplichting is die op de overheid rust en geen gunstmaatregel. Dit niet faciliteren komt aldus neer op een schending van het Verdrag. Het beëindigen van een dergelijke schending zou niet afhankelijk mogen gemaakt worden van bijkomende voorwaarden die een additionele last leggen bij de verzoekende geïnterneerde. In dit licht rijst dan ook de vraag of het hoogdringendheidscriterium nog überhaupt behouden kan blijven, althans wat de overplaatsing van geïnterneerden van gevangeniscentra naar psychiatrische instellingen betreft.

11. Met dit arrest zet het Europees Hof in de verf dat de interneringspraktijk van de Belgische overheid in de juiste richting evolueert. Mede hierdoor werd voor het eerst een rechtsmiddel tegen de internering in gevangeniscentra als doeltreffend aangemerkt door het Hof. Dit wil echter niet zeggen dat alle problemen van de baan zijn: de behandeling van geïnterneerden in de psychiatrische afdeling van gevangenissen blijft ondermaats – en in dergelijke omstandigheden bevinden zich nog honderden personen. Daar staat wel tegenover dat de

behandeling in de gespecialiseerde psychiatrische centra volgens het CPT wél bevredigend is. Ook het Europees Hof zelf heeft hierover nog geen verzoekschriften ontvangen. Het Comité van Ministers had eerder al de Belgische overheid aangespoord om de inspanningen verder te zetten.[19] Ook dit arrest vormt op dat vlak een aansporing: er is licht aan het einde van de tunnel voor Belgische geïnterneerden, maar voorlopig niet voor allen.

T. Mortier

Doctoraal onderzoeker Universiteit Gent

[1] *Aerts t. België*, EHRM (GK) 30 juli 1998, nr. 25357/94; ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002535794.

[2] Art. 2 Wet van 5 mei 2014 betreffende de internering (België), *BS* 9 juli 2014.

[3] *Aerts t. België*, reeds aangehaald. Zie ook *Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578; *L.B. t. België*, EHRM 2 oktober 2012, nr. 22831/08, ECLI:CE:ECHR:2012:1002JUD002283108; *Dufoort t. België*, EHRM 10 januari 2013, nr. 43418/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD004341809; *Claes t. België*, EHRM 10 januari 2013, nr. 43653/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD004365309; *Swennen t. België*, EHRM 10 januari 2013, nr. 53448/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD005344810; *Van Meroye t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 330/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD000033009; *Oukili t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 43663/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD004366309; *Caryn t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 43687/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD004368709; *Moreels t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 43717/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD004371709; *Gelaude t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 43733/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD004373309; *Saadouni t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 50658/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD005065809; *Plaisier t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 28785/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD002878511; *Lankester t. België*, EHRM 9 januari 2014, nr. 22283/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0109JUD002228310.

[4] *Aerts t. België*, reeds aangehaald, para. 94; *L.B. t. België*, reeds aangehaald, para. 93.

[5] Zie bijvoorbeeld *L.B. t. België*, reeds aangehaald, para. 74; *W.D. t. België*, EHRM (GK) 6 september 2016, nr. 73548/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007354813, para. 74.

[6] *W.D. t. België*, reeds aangehaald, para. 173.

[7] Art. 100 Gecoördineerde wetten van 17 juli 1991 op de Rijkscompatibiliteit (België), *BS* 28 augustus 1991 en art. 2262bis, tweede lid, Burgerlijk Wetboek (België).

[8] Ook het Belgisch Grondwettelijk Hof moest eerder reeds uitspraak doen over de billijkheid van het gebruik van een verjaringstermijn om een schadevergoeding van de overheid te bekomen tegen een geïnterneerde, ondanks dat voor onbekwaamverklaarden (waaronder geïnterneerden niet begrepen worden) deze verjaringstermijn wél geschorst werd. Het Grondwettelijk Hof vond dit geen schending van het gelijkheidsbeginsel. Zie Grondwettelijk Hof (België) 26 april 2018, nr. 50/2018.

[9] *W.D. t. België*, reeds aangehaald, para. 153.

[10] *W.D. t. België*, reeds aangehaald, para. 153.

[11] Art. 132 Wet van 5 mei 2014 betreffende de internering (België), *BS* 9 juli 2014.

[12] Wetsvoorstel betreffende de internering van personen, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2001/1.

[13] Art. 48 Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten (België), *BS* 15 juni 2006. Zie ook Y. VAN DEN BERGE en F. VERBRUGGEN, “Langzaam maar onzeker: het wettelijk kader voor een geleidelijke terugkeer naar de maatschappij” in K. BEYENS, T. DAEMS en E. MAES, *Exit gevangenis? De werking van de strafuitvoeringsrechtbanken en de wet op de externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf*, Antwerpen: Maklu, 2014, p. 46.

[14] *W.D. t. België*, reeds aangehaald, para. 151.

[15] *Venken e.a. t. België*, EHRM 6 april 2021, nrs. 46130/14, 76251/14, 42969/16, 45455/17 en 236/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0406JUD004613014, para. 107.

[16] EUROPEES COMITÉ VOOR DE PREVENTIE VAN FOLTERING EN ONMENSELIJKE OF VERNEDERENDE BEHANDELING OF BESTRAFFING, “Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 mars au 6 avril 2017”, 8 maart 2018, para. 146 en volgende.

[17] *Venken e.a. t. België*, *Concurring opinion of Sir Darian Pavli*.

[18] *Venken e.a. t. België*, reeds aangehaald, para. 170.

[19] COMITÉ VAN MINISTERS, “H46-3 Groupe L.B. et W.D. c. Belgique: Surveillance de l’exécution des arrêts de la Cour européenne”, 18-20 september 2018, CM/Del/Dec(2018)1324/H46-3.

ANNOTATIE

K.I. t. Frankrijk (EHRM, 5560/19) – Ex-nunc onderzoek naar 3 EVRM-risico noodzakelijk bij terugkeer na intrekking vluchtelingenstatus**M. van Harn en K. Zwaan**

1. In het kort de casus: klager is Russische onderdaan van Tsjetsjeense afkomst (K.I.). Zijn vader, die volgens hem overleden is, was een actieve strijder van de Tsjetsjeense guerrilla's tijdens de eerste oorlog in de jaren '90. In 2011 vlucht klager uit zijn land van herkomst, omdat de Russische autoriteiten hadden geprobeerd om hem te rekruteren als spion en hij aan geweld werd blootgesteld en werd bedreigd. In augustus 2011 arriveert klager in Frankrijk op 17-jarige leeftijd, waarna hij in januari 2013 als vluchteling erkend wordt in Frankrijk. Na zijn erkenning als vluchteling, is hij in 2013 naar Syrië gereisd met een Russisch 'extern paspoort'. In april 2015 wordt hij in Frankrijk tot vijf jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens de voorbereiding van een terroristische daad, onder meer door zijn verblijf in een gevechtszone in Syrië voor de duur van vijf tot zes weken in 2013. In juni 2016, na een korte videoconferentie met de dan reeds gedetineerde klager, beëindigt de *OFPPA* (de Franse equivalent van de IND) de vluchtelingenstatus van klager en er wordt een terugkeerbesluit genomen. Deze beslissing wordt in januari 2019 bevestigd door het *Cour nationale du droit d'asile* (de Franse equivalent van de rechtbank). Er wordt in 2015 ook een terugkeerbesluit (naar Rusland) genomen. In 2017 vernietigt de administratieve rechtbank in Versailles de beslissing om Rusland als bestemmingsland te bepalen. Toch wordt klager in januari 2019 aangehouden en op de afdeling "terrorisme" van het detentiecentrum van Lille Lesquin geplaatst met het oog op verwijdering. Voor het EHRM heeft klager aangevoerd dat zijn uitzetting naar Rusland een schending zou opleveren van artikel 3 EVRM. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt immers dat deze bepaling een absoluut refoulementverbod behelst, dit betekent dat het verboden is om mensen terug te sturen naar een land waar hun een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM te wachten staat.

