

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-15

Nummer 15, 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:2021:0720JUD007908913 20-07-2021

Loquifer t. België, EHRM 20 juli 2021, nrs. 79089/13, 13085/14 en 54534/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD005070511 13-07-2021

Todorov e.a. t. Bulgarije, EHRM 13 juli 2021, nrs. 50705/11 e.a

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD002888514 13-07-2021

Khachatryan en Konovalova t. Rusland, EHRM 13 juli 2021, nr. 28895/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD007498911 13-07-2021

Ali Riza t. Zwitserland, EHRM 13 juli 2021, nr. 74989/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0709JUD000669718 09-07-2021

M.A. t. Denemarken, EHRM 9 juli 2021 (GK), nr. 6697/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD003305617 08-07-2021

Tkheidze t. Georgië, EHRM 8 juli 2021, nr. 33056/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD001262517 08-07-2021

Shahzad t. Hongarije, EHRM 8 juli 2021, nr. 12625/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD002090315 08-07-2021

Maestri e.a. t. Italië, EHRM 8 juli 2021, nrs. 20903/15 en 3 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD005124617 08-07-2021

D.A. e.a. t. Polen, EHRM 8 juli 2021, nr. 51246/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004138717 06-07-2021

Norman t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 6 juli 2021, nr. 41387/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD006618009](#) 06-07-2021

Gruba e.a. t. Rusland, EHRM 6 juli 2021, nrs. 66190/09 en 3 andere

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004722019](#) 06-07-2021

A.M. e.a. t. Rusland, EHRM 6 juli 2021, nr. 47220/19

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0622DEC003575120](#) 22-06-2021

Bah t. Nederland, EHRM 22 juni 2021 (ontv.besl.), nr. 35751/20

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:594](#) 15-07-2021

WABE, HvJ EU 15 juli 2021, gev. zaken C-804/18 en 341/19

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:606](#) 15-07-2021

Tartu Vangla, HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-795/19

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:596](#) 15-07-2021

Europese Commissie t. Polen (tuchtrechtspraak), HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:T:2021:450](#) 14-07-2021

Diosdalo Cabello Rondón, Gerecht 14 juli 2021, zaak T-248/18

Annotatie

[X \(HvJ EU, C-665/20 PPU\) – Transnationale toepassing van het ne bis in idem-beginsel in het kader van een Europees aanhoudingsbevel](#)

J.M. Grubben

Annotatie

[Latvijs Republika Saeima \(HvJ EU, C-439/19\) – Bom onder het regime van open overheid en hergebruik van overheidsinformatie?](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Di Martino & Molinari t. Italië \(EHRM, 15931/15 & 16459/15\) – Bewijswaarde van belastende getuigenverklaringen en de overall-fairness-toets](#)

D.A.G. van Toor en M.A.P. Timmerman

Annotatie

[Caamaño Valle t. Spanje \(EHRM, 43564/17\) – Uitsluiting van kiesrecht voor](#)

mentaal gehandicapten en het VN-Gehandicaptenverdrag

J.H. Gerards

Annotatie

Behar and Gutman v. Bulgaria (ECtHR, no. 29335/13) – General anti-minority hate speech: speaker versus victims

J. Montero Regules

Annotatie

Akdeniz v. Turkey (ECtHR, no. 41139/15) – Academics get the short end of the stick in news reporting judgment

T. McGonagle

RECHTSPRAAK

A.M. e.a. t. Rusland, EHRM 6 juli 2021, nr. 47220/19

Een transgendervrouw is na een geslachtsveranderende operatie gescheiden van haar oorspronkelijke echtgenote. De laatste heeft vervolgens bij de rechter beëindiging van de omgangsrechten tussen de vrouw en hun kinderen geëist, nu haar genderstatus beschadigend kon zijn voor de kinderen. De nationale rechter stemde daarmee in, zich baserend op wankel deskundigenbewijs. Het EHRM oordeelt dat de nationale rechter het deskundigenbewijs kritischer had moeten bejegenen en dat daarin onvoldoende grond was voor het ontzeggen van de omgangsrechten. Dit levert een schending op van art. 8 en bovendien, vanwege het onderscheid naar genderstatus, van art. 14 EVRM.

Klaagster is een post-operatieve transgendervrouw die in 2008 nog stond geregistreerd als 'man'. Als zodanig huwde hij toen met N., waarmee hij twee kinderen kreeg. In 2015 werd klaagster juridisch als vrouw erkend, maar werd ook een echtscheiding uitgesproken tussen haar en N. In 2016 begon N. bezwaren te uiten tegen de bezoeken van klaagsters aan hun kinderen en startte zij een procedure om de omgangsrechten te beperken, waarbij ze onder meer stelde dat de genderstatus van klaagster ernstige schade toebracht aan de mentale gezondheid en het moreel van de kinderen. In 2017 bevestigde een expertrapport dat er mogelijk negatieve effecten zouden zijn voor de kinderen, vooral ook door hun eigen mogelijke reactie op de gendertransitie van hun vader; wel wees het rapport op een gebrek aan wetenschappelijk onderzoek naar deze materie. In 2018 besloot de rechter op basis van het expertrapport tot beperking van de bezoekrechten, waarbij hij onder meer oordeelde dat de gendertransitie zou kunnen leiden tot psycho-traumatische langetermijneffecten voor de kinderen en negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor hun geestelijke gezondheid en psychologische ontwikkeling. Een later deskundigenbewijs dat klaagster zelf inbracht was erg kritisch over de redenering in het eerste expertrapport en van de rechter, maar het oordeel bleef in hoger beroep en cassatie in stand.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat het beperken van de bezoekrechten in verband met haar genderstatus in strijd is met art. 8 EVRM. Het EHRM besteedt in zijn oordeel bijzondere aandacht aan het feit dat de rechter zich in zijn oordeel vrijwel volledig heeft gebaseerd op het deskundigenrapport, waarin vergaande conclusies werden getrokken over de gevolgen voor de kinderen, terwijl de deskundigen zelf toegaven dat er weinig wetenschappelijk onderzoek bestond over de situatie en waarbij zij bovendien verwezen naar één enkel wetenschappelijk paper dat in de academische gemeenschap sterk was bekritiseerd. Het Hof merkt op dat weliswaar de bevindingen van deskundigen erg belangrijk kunnen zijn voor rechterlijke uitspraken, maar dat rechters ook altijd kritisch moeten blijven als het gaat om de betrouwbaarheid en kwaliteit daarvan. Een erkend en expliciet uitgesproken gebrek aan wetenschappelijke ondersteuning had de rechter in deze zaak alert moeten maken op de wankelende basis van de conclusies en had moeten maken dat hij de betrouwbaarheid en kwaliteit beter beoordeelde. Het Hof merkt bovendien op dat de nationale rechter uitsluitend is afgegaan op de kwaliteit van het rapport, zonder daadwerkelijk vast te stellen of er welkenbare schade voor de kinderen bestond. Dit is des te problematischer omdat het vaste rechtspraak van het EHRM is dat volledige ontneming van contactrechten alleen in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. De derde partijen in deze zaak hebben er daarbij op gewezen dat er verschillende maatregelen denkbaar zijn om kinderen te ondersteunen waarvan de ouders een gendertransitie ondergaan. Het Hof acht het echter niet nodig om in te gaan op de vraag of dergelijke alternatieve maatregelen in dit geval beter of passender waren geweest; het volstaat met te oordelen dat de nationale rechters geen redelijke beoordeling heeft gegeven van de betrokken belangen op basis van een voldoende diepgaand onderzoek. Dit is in strijd met art. 8 EVRM.

Klagster heeft ook naar voren gebracht dat art. 14 in samenhang met art. 8 EVRM is geschonden door de ontneming van de omgangsrechten helemaal te baseren op haar genderstatus. Het Hof acht het op basis van het dossier duidelijk dat de genderidentiteit van klagster inderdaad de beslissende factor was, zodat zij anders is behandeld dan andere ouders die ook contact zoeken met hun kinderen, maar waarvan hun genderidentiteit nog overeenkomt met het bij geboorte toegeschreven geslacht. Het Hof wijst er daarbij opnieuw op dat de nationale rechters niet voldoende hebben onderzocht of er in dit geval een objectieve rechtvaardiging bestond om de omgangsrechten te ontnemen en dat de wel gegeven redenen niet overtuigend en onvoldoende waren als redengeving. De resulterende ongelijke behandeling naar genderstatus is niet aanvaardbaar in het licht van de huidige EVRM-standaarden, zodat ook art. 8 jo. 14 EVRM zijn geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004722019

Zaaknummer: 47220/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Ali Riza t. Zwitserland, EHRM 13 juli 2021, nr. 74989/11

Een Brits-Turkse voetballer heeft een contractueel conflict met zijn voetbalclub Trabzonspor, dat uiteindelijk via de club wordt voorgelegd aan het Arbitragehof voor de Sport (CAS) in Zwitserland. Dat verklaart zich onbevoegd om over de zaak te oordelen, onder meer omdat er geen internationaal element aan de zaak zou zitten. Het EHRM acht het twijfelachtig of Zwitserland voor dit CAS-oordeel verantwoordelijk kan worden gehouden, maar oordeelt in ieder geval dat dit oordeel niet onredelijk en voldoende uitgebreid gemotiveerd is. Het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) is niet geschonden.

Klager is een Brits-Turkse voetballer die een contract voor bepaalde tijd had gesloten met de Turkse voetbalclub Trabzonspor. In 2008, nog voor afloop van het contract, liet hij de club weten dat hij niet langer voor hen wilde spelen omdat de club zijn contractuele verplichtingen niet was nagekomen. Naar aanleiding hiervan heeft de club de zaak voorgelegd aan het geschilbeslechtsorgaan van de Turkse Voetbalfederatie (TFF), die verbonden is met de internationale federatie FIFA, en heeft daarbij onder meer een transfersverbod verzocht en een betaling van schadevergoeding vanwege de onrechtmatige beëindiging van het contract. Het geschilbeslechtsorgaan heeft de zaak ten voordele van de voetbalclub beslecht. Dit werd in 2009 bevestigd door het Arbitragecomité van de TFF, al werden de sancties wat aangepast. Klager heeft daarop de beslissing van dit Arbitragecomité aangevochten bij het Arbitragehof voor de Sport (CAS) in Lausanne, Zwitserland. Het CAS heeft zichzelf onbevoegd verklaard om over de zaak te oordelen bij gebrek aan rechtsmacht. Daarover heeft klager geprocedeerd bij het Zwitserse federale hof, maar dit heeft het oordeel van het CAS in stand gelaten.

Klager heeft bij het Hof ook al tegen Turkije geprocedeerd over een schending van art. 6 EVRM en is daarbij in het gelijk gesteld. Zijn huidige klacht richt zich tegen Zwitserland en betreft de onbevoegdverklaring van het CAS. Het EHRM stelt voorop dat het twijfelachtig is of Zwitserland voldoende relatie heeft met deze klacht om daadwerkelijk verantwoordelijk te kunnen worden gehouden, vooral nu de zaak in feite primair de TFF betrof en er bovendien

geen internationale component in de zaak schuilging. De beslissingen van het Arbitragecomité van het TFF waren bindend en definitief en naar Turks recht stond hiertegen eigenlijk geen beroep tegen open bij het CAS. De procedure bij het CAS kan dan ook niet geacht worden deel uit te maken van de procedures bij het TFF. Niettemin acht het Hof het niet noodzakelijk om een definitief oordeel te geven over deze kwestie. Het vervolgt zijn beoordeling door vast te stellen dat het CAS ten behoeve van een goede rechtsbedeling uitvoerig is ingegaan op zijn eigen bevoegdheid, waarbij het zorgvuldig en op basis van de CAS Code van sportgerelateerde arbitrage heeft onderzocht of er sprake was van een situatie waarover het zich zou kunnen uitspreken. Het oordeel dat het daarover heeft bereikt acht het EHRM overtuigend en het was bovendien uitgebreid gemotiveerd. Vervolgens is dit oordeel bovendien nog getoetst en opnieuw met uitvoerige en overtuigende overwegingen bevestigd door de Federale Hoge Raad van Zwitserland. Het EHRM concludeert in het licht van zijn eigen, beperkte toetsingsmogelijkheden dan ook dat de gegeven beslissingen niet willekeurig of kennelijk onredelijk waren. De kern van het recht op toegang tot de rechter is in deze zaak niet aangetast en er is geen sprake van een schending van art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD007498911

Zaaknummer: 74989/11

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Bah t. Nederland, EHRM 22 juni 2021 (ontv.besl.), nr. 35751/20

Een asielzoeker heeft beroep ingesteld tegen een besluit tot vreemdelingenbewaring. De zitting zou op 19 maart 2020 plaatsvinden, maar op 17 maart sloten de rechtbanken vanwege de eerste corona-lockdown. Pogingen om de asielzoeker via een tele-/videoconferentie te horen slaagden vanwege de coronamaatregelen in de bewaringscentra niet. Wel is zijn advocaat via de telefoon gehoord. Het EHRM vindt het te billijken dat klager niet in persoon is gehoord, mede vanwege de onverwachte lockdown, de volksgezondheid, de beperkte gevolgen voor de asielzoeker en het feit dat het niet ging om een procedure in de zin van art. 6 EVRM.

Klager is afkomstig uit Guinea en heeft in Nederland asiel aangevraagd. Na afwijzing van zijn asielerzoek is hij in vreemdelingenbewaring geplaatst. Hij heeft daartegen een procedure aangespannen en kreeg bericht dat een zitting in zijn zaak op 19 maart 2020 plaats zou vinden. Op 15 maart 2020 liet de Raad voor de Rechtspraak echter een bericht uitgaan dat vanaf 17 maart 2020 alle rechtbanken zouden worden gesloten in verband met de Covid-19-pandemie. Op 18 maart kreeg klager bericht dat zijn zitting schriftelijk of via een tele- of videoconferentie plaats zou kunnen vinden; in het laatste geval zou alleen de advocaat erbij kunnen zijn. Klager stemde in met een hoorzitting per telefoon waarbij hij vertegenwoordigd zou worden door zijn advocaat, maar tijdens die zitting werd toch besloten de eigenlijke zitting uit te stellen om ervoor te kunnen zorgen dat klager erbij kon zijn. Dat bleek niet te kunnen vanwege het capaciteitsgebrek in het centrum voor vreemdelingenbewaring en ook vanwege de anderhalvemeterregel. Uiteindelijk berichtte de rechtbank de partijen dat een verdere teleconferentie niet nodig was omdat de rechtbank voldoende informatie had om een beslissing te kunnen nemen. Die volgde op 30 maart, waarbij klagers beroep werd afgewezen. Dit oordeel bleef in stand in hoger beroep bij de Raad van State.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn rechten onder art. 5 lid 1 (f), lid 3 en lid 5 en art. 6 EVRM zijn geschonden doordat hij niet in persoon is gehoord in verband met de beslissing tot vreemdelingenbewaring. Het EHRM besluit de zaak alleen onder art. 5 lid 4 EVRM te beoordelen. Het EHRM benadrukt dat het op grond van deze bepaling wezenlijk is dat de betrokkene toegang heeft tot een rechter en de gelegenheid krijgt om te worden gehoord, in persoon of via een vertegenwoordiger. In het onderhavige geval heeft klager kunnen deelnemen aan een procedure op tegenspraak waarin hij werd bijgestaan door een advocaat die ook de zitting van 19 maart via de telefoon heeft bijgewoond. Het Hof merkt ook op dat het in dit geval ging om de eerste week van de lockdown in verband met de Covid-19-pandemie, waarbij de centra voor vreemdelingenbewaring nog niet waren ingericht op de regel van anderhalve meter afstand in de tele- en videoconferentiezalen. Daarnaast zijn wel concrete pogingen gedaan om klager in ieder geval te kunnen horen en zijn uitgebreide redenen gegeven waarom dat niet is gelukt. Gelet op de moeilijke en onvoorziene praktische problemen rondom de lockdown, het feit dat klager wel is vertegenwoordigd en via zijn vertegenwoordiger is gehoord, het belang van de andere fundamentele rechten van klager en het algemene belang van de volksgezondheid acht het Hof het niet onverenigbaar met art. 5 lid 4 dat zijn bewaring is beoordeeld zonder dat hij in persoon of via een videoconferentie bij de zitting was. Daarbij merkt het Hof ook op dat art. 5 lid 4 niet dezelfde strenge eisen stelt aan zittingen als art. 6 dat doet bij civiele en strafzaken.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0622DECO03575120

Zaaknummer: 35751/20

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 4

RECHTSPRAAK

D.A. e.a. t. Polen, EHRM 8 juli 2021, nr. 51246/17

Enkele Syrische vluchtelingen hebben verschillende keren geprobeerd de grens tussen Wit-Rusland en Polen over te steken om in Polen asiel te kunnen aanvragen. Zij zijn steeds teruggestuurd omdat ze niet aanvoerden dat ze vluchtelingen waren, ondanks interimmaatregelen die het EHRM had opgelegd om ervoor te zorgen dat hun asielverzoeken zouden worden behandeld. Overeenkomstig zijn uitspraak in M.K. e.a. t. Polen oordeelt het Hof dat dit onverenigbaar is met art. 3 en 4 P4 EVRM. Het ter discussie stellen van de legitimiteit van de interimmaatregelen, ook na herbeoordeling door het Hof, is bovendien strijdig met art. 34 EVRM.

Klagers zijn Syrische vluchtelingen die via Wit-Rusland geprobeerd hebben de Poolse grens over te steken om daar asiel aan te kunnen vragen. Zij werden naar hun zeggen steeds tegengehouden bij de grens, omdat ze geen geldige inreisdocumenten voor Polen hadden en bovendien alleen zeiden dat ze wilden immigreren, niet dat ze een risico liepen voor vervolging in het land van herkomst. Een verklaring van die strekking was niet door de klagers zelf ondertekend. Klagers hebben niet geprobeerd tegen een van de administratieve beslissingen om hen niet toe te laten een procedure in te stellen. Toen zij in 2017 nogmaals probeerden Polen binnen te komen verzocht hun advocaat het EHRM om een interimmaatregel op te leggen om ervoor te zorgen dat klagers niet wederom konden worden teruggestuurd naar Wit-Rusland; het EHRM honoreerde dit verzoek, maar de Poolse autoriteiten gaven hieraan geen gehoor. Hetzelfde gebeurde daarop nog verschillende keren. Tegen deze beslissingen hebben klagers wel beroep ingesteld, maar zonder succes.

Het EHRM buigt zich allereerst over de vraag of het bevoegd is op grond van art. 1 EVRM om over deze kwestie te beoordelen. Het merkt op dat het over 'checkpoints' op het land al eerder uitspraak heeft gedaan in *M.A. e.a. t. Litouwen* en *M.K. e.a. t. Polen* en bevestigt het daarin gegeven oordeel dat het optreden in situaties als de onderhavige kan worden toegerekend aan de instanties van het land dat een vluchteling probeert binnen te reizen. Het Hof is dan ook

bevoegd om zich over de zaak te buigen.

Klagers hebben gesteld dat door het risico van *refoulement* het terugsturen bij de grens in strijd zou zijn met art. 3 EVRM. Het Hof overweegt dat het in *M.K. e.a. t. Polen* al heeft geoordeeld dat er bij de grens tussen Wit-Rusland en Polen een systematische praktijk bestond waarbij de bevoegde ambtenaren onjuiste verklaringen noteerden voor asielzoekers. Dit is onder meer ook bevestigd door de VN Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen. In het onderhavige geval wordt dit bovendien ondersteund door het talrijke schriftelijke bewijsmateriaal dat klagers in verschillende stadia van de procedure bij het Hof hebben overgelegd. Het Hof aanvaardt dan ook niet de stelling van de regering dat klagers niet hebben aangegeven dat zij het risico liepen te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM en van 'keten-*refoulement*'. Ook acht het Hof het aannemelijk dat hun asielverzoeken in Wit-Rusland onvoldoende zorgvuldig zouden worden behandeld. Er was dan ook een verplichting voor Polen om klagers veiligheid te verzekeren, in het bijzonder door hen in ieder geval tot Pools grondgebied toe te laten tot het moment waarop hun verzoeken adequaat waren beoordeeld door de bevoegde nationale autoriteiten. Het Hof is dan ook van oordeel dat art. 3 EVRM is geschonden door klagers terug te sturen bij de grens met Wit-Rusland.

Klagers hebben ook gesteld dat zij onderhevig zijn geweest aan een collectieve uitzetting, in strijd met art. 4 P4 EVRM. Het Hof merkt op dat klagers wel steeds individuele beslissingen hebben ontvangen bij hun pogingen om Polen binnen te komen, maar dat die niet op een voldoende geïndividualiseerde beoordeling zijn gebaseerd. Net als in *M.K. e.a. t. Polen* stelt het Hof in deze zaak dan ook een schending vast van art. 4 P4 EVRM. In het verlengde daarvan acht het in het licht van de beperkte procedurele mogelijkheden ook art. 13 EVRM geschonden.

In het licht van zijn vaste rechtspraak over de noodzaak om interimmaatregelen in acht te nemen die het Hof heeft opgelegd, merkt het Hof op dat de Poolse regering de legitimiteit van deze maatregelen voortdurend heeft betwist en dat ook is blijven doen nadat het Hof de bezwaren daartegen al had verworpen. Het Hof concludeert daaruit dat Polen ook zijn verplichtingen onder art. 34 EVRM niet is nagekomen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD005124617

Zaaknummer: 51246/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 4 P4, EVRM art. 13 en EVRM art. 34

RECHTSPRAAK

Diosdalo Cabello Rondón, Gerecht 14 juli 2021, zaak T-248/18

Een Venezolaanse politicus is op een EU-sanctielijst geplaatst waardoor zijn tegoeden zijn bevroren, onder meer omdat hij in Venezuela zijn positie heeft gebruikt om via de audiovisuele media op te roepen tot haat en geweld jegens oppositiepolitici en mensenrechtenverdedigers. Het Gerecht beoordeelt of de maatregelen verenigbaar zijn met de vrijheid van meningsuiting van art. 11 Hv, op basis van de criteria als neergelegd in de EHRM-rechtspraak. De conclusie is dat de maatregelen noodzakelijk en niet onevenredig zijn aan de doelstelling van het beschermen van democratie en rechtsstaat en niet in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting.

Deze procedure betreft beperkende maatregelen die jegens verzoeker zijn ingesteld in het licht van de situatie in Venezuela. Hij is op een sanctielijst geplaatst, als gevolg waarvan onder meer zijn tegoeden zijn bevroren.

Voor het Gerecht heeft verzoeker onder meer gesteld dat de plaatsing op de sanctielijst de vrijheid van meningsuiting aantast. Het Gerecht overweegt dat inderdaad moet worden nagegaan of de vrijheid van meningsuiting en van informatie, zoals gewaarborgd door art. 11 Hv en art. 10 EVRM, in dit geval zijn geëerbiedigd. Daarbij moet het Gerecht op grond van art. 52 lid 3 Hv rekening houden met de aan art. 10 EVRM gegeven uitleg door het EHRM, zonder dat dit evenwel de autonomie van het Unierecht of van het HvJ EU aantast. Het Gerecht wijst er daarbij op dat het EHRM heeft geoordeeld dat de vrijheid van meningsuiting een van de wezenlijke fundamenteën van een democratische samenleving vormt en dat deze tekst geen onderscheid maakt naargelang de aard van het nagestreefde doel of de rol die natuurlijke of rechtspersonen bij de uitoefening van die vrijheid hebben gespeeld. Ook wijst het Gerecht erop dat het EHRM bijzonder belang toekent aan de rol van journalisten als waakhonden van de samenleving in het algemeen en de democratie in het bijzonder, waarbij hun boodschap via

audiovisuele media nog krachtiger, onmiddellijker en vertrouwenwekkender overkomt en daarmee grote impact kan hebben. Wel heeft het EHRM benadrukt dat journalisten te goeder trouw moeten handelen en de journalistieke ethiek moeten respecteren. Art. 10 lid 2 EVRM benadrukt ook dat de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting verplichtingen en verantwoordelijkheden omvat. Tegelijkertijd laat deze bepaling haast geen ruimte voor beperkingen van de vrijheid van meningsuiting op het vlak van politieke uitspraken of kwesties van algemeen belang. Alleen als er een grens wordt overschreden en bijvoorbeeld sprake is van hate speech kan een beperking gerechtvaardigd zijn, in het bijzonder wanneer dergelijke uitspraken worden gedaan in een gespannen politieke of sociale context.

Deze uitgangspunten toepassend overweegt het Gerecht dat verzoeker een Venezolaans burger is, die in Venezuela woont, daar een politieke functie bekleedt en in aanzienlijke mate toegang heeft tot de audiovisuele media. Hij bevindt zich op de sanctielijst omdat hij de politieke oppositie, de media en het maatschappelijk middenveld publiekelijk heeft aangevallen en bedreigd. De interventies die zijn plaatsing op de sanctielijst hebben ingegeven, hebben met name betrekking op zijn politieke handelingen en op uitlatingen tijdens betogingen, tegenover de pers en op persconferenties. Het Gerecht kwalificeert hem tegelijkertijd niet als een journalist. Weliswaar heeft hij bijvoorbeeld een wekelijks televisieprogramma, maar dit lijkt vooral een voortzetting van zijn politieke activiteiten te zijn. Niettemin overweegt het Gerecht dat op zijn handelen vergelijkbare beginselen en vereisten van toepassing zijn, nu hij duidelijk heeft deelgenomen aan het publieke debat in Venezuela. Uit het onderzoek van het dossier is het Gerecht gebleken dat verzoeker de media vrijelijk heeft gebruikt om de politieke oppositie, andere media en het maatschappelijk middenveld in het openbaar te bedreigen en te intimideren, bijvoorbeeld door journalisten te beschuldigen van medeplichtigheid aan een bomaanslag en intimidatiepogingen te ondernemen jegens mensenrechtenverdedigers en oppositieleiders publiekelijk te bedreigen. Om die reden stelt het Gerecht vast dat de handelingen van verzoeker een aansporing vormen tot geweld, haat en onverdraagzaamheid, zodat zij niet kunnen genieten van de verruimde vrijheid van meningsuiting die uitspraken in een politieke context in beginsel beschermt. Deze handelingen vormen immers reële aanvallen op de democratie en de rechtsstaat in Venezuela. In het licht van de beperkingsvoorwaarden van art. 52 lid 1 Hv stelt het Gerecht verder nog vast dat de opgelegde bevroezingsmaatregelen als zodanig niet ongeschikt zijn om het algemeen belang van de bescherming van de democratie en de rechtsstaat te dienen, terwijl ook moet worden aangenomen dat minder vergaande maatregelen het niet mogelijk maken om deze doelen even doeltreffend te bereiken. De beperkingen zijn ook niet zo vergaand dat verzoeker niet meer in zijn basisbehoeften kan voorzien. Gelet daarop oordeelt het Gerecht dat de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van verzoeker noodzakelijk en niet onevenredig zijn en de kern van zijn vrijheid bovendien niet aantasten. Het Gerecht wijst het

beroep op dit punt dan ook af.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 14-07-2021

ECLI: ECLI:EU:T:2021:450

Zaaknummer: T-248/18

Wetsartikelen: Hv art. 11, Hv art. 41, Hv art. 47, Hv art. 52 lid 1 en lid 3 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Europese Commissie t. Polen (tuchtrechtspraak), HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19

Naar aanleiding van een inbreukprocedure heeft het HvJ zich gebogen over de herziening van het Poolse tuchtrechtelijk systeem. Het concludeert dat dit systeem op verschillende punten onverenigbaar is met art. 19 lid 1 VEU, art. 47 Hv en art. 267 VWEU. De onafhankelijkheid van de Tuchtkamer is onvoldoende gegarandeerd; daarnaast is onvoldoende wettelijk omschreven in welke gevallen rechters tuchtrechtelijk kunnen worden aangesproken. Daardoor kunnen rechters vrezen voor vervolging vanwege de inhoud van hun uitspraken of het voorleggen van prejudiciële vragen; hun eigen onafhankelijkheid staat daardoor op het spel. Daarnaast zijn de tuchtprocedures zelf onvoldoende met waarborgen omkleed.

