

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-03

Nummer 3, 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:2021:0128JUD004332613 28-01-2021

Grozđanić and Gršković|Grozđanić t. Kroatië, EHRM 28 januari 2021, nr. 43326/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0116JUD007331317 26-01-2021

Zličić t. Servië, EHRM 26 januari 2021, nrs. 73313/17 en 20143/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD005491616 21-01-2021

Trivkanović t. Kroatië, EHRM 21 januari 2021, nr. 54916/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD001536714 21-01-2021

Shmorgunov e.a. t. Oekraïne, EHRM 21 januari 2021, nrs. 15367/14 en 13 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308 21-01-2021

Georgië t. Rusland (II), EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516 19-01-2021

Keskin t. Nederland, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516 19-01-2021

X en Y t. Roemenië, EHRM 19 januari 2021, nr. 2145/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD0045431 19-01-2021

Timofeyev en Postupkin t. Rusland, EHRM 19 januari 2021, nrs. 45431/14 en 22769/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD007863811 19-01-2021

Shlykov e.a. t. Rusland, EHRM 19 januari 2021, nr. 78638/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD001406515 19-01-2021

Lăcătuș t. Zwitserland, EHRM 19 januari 2021, nr. 14065/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD002307911 19-01-2021

Aktiva DOO t. Servië, EHRM 19 januari 2021, nr. 23079/11

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:75 28-01-2021

Spetsializirana prokuratura (verklaring van rechten), HvJ EU 28 januari 2021, zaak C-649/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:64 26-01-2021

Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, HvJ EU 26 januari 2021, zaak C-16/19

Annotatie

Pişkin t. Turkije (EHRM, nr. 33399/18) – Omvang van rechterlijke toetsing van een ontslagbesluit in het licht van art. 6 EVRM

D.M.A. Bij de Vaate

Annotatie

Veselibas ministrija (HvJ EU, zaak C-243/19) – Grondrechtenbescherming ondergesneeuwd in EU-zorgzaken?

M. Beijer en J.W. van de Gronden

Annotatie

Georgië t. Rusland (II) (EHRM, nr. 38263/08) – Toepasselijkheid van het EVRM tijdens extraterritoriale interstatelijke conflicten

M. Zwanenburg en F. Tan

Annotatie

Selahattin Demirtaş t. Turkije (nr. 2) (EHRM (GK), nr. 14305/17) – Parlementaire immuniteit en parlementair mandaat

J.L.W. Broeksteeg

Annotatie

Sabalić t. Kroatië (EHRM, nr. 50231/13) – Geweld tegen LHBTI's, positieve verplichting staten, rechterlijke vragen bij procedure Straatsburg

C.M.S. Loven

Annotatie

Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (HvJ EU, zaak C-336/19) – Hof

van Justitie velt mijlpaalarrest voor dierenwelzijn

E. Verniers

Annotatie

B. t. Zwitserland (EHRM, nr. 78630/12) – Zwitserland afgestraft voor trage afrekening met traditionele taakverdeling binnen het gezin

P. Foubert

Annotatie

Keskin t. Nederland (EHRM, nr. 2205/16) – De rechterlijke beoordeling van verzoeken om getuigen à charge ter zitting te horen

D.A.G. van Toor

RECHTSPRAAK

Aktiva DOO t. Servië, EHRM 19 januari 2021, nr. 23079/11

Eigendomsrecht. Een onderneming heeft legaal een partij staal geïmporteerd en opgeslagen in pakhuizen, maar daarbij geen volledig correcte boekhouding gevoerd. Daarom besluit de staat de gehele partij staal in beslag te nemen; later verkoopt de staat de partij door aan een derde. Het EHRM overweegt dat een dergelijke handelwijze disproportioneel is, zeker nu het doel van het bevorderen van een correcte boekhouding ook op een andere manier kan worden bereikt. Strijd met art. 1 EP EVRM.

Klager is een onderneming die in 2004 legaal een hoeveelheid staal heeft geïmporteerd en heeft opgeslagen in pakhuizen die aan andere ondernemingen toebehoorden. In 2005 werden de pakhuizen geïnspecteerd en daarbij bleek dat niet op een correcte manier registratie was bijgehouden van de goederen. Daarom werd de partij staal in beslag genomen; daartegen heeft klager zonder succes geprocedeerd. Later heeft de staat de partij doorverkocht aan een derde. Vanwege de fouten in de boekhouding werd een strafrechtelijke procedure tegen klager aangespannen, maar deze is uiteindelijk vervallen omdat de verjaringstermijn was verstreken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de inbeslagname en de doorverkoop van de partij staal in strijd komen met het in art. 1 EP EVRM vastgelegde eigendomsrecht. Het Hof spreekt aarzelingen uit over de vraag of de handelwijze van de staat conform nationale wetgeving was en of deze een legitiem doel nastreefde, maar besluit die vragen niet definitief te beantwoorden gelet op zijn oordeel over de proportionaliteit van de maatregelen. Daarover overweegt het Hof dat in dit geval de inbeslagname en doorverkoop volgde op een bescheiden overtreding, waarbij het vooral van belang acht dat – anders dan in soortgelijke eerdere zaken het geval was – de eigenlijke import van de partij staal legaal was. Duidelijk is volgens het Hof ook dat niet is gekeken of de staat het gestelde doel (namelijk het bevorderen van een correcte boekhouding) ook met andere, minder belastende maatregelen had kunnen worden nagestreefd. Evenmin is gebleken dat er bijvoorbeeld een doel van compensatie voor geleden materiële schade werd gediend met de maatregelen. In die omstandigheden acht het Hof de

inbeslagname in strijd met art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD002307911

Zaaknummer: 23079/11

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Georgië t. Rusland (II), EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08

Interstatelijke zaken EHRM. Na een gewapend conflict in het grensgebied tussen Georgië en Rusland in 2008 is een staakt-het-vuren getekend. Het duurde daarna twee maanden tot Rusland zich had teruggetrokken. Volgens Georgië heeft Rusland daarbij talrijke schendingen van het EVRM begaan. Het EHRM oordeelt dat Rusland effectieve rechtsmacht uitoefende in de grensstreek. Door onvoldoende in te grijpen bij systematische plunderingen, mishandelingen en executies heeft het verschillende EVRM-bepalingen geschonden. Ook zijn krijgsgevangenen gefolterd en zijn er schendingen geweest van het recht op vrijheid en de bewegingsvrijheid.

In augustus 2008 vond er tussen Georgië en Rusland een gewapend conflict plaats dat zich afspeelde in de regio's Zuid-Ossetië en Abchazië. Nadat Georgische troepen een artillerie-aanval hadden uitgevoerd in deze regio, vielen op 8 augustus Russische grondgroepen Georgië binnen via Zuid-Ossetië en Abchazië, waarna ze ook delen van Georgië binnenkwamen die onbetwist tot het Georgische grondgebied behoren (de 'bufferzone'). Op 12 augustus 2008 werd na bemiddeling door de EU een staakt-het-vuren getekend, maar de Russische militairen pasten het bereikte akkoord met vertraging toe; daardoor was er een nieuw akkoord nodig om het staakt-het-vuren te implementeren, dat op 8 september 2008 werd ondertekend. De terugtrekking van de Russische troepen werd op 10 oktober 2008 voltooid; voor één dorp gebeurde dat later, namelijk op 18 oktober 2010.

Voor het EHRM heeft de Georgische regering gesteld dat Rusland gedurende het gewapende conflict en na het staakt-het-vuren een groot aantal EVRM-schendingen heeft begaan die moeten worden gezien als een administratieve praktijk. Het EHRM wijst erop dat de Grote Kamer zich al eerder heeft gebogen op de ontvankelijkheid van de kwestie en op de feitenvaststelling; daarop kan het zich nu dan ook baseren.

Het Hof maakt in zijn oordeel over de kwestie onderscheid tussen de periode waarin actieve gevechten plaatsvonden, en de periode na de ondertekening van het staakt-het-vuren.

Voor de eerste periode, die liep van 8-12 augustus 2008, benadrukt het ten aanzien van de rechtsmachtkwestie in het licht van art. 1 EVRM dat het in dit geval ging om een gewapend conflict waarbij actief werd gevochten tussen vijandige strijdkrachten, met als doel om het gezag over een bepaald stuk grondgebied te verkrijgen. In een dergelijke chaotische situatie kan niet worden gesproken over het uitoefenen van ‘effectief gezag’ over het grondgebied of het uitoefenen van statelijk, soeverein territoriaal gezag. Dit betekent tegelijkertijd niet dat de staten in een juridisch vacuüm opereren; het is in ieder geval nodig dat ze in deze omstandigheden handelen in overeenstemming met de gedetailleerde regels van internationaal humanitair recht. Het deel van de klacht dat op deze periode ziet, verklaart het Hof niettemin niet-ontvankelijk omdat er geen uitoefening van rechtsmacht door Rusland was in de zin van art. 1 EVRM (elf stemmen tegen zes).

Voor de periode na het ondertekenen van het staakt-het-vuren op 12 augustus tot 10 oktober 2008 neemt het Hof aan dat Rusland effectief gezag uitoefende over de regio's Zuid-Ossetië en Abchazië en de in het akkoord afgesproken bufferzone; pas op die laatste datum hadden immers alle Russische troepen de regio's verlaten. De sterke Russische aanwezigheid en de afhankelijkheid van de autoriteiten in Zuid-Ossetië en Abchazië van Rusland maakt dat het Hof aanneemt dat Rusland feitelijk rechtsmacht uitoefende in de regio's in de zin van art. 1 EVRM. Voor zover de klachten op deze periode betrekking hebben, verklaart het Hof ze dan ook ontvankelijk (zestien stemmen tegen één).

Ten aanzien van de diverse klachten wijst het Hof er allereerst op dat er veel bewijs bestaat dat er in Zuid-Ossetië en de bufferzone systematisch werd geplunderd en huizen werden platgebrand; daarbij zijn veel inwoners, vooral ook Georgische staatsburgers, mishandeld en standrechtelijk geëxecuteerd. Het Hof wijst er daarbij op dat om te kunnen spreken van een ‘administratieve praktijk’ in de zin van art. 33 EVRM een situatie moet worden aangetoond waarbij met het EVRM strijdige handelingen herhaaldelijk plaatsvinden (‘repetition of acts’) en er sprake is van officiële tolerantie (‘official tolerance’) van die handelingen. Het Hof merkt op dat het bewijsmateriaal laat zien dat Russische troepen vaak passief aanwezig waren tijdens de plunderingen en veel te weinig hebben gedaan om de bevolking te beschermen en de vrede te bewaken. Daarnaast zijn er geen effectieve onderzoeken uitgevoerd. Dit moet worden aangemerkt als ‘officiële tolerantie’ van de situatie. Dit betekent dat het doden van burgers en het plunderen en in brand steken van de woningen als een administratieve praktijk van schending van art. 2, 3, 8 EVRM en art. 1 EP moet worden aangemerkt, waarvoor Rusland verantwoordelijk moet worden gehouden (zestien stemmen tegen één).

Niet betwist is dat 160 Georgische staatsburgers tussen 10 en ongeveer 27 augustus zijn vastgehouden in de kelder van het ‘ministerie van binnenlandse zaken van Zuid-Ossetië’. Uit getuigenverklaringen kan volgens het Hof genoegzaam worden afgeleid dat ze daar in zeer slechte omstandigheden hebben verbleven en dat ze aan vernederende behandeling zijn blootgesteld. Ook hier kan worden gesproken van een administratieve praktijk waarvoor Rusland onder art. 3 EVRM verantwoordelijk moet worden gehouden. Bovendien was er volgens het Hof geen redelijke grond voor detentie, in strijd met art. 5 EVRM (unaniem).

Het Hof merkt verder op dat er in de verschillende beschikbare bronnen aanwijzingen zijn te vinden van mishandeling en foltering van Georgische krijgsgevangenen door de Zuid-Ossetische strijdkrachten. Nu de krijgsgevangenen zich binnen de rechtsmacht van Rusland bevonden, moet worden aangenomen dat Rusland ook verantwoordelijk was voor het optreden van de Zuid-Ossetische militairen. Dit optreden is volgens het Hof zodanig geweest dat het als foltering moet worden gekwalificeerd. Het benadrukt dat dit een bijzonder ernstige situatie is, nu krijgsgevangenen een bijzondere, beschermde status hebben op grond van internationaal humanitair recht.

Verder is geklaagd dat sprake is geweest van beperkingen van de bewegingsvrijheid van veel gevluchte etnische Georgiërs door de Zuid-Ossetische en Abchazische autoriteiten. Zij weigerden namelijk om veel van deze mensen terug te laten keren naar hun woningen. Hoewel er nog werd onderhandeld over een akkoord op dit punt, is het Hof van oordeel dat zowel deze autoriteiten als Rusland op grond van het EVRM verplicht waren geweest om de Georgische burgers naar hun eigen woningen terug te laten keren. Er was in dit geval dan ook een administratieve praktijk in strijd met art. 2 P4 EVRM (zestien stemmen tegen één).

Ten aanzien van de klachten over de beperkingen van de vrijheid van onderwijs (art. 2 EP EVRM) concludeert het Hof dat het te weinig bewijsmateriaal tot zijn beschikking heeft om een schending van die bepaling vast te stellen (unaniem).

Wel is het Hof van oordeel dat Rusland verplicht was geweest om een effectief onderzoek uit te voeren naar de gebeurtenissen na beëindiging van de gewelddadigheden, in het bijzonder het systematisch doden van burgers. Weliswaar heeft er enig onderzoek plaatsgevonden, maar dat onderzoek was duidelijk ontoereikend in het licht van de eisen van art. 2 EVRM (zestien stemmen tegen één).

Tot slot overweegt het Hof onder art. 38 EVRM dat de Russische regering heeft geweigerd een aantal documenten te overleggen, waaronder ‘combat reports’, omdat het zou gaan om staatsgeheime informatie. Het Hof benadrukt echter dat het speciale voorzieningen heeft getroffen waardoor de vertrouwelijkheid van de documenten kon worden gehonoreerd, terwijl

het Hof er toch kennis van had kunnen nemen. Nu daarvan geen gebruik is gemaakt, oordeelt het Hof dat de regering tekort is geschoten in zijn verplichting om het Hof alle noodzakelijke middelen te verschaffen om de feiten te kunnen vaststellen, in strijd met art. 38 EVRM (zestien stemmen tegen één).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308

Zaaknummer: 38263/08

Wetsartikelen: EVRM art. 1, EVRM art. 2, EVRM art. 3, EVRM art. 5, EVRM art. 8, EVRM art. 13, EVRM art. 33, EVRM art. 38, EVRM Eerste Protocol art. 1, EVRM Eerste Protocol art. 2 en EVRM Vierde Protocol art. 2

RECHTSPRAAK

**Grozdanić and Gršković|Grozdanić t. Kroatië, EHRM 28
januari 2021, nr. 43326/13**

Eigendomsrecht. Een echtpaar had een sociale-huurflat overgekocht van de lokale autoriteiten, maar de koop werd vernietigd nadat was gebleken dat zij niet voldeden aan de daarvoor gestelde voorwaarden. Die voorwaarden waren volgens het EHRM voorzienbaar en duidelijk geweest. Nu het echtpaar nog een andere woning had en het aankoopbedrag terugkreeg, was er bovendien geen individuele en excessieve last, dus art. 1 EP EVRM is niet geschonden. De klacht over art. 6 EVRM mist voldoende belang om inhoudelijk te worden behandeld en is niet-ontvankelijk in het licht van art. 35 lid 3 (b) EVRM.

In 1983 kreeg de echtgenoot van klagster een speciale huurovereenkomst ('specially protected tenancy') voor een sociale-huurflat in Osijek. Vervolgens verhuisde het echtpaar naar een andere stad, waar zij tot 1996 woonden en werkten. Door een aantal wetswijzigingen kwam het echtpaar in aanmerking voor het kopen van de sociale-huurflat, hetgeen zij deden in 2002; in 2003 werden zij geregistreerd als eigenaars van de flat. Vervolgens heeft de staat echter verzocht om doorhaling van deze registratie, nu de koopovereenkomst niet geldig tot stand was gekomen; daarvoor had het echtpaar te lang in een andere gemeente gewoond. Hierover heeft het echtpaar geprocedeerd, maar zonder succes. Wel werd het aankoopbedrag teruggegeven aan de klagers.

Voor het EHRM heeft het echtpaar gesteld dat de vernietiging van de koopovereenkomst in strijd is met het door art. 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht. Nu de koop volledig tot stand is gekomen overweegt het Hof dat art. 1 EP inderdaad van toepassing is. Dat deze ongedaan werd gemaakt, acht het Hof voldoende in overeenstemming met de nationale wetgeving en rechtspraak. Die was bovendien voor klagers niet onvoorzienbaar, nu de wetgeving al een tijdlang was aangepast toen klagers de flat kochten. Ook hadden zij kunnen

weten dat in hun geval er geen geldige koopovereenkomst tot stand kon komen doordat zij al te lang op een andere locatie woonden. Het Hof acht de vernietiging evenmin disproportioneel, nu het echtpaar ook nog een woning in de andere stad had en de aankoopprijs bovendien is terugbetaald. Daardoor was er geen excessieve last en was de eigendomsbeperking niet in strijd met art. 1 EP EVRM.

Voor het EHRM hebben klagers verder gesteld dat de nationale Hoge Raad in hun zaak ten onrechte hun beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat er onvoldoende financieel belang zou zijn. Het Hof besluit te onderzoeken of er voldoende belang in deze klacht schuilgaat of dat deze kan worden afgewezen op grond van art. 35 lid 3 (b) EVRM. Daarbij overweegt het dat het beroep op nationaal niveau duidelijk geen enkele kans van slagen had gehad. Het Hof heeft al tal van vergelijkbare zaken beoordeeld, zodat er geen mensenrechtenbelang gediend zou zijn met de behandeling ervan. Bovendien is de zaak op nationaal niveau wel in twee feitelijke instanties en later ook nog door het constitutionele hof bekeken, zodat er duidelijk voldoende rechtsbescherming is geboden in de zin van art. 35 lid 3 (b) EVRM. Gelet op die overwegingen verklaart het Hof de klacht niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 28-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0128JUD004332613

Zaaknummer: 43326/13

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1, EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 35 lid 3(b)

RECHTSPRAAK

Lăcătuș t. Zwitserland, EHRM 19 januari 2021, nr. 14065/15

Respect voor het privéleven. In Zwitserland is het verboden om te bedelen in de openbare ruimte, op straffe van een boete die kan worden omgezet in een vrijheidsstraf. De menselijke waardigheid wordt volgens het EHRM geraakt als iemand niet in staat is om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien en moet bedelen om het hoofd te kunnen bieden aan een verder extreem precaire situatie. Gelet op dit zwaarwegende belang acht het Hof een volledig bedelverbod disproportioneel aan het doel van bescherming van openbare orde en veiligheid. Strijd met art. 8 EVRM.

Klaagster is een Roemeense van Roma-afkomst, zonder inkomen of sociale ondersteuning. In 2011 begon zij daarom te bedelen in Geneve. Daarop werd zij op 22 juli 2011 beboet, nu bedelen in openbare ruimtes in Zwitserland volledig is verboden. Het bedrag dat zij op dat moment bij zich had (ruim 15 euro) werd in beslag genomen. In de loop van de tijd kreeg klagster nog acht vergelijkbare boetes opgelegd, waarbij een aantal daarvan werden omgezet in kortdurende bewaring gedurende een dag. Toen zij in 2014 wederom een boete kreeg, die dat keer kon worden vervangen door een vrijheidsstraf van vijf dagen en die gepaard ging met het inbeslagnemen van het bedrag dat ze bij zich had, stelde ze beroep in bij de rechter, maar zonder resultaat.

Voor het EHRM heeft klagster aangevoerd dat het bestraffen van bedelen in strijd is met het recht op respect voor haar privéleven, haar vrijheid van meningsuiting en het discriminatieverbod. Het EHRM merkt allereerst op dat dit de eerste keer is dat het wordt gevraagd zich uit te spreken over een bedelverbod, en dat het daarom noodzakelijk is om te bezien of bedelen binnen het toepassingsbereik kan worden gebracht van art. 8 EVRM. Het benadrukt dat die vraag moet worden beantwoord in het licht van het belang van de notie van menselijke waardigheid, die aan het EVRM als geheel ten grondslag ligt. Op de menselijke waardigheid wordt ernstig inbreuk gemaakt als iemand niet in staat is om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien. Bedelen kan daarbij worden gezien als een poging om het hoofd

te bieden aan een verder onmenselijke en precare situatie. Of art. 8 EVRM op het spel staat bij iemand die bedelt is daarbij wel afhankelijk van de omstandigheden van het geval, met name de sociale en economische realiteit waarmee die persoon zich geconfronteerd weet. In het onderhavige geval ging het om een zeer arm, analfabeet en werkloos iemand, die ook niet in aanmerking kwam voor sociale steun en die ook niet werd ondersteund door een derde. Het bedelen was voor haar een belangrijke manier om toch een inkomen te verwerven. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat art. 8 EVRM van toepassing is. Het verbod van bedelen, zoals dat in het geval van klaagster een aantal keer is afgedwongen door het opleggen van boetes en vrijheidsstraffen, maakt op dit recht duidelijk inbreuk.

De Zwitserse regering heeft aangevoerd dat het bedelverbod is bedoeld om de openbare orde en de rust en veiligheid in de publieke sfeer te beschermen. Daarbij speelt volgens de regering mee dat veel bedelaars vasthoudend en intimiderend zijn naar voorbijgangers en dat ze vooral veel aanwezig zijn in de buurt van bijvoorbeeld ingangen van supermarkten, stations of andere publieke gebouwen. Het Hof sluit niet uit dat sommige vormen van bedelarij inderdaad agressief kunnen zijn. Daarnaast acht het Hof het legitiem dat de regering beoogt met het verbod de uitbuiting van kinderen tegen te gaan.

Ondanks deze op zichzelf legitieme doelstellingen is het nog wel de vraag of een verbod van bedelarij, dat strafrechtelijk wordt gehandhaafd, proportioneel is. Het Hof wijst er daarbij op dat het in dit geval gaat om een volledig verbod en daarmee om een algemene en radicale maatregel. Het is niet mogelijk om in het individuele geval een afweging te maken waarbij onder andere rekening kan worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van een bedelaar en de al dan niet agressieve aard van diens gedrag. De inbreuk die gemaakt wordt op de individuele rechten is daarmee zwaar, hetgeen een belangrijke reden is om de *margin of appreciation* van de staat te beperken. Het Hof merkt daarnaast op dat uit een vergelijkende studie die het heeft laten maken blijkt dat in veruit de meeste andere staten ofwel geen verbod op bedelarij bestaat, ofwel een verbod dat meer gedifferentieerd en minder vergaand is, bijvoorbeeld doordat alleen agressieve vormen van bedelen worden verboden. Hoewel dit overzicht laat zien dat er geen consensus is binnen de lidstaten van de Raad van Europa over de precieze manier waarop bedelarij kan worden gereguleerd, blijkt hieruit een zekere tendens tot het beperken van de reikwijdte en strekking van een bedelarijverbod. Ook om die reden acht het Hof de *margin of appreciation* van de staat in dit geval beperkt.

In het kader van de proportionaliteitsbeoordeling wijst het Hof er opnieuw op dat klaagster zich in zeer kwetsbare omstandigheden bevond en bedelde om te kunnen overleven. De daarbij opgelegde sancties waren aanzienlijk, zeker waar de boete werd omgezet in een vrijheidsstraf. De consequentie was daardoor dat klaagster bijna onvermijdelijk en automatisch te maken kreeg met een vrijheidsstraf, zonder dat haar precare en kwetsbare

situatie in acht werd genomen. De vraag is of daarvoor zwaarwegende redenen bestaan. Daarbij neemt het Hof in aanmerking dat de aangevoerde reden om te beschermen tegen uitbuiting niet heel sterk is, nu ook GRETA heeft aangenomen dat een bedelverbod slachtoffers van mensenhandel of uitbuiting alleen nog maar in een nog kwetsbaarder positie dwingt. Daarnaast heeft ook de VN Speciale rapporteur voor extreme armoede en mensenrechten aangegeven dat het motief om armoede minder zichtbaar te maken op straat vanuit mensenrechtenperspectief niet legitiem is. Verder blijkt uit het vergelijkende overzicht dat een volledig verbod ook niet nodig is om de gestelde doelen te bereiken, zodat de zware Zwitserse maatregel ook niet voldoet aan het subsidiariteitsvereiste. Dit brengt het Hof tot de conclusie dat art. 8 EVRM is geschonden. Met vijf stemmen tegen twee oordeelt het verder dat het – in het licht van die conclusie – niet meer nodig is om nog in te gaan op de klachten over art. 10 en 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD001406515

Zaaknummer: 14065/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Shlykov e.a. t. Rusland, EHRM 19 januari 2021, nr. 78638/11

Onmenselijke en vernederende behandeling. Een gevangenispraktijk waarbij levenslang gestraften systematisch handboeien moeten dragen zodra zij buiten hun cel komen (ook om zich te wassen of hun advocaat te spreken) kan een vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM vormen. Dit geldt zeker wanneer zo'n regime automatisch wordt opgelegd, zonder te beoordelen of het gebruik van handboeien proportioneel is aan een te bestrijden veiligheidsrisico. Het is volgens het Hof nu aan Rusland om deze praktijk te veranderen, niet alleen voor de klagers in deze zaak, maar ook in bredere zin.