2. In deze zaak worden ook een groot aantal voorlopige voorzieningen (*interim measures*; Rule 39) afgegeven en soms ook weer ingetrokken. Op 25 januari 2019 vraagt de klager het EHRM om een *interim measure*: het EHRM verzoekt de Franse autoriteiten om K.I. niet uit te wijzen

totdat zijn zaak ten gronde wordt onderzocht. Volgens de Franse regering is het juridisch gezien niet mogelijk om klager uit te wijzen, omdat er nog geen beslissing tot bepaling van het bestemmingsland is genomen. Volgens klager moet zijn verwijdering wel gepland zijn, omdat zijn detentie volgens de Franse vreemdelingenwetgeving enkel toelaatbaar is “voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor het vertrek”. Zijn opsluiting wordt met 28 dagen verlengd. Op 4 februari 2019 besluit het EHRM de artikel 39-maatregel op te heffen, omdat het verzoek van klager voorbarig is nu zijn uitzettingsbeslissing niet uitvoerbaar is. Op 25 februari 2019 neemt Frankrijk een nieuwe beslissing omtrent uitzetting, dat Rusland als bestemmingsland bepaalt. Op 27 februari 2019 beveelt het EHRM op aanvraag van K.I. opnieuw tijdelijk de voorlopige maatregel toe te passen tot en met 8 maart. Op 1 maart verwerpt de rechter in kort geding het beroep tegen de beslissing van 25 februari 2019; er is geen sprake van spoedeisendheid, omdat geen uitwijzing voor 8 maart kan plaatsvinden door de voorlopige maatregel die is opgelegd door het EHRM. Op 5 maart laat de Franse regering het EHRM weten dat de *interim measure* voorbarig is, omdat het Russische consulaat nog geen toestemming had gegeven tot de overlevering van klager op hun grondgebied. Op 7 maart 2019 krijgt K.I. een e-mail van een familielid waaruit blijkt dat zijn familieleden op zijn geroepen om te verschijnen op het politiebureau van Grozny waar zij door leden van de FSB (Russische federale veiligheidsdienst) zijn ondervraagd. Op 8 maart beslist het EHRM om de *interim measure* te verlengen tot het onderzoek van de zaak ten gronde. Op 16 mei 2019 verwerpt de administratieve rechtbank van Rijsel het beroep tegen het besluit van 25 februari dat Rusland als bestemmingsland bepaalt. In mei 2020 wordt de detentie van klager vervangen door een huisarrest: hij moet zich drie keer per dag op het politiebureau melden. In juli 2020 verklaart de Franse Raad van State zijn cassatieberoep tegen de beslissing van de vreemdelingenrechter (CNDA) niet-ontvankelijk: K.I. heeft wel de hoedanigheid van vluchteling behouden, maar de beslissing kan in stand blijven.

3. Het EHRM benadrukt, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie^[1], in eerste instantie in deze zaak dat *interim measures* een cruciale rol spelen binnen het verdragssysteem. Deze maatregelen stellen het EHRM in staat arrest te wijzen na een doeltreffend onderzoek van de klacht. De voorlopige maatregelen die de staat dient te nemen op grond van feiten die zich weliswaar *a priori* de toepassing van dergelijke maatregelen voordoen, beletten niet dat die maatregelen nadien in dusdanige mate betwist kunnen worden dat de gegrondheid ervan in twijfel wordt getrokken (par.115-116).

Er wordt opgemerkt dat dit de eerste keer is dat het EHRM zich moet buigen over een ingeroepen artikel 3 EVRM-risico door een Tsjetsjeense klager op basis van een strafrechtelijke veroordeling wegens terrorisme in de verwerende staat (par. 129). Het EHRM stelt voorop dat de situatie in de Noordelijke Kaukasus niet van dusdanige aard is dat een

terugkeer naar Rusland helemaal niet mogelijk zou zijn. Uit relevante landeninformatie, waaronder een Cedoca-rapport, blijkt echter wel dat bepaalde categorieën van de bevolking van de noordelijke Kaukasus, met name van Tsjetsjenië, Ingoesjetië en Dagestan, in het bijzonder gevaar lopen. Hierbij moet worden gedacht aan leden van de gewapende strijd van het Tsjetsjeense verzet, personen die door de autoriteiten als zodanig worden beschouwd, hun verwanten, personen die hen op enigerlei wijze hebben bijgestaan, burgers die door de autoriteiten gedwongen worden met hen samen te werken en personen die verdacht worden van of veroordeeld zijn voor terroristische misdrijven. Om de bescherming van artikel 3 EVRM in te kunnen roepen, moet klager aantonen dat er in zijn individuele geval gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat zijn terugkeer naar Rusland in het bijzonder een reëel risico meebrengt op een behandeling die door artikel 3 van het Verdrag als verboden moet worden beschouwd. Hierbij dient te worden opgemerkt dat personen die binnen het bovengenoemde profiel passen eerder door de autoriteiten opgemerkt zullen worden. Het Hof oordeelt echter niet over het materiële aspect van artikel 3 EVRM. Het is aan de nationale autoriteiten om te oordelen of het uitwijzen van klager naar Rusland een schending van artikel 3 van het Verdrag oplevert.

Ten aanzien van het procedurele aspect van artikel 3 EVRM merkt het Hof op dat, ingevolge vaste jurisprudentie[2], bij de beoordeling van het ‘3 EVRM’-risico in het bijzonder rekening gehouden moet worden met het feit dat klager oorspronkelijk een vluchtelingenstatus had. Het Hof stelt vast dat de formele intrekking van de vluchtelingenstatus onverlet laat dat klager een vluchteling is, en dat dit feit door zowel de Franse autoriteiten als door de nationale rechterlijke instanties niet meegenomen is in de beoordeling van het ‘3 EVRM’-risico.

4. Het EHRM betoogt dat het HvJ EU – in de periode waarin de zaak tegen klager speelde – heeft geoordeeld dat het ‘zijn van vluchteling’ niet wordt beïnvloed door het intrekken van de status van internationale bescherming in verband met het zijn van een bedreiging van de openbare orde in een lidstaat[3]. Deze rechtspraak is ook door de *Conseil d’État* toegepast. Het EHRM herhaalt het principearrest van het HvJ EU[4]: bij beëindiging van de vluchtelingenstatus op basis van redenen die niet onder het Verdrag van Genève, maar wel onder artikel 14, leden 4 en 5 van de Kwalificatierichtlijn 2011/95/EU vallen (bv. veroordelingen wegens terrorisme binnen de EU-staat) behoudt de betrokkene de hoedanigheid van vluchteling. Dit betekent dat het non-refoulementbeginsel volledig van toepassing blijft en dat de persoon nog geniet van alle rechten van het Verdrag van Genève die niet afhangen van een regulier verblijf in de betreffende staat. Dit betekent dat moet worden aangenomen dat klager nog steeds als vluchteling moet worden aangemerkt. Dit is een factor die de nationale autoriteiten in acht hadden moeten nemen bij het beoordelen van de risico’s die klager zou lopen bij terugkeer naar Rusland. De nationale rechters hebben die factor

echter niet in hun overwegingen meegenomen en hebben derhalve een onvolledige risicoanalyse uitgevoerd.