De Europese Commissie heeft een inbreukprocedure ingeleid tegen Polen in verband met de daar gedane aanpassingen in het tuchtrecht voor rechters. In het bijzonder is de Europese Commissie van mening dat Polen zijn verplichtingen onder art. 19 lid 1 VEU niet is nagekomen, onder meer door toe te staan dat de inhoud van rechterlijke uitspraken kan worden aangemerkt als een tuchtrechtelijk vergrijp en door de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Tuchtkamer van de Poolse Hoge Raad niet te garanderen.

Het HvJ roept eerst de algemene rechtsstatelijke waarden in herinnering waarop de EU op grond van art. 2 VEU is gestoeld en die de lidstaten vrijwillig hebben aanvaard. Daarnaast bepaalt art. 19 lid 1 VEU dat het aan de lidstaten is om een stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven te roepen dat het voor individuen mogelijk maakt om effectieve rechtsbescherming te genieten op het terrein van het EU-recht. Die effectieve rechtsbescherming vormt een algemeen beginsel van EU-recht dat voortkomt uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten; het vindt ook uitdrukking in art. 6 en 13 EVRM en het heeft bevestiging gevonden in art. 47 Hv. Dit betekent dat iedere lidstaat

ervoor heeft te zorgen dat de rechtbanken en tribunalen die uitspraken kunnen doen over onderwerpen van EU-recht aan de eisen van effectieve rechtsbescherming moeten voldoen. Voor Polen geldt die verplichting zowel voor de Hoge Raad (en de Tuchtkamer als onderdeel daarvan) en voor de gewone rechtbanken. Voor het kunnen verschaffen van effectieve rechtsbescherming is onafhankelijkheid essentieel, zoals ook blijkt uit de tweede alinea van art. 47 Hv. De onafhankelijkheid van rechtbanken is dan ook deel van de wezenlijke kern van het recht op effectieve rechtsbescherming en het fundamentele recht op een eerlijk proces, dat op zijn beurt van kardinaal belang is om te garanderen dat alle rechten die individuen aan het EU-recht ontleen beschermd worden en de gemeenschappelijke EU-waarden, waaronder de rechtsstatelijke waarden, worden beschermd. Het Hof benadrukt daarbij zijn eerdere rechtspraak waaruit blijkt dat de staten daarom verplicht zijn om iedere gerede twijfel weg te nemen die zou kunnen bestaan over de openheid van een rechtbank of tribunaal voor druk van buitenaf of over een gebrek aan neutraliteit. Het is noodzakelijk om rechters te behoeden voor dergelijke externe druk of interventies die hun onafhankelijkheid in gevaar kunnen brengen, waarbij zowel bescherming moet worden geboden tegen directe drukmiddelen als tegen meer subtiele en indirecte vormen. Dit alles betekent dat het HvJ zich bevoegd kan achten om de door de Europese Commissie aangebrachte kwesties met betrekking tot het Poolse tuchtrecht voor rechters inhoudelijk te beoordelen.

Een tuchtrechtelijk systeem voor rechters moet in overeenstemming zijn met het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, onder meer door te waarborgen dat beslissingen die in het kader van een tuchtprocedure tegen rechters zijn ingesteld, kunnen worden getoetst door een orgaan dat zelf voldoet aan de eisen van effectieve rechtsbescherming, waaronder de eis van onafhankelijkheid. Ook het EHRM heeft het belang van goede rechterlijke toetsing van tuchtrechtelijke beslissingen benadrukt. Het HvJ zelf heeft in de zaak *A.K. e.a.* al bepaald aan welke eisen een orgaan moet voldoen om een onafhankelijke en onpartijdige rechter te kunnen zijn. In het licht daarvan overweegt het HvJ nu ook dat de Poolse aanpassingen in de tuchtrechtspraak moeten worden gezien in het licht van de ruimere en majeure hervormingen van de rechterlijke macht in Polen. De Tuchtkamer heeft daarbij een nieuwe en specifieke, exclusieve bevoegdheid gekregen om te kunnen oordelen over tuchtzaken tegen zowel rechters van de Hoge Raad als, in eerste en tweede aanleg, rechters van lagere gewone rechtbanken. Het Hof heeft al eerder, in *A.K. e.a.*, vastgesteld dat andere hervormingen, in het bijzonder de verlaging van de pensioenleeftijd van rechters, een aantasting hebben gevormd van de onafhankelijkheid van de leden van de Poolse Hoge Raad. Daarbij komt dat de Tuchtkamer, in vergelijking tot andere kamers van de Hoge Raad, een bijzondere mate van organisationele, functionele en financiële autonomie heeft gekregen. Daarbij is niet gegarandeerd dat leden van de Tuchtkamer die zelf in tuchtprocedures betrokken raken, door een ander orgaan kunnen worden berecht. Ook komen de leden bijzondere voorrechten toe

die andere rechters niet hebben, zoals een extra honorarium en de mogelijkheid om academische activiteiten te verrichten. Een verder punt van zorg ziet het Hof in de eis dat alleen nieuwe rechters deel konden uitmaken van de Tuchtkamer, waardoor transfers van huidige leden van de Hoge Raad naar deze kamer niet mogelijk was. Daarbij merkt het Hof op dat ook de benoemingsprocedure en de rol daarbij van de Poolse Nationale Raad voor de Rechtspraak (KRS) is herzien. In *A.B. e.a.* heeft het HvJ zich al kritisch uitgesproken over de daarbij geboden garanties voor onafhankelijkheid. Het merkt nu op dat inmiddels 23 van de 25 leden van de KRS worden benoemd door de Poolse wetgevende of uitvoerende macht, waardoor de laatste een grote invloed kunnen uitoefenen op de KRS en de onafhankelijkheid van dat lichaam wordt ondermijnd. De herziening van de systematiek van de KRS vond bovendien parallel plaats in een context waarbij werd verwacht dat een aantal plaatsen in de Hoge Raad, en in het bijzonder de Tuchtkamer, vacant zouden komen. Daardoor zijn er legitieme twijfels mogelijk waar het gaat om de onafhankelijkheid van de KRS en zijn rol in het benoemingsproces voor de leden van de Tuchtkamer. In combinatie met de al vermelde factoren maakt dit dat bovendien dat ook redelijke twijfel mogelijk is over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Tuchtkamer als zodanig. Voor het HvJ is dit belangrijker dan de statistische gegevens die Polen heeft overgelegd met betrekking tot de oordelen die de Tuchtkamer heeft uitgesproken, nog los van het feit dat daaruit vooral lijkt te blijken dat de Tuchtkamer tuchtrechtelijke beslissingen in eerste aanleg jegens rechters vooral heeft bevestigd of de sancties heeft verhoogd. Uit een en ander vloeit volgens het HvJ voort dat Polen onvoldoende heeft gedaan om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Tuchtkamer te garanderen en daarmee de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen heeft ondermijnd, hetgeen ten koste gaat van de bescherming van de rule of law, in strijd met art. 19 lid 1 VEU.

Een tweede kwestie die aan het HvJ is voorgelegd betreft de vraag wanneer sprake is van een tuchtrechtelijk vergrijp waarop rechters kunnen worden aangesproken. Het HvJ stelt voorop dat ieder risico moet worden vermeden dat een tuchtsysteem gebruikt wordt als een mogelijkheid om politieke controle uit te oefenen op rechterlijke beslissingen. Het beschermen van rechterlijke onafhankelijkheid kan niet, als zodanig, betekenen dat iedere disciplinaire verantwoordelijkheid van een rechter wordt uitgesloten voor de inhoud van zijn uitspraken; in zeer uitzonderlijke gevallen kan een rechter wel daarop worden aangesproken, bijvoorbeeld wanneer sprake is van het doelbewust en te kwader trouw, of door zeer grove nalatigheid, schenden van regels van nationaal of EU-recht, of bij willekeurig onthouden van rechtsbescherming in zaken die door individuen zijn aangespannen. Voor dergelijke zeer uitzonderlijke gevallen moet er deugdelijke, precieze en heldere wetgeving bestaan waarin objectieve en verifieerbare criteria zijn vastgelegd voor de beoordeling en moeten er bovendien goede garanties bestaan om een risico van externe druk op de inhoud van

rechterlijke beslissingen tegen te gaan. In Polen bestaan dergelijke wetgeving en garanties volgens het HvJ niet. Weliswaar is er vaste rechtspraak waarin de bestaande wetgeving restrictief wordt uitgelegd, maar deze wetgeving biedt als zodanig wel ruimte voor een bredere uitleg van de tuchtrechtelijke vergrijpen waarvoor een rechter kan worden bestraft en het is bovendien niet duidelijk of de huidige Tuchtkamer zich gehouden voelt om deze eerdere rechtspraak te volgen. Daarover kunnen temeer twijfels bestaan nu de onafhankelijkheid van de Tuchtkamer niet is gegarandeerd. Deze twijfels worden bovendien bevestigd door uitspraak van de Tuchtkamer waaruit blijkt dat een zodanig ruime definitie wordt gegeven aan de bestaande wetgeving dat niet is gegarandeerd dat tuchtzaken niet al te snel raken aan de inhoud van de beslissingen die individuele rechters hebben genomen. Het enkele risico dat dergelijke tuchtprocedures kunnen worden aangebracht is daarbij voldoende om druk uit te oefenen op de rechterlijke oordeelsvorming. Ook op dit punt ziet het HvJ dus een ondermijning van de onafhankelijkheid van de rechtspraak in Polen en een aantasting van de rule of law, zodat ook op dit punt het nieuwe tuchtregime niet voldoet aan de daaraan volgens art. 19 lid 1 VEU te stellen eisen.

Ten derde is de vraag of de ingevoerde tuchtprocedure als zodanig voldoet aan de eisen van effectieve rechtsbescherming zoals neergelegd in art. 47 en 48 Hv. Blijkens art. 52 lid 3 Hv moeten deze bepalingen worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM over art. 6 en 13 EVRM. Het HvJ wijst daarbij in het bijzonder op de EHRM-rechtspraak over de vraag wanneer sprake is van een gerecht dat bij wet is ingesteld. De Europese Commissie heeft erop gewezen dat de Poolse tuchtrechtbanken in het nieuwe systeem niet aan deze eisen voldoen. In het bijzonder geldt dat de President van de Tuchtkamer de bevoegdheid heeft om een tuchtrechtbank aan te wijzen om een tuchtzaak jegens een gewone rechter te beoordelen, zonder dat de criteria voor die aanwijzing in wetgeving zijn gespecificeerd. Het HvJ is het met de Europese Commissie eens dat daarbij een risico kan bestaan dat de aanwijzing naar eigen inzicht van de President van de Tuchtkamer plaatsvindt en dat daarbij druk op rechters kan worden uitgeoefend, en dat terwijl de onafhankelijkheid van de Tuchtkamer zelf niet is gegarandeerd. Deze werkwijze is dan ook in strijd met het in art. 19 lid 1, tweede subparagraaf VEU neergelegde vereiste dat zaken moeten worden beoordeeld door een bij wet ingesteld gerecht.

Daarnaast beoordeelt het HvJ de tuchtprocedure zelf op overeenstemming met art. 47 en 48 Hv, waarbij belangrijke contextfactoren zijn dat het al heeft vastgesteld dat het tuchtrechtelijke regime wordt gekenmerkt door problemen ten aanzien van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid bij de beoordeling en dat de tuchtrechtelijke vergrijpen onvoldoende duidelijk bij wet zijn omschreven. Daarbij ziet het HvJ allereerst een structureel risico voor het niet binnen redelijke termijn afdoen van tuchtrechtelijke zaken,

vooral omdat niet automatisch gegeven is dat een procedure helemaal is beëindigd na een einduitspraak, nu een nieuwe tuchtprocedure in dezelfde zaak niet is uitgesloten. Daarnaast ziet het HvJ een heel aantal andere tekortkomingen waar het gaat om procedurele rechten van rechters die aan een tuchtprocedure worden onderworpen. In combinatie kunnen die tot gevolg hebben dat rechters kunnen vrezen dat er tuchtzaken tegen hen worden aangebracht waarbij niet aan het recht op een eerlijk proces wordt voldaan en waarbij de rechten van de verdediging niet worden gerespecteerd. Daardoor wordt opnieuw de onafhankelijkheid van de rechtspraak in Polen ondermijnd, in strijd met art. 19 lid 1 VEU.

Tot slot is de vraag of deze verschillende tekortkomingen ook effect hebben op het goede verloop van de prejudiciële procedure onder art. 267 VWEU. Het HvJ benadrukt dat bepalingen van nationaal recht die rechters blootstellen aan een tuchtprocedure, of waarbij de indruk ontstaat dat er een risico is van zo'n blootstelling, omdat zij een prejudiciële vraag aan het HvJ hebben voorgelegd, niet aanvaardbaar zijn. De goede werking van het systeem van rechterlijke samenwerking op het terrein van het EU-recht zou daardoor worden ondermijnd. Gelet op de risico's, problemen en tekortkomingen die het HvJ al heeft vastgesteld, is het risico van (dreiging met) tuchtrechtelijke vervolging vanwege het stellen van prejudiciële vragen reëel. Bovendien blijkt uit voorbeelden die de Europese Commissie heeft gegeven dat er ook al een aantal tuchtrechtelijke ingrepen hebben plaatsgevonden. Ook op dit punt geldt dan ook dat Polen zijn verplichtingen onder het EU-recht niet is nagekomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-07-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:596

Zaaknummer: C-791/19

Wetsartikelen: VEU art. 2, 19 lid 1, VWEU art. 267, Hv art. 47, 48, 52 lid 3 en EVRM art. 6, 13

RECHTSPRAAK

Gruba e.a. t. Rusland, EHRM 6 juli 2021, nrs. 66190/09 en 3 andere

In Rusland komt mannelijk politiepersoneel alleen in aanmerking voor ouderschapsverlof als hun vrouwelijke partners niet in staat zijn om voor de kinderen te zorgen. Het EHRM overweegt dat genderstereotypen, zoals opvattingen over rolpatronen, een ongelijke behandeling naar geslacht niet kunnen rechtvaardigen. Het is niet waarschijnlijk dat de operationele effectiviteit van de politie met dit onderscheid wordt gediend, nu geslacht minder bepalend zal zijn voor inzetbaarheid dan bijvoorbeeld functiecategorie. Art. 8 jo. 14 EVRM worden door dit onderscheid naar geslacht dan ook geschonden.

Klagers zijn vier mannelijke politiemensen die in aanmerking willen komen voor ouderschapsverlof. Dit werd hen echter geweigerd omdat mannelijk politiepersoneel alleen ouderschapsverlof kan genieten als hun kinderen geen zorg van de moeder kunnen ontvangen; vrouwelijke politiemensen komen voor ouderschapsverlof altijd in aanmerking. In een aantal gevallen speelde ook nog mee dat de moeders door ziekte niet goed in staat waren om voor de kinderen te zorgen, maar volgens de nationale autoriteiten waren de gezondheidsproblemen niet zodanig dat ze vaderschapsverlof zouden rechtvaardigen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de weigering om hen ouderschapsverlof toe te kennen in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM. Het Hof beoordeelt de zaak in het licht van de criteria die het voor een soortgelijke kwestie uiteen heeft gezet in *Konstantin Markin*. Het benadrukt dat het daarin heeft geoordeeld dat – waar het gaat om ouderschapsverlof en de daarbij aan kinderen te bieden zorg – mannen zich in een vergelijkbare positie vinden als vrouwen. Het Russische constitutionele hof heeft verschillende argumenten naar voren gebracht om het verschil in behandeling tussen vrouwelijk en mannelijk politiepersoneel te rechtvaardigen. Het Hof beoordeelt die in het licht van zijn eigen uitgangspunt dat genderstereotypen, zoals de aanname dat vooral vrouwen voor de kinderen moeten zorgen, niet als zodanig een rechtvaardiging kunnen opleveren voor een onderscheid naar geslacht.

Het Hof is niet overtuigd door het argument dat politiemensen door het tekenen van hun arbeidscontract alle gevolgen accepteren; een 'waiver' van het recht om vrij te blijven van discriminatie kan niet worden aanvaard. Daarnaast heeft het constitutionele hof erop gewezen dat het gelijk behandelen van mannen en vrouwen binnen de politie op het punt van ouderschapsverlof zou leiden tot een aanzienlijke afname van voldoende fitte politiemensen die de openbare orde kunnen handhaven en mensen kunnen arresteren. Het Hof erkent dat de operationele effectiviteit van de politie een punt van zorg is dat bepaalde restricties op de rechten van het politiepersoneel kan meebrengen, maar dit doel kan geen rechtvaardiging vormen voor een ongelijke behandeling van mannelijk en vrouwelijk politiepersoneel. Het acht het daarbij van belang dat het recht op ouderschapsverlof puur afhankelijk is van geslacht en niet van de aard van een bepaalde politiefunctie, de mogelijkheid om iemand te laten vervangen, of van andere omstandigheden die op de operationele effectiviteit betrekking hebben. Ook komen vrouwen en mannen verder in gelijke mate in aanmerking voor alle posten waarop de onderhavige klacht betrekking heeft. Het Hof merkt verder op – in het licht van de beoordeling van de gezondheidstoestand van de vrouwelijke partners van klagers – dat het erop lijkt dat de eventuele uitzonderingen waarbij wel aan mannen een ouderschapsverlof wordt toegekend, erg restrictief worden uitgelegd. Dit alles wijst er volgens het Hof op dat er geen goede afweging is gemaakt tussen de belangen van operationele effectiviteit van de politie en het recht om niet te worden gediscrimineerd naar geslacht. Art. 8 en 14 EVRM zijn dan ook geschonden.

Een van de klagers heeft verder nog gesteld dat in zijn rechterlijke procedure over het ouderschapsverlof de openbaar aanklager betrokken was. Het Hof merkt op dat die aanwezigheid in sommige gevallen gerechtvaardigd kan zijn, bijvoorbeeld als ondersteuning van een kwetsbare civiele partij of voor de behartiging van bepaalde statelijke belangen. In andere gevallen kan dergelijke deelname echter de 'equality of arms' verstoren. Dit laatste was in het onderhavige geval aan de orde, nu er geen specifieke redenen waren voor de aanwezigheid van de openbaar aanklager en het aannemelijk was dat die aanwezigheid vooral was ingegeven om daardoor de staat in zijn positie te ondersteunen en daarmee de rechter te beïnvloeden. Dit betekent dat art. 6 lid 1 EVRM in deze zaak is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUDoo661800g

Zaaknummer: 66190/09 en 3 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

**Khachatryan en Konovalova t. Rusland, EHRM 13 juli 2021,
nr. 28895/14**

Een migrant verblijft al twaalf jaar in Rusland op basis van tijdelijke verblijfsvergunning. Een verlenging daarvan wordt geweigerd omdat hij niet tijdig een verplicht HIV-negatief certificaat heeft overgelegd. Het EHRM acht dat niet aanvaardbaar en in strijd met art. 8 EVRM, vooral omdat er geen onderzoek is gedaan naar de proportionaliteit van een zo zwaar gevolg als weigering van verlenging voor een puur formele nalatigheid, waarbij ook nog geldt dat de medische (HIV-)status geen rol zou mogen spelen in de verlengingsbeslissing.

Klager verblijft sinds 2001 in Rusland op basis van tijdelijke verblijfsvergunningen, die steeds met drie jaar worden verlengd. Zijn echtgenote en zoon wonen ook in Rusland. In 2013 heeft klager weer een verlenging van zijn verblijfsvergunning aangevraagd, en daarbij heeft hij toegezegd dat hij binnen een maand een nog ontbrekende HIV-verklaring zou overleggen. Toen hij dat niet deed en ook geen verlenging van de termijn aanvraag, werd zijn verzoek om verlenging van de verblijfsvergunning afgewezen. Tijdens de beroepsprocedure overlegde hij de HIV-verklaring alsnog, maar dit was niet voldoende om de afwijzing nog te kunnen repareren. Als gevolg daarvan was klager verplicht om Rusland in ieder geval gedurende een jaar een aantal keren voor minimaal 90 dagen te verlaten.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de afwijzing van de verblijfsvergunning vanwege het niet-tijdig overleggen van de verklaring in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat de verlenging van de verblijfsvergunning op basis van een puur formeel gebrek is afgewezen, zonder dat er een inhoudelijke afweging heeft plaatsgevonden, waarbij bijvoorbeeld ook rekening werd gehouden met het belang van klagers zoon. Ook is geen onderzoek gedaan naar de proportionaliteit van de maatregel. Evenmin is onderzocht of het overleggen van een medisch certificaat wel echt inhoudelijk noodzakelijk was om over de verlenging te kunnen beslissen, waarbij het Hof er bovendien op wijst dat het meewegen van iemands HIV-status blijkens de eigen rechtspraak van het Hof in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM. Tot slot wijst het

Hof erop dat klager het ontbrekende certificaat uiteindelijk wel heeft overgelegd, waardoor de autoriteiten in staat waren geweest om de aanvankelijke beslissing te herzien. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof een schending van art. 8 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD002888514

Zaaknummer: 28895/14

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Loquifer t. België, EHRM 20 juli 2021, nrs. 79089/13,
13085/14 en 54534/14**

Een voormalige rechter werd benoemd in de Belgische Hoge Raad voor de Justitie (Conseil supérieur de la Justice (CSJ)), maar al snel geschorst vanwege verdenkingen van vervalsing van documenten in haar vorige functie. Na vrijspraak werd de schorsing opgeheven. In dit geval is volgens het EHRM sprake van het vaststellen van burgerlijke rechten door een niet-rechterlijk orgaan, zodat volwaardige rechterlijke toetsing van het schorsingsbesluit nodig was. Die kon niet volledig worden geboden, waardoor het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) is geschonden.

Klaagster ging na een 20-jarige loopbaan als rechter in 2012 met vervroegd pensioen. In 2012 werd zij benoemd tot “niet-magistraat” lid van de Hoge Raad voor de Justitie (Conseil supérieur de la Justice (CSJ)). Begin 2013 werd zij beschuldigd van overtredingen, waaronder vervalsing van documenten en het gebruik daarvan, die zij begaan zou hebben in haar hoedanigheid als president van de rechtbank in eerste aanleg van Nivelles in de benoemingsprocedure van haar opvolger. In mei 2013 besloot de algemene vergadering van de CSJ om klaagster gedurende een periode van zes maanden te schorsen; deze maatregelen werd gedurende de looptijd van het onderzoek naar de situatie verschillende keren verlengd. In 2015 werd klaagster vrijgesproken van de beschuldigingen. Daarop heeft zij de CSJ gevraagd om de beslissing tot schorsing te herzien, hetgeen is gebeurd. Vlak daarna heeft klaagster ontslag genomen als lid van de CSJ.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de schorsing in feite neerkwam op een tuchtrechtelijke sanctie die is opgelegd door een niet-rechterlijk orgaan, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat ten aanzien van de beslissing tot schorsing kan worden gesproken over een geschil over het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. De CSJ is geen rechterlijk, maar een administratief orgaan en is dus geen ‘gerecht’ of ‘tribunaal’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Dat is niet automatisch strijd met art. 6 lid 1 EVRM, mits er

daarna nog maar een toetsing mogelijk is van het genomen besluit door een rechter met volledige rechtsmacht. De partijen zijn het er niet over eens of zo'n toetsing in dit geval beschikbaar was geweest. Het Hof beoordeelt daarop de procedure waarvan de regering heeft aangevoerd dat die beschikbaar is, maar komt tot de conclusie dat niet vaststaat dat deze procedure daadwerkelijk en zinvol rechtsherstel zou kunnen opleveren, onder meer doordat de rechter ook niet de mogelijkheid zou hebben om de schorsing op te heffen. Gelet daarop gaat het Hof ervan uit dat de schorsingsbeslissing niet alleen niet is genomen door een administratief orgaan, maar dat er ook geen voldoende toetsing mogelijk was door een rechter die voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat de wezenlijke kern van het recht op toegang tot de rechter en daarmee art. 6 EVRM is aangetast (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD007908913

Zaaknummer: 79089/13, 13085/14 en 54534/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

M.A. t. Denemarken, EHRM 9 juli 2021 (GK), nr. 6697/18

Een Syrische vluchteling heeft in Denemarken een tijdelijke beschermingsstatus gekregen. Gelet daarop geldt er een wachttijd van drie jaar voordat hij in aanmerking komt voor gezinshereniging met zijn in Syrië achtergebleven echtgenote. De Grote Kamer van het EHRM acht een dergelijke wachtperiode op zichzelf niet onredelijk in gevallen waarin de beschermingsstatus tijdelijk is. Wel is het van oordeel dat voor het individuele geval moet worden nagegaan of die wachttijd inderdaad in acht moet worden genomen. Nu het Deense recht dit niet toelaat, maar uitgaat van een algemene regeling, is art. 8 EVRM geschonden.