Klagers zijn vanwege verschillende misdrijven veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. Ook hebben zij tijd doorgebracht in strafkolonies en huizen van bewaring. Daarbij werden zij stelselmatig geboeid aan de handen zodra ze hun cel verlieten, omdat ze geweldsmisdrijven hadden gepleegd en daarom als gevaarlijk werden aangemerkt. De handboeien moesten daarbij bij alle handelingen en gebeurtenissen omblijven, bijvoorbeeld ook bij het wassen en bij contact met hun advocaat.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat deze praktijk in strijd is met art. 3 EVRM. Het EHRM overweegt dat normaal gesproken het gebruik van handboeien geen inbreuk maakt op art. 3 EVRM, maar dat dit anders kan zijn als het gaat om een systematische praktijk. In het onderhavige geval is daarvan sprake, nu klagers gedurende vele jaren en voor langere perioden geboeid waren. Dit kon impact hebben op hun zelfwaardering en kan daardoor als potentieel 'vernederend' worden beschouwd. Bovendien was er geen wettelijke grondslag voor de praktijk, noch een periodieke herbeoordeling van het opgelegde regime; daardoor was niet duidelijk op welke gronden de autoriteiten deze maatregel konden opleggen. Ook is niet gebleken dat het opleggen van de maatregel gepaard ging met een deugdelijke beoordeling van het veiligheidsrisico van de betrokkene. Ook al zijn mensen dan levenslang gestraft, het gebruik van handboeien moet steeds proportioneel zijn aan de bestrijding van een bepaald risico. Het automatisme waarmee klagers werden geboeid maakt dan ook dat de situatie in

strijd is met art. 3 EVRM.

Het Hof stelt daarnaast een schending vast van art. 6 lid 1 EVRM omdat in twee gevallen klagers niet aanwezig konden zijn bij de zitting in hun procedure over de handboeien.

Op grond van art. 46 EVRM benadrukt het Hof dat het aan Rusland is om de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de rechten van betrokkenen en anderen in een vergelijkbare situatie worden gerespecteerd. Dat betekent dat de uitspraak effecten zal hebben die uitstijgen boven het concrete geval.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD007863811

Zaaknummer: 78638/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

Shmorgunov e.a. t. Oekraïne, EHRM 21 januari 2021, nrs. 15367/14 en 13 andere

Onmenselijke en vernederende behandeling. In een reeks van vijf zaken spreekt het EHRM zich uit over het gebruik van geweld om de protesten op het Maidanplein neer te slaan in 2013 en 2014; daar verzamelden zich toen tussen 100.000-800.000 mensen om te demonstreren tegen de regering. Het EHRM oordeelt dat het gebruikte, zeer ernstige geweld en de reeks van verrichte arrestaties onderdeel uitmaakten van een doelbewuste strategie van de regering om de protesten te onderdrukken. Daardoor zijn art. 3, 5 en 11 EVRM evident geschonden.

De zaak van klagers maakt onderdeel uit van een reeks van vijf zaken aangespannen door mensen die aanwezig waren of een rol speelden in de protesten op het Maidanplein tussen november 2013 en februari 2014. Deze protesten richtten zich destijds op het schorsen van de onderhandelingen over een Oekraïens-EU-associatieverdrag en hebben uiteindelijk geleid tot het afzetten van de president van Oekraïne en een reeks van politieke en constitutionele veranderingen. Aanvankelijk protesteerden zo'n 100.000 mensen op het plein, later waren er 800.000 deelnemers aan de demonstraties. Ook werden elders in Oekraïne protesten georganiseerd; een aantal van de zaken had ook daarop betrekking. Ordehandhavingstroepen traden hard op tegen de demonstranten om ze uiteen te jagen; mogelijk zijn daarbij meer dan 100 doden gevallen en duizenden mensen raakten gewond.

In de onderhavige zaak gaat het over een aantal demonstranten op het Maidanplein die op 30 november (zwaar)gewond zijn geraakt als gevolg van gebruik van geweld door politiemensen en die vervolgens ook zijn opgepakt en gedetineerd. Naar aanleiding van de situatie zijn verschillende onderzoeken geopend, waarbij ook verschillende mogelijk verantwoordelijke politiemensen en klagers zelf zijn ondervraagd. Als gevolg van strafklachten van twee van de klagers in deze zaak is een politieman veroordeeld. In de vier andere gevallen ging het om klagers die eveneens gewond zijn geraakt en/of zijn vastgezet in verband met hun deelname

aan protesten op andere data of andere locaties.

Gelet op de levensbedreigende aard van de opgelopen verwondingen behandelt het Hof een van de klachten in de vijf zaken op grond van art. 2 EVRM; de andere klachten behandelt het onder art. 3 EVRM. De daarbij toegepaste standaarden zijn vergelijkbaar. Gebruikmakend van onder meer onderzoeksmateriaal dat ook naar voren is gekomen uit internationaal onderzoek dat naar de toedracht is ingesteld, onder meer bij het Internationaal Strafhof, komt het Hof tot de conclusie dat de klagers zodanig leed is toegebracht dat art. 3 EVRM van toepassing is; in een aantal gevallen was het leed zelfs zodanig dat gesproken kon worden van foltering. Ook was in een geval de medische zorg in detentie zodanig slecht dat art. 3 EVRM inhoudelijk was geraakt. Het Hof merkt verder op dat bij het gebruikte geweld sprake is geweest van het doelbewust gebruiken van zwaar geweld om ervoor te zorgen dat de demonstraties zouden ophouden.

Het Hof komt daarnaast tot de conclusie dat de procedurele positieve verplichtingen onder de genoemde bepalingen zijn geschonden. Weliswaar is er meteen een onderzoek ingesteld en is daarin ook meteen een aantal hoge gezagsdragers betrokken, maar het onderzoek heeft toch onvoldoende kunnen leiden tot het vaststellen van verantwoordelijkheid voor het aangedane leed. Het onderzoek is weliswaar iets verbeterd nadat er een nieuwe regering in het zadel is gekomen, maar ook sinds dat moment is het onderzoek traag verlopen en heeft het niet aan de eisen van art. 3 EVRM voldaan.

Het Hof onderzoekt vervolgens of de gevallen waarin klagers zijn opgepakt en tijdelijk in bewaring zijn gehouden in overeenstemming zijn met art. 5 lid 1 EVRM. Daarbij constateert het in een aantal gevallen dat er geen redelijke verdenking was waarop de detentie kon worden gebaseerd. In andere gevallen waren er geen processen-verbaal opgemaakt of waren die in gelijkkluidende, algemene termen geformuleerd. Ook hier is het Hof van oordeel dat de detenties onderdeel vormden van een bewuste strategie van de overheid om de protesten te onderdrukken. Een wettelijke basis was hiervoor in ieder geval niet aanwezig, hetgeen in strijd is met art. 5 lid 1 EVRM.

Het Hof gaat verder in op de vraag of de demonstratievrijheid door het ingrijpen is aangetast. Daarbij overweegt het dat de demonstraties overwegend vreedzaam verliepen. Dat er af en toe een klein relletje ontstond kan daaraan geen afbreuk doen, en kan de wel vreedzaam demonstrerende deelnemers in ieder geval niet worden aangerekend. Bij het Hof is ook niet gebleken dat de klagers wel gewelddadige intenties zouden hebben gehad of dat zij zich sterk verzetten tegen de politie. Gelet op het feit dat het onder art. 3 EVRM al een schending heeft vastgesteld en heeft geoordeeld dat het gehanteerde geweld disproportioneel was en onderdeel vormde van een bewuste strategie om de protesten te onderdrukken, kan het die

conclusie ook nu bereiken. Ook art. 11 EVRM is dan ook geschonden.

Het Hof merkt ten slotte nogmaals op dat het niet alleen in de onderhavige zaak een oordeel heeft geveld, maar ook in vier aanverwante zaken. Het overweegt dat het een reeks van schendingen heeft gevonden van ernstige geweldpleging tegen demonstranten, waarbij geldt dat zijn uitspraken in deze reeks van zaken wijzen op een doelbewuste strategie aan de kant van de overheid om de – aanvankelijk vreedzame – protesten te verhinderen en neer te slaan, waarbij al snel de toevlucht werd genomen tot excessief geweld met escalatie daarvan als resultaat.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD001536714

Zaaknummer: 15367/14 e.a.

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 5 lid 1 en lid 3 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

**Spetsializirana prokuratura (verklaring van rechten), HvJ
EU 28 januari 2021, zaak C-649/19**

Strafrechtelijke samenwerking EU. Uit de enkele omstandigheid dat de persoon tegen wie een Europees Arrestatiebevel is uitgevaardigd met het oog op strafvervolgning, pas in kennis wordt gesteld van de rechtsmiddelen die in de uitvaardigende lidstaat openstaan en pas toegang krijgt tot de stukken van het dossier na zijn overlevering aan de bevoegde autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat, kan niet worden afgeleid dat het recht op effectieve rechterlijke bescherming is geschonden. Op dit punt is dan ook niet gebleken dat het EAB-kaderbesluit art. 6 en 47 Hv zou aantasten.

De Spetsializirana prokuratura (bijzonder openbaar ministerie, Bulgarije) is een strafprocedure gestart tegen IR, die wordt aangeklaagd wegens deelneming aan een criminele organisatie die tot doel had fiscale delicten te plegen. IR heeft in de voorbereidende fase van de tegen hem ingeleide strafprocedure, in de loop waarvan hij een beroep heeft gedaan op twee door hem aangewezen advocaten, alleen informatie ontvangen over een aantal van zijn rechten als beklaagde. De verwijzende rechter heeft later aan IR een maatregel van voorlopige hechtenis opgelegd, die gelijkstaat aan een nationaal aanhoudingsbevel, maar IR had zijn woonplaats verlaten en was niet op te sporen. Op 25 mei 2017 is een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd tegen IR. De nationale rechter vraagt zich nu af hoe hij moet omgaan met de verplichting om de betrokkene in kennis te stellen van rechten waarop hij naar Bulgaars en/of EU-recht aanspraak kan maken.

Het HvJ merkt op dat zodra iemand wordt overgeleverd aan de uitvaardigende staat op basis van een EAB, deze persoon de hoedanigheid van 'beklaagde' krijgt in de zin van richtlijn 2012/13 en de aan die richtlijn verbonden rechten geniet waardoor hij zijn verdediging kan voorbereiden. Die rechten gelden dus niet voor personen die zijn aangehouden met het oog op de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel.

In de tweede plaats gaat het HvJ EU in op de vraag of op dit punt het kaderbesluit 2002/584 en richtlijn 2012/13 verenigbaar zijn met art. 6 en 47 Hv, nu het aantal gegevens dat moet worden meegedeeld aan personen die worden aangehouden met het oog op tenuitvoerlegging van een EAB beperkt is. Het HvJ overweegt dat om een verdediging effectief te kunnen voorbereiden, een persoon waartegen een EAB is uitgevaardigd zijn door richtlijn 2012/13 verleende rechten niet alleen moet kunnen genieten na de overlevering, maar al vanaf het tijdstip van zijn aanhouding in de uitvoerende lidstaat. Het Hof merkt daarbij op dat de regeling van het EAB op twee niveaus bescherming omvat van de procedurele en grondrechten die de gezochte persoon moet genieten. Bij de rechterlijke bescherming op het eerste niveau van de vaststelling van een nationale rechterlijke beslissing, zoals een nationaal aanhoudingsbevel, komt namelijk de bescherming die gewaarborgd moet zijn op het tweede niveau van de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel, die in voorkomend geval kort na de vaststelling van de nationale rechterlijke beslissing kan plaatsvinden. Aangezien de uitvaardiging van een EAB het in art. 6 Hv neergelegde recht op vrijheid van de betrokken persoon kan aantasten, houdt deze bescherming in, dat op minstens één van de twee niveaus van die bescherming een beslissing wordt genomen die voldoet aan de vereisten die inherent zijn aan een effectieve rechterlijke bescherming. Uit de enkele omstandigheid dat de persoon tegen wie een EAB is uitgevaardigd met het oog op strafvervolgning, pas in kennis wordt gesteld van de rechtsmiddelen die in de uitvaardigende lidstaat openstaan en pas toegang krijgt tot de stukken van het dossier na zijn overlevering aan de bevoegde autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat, kan echter niet worden afgeleid dat het recht op effectieve rechterlijke bescherming is geschonden. Er zijn dan ook geen feiten of omstandigheden gebleken die de geldigheid van het EAB-kaderbesluit in het licht van art. 6 en 47 Hv aantasten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 28-01-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:75

Zaaknummer: C-649/19

Wetsartikelen: Hv art. 6, 47, Rl 2012/13/EU art. 4, 5, 6, 7, Rl 2012/13/EU art. 4, 5, 6, 7, Kaderbesluit 2002/584/JBZ en

RECHTSPRAAK

**Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny
Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, HvJ EU
26 januari 2021, zaak C-16/19**

Discriminatieverbod. In een ziekenhuis is besloten om een bepaalde toeslag alleen toe te kennen aan mensen met een handicap die na een bepaalde datum een attest van erkenning van de handicap hebben overgelegd. Het HvJ overweegt dat het discriminatieverbod op grond van handicap ook beschermt tegen discriminatie binnen een groep gehandicapten die zich verder in een vergelijkbare positie bevinden. Het is nu aan de nationale rechter om te bepalen of de ‘tijdmaatregel’ een directe of een indirecte discriminatie oplevert en of daarvoor een rechtvaardiging is te geven.

VL was als psycholoog in dienst bij een ziekenhuis. In 2011 kreeg zij een attest van erkenning van een handicap die daarin werd gekwalificeerd als ‘permanent matig’; dit attest heeft ze aan haar werkgever overgelegd. In een personeelsvergadering in 2013 heeft de ziekenhuisdirecteur een maandelijkse loontoeslag toe te kennen aan werknemers met een handicap, maar deze werd alleen toegekend aan mensen die na de personeelsvergadering het attest aan hun werkgever hadden verstrekt; de 13 mensen – waaronder VL – die dat al eerder hadden gedaan, kregen de toeslag niet. De verwijzende rechter vraagt nu of er sprake kan zijn van indirecte discriminatie als een werkgever onderscheid maakt binnen een groep van werknemers die wordt onderscheiden door eenzelfde beschermd kenmerk – in dit geval een handicap – zonder dat de betrokken werknemers met een handicap minder gunstig worden behandeld dan werknemers zonder een handicap.

Het HvJ stelt voorop dat de bescherming die richtlijn 2000/78 biedt tegen discriminatie op grond van handicap zou worden ondermijnd als zou worden aangenomen dat een situatie waarin een discriminatie zich voordoet binnen een groep personen die allen gehandicapt zijn, per definitie ontsnapt aan het daarin neergelegde discriminatieverbod op de enkele grond dat

het verschil in behandeling zich voordoet tussen personen met een handicap. De richtlijn is bedoeld om een werknemer met een handicap in de zin van die richtlijn te beschermen tegen elke vorm van discriminatie op grond van die handicap, niet alleen ten opzichte van werknemers die geen handicap hebben, maar ook ten opzichte van andere werknemers met een handicap.

Na herhaling van zijn vaste rechtspraakcriteria over directe en indirecte discriminatie overweegt het HvJ dat in de onderhavige zaak vaststaat dat de aan de orde zijnde praktijk leidt tot een verschil in behandeling op basis van de datum waarop het attest van erkenning van de handicap aan de werkgever is verstrekt. Deze twee categorieën werknemers met een handicap bevonden zich verder in een vergelijkbare situatie. Het is aan de nationale rechter om te bepalen of die voorwaarde een criterium vormt dat onlosmakelijk verbonden is met de handicap van de werknemers aan wie deze toeslag is geweigerd, in welk geval een directe discriminatie op grond van deze handicap moet worden vastgesteld. In het bijzonder kan dat het geval zijn als blijkt dat de praktijk het een duidelijk omschreven groep werknemers – bestaande uit alle werknemers met een handicap wier handicap ten tijde van de invoering van die praktijk noodzakelijkerwijs bekend was bij de werkgever – definitief onmogelijk kan maken om aan de tijdsvoorwaarde te voldoen.

Zou een directe discriminatie niet kunnen worden aangenomen, moet de nationale rechter wel nog onderzoeken of er sprake is van een indirecte discriminatie. Daarbij is het in het bijzonder van belang dat hij nagaat of het gevolg van de datumgrens is, dat bepaalde werknemers met een handicap worden benadeeld wegens de bijzondere aard van hun handicap, met name wegens het feit dat die handicap opvallend is of behoorlijke aanpassingen vereist, zoals een aangepaste werkplek of aangepaste werktijden. Zou dat het geval zijn, dan is het nog wel aan de nationale rechter om na te gaan of hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gegeven.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:64

Zaaknummer: C-16/19

Rechters: K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, M. Ilešič, E. Juhász, T. von Danwitz, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos en N. Jääskinen

Wetsartikelen: 2 Richtlijn 2000/78/EG

RECHTSPRAAK

**Timofeyev en Postupkin t. Rusland, EHRM 19 januari 2021,
nrs. 45431/14 en 22769/15**

Terugwerkende kracht van bestraffingen. In Rusland is in 2013 een nieuw systeem ingericht voor administratief toezicht op vrijgelaten gevangenen waarbij er een risico bestaat voor gevaarlijke recidive. Het EHRM overweegt dat het hier niet gaat om een punitief, maar om een preventief systeem, zodat op het opleggen van administratief toezicht art. 7 EVRM niet van toepassing is. Het administratieve toezicht levert een gerechtvaardigde inbreuk op de bewegingsvrijheid op. Het ontbreken van kosteloze rechtsbijstand in een procedure over het opleggen van dit toezicht acht het Hof in strijd met art. 6 EVRM.

Klagers zijn respectievelijk in 2003 en 2007 schuldig bevonden aan ernstige misdrijven en veroordeeld tot lange gevangenisstraffen. In 2013 maakte de directeur van de strafkolonies waar zij verbleven gebruik van een nieuwe wettelijke bevoegdheid om klagers onder administratief toezicht te stellen. Deze maatregel hield in dat zij na vrijlating aan een aantal beperkingen werden onderworpen, waaronder een avondklok en een meldingsplicht. Ten aanzien van beide klagers werd deze maatregel gemotiveerd vanuit het gevaar van recidive, het feit dat zij de gevangenisregels niet steeds hadden nageleefd en er een groot aantal disciplinaire sancties aan hen waren opgelegd. Eerste klager heeft tijdens zijn procedure tegen deze maatregel gevraagd om gefinancierde rechtsbijstand, maar dat verzoek is afgewezen; wel werd de procedure enkele malen verlengd om klager de mogelijkheid te bieden om een contract met een advocaat te sluiten. Dat lukte niet, waarna de rechter het beroep van klager afwees met de stelling dat hij voldoende tijd had gehad om zijn zaak voor te bereiden en een vertegenwoordiger te vinden.

Eerste klager heeft allereerst gesteld dat het opleggen van de administratieve toezichtsmaatregel neerkwam op een punitieve sanctie, die in strijd met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel was opgelegd. Het EHRM onderzoekt allereerst of in dit geval inderdaad sprake is van een punitieve sanctie. Het overweegt daarbij dat de maatregel primair tot doel

had om gevaarlijke recidive te voorkomen, wat eerder een preventief dan een punitief doel is. Ook was het opleggen van de maatregel niet afhankelijk van de schuld van de betrokkene maar van diens 'gevaarlijkheid' waar het ging om het risico van recidive. Het Hof merkt verder op dat een vergelijkbare maatregel voorheen ook al kon worden opgelegd, maar dan onder het burgerlijk recht; de belangrijkste verandering was dat deze nu bestuursrechtelijk was geworden, maar dus niet strafrechtelijk. Ten slotte overweegt het Hof dat de opgelegde beperkingen, zoals de meldingsplicht, weliswaar ingrijpend waren, de zwaarte van de maatregel niet bepalend is voor de kwalificatie als strafrechtelijk. Het Hof concludeert hieruit dat het systeem van administratief toezicht niet als 'straf' kan worden aangemerkt, zodat art. 7 EVRM niet van toepassing is. Dit klachtonderdeel is dan ook niet-ontvankelijk *ratione personae*.

Eerste klager heeft verder gesteld dat zijn moeilijkheden bij het verkrijgen van toegang tot een advocaat in strijd zijn met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof merkt op dat een zekere toegang tot rechtshulp ook nodig kan zijn in procedures die over burgerlijke rechten en verplichtingen gaan, zoals hier het geval is. Het nationale recht voorzag niet in een automatische toekenning van gefinancierde rechtsbijstand bij het opleggen van administratief toezicht. Wat op het spel stond voor klager was tegelijkertijd wel belangrijk en vanwege zijn gebrekkige juridische kennis had klager ook echt een advocaat nodig gehad. De uitstelmaatregel vormde daarbij geen effectieve oplossing, nu het probleem bleef dat klager niet de middelen had om een advocaat te kunnen betalen. De onmogelijkheid voor klager om kosteloze rechtsbijstand te ontvangen heeft verder onvermijdelijk tot gevolg gehad dat hij in de procedure op achterstand kwam te staan ten opzichte van zijn wederpartij. Daarmee is art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

Tweede klager heeft aangevoerd dat door de toezichtsmaatregel zijn door art. 2 P4 beschermde bewegingsvrijheid is geschonden. Het Hof merkt op dat het vanuit het perspectief van deze bepaling niet problematisch is dat bij het opleggen daarvan rekening is gehouden met omstandigheden die zich hebben voorgedaan voordat het nieuwe systeem in werking trad. Wel is het vereist dat de beperkingen zelf aan de nodige zorgvuldigheidscriteria voldoen. Daarbij overweegt het Hof dat de wet op een gedetailleerd niveau beschreef welke categorieën van gevangenen aan de maatregel zouden worden onderworpen en werd deze maatregel automatisch toegepast, zodat er geen discretie was voor nationale rechters. Verder acht het Hof van belang dat weliswaar geen concrete afweging mogelijk is om rekening te houden met individuele omstandigheden, maar dat het systeem wel voorziet in een goed toegankelijke mogelijkheid om periodiek te verzoeken om de maatregel op te heffen. Gelet op deze en enkele andere waarborgen acht het Hof de maatregel verenigbaar met art. 2 P4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD0045431

Zaaknummer: 45431/14 en 22769/15

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 7 en EVRM Vierde Protocol art. 2

RECHTSPRAAK

Trivkanović t. Kroatië, EHRM 21 januari 2021, nr. 54916/16

Eerlijk proces. Klaagsters zoons zijn in 1991 verdwenen na een politie-inval; in 2005 zijn zij formeel doodverklaard. Een schadevergoedingsprocedure tegen de staat was niet-ontvankelijk wegens verjaring. In 2011 werd alsnog een dader gevonden en veroordeeld. Een poging van klaagster om de schadevergoedingsprocedure te laten heropenen mislukte omdat er geen causaal verband zou zijn aangetoond tussen de verdwijning door de dader en het overlijden. Het EHRM acht dat een onredelijke bewijslast. De weigering tot heropening is daarom in strijd met art. 6 lid 1 EVRM, dat bij uitzondering van toepassing is op de heropeningsprocedure.

In 1991 is de politie het huis binnengevallen van klaagsters zoon, waarbij hij, haar andere zoon en haar ex-echtgenoot werden meegenomen. Haar ex-echtgenoot werd later dood aangetroffen in een rivier; van de twee zoons is nooit meer iets vernomen. In 2005 zijn zij juridisch doodverklaard. Klaagster heeft daarop in 2006 een civiele procedure tegen de staat gestart om alsnog genoegdoening te krijgen vanwege het verlies van haar gezin. Haar zaak werd toen echter niet-ontvankelijk verklaard vanwege verjaring. In 2011 werd een man in staat van beschuldiging gesteld vanwege een aantal oorlogsmisdrijven, waaronder misdrijven jegens klaagsters zoons. Hij werd schuldig bevonden en kreeg een gevangenisstraf opgelegd. Gelet daarop heeft klaagster in 2014 verzocht om heropening van de civiele procedure. Haar beroep werd wederom afgewezen, ditmaal omdat de veroordeling betrekking zou hebben gehad op de verdwijning als zodanig en niet op het overlijden van de zoons; voor dit laatste kon geen causaal verband worden aangetoond met de oorlogsmisdrijven.

Volgens klaagster heeft zij geen toegang gehad tot een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM doordat is geweigerd om na de veroordeling haar civiele procedure te heropenen. Het Hof gaat kort in op de stelling van de regering dat de zaak verworpen zou moeten worden

vanwege misbruik van procesrecht omdat klagsters vertegenwoordiger in het verzoekschrift erg sterke en voor de staat negatieve bewoordingen had gebruikt. Het Hof is van oordeel dat er inderdaad sprake was van stevige en onnodig harde bewoordingen, maar dat het niet gaat om een zodanig ernstig niveau dat de zaak op die grond niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Een tweede ontvankelijkheidspunt betreft de vraag of art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is op de beslissing tot heropening van een procedure. Het Hof heeft eerder geoordeeld, met name in *Bochan*, dat dit zeker niet altijd het geval is. Het Hof merkt op het daarvoor niet voldoende is dat bij de beslissing over heropening over nieuwe feiten is geoordeeld; dat is bij verzoeken om heropening immers bijna altijd het geval. In het onderhavige geval ging de beoordeling volgens het Hof echter verder dan een procedurele beoordeling over de vraag of de zaak heropend kon worden. In plaats daarvan werd daadwerkelijk over de nieuwe feiten geoordeeld en kan worden aangenomen dat klagsters burgerlijke rechten onder art. 6 EVRM hierdoor waren geraakt. Het Hof neemt dan ook aan dat art. 6 EVRM van toepassing is.

Ten aanzien van de inhoud van de klacht overweegt het Hof dat klagster vooral om heropening heeft gevraagd omdat inmiddels een dader was aangewezen en deze bovendien was veroordeeld voor oorlogsmisdrijven; volgens het nationale recht kan er dan geen sprake zijn van verjaring. In dit geval is echter aangenomen dat de klacht toch niet in behandeling kon worden genomen vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de aangetoonde oorlogsmisdrijven en het overlijden van de zoons van klagsters. Het Hof roept in dit verband in herinnering dat de staat een bijzondere verantwoordelijkheid heeft als het gaat om het overlijden van mensen die zijn verdwenen nadat zij binnen de macht van de staat zijn gekomen. De nationale Hoge Raad heeft bovendien geoordeeld dat bij gedwongen verdwijningen waarbij later wordt vastgesteld dat de betrokkene is overleden, de staat voor dat overlijden verantwoordelijk moet worden gehouden en dat er dan een causaal verband moet worden aangenomen tussen de verdwijning en de schade door het overlijden. Die rechtspraak is in het onderhavige geval echter niet toegepast en de Hoge Raad heeft ook niet over de kwestie kunnen oordelen. In het licht hiervan is het Hof van oordeel dat de bewijslast die de nationale rechter aan klagster heeft opgelegd om aan te tonen dat de staat verantwoordelijk was voor het overlijden van haar zoons een onmogelijke en een oneerlijke is, zodat de weigering de zaak te heropenen in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD005491616

Zaaknummer: 54916/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

X en Y t. Roemenië, EHRM 19 januari 2021, nr. 2145/16

Genderidentiteit. Twee transgender personen hebben bij de Roemeense rechter verzocht om wijziging van hun geslachtsstatus en voornaam in het geboorteregister, maar dit verzoek is afgewezen omdat zij geen geslachtsveranderende operatie hadden ondergaan. Het Hof oordeelt dat art. 8 EVRM in deze kwestie op twee punten is geschonden, namelijk omdat er in Roemenië geen goede en transparante procedure bestaat voor de erkenning van genderidentiteit, en omdat er geen goede rechtvaardiging is voor de gestelde eis van het hebben ondergaan van een geslachtsveranderende operatie.