5. Het EHRM sluit niet uit dat een volwaardige beoordeling van de specifieke situatie van klager tot dezelfde uitkomst zou leiden als nu is bereikt, namelijk dat er geen risico voor een artikel 3 EVRM-schending is bij uitzetting naar Rusland. Tegelijkertijd heeft de CNDA in een aantal soortgelijke zaken een uitzetting naar het land van herkomst tegengehouden vanwege de verplichtingen die op Frankrijk rusten ten aanzien van de bescherming van vluchtelingen tegen refoulement, zoals opgenomen in artikel 4 en artikel 19, tweede lid van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, doordat zij nog steeds als vluchteling konden worden gekwalificeerd. Gelet op het voorgaande concludeert het Hof dat in deze zaak een schending van het procedurele aspect van artikel 3 EVRM zou ontstaan wanneer klager naar Rusland zou worden uitgezetzonder voorafgaande, volledige en ex nunc-beoordeling van de risico's die hij zou lopen bij de tenuitvoerlegging van het verwijderingsbevel.

6. Het EHRM heeft zich tot op heden nog niet uitgesproken over het onderscheid dat in het Unierecht en het nationale recht wordt gemaakt tussen vluchtelingschap (declaratoir) en de vluchtelingenstatus (par. 123; le statut et la qualité de réfugié). Het EHRM neemt hier echter geen principieel standpunt in en beperkt zich tot een herhaling van de rechtspraak. Artikel 3 EVRM bevat een verbod tot refoulement dat zelfs meeromvattend is dan het verbod van refoulement in de zin van het Verdrag van Genève. In het arrest M. en anderen maakte het HvJ EU al eerder duidelijk dat de hoedanigheid van 'vluchteling' in de zin van artikel 2 van de Kwalificatierichtlijn 2011/95/EU niet afhankelijk is van de formele erkenning daarvan door middel van de verlening van de 'vluchtelingenstatus' in de zin van artikel 13 Kwalificatierichtlijn.[5] In de zaak M. stond de vraag centraal of artikel 14, leden 4 tot en met 6 Kwalificatierichtlijn, uit het oogpunt van artikel 78, eerste lid, VWEU en artikel 18 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (recht op asiel), in strijd is met het Verdrag van Genève. Het HvJ EU beantwoordde deze vraag ontkennend en overwoog dat het Unierecht een ruimere bescherming biedt dan artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag, omdat uitzetting is verboden 'wanneer de teruggeleiding van een vluchteling die zich in een van de in artikel 14, leden 4 en 5, en artikel 21, tweede lid, van Richtlijn 2011/95 bedoelde situaties bevindt, het risico meebrengt dat zijn in artikel 4 en artikel 19, tweede lid, van het Handvest neergelegde grondrechten worden geschonden'. Het Hof van Justitie oordeelde dat het Unierecht conform het Verdrag van Genève moet worden uitgelegd en dat het vluchtelingschap declaratoir is: onafhankelijk van erkenning. Intrekken van de verblijfsvergunning kan (daarin verschilt deze intrekkingsgrond van de verplichte uitsluiting van artikel 1F Verdrag van Genève en artikel 17 Kwalificatierichtlijn), maar uitzetten naar het land van herkomst kan niet: de bescherming van het Unierecht, met name het Handvest, is

breder dan die van het Verdrag van Genève en zelfs absoluut. Het absolute karakter van artikel 3 EVRM geldt dus ook in het Unierecht, als staat dat nergens met zoveel woorden.

7. Ook is het volgens het HvJ EU niet zo dat een verzoeker in de situaties omschreven in artikel 14, leden 4 en 5 Kwalificatierichtlijn de hoedanigheid van vluchteling in de zin van artikel 2 verliest. Zij blijven die hoedanigheid behouden maar hen wordt de vluchtelingenstatus ontnomen, waardoor ze geen aanspraak maken op bepaalde rechten die enkel aan die status zijn verbonden. Verzoekers die zich in een dergelijke situatie bevinden moeten dan ook worden beschouwd als iemand die niet of niet langer rechtmatig verblijft op het grondgebied van de betrokken lidstaat. Lidstaten zijn daarom in beginsel slechts verplicht om aan deze vluchtelingen die op hun grondgebied verblijven, de uitdrukkelijk in artikel 14, lid 6, Kwalificatierichtlijn vermelde rechten, toe te kennen alsmede de in het Verdrag van Genève neergelegde rechten die worden gegarandeerd aan elke vluchteling die zich op het grondgebied van een verdragsluitende staat bevindt en waarvoor geen rechtmatig verblijf is vereist. Het HvJ EU benadrukt echter tegelijkertijd dat geen enkele uitleg van Unierecht mag leiden tot inperking van de in het Verdrag van Genève erkende rechten en geen strijd mag opleveren met het Handvest. Dit betekent, aldus het HvJ EU, dat er in situaties als bedoeld in artikel 14, leden 4 tot en met 6, in ieder geval aanspraak bestaat op de eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven (artikel 7), de vrijheid van beroep en het recht te werken (artikel 15), recht op sociale zekerheid en sociale bijstand (artikel 34), en het recht op gezondheidszorg (artikel 35).

8. Het EHRM beslist dus niet of de uitwijzing van klager naar Rusland al dan niet artikel 3 EVRM zou schenden. Het EHRM beperkt zijn analyse tot het procedurele aspect van deze bepaling. Het EHRM benadrukt dat de formele intrekking van de vluchtelingenstatus onverlet laat dat klager een vluchteling is en dat het behouden van de hoedanigheid van vluchteling een element is waarmee de nationale autoriteiten in het bijzonder rekening moeten houden bij het onderzoek van de realiteit van het risico dat hij beweert te lopen in geval van uitwijzing (§ 144). Derhalve wordt de interim measure verlengd totdat het arrest definitief wordt of indien het EHRM een andere beslissing neemt. Klager krijgt geen schadevergoeding toegekend, omdat er nog geen voltooide schending van artikel 3 EVRM heeft plaatsgevonden. Het feit dat de tenuitvoerlegging van het verwijderingsbevel strijd oplevert met artikel 3 EVRM indien er geen voorafgaande, volledige en *ex nunc*-beoordeling van de risico's plaatsvindt, biedt hiervoor voldoende rechtvaardiging.

Mayke van Harn en Karin Zwaan (Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit Nijmegen)

[1] *Mamatkulov & Askarov t. Turkije*, EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 & 46951/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0204JUD004682799, par. 104. *Paladi t. Moldavië*, EHRM 10 maart 2009, nr. 39806/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD003980605, par. 125, *Savridin Dzhurayev t. Rusland*, EHRM 25 april 2013, nr. 71386/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD007138610, par. 211-213.