Klager is een Syrische vluchteling die in 2015 in Denemarken asiel heeft aangevraagd. Hij kreeg een tijdelijke beschermingsstatus die jaarlijks werd verlengd, maar zijn verzoek om een meer definitieve status werd afgewezen omdat klager niet onderworpen geweest zou zijn aan specifieke en persoonlijke vervolging in Damascus. In de tussentijd verzocht klager om gezinshereniging met zijn echtgenote, die in Syrië was achtergebleven. Dit werd geweigerd omdat klager geen verblijfsvergunning had gehad in de voorafgaande drie jaar. Een procedure hierover was niet succesvol.

Na afstand van rechtsmacht is deze zaak voorgelegd aan de Grote Kamer van het Hof. Volgens klager is de lange wachttijd voordat hij om gezinshereniging met zijn vrouw zou kunnen verzoeken in strijd met art. 8 EVRM. Het Hof overweegt allereerst dat het de eerste keer is dat het over een dergelijke wachttijd voor mensen met een tijdelijke beschermingsstatus uitspraak moet doen. De tijdelijke aard van migratiestatussen en wachttijden zijn vooralsnog niet problematisch volgens de EHRM-rechtspraak. Bovendien komt de staten op dit terrein een ruime *margin of appreciation* toe. De vraag is of de Deense autoriteiten binnen die beoordelingsruimte een redelijk evenwicht hebben gevonden tussen de belangen van het individu en die van de samenleving als geheel. Het Hof ziet op zichzelf geen reden om vraagtekens te stellen bij het onderscheid dat in Denemarken wordt gemaakt tussen de

beperkingen van het recht op gezinshereniging voor mensen die een volwaardige asielstatus genieten en mensen die een tijdelijke beschermingsstatus hebben. Een wachttijd van drie jaar acht het Hof op zichzelf lang, zeker omdat de periode van disruptie van het gezin in de praktijk nog langer zal zijn. Het Hof merkt echter ook op dat klager nog geen diepe banden met Denemarken had gevestigd toen hij zijn aanvraag deed. De Deense Hoge Raad had weliswaar geaccepteerd dat er onneembare barrières bestonden in Syrië voor het samenleven van klager en zijn echtgenote, maar had ook benadrukt dat er na de periode van drie jaar wel weer gezinsleven in Denemarken mogelijk zou zijn. De driejaarsperiode viel volgens het Hof op zichzelf dan ook binnen de *margin of appreciation* van de staat. Wel is het Hof van oordeel dat de regelgeving te algemeen was geformuleerd, in die zin dat de wachtperiode voor iedereen in gelijke mate gold, zonder dat een individuele beoordeling mogelijk was. Daardoor hebben de autoriteiten uiteindelijk toch geen goed evenwicht gevonden tussen de betrokken belangen en is art. 8 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0709JUD000669718

Zaaknummer: 6697/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Maestri e.a. t. Italië, EHRM 8 juli 2021, nrs. 20903/15 en 3 andere

In een strafzaak over fraude met EU-melkquota zijn de verdachten in eerste aanleg veroordeeld, onder meer op basis van getuigenverklaringen. In hoger beroep is de veroordeling in stand gebleven, maar werden de feiten juridisch anders gekwalificeerd, zonder dat de getuigen opnieuw werden gehoord. Het EHRM is van oordeel dat dit laatste in de omstandigheden van het geval onterecht was, waardoor onvoldoende waarborgen zijn geboden voor een eerlijk proces, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

De klagers in deze zaak zijn strafrechtelijk vervolgd vanwege het plegen van fraude met EU-melkquota. In eerste aanleg zijn zij daarvoor – op één na – allemaal veroordeeld. De veroordeling was daarbij mede gebaseerd op een aantal verklaringen van getuigen die betrekking hadden op de werkwijze van klagers. In hoger beroep is de uitspraak in eerste aanleg gedeeltelijk aangepast. Weliswaar achtte het hof van beroep van Turijn de veroordeling terecht, maar het toonde zich ontevreden over de weinig precieze manier waarop de feitenvaststelling en de juridische kwalificatie van de feiten waren onderbouwd. Op dit punt vulde het hof van beroep de uitspraak dan ook aan op basis van de bekende feiten, maar dit deed het op basis van de informatie die in eerste aanleg was vastgesteld, zonder een nieuwe zitting te gelasten waarbij de getuigen opnieuw werden gehoord.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de procedure voor het hof van beroep oneerlijk is verlopen en in strijd is geweest met hun procedurele rechten, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM roept allereerst zijn rechtspraak in herinnering over de art. 6-rechten als het gaat om de beoordeling van zaken in hoger beroep. Daarbij moet per geval worden bekeken of het organiseren van een nieuwe zitting nodig is, waarbij rekening moet worden gehouden met omstandigheden als de aard van de zaak en de belangen van de partijen. In een aantal gevallen heeft het Hof geen schendingen gevonden, bijvoorbeeld wanneer het hoger beroep puur en alleen betrekking had op een juridische kwestie en de feitenvaststelling niet meer ter discussie

stond. In het onderhavige geval heeft het beroepshof de uitspraak in eerste aanleg vooral herzien omdat het een ander oordeel wilde geven over de juridische kwalificatie van de feiten. Daarvoor heeft het geen nieuwe feitenvaststelling hoeven te doen en ook geen nieuwe interpretatie hoeven te geven van de getuigenverklaringen. Niettemin moet het Hof nog vaststellen of het niet opnieuw horen van de getuigen niet toch inbreuk maakte op de rechten van klagers. Daarbij is ook van belang dat klagers weliswaar zelf hebben besloten om niet op zittingen in hoger beroep aanwezig te zijn, maar er ook dan een positieve verplichting bestaat voor de autoriteiten om ervoor te zorgen dat de procedurele waarborgen die daarmee verbonden zijn zo goed mogelijk worden geboden. In het onderhavige geval was het daarbij goed geweest als het beroepshof had besloten om het onderzoek te heropenen en ook de klagers opnieuw de mogelijkheid had geboden om zich over de herkwalificatie van de feiten uit te spreken, zeker nu dit een beslissende invloed zou hebben op hun eventuele strafbaarheid. Gelet op die omstandigheden acht het Hof art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

Een van de klagers is in eerste aanleg vrijgesproken, maar ook zij is in hoger beroep niet opnieuw gehoord en zij heeft ook niet kunnen profiteren van een hernieuwde ondervraging van getuigen. Ook ten aanzien van haar is de procedure dan ook niet eerlijk geweest, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD002090315

Zaaknummer: 20903/15 en 3 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Norman t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 6 juli 2021, nr. 41387/17

Een Britse gevangenvaarder heeft vijf jaar lang tegen betaling informatie over de Belmarsh-gevangenis doorgegeven aan een tabloidjournalist. De tabloiduitgever heeft uiteindelijk zijn naam prijsgegeven, waarna hij is vervolgd en veroordeeld wegens ‘misconduct in public office’. Gelet op de omstandigheden acht het Hof deze vervolging voldoende voorzienbaar in de zin van art. 7 EVRM. De ernst van het gedrag en de daardoor berokkende schade aan het gevangenisbestel, en het beperkte belang van de doorgegeven informatie, maken dat art. 10 EVRM niet is geschonden door het prijsgeven van de bron door de uitgever.

Klager heeft als gevangenvaarder in de extra beveiligde gevangenis Belmarsh gedurende de periode 2006-2011 informatie over de gevangenis doorgegeven aan een tabloidjournalist. Hij deed dit tegen betaling van in totaal ruim 10.500 euro. Op basis van de informatie verschenen er diverse artikelen in de *Daily Mirror* en *News of the World*, zowel meer algemeen van aard als gericht op identificeerbare gevangenen of stafleden. In 2011 ontstond er in het VK ophef over de manier waarop sommige journalisten aan hun informatie kwamen, waarop een publiek onderzoek (de ‘Leveson Inquiry’) werd ingesteld, maar ook meer specifiek strafrechtelijk onderzoek werd gestart naar ongepaste betalingen van ambtenaren. Daarbij werd onder meer de eigenaar van de *Daily Mirror* (Mirror Group Newspapers, MGN) gevraagd om informatie prijs te geven over degenen die betaald waren om informatie aan te leveren. MGN gaf deze informatie in 2013 en klager werd daarbij geïdentificeerd als een van de betaalde bronnen. Daarop is klager aangehouden en strafrechtelijk vervolgd vanwege wangedrag in openbare dienst (‘misconduct in public office’) door het – tegen betaling – doorgeven van informatie die hij in het kader van zijn werkzaamheden had gekregen aan de media. In 2015 werd hij daarvoor tot een gevangenisstraf veroordeeld.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat de delictsomschrijving van ‘misconduct in public office’ te ruim was om te kunnen voorzien welke consequenties zijn handelen zou kunnen hebben; daardoor is zijn veroordeling volgens hem in strijd met art. 7 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat het voor de bij art. 7 EVRM te stellen eisen niet relevant is of een delict in common law of bij wet is geregeld. Ook merkt het op dat het mogelijk is dat strafrechtelijke regels geleidelijk aan door rechterlijke uitspraken kunnen worden verhelderd. Hoewel er in het onderhavige geval mogelijk enige onduidelijkheid had kunnen bestaan over de mate van ernst van het delict om onder de delictsomschrijving te vallen, neemt het aan dat die duidelijkheid uit een nationale uitspraak uit 2015 voldoende heeft kunnen blijken en dat de rechtspraakontwikkeling redelijkerwijze voorzienbaar was. De nationale rechters hebben bovendien voldoende gemotiveerd dat klagers gedrag inderdaad sterk laakbaar was, zodat het in dit geval ook niet om een duidelijk twijfelgeval ging. Art. 7 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager heeft daarnaast gesteld dat het openbaren van zijn identiteit via MGN en zijn daaropvolgende veroordeling in strijd waren met het in art. 10 EVRM vervatte recht op bronbescherming. Het Hof merkt op dat klagers gedrag zich over een periode van vijf jaar heeft uitgestrekt en dat het flagrant in strijd was met de regels voor gevangenisbewaarders, waardoor ze een ernstige vertrouwensbreuk vormden. Klager heeft op nationaal niveau ook erkend dat hij de regels kende en dat zijn gedrag een tuchtrechtelijk vergrijp opleverde. Hij gedroeg zich dus willens en wetens in strijd met de beroepseisen, terwijl dit bovendien ernstige schade heeft berokkend aan gevangenen, andere gevangenismedewerkers en het publiek vertrouwen in het gevangeniswezen. Er was dan ook een groot algemeen belang gemoeid bij zijn vervolging om de integriteit en doelmatigheid van het gevangeniswezen te behouden. Daartegenover acht het Hof het publiek belang dat was gelegen in de door klager verschaft informatie beperkt, ook nu op nationaal niveau is gebleken dat klagers wens niet was om dat belang te dienen, maar dat hij vooral werd gedreven door geld en een intense hekel aan de gevangenisdirecteur. Als klager als klokkenluider had willen optreden, had hij daarvoor bovendien andere wegen kunnen benutten. Een en ander betekent dat art. 10 EVRM volgens het Hof niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004138717

Zaaknummer: 41387/17

Wetsartikelen: EVRM art. 7 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Shahzad t. Hongarije, EHRM 8 juli 2021, nr. 12625/17

Een Pakistaanse vluchteling is tegengehouden en teruggestuurd bij een poging om, buiten een officieel toegangspunt om, vanuit Servië Hongarije binnen te komen. Het gaat hier om een groepsgewijze uitzetting zonder controle, waarbij de hoofdvraag is of klager zelf verantwoordelijk kan worden gehouden voor het feit dat hij niet van een officieel toegangspunt gebruik heeft gemaakt. Nu die nauwelijks toegankelijk zijn en er bovendien goede procedures ontbreken, oordeelt het Hof dat er in dit geval sprake was van collectieve uitzetting in strijd met art. 4 P4 EVRM.

Klager is een Pakistaan die in 2008/2009 Pakistan is ontvlucht en via veel omzwervingen in 2016 via Noord-Macedonië in Servië terecht kwam. Daar heeft hij naar zijn zeggen zonder succes een asielverzoek ingediend, waarna hij probeerde naar Hongarije te reizen om daar alsnog asiel aan te kunnen vragen. Hij werd echter bij de grens weggestuurd. Daarna heeft klager verschillende keren geprobeerd Hongarije binnen te komen, laatstelijk in augustus 2016 samen met een andere groep mensen. De groep werd aangehouden door de Hongaarse grenspolitie en weer naar de transitzone bij de grens tussen Hongarije en Servië gebracht. Volgens klager was het niet mogelijk om Hongarije op een andere manier binnen te komen dan door te reizen via de transitzones tussen Servië en Hongarije, maar die routes waren zeer beperkt. Daardoor was hij gedwongen om in Servië te blijven.

Volgens klager is hierdoor sprake geweest van een groepsgewijze uitzetting, in strijd met art. 4 P4 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat klager weliswaar alleen naar de andere kant van het hekwerk op de grens was overgebracht, hetgeen strikt genomen nog Hongaars grondgebied was, maar dat dit handelen van de Hongaarse autoriteiten toch als uitzetting in de zin van art. 4 P4 EVRM moet worden beschouwd. Het staat buiten twijfel dat klagers identiteit bij de grensovergang niet is vastgesteld en dat zijn individuele situatie niet is beoordeeld. De hoofdvraag is vervolgens of dit aan klager zelf was toe te rekenen, zoals het Hof ook heeft geoordeeld in *M.K. e.a. t. Polen* en *Khlaifa*. Het Hof merkt op dat klager Hongarije als lid van

een groep binnen was gekomen, maar de regering heeft niet aangevoerd dat dit een disruptieve of onveilige situatie heeft opgeleverd. Er waren voldoende douaniers om de situatie onder controle te houden en klagers hebben ook geen geweld gebruikt of weerstand geboden. Het Hof overweegt verder dat een land als Hongarije een Schengen-buitengrens heeft en dat het daarbij belangrijk is om goede en effectieve procedures te hebben voor het kunnen bieden van legale mogelijkheden om het land binnen te komen. In klagers geval waren de toegangspunten op respectievelijk 40 en 84 km afstand gelegen van de locatie waar hij probeerde de Hongaarse grens over te steken. Volgens klager waren deze punten ontoegankelijk voor hem. Het Hof is het met hem eens dat er strikte dagelijkse limieten waren aan het aantal mensen dat via deze toegangspunten het land binnen kon komen en dat bovendien een goede procedure met de juiste waarborgen ontbrak om de binnenkomst van migranten te kunnen controleren. Daardoor heeft Hongarije geen effectieve toegangsmogelijkheden geboden en moet worden aangenomen dat de uitzetting inderdaad 'collectief' was in de zin van art. 4 P4 EVRM. Nu er ook geen effectief rechtsmiddel beschikbaar was, is volgens het Hof ook art. 13 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD001262517

Zaaknummer: 12625/17

Wetsartikelen: EVRM art. 4 P4 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Tartu Vangla, HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-795/19

In Estse penitentiare inrichtingen geldt voor gevangenenbewaarders de verplichting om een gehoorvermogen te hebben dat aan bepaalde minimumnormen voldoet; correctie daarvan door bijvoorbeeld een hoortoestel is niet mogelijk. Het HvJ overweegt dat deze eis een direct onderscheid naar handicap oplevert. Weliswaar ziet het in dat een goed gehoor vereist kan zijn voor de functie, maar het oordeelt dat redelijke accommodatie mogelijk zou zijn door wel bepaalde correctiemiddelen toe te laten of iemands taken enigszins aan te passen.

Verzoeker in het hoofdgeding is bijna 15 jaar lang als penitentiair beambte werkzaam geweest in de penitentiare inrichting van Tartu, Estland, eerst als bewaarder op de gevangenisafdeling en later als bewaarder op de observatieafdeling. In die laatste functie moest hij onder meer door middel van een volgsysteem toezicht houden op personen die onder elektronisch toezicht stonden. In 2017 heeft de directeur van de penitentiare inrichting hem ontslagen omdat zijn gehoor als gevolg van gehoorverlies niet meer voldeed aan de minimumgehoordrempels.

De nationale rechter heeft onder meer de vraag voorgelegd of de absolute onmogelijkheid om een penitentiair beambte in dienst te houden van wie het gehoorvermogen niet voldoet aan de minimumdrempel in overeenstemming is met richtlijn 2000/78 (de kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep), zonder dat het op grond van die regeling toegestaan is om corrigerende hulpmiddelen te gebruiken. Volgens het HvJ is in dit geval sprake van een direct op handicap gebaseerd verschil in behandeling. Daarvoor is volgens art. 4 lid 1 van de richtlijn alleen een rechtvaardiging mogelijk als blijkt dat sprake is van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, het doel van dit vereiste legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel. Daarbij geldt dat deze uitzondering restrictief moet worden uitgelegd. *In casu* vormt de wens om het operationele karakter en de goede werking van het gevangeniswezen te waarborgen, een legitieme doelstelling. Daarnaast laat art. 2 lid 5 van richtlijn 2000/78 de nationale

wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden. Het HvJ overweegt dat het vereiste om goed te kunnen horen en dus een bepaald gehoorvermogen te bezitten voortvloeit uit de aard van de taken die een penitentiair beambte dient te verrichten. Hij moet bijvoorbeeld in staat zijn om onrust die zich hoorbaar manifesteert, op te merken en daarop te reageren, alarmeringen te horen en via communicatiemiddelen met andere beampten te communiceren, met name in – eventueel fysieke – rumoerige situaties of conflictsituaties waarbij de gedetineerden het interne reglement van de penitentiaire inrichting overtreden. Het gaat hierbij daarmee om een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste. De vraag is dan nog wel of het in de regeling neergelegde vereiste ook evenredig is, in het bijzonder in het licht van de onmogelijkheid om gebruik te maken van corrigerende hulpmiddelen. Het HvJ acht die onmogelijkheid in die zin begrijpelijk dat een risico kan bestaan dat iemand in voorkomend geval wordt gehinderd door het gebruik, de beschadiging of het verlies van een hoortoestel. Tegelijkertijd wijst het HvJ erop dat andere corrigerende hulpmiddelen, zoals contactlenzen of een bril, wel in aanmerking worden genomen als het gaat om de normen inzake gezichtsvermogen. Volgens het HvJ zijn de risico's daarbij vergelijkbaar. Bovendien biedt de nationale regeling geen ruimte om individueel te beoordelen of een beambte zijn essentiële taken ondanks een verminderd gehoorvermogen toch kan uitoefenen. In dit verband wijst het HvJ ook op art. 5 van de richtlijn, waarin een verplichting is vastgelegd voor de werkgever om passende maatregelen te treffen om een persoon met een handicap in staat te stellen in arbeid te participeren. Het gebruik van een hoortoestel, het vrijstellen van bepaalde taken of tewerkstelling in een functie waarbij bepaalde taken niet hoeven te worden uitgevoerd zouden in het onderhavige geval dergelijke passende maatregelen zijn, waarbij ook niet is gebleken dat dergelijke maatregelen een onevenredige belasting zouden vormen. Gelet op die overwegingen concludeert het HvJ dat de richtlijn zich inderdaad verzet tegen de nationale regeling.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-07-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:606

Zaaknummer: C-795/19

Rechters: A. Arabadjiev, A. Kumin, T. von Danwitz, P.G. Xuereb en I. Ziemele

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG, Hv art. 21 lid 2 en RL 2000/78/EG art. 2 lid 2 onder a, 4 lid 4, 5

RECHTSPRAAK

Tkheldze t. Georgië, EHRM 8 juli 2021, nr. 33056/17

M.T. is slachtoffer van huiselijk geweld, bedreiging en stalking door L.M. Zij meldt zich zo'n elf keer bij de politie met het verzoek haar te helpen, maar de politie treedt nauwelijks op. In 2014 schiet L.M. eerst M.T. dood en daarna zichzelf. Ondanks verzoeken van de moeder van M.T. wordt er nauwelijks onderzoek ingesteld. Het EHRM benadrukt het ernstig discriminerende aspect van huiselijk geweld en de onvergeeflijkheid van de passiviteit van de autoriteiten om daartegen op te treden. Het concludeert dat in Georgië sprake is van een systemische schending van art. 2 jo. 14 EVRM.

In 2013 trokken de dochter van klagster, M.T., en het zes jaar oude dochttertje van M.T. in bij de partner van M.T. (L.M.). In 2014 moest de politie een aantal keer naar de flat komen in verband met bedreigingen en agressie van L.M. jegens M.T. Hoewel M.T. duidelijk gewond was en er verzoeken werden gedaan door zowel haarzelf als de ouders van L.M. om maatregelen jegens L.M. te treffen, bleven dergelijke maatregelen uit en werd ook geen strafrechtelijk onderzoek gestart. Later in 2014 verliet M.T. L.M. en trok zij in bij haar moeder. Daarop bleef L.M. haar en haar dochter bedreigende berichten te sturen. Na klachten van M.T. daarover volgde opnieuw geen strafrechtelijk onderzoek, maar werd wel een formele waarschuwing gegeven aan L.M. Toen L.M. M.T. vlak daarna opnieuw lastigviel, legde de politie uit dat zij hem niet konden aanhouden omdat er geen sprake was van fysieke geweldpleging, maar deden ze de suggestie dat de broers van M.T. hem in elkaar zouden kunnen slaan. Het stalken en de bedreigingen zetten zich hierop voort, waarna L.M. opnieuw de hulp van politie en de schoolautoriteiten zocht, maar opnieuw zonder resultaat. Vlak daarna verscheen L.M. op de werkplek van M.T., waar hij eerst haar en daarna zichzelf doodschoot. Klagsters pogingen om een onderzoek in te laten stellen naar de vraag of in dit geval afdoende was gehandeld, bleven zonder resultaat en veel van haar brieven bleven ook onbeantwoord.

Op grond van art. 2 en 14 EVRM heeft klagster gesteld dat de autoriteiten tekort zijn

geschoten in hun verplichting om M.T. te beschermen tegen huiselijk geweld en om een deugdelijk onderzoek in te stellen naar de omstandigheden rondom haar overlijden. Het Hof roept op dit punt in herinnering dat de Grote Kamer in *Kurt t. Oostenrijk* een aantal bijzondere zorgvuldigheidsvereisten heeft geformuleerd in gevallen waarin er een verdenking bestaat van huiselijk geweld of geweld tegen vrouwen. Het Hof benadrukt ook dat een nalaten om vrouwen tegen huiselijk geweld te beschermen in strijd is met het recht op gelijke behandeling, ook wanneer geen sprake is van doelbewust nalaten, maar enkel van passiviteit bij de autoriteiten. Het Hof acht het in Georgië bestaande systeem van regelgeving op zichzelf adequaat, maar het stelt ook vast dat klagster in een korte periode van zes maanden tenminste elf keer heeft gevraagd om hulp van de politie, waarbij ze de ernst van het geweld door L.M. steeds duidelijk maakte. Ook de ouders van L.M. hadden het gevaar van het gedrag van hun zoon bevestigd. Ook was bekend bij de politie dat L.M. leed aan pathologische jaloezie en instabiel was, dat hij een strafblad had en een geschiedenis van middelenmisbruik. De autoriteiten hadden dus moeten weten van het bestaan van een onmiddellijk en reëel risico voor de veiligheid van M.T. Daarnaast overweegt het Hof dat de autoriteiten in hun optreden op verschillende punten ernstig te kort zijn geschoten. Zij hebben niet de volgens *Kurt* benodigde autonome, proactieve en volledige risico-analyses uitgevoerd en hebben ook onvoldoende waarde toegekend aan de potentiële ‘trigger factors’ voor het dodelijke geweld. Weliswaar hadden de autoriteiten verschillende mogelijkheden gehad om maatregelen te treffen tegen L.M. van preventieve aard, maar daarvan hebben zij op geen enkel moment gebruik gemaakt. Op beide factoren heeft ook de VN speciale rapporteur voor geweld tegen vrouwen al gewezen. Het Hof acht dit betreurenswaardig en acht het stilzitten van de autoriteiten nog onvergeeflijker nu duidelijk is dat geweld tegen vrouwen, waaronder huiselijk geweld, op het moment van de relevante feiten een groot en systemisch probleem was in Georgië. Uit statistische bronnen blijkt dat 87% van de slachtoffers van huiselijk geweld vrouw is en dat het geweld vaak kan worden gerelateerd aan discriminatoire genderstereotypen en patriarchale houdingen. Ook dit maakt dat de autoriteiten bijzondere bescherming hadden moeten bieden en bijzondere alertheid hadden moeten tonen, terwijl er eerder sprake was van een situatie van algemene en discriminatoire passiviteit. Dit heeft een klimaat gecreëerd dat ertoe kon bijdragen dat de problematiek van geweld tegen vrouwen zich verder kon uitbreiden. De rechten van klagster en M.T. op gelijke behandeling zijn in de onderhavige zaak dan ook ondermijnd. Al met al betekent dit dat de staat zijn positieve verplichtingen tot preventie van dit type beleid niet is nagekomen, en bovendien dat daarbij sprake is van een systemische schending van art. 2 jo. 14 EVRM. Tot een soortgelijke conclusie komt het Hof waar het gaat om de procedurele positieve verplichtingen onder art. 2 jo. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD003305617

Zaaknummer: 33056/17

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

**Todorov e.a. t. Bulgarije, EHRM 13 juli 2021, nrs. 50705/11
e.a**

Volgens een Bulgaarse wet kan wederrechtelijk verkregen voordeel na veroordeling wegens een misdrijf worden ontnomen. Als er een verschil is tussen inkomsten en uitgaven wordt verondersteld dat de extra inkomsten wederrechtelijk zijn verkregen. Het EHRM acht dergelijke wetgeving niet onredelijk, maar neemt aan dat die wel een moeilijke en zware bewijslast aan klagers kan opleggen. De overheid moet daarom minimaal enige gegevens aanvoeren waarom aannemelijk is dat extra inkomsten uit het misdrijf verkregen zouden zijn. Doet zij dit onvoldoende, dan kan ontneming disproportioneel en strijdig met art. 1 EP EVRM zijn.