Klagers zijn beiden Roemeense staatsburgers die bij hun geboorte als vrouw zijn geregistreerd, maar die later bij de rechter hebben verzocht om een wijziging van deze status naar 'man', waarbij ook een nieuwe, mannelijke voornaam zou worden vermeld. De rechter heeft dit verzoek afgewezen omdat er nog geen geslachtsveranderende operatie had plaatsgevonden.

Voor het EHRM hebben klagers vooral gesteld dat art. 8 EVRM is aangetast door het ontbreken van een duidelijk juridisch raamwerk voor de erkenning van geslachtsveranderingen. De eis om een geslachtsveranderende operatie te ondergaan (met het daarbij behorende risico van steriliteit) achten zij daarbij een beperking van hun persoonlijke keuzevrijheid. Het EHRM merkt ten aanzien van het eerste klachtonderdeel op dat er geen specifieke procedures bestaan in Roemenië voor verzoeken om erkenning van een geslachtsverandering. Weliswaar is in 2008 erkend dat een geslachtsverandering bij de rechter kan worden erkend, waardoor daarvoor een zekere juridische basis bestaat, maar het is duidelijk dat er veel onzekerheid bestaat over de precieze procedure die moet worden gevoerd en de eisen die kunnen worden gesteld in verband met de registratie. Dit heeft ook geleid tot de nodige tegenstrijdige rechtspraak. Het wettelijk raamwerk is dan ook onduidelijk en daardoor onvoorzienbaar. Ten aanzien van de eis van het hebben ondergaan van een geslachtsveranderende operatie stelt het Hof voorop dat een dergelijke operatie de fysieke

integriteit van mensen duidelijk aantast. Onduidelijk is daarbij volgens het Hof welk algemeen belang precies wordt nagestreefd met het niet erkennen van een geslachtsverandering zonder operatie, en hoe rechters dit belang afwegen tegen het duidelijke belang voor klagers bij erkenning van hun genderidentiteit. Uit de gestelde eisen blijkt een rigide houding ten opzichte van erkenning van genderidentiteit, die bovendien grote gevolgen heeft voor klagers, in de zin dat die hen blootstelt aan de nodige kwetsbaarheid, vernedering en angst. Daarbij merkt het Hof ook op dat er sprake is van een voortdurende Europese evolutie ten aanzien van dit onderwerp, waarbij een steeds kleiner aantal staten het hebben ondergaan van een geslachtsveranderende operatie verplicht stelt voor de juridische erkenning van een bepaalde genderidentiteit. Dit maakt dat art. 8 EVRM op twee punten is geschonden, namelijk zowel waar het gaat om het ontbreken van een goede en transparante procedure voor de erkenning van genderidentiteit als waar het gaat om de gestelde eis van het hebben ondergaan van een geslachtsveranderende operatie.

De eerste klager heeft voor het Hof ook nog een beroep gedaan op art. 12 EVRM in verband met het uit een geslachtsveranderende operatie voortvloeiende gevolg van sterilisatie, maar omdat hij deze grond niet naar voren heeft gebracht bij de nationale rechter, verklaart het Hof deze klacht niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516

Zaaknummer: 2145/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Zličić t. Servië, EHRM 26 januari 2021, nrs. 73313/17 en 20143/19

Slachtofferbegrip. Klager is na aanhouding wegens cannabisbezit mishandeld door de politie. Hij heeft daar op nationaal niveau in een civiele procedure een schadevergoeding voor gekregen. Het Hof is van oordeel dat het enkel toekennen van een schadevergoeding, zonder dat er gedegen onderzoek is uitgevoerd naar de verantwoordelijkheid van de politie, niet voldoende is om klagers slachtofferstatus weg te nemen. Art. 3 EVRM is zowel in materieel als procedureel perspectief geschonden. Het feit dat klager onder fysieke druk een verklaring over inbeslagneming van de cannabis heeft getekend, houdt in dit geval geen schending van art. 6 EVRM in.

In 2014 werd klager benaderd door een politieman toen hij met een vriend op een bankje zat. De politieman vroeg of ze eigenaar waren van een klein zakje, dat volgens de Servische autoriteiten cannabis bevatte. Vervolgens werden klager en zijn vriend aangehouden. Volgens klager is hij op het politiebureau mishandeld en heeft hij onder die druk een verklaring getekend tot inbeslagneming van het zakje. Later werd hij vervolgd en veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf vanwege het bezit van cannabis. In 2019 heeft klager een civiele procedure aangebracht tot schadevergoeding wegens mishandeling door de politie. Zijn eisen zijn daarbij gehonoreerd en klager kreeg een vergoeding toegekend voor de geleden immateriële en fysieke schade.

Het EHRM stelt allereerst de vraag of klagers klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat hij aanvankelijk niet heeft vermeld dat hij een civiele schadevergoedingsprocedure had ingesteld. Het Hof merkt echter ook op dat klager die informatie uiteindelijk wel heeft gegeven, uit eigen beweging en zonder dat de regering er melding van had gemaakt. Het Hof ziet dan ook geen aanleiding om aan te nemen dat klager bewust heeft geprobeerd het Hof te misleiden en neemt aan dat er geen misbruik is geweest van procesrecht.

Ten aanzien van de klacht over art. 3 EVRM overweegt het Hof dat in de civiele schadevergoedingsprocedure op nationaal niveau al is aangenomen dat klager is mishandeld. Het Hof kan uitgaan van de correctheid van deze bevindingen en neemt op basis daarvan aan dat art. 3 EVRM in materieel opzicht is geschonden. Toch acht het Hof het nuttig om nog aandacht te besteden aan enkele relevante punten. Het Hof merkt op dat er voldoende medisch bewijs is voor de mishandeling van klager en dat er ook getuigen zijn geweest die de mishandeling hebben bevestigd. Weliswaar was de getuige een vriend van klager, maar het Hof acht deze verklaring toch overtuigend. Bovendien heeft de regering ook geen alternatieve verklaring gegeven voor de verwondingen die klager heeft opgelopen. De behandeling die klager ten deel is gevallen moet dan ook worden aangemerkt als onmenselijk en vernederend. Ten aanzien van de procedurele positieve verplichtingen vermeldt het Hof dat er op nationaal niveau in feite in het geheel geen onderzoek is uitgevoerd.

De vraag is nog wel of klager nog steeds als slachtoffer kan worden aangemerkt van de schending, nu hij op nationaal niveau immers een schadevergoeding heeft gekregen. Daarbij merkt het Hof op dat het enkel toekennen van een schadevergoeding niet voldoende is als er sprake is geweest van mishandeling door de overheid. Het risico is dan immers dat er een zekere straffeloosheid kan bestaan voor overheidsactoren die mensen mishandelen, nu zij daarmee relatief gemakkelijk weg kunnen komen door alleen een schadevergoeding te hoeven betalen. In het onderhavige geval was de schadevergoeding bovendien niet bijzonder hoog en duidelijk lager dan de vergoeding die het Hof in een vergelijkbaar geval zou toekennen. Dat klager ook nog een private vervolging tegen de politiemensen had kunnen instellen doet daar volgens het Hof niet aan af; gelet op de omstandigheden kan het hem niet kwalijk worden genomen dat hij dat in deze zaak niet ook nog heeft gedaan. Op basis van deze overwegingen neemt het Hof een schending van art. 3 EVRM aan.

Klager heeft ook gesteld dat het recht op een eerlijk proces is geschonden doordat hij onder druk de verklaring heeft ondertekend over inbeslagneming van het zakje cannabis en die verklaring in de strafprocedure is betrokken. Het EHRM overweegt echter dat de nationale rechters hebben aangegeven dat de veroordeling niet op de eigenlijke verklaring was gebaseerd, maar vooral op verklaringen van de politie waaruit bleek dat klager in bezit was geweest van het zakje op het moment waarop hij werd aangehouden. Bovendien kwam de verklaring volgens het Hof in dit geval vooral erop neer dat klager schriftelijk erkende dat een bepaalde substantie bij hem in beslag was genomen. Het Hof is dan ook van oordeel (met zes stemmen tegen een) dat art. 6 lid 1 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0116JUD007331317

Zaaknummer: 73313/17 en 20143/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 6 lid 1

ANNOTATIE

Pişkin t. Turkije (EHRM, nr. 33399/18) – Omvang van rechterlijke toetsing van een ontslagbesluit in het licht van art. 6 EVRM

D.M.A. Bij de Vaate

Feiten en procesverloop

1. De zaak *Pişkin tegen Turkije* betreft in de kern de vraag naar de omvang van de rechterlijke toetsing van een besluit tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gebaseerd op een administratiefrechtelijke procedure in het licht van het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door art. 6, eerste lid, EVRM. De zaak moet gezien worden tegen de achtergrond van de mislukte staatsgreep die in Turkije heeft plaatsgevonden in de nacht van 16 juli 2016 door een deel van de Turkse strijdkrachten en de noodtoestand die als gevolg van die coup poging is afgekondigd voor een periode van drie maanden. Tijdens die noodtoestand kwamen een aantal noodwetten tot stand waaronder noodwet nummer 667. Art. 4 van die noodwet verplichtte alle onder het ministerie ressorterende organen om over te gaan tot ontslag van personeelsleden die geacht werden te behoren tot, gelieerd te zijn aan of banden te hebben met terroristische organisaties of met organisaties, structuren of groepen waarvan de Nationale Veiligheidsraad had vastgesteld dat zij betrokken zijn bij activiteiten die schadelijk zijn voor de nationale veiligheid.

2. Pişkin was tot 2016 werkzaam als expert bij het ontwikkelingsagentschap in Ankara. Hoewel het agentschap een overheidsorganisatie is, belast met de coördinatie van regionale activiteiten van publieke en private organisaties, is het personeel niet eenzijdig aangesteld als ambtenaar, maar heeft zij een arbeidsovereenkomst gereguleerd onder het Turkse Arbeidswetboek. Op 26 juli 2016, vlak na de mislukte staatsgreep, besluit het agentschap op basis van art. 4 van noodwet nummer 667 om de arbeidsovereenkomsten van zes werknemers te beëindigen, omdat zij zouden behoren tot dan wel gelieerd zijn aan organisaties of structuren die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid. Eén van de ontslagen werknemers is Pişkin. Pişkin heeft zijn ontslag aangevochten voor de nationale gerechtelijke instanties, echter zonder succes. Geoordeeld werd dat het ontslag was gegeven door een

bevoegde instantie, namelijk de raad van bestuur van het agentschap, overeenkomstig art. 4 van de noodwet.

3. In het door Pişkin ingestelde beroep bij het EHRM klaagt hij dat de ontslagprocedure en de daarmee verband houdende administratieve procedure, noch de daaropvolgende gerechtelijke procedures voldeden aan de waarborgen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM. Hij is nooit op de hoogte gebracht van de criteria en het bewijs voor de beslissing om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarnaast klaagt hij dat artikel 6, tweede en derde lid, EVRM zijn geschonden, namelijk de onschuldpresumptie en dat hij niet op de hoogte is gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldigingen.

Toepasselijkheid van art. 6 EVRM

4. Het Hof gaat allereerst na of art. 6, eerste lid, EVRM toepasselijk is in de onderhavige zaak. Dat is het geval. De procedure betreffende het ontslag van Pişkin heeft onmiskenbaar betrekking op een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid, eerste lid, EVRM.[1] Ten aanzien van de toepasselijkheid van het tweede en derde lid van art. 6 EVRM heeft het Hof te bepalen of ook sprake is van een ‘criminal charge’ ten aanzien van Pişkin. Daarbij haalt het Hof de drie criteria aan, ook wel de *Engel*-criteria genoemd (kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht; aard van de overtreden norm; de aard en zwaarte van de sanctie), aan de hand waarvan getoetst wordt of sprake is van een ‘criminal charge’.[2] Volgens het Hof is in dit geval geen sprake van een dergelijke ‘criminal charge’. Beslissend daartoe is dat de zaak naar nationaal recht niet als strafrechtelijk is aangemerkt, maar als arbeidsrechtelijk. Dat de handeling waarvoor de arbeidsovereenkomst is beëindigd ook materiële elementen bevat die een strafbaar feit vormen, is onvoldoende grond om aan te nemen dat de persoon een strafbaar feit ten laste wordt gelegd. Bovendien is het beëindigen van de arbeidsovereenkomst een maatregel die typisch wordt toegepast in een arbeidsconflict en die niet kan worden verward met een strafrechtelijke sanctie. De strafrechtelijke tak van art. 6 EVRM is om die reden volgens het Hof niet toepasselijk op de onderhavige zaak. Aldus vindt de inhoudelijke beoordeling door het Hof van de door Pişkin naar voren gebrachte klachten uitsluitend plaats onder de civielrechtelijke tak van art. 6 EVRM.

Doctrine van ‘full jurisdiction’

5. Ten aanzien van de inhoud van de klacht over schending van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM overweegt het Hof dat noodwet nummer 667 niet voorzag in een procedure op tegenspraak in het besluitvormingsproces tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook voorzag de noodwet niet in specifieke procedurele waarborgen. Het volstond dat de werkgever ervan uitging dat de werknemer lid was van of gelieerd was aan

een terroristische organisatie of een organisatie die anderszins een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid, zonder daarvoor een op de persoon in kwestie toegesneden motivering te geven. Dat brengt echter niet meteen mee dat art. 6 EVRM is geschonden. Vereist is dan wel dat er een rechtsmiddel ter beschikking staat dat alsnog de bestreden beslissing op alle aspecten kan toetsen en dat zelf wel de toets van art. 6 EVRM doorstaat, zo haalt het Hof ook in de onderhavige uitspraak aan.[3] Dit wordt de doctrine van ‘full jurisdiction’ genoemd. Op die wijze kan de strijdigheid van een lagere administratieve procedure met art. 6 EVRM geheeld worden. In een reeks uitspraken heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat het vereiste van ‘full jurisdiction’ meebrengt dat de gerechtelijke instantie de bevoegdheid moet hebben om de beslissing van de administratieve instantie in alle opzichten, zowel feitelijk als ten aanzien van het recht, te toetsen en te vernietigen.[4] Het moet gaan om ‘*a tribunal competent to determine all the aspects of the matter*’.[5] Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moet bij de beoordeling of in een bepaald geval de omvang van de door de nationale rechterlijke instanties verrichte toetsing toereikend was, rekening worden gehouden met de bevoegdheden van de betrokken rechterlijke instantie en met factoren als (a) het onderwerp van de bestreden beslissing, en met name de vraag of het al dan niet een specialistisch vraagstuk betreft dat beroepskennis of beroepservaring vereist, en of het al dan niet de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid betreft, en zo ja, in welke mate; (b) de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen, in het bijzonder de procedurele waarborgen die voorhanden waren; en (c) de inhoud van het geschil, met inbegrip van de gewenste en werkelijke beroepsgronden.[6] Kern van de onderhavige zaak is of de toetsing door de nationale rechterlijke instanties van het besluit om de arbeidsovereenkomst van Pişkin te beëindigen zoals volgt uit de administratieve procedure, toereikend was om te voldoen aan de doctrine van ‘full jurisdiction’. Dat is naar het oordeel van het Hof niet het geval. Het besluit om de arbeidsovereenkomst van Pişkin te beëindigen betrof geen discretionaire bevoegdheid van de werkgever en er waren geen bijzondere procedurele waarborgen voorhanden. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst is volledig gebaseerd op de beoordeling van de werkgever betreffende de vermeende banden van Pişkin met een illegale organisatie dan wel structuur. De nationale gerechtelijke instanties hebben zich vervolgens in geen enkel stadium van de procedure gebogen over de vraag of die beëindiging wegens die vermeende banden gerechtvaardigd was door het gedrag van Pişkin of door enig ander relevant bewijsmateriaal. Slechts onderzocht is of het orgaan dat tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft besloten daartoe bevoegd was en of de aangevochten beëindiging een rechtsgrondslag had. Het Hof oordeelt dat, hoewel de nationale rechterlijke instanties theoretisch volledig bevoegd waren om kennis te nemen van het geschil tussen Pişkin en de administratieve autoriteiten, zij hebben nagelaten om alle feitelijke en juridische vragen te onderzoeken die relevant waren voor het voorgelegde geschil. Aldus is art. 6 EVRM geschonden. Daarbij beklemtoont het Hof

nog, dat hoewel de vereenvoudigde procedure om tot ontslag over te kunnen gaan als voorgeschreven in noodwet nummer 667 gerechtvaardigd kan worden geacht in het licht van de noodtoestand waarin Turkije zich op dat moment bevond, die noodwet geen enkele beperking stelde aan de rechterlijke toetsing na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien oordeelt het Hof dat zelfs in het kader van een noodtoestand, fundamentele beginselen van de rechtsstaat als bedoeld in art. 6 EVRM moeten prevaleren.

6. Pişkin heeft daarnaast een beroep gedaan op art. 3 en 8 EVRM omdat het ontslag tot gevolg had dat hij nu het etiket draagt van terrorist. Het Hof stelt vast dat art. 8 EVRM is aangetast, gelet op de ernstige consequenties van het ontslag voor zijn reputatie en zijn privéleven. Vervolgens oordeelt het Hof dat voor die inbreuk geen voldoende rechtvaardiging bestaat. Er zijn onvoldoende waarborgen geboden tegen willekeur bij de besluitvorming en de latere procedures. De argumentatie van het Hof op dit punt is vergelijkbaar met de argumentatie die het Hof gebruikt bij art. 6 EVRM. Er heeft slechts een beperkte beoordeling plaatsgevonden van de vraag of Pişkin banden had met een organisatie of structuur met risico's voor de nationale veiligheid. Dit gebrek is niet gecompenseerd door een deugdelijke rechterlijke toetsing achteraf. Het Hof oordeelt dat sprake is van een schending van art. 8 EVRM.

De toetsing van ontslagbesluiten in het Nederlandse arbeidsrecht

7. De kwestie van toetsing van ontslagbesluiten met zogenoemde 'full jurisdiction' speelt ook in het Nederlandse arbeidsrecht. Onder het voor 1 juli 2015 geldende ontslagrecht bepaalde art. 6 BBA (oud) dat een werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer slechts kan opzeggen met voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Een opzegging zonder die vereiste toestemming was vernietigbaar op grond van art. 9 BBA (oud). Algemeen werd aangenomen dat art. 6 EVRM van toepassing was op de UWV-procedure krachtens art. 6 BBA (oud) en dat die procedure niet voldeed aan de maatstaven van art. 6 EVRM.[7] De procedure bij het UWV was beslissend voor de vraag of de werkgever rechtsgeldig tot opzegging van de arbeidsovereenkomst kon overgaan, en daarmee voor de vaststelling van een burgerlijk recht in de zin van art. 6 EVRM.[8] Illustratief in dat verband is de Europese zaak *Obermeier*.^[9] In dat arrest ging het om het ontslag van Obermeier die in dienst was van een Oostenrijks verzekeringsbedrijf. Van belang is dat volgens Oostenrijks recht voor het ontslag van Obermeier toestemming vereist was van een administratiefrechtelijke instantie, de *Invalidentausschuss*. Die instantie toetste niet alleen of sprake was van arbeidsongeschiktheid, maar ook of het ontslag sociaal rechtvaardig was in het licht van de belangen van de werkgever en werknemer. De toestemming van de *Invalidentausschuss* was vervolgens uiterst beperkt toetsbaar door het arbeidsgerecht. Volgens het Hof is daarmee de administratieve procedure beslissend voor het ontslag van Obermeier, zodat de procedure onder het toepassingsbereik valt van art. 6 EVRM.

Deze procedure in de *Obermeier*-zaak vertoont grote gelijkenis met de Nederlandse UWV-procedure krachtens art. 6 BBA (oud), zoals die bestond tot 1 juli 2015. Het UWV valt – evenals de Oostenrijkse *Invalidenausschuss* – niet te kwalificeren als onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie in de zin van art. 6 EVRM. Zoals gezegd kan deze strijdigheid van de lagere administratieve procedure met art. 6 EVRM worden geheeld, indien voorzien wordt in een toetsing van de ontslagbeslissing door een instantie met ‘full jurisdiction’ die zelf wel de toets van art. 6 EVRM doorstaat. In de onderhavige zaak *Pişkin t. Turkije* liep het op de omvang van de rechterlijke toetsing spaak. De doctrine van ‘full jurisdiction’ stelt echter niet alleen eisen aan de omvang van de toetsing door de controlerende rechter, maar ook aan diens uitspraakbevoegdheden. Wanneer de toetsing negatief uitvalt, dient het gerecht de bevoegdheid te hebben om de beslissing te vernietigen of anderszins ongedaan te maken.[10] Tegen de beslissing van het UWV stond geen administratiefrechtelijk beroep open.[11] Wel waren onder het oude ontslagrecht een arbeidsrechtelijke procedure wegens kennelijk onredelijke opzegging tegen de werkgever en een civielrechtelijke procedure uit onrechtmatige daad jegens het UWV mogelijk. Deze beide procedures boden echter geen gerechtelijke toetsing van de beslissing van het UWV met ‘full jurisdiction’.[12] In de kennelijk-onredelijk-ontslag-procedure was weliswaar – anders dan in de *Obermeier*-zaak – een toetsing mogelijk van de mate van onredelijkheid van de opzegging, maar die verliep aan de hand van geheel andere criteria dan die het UWV hanteerde bij de toestemmingverlening. De beslissing van het UWV werd niet op juistheid getoetst.[13] Bovendien kon het gelijk van de werknemer in een dergelijke procedure net zomin als in een procedure uit onrechtmatige daad jegens het UWV leiden tot het ongedaan maken van de beslissing van het UWV dan wel de opzegging door de werkgever, maar in beginsel slechts tot schadevergoeding. Daarmee was de procedure bij het UWV uiteindelijk beslissend voor het ontslag van de werknemer, en die procedure voldeed niet aan de eisen van art. 6 EVRM.[14]

9. Het ontslagrecht is als gevolg van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 grondig herzien.[15] De opzeggingsroute met voorafgaande toestemming van het UWV is echter behouden, met dien verstande dat die route nog slechts is weggelegd voor ontslagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer (art. 7:671a jo art. 7:669, derde lid, onderdelen a en b BW). In het kader van de (vermeende) strijdigheid van de UWV-procedure met art. 6 EVRM is echter belangrijk dat de rechtsbescherming is gewijzigd. Weliswaar is nog steeds geen administratiefrechtelijk beroep mogelijk tegen de beslissing van het UWV,[16] maar de procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag heeft plaatsgemaakt voor een procedure waarin de werknemer die meent dat hij ondanks toestemming van het UWV ten onrechte is ontslagen, zich tot de kantonrechter kan wenden met het verzoek de werkgever te verplichten tot herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682, eerste lid, BW). Belangrijk daarbij is dat de rechter de

opzegging door de werkgever – anders dan voorheen het geval was – toetst aan dezelfde criteria als die voor het UWV gelden.[17] Wordt geoordeeld dat niet aan de geldende criteria voor opzegging is voldaan (en het UWV aldus ten onrechte toestemming voor de opzegging heeft verleend), dan veroordeelt de kantonrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Anders dan in het oude ontslagstelsel ligt de uiteindelijke zeggenschap over het ontslag bij de onafhankelijke rechter en niet bij het UWV. Weliswaar kan de kantonrechter ingevolge art. 7:682, eerste lid, onderdeel b of c nieuw BW in plaats van herstel, ook een billijke vergoeding toekennen, maar dat kan alleen op *verzoek* van de werknemer en bovendien alleen indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Anders dan onder het oude ontslagrecht voorziet het huidige recht niet meer in de mogelijkheid voor de werkgever om een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst af te kopen. Het stelsel is hiermee zonder meer in overeenstemming gebracht met de eisen van art. 6 EVRM.[18]

D.M.A. Bij de Vaate

Universitair docent arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

[1] Zie ook: *Frydlender t. Frankrijk*, EHRM 27 juni 2000, nr. 30979/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD003097996, «EHRC» 200/67 m.nt. Heringa, par. 27; *Regner t. Tsjechië*, EHRM 19 september 2017, nr. 35289/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD003528911, par. 121.

[2] *Engel t. Nederland*, EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, par. 82. Zie ook: *Öztürk t. Duitsland*, EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479, par. 50; *Lutz t. Duitsland*, EHRM 25 augustus 1987, nr. 9912/82, ECLI:CE:ECHR:1987:0825JUD000991282, par. 55.

[3] Zie in dat verband o.a.: *British-American Tobacco Ltd. t. Nederland*, EHRM 20 november 1995, nr. 19589/92, ECLI:CE:ECHR:1995:1120JUD001958992 par. 78; *Oerlemans t. Nederland*, EHRM 27 november 1991, nr. 12565/86, ECLI:CE:ECHR:1991:1127JUD001256586 par. 53-58.