[2] *Shiksaitov t. Slowakije*, EHRM 10 december 2020, nrs. 56751/16 & 33762/17,

ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD005675116, par. 70-71. *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 141.

[3] *M. t. Ministerstvo vnitra en X en X tegen Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen*, HvJ EU 14 mei 2019, C-391/16, C-77/17 en C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

[4] *M. t. Ministerstvo vnitra en X en X tegen Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen*, HvJ EU 14 mei 2019, C-391/16, C-77/17 en C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

[5] *M. t. Ministerstvo vnitra en X en X tegen Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen*, HvJ EU 14 mei 2019, C-391/16, C-77/17 en C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403, punt 9

ANNOTATIE

Miniscalco t. Italië (EHRM, nr. 55093/13) – Ontzetting van passief kiesrecht wegens misbruik van macht

J.L.W. Broeksteeg

1. Deze uitspraak roept de vraag op hoe zij zich verhoudt tot eerdere jurisprudentie van het EHRM over ontzetting van het kiesrecht, in het bijzonder tot de *Hirst*- en *Scoppola* -jurisprudentie. Ik behandel eerst kort de casus (onder 2) en de uitspraak van het Hof (onder 3). Vervolgens zet ik de jurisprudentie over ontzetting van het kiesrecht uiteen (onder 4). Daarna geef ik aan in hoeverre deze uitspraak daarvan afwijkt en geef ik mogelijke verklaringen voor de door mij vastgestelde afwijkingen (onder 5).

2. Klager is een Italiaanse politicus, die zich wil kandideren voor de regionale verkiezingen in 2013. Hij wordt echter geschrapt van de kandidatenlijst van zijn politieke partij en daarmee uitgesloten van het passief kiesrecht. De juridische grondslag hiervoor is een wet die corruptie wil tegengaan. De wet maakt onderdeel uit van een wetgevingspakket tegen de georganiseerde misdaad (zoals de maffia), waarop GRECO (Groep van staten tegen corruptie) enkele jaren eerder had aangedrongen. Op grond van deze wet is het verboden zich te kandideren voor (regionale) verkiezingen in geval van een onherroepelijke veroordeling voor, onder andere, misbruik van macht. Het (regionale) stembureau kan kandidaten van de lijst schrappen vanwege – in mooi Italiaans – *incandidabilità*. Dat gebeurt ook met klager, vanwege zijn strafblad, waarop acht veroordelingen prijken, waarvan drie misbruik van macht betreffen. Nadat klager in 2017 gerehabiliteerd is, kan hij zich weer kandidaat stellen bij verkiezingen.

3. Miniscalco klaagt bij het EHRM over schending van art. 7 EVRM en 3 Eerste Protocol EVRM. De klacht over art. 7 is niet-ontvankelijk: van een strafrechtelijke sanctie in de zin van deze bepaling is, onder verwijzing naar vaste jurisprudentie,^[1] geen sprake. Het Hof overweegt daarbij dat de betreffende wetgeving het objectieve doel kent van strijd tegen onwettigheid en corruptie, dat zij daarmee het goede functioneren en de transparantie van het bestuur wil bevorderen en dat zij onderdeel uitmaakt van een meeromvattend plan, dat voortvloeit uit aanbevelingen van GRECO (par. 64). Het Hof toetst vervolgens aan de nationale classificatie en aan de zwaarte van de maatregel. In dat verband stelt het Hof vast dat de uitsluiting van het

kiesrecht alleen het passief en niet het actief kiesrecht betreft, dat deze uitsluiting niet door juridische, maar bestuurlijke autoriteiten wordt opgelegd (par. 69-70) en dat klager zich in 2017 weer kandidaat kon stellen (par. 72). De klacht over schending van art. 3 Eerste Protocol is wel ontvankelijk, maar ongegrond. Het Hof overweegt dat het nauwelijks eerder uitspraken heeft gedaan over beperkingen van het passief kiesrecht, dat de praktijken van de verdragsstaten ter zake zeer uiteenlopend zijn en dat zij een grote vrijheid hebben om criteria hieromtrent vast te stellen (par. 87). Opvallend is dat het Hof voor wat betreft het doel van de maatregel expliciet noemt dat het infiltratie van de maffia in het bestuur (in Nederland veelal aangeduid als ondermijning) wil voorkomen. Het doel van de maatregel is daarmee het goede functioneren van het openbaar bestuur, hetgeen een legitiem doel is in het licht van art. 3 Eerste Protocol (par. 95). Zoals in veel jurisprudentie waarin het Hof aan deze bepaling toetst, gaat het na of de maatregel willekeurig is. Het stelt dan vast dat de maatregel omgeven is door de nodige waarborgen. In de eerste plaats geldt de ontzetting van het kiesrecht slechts voor enkele, ernstige delicten. Bovendien is deze ontzetting een automatisch gevolg van de veroordeling en is zij niet afhankelijk van een afweging van de individuele situatie of van een discretionaire bevoegdheid. Tegelijkertijd is de maatregel niet ongedifferentieerd, dat wil zeggen dat zij zou gelden voor alle veroordeelden voor het enkele feit dat zij zijn veroordeeld, maar het gaat om een groep vooraf gedefinieerde personen, op grond van de aard van het delict, waarvoor zij zijn veroordeeld. Het Hof noemt hierbij *Scoppola no. 3* (par. 97). Ook de onmiddellijke toepassing van de ontzetting van het kiesrecht, na de veroordeling, is volgens het Hof toegestaan, want zij hangt samen met het doel van de wet, namelijk de bescherming van de integriteit van het democratische proces (par. 99). Ten slotte is relevant dat de ontzetting van het kiesrecht weliswaar geen begrenzing in tijd kent, maar dat het recht voorziet in procedures van rehabilitatie, waarvan klager ook gebruik heeft gemaakt (par. 101). Ten slotte: deze zaak is niet de enige over ontzetting van het passief kiesrecht op deze grondslag. Op dezelfde datum deed het Hof uitspraak in de zaak-*Galan*, waarin klager werd veroordeeld voor corruptie. De uitspraak van het Hof in die zaak is weliswaar een ontvankelijkheidsbeslissing, maar inhoudelijk komt zij overeen met de onderhavige uitspraak.[2]

4. Het EHRM heeft gelijk met zijn constatering dat over beperkingen van het passief kiesrecht betrekkelijk weinig jurisprudentie bestaat. Niettemin heeft het Hof in *Sejdić en Finci* geoordeeld dat een kiesstelsel niet (zonder doel of disproportioneel) groepen kiezers van het passief kiesrecht mag ontzetten.[3] Beperkingen betreffen veelal leeftijd, nationaliteit, ingezetenschap en incompatibiliteiten. Vooral de ontzetting van het kiesrecht wegens het lidmaatschap van de communistische partij, dan wel van de geheime dienst heeft de nodige aandacht getrokken[4] – het Hof verwijst ook naar deze jurisprudentie. Over beperking van het actief kiesrecht is veel meer jurisprudentie. Het betreft dan onder meer rechtspraak over