Klagers zijn veertien Bulgaren die in Bulgarije op verschillende momenten en vanwege uiteenlopende soorten misdrijven zijn veroordeeld in de periode tussen 2000-2012; het gaat om bijvoorbeeld illegale houtkap, wapenbezit, belastingontwijking etc. Alle veroordelingen komen binnen het bereik van een Bulgaarse wet uit 2005 over ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze wet maakt het mogelijk voor de autoriteiten om vermeend door misdrijven verkregen voordeel aan te geven. Vervolgens wordt onderzoek gedaan naar de betrokkene, waarbij onder meer het inkomen en de uitgaven in de relevante periode worden vergeleken. Na dergelijke aangiftes en onderzoek is een deel van de eigendommen van klagers in beslag genomen door de staat, nu was gebleken dat hun uitgaven in de relevante periode uitstegen boven hun rechtmatige inkomsten. Volgens de nationale rechters kon daarbij redelijkerwijs worden aangenomen dat het meerdere afkomstig was uit onrechtmatige inkomstenbronnen. Argumenten van klagers dat sommige van de extra inkomsten uit rechtmatige bronnen als erfenissen en giften waren verworven, werden van de hand gewezen en argumenten dat er geen relatie bestond tussen de extra inkomsten en criminaliteit werden ongegrond bevonden.

Voor het EHRM hebben de klagers aangevoerd dat de inbeslagname van de eigendommen in strijd is met art. 1 EP EVRM. Het Hof merkt allereerst op dat het inmiddels een groot aantal uitspraken heeft gedaan over ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Na een uitgebreide weergave daarvan overweegt het dat de Bulgaarse wet een aanzienlijke last op de klagers legde. De reikwijdte van de wet was bijzonder ruim, zowel waar het gaat om het aantal mogelijke misdrijven waaruit voordeel kan worden verkregen als waar het gaat om de periode waarvoor dergelijk voordeel kan worden gerapporteerd. Daarnaast wijst het Hof op de Bulgaarse situatie van extreme inflatie, economische onzekerheid en een grote schaduweconomie waardoor veel extra inkomsten niet worden opgegeven. In die situatie zal het voor klagers erg moeilijk zijn om de legale herkomst van hun inkomsten te bewijzen, vooral waar het ging om het aantonen van de financiële situatie van een aantal jaren eerder. Tegelijkertijd ging de wet wel uit van een presumptie van de criminele herkomst van bepaalde inkomsten, zonder dat er een bewijslast bij de staat lag om die herkomst nader aan te duiden, wat in een aantal gevallen erin heeft geresulteerd dat impliciet werd aangenomen dat klagers betrokken waren bij nadere strafrechtelijke feiten. Op zichzelf acht het Hof geen van deze tekortkomingen en problemen van zodanige aard dat de maatregelen jegens klagers disproportioneel zijn, maar het moet ook kijken naar het cumulatieve effect daarvan. In samenhang gezien neemt het Hof aan dat de verschillende factoren tot een zodanige onzekerheid en een zodanig gebrek aan precisie kunnen hebben geleid, dat er mogelijk toch sprake is van disproportionaliteit. Dit betekent dat het per individueel geval moet nagaan of de nationale autoriteiten in ieder geval een aantal details hebben verschaft waardoor redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de ontnomen voordelen samenhangen met het strafrechtelijk vergrijp waarvoor iemand is veroordeeld. Zolang een dergelijke analyse op nationaal niveau voldoende is gemaakt, zal het Hof de uitkomsten daarvan in het algemeen ondersteunen, tenzij de beoordeling kennelijk onredelijk of willekeurig is geweest.

Vervolgens gaat het Hof voor alle veertien voorgelegde gevallen na of aan deze proportionaliteitseisen is voldaan. Voor een aantal gevallen komt het daarbij tot de bevinding dat niet voldoende inspanningen zijn verricht om de relatie tussen verworven goederen en eerder crimineel gedrag te onderzoeken, of om te achterhalen of de ontnomen voordelen wel gelijk stonden aan het verschil tussen iemands inkomsten en uitgaven. In die gevallen stelt het Hof een schending vast van art. 1 EP EVRM wegens disproportionaliteit van de maatregel. In een aantal andere gevallen concludeert het Hof echter dat de nationale rechters de zaken zorgvuldig en in detail hebben beoordeeld en dat klagers voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun argumenten naar voren te brengen. In die gevallen acht het EHRM de ontneming niet disproportioneel en ook niet in strijd met art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD005070511

Zaaknummer: 50705/11

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

WABE, HvJ EU 15 juli 2021, gev. zaken C-804/18 en 341/19

Een verbod op het dragen van uitingen van religieuze, politieke of levensbeschouwelijke overtuigingen levert geen direct onderscheid naar religie of overtuiging op. Wel kan sprake zijn van indirect onderscheid. Bij private ondernemingen kan zo'n verbod gerechtvaardigd zijn als de onderneming een neutraliteitsbeleid wil nastreven, mits dat voorziet in een werkelijke behoefte van de onderneming en het verbod in het licht daarvan passend en noodzakelijk is. Het stellen van hogere eisen aan de passendheid vanwege de grondrechtenbescherming in de lidstaat acht het HvJ inpasbaar in de uitzonderingsbepalingen van de richtlijn.

WABE exploiteert een groot aantal kinderdagverblijven in Duitsland, waar in totaal meer dan 600 werknemers in dienst zijn en ongeveer 3.500 kinderen worden opgevangen. Zij stelt zich neutraal op ten opzichte van politieke partijen en geloofsgemeenschappen. In maart 2018 heeft WABE voor haar vestigingen de 'dienstinstructie voor de naleving van het neutraliteitsgebod' vastgesteld, waarin onder meer de regeling is opgenomen dat medewerkers zich op de werkplek onthouden van politieke, levensbeschouwingen of religieuze uitingen, zij daarvan geen zichtbare tekens dragen en geen uitdrukking geven aan hieruit voortvloeiende rituelen. Deze regels gelden niet voor medewerkers op het hoofdkantoor van WABE, omdat zij geen contact met kinderen of hun ouders hebben. IX is als orthopedagogisch verzorgster sinds 2014 werkzaam bij WABE. Begin 2016 heeft zij besloten een islamitische hoofddoek te dragen. Nu zij in 2018 heeft geweigerd haar hoofddoek af te doen, is zij tijdelijk geschorst en heeft zij een waarschuwing ontvangen.

In de gevoegde zaak gaat het om een verkoopadviseur en caissière in dienst bij een van de filialen van verweerder in het hoofdgeding, MH. Sinds 2014 draagt zij een islamitische hoofddoek. Aangezien zij niet is ingegaan op het verzoek van MH om haar hoofddoek op het werk af te doen, is zij naar een andere post overgeplaatst waar zij haar hoofddoek wel kon dragen. In juni 2016 heeft MH haar opnieuw gevraagd de hoofddoek af te doen. MJ heeft dit

geweigerd, en is daarop naar huis gestuurd. In juli 2016 heeft zij van MH een aanmaning gekregen om op het werk te verschijnen zonder grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging.

In de beide zaken zijn vragen opgekomen rondom de uitleg van richtlijn 2000/78/EG (de kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep). De eerste vraag is of het beleid van WABE een directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging oplevert. Het HvJ legt de relevante richtlijnbeeping uit in het licht van art. 10 lid 1 Hv, waarbij het opmerkt dat het dragen van tekens of kleding om een godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen, valt onder de door deze bepaling beschermde vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Het Hv moet bovendien worden uitgelegd in het licht van de corresponderende bepaling van art. 9 EVRM. Uit de eigen rechtspraak van het HvJ blijkt dat een verbod op het dragen van zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging geen directe discriminatie oplevert wanneer dit verbod voor alle uitingen van dergelijke overtuigingen geldt en alle werknemers van de onderneming op dezelfde wijze behandelt door hen op algemene en niet-gedifferentieerde wijze met name te verplichten zich neutraal te kleden, wat het dragen van dergelijke tekens uitsluit. Aangezien iedereen hetzij een godsdienst hetzij een overtuiging kan hebben, creëert een dergelijke regel, voor zover die op algemene en niet-gedifferentieerde wijze wordt toegepast, geen verschil in behandeling op grond van een criterium dat onlosmakelijk met godsdienst of overtuiging verbonden is. De onderhavige regeling levert volgens het HvJ dan ook geen directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging op.

Vervolgens overweegt het HvJ dat op basis van de aangeleverde gegevens de regeling statistisch gezien bijna enkel vrouwelijke werknemers treft die wegens hun islamitische geloofsovertuiging een hoofddoek dragen, zodat het Hof ervan kan uitgaan dat deze regel een indirect op godsdienst gebaseerd verschil in behandeling creëert. Daarvoor moet een objectieve rechtvaardiging bestaan in het licht van de richtlijn. Het Hof benadrukt in dit verband het belang van het discriminatieverbod, ook in het licht van waarden als werkgelegenheid, sociale bescherming en solidariteit. Ook de wens van de werkgever om in relaties met zowel publieke als particuliere klanten blijf te geven van een beleid van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze neutraliteit beschouwt het HvJ als legitiem, met name wanneer de werkgever bij het nastreven van die doelstelling alleen de werknemers betreft die worden verondersteld contact te hebben met zijn klanten. De wens van een werkgever om ten aanzien van klanten blijf te geven van neutraliteit, houdt immers verband met de in art. 16 Hv erkende vrijheid van ondernemerschap. Wel moet de wens om zo'n neutraliteitsbeleid te voeren overeenkomen met een werkelijke behoefte, waarbij rekening moet worden gehouden met de rechten en legitieme verwachtingen van klanten of gebruikers. In dit geval gaat het

bijvoorbeeld om de rechten van ouders onder art. 14 Hv op neutraliteit in het onderwijs en hun wens dat hun kinderen worden omringd door personen die in hun contacten met de kinderen hun religie of overtuiging niet uiten, dit met name om 'een individuele en vrije ontwikkeling van de kinderen ten aanzien van godsdienst, levensbeschouwing en politiek te waarborgen'. Het HvJ acht een beleid als het onderhavige dan ook gerechtvaardigd, al moet de nationale rechter nog wel nagaan of het beleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd en het verbod strikt noodzakelijk lijkt te zijn in vergelijking met de nadelige gevolgen die de wetgever ermee probeert te vermijden.

Ten aanzien van de gevoegde zaak benadrukt het HvJ dat de nationale rechter eerst nog zal moeten vaststellen of in deze zaak werkelijk sprake is van indirecte discriminatie. Zou dat het geval zijn, dan moet ook hier worden vastgesteld of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de betrokken maatregel bedoeld is om sociale conflicten binnen de onderneming te vermijden, met name gelet op het feit dat zich in het verleden reeds spanningen hebben voorgedaan rond politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen. Dit kan een werkelijke behoefte van de werkgever zijn. Wel moet dan nog blijken of de interne regel volgens welke geen grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging mogen worden gedragen, geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en of het verbod niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is. Dit kan alleen zo zijn als bij contacten tussen werknemers en klanten of tussen werknemers onderling geen enkele zichtbare uiting van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging is toegestaan: elk teken – zelfs een klein – ondermijnt de geschiktheid van de maatregel om de vermeende doelstelling te bereiken en dus de coherentie zelf van het neutraliteitsbeleid.

Vervolgens is de vraag nog of nationale grondwettelijke bepalingen die de godsdienstvrijheid beschermen als gunstiger bepalingen in de zin van art. 8 lid 1 van de richtlijn mogen worden meegewogen bij de beoordeling of een indirect op godsdienst of overtuiging gebaseerd verschil in behandeling passend is. Het HvJ wijst erop dat op grond van de richtlijn de verschillende rechten en vrijheden toch al moeten worden meegewogen, zoals het eerder in zijn uitspraak ook al heeft bepaald. Ook wijst het erop dat het heeft geoordeeld dat beperkingen van de betrokken vrijheden moeten worden beperkt tot het strikt noodzakelijke. Worden deze uitgangspunten goed toegepast, dan worden de vereisten inzake de bescherming van die verschillende rechten en beginselen met elkaar verzoend en wordt hiertussen een juist evenwicht verzekerd. Waar het gaat om de beoordeling van de geschiktheid van een indirect discriminerende maatregel als de onderhavige vloeit uit de nationale grondwet voort dat vereist moet worden dat er, op het moment dat de interne regel in kwestie werd ingevoerd of thans, een voldoende concreet risico bestond of bestaat voor afbreuk aan die doelstelling,

zoals het risico op daadwerkelijke problemen binnen de onderneming of op inkomstenverlies. Een dergelijk vereiste is volgens het HvJ inpasbaar in de rechtvaardigingsvereisten van de richtlijn, ook omdat er een zekere beoordelingsmarge is – al gaat die wel gepaard met toezicht door de Unierechter. Dit betekent dat de nationale bepalingen die de godsdienstvrijheid beschermen in dit geval inderdaad mogen worden meegewogen bij de beoordeling of een indirect op godsdienst of overtuiging gebaseerd verschil in behandeling passend is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-07-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:594

Zaaknummer: C-804/18 en C-341/19

Rechters: K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, L. Bay Larsen, N. Piçarra, A. Kumin, T. von Danwitz, C. Toader, M. Safjan, F. Biltgen, P.G. Xuereb, L.S. Rossi en I. Jarukaitis

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG, EVRM art. 9, Hv art. 10, 14, 16, 21 lid 1 en Richtlijn 2000/78/EG, art. 1, 2 lid 2 (a) en (b), 8 lid 1

ANNOTATIE

X (HvJ EU, C-665/20 PPU) – Transnationale toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel in het kader van een Europees aanhoudingsbevel***J.M. Grubben***

1. In de onderhavige zaak staat de transnationale toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel in de context van het EAB centraal. De rechtbank Amsterdam stelde op 7 december 2020 prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake de tenuitvoerlegging van een EAB uitgevaardigd door de Duitse autoriteiten tegen X op grond van het kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen lidstaten (hierna: het Kaderbesluit). Hiermee beoogden de Duitse autoriteiten X strafrechtelijk te kunnen vervolgen voor feiten die hij in Berlijn zou hebben gepleegd tegen zijn toenmalige partner en haar dochter, te weten poging tot moord, verkrachting, zware mishandeling en opzettelijke vrijheidsberoving (punt 12-14).

2. Het feit wil dat X in Iran reeds is vervolgd voor de strafbare feiten waarvoor zijn aanhouding wordt verzocht, met uitzondering van de vrijheidsberoving van zijn toenmalige partner (punt 18). Hij is daar onherroepelijk strafrechtelijk veroordeeld voor de zware mishandeling van zijn toenmalige partner en voor de poging tot moord op haar en haar dochter, maar onherroepelijk vrijgesproken van de ten laste gelegde verkrachting van zijn toenmalige partner en de vrijheidsberoving van haar dochter (punt 19). X diende volgens het Iraanse recht een gevangenisstraf van zeven jaar te ondergaan. Het grootste gedeelte hiervan heeft hij uitgezeten. Het restant van de straf is hem kwijtgescholden in het kader van een algemene clementiemaatregel die de Opperste Leider van Iran heeft uitgevaardigd ter gelegenheid van een jubileum van de islamitische revolutie (hierna: de clementiemaatregel) (punt 20). Doordat X is veroordeeld en zijn straf heeft uitgezeten, heeft hij zich tegen de overlevering aan de Duitse autoriteiten verzet en zich op het standpunt gesteld dat de overlevering strijd op zou leveren met het *ne bis in idem*-beginsel (punt 22-23).

3. Het zojuist genoemde beginsel staat in de weg aan het opnieuw berechten of bestraffen van een persoon voor hetzelfde feit als waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld. Op het niveau van de Europese Unie, is het beginsel terug te vinden in artikel 50 Hv en artikel 54 SUO.[1] Daarnaast geven de gronden tot weigering van tenuitvoerlegging van een EAB van artikel 3, tweede lid en artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit toepassing aan het *ne bis in idem*-beginsel. Dit laatste artikel staat in de onderhavige zaak centraal. Ingevolgde artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit kan de tenuitvoerlegging namelijk worden geweigerd indien 'blijkt dat de gezochte persoon door een *derde land* onherroepelijk is berecht voor dezelfde feiten, op voorwaarde dat, ingeval van veroordeling, de sanctie is ondergaan of op dat tijdstip wordt ondergaan dan wel niet meer ten uitvoer kan worden gelegd volgens het recht van de staat van veroordeling'.[2] Het gaat hier aldus om een facultatieve weigeringsgrond. Artikel 9, eerste lid van de Nederlandse Overleveringswet (OW), waarop X zich beroept, implementeerde tot voorkort zowel artikel 3, tweede lid als artikel 4, vijfde lid van het kaderbesluit en betrof, anders dan het Kaderbesluit, een verplichte weigeringsgrond bij schendingen van het *ne bis in idem*-beginsel.[3]

4. Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen gesteld, waarvan de tweede en de derde betrekking hebben op de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel in het kader van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit (punt 30). Met de beantwoording van deze vragen laat het HvJ EU zich voor het eerst uit over de transnationale toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel. In deze context gaat het HvJ EU in op de reikwijdte van het feitsbegrip (tweede vraag) en de tenuitvoerleggingsvoorwaarde (derde vraag)[4] Ten aanzien van het feitsbegrip vraagt de rechtbank Amsterdam of het feitsbegrip van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit op dezelfde manier moet worden uitgelegd als het feitsbegrip in artikel 3, tweede lid van het Kaderbesluit. Ten aanzien van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde wil de rechtbank Amsterdam weten of aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de opgelegde straf is kwijtgescholden door een niet-gerechtelijke autoriteit van het veroordelende land in het kader van een algemene clementiemaatregel. De eerste prejudiciële vraag richt zich op de beoordelingsmarge die de rechter heeft bij het nemen van een besluit over de (weigering van de) tenuitvoerlegging van het EAB op grond van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit. Hoewel dit niet direct ziet op de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel, is het van belang voor de tenuitvoerleggingsvoorwaarde in de zaak van X. Om die reden wordt hier in punt 9 van deze annotatie op teruggegrepen.

5. Het feitsbegrip en de tenuitvoerleggingsvoorwaarde staan in het onderhavige arrest ter discussie vanwege de transnationale toepassing van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit. De toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel vergt erkenning van een reeds bestaand vonnis als *res judicata*. Vanwege het vertrouwen dat deze erkenning vereist, wordt de toepassing van

het *ne bis in idem*-beginsel in het nationale recht, maar ook in het internationale publiekrecht doorgaans beperkt tot vonnissen die in hetzelfde land zijn geweest.[5] Gebaseerd op het wederzijds vertrouwen tussen lidstaten van de Europese Unie, heeft het *ne bis in idem*-beginsel neergelegd in artikel 50 van het Hv een beperkt transnationaal karakter dat zich uitstrekt tot vonnissen gewezen *in de Unie*. Artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit is in zoverre een vreemde eend in de bijt. Het artikel biedt namelijk de mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren wanneer de gezochte persoon door een derde land onherroepelijk is berecht voor dezelfde feiten. Hiermee lijkt het beginsel in context van het Kaderbesluit een volwaardig transnationale toepassing te krijgen. Het knelpunt bij een dergelijke toepassing van het beginsel is of er in een vonnis afkomstig uit een derde land hetzelfde vertrouwen gesteld kan worden als in een vonnis afkomstig uit een lidstaat. De hamvraag in de onderhavige zaak is aldus: dient het *ne bis in idem*-beginsel in de transnationale context van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit dezelfde reikwijdte te hebben als wanneer het beginsel wordt toegepast tussen lidstaten van de Unie? Hier komt nog bij dat het in de onderhavige zaak gaat om de erkenning van een maatregel die afkomstig is van een *niet-gerechtigde autoriteit* van een derde land. Bovenstaande vormt de achtergrond van de discussie ten aanzien van de tweede en derde prejudiciële vraag.

6. Met de tweede prejudiciële vraag, vraagt de rechtbank Amsterdam aan het HvJ EU of het begrip ‘dezelfde feiten’ – dat zowel in artikel 3, tweede lid als in artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit wordt gebruikt – uniform moet worden uitgelegd (punt 30). Met andere woorden: hoe moet ‘*idem*’ worden uitgelegd? Het HvJ EU oordeelt, in lijn met eerdere rechtspraak over de uitleg van bepalingen in het Unierecht die niet uitdrukkelijk verwijzen naar nationaal recht van lidstaten, dat ‘dezelfde feiten’ een autonoom begrip betreft dat uniform moet worden uitgelegd (punt 70).[6] In de onderhavige zaak betekent dit dat het HvJ EU aansluiting zoekt bij het feitsbegrip van artikel 54 SUO, dat wil zeggen dat ‘dezelfde feiten’ moet worden begrepen als betrekking hebbende op feiten die ‘een geheel onlosmakelijk met elkaar verbonden concrete omstandigheden omvatten, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang’ (punt 71).

Het HvJ EU bevestigt hier zijn strikte *idem factum*-leer in de uitleg van ‘*idem*’ waarbij niet de juridische kwalificatie van feiten, maar de omschrijving van deze feiten in de tenlastelegging bepalend is voor het vaststellen van ‘*idem*’.[7] Hier tegenover staat de zogenaamde *idem crimen*-benadering waarbij de juridische kwalificatie van de gedragingen in de tenlastelegging leidend is bij het bepalen of er sprake is van ‘dezelfde feiten’. De strikte leer van het HvJ EU is gunstig voor X. Uit de onderhavige zaak blijkt immers dat het enige feit waarvoor X in Iran *niet* berecht is – de vrijheidsberoving van zijn toenmalige partner –, in materiële zin viel onder de poging tot moord waarvoor hij *wel* berecht (en veroordeeld) is (punt 18). Het verschil tussen

de feiten waarvoor hij in Iran berecht is en die waarvoor zijn overlevering door de Duitse autoriteiten wordt verzocht, zit hem dus niet in de concrete feiten en omstandigheden, maar in de juridische kwalificatie ervan. Daarmee lijkt er op dit punt geen ruimte voor de rechtbank van Amsterdam om te oordelen dat niet van ‘dezelfde feiten’ gesproken kan worden.[8]

7. In de beantwoording van de derde prejudiciële vraag, buigt het HvJ EU zich over de zogenaamde tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit. Deze voorwaarde houdt in dat het weigeren van de tenuitvoerlegging op grond van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit slechts mogelijk is wanneer – ingeval er door en derde land een straf of maatregel is opgelegd – de straf reeds is ondergaan, daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd of op grond van de wetten van het veroordelende land niet meer ten uitvoer kan worden gelegd. De tenuitvoerleggingsvoorwaarde heeft als doel het voorkomen van straffeloosheid. De blokkade op de weg naar een tweede vervolging of berechting (het *ne bis in idem*-beginsel) wordt immers opgeheven wanneer niet aan deze voorwaarde is voldaan. Artikel 54 SUO kent een tenuitvoerleggingsvoorwaarde van gelijke bewoording, in tegenstelling tot artikel 50 Hv die deze beperking niet kent.[9] De rechtbank Amsterdam wil weten of aan de tenuitvoerleggingsvoorwaarde is voldaan wanneer – zoals bij X het geval was – een deel van de opgelegde sanctie is ondergaan en het overige deel is kwijtgescholden door een niet-gerechtigde autoriteit van het veroordelende land, in het kader van een algemene clementiemaatregel die ‘ook geldt voor veroordeelden die ernstige feiten hebben begaan [...] en die niet berust op objectieve overwegingen van het strafrechtsbeleid’ (punt 30).

Over de reikwijdte van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 54 SUO heeft het HvJ EU zich meermaals uitgelaten.[10] De onderhavige zaak sluit hierbij aan. Het HvJ EU oordeelt namelijk dat de strekking van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit gelijk is aan die van artikel 54 SUO (punt 90-91). De vraag of aan de tenuitvoerleggingsvoorwaarde is voldaan wanneer een opgelegde straf niet verder ten uitvoer kan worden gelegd omdat er ten aanzien van een persoon een clementiemaatregel is verleend, beantwoordt het HvJ EU vervolgens bevestigend. Volgens het HvJ EU dienen in beginsel alle clementiemaatregelen waarin het recht van het land van veroordeling voorziet te worden erkend, of in ieder geval niet op voorhand te worden uitgesloten (punt 88).

8. Ook in de zaak *Bourquain* was er sprake van een straf die volgens het recht van het land van veroordeling niet meer ten uitvoer kon worden gelegd. *Bourquain* – een Duitser in dienst van het Franse vreemdelingenlegioen – werd in 1961 door een militair tribunaal tot de dood veroordeeld. Volgens het destijds geldende Franse recht zou de straf van de gevluchte *Bourquain* – ook bij zijn terugkeer – niet ten uitvoer kunnen worden gelegd.[11] In 2002 zijn er in Duitsland stappen ondernomen om *Bourquain* te vervolgen voor dezelfde feiten. Het HvJ EU oordeelde dat de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 54 SUO hieraan in de weg

stond en overwoog hiertoe dat de rechtszekerheid van een persoon die zijn recht op vrij verkeer uitoefent alleen effectief kan worden gewaarborgd wanneer deze persoon zich door de Schengenruimte kan bewegen zonder vrees voor een tweede vervolging in een andere staat omdat de opgelegde straf ‘wegens de procedurele bijzonderheden van het nationale recht van de eerste overeenkomstsluitende staat niet onmiddellijk ten uitvoer kon worden gelegd’. [12]

In de onderhavige zaak overweegt het HvJ EU, onder verwijzing naar *Bourquain*, dat het waarborgen van de rechtszekerheid van een persoon die zich verplaatst binnen de grenzen van de Unie net zo goed betekent dat het niet langer ten uitvoer kunnen leggen van een straf volgens het recht van het land van veroordeling, in beginsel erkend dient te worden (punt 99-100). Hoewel de tenuitvoerleggingsvoorwaarde het voorkomen van straffeloosheid tot doel heeft, laat het HvJ EU zien dat dit doel niet zaligmakend is. Het waarborgen van de rechtszekerheid, dat het *ne bis in idem*-beginsel meer in het algemeen dient, kan niet uit het oog worden verloren. Het HvJ EU benadrukt hier bovendien de specifieke context van het Unierecht, door in de onderbouwing te leunen op het waarborgen van het recht op vrij verkeer binnen de Uniegrenzen, dat in de aanwezigheid van het zwaard van Damocles in de vorm van vrees voor een tweede vervolging, niet effectief uitgeoefend kan worden.