[4] Zie *Le Compte, Van Leuven and De Meyere t. België*, EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875, par. 51; *Terra Woningen t. Nederland*, EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002064192, par. 52; *Chevrol t. Frankrijk*, EHRM 13 februari 2003, nr. 49636/99, ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004963699, «EHRC», 2003/34 m.nt. Heringa, par. 77; *Silvester's Horeca Service t. België*, EHRM 4 maart 2004, nr. 47650/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0304JUD004765099, «EHRC» 2004/37, par. 27;

Menarini Diagnostics t. Italië, EHRM 27 september 2011, nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, «EHRC» 2012/7 m.nt. Jansen, par. 59; *Segame t. Frankrijk*, EHRM 7 juni 2012, nr. 4837/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD000483706, «EHRC» 2012/202 m.n.t. Woltjer, par. 55; *Ramos Nunes de Carvalho t. Portugal*, EHRM 6 november 2018, nrs. 55391/13, 57728/13 en 74041/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, «EHRC» 2019/69 m.nt. Soeharno, par. 176-186. Zie voorts: P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 44; D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 148-158.

[5] *Sporrong and Lönnroth t. Zweden*, EHRM 23 september 1982, nrs. 7151/75 en 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, par. 87.

[6] *Ramos Nunes de Carvalho t. Portugal*, EHRM 6 november 2018, nrs. 55391/13, 57728/13 en 74041/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, «EHRC» 2019/69 m.nt. Soeharno, par. 179.

[7] Zie voor een overzicht van de relevante literatuur: L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, Deventer: Kluwer 2010, p. 9 met verwijzingen; L.G. Verburg, 'Het Nederlandse ontslagrecht en artikel 6 EVRM. Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', AA 2011/4; D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 124-128 en 148-166.

[8] Anders: *Stolk t. Nederland*, EHRM (ontv.) 7 oktober 2014, nr. 63072/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1007DEC006307210, par. 21, «EHRC» 2015/88 m.nt. J.M. Emaus, met verwijzing naar ECRM 8 oktober 1980, nr. 8974/80, NJ 1981, 149; ECRM 6 november 1989, NJB 1990, p. 1052. Zie daarover: D.M.A. Bij de Vaate, 'De UWV-procedure oude en nieuwe stijl en art. 6 EVRM', TRA 2015/34.

[9] *Obermeier t. Oostenrijk*, EHRM 28 juni 1990, nr. 11761/85, ECLI:CE:ECHR:1990:0628JUD001176185.

[10] Zie o.a. *Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 mei 2002, nr. 35605/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, «EHRC» 2000/92 m.nt. Heringa, par. 58; *Oleksandr Volkov t. Oekraïne*, EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0109JUD002172211, «EHRC» 2013/80 m.nt. Sillen, par. 125-126.

[11] Art. 8:5 Awb jo. art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak en art. 6, tiende lid, BBA (oud).

[12] Zie daarover: D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 158-162; D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning

bezien in het licht van artikel 6 EVRM', *ArA* 2011/2.

[13] HR 11 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1983, *NJ* 1979/441 (*HAL/Van Werkhoven*).

[14] Vgl. ook *Sabev t. Bulgarije*, EHRM 19 juli 2018, nr. 43503/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD004350308, «EHRC» 2018/224 m.nt. Jansen; *Miryana Petrova t. Bulgarije*, EHRM 21 juli 2016, nr. 57148/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD005714808.

[15] Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

[16] Art. 7:671a BW is opgenomen in de opsomming van de van beroep uitgezonderde besluiten in Bijlage 2 bij de AWB (de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak).

[17] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 31.

[18] Zie daarover: D.M.A. Bij de Vaate, 'De UWV-procedure oude en nieuwe stijl en art. 6 EVRM', *TRA* 2015/34; D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 365.

ANNOTATIE

Veselības ministrija (HvJ EU, zaak C-243/19) – Grondrechtenbescherming ondergesneeuwd in EU- zorgzaken?

M. Beijer en J.W. van de Gronden

1. Het arrest *Veselības ministrija* heeft betrekking op de vergoeding van de ziektekosten die gemaakt zijn vanwege een behandeling die een patiënt woonachtig in een EU-lidstaat (Letland) ondergaan heeft in een andere lidstaat (Polen). Dergelijke kwesties zijn naar hun aard al ingewikkeld, maar zijn nog complexer geworden door de verschillende sets aan regels die de EU voor dergelijke behandelingen heeft geïntroduceerd. Door deze complexe Europese regels raakt de toetsing aan de grondrechten, waarop betrokkenen een beroep hadden gedaan, ondergesneeuwd in het arrest *Veselības ministrija*.

2. Voor een goed begrip van de problematiek die aan de orde is in dit arrest, wordt hieronder kort ingegaan op de toepasselijke EU-regels voor grensoverschrijdende zorg (1 Achtergrond). Daarna komt aan de orde met welke problematiek het HvJ EU geconfronteerd werd (2 Aanleiding van het arrest). Vervolgens wordt ingegaan op de toetsing die aan de relevante EU-regelingen werd uitgevoerd (3 Toetsing aan de Verordening en 4 Toetsing aan de Richtlijn). Afgesloten wordt met een korte vooruitblik (5 Slot).

1. Achtergrond

3. Opmerkelijk genoeg zijn er twee regelingen met verschillende uitgangspunten van toepassing op grensoverschrijdend patiëntenverkeer, terwijl op de achtergrond de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer ook een rol spelen: Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels (hierna: de Verordening)[1] en Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (hierna: de Richtlijn).[2] Beiden beogen het vrije verkeer te bevorderen: bij de Verordening gaat het om het vrije verkeer van personen terwijl het vrije verkeer van patiënten centraal staat bij de Richtlijn. Een belangrijk verschil tussen deze regelingen, waarnaar ook verwezen wordt in overwegingen 72 en 73 van het arrest

Veselibas ministrija, is evenwel dat bij toepasselijkheid van de Verordening de patiënt recht heeft op vergoeding van de tarieven van het land waar deze behandeld wordt (art. 20 lid 2 van de Verordening), terwijl de Richtlijn uitgaat van de tarieven van het land waar de patiënt verzekerd is (art. 7 lid 4 van de Richtlijn). Beide regelingen worden onder meer in art. 8 lid 3 van de Richtlijn op elkaar afgestemd. Uit deze bepaling vloeit voort dat verzoeken van voorafgaande toestemming voor een medische behandeling in een andere lidstaat in beginsel worden beoordeeld in het licht van de Verordening, tenzij de patiënt anderszins verzoekt. Overigens heeft het HvJ EU geoordeeld dat met de Verordening slechts beoogd is om stelsels van sociale zekerheid (waaronder zorgstelsels) te coördineren zonder harmonisatie van deze stelsels tot stand te brengen.[3] De Richtlijn is daarentegen wel een harmonisatiemaatregel: deze EU-regeling is gebaseerd op art. 114 VWEU, dat de rechtsgrondslag voor maatregelen inzake de interne markt bevat, en heeft als doel om de patiëntrechten bij grensoverschrijdend verkeer te waarborgen.

4. Uit het arrest *Inizan* kan voorts worden afgeleid dat volgens de benadering van het HvJ EU de Verordening een administratief mechanisme ter vereenvoudiging van het grensoverschrijdend zorgverkeer in het leven heeft geroepen door de betalingen van vergoedingen van behandelingen ondergaan in een andere lidstaat te faciliteren, maar dat de patiënt niet verplicht is om van dit mechanisme gebruik te maken.[4] Deze verduidelijking is ons inziens geen overbodige luxe, omdat in de Verordening het vereiste om voorafgaande toestemming te krijgen voor een behandeling in een andere lidstaat essentieel is om vervolgens voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen, terwijl volgens de Richtlijn een dergelijke eis van voorafgaande toestemming -kort gezegd- alleen toegestaan is in bepaalde uitzonderingssituaties. Het uitgangspunt van de Richtlijn is namelijk dat een patiënt de kosten voor een behandeling ontvangen in een andere lidstaat in beginsel vergoed krijgt (art. 7 lid 1 van de Richtlijn). Voorafgaande toestemming mag alleen verlangd worden voor bepaalde complexe zorg die naar zijn karakter gepland moet worden, zo volgt uit art. 8 van de Richtlijn; het betreft hier vaak zorg aangeboden in een ziekenhuis.[5]

5. De Richtlijn codificeert de rechtspraak van het HvJ EU over het vrije verkeer van diensten en grensoverschrijdend patiëntenverkeer.[6] In deze rechtspraak werd een nationaal stelsel van voorafgaande toestemming, dat nodig is om vergoeding van kosten te ontvangen voor een zorgbehandeling ondergaan in een andere lidstaat, als een beperking van het vrije verkeer van diensten gezien. Krachtens het proportionaliteitsbeginsel was een dergelijke beperking met een beroep op bepaalde publieke doelstellingen alleen te rechtvaardigen voor intramurale zorg (ziekenhuiszorg) mits er geen wachtlijsten zijn. De beperkingen van het vrije verkeer van extramurale zorg worden niet als proportioneel gezien, op een enkele uitzondering na. De reden hiervoor is dat deze zorg volgens het HvJ EU niet gepland hoeft te worden om de

toegankelijkheid voor eenieder te kunnen garanderen.[7]

6. Het uitgangspunt van de Richtlijn schuurt met dat van de Verordening (*to put it mildly*). De oplossing van het HvJ EU hiervoor, zo blijkt uit het hierboven aangehaalde arrest *Inizan*, is om het systeem van voorafgaande toestemming uit de Verordening als een ‘administratief mechanisme’ te beschouwen.[8] Indien een patiënt problemen heeft met dit toestemmingssysteem, kan deze beter gebruik maken van hetgeen bepaald is in de Richtlijn. In zekere zin is er een keuzemenu voor grensoverschrijdende patiëntenverkeer gecreëerd in het EU-recht. Uit bijvoorbeeld het arrest *Watts* van het HvJ EU vloeit overigens wel voort dat in beide regelingen, wanneer een stelsel van voorafgaande goedkeuring mag worden gehanteerd, een dergelijke goedkeuring moet worden afgegeven, wanneer de patiënt niet op tijd vanuit medische perspectief kan worden behandeld in de lidstaat waar deze woont.[9] Dit uitgangspunt is overgenomen in art. 20 lid 2 van de Verordening en artikel 8 lid 5 van de Richtlijn.

2. Aanleiding van het arrest

7. Tegen de achtergrond van deze complexe regels diende het HvJ EU een oordeel te vellen over een zaak waarin ook de kwestie van godsdienstvrijheid een belangrijke rol speelde. De feiten van deze zaak zijn aangrijpend: een kind moest vanwege een ernstige medische aandoening een operatie ondergaan. Zijn familie had daar bezwaren tegen omdat hun geloof (Jehova’s getuigen) in de weg staat aan een operatie die gepaard gaat met bloedtransfusie. In een andere lidstaat was een behandeling beschikbaar, waarbij bloedtransfusie niet nodig was. De weigering van de Letse gezondheidsdienst om voorafgaande toestemming voor de geplande gezondheidszorg te verlenen, leidde volgens de familie tot discriminatie op grond van godsdienst.

8. Het verbod van discriminatie op grond van godsdienst is al in verschillende eerdere zaken bij het HvJ EU aan de orde geweest. Met name bekend en tevens spraakmakend zijn de arresten *Achbita* en *Bougnaoui* over het ontslag van twee werknemers dat te maken had met het dragen van een hoofddoek.[10] Ook kwam het discriminatieverbod aan de orde in een zaak over het verplichte lidmaatschap van een kerk om in aanmerking te kunnen komen voor een bepaalde baan, en in een zaak over een nationale regeling die alleen in de toekenning van een toeslag voorzag voor het verrichten van arbeid op Goede Vrijdag voor werknemers die lid waren van een kerk.[11] Het HvJ EU toetste in dergelijke zaken aan de bepalingen van Richtlijn 2000/78/EG, het algemene kader voor de gelijke behandeling in arbeid en beroep, waarin ook een aantal bijzondere bepalingen zijn opgenomen zoals over de mogelijkheid tot het stellen van wezenlijke beroepsvereisten.[12] In deze (arbeids)zaken spelen het verbod op discriminatie op grond van godsdienst als algemeen beginsel van Unierecht en art. 21 lid 1

Handvest, waarin het verbod op discriminatie op godsdienst is bevestigd, ook een belangrijke rol. Het HvJ EU heeft aangenomen dat het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, zoals neergelegd in art. 21 lid 1 Handvest, een dwingend karakter heeft en rechtstreeks kan worden ingeroepen in een geschil tussen twee particulieren. Dit betekent dat wanneer het niet mogelijk is om nationale bepalingen richtlijnconform uit te leggen, de nationale rechter alsnog de volle werking van het verbod op discriminatie op grond van godsdienst dient te verzekeren.[13]

9. Buiten het kader van Richtlijn 2000/78/EG om heeft het verbod van discriminatie op grond van godsdienst nog maar weinig toepassing gevonden in de rechtspraak van het HvJ EU. Wel kwam het kort aan de orde in het recente arrest over de algehele plicht tot bedwelming van dieren voorafgaand aan de slacht en de verhouding daarvan tot de godsdienstvrijheid.[14]

10. In beginsel bestaat de toets op basis van Richtlijn 2000/78/EG en art. 21 lid 1 Handvest uit dezelfde onderdelen. Het discriminatieverbod is een specifieke uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling op grond waarvan vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Beoordeeld dient te worden of sprake is van een verschil in behandeling, en vervolgens of sprake is van directe dan wel indirecte discriminatie. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, sprake is van indirecte discriminatie, dient te worden beoordeeld of daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat, ofwel of het verschil in behandeling berust op een 'objectief en redelijk criterium'. Dit houdt in dat het verschil in behandeling verband moet houden met een door de betrokken regeling nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil ook in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel. De eis dat een beperking van een grondrecht bij wet wordt gesteld en het evenredigheidsbeginsel komen terug in de algemene beperkingsclausule van art. 52 lid 1 Handvest. In deze bepaling wordt daarnaast expliciet genoemd dat beperkingen de 'wezenlijke inhoud' van een grondrecht dienen te eerbiedigen.

11. Het HvJ EU pleegt voor het begrip godsdienst verder aansluiting te zoeken bij de constitutionele tradities van de lidstaten en bij de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan de met art. 10 lid 1 (godsdienstvrijheid), en art. 21 lid 1 Handvest corresponderende bepalingen van het EVRM (art. 9 en 14). Het HvJ EU gaat uit van een ruime uitlegging van het begrip godsdienst. Zowel het *forum internum* (het feit een overtuiging te hebben) als het *forum externum* (de belijdenis in het openbaar) vormt onderdeel van dat begrip. In onderhavige zaak ging het HvJ EU af op de vaststelling van de verwijzende Letse rechter dat het verbod op bloedtransfusies een integraal onderdeel uitmaakt van de geloofsovertuiging van Jehova's getuigen (overweging 41 van het arrest). Dat het weigeren van bloedtransfusies bij medische behandelingen door Jehovah's getuigen onder het begrip godsdienst valt, is echter ook al door

het EHRM uitgemaakt. Niet alleen de godsdienstvrijheid is daarbij volgens het EHRM van toepassing. Ook het recht van het individu op persoonlijke autonomie ten aanzien van de lichamelijke integriteit verdient bescherming.[15]

12. In de zaak *Veselības ministrija* heeft het HvJ EU getracht om de overwegingen ontleend aan de toetsing aan het verbod op discriminatie op grond van godsdienst te integreren in de toetsing aan zowel de Verordening als de Richtlijn. Omdat niet op voorhand duidelijk was welke van de twee regelingen voor grensoverschrijdend zorgverkeer van toepassing was op de casus in kwestie, was het HvJ EU genoodzaakt om tweemaal een toetsing aan het verbod op discriminatie te verrichten. Eerst komt de Verordening aan bod, en daarna de Richtlijn. Art. 52 lid 1 Handvest speelde bij de overwegingen over het verbod op discriminatie op grond van godsdienst overigens, net als in de al aangehaalde zaken overigens, geen rol van betekenis.

3. Toetsing aan de Verordening

13. Het HvJ EU beoordeelde de zaak eerst in het licht van art. 20 lid 2 van de Verordening. In overweging 24 van het arrest is benadrukt dat op grond van deze bepaling een vergoeding krachtens de regeling van de lidstaat van behandeling wordt toegekend, welk recht niet voortvloeit uit art. 56 VWEU (verdragsbepaling voor het vrije verkeer van diensten) en de Richtlijn. Ons inziens wordt in deze overweging in wezen aangegeven dat art. 20 lid 2 van de Verordening een administratief mechanisme in het leven heeft geroepen om de patiënten te helpen om zorg in een andere lidstaat te ontvangen. Zoals gezegd, de patiënt is blijkbaar niet verplicht om van dit mechanisme gebruik te maken. In overweging 24 van het arrest *Veselības ministrija* wordt de benadering uit *Inizan* bevestigd. Vervolgens loopt het HvJ EU de voorwaarden van art. 20 lid 2 van de Verordening af. De eerste is dat de behandeling in kwestie moet behoren tot de prestaties waarop de betrokken patiënt recht heeft volgens het nationale wettelijk stelsel. Hier bestond geen discussie over. Het debat had zich toegespitst op de tweede voorwaarde. Toestemming moet verleend worden indien de betrokkene niet op tijd gezien zijn gezondheidstoestand en het ziekteverloop kan worden behandeld door de zorgverleners van de lidstaat waar deze woont. Bij de beantwoording van de vraag of aan deze voorwaarde is voldaan, mag alleen worden gekeken naar het medische perspectief. Persoonlijke keuzes aangaande de behandeling zijn niet van belang. Uit het dossier bleek dat de behandeling aangeboden in de woonlidstaat (Letland) afdoende was om de ernstige medische aandoening aan te pakken.

14. De verwijzende rechter vroeg of binnen dit kader rekening moest worden gehouden met de geloofsovertuiging van de patiënt gelet op art. 21 lid 1 van het Handvest dat discriminatie op basis van godsdienst verbiedt. Het HvJ EU kwam tot de conclusie dat een indirect onderscheid bestaat tussen Jehova's getuigen en anderen, omdat de eerstgenoemden gedwongen door het

zorgstelsel van Letland zijn om een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan, terwijl de kosten van deze behandeling niet vergoed worden. Daarna onderzocht het HvJ EU of een objectieve rechtvaardiging bestaat voor dit indirecte onderscheid. Deze rechtvaardiging is gelegen in overwegingen die verband houden met de volksgezondheid en de toegang tot een kwalitatief hoofwaardig ziekenhuiszorg. Vervolgens onderzocht het HvJ EU of het indirecte onderscheid berust op een objectief en redelijk criterium (overweging 43). Hoewel het HvJ EU dit pas aan het einde van zijn toetsing in overweging 55 met zoveel woorden zei, speelde het proportionaliteitsbeginsel een doorslaggevende rol bij deze afweging: bij het maken van het indirecte onderscheid gaat het Letse beleid niet verder dan noodzakelijk met het oog op het financiële evenwicht van het zorgstelsel. Wat opvalt aan de werkwijze van het HvJ EU is dat vrijwel volledig aangesloten wordt bij de hierboven aangehaalde rechtspraak over het vrije verkeer van diensten en grensoverschrijdende zorg. Het HvJ wijdt veel woorden aan de *balancing act* die in dat verband moet worden uitgevoerd, maar door aan te knopen bij deze bekende rechtspraak was het pleit al bij voorbaat beslecht. In deze rechtspraak heeft het HvJ namelijk geaccepteerd dat, voor zover het om intramurale zorg (ziekenhuiszorg) gaat, de nationale zorgautoriteiten mogen weigeren om de kosten van een behandeling in een andere lidstaat te vergoeden. De uitkomst van de toetsing uitgevoerd in overwegingen 45 tot en met 55 is dan ook dat het belang van een financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel/zorgstelsel in combinatie met het belang van een evenwichtige en tevens voor eenieder toegankelijke gezondheidszorg voorrang heeft op het grondrecht van art. 21 lid 1 Handvest.

15. Theoretisch gezien kan de vraag worden gesteld of bij beperkingen in het kader van extramurale zorg, de doorslag aan de geloofsovertuiging van de patiënt kan worden gegeven. Het HvJ EU heeft immers in zijn rechtspraak over het vrije verkeer en zorg niet geaccepteerd dat kosten van dergelijke behandelingen niet vergoed worden, omdat het argument van planning voor extramurale zorg niet opgaat.^[16] Naar onze mening is de kans echter zeer klein dat het HvJ EU deze lijn door zal trekken naar art. 21 lid 1 Handvest. In overwegingen 48-52 van het arrest *Veselibas ministrija* benadrukt het HvJ EU dat art. 20 lid 2 Verordening tot extra kosten leidt voor de lidstaat van de patiënt omdat voor de behandeling de tarieven gelden van de lidstaat van behandeling. Als naast medische criteria ook andere overwegingen, bijvoorbeeld met betrekking tot geloofsovertuiging een rol spelen, dan zullen de extra financiële lasten moeilijk te overzien zijn volgens het HvJ EU. Verder zou het geven van voorrang aan de geloofsovertuiging van een patiënt bij extramurale grensoverschrijdende zorg niet passen bij de benadering die het HvJ EU heeft ontwikkeld voor de rol die art. 20 lid 2 van de Verordening speelt: deze bepaling bevat een administratief mechanisme, waarvan de patiënt geen gebruik behoeft maken. Deze kan nog altijd terugvallen op de patiëntrechten uit de Richtlijn.

16. De uiteindelijke conclusie is dat daarom de toepassing van art. 20 lid 2 van de Verordening niet op gespannen voet staat met hetgeen bepaald is in art. 21 lid 1 van het Handvest. Voor het verlenen van toestemming op basis van het administratieve mechanisme van de Verordening hoeft alleen maar gekeken te worden naar medische criteria en niet naar overwegingen die betrekking hebben op grondrechten. Doordat het HvJ EU zijn overwegingen uit de rechtspraak over het vrije verkeer 'één op één' heeft overgezet naar de toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest lijkt deze gevolgtrekking in steen gebeiteld te zijn en dat is naar onze mening jammer. De vraag rijst of de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, zoals ontwikkeld in het kader van het vrije verkeer, onverkort kan worden toegepast op een beroep op grondrechten. Nu lijkt het erop dat elk beroep op een grondrecht in een zaak waarin art. 20 lid 2 van de Verordening wordt toegepast, zal worden afgewezen vanwege (financiële) zorgdoelstellingen. In wezen vindt er geen zelfstandige beoordeling plaats op basis van een objectief en redelijk criterium, zoals gebruikelijk is bij grondrechtentoetsing. De beoordeling uitgevoerd in overwegingen 48-52 van het arrest *Veselibas ministrija* lijkt volledig samen te vallen met de evenredigheidstoetsing, zoals ontwikkeld in rechtspraak over het vrije verkeer.

17. Het HvJ EU is vaker verweten dat het de neiging heeft om principiële vragen rondom grondrechtelijke kwesties uit de weg te gaan of te veel belang hecht aan overwegingen van financiële of van economische aard in grondrechtelijke zaken. De belangenafweging in grondrechtelijke zaken wordt (daardoor) ook niet altijd even secuur verricht. Zo heeft het HvJ EU veel kritiek te verduren gekregen op de toetsing die het verrichte in de zaken *Achbita* en *Bouagnaoui* aangaande eveneens het verbod op discriminatie op grond van godsdienst. Pijnpunt was onder meer dat het HvJ EU het belang van een onderneming om neutraliteit uit te stralen als onderdeel zag van het grondrecht op vrijheid van ondernemerschap.^[17] Gevolg daarvan is dat aan het belang van de onderneming vervolgens (a priori) dezelfde waarde toekomt als aan het belang van de werknemer op non-discriminatie. En dat is volgens de critici onterecht. Het HvJ EU hechte vervolgens ook veel belang aan het neutraliteitsbeleid van de onderneming. Het HvJ nam daarbij vrij gemakkelijk aan dat de onderneming op consistente en systematische, en dus passende, wijze het neutraliteitsbeleid had nagestreefd omdat dit was opgenomen in een intern arbeidsreglement, terwijl het reglement op dat onderdeel nog op een laat moment was aangepast. Verder ging het HvJ EU weinig secuur na welke alternatieven voor het ontslag van de werkneemsters mogelijk waren. Het enige alternatief dat het HvJ EU benoemde was dat er een andere positie binnen het bedrijf zou kunnen worden ingenomen waarin de werkneemster (in het geheel) geen contact zou hebben met klanten. De meer principiële vragen rondom de legitimiteit en noodzakelijkheid van een neutraliteitsbeleid ging het HvJ EU uit de weg.

18. Bij ernstige inbreuken op een grondrecht en bij principiële grondrechtelijke kwesties is een

meer genuanceerd toetsing op zijn plaats. In het arrest *Veselības ministrija* laat het HvJ EU dat echter niet zien. In dit arrest ging het HvJ EU niet in op de vraag of de wezenlijke inhoud van het grondrecht nog wordt geëerbiedigd wanneer de autoriteiten op grond van de Verordening weigeren om een voorafgaande toestemming voor de gezondheidszorg te verlenen, en of er sprake is van een ernstige inbreuk op het grondrecht als gevolg van die weigering. Verder wijdt het HvJ EU wel erg veel overwegingen aan het mogelijke risico voor de financiële stabiliteit voor het zorgverzekeringsstelsel als gevolg van het vooraf rekening houden met de religieuze overtuiging van een patiënt. Maar een nader onderzoek naar de mogelijke omvang van dit risico voert het HvJ EU daarbij niet uit.

19. In onderhavige zaak verwijst het HvJ EU verder ook niet naar art. 35 Handvest dat eenieder het recht toekent op toegang tot gezondheidszorg. Deze bepaling betreft een beginsel en niet een recht, zoals bedoeld in art. 52 lid 5 Handvest. Als beginsel had het een rol bij de interpretatie en toetsing kunnen spelen. In een andere principiële grondrechtelijke zaak *Léger* refereerde het HvJ EU nog wel aan art. 35 Handvest.^[18] Die zaak draaide om de vraag of homoseksuelen (categoriaal) konden worden uitgesloten van bloeddonatie vanwege het bestaan van een vergoed risico op besmetting met een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte. In die zaak besteedde het HvJ EU onder meer aandacht aan de vraag of de wezenlijke inhoud van het non-discriminatiebeginsel nog werd geëerbiedigd (volgens het HvJ EU wel). En daarnaast ging het HvJ EU vrij uitgebreid in op de vraag of de categoriale uitsluiting niet verder ging dan noodzakelijk. De nationale rechter werd expliciet opgedragen om, onder meer, na te gaan of er niet een andere, minder belastende methode mogelijk was om een hoog niveau van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers van het bloed na te streven, zoals met name door een vragenlijst af te lopen en een persoonlijk gesprek te houden waardoor het risico mogelijk ook zou kunnen worden vastgesteld.