deze beperking als bijkomende straf bij (bijvoorbeeld) een gevangenisstraf. Ik doel dan vooral op de *Hirst*-jurisprudentie, die gedetineerden betreft. Kort weergegeven heeft het Hof in *Hirst nr. 2* bepaald dat ontzetting van het kiesrecht geen *blunt instrument* mag zijn, omdat zij een grote groep het kiesrecht ontnemt *in a way which is indiscriminate*. De beperking van het kiesrecht betrof in die zaak alle gedetineerden, ongeacht de aard van het misdrijf dat zij hebben begaan, dan wel hun persoonlijke omstandigheden. Een algemene, automatische en ongedifferentieerde ontzetting van het kiesrecht valt buiten de *margin of appreciation* en is in strijd met art. 3 Eerste Protocol.[5] In *Frodl* ging het Hof nog een stapje verder door te bepalen dat de beslissing tot ontzetting van het kiesrecht, in het licht van het proportionaliteitsbeginsel, door de rechter genomen moet worden.[6] Deze jurisprudentie kreeg de nodige kritiek. Veel verdragsstaten kennen (automatische) beperkingen van kiesrecht wegens een opgelegde gevangenisstraf. Het EHRM zou met deze jurisprudentie te veel interveniëren in aangelegenheden van de verdragsstaten zelf. Het Hof lijkt zich de kritiek aan te trekken; in *Scoppola nr. 3* gaat het gedeeltelijk 'om'. In deze zaak gaat het om een automatische ontzetting van het kiesrecht, namelijk vanwege een opgelegde levenslange gevangenisstraf. Maar de ontzetting van het kiesrecht hoeft niet in alle gevallen door de rechter te worden opgelegd. Zij kan ook voortvloeien uit de wet, althans als deze wél voldoende differentieert.[7] Met andere woorden: ofwel de wet, ofwel de rechter moet de beperking van het kiesrecht voldoende individualiseren. In de onderhavige zaak verwijst het Hof – zij het kort – naar *Scoppola nr. 3*. Deze jurisprudentie (geen ongedifferentieerde ontzetting van het kiesrecht) heeft het Hof ook toegepast met betrekking tot handelingsonbekwamen.[8] Ten slotte is hier de uitspraak-*Labita* van belang: indien vaststaat dat personen tot de maffia behoren, kunnen zij als bijkomende straf van het kiesrecht worden ontzet.[9]

5. In hoeverre past de onderhavige uitspraak binnen deze jurisprudentie? Volgens mij zijn drie elementen van belang. Ten eerste lijkt het Hof hier, ten opzichte van *Scoppola no. 3*, wat meer ruimte te geven voor verdragsstaten om het passief kiesrecht te beperken. Opvallend is dat het Hof alleen *Scoppola nr. 3* kort noemt en de andere, hiervoor genoemde uitspraken *Hirst nr. 2* en *Frodl* niet. Het past de criteria van *Scoppola nr. 3* toe, zonder uitgebreid in te gaan op de mate van differentiatie en de automatische toepassing van de beperking van het passief kiesrecht. Natuurlijk kwam het Hof in *Scoppola nr. 3* terug op *Frodl*, maar de Italiaanse anti-corruptiewet leidt uiteindelijk tot een automatische ontzetting van het kiesrecht. Sterker nog: het Hof lijkt het juist positief te waarderen dat de ontzetting van het kiesrecht niet afhankelijk is gesteld van een afweging van een individuele situatie of van een discretionaire bevoegdheid. De automatische ontzetting van het kiesrecht zou zelfs bijdragen tot de waarborgen waarmee de beperking van het kiesrecht is omkleed. Dat is opvallend in het licht van de eerdere jurisprudentie. Ten tweede betreft het hier, in tegenstelling tot in *Hirst nr. 2*, *Frodl* en *Scoppola*

nr. 3, een beperking van het passief kiesrecht. Het Hof overweegt dat de verdragsstaten ter zake een grote vrijheid hebben. Dat kan verklaren waarom het Hof in deze zaak wellicht wat makkelijker meegaat met de Italiaanse autoriteiten en de beperking van het passief kiesrecht wat makkelijker lijkt te aanvaarden dan in zaken over actief kiesrecht. Ten derde ligt een volgende verklaring wellicht in de *Labita*-uitspraak. Het Hof noemt weliswaar alleen in par. 90 de strijd tegen infiltratie door de maffia in het openbaar bestuur, maar het benadrukt een aantal keren het meer algemene doel van de maatregel, namelijk de aanpak van georganiseerde misdaad. Ook het grotere belang van de strijd tegen de maffia kan bijdragen aan de relatief soepele beoordeling door het Hof. In hoeverre deze laatste twee factoren daadwerkelijk hebben meegespeeld in het oordeel van het Hof is echter niet duidelijk. In dat opzicht is de uitspraak mager gemotiveerd. Of het Hof voortaan soepeler omgaat met ontzetting van het kiesrecht is daarmee evenmin duidelijk. Wél is duidelijk dat de jurisprudentie over ontzetting van het kiesrecht nog niet uitgekristalliseerd is.

J.L.W. Broeksteeg

Radboud Universiteit

[1] In het bijzonder: *Del Río Prada t. Spanje*, EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009; *Estrosi t. Frankrijk*, EHRM (ontv.) 30 juni 1995, nr. 24359/94, ECLI:CE:ECHR:1995:0630DEC002435994; *Tapie t. Frankrijk*, EHRM (ontv.) 13 januari 1997, nr. 32258/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0113DEC003225896.

[2] *Galan t. Italië*, EHRM 15 mei 2021 (ontv.), nr. 63772/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0515DEC006377216.

[3] *Sejdić en Finci t. Bosnië-Herzegovina*, EHRM (GK) 22 december 2009, nrs. 27796/06 en 34836/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002779606, «EHRC» 2010/17 m.nt. Broeksteeg en Gerards.

[4] *Zdanoka t. Letland*, EHRM (GK) 16 maart 2006, nr. 58278/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0316JUD005827800, «EHRC» 2006/57 m.nt. Broeksteeg; *Ādamsons t. Letland*, EHRM 24 juni 2008, nr. 3669/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, «EHRC» 2008/98 m.nt. Broeksteeg.

[5] *Hirst (nr. 2) t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501, «EHRC» 2005/115 m.nt. Broeksteeg.

[6] *Frodl t. Oostenrijk*, EHRM 8 april 2010, nr. 20201/04,

ECLI:CE:ECHR:2010:0408JUD002020104.

[7] *Scoppola (nr. 3) t. Italië*, EHRM (GK) 22 mei 2012, nr. 126/05,
ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605, «EHRC» 2012/154, m.nt. De Lange.

[8] *Alajos Kiss t. Hongarije*, EHRM 20 mei 2010, nr. 38832/06,
ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206.

[9] *Labita t. Italië*, EHRM 6 april 2000, nr. 26772/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD002677295.