9. Het HvJ EU volgt met bovengenoemde overwegingen het advies van advocaat-generaal (AG) Hogan niet. Hij beargumenteert namelijk dat het in aanmerking nemen van een clementiemaatregel die niet is uitgevaardigd door een gerechtelijke autoriteit en niet berust op strafrechtsbeleid in het kader van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit, indruist tegen de filosofie van het systeem waarin het EAB functioneert, namelijk een systeem van strafrechtspleging waarin een centrale rol is weggelegd voor rechterlijke autoriteiten.[13] Het strookt volgens de AG daarnaast niet met de logica van het wederzijdse vertrouwen waar het *ne bis in idem*-beginsel op steunt, dat functioneert in het kader van toepassing van de wet door de rechter.[14]

Een kanttekening die hierbij geplaatst kan worden, is dat het systeem van het Kaderbesluit waar de AG aan refereert in eerste plaats de samenwerking regelt tussen de rechterlijke autoriteiten van de verzoekende staat (in de onderhavige zaak Duitsland) en die van de uitvoerende staat (Nederland). Het beginsel van wederzijds erkenning maakt dat de uitvoerende staat dat de tenuitvoerlegging van een EAB de regel is en de weigering ervan de uitzondering.[15] Het wederzijds vertrouwen dat tussen de gerechtelijke autoriteiten van lidstaten wordt verondersteld te bestaan, maakt de automatische werking van het kaderbesluit – de ‘tenuitvoerlegging, tenzij’ – mogelijk. De beslissing in de *veroordelende* staat (in de onderhavige zaak Iran) vormt mogelijk de ‘tenzij’ in deze constructie.

Het HvJ EU volgt de AG niet in zijn oordeel dat enkel beslissingen afkomstig van rechtelijke

autoriteiten voldoende vertrouwen genieten om deze ‘tenzij’-rol te kunnen vervullen. Gelet op het door het HvJ EU benadrukte belang van het beschermen van de rechtszekerheid, is dit begrijpelijk. Het volgen van de conclusie van de AG zou immers de tenuitvoerleggingsvoorwaarde strenger maken en zo de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel verder beperken. Door vast te houden aan het *recht van de staat van veroordeling* bij het bepalen of een straf niet meer ten uitvoer kan worden gelegd, wordt het waarborgen van de rechtszekerheid aldus beter gediend.

Dit betekent echter niet dat het HvJ EU een blind vertrouwen verwacht van de nationale rechters ten aanzien van het weigeren van de tenuitvoerlegging van een aanhoudingsbevel vanwege een clementiemaatregel opgelegd in een derde land. Niet moet worden vergeten dat artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit een grond tot *facultatieve* weigering betreft. In een veroordeling in een derde land kan niet hetzelfde vertrouwen gesteld worden als in dat van een lidstaat (in welk geval de automatische weigeringsgrond van artikel 3, tweede lid van het Kaderbesluit zou gelden). De rechterlijke autoriteit die beslist over de tenuitvoerlegging van een EAB inzake artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit, dient daarom volgens het HvJ EU te beschikken over een beoordelingsmarge (punt 101). Dit stelt de rechter in staat te onderzoeken of het feit dat de gezochte persoon een algemene clementiemaatregel heeft genoten, in de omstandigheden van dit specifieke geval ook behoort te leiden tot de weigering van de overlevering van deze persoon. Dit vergt een afweging tussen het voorkomen van straffeloosheid, het waarborgen van rechtszekerheid en, meer in het algemeen, het voorkomen en bestrijden van criminaliteit binnen de Europese Unie (punt 102-103).

10. Terug naar de zaak van X. Het belang dat het HvJ EU hecht aan de beoordelingsmarge van de rechter levert een probleem op voor de rechtbank Amsterdam. Immers, artikel 9 lid 1 van de OW bood deze ruimte niet. Een toepassing van dit artikel waarbij de beoordelingsmarge desalniettemin wordt toegekend, zou volgens de rechtbank een uitlegging *contra legem* opleveren. Om deze kwestie draaide de eerste prejudiciële vraag: dient de rechterlijke autoriteit bij het omzetten van de artikel 4, vijfde lid van het Kaderbesluit in het nationale recht, over een zekere beoordelingsmarge te blijven beschikken om na te kunnen gaan of de tenuitvoerlegging van het EAB moet worden geweigerd? Het HvJ EU beantwoordt deze vraag bevestigend (punt 67). Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, herhaalt het HvJ EU de plicht tot uitlegging van het nationale recht conform de bewoording en doel van het Kaderbesluit (punt 63).[16] Dit reikt niet zover dat een uitlegging *contra legem* wordt geveegd, maar wel wordt van de nationale rechter verwacht dat het gehele nationale recht in aanmerking wordt genomen en toepassing wordt gegeven aan alle uitleggingsmethode om zo ‘de volle werking van het betrokken kaderbesluit te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling’ (punt 63-64).[17]

Nu er volgens de boordeling van het HvJ EU sprake lijkt te zijn van dezelfde feiten en er bovendien in beginsel wordt voldaan aan de tenuitvoerleggingsvoorwaarde, komt het eventuele weigeren van de tenuitvoerlegging van het aanhoudingsbevel van X neer op een beoordelingsmarge die artikel 9 van de OW destijds simpelweg niet bood. De balans tussen het voorkomen van straffeloosheid enerzijds en het beschermen van de rechtszekerheid anderzijds slaat hiermee automatisch uit naar de rechtszekerheid en dus in het voordeel van X. De waag is echter gerepareerd: per 1 maart 2021 is een wijziging van de OW in werking getreden die artikel 9 van de OW in overeenstemming brengt met het Kaderbesluit. In toekomstige kwesties komt dus ook de Nederlandse rechter de nodige beoordelingsmarge toe om toepassing te geven aan het *ne bis in idem*-beginsel in de transnationale context van het Unierecht.

J.M. (Julia) Grubben

Juridisch medewerker Rechtbank Midden-Nederland, redactielid Kenniscentrum Commissies van Toezicht

Deze annotatie is op persoonlijke titel geschreven.

[1] Vgl. de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel als grondbeginsel in het mededingingsrecht van de Europese Unie: *Boeringher Mannheim GmbH*, HvJ EU 14 december 1972, 7/72; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)* (C-238/99 P), *DSM NV and DSM Kunststoffen BV* (C-244/99 P), *Montedison SpA* (C-245/99 P), *Elf Atochem SA* (C-247/99 P), *Degussa AG* (C-250/99 P), *Enichem SpA* (C-251/99 P), *Wacker-Chemie GmbH en Hoechst AG* (C-252/99 P) en *Imperial Chemical Industries plc (ICI)* (C-254/99 P) tegen *Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 15 oktober 2002, ECLI:EU:C:2002:582, punt 57.

[2] Cursivering van de auteur. Vgl. de verplichte weigeringsgrond ten aanzien van een eerder berechting in een lidstaat ingevolge art. 3, tweede lid van het kaderbesluit.

[3] Art. 9 van de OW is per 1 maart 2021 gewijzigd: Stb. 2012/125 en Stb. 2021/156.

[4] Zie, over het *ne bis in idem* als grondbeginsel in het transnationale strafrecht: J.A.E. Vervaele, 'Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?', *Utrecht Law Review* 2019/9(4), p. 212.

[5] Zie, bijvoorbeeld: artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM en artikel 14, zevende lid van het IVBPR. Opmerking verdient overigens dat het *ne bis in idem*-beginsel zoals neergelegd in het Nederlandse strafrecht (artikel 68 Sr) een uitzondering op de regel is en wel een

grensoverschrijdende toepassing kent.

[6] Zie, onder andere: *Kozłowski*, HvJ EU 17 juli 2008, C|66/08, ECLI:EU:C:2008:437, punt 42; *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C|261/09, ECLI:EU:C:2010:683, punt 38.

[7] *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C|261/09, ECLI:EU:C:2010:683, punt 39 en 40; *Van Esbroek*, HvJ EU 9 maart 2006, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165, punt 42; *Van Straaten*, HvJ EU 28 september 2006, C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614, punt 53. Vgl. de minder strikte benadering van het EHRM, dat een uitleg van 'idem' kiest die overwegend, maar niet uitsluitend steunt op idem factum: F.C.W. de Graaf, 'Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het HvJ EU van Justitie van de Europese Unie en het Europees HvJ EU voor de Rechten van de Mens', *DD* 2013/34.

[8] Vgl. de benadering die de Hoge Raad in het nationale strafrecht hanteert door zowel de feitelijke aspecten als de juridische kwalificatie van de ten laste gelegde gedragingen in overweging te nemen bij de beoordeling van 'idem': HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.4.2. Zie ook: J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', *DD* 2013/42.

[9] In *Spasic* oordeelde het HvJ EU dat deze beperking in overeenstemming is met het Handvest: *Spasic*, HvJ EU (GK) 27 mei 2014, C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586, punt 55.

[10] Vgl. *Gözütok en Brügge*, HvJ EU 11 februari 2003, C-187 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87; *Kretzinger* HvJ EU 18 juli 2007, C-288/05, ECLI:EU:C:2007:441; *Bourquain*, HvJ EU 11 december 2008, C-297/07, ECLI:EU:C:2008:708; *Spasic*, HvJ EU (GK) 27 mei 2014, C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586.

[11] *Bourquain*, HvJ EU 11 december 2008, C-297/07, ECLI:EU:C:2008:708, punt 18-22.

[12] *Bourquain*, HvJ EU 11 december 2008, C-297/07, ECLI:EU:C:2008:708, punt 49 en 50.

[13] Conclusie van de advocaat-generaal G. Hogan van 15 april 2021 bij X, ECLI:EU:C:2021:303, punt 76.

[14] Conclusie van de advocaat-generaal G. Hogan van 15 april 2021 bij X, ECLI:EU:C:2021:303, punt 77. Vgl: Conclusie van advocaat-generaal D. Ruiz-Jarabo Colomer van 8 april 2009 bij *Bourquain*, ECLI:EU:C:2008:206, punt 83.

[15] Vgl. *LP*, HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, punt 37; *LM*, HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 41.

[16] Zie, onder andere: *Poplawski*, HvJ EU, 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C2017:503, punt 31; *Poplawski II*, HvJ EU (GK) 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C2019:530, punt 72 e.v.

[17] Het HvJ EU heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de verplichting tot conforme uitlegging ophoudt daar waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het leidt tot een resultaat dat verenigbaar is met het door het betrokken kaderbesluit beoogde resultaat:

Poplawski II, HvJ EU (GK) 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C2019:530, punt 76; *Ognyanov*, HvJ EU (GK) 8 november 2016, C-554/14, EU:C:2016:835, punt 66.

ANNOTATIE

Latvijas Republikas Saeima (HvJ EU, C-439/19) – Bom onder het regime van open overheid en hergebruik van overheidsinformatie?

B. van der Sloot

1. Deze zaak betreft het spanningsveld tussen de open data beweging aan de ene kant en het recht op privacy en gegevensbescherming aan de andere kant. Van oudsher geldt binnen de westerse samenleving het uitgangspunt van een open en transparante overheid. Het idee is dat kritische burgers en journalisten besluitvorming moeten kunnen controleren om zo mogelijke misstanden aan de kaak te kunnen stellen; ook is het voor historici en wetenschappers mogelijk archieven na te pluizen om zo een goed beeld te krijgen van hoe de overheid in bepaalde perioden heeft geopereerd. Een open overheid hoort daarmee bij een vitale democratie.
2. Ten aanzien van deze standaarddoctrine zijn echter vier belangrijke ontwikkelingen gaande.

Ten eerste betreft dat de digitalisering. Overheidsdocumenten waren voorheen beschikbaar in archieven, bibliotheken of speciaal daartoe aangewezen informatiecentra. Thans worden meer en meer documenten online geplaatst. Dat heeft een belangrijk effect op wat wel wordt genoemd de ‘practical obscurity’.[1] Het feit dat er voorheen moeite moest worden gedaan om naar de documenten toe te gaan, die op te vragen en in te zien betekende dat in de praktijk slechts een beperkt aantal personen de stukken inzagen. Globaal waren dat journalisten, historici, kritische burgers die de overheid nauwgezet volgen en amateur historici die hun stamboom uitzoeken. Door de documenten openbaar te maken op het internet en geen toegangsbarrière neer te leggen kan iedereen deze stukken inzien van achter zijn bureau, door een klik op de muis.

Ten tweede is daarmee ook een verschuiving gekomen in de wijze van openbaarmaking. Voorheen was er primair sprake van zogenoemde ‘passieve openbaarmaking’; burgers, journalisten en anderen kregen toegang tot specifieke stukken die zij opvroegen. Zij moesten dus al min of meer weten waarnaar zij op zoek waren, voor het openbaar maken van stukken

was hun initiatief nodig en de stukken waren dan doorgaans voor een bepaalde periode in te zien. Nu is er steeds vaker sprake van ‘actieve openbaarmaking’: de overheid publiceert documenten niet op verzoek, maar uit eigen beweging. Hiermee is er niet langer een concrete aanleiding waarvoor een document beschikbaar wordt gesteld en kunnen mogelijk geïnteresseerden naar hartenlust grasduinen in de documenten, die in principe permanent online blijven.

Ten derde zijn de technische mogelijkheden om dergelijke documenten te doorzoeken aanzienlijk toegenomen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan algoritmen en artificiële intelligentie die teksten kunnen analyseren op woorden, thema’s en onderwerpen en verbanden tussen die documenten kunnen vinden. Daarmee komt een belangrijke verschuiving in wie toegang neemt tot de documenten. Waar het voorheen primair individuen waren, gaat het nu slechts in beperkte mate om bijvoorbeeld journalisten die goed zijn in het analyseren van data en burgers met een technische achtergrond en primair om ondernemingen die de beschikking hebben over zeer geavanceerde technische middelen om de grote hoeveelheid aan documenten die beschikbaar komen te analyseren op inhoud en op waarde.

Ten vierde en wellicht het belangrijkste, is binnen de Europese Unie de keuze gemaakt om niet alleen data beschikbaar te maken in het kader van een open en controleerbare overheid, maar ook om het hergebruik van overheidsdata mogelijk te maken. De gedachte is dat de overheid op ‘een berg met data zit’, terwijl het economisch potentieel daarvan niet wordt benut. Als het gebruik van de data vrij zou worden gegeven voor commercieel hergebruik, dan zouden er naar schatting alleen al in de Europese Unie tientallen miljarden aan economisch potentieel vrijkomen. De EU heeft daarom in 2003 een richtlijn hergebruik overheidsinformatie aangenomen,[2] die na wijziging in 2013[3] en 2019,[4] nog dwingender is geworden in de plicht voor overheden om overheidsinformatie actief vrij te geven ten einde hergebruik door commerciële partijen mogelijk te maken.

3. Deze ontwikkeling roept tal van vragen op over de legitimiteit en wenselijkheid van hergebruik van overheidsinformatie.[5] Zo is de vraag of dit niet indruist tegen de kerngedachte achter een democratische rechtsstaat, namelijk dat de burger controle en data aan de overheid geeft om algemene belangen te behartigen (veiligheid, belastinginning, ordening van de samenleving, etc.) en niet om vervolgens weer door te spelen aan de commerciële sector. Daarnaast zijn tal van specifieke juridische doctrines van belang, zoals onder meer het intellectueel-eigendomsrecht en de rechten op privacy en gegevensbescherming. Dat die laatste rechten op het spel staan is evident, namelijk om een aantal redenen.

Allereerst bevatten veel zo niet bijna alle overheidsdocumenten persoonsgegevens, zeker omdat de interpretatie van het begrip ‘persoonsgegeven’ steeds verder is opgerekt. Het omvat niet alleen direct identificeerbare gegevens, maar ook indirect identificerende gegevens. Dat wil zeggen dat ook als uit informatie kan worden afgeleid over wie de informatie vermoedelijk gaat, de gegevens als persoonsgegevens hebben te gelden.

Daarnaast betreft het niet alleen identificerende gegevens, maar ook identificeerbare gegevens. Dat wil zeggen dat niet alleen gegevens waarmee op dit moment een persoon direct of indirect kan worden geïdentificeerd, maar ook gegevens waarmee een dergelijk identificatieproces nu niet mogelijk is maar in de toekomst wel (bijvoorbeeld vanwege voortschrijdende technische mogelijkheden) onder het begrip persoonsgegevens zullen vallen.

Daarbij moet ook worden bedacht dat het anonimiseren van gegevens vaak weinig soelaas biedt, omdat het omgekeerde proces, het de-anonimiseren of het re-identificeren ook mogelijk is.[6]

Tot slot is van belang dat ook algemene informatie kan worden gebruikt om beslissingen over personen of groepen te nemen. Zo kunnen criminaliteitscijfers van wijken worden gebruikt door verzekeraars om te bepalen of en zo ja tegen welke voorwaarden zij iemand willen verzekeren; als dat gebeurt dan is ook die algemene informatie te kwalificeren als persoonsgegeven. Dit alles brengt met zich dat de Algemene Verordening Gegevensbescherming vaak van toepassing zal zijn op overheidsdocumenten die openbaar worden gemaakt.

4. Zoals wel vaker als er een ingewikkelde relatie bestaat tussen twee juridische instrumenten van de Europese Unie, maakt de EU-wetgever geen keuze, maar laat het de verhouding tussen deze twee instrumenten in het midden. Het hergebruikregime stelt bijvoorbeeld in de herschikte tekst uit 2019 in Artikel 1 lid 4 slechts: ‘Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het Unierecht of het nationale recht betreffende de bescherming van persoonsgegevens, met name Verordening (EU) 2016/679 [De AVG] en Richtlijn 2002/58/EG [De zogenoemde e-Privacy Richtlijn, die ziet op privacy- en gegevensbescherming in de telecomsector], en de overeenkomstige bepalingen van nationaal recht.’ Een strikte lezing zou met zich brengen dat het publiceren van overheidsinformatie voor hergebruikdoeleinden nimmer het recht op persoonsgegevens van burgers mag beperken. Dat roept tal van fundamentele vragen op, omdat alhoewel de AVG geen absoluut verbod neerlegt voor het gebruik en zelfs hergebruik van informatie, er wel tal van beperkingen gelden, zoals, maar niet beperkt tot:

De gegevens mogen in principe slechts voor hetzelfde doel worden verwerkt als waarvoor ze zijn verzameld. Artikel 5 lid 1 sub b van de AVG bepaalt dat persoonsgegevens ‘voor

welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld en mogen vervolgens niet verder op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt.’ Daarop bestaat een uitzonderingsmogelijkheid bij toestemming of in het geval van hergebruik van persoonsgegevens voor wetenschappelijk of historisch onderzoek, maar daarvan is in het geval van hergebruik voor commerciële doeleinden nu juist geen sprake. Artikel 5 lid 1 sub c geeft het dataminimalisatiebeginsel, waaruit volgt dat gegevens slechts mogen worden verwerkt in zoverre dat strikt noodzakelijk is voor het doel waarvoor ze zijn verzameld. Het doel waarvoor gegevens zijn verzameld zal per geval verschillen, maar betreft zaken als belastingheffing, het garanderen van sociale voorzieningen en het beschermen van de openbare orde. Daarvoor is het publiceren van de informatie doorgaans niet strikt noodzakelijk, zelf niet noodzakelijk. Bovendien brengt het vrijgeven van de overheidsinformatie met zich dat er geen controle en rem zit op de verdere doeleinden waarvoor de informatie wordt verwerkt door derden.

Artikel 5 lid 1 sub f geeft het uitgangspunt van het vertrouwelijk en veilig bewaren van gegevens, zodat onbevoegde derden daar geen toegang tot kunnen krijgen. Het online publiceren van informatie lijkt haaks te staan op dit beginsel.

Tot slot moet het verdere hergebruik van de overheidsinformatie voor een specifiek doel, bijvoorbeeld het ontwikkelen van een app die tegen betaling kan worden gedownload en waarop criminaliteitscijfers per stad, wijk en straat kunnen worden bekeken, ook een legitieme verwerkingsgrondslag hebben. Voor het commercieel hergebruik van ‘gewone’ persoonsgegevens zal doorgaans slechts één grond kunnen worden ingeroepen, namelijk het geval genoemd in artikel 6 lid 1 sub f waarin het belang van het hergebruik van de informatie voor commerciële doeleinden de belangen van de datasubjecten op bescherming van hun fundamentele rechten overstijgt. De analyse omtrent de toepasselijkheid van deze bepaling zal van geval tot geval moeten worden gemaakt, maar duidelijk is, dat er slechts in een beperkt aantal gevallen een succesvol beroep op deze grond kan worden gedaan omdat de belangen van burgers zwaar zullen wegen, zeker als er data over kinderen worden verwerkt (die in voorgenoemde bepaling expliciet worden genoemd en waarbij moet worden bedacht dat het ‘wegfilteren’ van specifieke gegevens over bijvoorbeeld kinderen in een bulkdataset veel tijd en middelen zal kosten, als het al mogelijk is om automatisch te bepalen welke data over minderjarigen gaan). Daarnaast geldt wegens artikel 9 in principe een verbod op het verwerken van ‘bijzondere’ of ‘gevoelige persoonsgegevens’, zoals aangaande ras, geaardheid, gezondheid en strafrechtelijke gegevens. Wel worden er tien uitzonderingsgronden gegeven, maar een uitzonderingsgrond voor het hergebruik van dergelijke overheidsinformatie voor commerciële doelen ligt niet direct voor de hand. Daarbij moet worden opgemerkt dat ‘bijzondere persoonsgegevens’ niet slechts gegevens zijn, waaruit direct gevoelige informatie kan worden afgeleid, maar gegevens waarin indirect gevoelige informatie blijkt. Om een

simpel voorbeeld te noemen: als twee datasets zijn gepubliceerd en uit de een blijkt het woonadres van personen en uit de andere volgt dat in een bepaalde wijk 99% van de bevolking moslim is, dan zullen die gegevens samen een gevoelig persoonsgegeven zijn.

5. Alhoewel er meermaals is opgeroepen om duidelijkheid te geven omtrent de verhouding tussen de twee juridische regimes, heeft de EU-wetgever ervoor gekozen om de interpretatie van deze kwestie aan nationale overheden en de rechter te laten. In deze uitspraak geeft het EU-Hof zijn oordeel, zij het over een systeem dat primair passieve openbaarmaking betreft. Dat doet het op basis van prejudiciële vragen van de Letse rechter omtrent de verhouding van de regimes op nationaal niveau. Het betreft het voor hergebruik beschikbaar stellen van informatie over 'strafpunten' die bij verkeersovertredingen worden toebedeeld. Globaal staan er twee vragen centraal in deze uitspraak: ten eerste of strafpunten voor verkeersovertredingen als 'bijzonder persoonsgegeven' hebben te gelden en ten tweede of het voor hergebruik beschikbaar stellen van dergelijke informatie in strijd moet worden geacht met het fundamentele recht op gegevensbescherming. Op beide punten antwoordt het Hof van Justitie bevestigend.

6. Ten aanzien van het eerste punt stelt het Hof (punt 87) dat er drie criteria relevant zijn om te beoordelen of de strafpunten die worden opgelegd bij administratiefrechtelijke verkeersovertredingen een strafbaar feit van strafrechtelijke aard betreft (Art. 10 AVG spreekt van ('persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen'): (1) de juridische kwalificatie van het strafbare feit naar nationaal recht, (2) de aard zelf van het strafbare feit en (3) de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd. Dat eerste is niet het geval, erkent het Hof. Bij het tweede criterium gaat het om de vraag of met de sanctie in kwestie met name een repressief doel wordt nagestreefd. De maatregelen in kwestie hebben in ieder geval gedeeltelijk een repressief karakter, maar kennen ook andere doeleinden, zo meent het Hof. Bij het derde criterium merkt het Hof op dat alleen verkeersovertredingen van een zekere ernst tot gevolg hebben dat strafpunten worden toegekend, dat strafpunten doorgaans worden opgelegd wegens een dergelijke overtreding en dat de accumulatie van strafpunten zelf rechtsgevolgen kan hebben, zoals de verplichting om een examen af te leggen of zelfs een rijverbod. Daarom meent het Hof dat er wel sprake is van een strafrechtelijk gegeven. Het is een wat moeilijk te volgen redenering: criterium 1 is niet van toepassing, criterium 2 maar half en bij criterium 3 meent het Hof dat het feit dat een persoon die vaker verkeersovertredingen begaat opnieuw zijn rijexamen moet afleggen of een rijverbod krijgt opgelegd ertoe bijdraagt dat het hier om een strafrechtelijk gegeven gaat. Wat een rijexamen of rijverbod precies met het strafrecht te maken heeft wordt verder niet toegelicht.

7. Het oordeel wordt interessant als het aan de tweede prejudiciële vraag toekomt, namelijk de

vraag of het voor hergebruik ter beschikking stellen van dergelijke informatie legitiem is. Daarbij is van belang dat naast de AVG er ook een zogenoemde Politierichtlijn is, die ziet op de verwerking van strafrechtelijke gegevens door bevoegde overheidsorganisaties, en dat het volgende is bepaald over bijzondere persoonsgegevens:

Artikel 10 AVG bepaalt: ‘Persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen mogen op grond van artikel 6, lid 1, alleen worden verwerkt onder toezicht van de overheid of indien de verwerking is toegestaan bij Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden. Omvattende registers van strafrechtelijke veroordelingen mogen alleen worden bijgehouden onder toezicht van de overheid.’

Dit artikel komt na 9 AVG, dat in het eerste lid bepaalt: ‘Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden.’

Daarna wordt in lid 2 van artikel 9 AVG uitzonderingsgronden gegeven.

In de voorloper van de AVG, de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, stonden beide artikelen (art. 9 en 10 AVG) in één bepaling genoemd.

De verwerking van strafrechtelijke gegevens is een categorie apart – een nog ‘bijzonderder’ bijzonder persoonsgegeven – omdat daarop in principe de Politierichtlijn van toepassing is en niet de AVG. In principe kan iedere partij een beroep doen op een van de uitzonderingsgronden genoemd in artikel 9 lid 2, maar worden strafrechtelijke gegevens primair verwerkt door politie en justitie.