20. Waarom kon het HvJ EU niet ook in *Veselības ministrija* betekenis toekennen aan art. 35 Handvest, en ingaan op de gevolgen van de weigering en het verschil in behandeling voor het individu, en de betekenis daarvan, zodat een bruikbaar afwegingskader kon worden ontwikkeld? Het HvJ EU kon daarbij aangeven dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij de inrichting van het zorgstelsel. Dit wordt door het HvJ EU wel naar voren gebracht in overweging 53 van *Veselības ministrija*, maar volgt ook duidelijk uit het bepaalde in art. 35 Handvest, waarin verwezen wordt naar de rol van nationale wetgevingen en praktijken. Kortom, naar onze mening dient de toetsing aan grondrechten in zaken betreffende grensoverschrijdende zorg verder ontwikkeld te worden in de rechtspraak.

4. Toetsing aan de Richtlijn

21. Na aan de Verordening te hebben getoetst, gaat het HvJ EU in op de Richtlijn. De kernvraag

hier is of met succes een beroep op art. 8, waarin het stelsel van voorafgaande toestemming als exceptie is vastgelegd, kan worden gedaan om af te wijken van het uitgangspunt van art. 7 lid 1 van de Richtlijn, op grond waarvan de kosten van een behandeling ontvangen in een andere lidstaat moeten worden vergoed. Wat de toegang tot het zorgstelsel en de planning betreft, maakt het HvJ EU hier een opvallend onderscheid tussen twee aspecten van deze doelstelling, te weten: de kostenbeheersing en het behoud van gezondheids capaciteit. Beide kwesties zijn van belang met het oog op de planning van de zorg. Het HvJ EU is evenwel van mening dat bij de Richtlijn geen beroep gedaan kan worden op het argument van kostenbeheersing, omdat art. 7 lid 4 van deze regeling twee grenzen aan de vergoeding stelt: het tarief van de lidstaat waar de patiënt woont en de daadwerkelijk gemaakte kosten. Hierdoor zouden, anders dan bij de Verordening waar het tarief van de lidstaat van behandeling als vertrekpunt wordt genomen, de autoriteiten van de lidstaat waar de patiënt woont niet met extra kosten worden geconfronteerd volgens het HvJ EU. Op dit argument valt wel wat af te dingen, omdat een grote uitstroom van patiënten naar het buitenland de rendabiliteit van de binnenlandse ziekenhuizen onder druk kan zetten. Daarom is het goed dat het HvJ EU het tweede argument dat betrekking heeft op het behoud van de gezondheids capaciteit wel accepteert. Indien dit belang in het geding is, dan mag de lidstaat de vergoeding van de kosten van een medische behandeling in een andere lidstaat afhankelijk stellen van een voorafgaande toestemming. Dan gebeurt er echter iets opmerkelijks in de redenering van het HvJ EU.

22. In algemene bewoordingen wordt overwogen dat een dergelijk systeem van voorafgaande toestemming niet verder mag gaan dan noodzakelijk is; voldaan moet zijn derhalve aan het proportionaliteitsbeginsel. Het HvJ EU gaat daarbij niet dieper in op de voorwaarden die in art. 8 zijn vastgelegd en die verband houden met planning en ziekenhuiszorg. Ook roept het HvJ EU zijn bekende rechtspraak over vrij verkeer en de ziekenhuiszorg niet in herinnering. Anders dan bij de Verordening, laat het HvJ EU het aan de nationale rechter om te bezien of voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Het opvallende is naar onze mening dat de afweging nog in het voordeel kan uitvallen van de patiënt die om vergoeding van de kosten heeft gevraagd. Wel herinnert het HvJ EU eraan dat, indien een systeem van voorafgaande toestemming geoorloofd wordt geacht, art. 8 lid 5 en lid 6 vereist dat toestemming wordt verleend indien een patiënt te lang moet wachten op behandeling in zijn eigen land; deze beoordeling moet geschieden aan de hand van medische criteria.

23. Hoe is dit opmerkelijke verschil tussen de toetsing aan de Richtlijn en Verordening te verklaren? Naar onze mening heeft dit te maken met de verschillende doelstellingen van de Verordening en de Richtlijn. Zoals gezegd, beperkt art. 20 lid 2 van de Verordening zich volgens het HvJ EU tot het in het leven roepen van een administratief mechanisme waarvan geen gebruik hoeft te worden gemaakt door de patiënt. Het doel van de Richtlijn

daarentegen is, zoals hierboven al is opgemerkt, gericht op harmonisatie van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdend verkeer. Afwijking van deze rechten door middel van het in het leven roepen van een stelsel van voorafgaande toestemming mag dan alleen indien voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel.

24. Gezien het subtiële verschil tussen de Verordening en de Richtlijn is op deze benadering ons inziens wel enige kritiek te leveren. Uiteindelijk gaat het er toch voor een patiënt om dat de -vaak hoge- rekening van de behandeling ondergaan in een andere lidstaat wordt betaald. Waarom zou het toetsingskader bij de Richtlijn anders moeten zijn dan bij de Verordening? Dit verschil leidt er toe dat in geval van twijfel of de toestemming verleend zal worden, de patiënt het beste voor de Richtlijn kan kiezen, omdat dan ook het systeem van voorafgaande toestemming zelf ter discussie kan worden gesteld.

25. Voor de bescherming van de grondrechten heeft het door het HvJ EU gehanteerde verschil een opmerkelijke consequentie, zo blijkt uit het vervolg van de redenering in het arrest *Veselibas ministrija*. Uiteraard is het Handvest ook van toepassing op een casus, waarin toepassing wordt gegeven aan de art. 7 en 8 van de Richtlijn, zodat er weer een toetsing aan art. 21 lid 1 van het Handvest moest worden uitgevoerd. Het HvJ EU constateert wederom bij deze toetsing dat de Letse regeling tot indirect onderscheid leidt tussen Jehova's getuigen en anderen. Het HvJ EU overweegt echter vervolgens dat de nationale rechter moet beoordelen of dit onderscheid objectief te rechtvaardigen is in het licht van de noodzaak van het behoud van de gezondheidscapaciteit. Opmerkelijk is dat het HvJ EU hier, bij toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest, wel verwijst naar het argument van de planning van ziekenhuisbehandelingen (overweging 84). Wat verder opvalt is dat het HvJ EU zijn argumentatie die betrekking heeft op art. 8 van de Richtlijn recyclet in zijn toetsing aan art. 21 lid 1 Handvest. Daarmee dicteert de uitkomst van de toetsing aan art. 8 van de Richtlijn die van art. 21 lid 1 Handvest. Wat een groot en opvallend verschil is met de toetsing uitgevoerd in de context van de Verordening is dat de nationale rechter per geval kan beslissen of voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. De rechter wordt derhalve de ruimte gelaten om de balans te laten doorslaan in het voordeel van art. 21 lid 1 van het Handvest. Zoals hierboven aan de orde kwam, was dit niet mogelijk bij de Verordening. Reeds is aangegeven dat de Verordening slechts de coördinatie van aanspraken die voortvloeien uit bijvoorbeeld verschillende nationale zorgstelsels tot stand beoogt te brengen. Het is opmerkelijk dat de bescherming van grondrechten geen reden kan vormen om van een coördinatieregeling af te wijken, maar dat een dergelijk grondrecht wel een rol speelt bij de bepaling van de omvang van patiëntrechten die een harmonisatiemaatregel als de Richtlijn, die ingrijpt in nationale zorgstelsel, toekent.

26. Vanuit het perspectief van grondrechtenbescherming is het desalniettemin toe te juichen dat de nationale rechter in concrete gevallen nog een proportionaliteitstoets kan uitvoeren aan

het Handvest voor het geval dat de Richtlijn het relevante kader is. De vraag rijst evenwel of de proportionaliteitstoetsing uitgevoerd in het kader van art. 21 lid 1 Handvest exact het pad van art. 8 lid 1 van de Richtlijn zou moeten volgen. De vraag kan worden gesteld of een benadering die gebaseerd is op een zelfstandige beoordeling op basis van een 'objectief en redelijk criterium' niet de voorkeur verdient. Daarbij kan, zoals hierboven al is aangegeven aandacht besteed worden aan het recht op toegang tot de zorg van art. 35 van het Handvest. Deze bepaling uit het Handvest speelt op zichzelf alleen nog geen echte rol van betekenis in de rechtspraak van het HvJ. Het wordt slechts af en toe aangehaald, zoals in het arrest *Léger*, om met name te benadrukken dat bescherming van de volksgezondheid een legitiem belang is in het kader van de beperking van een ander grondrecht. De bevoegdheid van rechters ten aanzien van beginselen blijft, gelet op art. 52 lid 5 Handvest, wel beperkt tot de uitlegging van wetgeving en de toetsing van de wettigheid daarvan. Deze beperking kan wellicht een verklaring vormen voor de reden waarom het HvJ aan deze bepaling in onderhavige, enigszins juridisch gecompliceerde zaken, verder maar geen aandacht heeft besteed.

5. Slot

27. Doordat op grensoverschrijdende zorgverkeer twee verschillende EU-regelingen van toepassing zijn, wordt het erg lastig vast te stellen waarop patiënten recht hebben, indien zij in een andere lidstaat dan waar zij wonen, worden behandeld. In dit verband dient erop gewezen te worden dat een consultatieproces door de Commissie is gestart over de rechten van patiënten in grensoverschrijdende situaties (informatie hierover is beschikbaar op <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12844-Evaluation-of-patient-rights-in-cross-border-healthcare>). Naar onze mening biedt deze consultatie een mooie kans om de complexe regelgeving opnieuw te doordenken. Zou het geen tijd zijn om de beide regelingen uit de Verordening en de Richtlijn te integreren? Zou dit de toegankelijkheid tot het EU-recht voor grensoverschrijdend patiëntenverkeer niet verbeteren? En zou daarbij ook meer aandacht kunnen toekomen aan de ruimte voor een toetsing aan de relevante grondrechten uit het Handvest?

Dr. mr. M. Beijer en prof. mr. J.W. van de Gronden

[1] Pb. 2004 L166/1.

[2] Pb. 2011 L88/45.

[3] Zie bijvoorbeeld *Borowitz*, HvJ 5 juli 1988, zaak C-21/87, ECLI:EU:C:1988:362, overweging 23.

[4] *Inizan*, HvJ 23 oktober 2003, zaak C-56/01, ECLI:EU:C:2003:578.

[5] In deze richtlijnbeplating worden ook nog andere uitzonderingsgevallen genoemd; deze zijn echter niet van belang voor de problematiek die aan de orde was in de zaak *Veselības ministrija*.

[6] Bekende zaken in dit verband zijn bijvoorbeeld zaak *Smits en Peerbooms*, HvJ 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404; *Müller-Fauré*, HvJ 13 mei 2003, zaak C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 en *Watts*, HvJ 16 mei 2006, zaak C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325.

[7] Deze bekende rechtspraak wordt uitvoerig besproken in bijvoorbeeld L. Hancher en W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford University Press, 2012, Oxford, p. 60-82.

[8] Dit mechanisme wordt besproken in J.W. van de Gronden, *De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw in het licht van het EU-recht*, 28 september 2020, Nijmegen, p. 19 en 20; beschikbaar op: <https://www.ru.nl/rechten/ster/@1286666/rapport-johan-gronden-voorgenomen-wijziging/>.

[9] Zie overwegingen 65-79 en 119 t/m 123 van *Watts*, reeds aangehaald.

[10] *Achbita*, HvJ EU 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 en zaak C-188/15, *Boungaoui*, HvJ EU 14 maart 2017, zaak C-188/15, ECLI:EU:C:2016:553, «EHRC» 2017/96 m.nt. Gerards.

[11] *Egenberger*, HvJ EU 16 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, «EHRC» 2018/127 m.nt. Gerards en *Cresco Investigation*, HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, «EHRC» 2019/66 m.nt. Gerards en Mak.

[12] Pb. 2000, L303/16.

[13] *Cresco Investigation*, reeds aangehaald, overwegingen 76-78.

[14] *Centraal Israëlitische Consistorie van België e.a.*, HvJ EU 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, overwegingen 83 en verder.

[15] *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202, «EHRC» 2010/89 m.nt. Gerards. Zie uitgebreider A. Nieuwenhuis, 'Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2017, afl. 3.

[16] Zie bijvoorbeeld *Müller-Fauré*, reeds aangehaald.

[17] *Achbita*, reeds aangehaald, overweging 38.

[18] *Léger*, HvJ EU 29 april 2015, zaak C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, «EHRC» 2015/145 m.nt. Hendriks.

ANNOTATIE

Georgië t. Rusland (II) (EHRM, nr. 38263/08) – Toepasselijkheid van het EVRM tijdens extraterritoriale interstatelijke conflicten

M. Zwanenburg en F. Tan

Inleiding

1. Naar deze uitspraak werd door velen uitgekeken. Dit was vooral omdat de feiten van de zaak naar verwachting het Hof zouden dwingen belangrijke uitspraken te doen over de extraterritoriale toepassing van het EVRM en over de relatie tussen het EVRM en het humanitair oorlogsrecht (HOR). De uitspraak voldoet aan de verwachtingen, in die zin dat het Hof beide onderwerpen uitwerkt. Voor velen zal de inhoud van die uitwerking echter behoorlijk teleurstellend zijn.[1] Het Hof brengt een belangrijke beperking aan op de extraterritoriale reikwijdte van het EVRM, op een manier die weer veel nieuwe vragen oproept. Het trekt zijn eerdere jurisprudentie over de relatie tussen het EVRM en het HOR door, maar maakt weinig woorden vuil aan de mogelijke conflicten die er tussen de twee rechtsgebieden kunnen spelen. Ook verruimt het de onderzoeksplicht onder art. 2 EVRM, zonder veel oog voor potentiële conflicten tussen het EVRM en het HOR op dit punt.

Rechtsmacht

2. Voor het beantwoorden van de vraag of Rusland extraterritoriale rechtsmacht uitoefende in de zin van art. 1 EVRM maakt het Hof onderscheid tussen twee fases. De eerste fase bestaat uit de ‘active phase of hostilities’, die volgens het Hof duurde van 8 tot 12 augustus 2008. Georgië stelde dat in deze fase art. 2 EVRM was geschonden door Rusland. De tweede fase bestaat uit de ‘bezettingsfase’ die daarop volgde.

3. Ten aanzien van de ‘active phase of hostilities’ was vooral de vraag hoe het Hof zou omgaan met de erfenis van *Banković*. [2] Het blijkt dat het Hof de deur die in *Banković* leek te zijn gesloten maar in latere jurisprudentie op een kier is gezet weer een beetje dichtdoet, en vervolgens helemaal sluit voor een specifieke categorie, namelijk militaire operaties in de “actieve fase van vijandelijkheden” van (internationaal) gewapend conflict.

4. Zoals bekend zijn er twee hoofdgronden in de jurisprudentie van het Hof om te kunnen aannemen dat personen binnen de extraterritoriale rechtsmacht van de verweerder vallen, namelijk (a) effectieve controle over een gebied (Effective Control of an Area, ECA) en (b) controle over personen (State Agent Authority and Control, SAA).

5. Ten aanzien van de eerste grond (ECA) kan er volgens het Hof in het algemeen geen sprake zijn van effectieve controle over een gebied in geval van militaire operaties tijdens een internationaal gewapend conflict (par. 126). Dat kan dus ook niet in het geval van de strijd tussen Georgië en Rusland. Een reden die het Hof daarvoor aanvoert, is dat er in deze fase van een interstatelijk conflict juist wordt gestreden *om controle over een gebied te verkrijgen*, en de daarmee gepaard gaande ‘context of chaos’ maakt dat effectieve controle over een gebied is uitgesloten.

6. Ten aanzien van de tweede grond (SAA) erkent het Hof dat zijn jurisprudentie over extraterritoriale rechtsmacht sinds *Banković* verder is ‘ontwikkeld’, onder meer in die zin dat het heeft aangegeven dat de rechten in het EVRM ‘divided and tailored’ kunnen worden en dat een nuancering is aangebracht in het concept van de ‘legal space’ van het verdrag. Het Hof beschrijft een aantal uitspraken waarin het al afstand leek te hebben genomen van *Banković*, waaronder *Issa, Pad* en zaken betreffende geweldgebruik vanuit Noord-Cyprus (*Isaak, Solomou, Andreou*).[3] De benadering in die uitspraken, zo overweegt het Hof, ‘refines and broadens the concept of territorial jurisdiction’.[4] Dit is een opvallend contrast met vooral *Al-Skeini*, waarin het Hof het deed voorkomen alsof de eerdere jurisprudentie met elkaar in overeenstemming te brengen was.[5] Tot zover lijkt het Hof dus terug te komen op *Banković*.

7. Dat blijkt echter maar ten dele het geval. Ten eerste neemt het Hof geen afstand van de lijn in *Banković* in die zin dat het onderstreept dat er geen rechtsmacht is in gevallen van een ‘instantaneous extraterritorial act’. Ten tweede erkent het dat het in een aantal zaken SAA heeft vastgesteld in geval van geweldgebruik waarin personen niet onder fysieke controle (‘physical power and control’) van agenten van de staat waren. Maar vervolgens geeft het Hof een beperkende draai aan die erkenning door te stellen dat het daarbij ging om ‘isolated and specific acts involving an element of proximity’.[6] Het Hof contrasteert dit met de actieve fase van vijandelijkheden in het conflict tussen Georgië en Rusland, waarin het ging om bombardementen en artilleriebeschietingen gericht op het buiten gevecht stellen van de Georgische troepen door Rusland. In een cruciale overweging zegt het Hof doorslaggevend te vinden dat de realiteit van een gewapend treffen en gevechten tussen vijandelijke troepen die proberen controle over een gebied te krijgen in een chaotische situatie niet alleen uitsluit dat er sprake kan zijn van effectieve controle over een gebied, maar ook enige vorm van controle over personen uitsluit.[7] Opvallend is in dit verband dat het Hof van oordeel is dat deze interpretatie wordt gesteund door het feit dat EVRM-partijen niet hebben gederogeerd in

geval van internationale gewapende conflicten buiten hun grondgebied.[8] Volgens het Hof kan het feit dat er geen derogaties zijn geweest in geval van extraterritoriale internationale conflicten zo worden geïnterpreteerd, dat EVRM-partijen van mening waren dat zij in die situaties geen rechtsmacht uitoefenen in de zin van art. 1 EVRM. Hoewel het Hof dat niet met zoveel woorden zegt, doelt het vermoedelijk op de mogelijkheid die is voorzien in art. 15 lid 2 EVRM om te derogeren van art. 2 ten aanzien van 'deaths resulting from lawful acts of war'. Een vergelijkbare redenering volgde het Hof ook in *Banković*, een uitspraak waar het nu deels afstand van neemt.

8. De vraag is hoe ver deze nieuwe beperking op rechtsmacht reikt. Ten eerste is de vraag wat precies de drempel is voor een 'actieve fase van vijandelijkheden'. Hoe 'actief' en hoe grootschalig moeten vijandelijkheden precies zijn om deze drempel over te gaan? En hoe moet precies worden bepaald wanneer een dergelijke fase eindigt? Ten tweede is de vraag of deze beperking alleen opgaat in interstatelijke gewapende conflicten zoals dat tussen Georgië en Rusland, of ook in niet-internationale conflicten. Het Hof lijkt zelf een link te leggen met de eerste categorie,[9] maar het blijft onduidelijk of het ook de tweede in gedachten had. Dat zou relevant kunnen zijn voor Europese staten die deelnemen aan extraterritoriale conflicten tegen niet-statelijke actoren, zoals bijvoorbeeld de strijd tegen IS. Ten derde past het Hof deze nieuwe lijn alleen toe in de context van artikel 2 EVRM. Immers, het accepteert wel dat Rusland rechtsmacht had over personen die gevangen waren genomen en mishandeld, ook tijdens de 'actieve fase van vijandelijkheden'.[10] Een verdere vraag, ten slotte, is nog in hoeverre de territoriale staat zelf wél geacht wordt rechtsmacht uit te hebben geoefend tijdens de 'actieve fase van vijandelijkheden'. Strikt genomen heeft het Hof in de onderhavige zaak alleen uitspraak gedaan over de uitoefening van *extraterritoriale* rechtsmacht. Maar de gevolgtrekking dat Georgië *wel* en Rusland *niet* gebonden was aan het EVRM, lijkt moeilijk te verteren als dit betekent dat een agressorstaat die extraterritoriaal opereert zich aan het EVRM niets gelegen hoeft te laten liggen, terwijl verdedigende staten op hun beurt wel binnen de lijntjes van het EVRM moeten blijven. In deze zaak hoefde het Hof die vraag niet te beantwoorden, maar gezien de recent ingediende interstatelijke klachten over en weer tussen Armenië en Azerbeidzjan met betrekking tot het conflict in Nagorno-Karabach,[11] zal het deze hete aardappel niet al te lang voor zich uit kunnen schuiven.

9. Uit het dictum van de uitspraak en de *dissenting opinions* blijkt overigens dat er binnen het Hof zeker geen overeenstemming bestond over de uitsluiting van rechtsmacht tijdens 'actieve fases van vijandelijkheden'. Zes rechters waren van mening dat Rusland wel rechtsmacht uitoefende tijdens de actieve fase van vijandelijkheden. Als het gaat om een dergelijk fundamenteel punt is dat een groot aantal dissidenten binnen het Hof.

10. Ten aanzien van de bezettingsfase heeft het Hof betrekkelijk weinig moeite om vast te

stellen dat Rusland ECA uitoefende. Het sluit aan bij de criteria die het hiervoor in eerdere jurisprudentie heeft ontwikkeld, te weten de sterkte van de militaire presentie van in dit geval Rusland, en de mate van militaire, politieke en economische steun die Rusland gaf aan de separatisten in Zuid-Ossetië en Abchazië. Opvallend is dat het Hof zich grotendeels baseert op informatie die door Rusland zelf naar buiten is gebracht of als bewijs voor het Hof is ingebracht.[12]

11. Ook opvallend is dat het Hof, nadat het al heeft vastgesteld dat er sprake was van ECA, overweegt dat wanneer er sprake is van een bezetting in de zin van het HOR er automatisch sprake is van effectieve controle (waarmee blijkbaar wordt bedoeld: controle over een gebied). Als dat inderdaad zo evident is, is de vraag waarom het Hof in *Al-Skeini* ervoor koos rechtsmacht te baseren op SAA en niet op ECA.[13] Immers, er was in dat geval geen twijfel dat het Verenigd Koninkrijk een deel van Irak bezette. Het is gissen naar de reden voor het verschil. Wellicht dat de prominente rol die het HOR toebedeeld heeft gekregen in het besproken arrest hier ook doorwerkt. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het Hof nu bereid was een meer vergaande gevolgtrekking te verbinden aan het bestaan van een bezetting in de zin van het HOR dan in *Al-Skeini*, waar het het HOR uiteindelijk grotendeels links liet liggen. Of het hier gaat om een inconsistentie of een nieuwe weg die het Hof kiest, zal moeten worden afgewacht.

Het EVRM en humanitair oorlogsrecht (HOR)

12. Volgens Rusland was het HOR de enige maatstaf voor Russisch optreden in het conflict. Het suggereerde dat het EVRM niet van toepassing is tijdens gewapend conflict.[14] Omdat het Hof geen rechtsmacht *ratione materiae* heeft over HOR, zou het zich daar niet over moeten uitspreken. Het Hof gaat daar niet in mee.[15] Het bekijkt per aspect van de zaak of er tegenstrijdige regels zijn van het EVRM en het HOR. Hiermee sluit het Hof aan bij zijn uitgangspunt in *Hassan* dat de twee rechtsgebieden naast elkaar van toepassing kunnen zijn, en dat het EVRM moet worden geïnterpreteerd met inachtneming van andere regels van internationaal recht, *in casu* het HOR.[16]

13. Bij de toepassing van dit uitgangspunt door het Hof valt op dat de regels van het HOR die volgens het Hof van toepassing zijn betrekking hebben op internationale gewapende conflicten. Dit is correct voor zover het gaat om optreden van Russische troepen: er is geen twijfel dat er een internationaal gewapend conflict bestond tussen Rusland en Georgië. De vraag kan echter worden gesteld of het HOR-regime voor internationale gewapende conflicten ook het toepasselijke regime is voor optreden van troepen van Zuid-Ossetië, zoals het Hof lijkt te veronderstellen. Hier raakt het Hof aan een heikele discussie binnen het humanitair oorlogsrecht. Kort gezegd gaat deze discussie over de mate van controle die een staat moet

hebben over een niet-statelijke gewapende groep, wil de strijd die laatstgenoemde voert tegen een andere staat of de bezetting die hij uitoefent van het gebied van een andere staat gereguleerd worden door de regels voor interstatelijke conflicten.[17] De opvatting die de meeste steun geniet is dat daarvoor sprake moet zijn van ‘overall control’ over het handelen van de niet-statelijke actor. Als er geen sprake is van dergelijke controle, wordt het handelen van de niet-statelijke actor gereguleerd door het HOR-regime voor niet-internationale conflicten. Dat regime is veel beperkter dan het regime voor internationale gewapende conflicten, in elk geval voor zover het verdragsregels betreft. Het Hof stelt echter nergens expliciet vast dat er sprake was van zulke ‘overall control’. Integendeel, in het kader van de bespreking van rechtsmacht laat het de precieze mate van controle die Rusland uitoefende over troepen van Zuid-Ossetië in het midden, door te stellen dat het niet nodig is te bewijzen dat er sprake was van ‘detailed control’ over handelen van die troepen.[18]

14. Zoals gezegd bekijkt het Hof per aspect van de zaak of er tegenstrijdige regels zijn van het EVRM en het HOR. In alle gevallen komt het vrij makkelijk tot de conclusie dat daar geen sprake van is. Het Hof erkent dat er in theorie wel onverenigbaarheid is tussen art. 5 EVRM en de regels in het HOR over internering van burgers en krijgsgevangenen. Dit leidt in deze zaak echter niet tot een accommoderen van het HOR via een interpretatie van art. 5 EVRM, zoals in *Hassan*. Dit komt doordat het Hof terecht concludeert dat de reden voor internering die Rusland gaf – de eigen veiligheid van de betreffende personen – geen rechtsgeldige grond biedt voor internering onder het HOR. Hoewel het op zichzelf toe te juichen valt dat het Hof per recht en per context bepaalt of het EVRM en het HOR met elkaar in conflict komen, maakt het maar weinig woorden vuil aan de mogelijke conflicten die er tussen de twee rechtsgebieden kunnen spelen. Een voorbeeld daarvan is hoe het omgaat met de hieronder nader te bespreken procedurele verplichting om onderzoek te doen naar mogelijk onrechtmatige levensontnemingen onder art. 2 EVRM. Ook geeft het Hof, begrijpelijkerwijs, geen verdere indicaties over wat het zou doen als er wél een conflict bestaat tussen het EVRM en het HOR. In *Hassan* oordeelde het Hof via de band van ‘impliciete derogaties’ dat de limitatieve detentiegronden van art. 5 EVRM kunnen worden ‘geaccommodeerd’, en dat zodoende vrijheidsberovingen op grond van het HOR daarin kunnen worden ingelezen.[19] In de literatuur is wel gespeculeerd dat dit in de onderhavige zaak ook zou gebeuren voor art. 2 EVRM – nu het HOR levensberoving louter op grond van status toestaat, terwijl het EVRM absolute noodzaak vereist – maar omdat het Hof uiteindelijk oordeelt dat Rusland geen rechtsmacht had ten tijde van de ‘active phase of hostilities’, komt het Hof aan die vraag uiteindelijk niet toe.[20]

De procedurele verplichting onderzoek te doen

15. Belangwekkend is ook, ten slotte, hoe het Hof oordeelt over de onderzoeksplicht onder art.

2 EVRM. Als bekend vergt deze verplichting van staten dat zij een effectief onderzoek uitvoeren naar dodelijk geweldgebruik door agenten van de staat, net als overigens naar andere verdachte sterfgevallen.[21] Georgië stelde dat Rusland deze plicht had geschonden, door geen (effectief) onderzoek te doen naar vermeende schendingen van het HOR door hun eigen strijdkrachten, noch die van de strijdkrachten van Zuid-Ossetië.[22] De benadering die het Hof kiest biedt een interessant perspectief op beide hierboven besproken punten, namelijk die van rechtsmacht en de samenspel met het HOR.