ANNOTATIE

Beg S.p.a. t. Italië (EHRM, 5312/11) – Arbitrage in de schaduw van beginselen van fundamenteel procesrecht

B. van Zelst

1. In deze zaak blijkt hangende een in Italië gezetelde arbitrageprocedure dat een van de arbiters de voormalige vice-president is van de moedermaatschappij (ENEL) van een van de partijen in de arbitrage (ENELPOWER). Deze arbiter staat bovendien die moedermaatschappij als advocaat bij in een aantal zaken, waaronder een aan de arbitrageprocedure gerelateerde kwestie.
2. Dit basale feitencomplex – dat ik hieronder aanvul waar voor een goed begrip van de zaak nodig – geeft aanleiding tot jaren slepende procedures. In die procedures worden de vorderingen tot vernietiging van het gewezen arbitraal vonnis – ingesteld door de partij die de arbiter in kwestie niet benoemde (BEG) – in eerste instanties afgewezen op de grond dat BEG haar klachten te laat in de arbitrage opbracht. Het Italiaanse *Corte Suprema di Cassazione* vindt dat BEG wel op tijd was, maar oordeelt dat niet is komen vast te staan – zoals de Italiaanse wet destijds vereiste – dat de arbiter in kwestie een belang had bij de uitkomst van de arbitrage en wijst om die reden het cassatieberoep af.
3. BEG wendt zich vervolgens tot het EHRM. In die procedure onderzoekt het Hof – onder verwijzing naar zijn vaste jurisprudentie[1] – allereerst of BEG, zoals het EVRM eist, vrijwillig afstand deed van haar recht op een onpartijdig scheidsgerecht. Dat is op grond van het arrest *Suovaniemi* mogelijk onder de voorwaarde dat die afstand (i) ondubbelzinnig is en (ii) met de nodige waarborgen omgeven.[2] In dat kader is van belang dat de destijds geldende Italiaanse wetgeving en het toepasselijk arbitragereglement slechts bekendmaking vereisten van banden en directe of indirecte persoonlijke of economische belangen die van invloed zouden kunnen zijn op de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter in kwestie. Een expliciete verklaring dat die banden of belangen *niet bestonden*, was naar geldend Italiaans recht niet vereist. Het Hof oordeelt echter dat BEG er – ook bij het ontbreken van zo'n *negative disclosure* – van mocht uitgaan dat de later gebleken relatie tussen de arbiter en (kort gezegd) de ENEL-groep, niet bestond.[3] Het Hof maakt evenzeer korte metten met het verweer dat BEG –

gegeven de status van de arbiter(s) in kwestie – geacht moet worden met die relatie bekend te zijn geweest. Dat is, zo oordeelt het Hof, een aanname waarvoor het dossier geen bewijs biedt. Het Hof komt tot de slotsom dat niet is voldaan aan het vereiste van ondubbelzinnige afstand van (i) het recht op een onpartijdig scheidsgerecht en (ii) de verwachting dat het arbitraal vonnis zou voldoen aan de relevante bepalingen van (Italiaans) arbitragerecht, waaronder die ter borging van het recht op een onpartijdig scheidsgerecht.[4]

4. Vervolgens komt het Hof toe aan de vraag of de arbitrageprocedure in kwestie voldeed aan de onpartijdigheid van het scheidsgerecht die Art. 6 EVRM eist. Het bespreekt daartoe eerst de subjectieve toets van onpartijdigheid: de vraag of de persoonlijke overtuigingen en het gedrag van een rechter of arbiter de betrokken partij aanleiding geven te twifelen aan de onpartijdigheid van die rechter of arbiter. Daarbij is het uitgangspunt dat een rechter of arbiter aangenomen wordt onpartijdig te zijn, tenzij er bewijs bestaat van het tegengestelde.[5] Het Hof oordeelt dat van dit laatste in deze zaak geen sprake is.[6] De onpartijdigheid van een arbiter kent echter ook een *objectieve* toets. Daarbij gaat het om de vraag of, bijvoorbeeld, professionele, financiële of persoonlijke banden tussen de rechter/arbiter en een partij[7] aanleiding geven tot objectief gerechtvaardigde twijfels (het Hof gebruikt de term *misgivings*) over de onpartijdigheid van het scheidsgerecht. Daarbij kan ook de schijn van partijdigheid een rol spelen. Immers, zo overweegt het Hof expliciet; *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. [8] Het Hof oordeelt dat het feit dat de arbiter in kwestie een bestuursfunctie had vervuld bij de moedermaatschappij van BEG's wederpartij en voor die moedermaatschappij als advocaat was opgetreden, gezien vanuit de positie van een objectieve derde, gerechtvaardigde twijfels konden doen ontstaan over de onpartijdigheid van die arbiter.[9]

5. Die conclusie laat zich goed begrijpen. Hoewel de arbiter waarom deze zaak draait zich had gehouden aan de – zeer beperkte – eisen die de Italiaanse wet destijds aan *disclosures* stelde, concludeert het Hof dat die wetgeving de bescherming onder het Verdrag onvoldoende borgt. Het Hof lijkt dan ook enigszins tevreden vast te stellen dat vernieuwde Italiaanse wetgeving die bescherming wel biedt waar zij hogere eisen stelt aan door arbiters af te geven *disclosures*. Het merkt op dat de zaak onder die nieuwe wetgeving *mogelijk* een andere uitkomst zou hebben gehad.[10]

6. Hoewel de uitspraak dus vooral logisch voorkomt, is het belang ervan gelegen in de bevestiging dat arbitrage, niettegenstaande het daarin leidende beginsel van partij-autonomie altijd plaats heeft in de schaduw van de fundamentele procesrechtbeginselen zoals die voortvloeien uit het EVRM en andere verdragen. Anders gezegd: voor alle nationale regels van arbitragerecht, inclusief de dwingende regels, geldt dat zij slechts toepassing vinden voor zover zij compatibel zijn met de fundamentele procesrechtbeginselen. Zo is onaanvaardbaar –

en mogelijk aanleiding tot vernietiging – een invulling van bewijsrecht die zich niet tot die beginselen verhoudt. Een ander voorbeeld is de bevoegdheid van arbiters een *online* zitting te gelasten. Ook toepassing van die – in beginsel discretionaire^[11] – bevoegdheid mag niet in botsing komen met het fundamenteel procesrecht van art. 6 EVRM. Ik schreef eerder dat daarvan onder omstandigheden sprake kan zijn wanneer een partij als gevolg van de keuze van het scheidsgerecht een zitting *online* te houden, moet worden geacht niet langer effectief gebruik te kunnen maken van het recht een getuige of deskundigen aan *cross-examination* te onderwerpen. Er zijn echter ook andere voorbeelden te bedenken.^[12]

7. Betoogd wordt wel dat deze toepassing van fundamenteel procesrecht, in strijd kan komen met beginselen van rechtszekerheid. ^[13] Ik deel die opvatting niet *per se*. Fundamenteel (proces)recht is immers ook – en misschien wel in het bijzonder – geldend recht. Daarnaast laten de casus waarin de overheidsrechter (in arbitrage) van lokaal arbitragerecht of partij-afspraken afwijkt op grond van fundamentele procesrechtbeginselen zich doorgaans goed begrijpen. Anders gezegd: het Hof grijpt niet lichtvaardig in. Zo ook in de onderhavige kwestie. Dat is voor de internationale arbitragepraktijk een goede zaak.

Prof. mr B. van Zelst is hoogleraar Dispute Resolution and Arbitration aan Maastricht University en advocaat bij Van Doorne in Amsterdam

[1] Par. 125 t/m 134.

[2] *Suovaniemi e.a t. Finland*, EHRM 23 februari 1999, nr.. 31737/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0223DEC003173796.

[3] Par. 139.

[4] Par. 143.

[5] *Wettstein t. Zwitserland*, EHRM 21 december 2020, nr. 33958/96, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003395896

[6] Par. 145.

[7] Het Hof verwijst hier naar de zaak *Pescador Valero* (EHRM, 24 september 2003, nr. 62435/00) en het hierboven genoemde *Wettstein*.