8. Het Hof oordeelt dat *in casu* de Politierichtlijn niet van toepassing is, aangezien de directie verkeersveiligheid die de persoonsgegevens verwerkt geen ‘bevoegd gezag’ is als bedoeld in de Richtlijn. Daarom worden hier wel strafrechtelijke persoonsgegevens verwerkt, maar is alsnog de AVG van toepassing. Interessant is dat dit tot gevolg heeft dat niet het regime van de Politierichtlijn van toepassing is en ook niet het zware regime voor bijzondere persoonsgegevens, als vervat in artikel 9, maar het ‘gewone’ regime voor ‘gewone’ persoonsgegevens, als vervat in artikel 6 AVG (daarin staan in lid 1 zes gronden voor legitieme verwerking van persoonsgegevens genoemd: (a) toestemming, (b) contractuele relatie, (c) wettelijke plicht, (d) bescherming vitale belangen datasubject, (e) publiek belang en (f) de eerder genoemde grond van het ‘wegen’ van belangen). Wel, zo stelt het Hof, gelden dan de

additionele vereisten als genoemd in artikel 10 AVG, namelijk dat de verwerking onder toezicht van een overheidsorganisatie dient te geschieden en dat er additionele beschermingsmaatregelen zijn getroffen.

9. Dan vervolgt het Hof met iets wat het zelden doet: het betwijfelt de noodzaak van de verwerking van de persoonsgegevens en de subsidiariteit van het door het Letse parlement aangenomen regime. Als het gaat om het beschermen of vergroten van de verkeersveiligheid, zo stelt het Hof, blijkt uit de wetgeving in andere landen dat heel goed kan worden volstaan met minder ingrijpende maatregelen dan het verstrekken van informatie over personen aangaande hun verkeersovertredingen. Het Hof benadrukt dat het openbaar maken van deze informatie tot stigmatisering en andere maatschappelijke consequenties kan leiden. Ook betwijfelt het de causale relatie tussen dit door het Letse parlement ingestelde regime en de dalende cijfers in termen van verkeersovertredingen in Letland. Vervolgens stelt het dat het regime het voor derden mogelijk maakt om toegang te krijgen tot de informatie ook als die derden andere doeleinden hebben dan die verband houden met het vergroten van de verkeersveiligheid. Dat is niet toegestaan wegens het 'purpose limitation' of doelbindingsprincipe.

10. Het Hof verwijst ook naar twee bepalingen aan het eind van de AVG die lidstaten de mogelijkheid geven om het recht op gegevensbescherming omwille van publieke belangen in te perken, namelijk de vrijheid van meningsuiting (artikel 85) en de openbaarheid van informatie (artikel 86). Kan de Letse regeling worden gezien als invulling van deze discretionaire bevoegdheid die aan lidstaten wordt gelaten? Nee, oordeelt het Hof van Justitie. 'Immers, de toegang van het publiek tot officiële documenten vormt blijkens overweging 154 van deze verordening weliswaar een algemeen belang dat kan rechtvaardigen dat de in die documenten vervatte persoonsgegevens worden verstrekt, maar die toegang moet niettemin worden verzoend met het grondrecht op eerbiediging van het privéleven en het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens, zoals artikel 86 AVG overigens uitdrukkelijk vereist. Gelet op met name de gevoeligheid van gegevens betreffende wegens verkeersovertredingen toegekende strafpunten en de ernst van de inbreuk die de openbaarmaking van die gegevens maakt op het grondrecht op eerbiediging van het privéleven en het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens van de betrokken personen, moet worden geoordeeld dat deze rechten prevaleren boven het belang dat het publiek heeft bij toegang tot officiële documenten, met name het nationale register van voertuigen en de bestuurders daarvan. 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 (punten 120-121).'

11. Het Hof had al benadrukt dat het op hun verzoek toegang verlenen aan burgers tot gevoelige gegevens over andere burgers zonder dat zij hoeven te preciseren wat hun belang daarbij is, laat staan hoeven aan te tonen dat dat een gerechtvaardigd belang is, niet rechtmatig is. Dit heeft ook consequenties voor de Letse praktijk waarbij de directie verkeersveiligheid informatie doorstuurt naar commerciële partijen. De Richtlijn hergebruik overheidsinformatie, zo benadrukt het Hof nog maar eens, geeft aan dat de AVG onverminderd van toepassing is. Dergelijks is dus niet legitiem.

12. Al met al is dit een tamelijk revolutionaire uitspraak van het Hof, met name omdat het een bom lijkt te leggen onder de regimes van de open overheid en het hergebruik van overheidsinformatie. Al langer wordt gesteld dat binnen de EU de rechten op privacy en gegevensbescherming een soort superrechten zijn geworden, vergelijkbaar met het *first amendment right* in de Amerikaanse rechtsorde. Op het terrein van deze twee rechten is het Hof in toenemende mate ook bereid andere belangen naar de achtergrond te schuiven. Het is de vraag hoe de Europese Commissie zal omgaan met dit oordeel. Toen het Hof een streep zette door het juridische instrument dat het delen van persoonsgegevens tussen de EU en de VS mogelijk maakte, terwijl evident was dat in de VS zeer minimale privacy- en gegevensbescherming geldt, haastte de Commissie zich om binnen enkele maanden weer een nieuw gegevensdelingsregime op te tuigen, om de economische belangen veilig te stellen. Of het ook deze keer weer hetzelfde pad zal bewandelen, bijvoorbeeld door snel een nieuw regime of een nieuwe bepaling omtrent de verhouding tussen het recht op gegevensbescherming en het hergebruik van overheidsinformatie aan te nemen, valt te bezien.

B. van der Sloot

Tilburg Institute for Law, Technology and Society, Tilburg University.

[1] Zie o.a.: A. B. Bepko, 'Public availability or practical obscurity: the debate over public access to court records on the internet', *NYL Sch. L. Rev.*, 49, 2004, 967. N. S. Marder, 'From Practical Obscurity to Web Disclosure: A New Understanding of Public Information', *Syracuse L. Rev.*, 59, 2008, 441. D. S. Ardia, 'Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity', *U. Ill. L. Rev.*, 1385, 2017.

[2] Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie

[3] Richtlijn 2013/37/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie

[4] Richtlijn (EU) (EU) 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie

[5] B. van der Sloot, 'Van openbaarheid naar hergebruik van overheidsinformatie: Of een vaarwel aan het sociaal contract', NJB, 2015-36.

[6] P. Ohm, 'Broken promises of privacy: Responding to the surprising failure of anonymization', *Ucla L. Rev.*, 57, 2009, 1701.

ANNOTATIE

**Di Martino & Molinari t. Italië (EHRM, 15931/15 & 16459/15)
– Bewijswaarde van belastende getuigenverklaringen en de
overall-fairness-toets*****D.A.G. van Toor en M.A.P. Timmerman***

1. In deze zaak zijn de klagers berecht volgens een verkorte procedure (*giudizio abbreviato*). Het Italiaanse Wetboek van Strafvordering voorziet in die mogelijkheid onder meer om een spoedige berechting van strafzaken mogelijk te maken.[1] Zo een verkorte procedure houdt, kort gezegd, in dat de verdachte ermee instemt dat hij wordt berecht op basis van het procesdossier dat in de onderzoeksfase is vastgesteld.[2] Dat betekent dat in de regel op de terechtzitting geen nieuwe belastende of ontlastende stukken kunnen worden toegevoegd of onderzocht.[3] Het betekent ook dat de schriftelijke verklaringen van belastende getuigen die zich in het procesdossier bevinden in beginsel voor het bewijs kunnen worden gebruikt, ook als het verzoek van de verdachte is afgewezen om die getuige ter zitting te ondervragen.[4] Die afwijzing is in de verkorte procedure uiteraard gebruikelijk, aangezien de berechting op basis van de schriftelijke stukken in die procedure juist het uitgangspunt is. Met de berechting in een verkorte procedure moet de verdachte ten minste instemmen, maar doorgaans zal hij er zelf om verzoeken. Het belang van die procedure voor de verdachte is gelegen in het feit dat hij (i) sneller wordt berecht; (ii) aan hem een significant verlaagde straf kan worden opgelegd;[5] en (iii) dat het rechtsgeding hoogstwaarschijnlijk na eerste aanleg wordt beëindigd omdat het recht van het Openbaar Ministerie om in beroep te gaan tegen een veroordeling beperkt is (par. 33-34).

2. In de onderhavige zaak bevestigt het Hof dat de Italiaanse verkorte procedure in beginsel in overeenstemming is met artikel 6 EVRM.[6] Volgens het Hof brengt die verkorte procedure weliswaar mee dat bepaalde uit artikel 6 EVRM voortvloeiende procedurele waarborgen niet onverkort kunnen worden uitgeoefend, maar daar staat voor de verdachte voldoende tegenover. Van belang is vooral dat de verdachte door de instemming met de verkorte procedure vrijwillig afstand heeft gedaan van bepaalde van zijn fundamentele, door artikel 6 EVRM, beschermde rechten (par. 33). Die afstandsverklaring (*waiver*) moet ondubbelzinnig, en omringd met minimumwaarborgen zijn en ook mag deze geen strijd opleveren met een

significant publiek belang. Als aan die voorwaarden is voldaan, is er vanuit Straatsburgs perspectief niets op tegen om in een verkorte procedure bepaalde rechten op te geven in ruil voor een verlaging van de mogelijk op te leggen straf (par. 35).

3. Door te accepteren dat de verdachte ook afstand kan doen van fundamentele procesrechten als het recht om een belastende getuige te ondervragen,[7] onderstreept het EHRM het belang van de procesautonomie van de verdachte. Onder bepaalde voorwaarden is dat belang blijkbaar groter dan de uitoefening van het ondervragingsrecht. Dat meer waarde wordt toegekend aan de procesautonomie is niet problematisch, maar het leidt wel tot een paradox. De rechtspraak van het Hof over het ondervragingsrecht is namelijk behoorlijk streng en als van dat door het EHRM steeds als fundamenteel onderstreepte recht vrij gemakkelijk afstand kan worden gedaan, lijkt het belang van dat recht toch enigszins te worden gerelativeerd.

4. De ogenschijnlijke spanning tussen de rechtspraak over het belang van het ondervragingsrecht en de door het Hof geaccepteerde mogelijkheid om in een verkorte procedure afstand van dat recht te doen, is ook zichtbaar in de hier besproken zaak. Bij de vraag of het recht om een belastende getuige ter zitting te ondervragen is geschonden, onderscheidt het EHRM tussen verschillende belastende getuigen. De getuigen E., P.G. en S. hebben allen slechts in het vooronderzoek verklaard en hun schriftelijke verklaringen maken deel uit van het procesdossier op grond waarvan zowel de Italiaanse rechter in eerste aanleg als die in hoger beroep heeft geoordeeld. Dat beide rechters enkel op basis van die schriftelijke getuigenverklaringen oordeelden en voor de verdachten geen mogelijkheid bestond om deze getuigen ter zitting te ondervragen, is volgens het Hof een gevolg van de verkorte procedure waarmee de verdachten – ook in de appelfase – vrijwillig hebben ingestemd. In zoverre is sprake van een geldige *waiver* van het ondervragingsrecht en bestaat dus geen strijd met artikel 6 EVRM (par. 36-40).

5. Maar de Italiaanse rechter in eerste aanleg heeft ook één getuige, B.S., ter zitting gehoord omdat hij zich op basis van de schriftelijke stukken onvoldoende voorgelicht achtte. In die zin werd dus een bij wet voorziene uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat tijdens een verkorte procedure geen getuigen ter zitting worden gehoord (par. 42). Uiteindelijk kwam de rechter in eerste aanleg tot een vrijspraak van de klagers voor het belangrijkste ten laste gelegde feit: deelneming aan een maffiaorganisatie. In hoger beroep werden de klagers – nog steeds in de verkorte procedure – voor dit feit veroordeeld op basis van hetzelfde procesdossier dat in eerste aanleg tot vrijspraak had geleid. De appelrechter interpreteerde het procesdossier anders en sloeg daarbij niet alleen acht op de schriftelijke getuigenverklaringen van E., P.G. en S., maar ook op de in eerste aanleg afgelegde verklaring van B.S. die als schriftelijke stuk deel uitmaakte van het procesdossier in hoger beroep. Omdat het ook in hoger beroep een verkorte procedure betrof, werd B.S. daar niet opnieuw gehoord, zodat de

klagers deze getuige daar niet konden ondervragen.[8]

6. Dit levert volgens de klagers een schending van artikel 6 EVRM op, aangezien de rechtspraak van het EHRM tot uitgangspunt neemt dat de rechter die de verdachte voor het eerst veroordeelt, het bewijs direct moet onderzoeken. Dat betekent dat een appelrechter de in eerste aanleg gehoorde getuigen ook in hoger beroep moet horen als in eerste aanleg vrijspraak is gevolgd (par. 28-30). Dat uitgangspunt is in de rechtspraak van het Hof weliswaar niet absoluut, maar wel belangrijk en is in de zaak van de klagers niet nageleefd nu getuige B.S. niet ter zitting in hoger beroep is gehoord (alwaar klagers voor het eerst zijn veroordeeld voor deelname aan een maffiaorganisatie).

7. Het niet in hoger beroep horen van B.S. leidt volgens het EHRM echter niet tot een schending van artikel 6 EVRM, omdat de verklaring van deze belastende getuige niet doorslaggevend was voor het bewijs tegen de klagers (par. 43-44). Nu die ter zitting in eerste aanleg afgelegde verklaring slechts steun gaf aan het overige bewijs dat zich in het procesdossier bevond, kon ook in de verkorte procedure in appel worden afgeweken van het uitgangspunt dat de eerste veroordelende rechter de ter zitting gehoorde getuigen ook in appel ter zitting dient te horen.

8. Het is opvallend dat het Hof de beperkte bewijswaarde van de getuigenverklaring van B.S. gebruikt als argument om geen schending van het ondervragingsrecht vast te stellen. Aangezien de klagers ook in appel uitdrukkelijk hadden ingestemd met het volgen van de verkorte procedure, had het EHRM ten aanzien van getuige B.S. op dezelfde wijze als ten aanzien van de andere belastende getuigen kunnen redeneren. Door ook in hoger beroep voor die procedure te kiezen, accepteren de klagers immers dat zij worden berecht op basis van het procesdossier en in het procesdossier in hoger beroep zit dan ook de schriftelijk opgetekende verklaring die B.S. ter zitting in eerste aanleg heeft afgelegd. Dat het Hof die redenering niet heeft gevolgd, laat zich verklaren door de hierboven gesignaleerde paradox.[9] Door hier geen *waiver* van het ondervragingsrecht aan te nemen, kan het Hof het belang van dat recht onverkort vooropstellen en het uitgangspunt onderstrepen dat een getuige in hoger beroep weer ter zitting moet worden gehoord als de appelrechter mede op basis van die verklaring veroordeelt terwijl in eerste aanleg is vrijgesproken. Dat uitgangspunt moet doorgaans tot het daadwerkelijk opnieuw ter zitting horen van de belastende getuige te leiden, zeker als het gaat om een *doorslaggevende* belastende getuige. Ook dat is vaste rechtspraak van het Hof.[10]

9. Nu de belastende verklaring van getuige B.S. van ondergeschikt belang is voor de vaststelling van de feiten en het verwijt, is het volgens het Hof niet vereist dat het ondervragingsrecht kan worden uitgeoefend. Blijkbaar is de uitoefening van dat “fundamentele” eerlijk-procesrecht vooral van betekenis als twijfels bestaan over de

bewijswaarde van een belastende getuigenverklaring. Dit maakt (opnieuw) duidelijk dat de betrouwbaarheid van al het door de rechter gebruikte bewijs een belangrijke, soms zelfs een doorslaggevende, rol speelt bij de Straatsburgse beoordeling of het gehele proces eerlijk is verlopen.[11] Doordat naleving van belangrijke procesrechten voor een *fair trial* niet altijd nodig is, laat het Hof ook zien dat procedurele rechtvaardigheid, in ieder geval in de onderhavige zaak en de zaken waar in eindnoot 11 naar wordt verwezen, niet de hoogste waarde heeft. In die zin is het gerechtvaardigd te vragen wat nu precies de betekenis van het concept een *eerlijk* proces is.[12]

10. Ook bij de discussie naar aanleiding van het recent tegen Nederland gewezen arrest in de zaak *Keskin*[13] speelt de vraag naar het belang van de bewijswaarde van de belastende getuige voor de waarborging van het ondervragingsrecht. Vóórdat de Hoge Raad in zijn (eerste) *post-Keskin*-arrest van 20 april 2021[14] inging op de betekenis van de ‘veroordeling’ van de Nederlandse Staat in de zojuist genoemde zaak, oordeelde onder andere de rechtbank Amsterdam dat twee getuigen niet ter zitting hoefden te verschijnen omdat de bewezenverklaring niet in beslissende mate op die getuigenverklaringen was gestoeld.[15] De rechtbank Noord-Holland oordeelde gelijkluidend: ‘In uitzonderlijke gevallen zal een getuigenverzoek evenwel moeten worden gehonoreerd, hoewel de relevantie van de ondervraging niet is gebleken. Dit is het geval wanneer aannemelijk is dat een bewezenverklaring in beslissende mate zou worden gebaseerd op de desbetreffende getuigenverklaring.’[16] In deze vonnissen gebruiken de twee Nederlandse rechtbanken bij de beoordeling of het ondervragingsrecht is geschonden slechts één van de drie door het EHRM genoemde factoren – het belang van de bewijswaarde van de verklaring voor de bewezenverklaring – voor het oordeel of zonder uitoefening van het ondervragingsrecht nog sprake is van een eerlijk proces. In die zin lijkt het belang van de bewijswaarde van de getuigenverklaring het centrale element te zijn geweest voor de beoordeling van de vraag of de procedure als geheel eerlijk is zonder dat de verdachte zijn ondervragingsrecht heeft kunnen effectueren. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt echter dat deze factor – de zogenoemde *sole-or-decisive-rule* – slechts één van de drie factoren is die betrokken moet worden en dat, alles overziend, altijd de *overall fairness* van de procedure moet worden bewaakt.[17]

11. In het *Post-Keskin*-arrest van de Hoge Raad wordt de *overall-fairness*-toets wel benadrukt.[18] De Hoge Raad kleedt deze toets in met de drie factoren die zijn ontwikkeld in de Grote Kamer uitspraken *Al-Khawaja & Tahery*[19] en *Schatschaschwili*[20]: ‘(i) de reden dat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend met betrekking tot een getuige van wie de verklaring voor het bewijs wordt gebruikt, (ii) het gewicht van de verklaring van de getuige, binnen het geheel van de resultaten van het strafvorderlijke onderzoek, voor de bewezenverklaring van het feit, en (iii) het bestaan van compenserende factoren, waaronder

ook procedurele waarborgen, die compensatie bieden voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid.’[21] De *overall fairness*-toets wordt door het EHRM meestal geïncorporeerd in de derde stap uit *Schatschaschwili* (zoals het is overwogen in het arrest, reeds aangehaald, par. 107), maar soms wordt de toets ook als vierde, afsluitende en overkoepelende, toets gezien.[22] De laatste benadering – een losse *overall fairness*-toets – lijkt logischer en meer rechtdoend aan het feit dat de drie *Schatschaschwili*-stappen communicerende vaten zijn die in onderliggende samenhang moeten worden gewogen.[23] Hoe dan ook, uit deze rechtspraak blijkt – anders dan uit het hier geannoteerde arrest – dat het te kort door de bocht is om klachten over schending van het ondervragingsrecht af te wijzen met een beroep op de beperkte *probative value* van een belastende getuigenverklaring.

12. Gelet op de nadruk op de *overall fairness*-toets van het EHRM in het *Keskin*-arrest (en de aangehaalde arresten van de Grote Kamer over het ondervragingsrecht), verwondert het niet dat die toets ook in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over het ondervragingsrecht een centrale plaats inneemt. Als de feitenrechter niet voldoende heeft laten zien dat hij bij beperkingen in de uitoefening van het ondervragingsrecht oog heeft gehad voor de *overall fairness* van de procedure, is dat thans grond voor cassatie. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van 25 mei 2021 waar de Hoge Raad overwoog: ‘Ook het oordeel van het hof dat artikel 6 EVRM niet in de weg staat aan het gebruik van de door [benadeelde 1] afgelegde verklaring voor het bewijs, is niet zonder meer begrijpelijk. Het hof heeft er namelijk onvoldoende blijk van gegeven te hebben nagegaan, op de hiervoor onder 2.4 weergegeven wijze, of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.’[24] Doordat de Hoge Raad ook verwijst naar vooropstellingen uit het *Post-Keskin*-arrest over de *overall fairness*-toets van het EHRM en naar de *drie* stappen die het Hof daarbij gebruikt, lijkt het enkele onderzoek naar de bewijswaarde – ‘stap 2’ – van een verklaring van een belastende getuige derhalve niet voldoende grond voor het niet ter terechtzitting (laten) ondervragen van zo een getuige.[25]

13. Na *Keskin* en *Post-Keskin* zou het afwijzen van verzoeken om getuigen *à charge* te horen enkel op basis van een ontoereikende motivering of enkel op basis van de beperkte *probative value* verleden tijd moeten zijn. Dit vergt enige aanpassing in de praktijk en die stap was ook na het Straatsburgse *Keskin*-arrest nog niet overal gezet, zo blijkt ook wel uit de hiervoor genoemde vonnissen. Het is tegen die achtergrond jammer dat de rechtspraak van het EHRM op dit punt voor meerdere uitleg vatbaar blijft. In de onderhavige zaak laat het Hof bijvoorbeeld na verder te kijken dan de *probative value* van de verklaring, terwijl het goed mogelijk was geweest om in deze zaak met een vergelijkbare ‘korte klap’ tot dezelfde uitkomst – geen schending van artikel 6 EVRM – te komen. Het Hof had de instemming van de klagers met de verkorte procedure in appel immers ook kunnen aanmerken als een geldige *waiver* van

het recht om getuige B.S. ter zitting in hoger beroep te ondervragen. Dan was de vraag naar de bewijswaarde van de belastende getuigenverklaring niet opgekomen en had het Hof de beperkte bewijswaarde niet als – ogenschijnlijk – doorslaggevende reden voor niet-schending van artikel 6 EVRM hoeven gebruiken.

M.A.P. (Mikhel) Timmerman

Medewerker van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en research fellow bij het Onderzoekscentrum Staat en Recht (SteR), Radboud Universiteit Nijmegen (deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven)

D.A.G. (Dave) van Toor

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

[1] Zie voor een korte beschrijving van het Italiaanse strafprocesrecht, waarin ook naar de verkorte procedure wordt verwezen: M.L. Ferioli & M. Caianiello, 'Collaboration with Justice in Italy', in: J.H. Crijns, M.J. Dubelaar & K.M. Pitcher (eds.), *Collaboration with Justice in the Netherlands, Germany, Italy and Canada A comparative study on the provision of undertakings to offenders who are willing to give evidence in the prosecution of others*, Den Haag: WODC 2017, p. 233 e.v.

[2] Dit komt overeen met de berechting van de meeste zaken in het Nederlandse strafrecht.

[3] De Italiaanse wet geeft twee mogelijkheden om van dit uitgangspunt af te wijken. *Ten eerste* kan de verdachte voorwaardelijk met de verkorte procedure instemmen. Hij kan als voorwaarde stellen dat hij een bepaald stuk aan het dossier wil laten toevoegen of een getuige ter zitting wil doen horen. *Ten tweede* bestaat de mogelijkheid dat de rechter in de verkorte procedure beslist dat stukken worden toegevoegd, bijvoorbeeld in de vorm van een ter zitting afgelegde getuigenverklaring, omdat het nodig is voor zijn beslissing in de zaak. Zie voor een beschrijving van deze twee wettelijke mogelijkheden *Di Martino en Molinari t. Italië*, EHRM 25 maart 2021, nrs. 15931/15 en 16459/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD001593115, par. 7.

[4] Italië kent een sterk onmiddellijkheidsbeginsel in de normale procedure. Enkel de bewijsmiddelen die niet op zitting kunnen worden geproduceerd – zoals geluidsopnamen van een tap –, verkrijgt de rechter via het dossier. Zie Ferioli & Caianiello, a.w., p. 234.

[5] Het belang van de verlaagde straf stond centraal in *Scopolla t. Italië (No. 2)*, EHRM (GK) 17

september 2009, nr. 10249/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001024903, «EHRC» 2009/123 m.nt. Peristeridou en Spronken, par. 133-145.

[6] Dat oordeelde het Hof ook eerder al, bijv. in de ontvankelijkheidsbeslissing in *Kwiatkowska t. Italië*, EHRM 30 november 2000, nr. 52868/99, ECLI:CE:ECHR:2000:1130DEC005286899 en in *Hermi t. Italië*, EHRM (GK) 18 oktober 2006, nr. 18114/02, ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD001811402, *RvdW* 2007/152, par. 78-88.

[7] Ook het recht van de verdachte om ter zitting in hoger beroep aanwezig te zijn, kan worden opgegeven in een verkorte procedure, zie daarover *Hermi t. Italië*, EHRM (GK) 18 oktober 2006, nr. 18114/02,

ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD001811402, *RvdW* 2007/152, par. 78-88.

[8] In eerste aanleg konden de klagers ter terechtzitting vragen doen stellen aan B.S. en hun visie geven op deze afgelegde getuigenverklaring, zie *Di Martino en Molinari t. Italië*, par. 8.

[9] In die zin lijkt deze zaak wel wat op het arrest in de zaak *Panarisi t. Italië*, EHRM 10 april 2007, nr.

46794/99, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD004679499, par. 111-112. In die zaak redeneerde het Hof uitdrukkelijk dat ook als door de instemming met de verkorte procedure geen sprake was van een geldige afstand van het ondervragingsrecht, dat recht niet was geschonden, omdat de verklaring van de niet ondervraagde getuige niet doorslaggevend was.

[10] *Di Martino en Molinari t. Italië*, par. 29 en de daar genoemde standaardarresten.

[11] Zie hierover ook: *Ćwik t. Polen* (EHRM, 31454/10) – Bewijsuitsluiting na schending art. 3 EVRM, in het bijzonder bij onrechtmatigheid door andere burgers, *EHRC Updates* december 2020, m.nt. D.A.G. van Toor; *Murtatliyeva t. Rusland* (EHRM, 36658/05): ‘De rechterlijke beoordeling van verzoeken om getuigen à décharge ter zitting te horen’, «EHRC» 2019/70, m.nt. D.A.G. van Toor; *Dragoş Ioan Rusu t. Roemenië* (EHRM 22767/08), «EHRC» 2018/13, m.nt. D.A.G. van Toor.

[12] Vgl. I. Langford, ‘Fair Trial: The History of an Idea’, *Journal of Human Rights* 2009, 8:1, p. 37-52, DOI: 10.1080/14754830902765857; R. Goss, *Rethinking Article 6*, (diss. Oxford), s.l.:s.l. 2012.