16. Om de bespreking van het samenspel met het HOR maar direct voort te zetten, stelt het Hof vast dat ook onder het HOR een plicht bestaat onderzoek te doen, namelijk naar oorlogsmisdrijven gepleegd door de eigen troepen of onderdanen, op het eigen grondgebied, of die anderszins binnen hun rechtsmacht vallen.[23] In dat kader overweegt het dat de verplichting onder het EVRM een bredere reikwijdte heeft, namelijk waar die van staten eist dat ze onderzoek doen naar burgerdoden ook waar die het gevolg zouden zijn van geweldgebruik dat rechtmatig is onder het HOR, maar dat er anderszins geen conflict bestaat.[24] Het is de vraag of het Hof daarmee volledig recht doet aan de relatie tussen het EVRM en het HOR in deze context. Er kunnen namelijk wel degelijk conflicten of spanningen bestaan tussen wat het EVRM en het HOR van staten vergen in het kader van het doen van onderzoek. Waar het de reikwijdte van die verplichting betreft, kan inderdaad worden gedacht aan gevallen waar het EVRM wel een onderzoek vergt naar (burger)doden, maar het HOR niet. Waar het Hof daar vrij eenvoudig overheen stapt, is het de vraag of hier niet een belangrijker conflict kan schuilgaan. Immers, het EHRM eist dat staten onderzoek instellen naar ieder dodelijk geweldgebruik door agenten van de staat,[25] hetgeen in gevallen van gewapend conflict waar zulk geweld tegen vijandige combattanten bovendien door het HOR wordt toegestaan, een wel heel vergaande verplichting zou inhouden.[26] Ook verleent het HOR 'combatant privilege' aan strijders, hetgeen inhoudt dat zij niet door een andere staat dan hun eigen strafrechtelijk vervolgd kunnen worden voor rechtmatige oorlogshandelingen.[27] Het EHRM, daarentegen, insisteert op een strafrechtelijk onderzoek naar dodelijk geweldgebruik, ook door derden.[28] Zo kan het dus dat in voorkomende gevallen het EVRM strafrechtelijke vervolging eist waar het HOR die verbiedt. Overigens is het begrijpelijk dat het Hof op deze materie niet verder ingaat, nu Georgië slechts heeft geklaagd over een gebrek aan onderzoek naar schendingen van het HOR, en dus niet naar andere levensberovingen.

17. Een ander mogelijk conflict betreft de *wijze waarop* onderzoek moet worden gedaan, de onderzoeksstandaarden dus. Het EHRM stelt daarbij voorop dat om effectief te zijn, een onderzoek onafhankelijk moet worden uitgevoerd. Het HOR, echter, wijst de directe meerdere, de 'commander', aan als degene die verantwoordelijk is voor onderzoek.[29] Sterker

nog, het stelt deze commandanten rechtstreeks strafbaar als zij *geen* onderzoek uitvoeren.[30] Dit zou kunnen betekenen dat waar een commandant geen onderzoek doet naar een schending, hij het HOR schendt en daarvoor strafrechtelijk kan worden aangesproken, terwijl wanneer hij *wél* onderzoek doet, hij daarmee het EVRM schendt omdat het onderzoek niet onafhankelijk is. Hoewel dit *prima facie* conflict in de praktijk vermeden kan worden door commandanten te verplichten mogelijk strafbaar handelen te rapporteren bij een onafhankelijk onderzoeksorgaan, gaat het EHRM er vrij eenvoudig aan voorbij dat veel staten in hun militaire praktijk hebben ingebed dat onderzoeken binnen de *chain of command* plaatsvinden, en dat het HOR daarvoor ook een basis lijkt te bieden.

18. Op het punt van rechtsmacht maakte het Hof als gezegd een scheiding tussen de fase van 'active hostilities', en die van bezetting. Tijdens de bezetting oefende Rusland rechtsmacht uit, en op die basis oordeelde het Hof dat Rusland art. 2 EVRM had geschonden door een 'systematic campaign of killings of civilians', die een administratieve praktijk behelsden. Dat Rusland in dit kader ook verplicht was daarnaar onderzoek te doen, moge duidelijk zijn. Maar vervolgens beziet het Hof of Rusland ook verplicht was onderzoek te doen naar voorvallen tijdens de 'active phase of hostilities', en concludeert het dat dit inderdaad het geval is. In de zaak *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije* oordeelde het al eerder dat staten verplicht kunnen zijn mee te werken aan een onderzoek door een andere staat, zelfs waar het incident waarnaar onderzoek wordt gedaan buiten hun rechtsmacht viel.[31] Dit kan het geval zijn waar die staat, in de onderhavige zaak Rusland, zelf onderzoek heeft ingesteld, en anderszins als er 'special features' zijn die een 'jurisdictional link' met de staat opleveren. Het Hof acht dit soort 'speciale omstandigheden' aanwezig, nu (i) Rusland onder het HOR verplicht was onderzoek te doen naar vermeende oorlogsmisdrijven, (ii) de Russische autoriteiten wel enige (ineffectieve) onderzoeksstappen hadden gezet, (iii) Rusland direct na beëindiging van de actieve gevechtshandelingen rechtsmacht over het territorium in kwestie had gevestigd, en (iv) alle verdachten, waaronder leden van de Russische krijgsmacht, ofwel in Rusland zelf, ofwel in territorium onder Russische rechtsmacht verbleven.[32] Zo normeert het EVRM dus niet het Russisch handelen ten tijde van de 'active hostilities', maar is de onderzoeksverplichting niettemin van toepassing op dergelijk handelen, in elk geval voor zover het oorlogsmisdrijven betreft.[33] Dat is een belangrijke nuancering van de beperkende uitleg die het Hof eerder in zijn arrest gaf aan de reikwijdte van rechtsmacht onder art. 1 EVRM.

19. De toepasselijkheid van de onderzoeksplicht hoeft enerzijds niet tot de verbazing te strekken. Al eerder oordeelde het EHRM immers dat deze plicht autonoom is en losgekoppeld kan worden van materiële schendingen, en dat deze daarom ook van toepassing kan zijn op incidenten die buiten de temporele reikwijdte van het EVRM vallen voor de betrokken

staat.[34] Verder duiden *Güzelyurtlu* en daarop volgende uitspraken er al op dat ditzelfde kon gelden voor incidenten die buiten de geografische reikwijdte van het EVRM vielen voor de betrokken staat.[35] Niettemin breidt het EHRM deze uitleg in *Georgië t. Rusland (II)* uit. In eerdere jurisprudentie had het Hof het namelijk over een ‘duty to cooperate’, die staten verplichtte rechtshulp te verlenen aan staten binnen wiens geografische rechtsmacht een incident viel, en die onderzoek daarnaar deden (en daartoe onder het EVRM verplicht waren). De verplichting koppelde het expliciet aan daartoe aangenomen rechtshulpverdragen, en deze plicht kan daarom wel worden gezien als de nieuwste loot aan de stam van de procedurele verplichtingen onder (onder meer) art. 2 EVRM. Nu neemt het Hof een eigenstandige onderzoeksplicht aan voor Rusland, en dat is in die zin nieuw. Zolang er maar ‘special features’ zijn, waarbij van belang lijkt dat de staat bewijs en/of verdachten binnen zijn rechtsmacht heeft, zal de staat een eigenstandig onderzoek moeten instellen, ook naar incidenten die zelf buiten zijn rechtsmacht vielen.

Conclusie

20. Alles overziend is *Georgië t. Rusland (II)* een moeilijke zaak om te duiden. Het Hof neemt principiële stappen in het inkaderen van zijn rechtsmacht ten tijde van gewapende conflicten, en begrenst die op een duidelijke maar controversiële wijze. Het geeft daarvoor rechtspolitieke redenen, namelijk dat als de Verdragsstaten willen dat het Hof zich kan buigen over de vraag of staten zich tijdens internationaal gewapende conflicten aan de regels hebben gehouden, zij daarvoor een expliciete basis aan het Hof zullen moeten verschaffen.[36] Dat lijkt duidelijk, maar roept de vraag op of het nu de feitelijke context is van een (internationaal) gewapend conflict die maakt dat effectieve controle onmogelijk is (en waarom dat dan anders is voor niet-internationale conflicten?), of dat er een juridische reden is, namelijk de toepasselijkheid van het HOR. Dat laatste zou in tegenspraak zijn met de eerdere beslissingen van het EHRM zelf, maar ook van andere mensenrechtenorganen en het Internationaal Gerechtshof.[37] Ondanks het principiële karakter van de uitspraak van het EHRM, wordt de soep ten slotte niet zo heet gegeten als die wordt opgediend: het Hof acht het EVRM tóch van toepassing op incidenten tijdens de ‘active phase of hostilities’ voor zover het gevangengenomen burgers en combattanten betreft, en waar het de onderzoeksplicht betreft. En ook tijdens situaties van bezetting is het EVRM volledig van toepassing. Zo is het een gemengde uitspraak, die weinigen echt tevreden zal stellen. Dat geldt ook voor de Grote Kamer zelf, getuige de stemverhouding van 11 tegen 6 op het cruciale punt van de rechtsmacht van Rusland tijdens de actieve gevechtshandelingen.

Marten Zwanenburg

Hoogleraar militair recht aan de Faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse

Defensie Academie.

Floris Tan

Jurist bij de afdeling internationaal recht van de directie juridische zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken, en promovendus bij de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

[1] Zie bijv. M. Milanović, 'Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos', *Ejil:Talk!* 25 januari 2021, <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>.

[2] *Banković e.a. t. België e.a.*, EHRM (GK) 12 december 2001 (ontv.), nr. 52207/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799, «EHRC» 2002/13 m.nt. Van der Velde.

[3] *Issa e.a. t. Turkije*, EHRM 16 november 2004, nr. 31821/96, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD003182196, «EHRC» 2005/4 m.nt. Gondek; *Pad e.a. t. Turkije*, EHRM 28 juni 2007 (ontv.), nr. 60167/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0628DEC006016700; *Isaak e.a. t. Turkije*, EHRM 28 september 2006 (ontv.), nr. 44587/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0928DEC004458798; *Solomou e.a. t. Turkije*, EHRM 24 juni 2008, nr. 36832/97, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD003683297; *Andreou t. Turkije*, EHRM 3 juni 2008 (ontv.), nr. 45653/99, ECLI:CE:ECHR:2008:0603DEC004565399.

[4] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 124.

[5] *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.

[6] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 132.

[7] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 137.

[8] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 139.

[9] *Georgië t. Rusland (II)*, o.a. par. 138.

[10] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 239 en 269.

[11] *Azerbeidzjan t. Armenië*, nr. 47319/20 en *Armenië t. Azerbeidzjan*, nr. 42521/20.

[12] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 165-166.

[13] *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 149.

[14] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 86.

[15] Zie over dit argument verder de noot van Tan, bij *Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan*, EHRM 30 januari 2020, nr. 35746/11, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD003574611, *EHRC Updates*, https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209356?skip_boomportal_auth=1, m.nt. Tan.

[16] *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 september 2014, nr. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, «EHRC» 2014/258 m.nt. De Lange, par. 102-104.

[17] Zie o.a. M. Zwanenburg, 'The Requirement of Effective Control in the Law of Occupation', in R. Bartels e.a. (red.), *Military Operations and the Notion of Control under International Law*; T.M.C. Asser Press 2020, p. 263.

[18] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 214.

[19] *Hassan*, reeds aangehaald, par. 96-107.

[20] Zie bijv. Françoise Hampson, 'Article 2 of the Convention and Military Operations during Armed Conflict' in Lawrence Early e.a. (red.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights. Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom. In Honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, pp. 191-211, p. 211.

[21] Zie bijv. *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 163-167.

[22] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 316.

[23] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 323-324.

[24] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 325.

[25] O.a. in *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 163.

[26] Zie bijv. K. Watkin, 'Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict', *American Journal of International Law*, 2004, p. 33; N. Quénivet, 'The Obligation to Investigate After a Potential Breach of Article 2 ECHR in an Extra-Territorial Context: Mission Impossible for the Armed Forces?', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, p. 119-138.

[27] Zie bijv. S. Krähenmann, 'Protection of Prisoners in Armed Conflict' in Dieter Fleck (red.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (3e ed., Oxford University Press 2013), p. 367.

[28] Zie bijv. *Tahsin Acar t. Turkije*, EHRM (GK) 8 april 2004, nr. 26307/95, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD002630795, «EHRC» 2004/45, par. 220.

[29] *Additional Protocol I*, art. 87 lid 3.

[30] *Additional Protocol I*, art. 86 lid 2.

[31] *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije*, EHRM (GK) 29 januari 2019, nr. 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, «EHRC» 2019/88, m.nt. Van der Wilt, par. 232.

[32] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 331.

[33] Het EHRM spreekt in par. 331 en 336 over respectievelijk “war crimes” en “crimes”. Of het hiermee een beperking beoogt aan te leggen (niet alle schendingen van het HOR zijn immers oorlogsmisdrijven), blijft echter in het midden in de uitspraak.

[34] *Šilih t. Slovenië*, EHRM 9 april 2009 (GK), nr. 71463/01, «EHRC» 2009/83 m.nt. Van der Velde, par. 159, 162-163.

[35] Zie naast *Güzelyurtlu*, reeds aangehaald, *Romeo Castaño t. België*, EHRM 9 juli 2019, nr. 8351/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117, «EHRC» 2019/32, par. 79-92; *Makuchyan en Minasyan t. Azerbeidzjan en Hongarije*, EHRM 26 mei 2020, nr. 17247/13, ECLI:CE:ECHR:2020:0526JUD001724713, *EHRC Updates*, https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209591?skip_boomportal_auth=1, m.nt. Trampert.

[36] *Georgië t. Rusland (II)*, par. 142.

[37] Bijv. *Hassan*, reeds aangehaald, IAHRM 30 november 2012 (Preliminary Objections, Merits and Reparations), *Inter-American Court of Human Rights Series C* No 259 (*Santo Domingo Massacre t. Colombia*), par. 24; VN-Mensenrechtencomité 30 oktober 2018, CCPR/C/GC/36 (*General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*), par. 64; ACHPR 18 november 2015, Adopted during the 57th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights (*General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)*), par. 32-35, beschikbaar op <https://www.refworld.org/docid/5e67c9cb4.html>; IGH 8 juli 1996 (Advisory Opinion), *I.C.J. Reports* 1996, p. 226 (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*), par. 25.

ANNOTATIE

Selahattin Demirtaş t. Turkije (nr. 2) (EHRM (GK), nr. 14305/17) – Parlementaire immuniteit en parlementair mandaat**J.L.W. Broeksteeg****Inleiding**

1. Dat het EHRM deze zaak zelf als een *Key Case* aanmerkt, is volkomen begrijpelijk. Het gaat immers om een aantal essentiële aspecten van de rechtspositie van parlementariërs, in het bijzonder om de parlementaire immuniteit en de (tussentijdse) beëindiging van het parlementaire mandaat. Het fundamentele karakter van de uitspraak blijkt ook uit het aantal paragrafen daarvan (maar liefst 454!) en de vier minderheidsopvattingen (twee *partly concurring* en *partly dissenting opinions* en twee *partly dissenting opinions*) die zijn uitgebracht. Tegelijkertijd zijn de redeneringen van het Hof in de kern eenvoudig en overtuigend. Het is ondoenlijk om in het bestek van een annotatie alle relevante elementen van deze uitspraak te belichten; ik bespreek de geconstateerde schendingen van art. 5 en art. 18 EVRM daarom minder uitgebreid dan die van art. 10 (parlementaire immuniteit) en art. 3 Eerste Protocol EVRM (parlementair mandaat).

2. Voordat ik daaraan toekom, zal ik kort de casus in herinnering roepen. Selahattin Demirtaş is een bekende Koerdische politicus. Hij was co-voorzitter van de pro-Koerdische politieke partij HDP (de tweede oppositiepartij in Turkije), vanaf 2007 tot 2018 was hij lid van het Turkse parlement, en hij nam verschillende keren deel aan de Turkse presidentsverkiezingen, waarin hij in 2014 9,76% en in 2018, hoewel hij toen al in detentie zat, 8,32% van de stemmen behaalde. Demirtaş liet zich in de relevante periode, onder meer op Twitter, in interviews, op partijbijeenkomsten en in het parlement, kritisch uit over de Turkse betrokkenheid bij de Syrische burgeroorlog, hij riep op tot demonstraties en vroeg aandacht voor Koerdische onafhankelijkheid. In 2016 nam het parlement een grondwetswijziging aan, waardoor een additioneel artikel aan de Grondwet werd toegevoegd. Dit artikel bepaalt, kort weergegeven, dat de parlementaire immuniteit wordt opgeheven in alle zaken waarin verzoeken tot opheffing aan het parlement zijn gedaan en die zijn aangespannen vóór de datum waarop de

grondwetswijziging is aangenomen. De opheffing van de immuniteit betrof 154 van de 550 parlementariërs. Vijftien van hen, waaronder Demirtaş, werden vervolgens in voorlopige hechtenis geplaatst. Een beroep van zo'n 70 parlementariërs bij het Constitutioneel Hof werd verworpen, nu dit Hof alleen parlementaire beslissingen mag beoordelen en geen grondwetswijzigingen. Tegen klager werd vervolging ingesteld; de (nog steeds lopende) aanklachten betreffen terrorisme-gerelateerde misdrijven.

3. Voor een goed begrip van de casus is de Turkse grondwettelijke regeling omtrent immuniteit van belang. Art. 83, par. 1, van de Turkse Grondwet bepaalt, kort weergegeven, dat leden van het Turkse parlement (de Assemblée) niet aansprakelijk zijn voor hun uitgebrachte stem, voor hun verklaringen tijdens de parlementaire werkzaamheden en voor de mening die zij uiten in het parlement, dan wel voor het herhalen of verspreiden van zulke meningen buiten het parlement, tenzij het parlement tijdens een zitting anders besluit. Art. 83, par. 2, bepaalt dat een parlamentslid, van wie wordt beweerd dat hij voor of na zijn verkiezing een vergrijp heeft gepleegd, niet wordt gearresteerd, ondervraagd, in hechtenis wordt genomen of veroordeeld, tenzij het parlement anders beslist. Op deze regel gelden enkele uitzonderingen, bijvoorbeeld in geval van heterdaad, bij zeer ernstige misdrijven en bij misdrijven tegen de territoriale integriteit van de staat (art. 14 van de Turkse Grondwet). Verder is par. 3 van art. 83 relevant: de uitvoering van een straf die is opgelegd aan een parlementariër, voor of na zijn verkiezing, wordt geschorst totdat hij of zij ophoudt parlementariër te zijn. Art. 85 bepaalt vervolgens dat een parlementariër van wie de immuniteit is opgeheven, binnen zeven dagen na het besluit daartoe door het parlement, beroep kan instellen bij het Constitutioneel Hof. Het nieuw toegevoegde art. 20 (in de nummering van additionele artikelen), dat de immuniteit opheft van de 154 parlamentsleden, waaronder klager, heb ik hiervoor al kort weergegeven. Met betrekking tot deze bepaling is verder relevant dat zij werkt vanaf de datum waarop zij is aangenomen en dat zij, om precies te zijn, de eerste zin van par. 2 van art. 83 buiten toepassing verklaart voor de leden, waartegen een verzoek om opheffing van de immuniteit is ingediend. Dat betreft dus de bepaling dat een parlementariër van wie wordt beweerd dat hij voor of na zijn verkiezing een vergrijp heeft gepleegd, niet wordt gearresteerd, ondervraagd, in hechtenis wordt genomen of veroordeeld, tenzij het parlement anders beslist.

4. De Commissie van Venetië heeft vijf maanden na aanvaarding van het additionele grondwetsartikel, in oktober 2016, een opinie daarover uitgebracht.[1] Zij stelt dat de grondwetswijziging een 'ad hoc, 'one shot' and ad homines measure' is en 'a misuse of the constitutional amendment procedure'.[2]

Parlementaire immuniteit

5. Parlementaire immuniteit kent verschillende verschijningsvormen. De eerste is immuniteit

als een plaatselijk voorrecht. In dat geval genieten parlementariërs alleen strafrechtelijke en civielrechtelijke immuniteit voor hun uitspraken en hun stemgedrag in het parlement. Voor uitspraken buiten het parlement zijn zij wel aansprakelijk. Onder meer Nederland en het Verenigd Koninkrijk kennen dit stelsel van immuniteit. Weliswaar geldt deze vorm alleen in het parlement, maar dan geldt zij ook absoluut. De tweede vorm is breder: immuniteit betekent dan dat parlementariërs niet aansprakelijk zijn gedurende hun ambtstermijn. Wel kan het parlement de immuniteit opheffen indien een parlementariër wordt verdacht van strafbare feiten. Het is de meest voorkomende vorm van immuniteit. Zij geldt ook in Turkije. Zoals hiervoor bleek geldt immuniteit daar ook voor uitspraken buiten het parlement, althans voor het herhalen of verspreiden van opvattingen die ook in het parlement zijn geuit. Daarnaast kan een parlementariër niet worden berecht en veroordeeld, tenzij het parlement anders beslist. Het betreft dus een ruimere vorm van immuniteit dan wij in Nederland kennen, maar zij kan, in tegenstelling tot in Nederland, wel worden opgeheven door het parlement.

6. De procedures die bij het EHRM zijn gevoerd over parlementaire immuniteit verlopen langs twee lijnen. De eerste betreft klachten over art. 6 EVRM: derden klagen dat zij geen civielrechtelijke procedure kunnen voeren, dan wel dat een strafrechtelijke aangifte zinloos is, omdat de betreffende parlementariër immuniteit geniet.[3] Zij zijn daarom beperkt in hun beroep op de rechter. Het is dan de vaste lijn van het EHRM dat immuniteit niet verder strekt dan de strikte taakuitoefening. Met andere woorden: de parlementariër geniet immuniteit voor uitspraken die verband houden met zijn politieke functies, maar niet voor handelingen of uitspraken die daarmee geen verband houden.[4] De tweede lijn betreft klachten van parlementariërs, wier immuniteit is beperkt en die (veelal in een strafrechtelijke procedure) klagen over een schending van art. 10 EVRM.[5] Het zal duidelijk zijn dat het hier om de tweede variant gaat; klager is in zijn meningsuiting in het parlement beperkt, nu zijn immuniteit is opgeheven.