[8] Par. 132.

[9] Par. 153.

[10] Par. 152.

[11] Zie art. 1072b lid 4 Rv.

[12] Waarover in meer detail: B. van Zelst, 'Hetzelfde ≠ gelijk – Aandachtspunten bij elektronische zittingen: een arbitragerechtelijk perspectief', *TCR* 2020 nummer 3, pp. 98-109.

[13] Voor een uitgebreide discussie in het kader van rechterlijk optreden in milieuzaken: L.E. Burgers, 'Justitia, the People's Power and Mother Earth: Democratic legitimacy of judicial law-making in European private law cases on climate change', diss. UvA 2020.

ANNOTATIE

Slovak Telekom (HvJ EU, C-857/19) – Het *ne bis in idem*-beginsel bij vervolging door nationale en Europese mededingingsautoriteiten***D.A.G. van Toor en I. de Wit***

1. In de onderhavige zaak staat het *ne bis in idem*-beginsel en de werking daarvan in het mededingingsrecht centraal.[1] Het zojuist genoemde beginsel houdt in, dat een (rechts)persoon niet tweemaal voor hetzelfde feit mag worden vervolgd, berecht of gestraft. In de afgelopen jaren hebben het HvJ EU en het EHRM in verschillende zaken uitleg gegeven aan het *ne bis in idem*-beginsel. In het arrest *Zolotukhin* laat het EHRM zich over zijn eigen inconsistente rechtspraak over de betekenis van *idem* uit: wanneer is sprake van *dezelfde feiten* die ten grondslag liggen aan beide vervolgingen?[2] Volgens het EHRM is een tweede vervolging uitgesloten wanneer de tweede vervolging is gebaseerd op ‘identical facts, or facts which are substantially the same’.[3] Omdat de beoordeling van de feiten wordt gebaseerd op de omschrijving daarvan in de tenlastelegging of de bewezenverklaring speelt de juridische kwalificatie een (marginale) rol bij de beoordeling van de *idem*. [4] Het HvJ EU is strenger in de leer: in *Mantello* oordeelt hij dat het voldoende is om *idem* vast te stellen als is voldaan aan *idem factum*; *idem crimen* speelt geen rol van betekenis.[5] In bijvoorbeeld een andere zaak over misbruik van de machtspositie (*Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*) maakt het HvJ EU duidelijk dat artikel 50 Hv niet van toepassing is als er geen herhaling is van een procedure met betrekking tot dezelfde *feitelijke* handeling.[6]

2. Enkele jaren later – *Zolotukhin* en *Mantello* zijn uit 2009 en 2010 –, in de door het EHRM als *key case* bestempelde *A. & B.*, is de *bis* aan herziening toe.[7] Volgens het EHRM is sprake van een *tweede* vervolging als er onvoldoende temporele en materiële samenhang tussen de twee procedures bestaat. Aldus zijn consecutieve procedures of duplicatie van procedures problematisch in het licht van het *ne bis in idem*-beginsel, maar schenden parallelle procedures waarin de autoriteiten samenwerken en bewijs uitwisselen in beginsel het *ne bis in idem*-beginsel niet. Voor wat betreft de *bis* sluit het HvJ EU aan bij de rechtspraak van het EHRM en dus bestaat op dat punt convergentie van rechtspraak.[8] Wat betreft de *bis* bestaat ook de mogelijkheid om een tweede vervolging bij voorbaat te voorkomen via het *una via*

-beginsel. Als de (Europese) wetgever “een weg” voorschrijft, dan is de andere procedure uitgesloten en kan er (in theorie) geen sprake zijn van twee vervolgingen.

3. In de onderhavige zaak staan beide hierboven besproken punten centraal. In deze zaak gaat het om het gedrag van *Slovak Telekom* (een onderdeel van *Deutsche Telekom*). Zowel de nationale mededingingsautoriteit als de Europese Commissie onderzoeken *Slovak Telekom*s machtspositie afzonderlijk en leggen beide boetes op. Omdat in de onderhavige zaak zowel de nationale autoriteiten als de Commissie boetes hebben opgelegd, klaagt *Slovak Telekom* over schending van het *ne bis in idem*-beginsel, omdat volgens hem (a) *dezelfde gedraging (idem)* tweemaal (*bis*) is bestraft, ondanks dat (b) een *una via*-bepaling van toepassing is.

4. Zoals al kort aangestipt, heeft in onderhavige zaak zowel de Slowaakse mededingingsautoriteit als de Europese Commissie een boeteprocedure jegens het telecombedrijf *Slovak Telekom* gevoerd. De mededingingsautoriteit van de Slowaakse Republiek besloot een geldboete van 17.453.362,54 euro op te leggen wegens misbruik van machtspositie. *Slovak Telekom* is in Slowakije de exploitant van het koper- en glasvezelnetwerk en op basis van EU-brede liberalisering van de telecommarkt in 2000 moeten exploitanten concurrenten toegang verschaffen tot het netwerk. *Slovak Telekom* zou echter een strategie hebben ontwikkeld waarbij de marges tussen retailtarieven voor telecommunicatiediensten en de wholesaletarieven voor de totstandbrenging van verbindingen werden uitgehold. De inbreuken hebben plaatsgevonden in de periode van 1 mei 2001 tot en met 9 april 2009 (punt 12). Het nationale onderzoek vond plaats in de periode van 26 september 2005 (punt 7) tot en met 9 april 2009 (punt 12).

De Europese Commissie heeft op 8 april 2009 ook een procedure tegen *Slovak Telekom* ingeleid (punt 11). De Commissie deed onderzoek naar de mogelijke weigering van *Slovak Telekom* om toegang te verlenen tot ontbundelde aansluitnetten en andere wholesalebreedbandtoegangsdiensten, alsook op een praktijk van uitholling van de marges wat betreft de wholesaletoeegang tot het aansluitnet, andere wholesalebreedbandtoegangsdiensten en retailtoegangsdiensten in Slowakije (punt 11). Met andere woorden, *Slovak Telekom* heeft concurrenten structureel de toegang tot het netwerk onmogelijk gemaakt, en aan het enige (!) bedrijf dat zich ook op de markt begaf zo'n hoge toegangsprijs gevraagd dat sprake is van marge-uitholling. De Commissie heeft uiteindelijk vastgesteld dat de onderneming in de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU had gepleegd.[9] De zaak van de Commissie werd op 15 oktober 2014 afgerond (punt 15). Wat direct opvalt, is dat de periode waarover *Slovak Telekom* wordt beboet in beide procedures overlap vertoont.

5. Tegen de in de nationale procedure opgelegde boete heeft *Slovak Telekom* dan ook

rechtsmiddelen ingediend. De hoogste rechtelijke instantie van de Slowaakse Republiek (de *Najvyšší súd Slovenskej republiky*) heeft tijdens die zaak prejudiciële vragen gesteld. De eerste vraag betreft de *una via*-bepaling van artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003, waarin is bepaald dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun vervolgingsrecht verliezen wanneer de Commissie *een procedure inleidt*. Het gaat daarbij om de vraag of de Slowaakse autoriteiten de handhavingsbevoegdheid volledig verliezen na het inleiden van de procedure door de Commissie. De tweede vraag betreft de uitleg van het begrip *idem*, omdat de nationale rechter twijfelt of sprake is van dezelfde *feitelijke* gedraging in zowel het boetebesluit van de Commissie als de beboete gedraging in de nationale procedure (punt 18-19): het gaat immers om dezelfde rechtspersoon die voor gedeeltelijk hetzelfde tijdsvenster twee boetes krijgt opgelegd. Hieronder worden beide prejudiciële vragen achtereenvolgens behandeld.

6. Artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid verliezen om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen zodra de Commissie een procedure inleidt om een schending van de artikelen 101 en 102 VWEU vast te stellen. Er is sprake van een “inleiding van een procedure” wanneer uit ‘een gezagshandeling van de Commissie haar wil blijkt om een besluit te nemen op grond van eerstgenoemde verordening’ (punt 26). Hiermee wordt bedoeld dat van de Commissie een kennisgeving uitgaat naar de onderneming waartegen zij een procedure inleidt, zodat de onderneming op de hoogte is van de procedure (punt 27). Uit de bewoording “wanneer de Commissie een procedure begint” moet ook worden afgeleid dat de Commissie daarmee de verplichting heeft de omvang van het geding af te bakenen (punt 28). Hiermee wordt duidelijk op welke gedragingen de Commissie haar onderzoek richt, en welke gedragingen dus niet meer door de nationale autoriteiten mogen worden berecht. *A contrario* betekent dit dat de nationale autoriteiten *andere* gedragingen (natuurlijk) wel mogen vervolgen.

7. Hieruit volgt dat de Slowaakse mededingingsautoriteit in de onderhavige zaak enkel haar bevoegdheid heeft verloren om misbruik van machtspositie te vervolgen voor zover dit besluit betrekking had op *dezelfde vermeende mededingingsverstorende gedragingen* van *Slovak Telekom*. De vraag is of het hier om dezelfde gedragingen gaat (*idem*), waarbij niet wordt getwijfeld aan de eenheid van persoon en tijd – want het is dezelfde rechtspersoon die voor een overlappende periode twee boetes krijgt opgelegd –, maar of het om machtsmisbruik voor dezelfde producten en productenmarkten gaat. Uit deze beantwoording blijkt duidelijk de samenhang tussen *una via* en *ne bis in idem*. De Slowaakse autoriteiten verliezen door de *una via*-bepaling de bevoegdheid om hand te haven, maar alleen als sprake is van *idem* (punt 38).

8. Het HvJ EU oordeelde over het tweede deel van de prejudiciële vragen dat het *ne bis in*

idem-beginsel in *casu* niet zover reikt dat de rechtspersoon *Slovak Telekom* niet (opnieuw) vervolgd mocht worden. Dat is namelijk afhankelijk van de onderzochte feitelijke gedragingen. Om te spreken van *idem* moeten de feiten, de overtreder en het beschermende rechtsgoed dezelfde zijn (punt 43). De verschillende procedures in deze zaak hadden betrekking op afzonderlijke *productmarkten* (punt 37, 45). De Commissie heeft de *wholesalebreedbandtoegang* tot het aansluitnet onderzocht, terwijl de nationale autoriteiten zich hebben gericht op het misbruik van de machtspositie op *smalbanddiensten* per inbelverbinding (punt 35-36).

9. Ook als de nationale rechter van oordeel zou zijn dat het misbruik op dezelfde *productmarkten* betrekking heeft, zou het *ne bis in idem*-beginsel in onderhavige zaak niet van toepassing zijn. Er is volgens het HvJ EU namelijk evenmin voldaan aan de *bis*. De Slowaakse mededingingsautoriteit had haar bevoegdheid tot toepassing van artikel 102 VWEU namelijk verloren door het besluit van de Commissie (punt 47). Uit het arrest blijkt zeer duidelijk dat *bis* en *una via* twee zijden van dezelfde medaille zijn: met beide concepten wordt een ongerechtvaardigde tweede vervolging of bestraffing voorkomen.

10. De keuze tussen *una via* en *bis* is eigenlijk een keuze tussen *ultimum remedium* en *optimum remedium*. Door de keuze voor een vorm van handhaving wettelijk af te sluiten, geeft de wetgever aan dat bepaalde gedragingen niet ook bestuursrechtelijk kunnen worden afgedaan wanneer de strafrechtelijke weg wordt ingestoken. Het afsluiten van bepaalde wegen is een duidelijke uitkomst van de overweging dat het strafrecht (als *ultimum remedium*) voorrang heeft.[10] Daarbij ligt het misschien wel voor de hand dat de wetgever niet alleen abstracte *una via*-bepalingen creëert, maar ook nadenkt over de concrete afsluiting van handhavingstrajecten voor bepaalde gedragingen.[11] Daarbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan het onderscheid in de ernst van de gedraging op basis van de strafbare feiten waarvoor een strafbeschikking kan worden opgelegd.[12]

10. Bij twee parallelle procedures daarentegen, waar bij de strafoplegging rekening wordt gehouden met de uitkomst van beide procedures, is duidelijk sprake van een optimale benutting van de handhavingsmechanismen. Wattel schrijft dan ook dat 'een *una via*-stelsel zoals het Nederlandse niet nodig is; een verrekeningsstelsel is veelal voldoende, juist als cumulatie min of meer standaard en daarmee voorzienbaar is en temporeel niet te veel uiteenloopt.' [13] Voor Nederland zou dit kunnen betekenen dat in het bestuurs- en strafrecht naast elkaar dezelfde gedragingen kunnen worden vervolgd, zolang de procedures en de straftoemeting goed op elkaar afgestemd zijn (zodat wordt voldaan aan de voorwaarden van de *bis*). Hoe dan ook, linksom (*via una via*) of rechtsom (*via bis*) is de bescherming tegen ongerechtvaardigde cumulatie van straffen gewaarborgd.

I.N. (Iris) de Wit

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] Parallel liep een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht van de Europese Unie met betrekking tot de boete opgelegd door de Europese Commissie. *Slovak Telekom*, 25 maart 2021, C|165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239.

[2] *Zolotukhin t. Rusland*, EHRM (GK) 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, «EHRC» 2009/58.

[3] *Zolotukhin t. Rusland*, EHRM (GK) 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 «EHRC» 2009/58, punt 82.

[4] Vgl. F.C.W. de Graaf, 'Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Euro- pees Hof voor de Rechten van de Mens', *DD* 2013/34.

[5] *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C|261/09, ECLI:EU:C:2010:683, punt 38 e.v.

[6] *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, HvJ EU 3 april 2019, C-617/17, EU:C:2019:283, punt 32.

[7] *A. & B. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 15 november 2016, nr. 24130/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, «EHRC» 2017/61 m.nt. W.B. van Bockel.

[8] M.J. Vetzo, 'The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma', *Review of European Administrative Law* 2018, 2, p. 55- 84.

[9] Eerder in deze zaak ontstond discussie of voor de beoordeling van misbruik van machtspositie de *Bronner*-criteria moeten worden toegepast. *Slovak Telekom t. Commissie*, Gerecht 13 december 2018, zaak T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929.

[10] Vgl. P. de Haas, 'Opent de una-viaregeling in de Vierde tranche Awb nieuwe wegen?', *MBB* 2009, 12.

[11] L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

[12] B. van der Vorm, 'De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging', *PROCES* 2017 (96), 4.

[13] P. Wattel, 'Bis in idem', *NJB* 2017/205, afl. 4.