[13] *Keskin t. Nederland*, (EHRM, 2205/16) – De rechterlijke beoordeling van verzoeken om getuigen à charge ter zitting te horen’, *EHRC Updates* februari 2021, m.nt. D.A.G. van Toor.

[14] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes en de daaraan

voorafgaande conclusie van advocaat-generaal F.W. Bleichrodt van 9 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:234.

[15] Rb. Amsterdam 24 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1313.

[16] Rb. Noord-Holland 6 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3061, r.o. 2.6.

[17] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, «EHRC» 2016/89, m.nt. Dubelaar, par. 107; *Ishak Saglam t. Turkije*, EHRM 10 juli 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0710JUD002296308, par. 54.

[18] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.1 e.v.

[19] *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*, (EHRM (GK) 26766/05 en 22228/06), «EHRC» 2012/56, m.nt. Spronken.

[20] *Schatschaschwili t. Duitsland*, (EHRM (GK) 9154/10), «EHRC» 2016/89, m.nt. Dubelaar.

[21] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

[22] *Zadumov t. Rusland*, (EHRM 2257/12), ECLI:CE:ECHR:2017:1212JUD000225712, par. 73 e.v.

[23] Zoals de Derde Kamer dit bijv. onder een apart kopje *Conclusion* deed in *Dimovic t. Servië*, (EHRM 24463/11), ECLI:CE:ECHR:2016:0628JUD002446311, par. 48. Vgl. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

[24] HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:768, *NJ* 2021/212, r.o. 2.6. Vergelijkbare overwegingen komen voor in latere arresten, zoals recent nog in HR 1 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:782, *RvdW* 2021/622, r.o. 2.5.1-2.5.2, HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:959, r.o. 4.4 en HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:993, r.o. 2.5.2.

[25] Zie bijv. HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:768, *NJ* 2021/212, r.o. 2.6. Overigens toetst de Hoge Raad ook het oordeel van het gerechtshof dat de gebruikte getuigenverklaringen slechts een beperkte bewijswaarde hebben, zie – naast het hiervoor genoemde arrest van 25 mei 2021 – bijv. HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:693, r.o. 2.5. Uit HR 25 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:765, *NJ* 2021/211, r.o. 2.5.2 blijkt voorts dat voor de Hoge Raad niet voldoende is dat het hof het ondervragingsrecht heeft uitgesloten en/of beperkt op basis van het oordeel dat de belastende getuigenverklaringen betrouwbaar zijn.

ANNOTATIE

Caamaño Valle t. Spanje (EHRM, 43564/17) – Uitsluiting van kiesrecht voor mentaal gehandicapten en het VN-Gehandicaptenverdrag***J.H. Gerards***

1. Na jaren van relatieve stilte heeft het EHRM in het afgelopen half jaar ineens twee uitspraken gedaan over beperkingen op het uitoefenen van het kiesrecht door mensen met een mentale handicap. Op 2 februari 2021 stond deze materie al centraal in de zaak *Strøbeye en Rosenlind t. Denemarken*.^[1] Daarin oordeelde het Hof dat wettelijke beperkingen van het actief kiesrecht voor mensen die onder curatele staan aanvaardbaar kunnen zijn, mits die beperkingen uiterst zorgvuldig vorm krijgen. Op 11 mei 2021 sprak het Hof zich opnieuw uit over het onderwerp, ditmaal in een zaak tegen Spanje: *Caamaño Valle*.^[2] De timing is in die zin wat ongelukkig dat de uitspraak tegen Denemarken nog niet definitief was geworden op het moment waarop het EHRM met *Caamaño Valle* bezig was. Zoals rechter Lemmens uitlegt in zijn *dissenting opinion* bij deze uitspraak is het dan de interne regel dat nog niet wordt verwezen naar de criteria die in een andere zaak worden geformuleerd.^[3] De uitspraak is dan ook vooral gebaseerd op de eerder, in 2010, in *Alajos Kiss* geformuleerde uitgangspunten.^[4] Dat is jammer, want juist in *Strøbeye en Rosenlind* formuleerde het EHRM een aantal wat meer algemene standaarden om de uitsluiting van het kiesrecht voor mensen met een mentale handicap goed te kunnen beoordelen, die op een aantal punten een verbijzondering en verfijning van de criteria van *Alajos Kiss* bieden.^[5] In het bijzonder bepaalde het EHRM in die uitspraak dat een algemene, wettelijke uitsluitingsregeling voor curandi aanvaardbaar kan zijn als die (a) ruimte biedt voor het toekennen van gedeeltelijke curatele, (b) de curateleprocedure heel zorgvuldig verloopt, en (c) de ontzetting van het kiesrecht is beperkt tot een heel kleine groep mensen die objectief gezien helemaal niet in staat zijn om keuzes te maken.^[6]

2. Tegelijkertijd is het logisch dat het EHRM met zijn oordeel in *Caamaño Valle* niet heeft gewacht: de inrichting van de wetgeving in Spanje is heel anders dan die in Denemarken, waardoor de algemene criteria van *Strøbeye en Rosenlind* voor de Spaanse context minder relevant zijn.^[7] Anders dan in Denemarken geldt er in Spanje namelijk geen algemene

regeling waardoor bepaalde groepen curandi automatisch van het kiesrecht worden uitgesloten. In plaats daarvan is het uitgangspunt dat iedereen het kiesrecht heeft.[8] Dat is alleen anders als een mentale handicap zodanig is dat mensen niet goed in staat zijn voor zichzelf te zorgen.[9] Per individueel geval moet een rechter onderzoeken of daarvan sprake is en of die situatie een ontzetting van het kiesrecht kan rechtvaardigen.[10] Van een automatische, 'blanket restriction' is dus geen sprake, terwijl de beoordelingspunten van *Strøbeye en Rosenlind* precies daarvoor zijn bedoeld. Het EHRM kon zich in *Caamaño Valle* daardoor beperken tot een concrete, procedurele toetsing, waarbij het primair naging of de nationale rechters voldoende uitgebreid en zorgvuldig onderzoek hadden gedaan naar de situatie van Caamaño Valle.[11] Dat was volgens het EHRM inderdaad het geval, zodat het in de onderhavige zaak geen schending vaststelde van art. 3 Eerste Protocol (EP) EVRM.[12]

3. In vergelijking met *Strøbeye en Rosenlind* is de uitspraak in *Caamaño Valle* vooral interessant omdat het Hof hierin vrij uitgebreid ingaat op de verhouding tussen de EVRM-eisen en de eisen die worden gesteld in het VN Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (hierna: VN-Gehandicaptenverdrag).[13] In *Strøbeye en Rosenlind* kwam die kwestie er wat bekaaid van af,[14] zodat de Spaanse zaak op dit punt een belangrijke aanvulling biedt.

4. In mijn annotatie bij *Strøbeye en Rosenlind* wees ik er al op dat de kwestie van uitsluiting van kiesrecht voor mensen met een mentale handicap controversieel is.[15] In het bijzonder bestaat er een tegenstelling tussen de praktijk van uitsluiting die in veel Europese staten in enige vorm bestaat, en de uitgangspunten die hierover zijn geformuleerd in het (door diezelfde Europese staten ondertekende en geratificeerde) VN-Gehandicaptenverdrag.[16] In art. 29 van het VN-Gehandicaptenverdrag staat namelijk uitdrukkelijk vermeld dat mensen met een beperking op gelijk niveau met alle anderen handelingsbevoegd moeten worden geacht en ook op volledig gelijke voet politieke rechten moeten kunnen genieten.[17] Volgens de oordelen van het VN-Gehandicaptencomité moeten die gelijke rechten ook gelden voor mensen die volledig onder curatele staan en die niet in staat zijn om hun mening te bepalen.[18] Anders dan in veel staten de praktijk is, is de verplichting onder het VN-Mensenrechtenverdrag dus om het ook voor mensen met een geestelijke handicap mogelijk te maken om het kiesrecht uit te oefenen.[19]

5. Wat de zaak *Caamaño Valle* op dit punt nog extra interessant maakt, is dat de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa in de zaak heeft geïntervenieerd. Dat is uitzonderlijk en gebeurt alleen in zaken waarin de Mensenrechtencommissaris van mening is dat in een zaak een belangrijke mensenrechtenkwestie bestaat en een interventie meerwaarde kan hebben.[20] Sinds deze mogelijkheid bestaat, dus sinds 2010, heeft de Mensenrechtencommissaris maar in zo'n dertig zaken observaties ingediend.[21]

6. De Mensenrechtencommissaris wees in de interventie uitdrukkelijk op het bestaan van art. 29 van het VN-Gehandicaptenverdrag en bepleitte dat het EHRM een uitleg zou geven aan art. 3 EP EVRM in het licht van deze bepaling en van andere internationale standaarden die inhouden dat ook gehandicapten het kiesrecht zonder beperkingen moeten kunnen uitoefenen.[22] Het EHRM maakt vervolgens echter welbewust de keuze om die uitleg niet te geven. Daarbij overweegt het dat het EVRM een zelfstandig verdrag is, dat weliswaar in samenhang met andere internationale instrumenten moet worden uitgelegd,[23] maar waaraan een autonome uitleg moet worden gegeven.[24] Ook benadrukt het Hof dat het niet is gebonden aan de uitleg die andere verdragsorganen hebben gegeven, ‘gelet op de mogelijke verschillen in de inhoud van de bepalingen van andere internationale instrumenten en/of de mogelijke verschillen in de rol van het Hof en die van andere verdragsorganen’.[25] Verderop merkt het dan nog op dat het ‘niet aan het Hof is om een mening te geven over de vraag of art. 29 van het VN-Gehandicaptenverdrag striktere verplichtingen oplegt aan de staten die partij zijn bij dat verdrag’.[26]

7. Deze geheel eigen, van het internationale recht afwijkende interpretatie is opmerkelijk. Weliswaar merkt het EHRM terecht en conform vaste rechtspraak op dat het niet gebonden is aan andere internationale verdragen en dat het een autonome verdragsuitleg kan geven, maar tegelijkertijd is het redelijk vaststaande praktijk dat het zo goed mogelijk bij die andere internationale instrumenten aansluit.[27] Vaak leidt dit tot een harmoniserende interpretatie, waarbij het EVRM en het internationale instrument in elkaars verlengde worden gelezen.[28] Toch is er altijd al een zorg geweest dat er divergenties ontstaan tussen internationale mensenrechtenverdragen en het EVRM. Het Stuurcomité voor de Mensenrechten van de Raad van Europa (CDDH) heeft die zorg in een rapport uit 2019 benoemd.[29] Daarbij geeft het onder meer het voorbeeld van een afwijkende uitleg door het VN-Gehandicaptencomité en het EHRM ten aanzien van een andere bepaling uit het VN-Gehandicaptenverdrag, namelijk die met betrekking tot de gedwongen opname van personen met een handicap.[30] Waar het EHRM dergelijke dwangopnames onder strikte voorwaarden aanvaardbaar vindt onder art. 5 lid 1 (f) EVRM, heeft het VN-Gehandicaptencomité in een General Comment gesteld dat die altijd in strijd zijn met art. 14 van het VN-Gehandicaptenverdrag.[31] Een soortgelijke divergentie tekent zich nu af ten aanzien van art. 29 van het VN-Gehandicaptenverdrag en dat kan problematische gevolgen hebben. Door de in veel staten gekozen benadering te billijken en van de VN-uitleg af te wijken, ondermijnt het EHRM in zekere zin de waarde van dat verdrag.[32] Staten kunnen zich door de EHRM-uitleg namelijk gemakkelijk gesterkt weten in het vasthouden aan een nationale praktijk die in strijd is met hun internationale verdragsverplichtingen en kunnen daarin een argument vinden om – in ieder geval voor bepaalde aspecten van het verdrag – hun eigen gang te gaan.[33] Ook kan een sterk uiteenlopende uitleg van vergelijkbare grondrechtenbepalingen onzekerheid tot gevolg

hebben bij de nationale autoriteiten over hun precieze verplichtingen.[34] Bovendien kunnen onduidelijkheden of tegenstrijdigheden leiden tot problemen bij het opstellen van nieuwe criteria en instrumenten op het niveau van de Raad van Europa.[35]

8. Anderzijds hoeft het ook weer niet heel problematisch te zijn dat het EHRM een eigen, van de VN-uitleg afwijkende interpretatie geeft aan het EVRM. Het EVRM biedt minimumbescherming aan de grondrechten en art. 53 EVRM biedt uitdrukkelijk ruimte aan de staten om zelf een verdergaande bescherming te bieden.[36] Dat kunnen ze volgens art. 53 EVRM doen via hun eigen grondwetten, maar ook door internationale mensenrechtenverdragen te ratificeren en hun verplichtingen onder die verdragen na te leven. Het EHRM zal het dan ook niet snel problematisch of strijdig met art. 3 EP EVRM bevinden als een staat besluit om, in het licht van zijn VN-verdragsverplichtingen, de uitsluiting van het kiesrecht voor mensen met een mentale handicap helemaal op te heffen, zoals dat bijvoorbeeld in Nederland is gebeurd.[37] De kans dat een klacht over zo'n gunstigere nationale regeling het EHRM bereikt is overigens niet zo groot, want in dat geval wordt veel minder snel inbreuk gemaakt op art. 3 EP EVRM; dergelijke zaken zullen dus al snel kennelijk ongegrond zijn of niet-ontvankelijk *ratione materiae*. [38]

9. De vraag kan wel nog zijn of het Hof niet wat meer ambitie had moeten tonen en – aanknopend bij het advies van de Mensenrechtencommissaris – het minimale beschermingsniveau had moeten verhogen. Dat is wat rechter Lemmens bepleit in zijn *dissenting opinion* bij deze uitspraak.[39] Hij geeft daarvoor inhoudelijke gronden die zijn verbonden met het grote belang van het kiesrecht voor iedereen, inclusief mensen die minder sterke cognitieve vaardigheden hebben.[40] Ook wijst hij erop dat de problemen die aan de geestelijke beperkingen verbonden kunnen zijn deels kunnen worden ondervangen door bijvoorbeeld een gemachtigde aan te wijzen die het kiesrecht namens de curandus kan uitoefenen.[41] Daarnaast roept hij in herinnering dat er nog meer documenten en organen zijn die het streven naar het afbouwen van uitsluitingen voor mensen met een mentale handicap van het kiesrecht ondersteunen, namelijk een rapport van het EU Grondrechtenagentschap (FRA), de Venetiëcommissie en – als gezegd – de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa.[42]

10. Dit zijn sterke en overtuigende argumenten, maar het lijkt erop dat het EHRM deze meer principiële keuze (nog) niet aandurft. Dit kan te maken hebben met de in Europa nog veelvuldig bestaande uitzonderingen op het kiesrecht voor mensen met een geestelijke handicap.[43] Het EHRM zoekt bij het bepalen van het minimaal te bieden beschermingsniveau meestal aansluiting bij de bestaande grote gemeenschappelijke deler en vermijdt de vraag of het – op principiële gronden – redelijk zou zijn om een bepaald grondrecht breder toe te kennen.[44] Als er op het terrein van het kiesrecht voor mensen met

een mentale handicap duidelijk grote nationale verdeeldheid bestaat, ontbreekt de nationale steun die het Hof vaak nodig lijkt te achten om tot een verdergaande interpretatie te komen. Daar komt nog bij dat het Hof eerder een aantal – institutioneel gezien haast traumatische – ervaringen heeft gehad met verdergaande, meer fundamentele oordelen over de uitsluiting van het kiesrecht voor gedetineerden.[45] Voor veel staten blijkt het kiesrecht een onderwerp dat bij uitstek is verbonden met hun nationale soevereiniteit, en bij de inrichting van kiessystemen kunnen historische overwegingen of specifieke nationale opvattingen van burgerschap een belangrijke rol spelen. Dat maakt niet alleen dat er aanzienlijke verschillen tussen de Europese kiessystemen bestaan, maar ook dat in de staten veel waarde aan het eigen systeem wordt toegekend. Pogingen van een Europese rechter om een uniforme, vergaande uitleg toe te kennen die op principiële punten afwijkt van het eigen systeem, kunnen daardoor op grote bezwaren stuiten.[46]

11. Om die redenen is het Hof meer in het algemeen terughoudend en pragmatisch bij het geven van uitleg aan art. 3 EP en bewaakt het alleen de uiterste grenzen.[47] Wel doet het aan ‘nudging’, zoals het dat ook deed in *Strøbye en Rosenlind*, waarin het heel uitdrukkelijk de Deense ontwikkeling in de richting het beperken van de uitgesloten categorie van curandi positief beoordeelde door te vermelden dat het ging om een ‘laudable effort’.[48] Ook kan zowel in die zaak als in de onderhavige worden gezien dat – in vergelijking met *Alajos Kiss* – het EHRM de voorwaarden en eisen voor het kunnen uitsluiten van mensen van het kiesrecht vanwege hun mentale handicap al iets heeft aangescherpt.[49]

12. Hoe voorzichtig ook, daarmee is er een zekere beweging te zien in de richting van art. 29 VN-Gehandicaptenverdrag. Gelet op de gebruikelijke werkwijze van het EHRM, dat vaak langs lijnen van geleidelijkheid en kleine stappen tot grotere en spannendere innovaties komt,[50] valt niet uit te sluiten dat het Hof uiteindelijk op een positie uitkomt die vergelijkbaar is met die van het VN-Gehandicaptencomité. Daarbij is een interessant gegeven dat in de zaak *Strøbye en Rosenlind* is verzocht om deze aan de Grote Kamer voor te leggen (al was ten tijde van schrijven van deze noot nog niet duidelijk of dit verzoek zou worden gehonoreerd); mogelijk gebeurt dat in de onderhavige zaak eveneens. Mocht het panel voor zo’n doorverwijzing kiezen, dan is niet uit te sluiten dat de Grote Kamer eerder een stap zal willen zetten dan de Kamers van het Hof dat nu hebben gedaan, al staat dat om de hiervoor genoemde gronden zeker nog niet vast. De verdere ontwikkelingen ten aanzien van deze materie blijven daarmee de komende tijd nog onzeker.

J.H. Gerards

[1] *Strøbye en Rosenlind t. Denemarken*, EHRM 2 februari 2021, nrs. 25802/18 en 27338/18,

ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002580218, «EHRC Updates» 2021/66 m.nt. J.H. Gerards (www.ehrc-updates.nl/commentaar/211304?skip_boomportal_auth=1).

[2] *Caamaño Valle t. Spanje*, EHRM 11 mei 2021, nr. 43564/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417, «EHRC Updates» 2021/134.

[3] *Caamaño Valle* (zie noot 2), *dissenting opinion* rechter Lemmens, voetnoot 1. Overigens kan een extra reden hiervoor zijn dat in *Strøbye en Rosenlind* (zie noot 1) is verzocht om doorverwijzing naar de Grote Kamer; ten tijde van schrijven van deze annotatie was het resultaat daarvan nog niet bekend.

[4] *Alajos Kiss t. Hongarije*, EHRM 20 mei 2010, nr. 38832/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206, *NTM/NJCM-Bull.* 2010, afl. 35-8, p. 1106 m.nt. J.H. Gerards & H.M. ten Napel.

[5] Zie mijn annotatie bij *Strøbye en Rosenlind* (zie noot 1). Overigens werd de uitspraak in *Strøbye en Rosenlind* zeker niet met onverdeeld enthousiasme ontvangen; zo heeft de VN Speciale Rapporteur voor de rechten van mensen met een handicap zijn grote teleurstelling erover uitgesproken en stevige kritiek geuit; zie 'European Court of Human Rights' ruling to remove voting rights from persons with disabilities on the basis of their "mental skills" is disappointing – remarks by UN disability Experts', Geneve, 1 maart 2021, via www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26821&LangID=E.

[6] *Strøbye en Rosenlind* (zie noot 1), par. 105-107, onder verwijzing naar de in par. 17 weergegeven uitspraak van het Deense Hoogerechtshof.

[7] Nog los van de procedurele gronden: in *Strøbye en Rosenlind* (zie noot 1) is een verwijzing naar de Grote Kamer gevraagd; mocht die worden toegewezen door het panel, kan het nog wel een paar jaar duren tot er een definitieve uitspraak is. Het zou vervelend zijn als daarop met het beoordelen van de onderhavige zaak geacht zou moeten worden.

[8] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 65-66.

[9] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 66.

[10] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 67.

[11] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 72.

[12] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 73.

[13] Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, New York 13 december 2006,

te vinden op <https://wetten.overheid.nl/BWBV0004045/2016-07-14>.

[14] Al werd het Verdrag ook in die uitspraak wel even genoemd; zie *Strøbeye en Rosenlind* (zie noot 1), par. 112. Daar wijst het EHRM erop dat de in dat Verdrag neergelegde uitgangspunten niet helemaal overeenstemmen met de ideeën die de Venetiëcommissie in een eigen opinie over dit onderwerp heeft neergelegd.

[15] Annotatie bij *Strøbeye en Rosenlind* (zie noot 1), randnr. 9.

[16] Inmiddels hebben alle 47 EVRM-staten het VN-Gehandicaptenverdrag ondertekend; alleen Liechtenstein heeft het verdrag nog niet geratificeerd; zie <https://indicators.ohchr.org> (stand van zaken per 18 juni 2021).

[17] Zie resp. art. 12 lid 2 en art. 29 VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.

[18] Zie bijv. *Zsolt Bujdosó and five others (represented by counsel, János Fiala, Disability Rights Center) t. Hongarije*, Communication nr. 4/2011, 9 september 2013, CRPD/C/10/D/4/2011 en zie *General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, CRPD/C/GC/6 (26 april 2018), par. 70.

[19] Dit wordt ook ondersteund door de VN Speciale Rapporteur voor personen met een handicap (zie noot 5).

[20] Zie L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016, par. IX.1.6.7 en IX.1.7.4. Zij laat ook zien dat uit een interview met Nils Muižnieks, de mensenrechtencommissaris onder wiens ambtsperiode de onderhavige zaak aanhangig werd gemaakt, blijkt dat hij de rechten van personen met een handicap tot speerpunt had benoemd.

[21] Zie het totaaloverzicht van interventies op www.coe.int/en/web/commissioner/third-party-interventions. Bijzonder is ook dat het Hof niet alleen de inhoud van deze interventie weergeeft, maar ook de reactie van de partijen daarop; *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 49-51.

[22] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 48.

[23] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 52.

[24] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 53.

[25] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 54 (mijn vertaling, JHG).

[26] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 59 (mijn vertaling, JHG).

[27] Het Hof benadrukt dat ook in zijn uitspraak in *Caamaño Valle* (zie noot 2), onder verwijzing naar een groot aantal precedënten; zie par. 52.

[28] Zie nader, met een aantal voorbeelden, J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 98 e.v.

[29] CDDH, *The place of the European Convention on Human Rights in the European and international legal order*, Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH) adopted at its 92nd meeting (Strasbourg, 26-29 November 2019), par. 267-268.

[30] CDDH 2019 (zie noot 29), par. 288 e.v.

[31] Zie vrij recent *Rooman t. België*, EHRM (GK) 31 januari 2019, nr. 18052/11, ECL:CE:ECHR:2019:0131JUD001805211, par. 192; zie daarnaast General Comment No. 1 van het VN-Gehandicaptencomité, *Article 12: Equal recognition before the law*, 11 april 2014, via www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx.

[32] Vgl. ook CDDH 2019 (zie noot 27), par. 345.

[33] Overigens is nog niet gegeven dat de staten met het geven van hun beperkte uitleg daadwerkelijk in strijd handelen met hun verdragsverplichtingen; in ieder geval heeft Spanje in zijn reactie op de interventie van de VN-Mensenrechtencommissaris geprobeerd te beredeneren dat art. 29 van het VN-Gehandicaptenverdrag niet vereist dat mensen met een handicap allemaal het recht hebben om hun stem uit te brengen, maar alleen dat er voldoende middelen worden verschaft om ervoor te zorgen dat mensen met een beperking hun stem ook daadwerkelijk kunnen uitoefenen; *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 51. Het zal de vraag zijn of zo'n argument standhoudt voor het VN-Gehandicaptencomité, maar het is niet onbegrijpelijk dat het EHRM die beslissing aan dat verdragscomité over wil laten in plaats van hem zelf te nemen.

[34] CDDH 2019 (zie noot 29), par. 338 en 343. De VN Speciale Rapporteur voor Personen met een Handicap (zie noot 5) wijst erop dat dit ten aanzien van mensen met een handicap ook al zichtbaar is, in die zin dat het Europees Comité voor de Sociale Rechten een inclusievere benadering lijkt te hanteren dan het EHRM; daarbij wijst hij op oordeel nr. 141/2017 in *International Federation for Human Rights (FIDH) en Inclusion Europe t. België* (ook te vinden via <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-141-2017-dmerits-en>).

[35] CDDH 2019 (zie noot 29), par. 294 (ten aanzien van de afwijkende aanpak bij de vrijheidsrechten van personen met een geestelijke handicap).

[36] Zie nader J.H. Gerards, 'Artikel 53 EVRM. Waarborging van bestaande rechten van de mens', in J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM – Deel 2*, Den Haag: Sdu 2020, p. 451 e.v. en zie bijv. C. Van de Heyning, 'No place like home: Discretionary Space for the domestic protection of fundamental rights', in: P. Popelier, C. van de Heyning & P. van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 65 e.v. en R.A. Lawson, 'Beyond the Call of Duty? Domestic Courts and the Standards of the European Court of Human Rights', in: H. Snijders & S. Vogenauer (red.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, München: Otto Schmidt/De Gruyter 2009, p. 2 e.v.

[37] Zie hierover ook L.R. Glas, 'The European Court of Human Rights' Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents', 17 *Human Rights Law Review* 2017, p. 97-125, op p. 117, waar zij uitlegt dat de mogelijkheid van eigen, aanvullende nationale bescherming voor het EHRM een reden kan zijn om te kiezen voor een EVRM-specifieke uitleg die afwijkt van wat in andere verdragsinstrumenten van de Raad van Europa wordt voorgeschreven. Zie over de Nederlandse situatie nader de aangehaalde bronnen in randnr. 3 van mijn annotatie bij *Strøbye en Rosenlind* (zie noot 1).

[38] Vgl. J.H. Gerards, 'Article 53 ECHR and minimum protection by the European Court of Human Rights', te verschijnen in *European Convention on Human Rights Law Review* (2022). Wel kan het zijn dat een benadeelde vindt dat ook een gunstiger regeling nog niet toereikend is om de rechten onder art. 3 EP EVRM volwaardig te beschermen; in dat geval zou een klacht wel ontvankelijk kunnen zijn.