7. Het Hof gaat bij zijn toets aan art. 10 EVRM eerst in op de eerste paragraaf van art. 83 van de Turkse Grondwet. Daarin ligt de vrije meningsuiting van parlementariërs vast, in die zin dat zij daarvoor immuniteit (in de zin van niet-aansprakelijkheid) genieten. Het Hof stelt ook vast dat deze bepaling in 2016 niet is gewijzigd (par. 258-260). De 154 parlementariërs die geraakt worden door de grondwetswijziging genieten deze immuniteit nog steeds. Het Hof stelt vervolgens vast dat de meningsuitingen, waarvoor Demirtaş is vastgezet, gelijk zijn aan zijn uitspraken in het parlement (par. 263). Dan slaat het Hof een andere weg in: *‘[E]ven assuming that the impugned speeches were not covered by the protection afforded under the first paragraph of Article 83 of the Constitution, the Court considers that the constitutional amendment of 20 May 2016 in itself raises an issue in terms of foreseeability’*. [6] Kortom, het Hof laat, hoewel het

diverse paragrafen daaraan heeft gewijd, in het midden wat het rechtsgevolg zou moeten zijn van de formulering van de grondwetswijziging, waarin toepassing van art. 83, par. 1, van de Turkse Grondwet *niet* is uitgesloten. Het stapt daarentegen over op art. 83, par. 2,[7] en stelt vast dat de Turkse Grondwet procedurele waarborgen kent tegen opheffing van immuniteit.[8] *In casu* overweegt het Hof dat de inbreuk op de vrije meningsuiting van Demirtaş niet was voorzien bij de wet, namelijk dat deze inbreuk niet voldoet aan het vereiste van voorzienbaarheid. Demirtaş mocht, toen hij zijn politieke standpunten weergaf, gerechtvaardigd uitgaan van het bestaande grondwettelijke kader, dat hem immuniteit en procedurele waarborgen tegen vervolging bood.[9] Zo concludeert het Hof, in een betrekkelijk eenvoudige en tegelijkertijd overtuigende redenering, tot een schending van art. 10 EVRM. Het sluit daarbij aan bij eerdere jurisprudentie, waarin het Hof een onverwachte (grond)wetswijziging in strijd acht met het vereiste van wettelijke voorzienbaarheid.[10]

Parlementair mandaat

8. Door zijn hechtenis kon Demirtaş zijn parlementaire mandaat niet uitoefenen. Hij klaagt daarom ook over schending van art. 3 EP EVRM. In eerdere uitspraken heeft het EHRM al vastgesteld dat de uitoefening van het parlementaire mandaat valt onder de reikwijdte van deze bepaling.[11] De Turkse regering voerde het verweer dat het Hof de klacht niet-ontvankelijk had moeten verklaren, omdat Demirtaş geen slachtoffer is. Immers, zo stelde de regering, hij bleef, ondanks zijn hechtenis, gewoon lid van het parlement. Het Hof stelt vast dat Demirtaş ruim anderhalf jaar, buiten het stellen van schriftelijke vragen, niet kon deelnemen aan de parlementaire werkzaamheden en dat daarmee sprake is van een beperking van art. 3 EP EVRM (par. 391). Het stelt ook vast dat voorlopige hechtenis zo kort mogelijk moet duren, zeker als het een detentie van een parlementariër betreft. Het grijpt dan terug op de parlementaire immuniteit. Als die wordt opgeheven en daartegen wordt beroep ingesteld, dan moet de nationale rechter toetsen of de immuniteit terecht is opgeheven. Dat hebben de nationale rechters niet gedaan (par. 394). De rechterlijke autoriteiten hadden bovendien in hun belangenafweging het gewicht van de vrijheid van politieke meningsuiting door leden van het parlement mee moeten nemen. De nationale rechters hebben van zo'n belangenafweging geen blijk gegeven. Zij hebben niet meegewogen dat Demirtaş lid is van het parlement, co-voorzitter is van een politieke partij en kandidaat bij de presidentsverkiezingen. Alleen het Constitutioneel Hof heeft dat overwogen, zij het slechts voor wat betreft de duur van de hechtenis. Het Hof concludeert dat het parlementaire mandaat *in casu* een hoge(re) graad van bescherming had moeten bieden.[12] Nu zijn de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht én het passief kiesrecht van Demirtaş geschonden.[13]

9. Ik noemde hiervoor al dat de uitoefening van het parlementaire mandaat onder de reikwijdte van art. 3 EP EVRM valt. Het Hof noemt de relevante uitspraken hierover onder

‘general principles’, maar niet bij de toepassing daarvan op deze zaak. De bekendste zaak is *Selim Sadak e.a. t. Turkije*.^[14] Door de ontbinding van een (Koerdische) politieke partij verviel het parlementaire mandaat van de parlementariërs van deze partij. Ook in deze zaak nam het Hof in ferme bewoordingen een schending van art. 3 EP EVRM aan. De ontbinding van de politieke partij hield geen verband met de parlementaire activiteiten van deze parlementsleden en daarom was het verlies van het parlementaire mandaat disproportioneel. Turkije leerde daar helaas niet van; telkens als een politieke partij werd ontbonden, verviel het mandaat van de tot deze partij behorende parlementsleden en nam het Hof vanwege de disproportionaliteit van de maatregel een schending van art. 3 EP EVRM aan.^[15] Dat was alleen anders als de politieke partij is verboden vanwege banden met een terroristische organisatie. Indien is vastgesteld dat een politieke partij verboden is vanwege terrorisme, dan wel gelieerd is aan een terroristische organisatie, hoeven kandidaten van deze partij niet voor verkiezingen geregistreerd te worden. Ook dan moeten de nationale autoriteiten geïndividualiseerd vaststellen dat deze kandidaten wensen voort te gaan met de activiteiten van de verboden partij. Vooralsnog heeft het Hof dat alleen nog aangenomen voor kandidaten voor een aan de Baskische ETA gelieerde politieke partij.^[16]

Art. 5 en art. 18 EVRM

10. Het Hof neemt verder een schending aan van art. 5 EVRM. Het Hof heeft voor zijn toets aan art. 5, eerste en derde lid, EVRM weliswaar veel woorden nodig, maar dan vooral voor de opsomming en beoordeling van de feiten en de gevoerde (strafrechtelijke) procedures. De conclusies zijn wederom betrekkelijk eenvoudig: geen van de beslissingen omtrent Demirtaş’ voorlopige hechtenis bevat bewijs dat een duidelijk verband aantoonde tussen zijn handelingen (politieke speeches en deelname aan rechtmatige bijeenkomsten) en de (terrorisme gerelateerde) vergrijpen waarvoor hij werd vastgehouden. Er is onvoldoende bewijs voor een redelijke verdenking.^[17] Van een schending van art. 5, vierde lid, EVRM is daarentegen geen sprake, nu de Turkse rechters zich voldoende snel over de zaken van Demirtaş hebben gebogen.

11. Ten slotte is sprake van een schending van art. 18 EVRM. Ook hiervoor geldt dat het Hof de feiten zeer precies weergeeft. Het Hof gaat na welke politieke activiteiten van Demirtaş negatief zijn beïnvloed door zijn hechtenis. In het bijzonder zijn dat twee belangrijke politieke campagnes, namelijk over het referendum over de grondwetswijzigingen in 2017 en de presidentsverkiezingen in 2018, waarvoor Demirtaş kandidaat was en waarvoor hij vanuit de gevangenis campagne moest voeren. Het Hof stelt dan vast dat de hechtenis ‘beyond reasonable doubt’ als ultiem doel heeft gehad verstikkend te werken op het politieke pluralisme en het politieke debat te beperken. In zijn zeer lezenswaardige noot bij de Kameruitspraak in deze zaak gaat Floris Tan uitgebreid in op de art. 18-jurisprudentie en de

toepassing daarvan in deze zaak. Ik verwijs daar dan ook graag naar.[18]

Tot slot

12. Het Hof gelastte in het dictum van zijn uitspraak de onmiddellijke invrijheidstelling van Demirtaş. Een verzoek van Demirtaş' advocaat aan de Turkse rechter om dat te bewerkstelligen, werd echter afgewezen, omdat de uitspraak van het EHRM alleen in het Engels en niet in het Turks beschikbaar was. De Turkse minister van Binnenlandse Zaken stelde dat de uitspraak van het Hof tot niets kan leiden, omdat Demirtaş een terrorist is. De Turkse president Erdogan, ten slotte, noemde de uitspraak, onder verwijzing naar de *Herri Batasuna*-zaak[19], letterlijk 'hypocriet', omdat het in beide zaken om terroristische parlementariërs zou gaan. Hoewel de uitspraak van het Hof bindend en duidelijk is, is zij, zo blijkt wel, nog niet zo snel ten uitvoer gelegd.

Hansko Broeksteeg

Radboud Universiteit

[1] Opinion of the Venice Commission on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Convention, opinion 858/2016. Zie in het bijzonder par. 80-81 daaruit.

[2] *Selahattin Demirtas*, par. 161.

[3] De bekendste zaak is: *A. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 2002, nr. 35373/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1217JUD003537397, «EHRC» 2003/16 m.nt. Broeksteeg.

[4] Zie bijvoorbeeld: *Cordova t. Italië*, EHRM 30 januari 2003, nr. 40877/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0130JUD004087798, «EHRC» 2003/25; *Syngelidis t. Griekenland*, EHRM 11 februari 2010, nr. 24895/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0211JUD002489507, «EHRC» 2010/47 m.nt. Hardt. Deze zaak betreft een echtscheidingskwestie, die met parlementaire werkzaamheden niets van doen heeft. Verder over Turkije: *Kart t. Turkije*, EHRM (GK) 3 december 2009, nr. 8917/05, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD000891705, «EHRC» 2010/14 m.nt. Broeksteeg.

[5] De bekendste zaak is (vermoedelijk): *Féret t. België*, EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507, «EHRC» 2009/111 m.nt. Voorhoof.

[6] *Selahattin Demirtaş*, par. 264.

[7] *Selahattin Demirtaş*, par. 264.

[8] *Selahattin Demirtaş*, par. 266-267.

[9] *Selahattin Demirtaş*, par. 270.

[10] Het Hof noemt zelf: *Lykourazos t. Griekenland*, EHRM 15 juni 2006, nr. 33554/03, ECLI:CE:ECHR:2006:0615JUD003355403. Daaraan valt bijvoorbeeld toe te voegen: *Ekoglasnost t. Bulgarije*, EHRM 6 november 2012, nr. 30386/05, ECLI:CE:ECHR:2012:1106JUD003038605, «EHRC» 2013/18 m.nt. Broeksteeg; *Danis en Association of Ethnic Turks t. Bulgarije*, EHRM 21 april 2015, nr. 16632/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0421JUD001663209, «EHRC» 2015/139.

[11] Zie bijvoorbeeld: *Selim Sadak e.a. t. Turkije (no. 2)*, EHRM 11 juni 2002, nrs. 25144/94, 26149/95, 26150/95, 26151/95, 26152/95, 26153/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0611JUD002514494.

[12] *Selahattin Demirtaş*, par. 395.

[13] *Selahattin Demirtaş*, par. 397.

[14] Zie noot 11.

[15] *Kavakçı t. Turkije*, EHRM 5 april 2007, nr. 71907/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0405JUD007190701, «EHRC» 2007/72 m.nt. Broeksteeg; *Silay t. Turkije*, EHRM 5 april 2007, nr. 8691/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0405JUD000869102; *Ilicak t. Turkije*, EHRM 5 april 2007, nr. 15394/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0405JUD001539402; *Parti pour une société (DTP) e.a. t. Turkije*, EHRM 12 januari 2006, nrs. 3840/10, 3870/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10, 37272/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD000384010, «EHRC» 2016/60 m.nt. Broeksteeg.

[16] *Etxeberria e.a. t. Spanje*, EHRM 30 juni 2009, nrs. 35579/03, 35613/03, 35626/03, 35634/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD003557903. Zie voor het verbod van de politieke partij: *Herri Batasuna en Batasuna t. Spanje*, EHRM 30 juni 2009, nrs. 25803/04, 25817/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD002580304, «EHRC» 2009/101.

[17] *Selahattin Demirtaş*, par. 397, par. 338, 340, 354.

[18] *Demirtaş (nr. 2) t. Turkije*, EHRM 21 november 2018, nr. 14305/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD001430517, «EHRC» 2019/36 m.nt. Tan.

[19] Zie noot 16.

ANNOTATIE

Sabalić t. Kroatië (EHRM, nr. 50231/13) – Geweld tegen LHBTI's, positieve verplichting staten, rechterlijke vragen bij procedure Straatsburg**C.M.S. Loven**

1. Op 14 januari 2021 heeft het EHRM uitspraak gedaan in de zaak *Sabalić t. Kroatië*. Het gaat in deze zaak om een klaagster die tijdens een stapavond met vrienden ernstig is toegetakeld door een man, M.M., die zich aan klaagster probeerde op te dringen en agressief werd toen klaagster zei dat ze lesbisch is en een vriendin heeft. Oftewel, het gaat om homofob geweld, geweld gericht tegen LHBTI's. Volgens de ngo *Zagreb Pride* die als derde partij in de zaak intervenieerde is de situatie in Kroatië dusdanig ernstig dat niet van een incident kan worden gesproken. Integendeel, volgens *Zagreb Pride* is in Kroatië sprake van institutioneel en sociaal geweld tegen LHBTI's, mede als gevolg van een overheid die het nalaat om homofobie en transfobie aan te pakken. Dit is ook de kern van de klacht in onderhavige zaak. Voor het EHRM stelt klaagster namelijk dat de nationale autoriteiten niet adequaat hebben gereageerd op het geweld waar zij mee te maken heeft gehad als gevolg van haar seksuele oriëntatie (art. 3 jo art. 14 EVRM). Alhoewel in deze annotatie eerst kort wordt ingegaan op de inhoudelijke beoordeling van de klacht, ligt de nadruk op een bespreking van de *partly concurring opinion* van Wojtyczek. Net als in eerdere zaken, waarover straks meer, bespreekt Wojtyczek het probleem dat de uitspraak van het Hof gevolgen heeft voor de rechten van een derde partij, in dit geval M.M., terwijl deze partij niet gehoord wordt in de procedure bij het EHRM.

2. Het Hof oordeelt in onderhavige zaak dat sprake is van een schending van art. 3 jo art. 14 EVRM. Oftewel, de Kroatische overheid heeft niet voldaan aan haar positieve verplichting om bij het onderzoeken van een geweldsdelict na te gaan of sprake was van discriminatie of haat-gerelateerd geweld. Bij de vaststelling dat Kroatië niet aan deze verplichting heeft voldaan, speelt een belangrijke rol dat geen nader onderzoek is gedaan naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld, terwijl volgens het Hof de nationale autoriteiten vrijwel meteen na het incident over aanwijzingen beschikten dat het geweld tegen klaagster was gemotiveerd door haar seksuele oriëntatie. Ook op basis van nationale wetgeving had de politie de verplichting om, gelet op deze aanwijzingen, de zaak te rapporteren bij de openbaar

aanklager die vervolgens nader onderzoek zou moeten doen naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld. Dit heeft de politie echter nagelaten. De politie heeft enkel een dag na het incident vervolging ingesteld bij het 'minor offences court'. Hier is de belager van klaagster, M.M., veroordeeld tot het betalen van een boete van ongeveer 40 euro voor het verstoren van de openbare rust en orde. In deze zaak is dus het mogelijke haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld niet aan bod gekomen. Vanwege het *ne bis in idem*-beginsel was het volgens de Kroatische overheid vervolgens niet meer mogelijk om een strafrechtelijk onderzoek, en mogelijk strafrechtelijke vervolging, in te stellen naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld. Het Hof maakt echter korte metten met dit argument. De autoriteiten hebben zelf de ontstane situatie gecreëerd door te kiezen voor de 'minor offence proceedings' in plaats van een strafrechtelijke procedure. Bovendien schrijft art. 4, lid 2, Protocol nr. 7 EVRM voor dat een uitzondering kan worden gemaakt op het *ne bis in idem*-beginsel wanneer sprake is van een 'fundamenteel defect' in de procedure. Het Hof oordeelt dat in onderhavige zaak hiervan sprake is, omdat de nationale autoriteiten hebben nagelaten om het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld te onderzoeken en een dergelijk motief buiten beschouwing hebben gelaten bij de vervolging van M.M.

3. Een belangrijke overweging van het Hof die in het voorgaande nog niet aan bod is gekomen is de overweging dat '[t]he Court cannot [...] overlook the fact that M.M.'s sentence in the minor offences proceedings was manifestly disproportionate to the gravity of the ill-treatment suffered by the applicant'.^[1] Het is precies deze overweging die Wojtyczek aanleiding heeft gegeven om een *partly concurring opinion* bij de zaak te voegen. Volgens Wojtyczek stelt het Hof met de overweging dat de straf manifest disproportioneel is indirect vast dat M.M. schuldig is aan het begaan van een strafbaar feit en dat de nationale rechters een veel zwaardere sanctie hadden moeten opleggen.^[2] Wojtyczek acht dit problematisch, omdat de uitspraak van het Hof op deze manier direct gevolgen heeft voor de fundamentele rechten van M.M., terwijl hij niet gehoord is in de procedure bij het Hof.^[3] In dit verband merkt Wojtyczek op dat M.M. op nationaal niveau alleen schuldig is bevonden aan een 'minor offence' en nog niet aan een 'criminal offence'. Wojtyczek stelt daarom dat de overweging van het Hof in strijd is met de onschuldpresumptie in de zin van art. 6, lid 2, EVRM.^[4] Alhoewel het Hof nog overweegt dat het oordeel met betrekking tot de zwaarte van de sanctie 'does not call into question M.M.'s individual criminal responsibility under the domestic law',^[5] is het volgens Wojtyczek onmogelijk om uitspraken te doen over de zwaarte van de sanctie zonder daarmee tegelijkertijd een oordeel uit te spreken over de schuldvraag.^[6]

4. Het is niet de eerste keer dat Wojtyczek kritische kanttekening plaatst bij de situatie dat een persoon die wordt geraakt door een uitspraak van het Hof en meestal betrokken is geweest in

de procedure op nationaal niveau niet wordt gehoord in de procedure bij het EHRM. Zo achtte Wojtyczek het ook problematisch dat in de zaak *A en B t. Kroatië*[7] de vader niet werd gehoord in de procedure bij het EHRM, terwijl hij in twee hoedanigheden bij de zaak was betrokken (als wettelijk vertegenwoordiger van zijn dochter en als beschuldigde). In deze zaak klaagde de ex van de vader namelijk over de effectiviteit van een strafrechtelijk onderzoek naar beschuldigingen jegens de vader van het seksueel misbruiken van hun dochter. Ook aan deze zaak lag dus een strafrechtelijk conflict ten grondslag. Wat betreft dergelijke strafzaken kan de kritiek van Wojtyczek in verband worden gebracht met de door wetenschappers geuite kritiek dat het Hof met betrekking tot het strafrecht soms zeer vergaande positieve verplichtingen formuleert voor staten en hierbij te weinig aandacht heeft voor de negatieve rechten van bijvoorbeeld verdachten.[8] Dat de persoon wiens negatieve rechten in het geding zijn niet is betrokken in de procedure in Straatsburg zou hierbij namelijk een rol kunnen spelen. Als gevolg hiervan zou de aandacht van het Hof immers te veel uit kunnen gaan naar het perspectief van klager.

5. Toch betekent het voorgaande niet dat vragen met betrekking tot de procedurele status van partijen die betrokken zijn bij het conflict op nationaal niveau en mogelijk geraakt worden door de uitspraak van het EHRM alleen spelen in zaken die hun oorsprong vinden in een strafzaak. Integendeel, het probleem doet zich ook voor in zaken die voortkomen uit een privaatrechtelijk conflict, zoals ook door Wojtyczek eerder is geconstateerd.[9] Hier gaat het bijvoorbeeld om conflicten tussen het recht op respect voor het privéleven en het recht op vrijheid van meningsuiting, familierechtelijke conflicten over voogdij- en omgangsrechten, conflicten over informatie over vermeende biologische ouders en de erkenning van ouderschap of conflicten tussen werkgevers en werknemers. Over het algemeen vinden deze zaken hun oorsprong in een privaatrechtelijk conflict op nationaal niveau. Wanneer de zaak vervolgens bij het EHRM komt is een van de partijen niet meer betrokken bij de procedure, maar vervangen door de Staat, omdat de procedure in Straatsburg een verticaal karakter heeft. Denk bijvoorbeeld aan een journalist, wanneer iemand klaagt over een schending van zijn recht op reputatie en privéleven als gevolg van de publicatie van een artikel of foto's. Net als hierboven is besproken voor strafzaken, is met betrekking tot deze zaken de kritiek geuit dat het Hof zijn aandacht te veel zou richten op het perspectief van klager en te weinig oog zou hebben voor de rechten van de derde partij, in dit geval de vrijheid van meningsuiting van de journalist.[10] Ook hier geldt dat vanwege het feit dat de derde partij niet betrokken is in de procedure, het Hof weinig tot geen informatie heeft over de rechten en belangen van deze derde partij. Tegelijkertijd kan deze partij wel geraakt worden in zijn rechten door een uitspraak van het Hof, zij het indirect. Vanuit procedureel rechtelijk oogpunt kan dus zowel in zaken die hun oorsprong vinden in een strafrechtelijk conflict als in zaken die hun oorsprong vinden in een privaatrechtelijk conflict de situatie dat een derde partij niet betrokken is in de

procedure in Straatsburg tot problemen leiden.

6. Het huidige EVRM-systeem bevat al een mogelijke oplossing om ervoor te zorgen dat derde partijen wel gehoord worden in de procedure bij het Hof en er dientengevolge meer aandacht is voor de rechten en belangen van deze partij. Deze derde partijen kunnen namelijk, net als bijvoorbeeld ngo's, op basis van art. 36 EVRM een verzoek indienen om als derde partij te interveniëren in de procedure bij het EHRM. Vraag is echter wel of dit instrument voldoende effectief is om recht te doen aan het probleem. Zo staat het het Hof volledig vrij om een verzoek af te wijzen en ligt de verantwoordelijkheid voor het indienen van een verzoek bij de private partij zelf. Alhoewel Wojtyczek zich in onderhavige zaak niet uitlaat over een mogelijke oplossing, heeft hij in zijn *concurring opinion* bij de zaak *A en B t. Kroatië* geopperd dat het Hof op eigen initiatief de vader had moeten uitnodigen om te interveniëren in de procedure.^[11] Voor de huidige zaak zou dit hebben betekend dat het Hof M.M., de belager van klagster, had moeten uitnodigen. Het Hof had dit kunnen doen op basis van het huidige art. 36 EVRM en maakt van deze bevoegdheid ook af en toe gebruik,^[12] zij het alleen dat dit vrij zeldzaam is. Daarom is het de vraag of de bestaande mogelijkheid niet zou moeten worden uitgebreid naar een verplichting voor het Hof om een derde partij uit te nodigen om te interveniëren in de procedure in Straatsburg wanneer deze partij direct betrokken is bij het conflict en zijn fundamentele rechten mogelijk geraakt worden door een uitspraak van het Hof. Dit zou echter wel een aanpassing van de regels vergen en daarmee een koerswijziging wat betreft de procedurele status van derde partijen. Daarom is in dit verband van belang dat, van de huidige 47 rechters bij het Hof, alleen Kjølborg,^[13] Koskelo^[14] en Pastor Vilanova^[15] zich net als Wojtyczek hebben uitgelaten over het problematische karakter van de situatie. Hiermee kan dus nog niet worden gezegd dat de ernst van het probleem breed wordt erkend en gedragen door de rechters in Straatsburg. Nu deze zaak maar weer eens laat zien dat het probleem zich in allerlei soorten zaken kan voortdoen, zou het daarom interessant zijn als de discussie zich vaker op het niveau van de Grote Kamer gaat afspelen, bijvoorbeeld wanneer weer een zaak bij de Grote Kamer komt waarin de situatie dat een partij niet gehoord wordt in de procedure in Straatsburg een dusdanig evidente rol speelt dat aan deze discussie niet voorbij kan worden gegaan.

C.M.S. Loven, promovenda bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht

[1] Par. 110.

[2] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 2.

[3] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[4] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[5] Par. 110.

[6] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[7] *A en B t. Kroatië*, EHRM 20 juni 2019, nr. 7144/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0620JUD000714415, «EHRC» 2019/172 m.nt. C.M.S. Loven.

[8] Zie hierover bijvoorbeeld Liora Lazarus, 'Positive obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce' in L. Zadner en J. Roberts (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press 2012; Laurens Lavrysen en Natasa Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing 2020.

[9] Zie bijvoorbeeld: *Bochan t. Oekraïne*, EHRM (GK) 5 februari 2015, nr. 22251/08,

ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, *Concurring Opinion Wojtyczek; Liamberi e.a. t. Griekenland*, EHRM 8 oktober 2020, nr. 18312/12, ECLI:CE:ECHR:2020:1008JUD001831212, *Dissenting opinion Wojtyczek*.

[10] Zie hierover bijvoorbeeld: Stijn Smet, *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*, Routledge 2017. Smet noemt dit 'preferential framing'.

[11] *A en B t. Kroatië* (reeds aangehaald), *Concurring opinion Wojtyczek*, par. 6.

[12] In de zaak *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313 «EHRC» 2019/235 m.nt. M.R. Bruning heeft de President van de Grote Kamer bijvoorbeeld de adoptieouders van de tweede klager uitgenodigd.

[13] *Orlović e.a. t. Bosnië en Herzegovina*, EHRM 1 oktober 2019, nr. 16332/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1001JUD001633218, «EHRC» 2019/237 m.nt. A.C. Buyse en C.M.S. Loven, *Partly dissenting opinion Kjølbro*.

[14] *Kosmas e.a. t. Griekenland*, EHRM 29 juni 2017, nr. 20086/13,

ECLI:CE:ECHR:2017:0629JUD002008613, *Dissenting opinion Koskelo*.

[15] Pere Pastor Vilanova, 'Third parties involved in international litigation proceedings. What are the challenges for the ECtHR?' in :Paulo Pinto de Albuquerque and Krzysztof Wojtyczek (eds.) *Judicial power in a globalised world: liber amicorum Vincent De Gaetano*, Springer 2019.

ANNOTATIE

Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (HvJ EU, zaak C-336/19) – Hof van Justitie velt mijlpaalarrest voor dierenwelzijn***E. Verniers*****1. Dierenwelzijn vs godsdienstvrijheid**

Eind december 2020 sprak het HvJ EU zich uit over de spraakmakende kwestie van het onverdoofd slachten. In het bijzonder gaf het HvJ antwoord op de preciaire verhouding tussen dierenwelzijn en godsdienstvrijheid. Beide waarden zitten vervat in het Unierecht en het was aan het HvJ om de belangenafweging in deze specifieke zaak uit te voeren. Alhoewel deze uitspraak in de eerste plaats iets vertelt over de perceptie van dierenwelzijn in de EU, komen ook verschillende andere uiterst interessante aspecten aan bod die juridische gevolgen sorteren die het dierenwelzijn overstijgen.