[39] *Caamaño Valle* (zie noot 2), dissenting opinion rechter Lemmens, par. 5 e.v. Zie daarnaast J. Goldschmidt, 'The Implementation of the CRPD in the ECHR: Challenges and Opportunities', in: K. Lemmens, S. Parmentier & L. Reyntjens (red.), *Human Rights with a Human Touch. Liber Amicorum Paul Lemmens*, Cambridge: Intersentia 2020, p. 611 e.v.

[40] *Caamaño Valle* (zie noot 2), dissenting opinion rechter Lemmens, par. 7.

[41] Idem.

[42] *Caamaño Valle* (zie noot 2), dissenting opinion rechter Lemmens, par. 9 en 10.

[43] *Caamaño Valle* (zie noot 2), par. 59.

[44] Het EHRM vermijdt hoe dan ook graag het innemen van brede, principiële standpunten; zie daarover al J.H. Gerards, 'Judicial minimalism and "dependency": interpretation of the European Convention in a pluralist Europe', in: M. van Roosmalen e.a. (red.), *Fundamental*

rights and Principles, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 73-92.

[45] De uitspraak die het EHRM over deze materie deed in *Hirst t. het Verenigd Koninkrijk* (nr. 2) leidde tot een zodanig slechte ontvangst in het Verenigd Koninkrijk dat er op zeker moment serieus te nemen stemmen opgingen om het EVRM te verlaten (EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501, EHRC 2005/115 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *NTM/NJCM-Bull.* 2006, p. 234 m.nt. H. Sackers). Later, in *Scoppola*, heeft het EHRM – vermoedelijk mede in reactie hierop – gekozen voor een uitleg van art. 3 EP EVRM die meer ruimte laat voor het uitsluiten van bepaalde groepen gevangenen in het nationale recht (*Scoppola t. Italië* (nr. 3), EHRM (GK) 22 mei 2012, nr. 126/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605, EHRC 2012/154 m.nt. R. de Lange, NJCM-bull. 2012, p. 759 m.nt. H. Broeksteeg, NJ 2013/373 m.nt. B.E.P. Myjer). Zie hierover nader bijv. S. Briant, 'Dialogue, diplomacy and defiance: prisoners' voting rights at home and in Strasbourg', *European Human Rights Law Review* 2011, p. 247-249 en E. Bates, 'Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg', 14 *Human Rights Law Review* 2014, p. 503-540.

[46] Ook dit blijkt uit de *Hirst*-saga; zie de in noot 45 genoemde bronnen.

[47] Zie nader D. Kurnisov, 'Pragmatic Adjudication of Election Cases in the European Court of Human Rights', 32 *European Journal of International Law* 2021 (1), p. 255-279, doi:10.1093/ejil/chabo32. Zie voor een vergelijkbare verklaring Glas 2017 (zie noot 37), p. 118.

[48] *Strøbeye en Rosenlind* (zie noot 1), par. 119.

[49] Zie daarover ook mijn annotatie bij *Strøbeye en Rosenlind* (zie noot 1).

[50] Zie nader onder meer Gerards 2013 (zie noot 45).

ANNOTATIE

**Behar and Gutman v. Bulgaria (ECtHR, no. 29335/13) –
General anti-minority hate speech: speaker versus victims*****J. Montero Regules***

1. On 16 February 2021, the ECtHR delivered two twin judgments developing its case law on hate speech. *Behar and Gutman* and *Budinova*[1] both originated in a collective litigation in the domestic Romanian courts, and concern anti-Semitic and anti-Roma speech by a xenophobic politician. The judgments contribute to the development of the ECtHR's hate speech jurisprudence in cases brought by victims of hate speech, which is thus far underdeveloped compared to jurisprudence in cases brought by hate speakers. Important questions are raised concerning admissibility requirements, gravity thresholds, applicability of Art. 17, and, mostly, overall different and asymmetric treatment of hate speech cases brought by the speaker and by the victims. This case note focuses on *Behar and Gutman*.

2. The applicants are Bulgarian nationals of Jewish ethnic origin. They took politician Mr. Siderov to Court over his extreme messages towards Jewish people. Mr. Siderov, leader of a far-right party, had been using various platforms, such as newspaper articles, books, a TV program hosted by him and election rallies, to campaign against national minorities – or, as the applicants described, to engage in extreme anti-minority propaganda. In civil discrimination proceedings, the applicants argued that a number of public statements made by him had constituted harassment and incitement to discrimination against Jews on the basis of their Jewish ethnicity or religion, and that each of them, as members of the Jewish minority, had been personally affected by those statements. The domestic courts dismissed their claims, prioritizing Siderov's right to freedom of expression. The applicants brought the case before the ECtHR under Art. 8, right to private life, and Art. 14, prohibition of discrimination.

3. The victim status in cases of general anti-minority stereotyping, such as *Behar and Gutman*, has proved difficult to be recognized by the ECtHR. Before the present case, the Court had heard five cases of impersonal hate speech victims[2]. All of them were unsuccessful. In three of them, the applications were declared inadmissible because the complaints amounted to *action popularis*[3]; in *Aksu*, the discriminatory intent or effect of the negative stereotyping and

insults were not deemed to discriminate the applicants; and in *Lewit*, Art. 14 was not invoked.

4. In the present case, the ECtHR avoided the standing issue by shifting the question of admissibility to compatibility *ratione materiae*. The Court relied on the consequences of the domestic courts' decisions: 'the complaint concerns solely the Bulgarian courts' refusal to accord the applicants redress with respect to those statements'[4]. The applicants' victim status vis-à-vis community othering is therefore not explicitly recognized. As Ilieva has stated[5], this non-recognition of victim status in cases brought by the alleged victims of community othering deepens the asymmetry with abusive speakers' cases, where it is settled that abusive speech affects the 'rights of others'.

5. Assessing the admissibility of the case *ratione materiae*, the ECtHR faces the issue of in which instances general anti-minority stereotyping can harm community members and thus trigger application of Art. 8. In previous cases[6], the ECtHR had established that negative stereotyping of ethnic or social groups had to reach a certain level to be decided on the basis of all the circumstances of the case[7]. The stereotyping had to reach a certain level, to be assessed on a case-by-case basis and owing to the circumstances of the case. In *Behar and Gutman*, the Court introduces another requirement for the application of Art. 8 to negative stereotyping of persons pertaining to a minority group: a threshold of severity, derived from *Denisov*[8], must be reached following a set of non-exhaustive criteria: '(a) the characteristics of the group (...), (b) the precise content of the negative statements regarding the group (...), and (c) the form and context in which the statements were made, their reach (...), the position and status of their author, and the extent to which they could be considered to have affected a core aspect of the group's identity and dignity'[9]. With the introduction of this severity threshold requirement, the Court makes it more stringent to appreciate the seriousness of the harm infringed by a public statement to a social or ethnic group, and thus to trigger application of Art. 8.

6. Following these criteria, the threshold of severity is attained in both cases. The ECtHR admits that the statements in question, which were emitted against a vulnerable minority[10], and which were virulently anti-Semitic[11], amounted to extreme negative stereotyping meant to vilify Jews and to stir up prejudice and hatred towards them, exacerbated by the negationist nature of the statements[12]. Their spread and impact are deemed limited, because the two books in which the most virulent statements appeared, did not seem to have been in massive circulation. However, the fact that Mr. Siderov was a prominent politician added strength and notoriety to his statements[13]. The statements are extremely virulent, and clearly reach the threshold level required by the Court through the abovementioned criteria. At the outset, this precedent may reinforce the difficulty of attaining the threshold requirement established by the Court with these new criteria. Would this level of virulence be needed for the activating of

Art. 8 in hate speech victims' cases, their right to dignity may not find effective protection by the ECtHR.

7. After declaring the case admissible, the Court turns to the merits of the case. The issue is framed as a conflict between Art. 8 and Art. 10, between which a proper balance must be struck. Considering the vehemence of the statements, the ECtHR concludes that the domestic courts did not properly weigh the importance of the two rights in the circumstances of the case. More specifically, 'by in effect ascribing considerable weight to Mr Siderov's right to freedom of expression in relation to the statements impugned by the applicants, and by playing down the effect of those statements on the applicants as ethnic Jews living in Bulgaria, the Bulgarian courts failed to carry out the requisite balancing exercise in line with the criteria laid down in the Court's case-law'[14]. The Court thus found a breach of Art. 8 of the Convention in conjunction with Art. 14.

8. In its assessment of the merits, the ECtHR assumed the applicability of Art. 10. It is simply stated that 'the national authorities must, however, also have regard to the rights of the author of the statements under Art. 10 of the convention'[15]. This way, Mr. Siderov's hateful statements fall under the scope of the right to freedom of expression with no further assessment. This contrasts with the detailed examination of the applicability of Art. 8 to the victims, explained above. The asymmetry in this sense is stark: the hate speaker's right to be entitled to protection is presumed, while the victims' rights are tested for admissibility. The Court further states that both rights are in principle entitled to equal respect[16].

9. The absence of assessment of the hate speaker's statements is even more striking considering their anti-Semitic and negationist nature. It is established case-law that anti-Semitic attacks, and especially Holocaust denial, are excluded from the scope of protection of Art. 10. This is done through the application of the abuse of rights clause (Art. 17), either directly ('guillotine effect') or indirectly (as an interpretative tool when analyzing the interference on the right to freedom of expression)[17]. Considering this established jurisprudence, the question arises, first, as to why Mr. Siderov's statements were directly afforded protection under Art. 10, and second, as to whether his statements would qualify for such protection would an assessment have been made.

10. The effect of applying Art. 17 is to negate the exercise of the Convention right, in this case freedom of expression, and thus is only applicable on an exceptional basis and in extreme cases[18]. The decisive point for Art. 17 is 'whether the applicant's statements sought to stir up hatred or violence, and whether by making them (s)he attempted to rely on the Convention to engage in any activity or perform acts aimed at the destruction of the rights and freedoms laid down in it'[19]. Mr. Siderov's statements were 'extreme' and 'meant to vilify and to stir up

prejudice and hatred', as recognized by the ECtHR[20]. Some of the statements made in his book clearly amount to Holocaust denial[21]. The statements are easily comparable to those in cases where the protection of Art. 10 was denied to statements amounting to anti-Semitism and Holocaust denial, either by direct application of Art. 17[22] or by declaring the complaint manifestly ill-founded using Art. 17 as aid in interpreting Art. 10[23]. It is also difficult to classify the statements as 'not prejudicial enough', considering their ECtHR's description as vilifying and stirring up hatred and prejudice. They are therefore excluded from the cluster 'less grave' forms of hate speech where hate speech is deemed as not prejudicial enough and Art. 17 is declared inapplicable[24].

11. The direct affordance of protection to Mr. Siderov's statements under Art. 10 is therefore at odds with the ECtHR's previous case-law on hate speech concerning anti-Semitic and Holocaust denial. *Behar and Gutman* is an outsider case in terms of Art. 17 (in)applicability and lack of examination of the expressive content; and it sets a worrying precedence which stands in the way of an uniform applicability of the abuse of rights clause, which may be specially damaging for victims' cases.

12. The outcome of the ECtHR's assessment of the necessity of the measure against Mr. Siderov is positive for the applicants in particular, and for victims of general hate speech targeting minorities. This is in fact the first time the Court has found violations in a case of general anti-minority hate speech, which is a relevant and positive development. However, several aspects of the judgment may entail negative consequences for minority victims of hate speech if followed and confirmed by future cases. The Court did not take the opportunity to rule on the issue of *locus standi* of victims concerning discrimination of members of a minority community. Victims' right to access justice is still unclear. The criteria for appreciating a severity threshold of victims' stereotyping is systematized, but it remains to be seen to what extent this is a positive development, depending on the ECtHR's application. The unfortunate lack of assessment of the speaker's statements under Art. 10 sets a dangerous precedence at odds with the Court's case-law on anti-Semitic and Holocaust denial cases under Art. 17. This judgment deepens the asymmetry between hate speech cases brought by the speaker under Art. 10 and those brought by the victims under Art. 8 and 14 – the ECtHR should ensure consistency in this matter.

J. Montero Regules

FWO doctoraatsbursaal

Universiteit Hasselt

- [1] *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, ECtHR, 16 February 2021, no. 12567/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001256713.
- [2] *Pirali v. Greece*, ECtHR, 15 November 2007, no. 28542/05 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2007:1115DEC002854205; *L.Z. v. Slovakia*, ECtHR, 27 September 2011, no. 27753/06 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2011:0927DEC002775306; *Aksu v. Turkey*, ECtHR (GC), 15 March 2012, nos. 4149/04 and 41029/04, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD000414904; *Lewit v. Austria*, ECtHR, 10 October 2019, no. 4782/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1010JUD000478218; *Panayotova and Others v. Bulgaria*, ECtHR, 2 July 2009, no. 27636/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0702JUD002763604.
- [3] *Pirali; L.Z.; Panayotova*.
- [4] *Behar and Gutman*, par. 46.
- [5] Margarita S Ilieva, 'Behar and Budinova v. Bulgaria: The Rights of Others in Cases of Othering – Anti-Victim Bias in ECHR Hate Speech Law?' (Strasbourg Observers, 15 April 2021).
- [6] See *Aksu; Perinçek; Lewit*.
- [7] *Behar and Gutman*, par. 65.
- [8] *Denisov v. Ukraine*, ECtHR, 25 September 2018, no. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911.
- [9] *Behar and Gutman*, par. 67.
- [10] *Behar and Gutman*, par. 68.
- [11] *Behar and Gutman*, par. 69.
- [12] *Behar and Gutman*, par. 70.
- [13] *Behar and Gutman*, par. 72.
- [14] *Behar and Gutman*, par. 105.
- [15] *Behar and Gutman*, par. 100.
- [16] *Behar and Gutman*, par. 100.
- [17] See David Keane, 'Attacking Hate Speech under Art. 17 of the European Convention on

Human Rights' (2007) 25 Netherlands Quarterly of Human Rights 641
<https://doi.org/10.1177/016934410702500404>; Hannes Cannie and Dirk Voorhoof, 'The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?' (2011) 29 Netherlands Quarterly of Human Rights 54 <<https://doi.org/10.1177/016934411102900105>>

[18] *Paksas v. Lithuania*, ECtHR (GC), 6 January 2011, no. 34932/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0106JUD003493204. Par. 87.

[19] *Perinçek v. Switzerland*, ECtHR (GC), 15 October 2015, no. 27510/08, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008. Par. 115.

[20] *Behar and Gutman*, par. 71, 104.

[21] See *Behar and Gutman*, par. 10-14.

[22] For example, *Garaudy v. France*, ECtHR, 24 June 2003, no. 65831/01 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2003:0624DEC006583101.

[23] *Gollnisch v. France*, ECtHR, 7 June 2011, no. 48135/08 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2011:0607DEC004813508; *Williamson v. Germany*, ECtHR, 8 January 2019, no. 64496/17 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2019:0108DEC006449617; *Pastörs v. Germany*, ECtHR, 3 October 2019, no. 55225/14, ECLI:CE:ECHR:2019:1003JUD005522514.

[24] See *Lilliendahl v. Iceland*, ECtHR, 12 June 2020, no. 29297/18 (admissibility decision), ECLI:CE:ECHR:2020:0512DEC002929718.

ANNOTATIE

Akdeniz v. Turkey (ECtHR, no. 41139/15) – Academics get the short end of the stick in news reporting judgment

T. McGonagle

1. The European Court of Human Rights' judgment in *Akdeniz and others v. Turkey* is a set-back for its progressive development of three partly overlapping sets of freedom of expression principles: the public's right to know, the right to participate effectively in public debate, and academic freedom. After a brief recap of the facts of the case, each set of principles will, in turn, be analysed in relation to the case.

Facts

2. At the centre of this case was an interim injunction by the Turkish courts banning the dissemination and publication (on any medium) of information on a parliamentary inquiry into allegations of corruption against four former ministers. The blanket ban was challenged by three applicants: two academics and a journalist. At the material time, Yaman Akdeniz was a professor of law at Bilgi University and director of the NGO, *Cyber-Rights.Org*; Kerem Altıparmak was an assistant professor of law and director of the Centre for Human Rights at Ankara University. Both regularly engage in academic and public discussions on freedom of expression issues. Fatma Banu Güven was a well-known journalist, political commentator and tv news presenter. All three applicants requested the Turkish courts to lift the ban, claiming it violated their right to freedom of expression. The Turkish Constitutional Court dismissed their request on the grounds that they were not directly or personally affected by the ban and thus lacked victim status.

3. The European Court of Human Rights subsequently considered the applicants' claims to victim status under Article 34 ('Individual applications') of the European Convention on Human Rights.[1] The Court distinguished between the journalist and the academics, granting victim status to the former but not to the latter. In respect of the journalist, the Court followed its familiar line that the blanket ban, as a form of prior restraint on freedom of expression, merited careful scrutiny. It found that the ban lacked legal basis and that it moreover

prevented Fatma Banu Güven from gathering information she needed in order to perform her journalistic activities and contribute to public debate. It held – unanimously – that her right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, had been violated.

4. By contrast, the Court found that the academic applicants had not demonstrated how the impugned prohibition had affected them directly and thus lacked victim status. The Court declared – by a majority – the academics’ applications inadmissible.

The public’s right to know

5. In its ground-breaking *Sunday Times* judgment in 1979, the Court found that the public has the right to be “properly informed”.^[2] Ever since, this finding has been prominent in the Court’s canon of freedom of expression principles. However, the adverb “properly” has – by accident or design – fallen by the wayside. The Court has only used the adverb on a smattering of occasions since, leaving the staple principle as the right to be informed *tout court*. Despite this cropping of the original principle, a powerful precedent was set and the principle still holds sway today.

6. The public thus has a right to receive information and ideas on matters of public interest and, moreover, the media have the task of imparting such information and ideas.^[3] This presupposes that the media can access information about public affairs, which it is incumbent on them to impart. Indeed, as the Court recalls (referring to its *Dammann* judgment), the preliminary gathering of information is an “inherent” part of the journalistic process.^[4] In other case-law not referenced in the present judgment, the Court has stressed the importance of media and journalists having first-hand access to (sources of) information, e.g. parliamentary proceedings (*Selmani & others*),^[5] interviewees in asylum-seekers centres (*Szurovecz*),^[6] demonstrations and other events (*Pentikäinen*).^[7]

7. There is a clear and legitimate public interest in being informed about a parliamentary inquiry into alleged corruption of former ministers. There is also a clear and legitimate need for such an inquiry to enjoy a degree of confidentiality. It is hard to see how these competing interests were balanced in the ban that covered reporting across *all* media and communications channels. The blanket character of the ban deprived the public, including journalists and academics, of *any* information about the parliamentary inquiry. Tailored restrictions on reporting could have preserved relevant confidentiality around the inquiry and would have been more proportionate from a freedom of expression perspective.

8. That the prohibition on reporting was of limited duration can hardly be considered an attenuating factor from a freedom of expression perspective. Its limited duration should be seen in the light of another key and recurrent observation by the Court, namely that news is a

“perishable commodity”.^[8] A delay in publication – “even for a short period” – can reduce the newsworthiness of a topic and its value for informing public debate.^[9]

9. In this author’s view, the Court was unduly strict in its reluctance to accept that Akdeniz and Altıparmak were victims of a violation of their right to freedom of expression in the sense of Article 34 of the Convention. Article 34 does not envisage the possibility of an *actio popularis* or a challenge to domestic legislation *in abstracto*.^[10] Instead, applicants are required to be able to claim on arguable grounds that they themselves have been direct or indirect victims of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State.

10. In its assessment, the Court drew on its *Tanrikulu and others v. Turkey* decision, in which it had denied victim status to readers of a daily newspaper who claimed their right to receive information was violated as a result of a ban on the distribution of the newspaper pursuant to a regional state of emergency.^[11] This is an inappropriate analogy as it focuses on readers who passively receive information and overlooks the importance of active academic participation in public debate (for further omission which can be attributed to a Contracting State, discussion, see below). If the Court had relied on other analogies, it could have fashioned a less strict approach. Its judgment in *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, for instance, points to the possibility of limiting the class of applicants for the purposes of establishing direct effects, thereby distinguishing it from an *actio popularis*.^[12] It was relevant in *Open Door and Dublin Well Woman* that there was a risk of the applicants being directly prejudiced by the measure complained of. The case concerned an injunction imposed by the Irish courts on Open Door and Dublin Well Woman to restrain them from providing certain information to pregnant women concerning abortion facilities outside the jurisdiction of Ireland by way of non-directive counselling.

The right to participate in public debate

11. In its *Dink v. Turkey* judgment, the Court held that States have a positive obligation “to create a favourable environment for participation in public debate by everyone”.^[13] Everyone means *everyone*: journalists, individuals, NGOs, academics, whistleblowers, citizen journalists, bloggers, users of social media, etc. This principle has been consolidated and further specified in a line of case-law, culminating in *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (hereafter, ‘MHB’).^[14]

12. Along the way, the milestone judgment for recognising citizen journalism was *Cengiz & others v. Turkey*,^[15] interestingly involving two of the named applicants in the present case (Yaman Akdeniz and Kerem Altıparmak) as the “others” alongside the eponymous applicant,

Serkan Cengiz. The case concerned a court order to block access to YouTube for all internet users in Turkey. The Court granted standing to the applicant academics and found that their right to freedom of expression had been violated because as active users of YouTube, they had been particularly affected in their academic work, insofar as they were unable to access certain information or to upload content. It distinguished the earlier *Akdeniz* case^[16] (again, the same Yaman Akdeniz), in which it considered the applicant – as a mere user of two music-streaming websites in Turkey – to be only indirectly affected by the relevant blocking measure. In the present case, the Court seems to roll back the protection for academics’ participation in public debate that it had previously recognised in *Cengiz & others*.

13. This is a puzzling and a problematic development. Following *Dink* and *MHB*, everyone should be able to participate effectively in public debate. It should not matter whether or not they are journalists, as long as they make a purposeful contribution to public debate. In other circumstances, the Court has found that a distinction between journalists and academics was not of particular relevance and reiterated that “the Convention offers a protection to all participants in debates on matters of legitimate public concern”.^[17]

14. Furthermore, in order to participate effectively in public debate, it is necessary for persons or organisations exercising public watchdog functions to be able to access accurate information. After all, “accurate information” is a “tool of their trade”.^[18] In this regard, a “high level of protection” extends to academic researchers.^[19]

Academic freedom

15. An underdeveloped perspective in the present judgment is that of academic freedom, a nascent but somewhat nebulous notion that overlaps extensively with freedom of expression issues. Academic freedom comprises not only teaching and research, but also so-called extra-mural expression, typically expert contributions to public debate.^[20]

16. Academic expertise, channelled through the media and social media, can enhance the quality of public debate. Academics can draw on their expertise to explain, clarify and qualify complex concepts and processes and make them comprehensible for the wider public. As Robert Post, a leading US legal scholar, puts it: “Reliable expert knowledge is necessary not only for intelligent self-governance, but also for the very value of democratic legitimation”.^[21] In the context of public debate, academics should be able to bring their “reliable expert knowledge” to bear on actual situations and processes. To do so effectively, they need to be able to gather relevant information about those situations and processes. If such information is unavailable, academics’ assessments and comments will likely be abstract and acontextual, which diminishes their value for public debate. The ability to access, reflect on and apply

relevant information are successive, integral steps in the process of providing academic commentary, just as they are in journalism.

17. In his partly dissenting opinion, Judge Egidijus Kūris is critical of the absolute character of the prohibition on reporting. He is also very critical of the apparent distinction in principle between two breeds of public watchdog, and would-be differences in their levels of vigilance. Judge Kūris also strikes a personal note by spelling out how restrictive the reporting ban and such a distinction would have been for him prior to his election as a judge of the Court: he was namely a university professor who made regular contributions to public debate, including on topics such as parliamentary inquiries. Judge Kūris' stance is consistent with his strong defence of academic extra-mural speech, developed together with fellow Judges Sajó and Vučinić in their joint concurring opinion in *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*.

18. In the present case, the Court seems to have downplayed the importance of academic contributions to public debate, compared with its position in its *Cengiz & others* and *MHB* judgments. Academics have been given the short end of the stick. It is to be hoped that the importance of academic contributions to public debate will carry greater weight in future case-law.

Prof. dr. Tarlach McGonagle

Leiden Law School and Amsterdam Law School

[1] Article 34 ('Individual applications') reads: "The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. [...]"

[2] *The Sunday Times v. United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, no. 6538/74, § 66, Series A no. 30.

[3] *Ibid.*, § 65.

[4] Paragraph 70, referring to *Dammann v. Switzerland*, 25 April 2006, no. 77551/01, § 52, 25 April 2006.

[5] *Selmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 9 February 2017, no. 67259/14.

[6] *Szurovecz v. Hungary*, 8 October 2019, no. 15428/16.

[7] *Pentikäinen v. Finland* [GC], 20 October 2015, no. 11882/10.

[8] *Observer and Guardian v. United Kingdom*, no. 13585/88, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216.

[9] *Ibid.*

[10] For analysis, see: D. Harris, M. O’Boyle & C. Warbrick e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2018), p. 88.

[11] *Tanrikulu and others v. Turkey* (dec.), 6 November 2001, nos. 40150/98, 40153/98 and 40160/98.

[12] *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, nos. 14234/88, 14235/88, § 44, Series A no. 246-A.

[13] *Dink v. Turkey*, 14 September 2010, nos. 2668/07 and 4 others, § 137.

[14] *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], 8 November 2016, no. 18030/11.

[15] *Cengiz and Others v. Turkey*, nos. 48226/10 and 14027/11, ECHR 2015 (extracts).

[16] *Akdeniz v. Turkey* ((dec.), 11 March 2014, no. 20877/10.

[17] *Braun v. Poland*, 4 November 2014, no. 30162/10, § 47.

[18] *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], 8 November 2016, no. 18030/11, § 167.

[19] *Ibid.*, § 168.

[20] *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*, 27 May 2014, nos. 346/04 and 39779/04, § 40. See also: *Sorguç v. Turkey*, 23 June 2009, no. 17089/03, § 35; *Lombardi Vallauri v. Italy*, 20 October 2009, no. 39128/05, § 43, and *Kula v. Turkey*, 19 June 2018, no. 20233/06, § 38.

[21] Robert C. Post, *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* (New Haven & London, Yale University Press, 2012), pp. 32-33.