2. Uniedoelstelling van algemeen belang

Na het arrest over de tijdelijke slachtvloeren[1] en het biolabel-arrest[2] is dit de derde keer waarbij het HvJ zich moet uitspreken over de relatie dierenwelzijn en godsdienstvrijheid. Ook in dit arrest bevestigt het HvJ herhaaldelijk dat de bescherming van het dierenwelzijn een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang is.[3] Dierenwelzijn in de EU werd vooreerst juridisch bindend in primair unierecht verankerd via het Verdrag van Amsterdam in Protocol (nr. 33) betreffende de bescherming en het welzijn van dieren.[4] Het Verdrag van Lissabon incorporeerde vervolgens dit Protocol in het huidige art. 13 VWEU.[5] Art. 13 VWEU is een integratiebepaling die voorschrijft dat dierenwelzijn in acht moet worden genomen bij het uitstippelen van het beleid. Niettemin wordt wel voorbehoud gemaakt voor “wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en gebruiken van de lidstaten met betrekking tot met name godsdienstige riten, culturele tradities en regionaal erfgoed”. [6]

3. Onverdoofd ≠ ritueel slachten

Nochtans is in deze uitspraak over het Vlaams verbod op onverdoofd slachten weinig van dit

voorbehoud inzake godsdienstige riten te merken en wordt volop ingezet op dierenwelzijn. Dit is ook deels te verklaren doordat het *in se* niet om een verbod op het 'ritueel slachten' gaat, maar om een verbod op het 'onverdoofd slachten'. Een belangrijk nuanceverschil aangezien dit impliceert dat het ritueel slachten nog steeds is toegelaten, zij het onder bepaalde voorwaarden (het bedwelgingsprocédé moet omkeerbaar zijn en mag niet de dood van het dier tot gevolg hebben).[7] In het arrest inzake de tijdslachtvloeren oordeelde het HvJ reeds dat de bescherming van het dierenwelzijn rechtvaardigt dat technische voorwaarden of eisen die erop gericht zijn het lijden van dieren bij het doden zo veel mogelijk te beperken, kunnen worden verbonden aan slachtingen voor religieuze doeleinden teneinde deze slachtingen te organiseren en hiervoor een kader te scheppen.[8] Dergelijk technisch kader houdt echter op zichzelf geen beperking in van het recht op vrijheid van godsdienst van praktiserende moslims, aldus het HvJ.[9] Met dit arrest vult het HvJ zijn vorige rechtspraak verder aan door ook andere randvoorwaarden aangaande de rituele slacht te aanvaarden, namelijk voor zover dit beperkt blijft tot één aspect van de specifieke rituele daad van het slachten en de rituele slacht als zodanig niet verboden is.[10] Tegenover deze soepele interpretatie van het HvJ over de procedure van de rituele slacht, stelt het HvJ expliciet dat een importverbod om zich vlees te verschaffen dat afkomstig is van dieren die zonder voorafgaande bedwelming werden geslacht, wel zonder meer strijdig zou zijn met het Unierecht.[11]

4. Riant margin of appreciation

Opmerkelijk is eveneens het feit dat het HvJ zijn beslissing steunt op een extensieve toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine en het evenredigheidsbeginsel. Het HvJ argumenteert daarbij, hierbij verwijzend naar rechtspraak van het EHRM, dat een ruime beoordelingsmarge aan nationale beleidsmakers moet worden toegekend over beleidskwesties waarbij een spanningsveld heerst met het beginsel van godsdienstvrijheid zoals omschreven in art. 9 EVRM.[12] Het gebrek aan consensus tussen de lidstaten over de te hanteren aanpak ten aanzien van ritueel slachten, alsmede de inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel verantwoordt volgens het HvJ de ruime beoordelingsvrijheid van de lidstaten.[13] Centraal in de analyse van het HvJ staat daarenboven een evenwichtsoefening tussen het in art. 10 van het Hv gewaarborgde recht inzake godsdienstvrijheid en de bevordering van het dierenwelzijn, beoogd in art. 13 VWEU, waarbij het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast. Belangrijke elementen die in de besluitvorming worden meegenomen is het gegeven dat het Vlaams verbod op onverdoofd slachten op wetenschappelijke gegevens berust, alsook dat een alternatief procédé inzake het verdoofd ritueel slachten door middel van omkeerbare bedwelming wordt aangereikt.[14] Het HvJ benadrukt hierbij dat overweging 57 van verordening nr. 1099/2009 over de bescherming van dieren bij het doden bovendien uitdrukkelijk toelaat dat naar gelang de nationale perceptie tegenover dierenwelzijn,

uitgebreidere voorschriften voor dierenwelzijn dan die welke op het niveau van de Unie zijn overeengekomen toelaat, op voorwaarde dat de werking van de interne markt niet in het gedrang komt.[15] Het HvJ zegt verder dat de Uniewetgever hiermee de specifieke sociale context van elke lidstaat heeft willen behouden en dat de toegekende ruime beoordelingsmarge noodzakelijk is voor een billijk evenwicht en verzoening tussen enerzijds de bescherming van het welzijn van dieren bij het doden en anderzijds de eerbiediging van de vrijheid voor eenieder om zijn godsdienst te belijden.[16] Deze bevinding staat lijnrecht tegenover het advies van advocaat-generaal Hogan waarin hij de mening was toegedaan dat de bescherming van het dierenwelzijn moet wijken voor het nog fundamenteelere doel van de godsdienstvrijheid.[17]

Om nu te poneren dat in beleidskwesties waar een gebrek aan consensus voorligt lidstaten steeds vrij spel hebben, of nog dat dierenwelzijn steeds primeert, zou veel te kort door de bocht zijn. Correkter is om af te leiden dat in concrete omstandigheden het recht op godsdienstvrijheid kan beperkt worden (door dierenwelzijn). Daarenboven stipuleert het HvJ dat het Handvest, net zoals het EVRM, een levend instrument is dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige levensomstandigheden en de opvattingen die vandaag de dag in democratische staten heersen.[18] Door dergelijke teleologische interpretatie zo in de verf te zetten, lijkt het het HvJ meer en meer de weg in te slaan van verdere secularisering, ook buiten de dierenwelzijnsmaterie om.

5. HvJ en EHRM als communicerende vaten

Een finale bemerking betreft de symbiose tussen het HvJ en het EHRM. Zoals ook kan worden opgemerkt uit het bovenstaande, wordt de rechtspraak van het EHRM en het EVRM *an sich*, in tal van passages in het arrest door het HvJ aangehaald.[19] Merk trouwens op dat ook advocaat-generaal Hogan het EVRM in zijn advies betreft. Echter in tegenstelling tot de advocaat-generaal, die meende vast te stellen dat de Uniewetgever een specifiekere bescherming aan godsdienstvrijheid heeft willen bieden dan die welke door art. 9 EVRM was vereist, bleef het HvJ wel in lijn met de rechtspraak van het EHRM en werd het argument van de advocaat-generaal niet gevolgd.[20] Het HvJ creëert op deze manier steeds meer een verwevenheid tussen het EVRM en het Hv. Dit zorgt ervoor dat vooreerst het belang van het EVRM wordt versterkt. Daarnaast verschaft het betrekken van de rechtspraak van het EHRM het HvJ de opportuniteit om op een subtiële manier een tweede lezing te geven aan gevelde arresten en zo ook (bij) te sturen in de besluitvorming. Deze spitsvondigheid stimuleert een dynamische wisselwerking die het Europees recht alleen maar ten goede kan komen.

Elien Verniers

doctoraatsonderzoeker Dier & Recht (UGent)

- [1] *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, HvJ EU 29 mei 2018, zaak C-426/16, EU:C:2018:335.
- [2] *Oeuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) t. Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Bionoor SARL, Ecocert France SAS, Institut national de l'origine et de la qualité (INAO)*, HvJ EU 26 februari 2019, zaak C-497/17, ECLI:EU:C:2019:137.
- [3] *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, HvJ EU 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, punt 63, 77 & 79.
- [4] Protocol nr. 33, 2 oktober 1997 betreffende de bescherming en het welzijn van dieren gehecht aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Pb.C. 29 december 2006, afl. 321E, 314. Zie over (de geschiedenis van) dierenwelzijn in de EU: E. Verniers, "Dierenwelzijn in de EU", *NJW* 2019, nr. 407, (590) 593-597.
- [5] Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 13 december 2007, Pb.C. 26 oktober 2012, afl. 326, 47.
- [6] Art. 13 VWEU: "Bij het formuleren en uitvoeren van het beleid van de Unie op het gebied van landbouw, visserij, vervoer, interne markt en onderzoek, technologische ontwikkeling en de ruimte, houden de Unie en de lidstaten ten volle rekening met hetgeen vereist is voor het welzijn van dieren als wezens met gevoel, onder eerbiediging van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en gebruiken van de lidstaten met betrekking tot met name godsdienstige riten, culturele tradities en regionaal erfgoed."
- [7] Zie uitgebreider over het verschil tussen de noties onverdoofd en ritueel slachten: "E. Verniers, "Dierenwelzijn in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *RW* 2020-21, nr. 18, (683) 691-692.
- [8] *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, HvJ 29 mei 2018, zaak C-426/16, EU:C:2018:335, punt 60-65
- [9] *Ibid.*, punt 59.
- [10] *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, HvJ 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, punt 61.
- [11] *Ibid.*, punt 46.

[12] *Ibid.*, punt 67.

[13] *Ibid.*, punt 68-69.

[14] *Ibid.*, punt 75-76.

[15] Verord.Raad nr. 1099/2009, 24 september 2009 inzake de bescherming van dieren bij het doden, Pb.L. 18 november 2009, afl. 303, 1.

[16] *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, HvJ 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, punt 71.

[17] Conclusie Adv. Gen. G. Hogan 10 september 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:695, punt 62.

[18] *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, HvJ 17 december 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, punt 77.

[19] *Ibid.*, punt 56, 57, 67 & 77.

[20] Conclusie Adv. Gen. G. Hogan 10 september 2020, zaak C-336/19, ECLI:EU:C:2020:695, punt 86.

ANNOTATIE

B. t. Zwitserland (EHRM, nr. 78630/12) – Zwitserland afgestraft voor trage afrekening met traditionele taakverdeling binnen het gezin

P. Foubert

1. Op 20 oktober 2020 sprak het EHRM (hierna ook ‘het Hof’) zich uit in de zaak *B. t. Zwitserland*. In lijn met zijn eerdere rechtspraak, toonde het EHRM zich opnieuw gevoelig voor maatschappelijke evoluties inzake de taakverdeling tussen vrouwen en mannen binnen een gezin. Het is duidelijk dat het Hof de lidstaten van de Raad van Europa steeds minder marge gunt inzake de objectieve en proportionele rechtvaardiging van een – in dit geval directe – discriminatie op grond van geslacht. Het klassieke model van de *male breadwinner* en *female homemaker* is hierdoor weer een beetje meer op de terugweg. Hoewel dit op zich prima nieuws is voor de gelijke behandeling van vrouwen en mannen, rijzen naar aanleiding van deze uitspraak van het EHRM ook enkele vragen. Daar wordt aan het eind van dit commentaar op ingegaan.

2. Het feitenrelaas dat aan de basis ligt van de uitspraak in *B. t. Zwitserland*, is triest, doch relatief eenvoudig. B., een Zwitserse man, verloor eind van de vorige eeuw zijn zesentwintigjarige echtgenote in een auto-ongeval. Hij bleef achter met twee kleine kinderen, van toen anderhalf en vier jaar oud. B. stopte met werken om voltijsds voor hen te kunnen zorgen. Zijn kinderen ontvingen wezengeld van de Zwitserse overheid en hijzelf kreeg een uitkering voor weduwnaars. In september 2010 besliste de bevoegde Zwitserse instantie dat B. niet langer recht had op deze uitkering. Volgens de Zwitserse federale wet konden weduwnaars immers slechts steun krijgen tot hun jongste kind de leeftijd van achttien jaar had bereikt. B. was het niet eens met deze beslissing en stapte naar de nationale rechter. Hij voerde directe discriminatie op grond van geslacht aan. Weduwes behielden immers wél hun recht op een uitkering nadat hun jongste kind achttien was geworden.

3. Zowel op kantonnaal (2011) als op federaal niveau (2012) beet B. in het zand. Het Zwitserse *Tribunal fédéral* gaf toe dat de betrokken wetgeving inderdaad een ongelijke behandeling van vrouwen en mannen inhield, in strijd met de Zwitserse federale grondwet (art. 8 lid 3).[1] Het

Tribunal benadrukte echter dat de (Zwitserse) wetgever er, ondanks verschillende initiatieven tot wetswijziging, tot dan toe niet in was geslaagd deze discriminatie uit de wetgeving te verwijderen. Het zag zich op basis van de federale grondwet (art. 190)[2] genoodzaakt de bestaande – discriminatoire – wetgeving gewoon verder toe te passen, en verwierp het beroep.[3] B. maakte zijn zaak vervolgens aanhangig in Straatsburg, en wel op grond van een beweerdelijke schending van art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé- en familielevens), gecombineerd met art. 14 EVRM (discriminatieverbod). Het EHRM gaf hem acht jaar later gelijk en veroordeelde Zwitserland tot een morele schadevergoeding en de betaling van de advocaten- en gerechtskosten. Op de vraag van B. om hem ook een materiële schadevergoeding toe te kennen, ging het EHRM niet in. Het Hof oordeelde dat B. zich daarvoor opnieuw tot de Zwitserse gerechtelijke instanties moest wenden, die veel beter geplaatst zouden zijn om de precieze omvang van de schade te bepalen.

4. In een eerste beweging, besteedde het EHRM in zijn arrest veel aandacht aan de evolutie door de jaren heen van de Zwitserse uitkeringsregeling voor weduwes en weduwnaars. Deze regeling werd in 1948 ingevoerd, enkel en alleen voor weduwes, en bovendien los van de vraag of ze kinderen hadden en hoe oud deze kinderen waren. Het uitgangspunt was dat vrouwen (en kinderen) voor hun levensonderhoud afhankelijk waren van hun echtgenoot (en vader), en dat zijn overlijden hen in financiële problemen zou brengen. Pas in 1997 volgde een uitbreiding van deze regeling naar weduwnaars toe. Men had immers vastgesteld dat in de tussentijd meer en meer vrouwen een professionele bezigheid waren gaan uitoefenen en dat ook mannen (een deel van) de zorg voor hun kinderen opnamen. Daardoor kon ook een man zich geconfronteerd zien met financiële bekommernissen bij het overlijden van zijn partner. Bijgevolg oordeelde de Zwitserse regelgever dat ook een weduwnaar recht op een uitkering moest krijgen. Dit recht moest evenwel beperkt blijven tot weduwnaars die kinderen hadden, en kon slechts gelden voor de periode tot het jongste kind achttien jaar was geworden. In de eerste plaats speelden hier overwegingen van financiële aard: deze bijkomende groep rechthebbenden impliceerde immers een serieuze toename van de kosten. In de tweede plaats oordeelde de Zwitserse overheid dat van mannen (i.t.t. vrouwen) verwacht mocht worden dat zij, na een periode van inactiviteit omwille van kinderopvang, weer betaalde arbeid zouden gaan uitoefenen.

5. Het EHRM oordeelde, met name verwijzend naar zijn arresten *Petrovic t. Oostenrijk* (1998), *Markin t. Rusland* (2012) en *di Trizio t. Zwitserland* (2016),[4] dat de vordering van B. ontvankelijk was. Een regeling die weduwes en weduwnaars toelaat thuis te blijven om voor hun kinderen te zorgen, betreft inderdaad het familielevens en de organisatie ervan, zoals bedoeld in art. 8 EVRM. Het EVRM beschermt immers niet enkel sociale, morele of culturele relaties, doch omvat ook belangen van materiële aard. De Zwitserse regeling had tot gevolg dat

B. na het overlijden van zijn echtgenote kon stoppen met werken om voor zijn jonge kinderen te zorgen, doch ook dat hij zich meer dan zestien jaar later, op de leeftijd van 57 jaar, terug op de arbeidsmarkt moest begeven. Het Hof benadrukte dat de toekenning van de uitkering aan B. en de daarop volgende stopzetting ervan, uiteraard een impact had op de wijze waarop B. zijn familieleven kon organiseren. Het is opmerkelijk dat het EHRM in het kader van de ontvankelijkheid van de vordering van B. geen melding maakte van eerdere uitspraken zoals *Runkee en White t. Verenigd Koninkrijk* (2007)[5] en *Şerife Yiğit t. Turkije* (2010),[6] waarin de discriminatieclaims inzake uitkeringen voor weduwes en weduwnaars gebaseerd werden op art. 1 Eerste Protocol EVRM (bescherming van eigendom) in samenhang met art. 14 EVRM.[7] In een *concurring opinion* voerde ook rechter Helen Keller aan dat de claim van B. t. Zwitserland volgens haar eerder moest worden getoetst aan art. 1 Eerste Protocol EVRM dan aan art. 8 EVRM, aangezien het om een klacht ging die in hoofdzaak pecuniair van aard was.[8]

6. Met betrekking tot de grond van de zaak sloot het EHRM eveneens aan bij zijn eerdere rechtspraak in verband met de eerbiediging van het familieleven. In de voornoemde zaak *Markin* toonde het Hof zich reeds bereid om afstand te nemen van de klassieke taakverdeling tussen vrouwen en mannen binnen het gezin. Het Hof oordeelde toen dat art. 8 jo. art. 14 EVRM de Russische wetgever weliswaar niet verplichtte een regeling voor ouderschapsverlof in te voeren, doch dat deze regeling – nu ze inderdaad bestond – op gelijke basis toegankelijk moest zijn voor vrouwen en mannen.[9] Volledig in dezelfde lijn besliste het Hof in de hier besproken zaak dat er sprake was van een directe discriminatie op grond van geslacht, die bovendien niet objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen was.

7. De Zwitserse overheid spande zich nochtans erg in om de ongelijke behandeling van weduwnaars inzake de toekenning van een uitkering te rechtvaardigen. Zij voerde aan dat art. 14 EVRM de lidstaten er niet van weerhoudt feitelijke ongelijkheden te corrigeren. De bevoordeling van weduwes was met name gebaseerd op het feit dat vrouwen (in Zwitserland) nog steeds in grote mate financieel afhankelijk zijn van hun echtgenoot, zeker wanneer ze kinderen hebben. Aldus zou het onderscheid objectief gerechtvaardigd zijn. De Zwitserse overheid vond steun voor haar stelling in het arrest *Andrle*, waarin het EHRM er uitdrukkelijk mee kon leven dat de Tsjechische overheid (enkel) vrouwen compenseerde voor de (disproportionele) rol die zij opnamen in de opvoeding van hun kinderen.[10] Voor de vereiste van proportionaliteit tussen doel en middel vond Zwitserland eveneens steun in rechtspraak van het EHRM (*Andrle* en *Petrovic*), die in het verleden bij sociale kwesties een ruime appreciatiemarge aan de lidstaten had toegekend. De Zwitserse overheid stelde dat zij deze appreciatiemarge niet had overschreden en dat het in de Zwitserse context nog steeds te verantwoorden was om aan weduwen een hogere bescherming te geven dan aan weduwnaars.

Overigens vond zij dat haar niet kon worden verweten dat zij slechts stapsgewijs aanpassingen aanbracht aan het systeem van uitkeringen voor weduwen en weduwnaars. Het is in deze context opvallend dat de Zwitserse overheid alle verwijzingen naar het arrest *Markin* zorgvuldig heeft vermeden.

8. Het Hof heeft de Zwitserse redenering niet gevolgd. Het herhaalde dat lidstaten inderdaad een appreciatiemarge behouden bij de beoordeling van de rechtvaardiging van een ongelijke behandeling, doch dat het de rol van het EHRM is om te waken over de naleving van het EVRM. Aangezien de gelijke behandeling van vrouwen en mannen sinds lang een belangrijke doelstelling voor de lidstaten is, verwacht het Hof zeer ernstige overwegingen (*very weighty reasons*) ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling. Vooraleer over te gaan tot de concrete toetsing van de rechtvaardiging die Zwitserland aanvoerde, waarschuwde het EHRM reeds dat algemene verwijzingen naar tradities of breed aanvaard sociaal gedrag in een bepaald land, in geen geval een rechtvaardiging kunnen zijn voor een ongelijke behandeling op basis van geslacht.

9. Het Hof vond geen graten in het aangevoerde objectieve karakter van de rechtvaardiging die de Zwitserse autoriteiten aanvoerden. Het lijkt met andere woorden principieel nog steeds toegelaten dat een lidstaat een ongelijke behandeling rechtvaardigt op grond van feitelijke ongelijkheden. Voor wat betreft de redelijke verhouding tussen doel en middelen (proportionaliteit) was het Hof echter streng. Het oordeelde dat het in de Zwitserse samenleving nog sterk aanwezige klassieke model van de *male breadwinner* en *female homemaker* de ongelijke behandeling van weduwnaars niet kon rechtvaardigen. Het Hof zag meer concreet niet in waarom B., bij zijn terugkeer naar de arbeidsmarkt op de leeftijd van 57 jaar, minder problemen zou ervaren dan een vrouw in dezelfde situatie, alsook hoe de stopzetting van de uitkering hem minder zou treffen. De conclusie was dus onverbiddelijk dat er een schending was van art. 8 jo. art. 14 EVRM.

10. Met dit arrest heeft het EHRM duidelijk aangegeven verder het pad te willen bewandelen dat leidt naar een gelijke behandeling van vrouwen en mannen, meer bepaald met betrekking tot voordelen gekoppeld aan zorgtaken, en de gevolgen daarvan voor hun professionele loopbaan. In 1998 (*Petrovic*) oordeelde het Hof nog dat vrouwen en mannen zich voor wat betreft de zorg voor hun kinderen weliswaar in een vergelijkbare positie bevinden, doch dat een bevoordeling van vrouwen op dit vlak nog objectief en redelijkerwijs gerechtvaardigd kon zijn. In 2012 (*Markin*) luidde het reeds dat de geesten intussen genoeg gerijpt waren om een wettelijke regeling die enkel aan vrouwen een recht op ouderschapsverlof toekent, niet langer gerechtvaardigd te achten. Het Hof veegde toen het argument van positieve discriminatie ter compensatie voor feitelijke ongelijkheden van tafel. Het oordeelde dat een dergelijke ongelijke behandeling eerder genderstereotypen in stand houdt dan ze afbouwt.[11] In het hier

besproken arrest *B. t. Zwitserland* blijkt dat het EHRM deze lijn consequent doortrekt, en ook gelijkheid wil brengen voor wat betreft de (financiële) repercussies op de professionele loopbaan van weduwes en weduwnaars die beslissen om een tijd lang voltijs voor hun kinderen te zorgen.

11. Deze uitspraak doet denken aan de arresten *Roca Álvarez* (2010),^[12] *Maistrellis* (2015)^[13] en *WA* (2019)^[14] van het Hof van Justitie van de EU. Ook in deze zaken beklagden mannen zich over directe discriminatie (ten aanzien van vrouwen) inzake verlofregelingen of flexibele werkregelingen met het oog op de zorg voor kinderen, of inzake maatregelen die erop gericht waren in het verleden opgenomen zorgtaken te compenseren. In deze drie zaken doorprikte ook het Hof van Justitie de genderstereotypering die voortvloeit uit dergelijke wetgeving en veegde het, net zoals het EHRM, het argument van de positieve discriminatie van tafel.^[15]

12. Hoewel het resultaat van het arrest *B. t. Zwitserland* globaal genomen toe te juichen is, rijst weliswaar de vraag of het EHRM niet een brug te ver is gegaan in de laatste paragraaf die het wijdde aan de toepassing van art. 8 jo. art. 14 EVRM. Het Hof stelde daar met name: “*En conséquence, [la Cour] considère que le Gouvernement n’a pas fourni de justification raisonnable à l’inégalité de traitement dont le requérant a été victime. La Cour tient à souligner que cette conclusion ne saurait être interprétée de manière à encourager le Gouvernement suisse à supprimer ou réduire ladite rente en faveur des femmes en vue de la rectification de l’inégalité de traitement.*”^[16] Met andere woorden: Zwitserland moest er niet aan denken de vastgestelde discriminatie weg te kunnen werken door de afschaffing of inkorting van het recht op een uitkering voor weduwes. Het EHRM keert zich hier dus duidelijk tegen een *levelling down* inzake sociale voordelen. Geheel uit de lucht gegrepen was dit niet: een *levelling down* was immers één van de initiatieven tot wetswijziging die bij de Zwitserse wetgever op tafel had gelegen, doch het niet had gehaald (zie randnummer 3 hierboven).

13. Dit standpunt van het EVRM is merkwaardig, aangezien het Hof ooit een andere visie heeft verdedigd. In het hierboven reeds vermelde arrest *Runkee en White* (2007) bijvoorbeeld, waar een met de Zwitserse regeling vergelijkbaar (Brits) systeem voorlag dat enkel voor weduwes in een uitkering voorzorg, voerde het EHRM aan dat ‘since it was decided to bring about equality through “levelling down”, it was not unreasonable of the legislature to decide to introduce the reform slowly, by preserving the rights of women widowed [...]’.^[17] Meer in het algemeen lijkt het Hof in *Runkee en White* geen probleem te hebben met het wegwerken van discriminatie via *levelling down*. Het arrest *B. t. Zwitserland* bevat echter geen enkele verwijzing naar *Runkee en White*.

14. Men kan zich overigens de vraag stellen of een beperking in de tijd van een uitkering voor weduw(naar)schap wel in elk geval zou leiden tot een *levelling down* van sociale voordelen.

Mag een nationale overheid er – bijvoorbeeld vanuit het streven naar een actieve welvaartsstaat en de financierbaarheid van uitkeringssystemen – dan niet voor kiezen de bescherming van weduwes en weduwnaars te realiseren op een andere manier dan via een systeem van (levenslange) uitkeringen? Zou een nationale overheid weduwes en weduwnaars die lang thuis zijn geweest teneinde voor hun kinderen te zorgen, bijvoorbeeld niet mogen laten aansluiten bij andere herintreders in de arbeidsmarkt en hen een begeleidingstraject aanbieden? Het inkorten van bestaande rechten kan nooit op veel sympathie rekenen. Het streven naar een gelijke behandeling voor vrouwen en mannen vergt echter een bereidheid om alle discriminatoire regels onder de loep te nemen, en eerlijk de vraag te stellen of ze de toets van het recht op een gelijke behandeling kunnen doorstaan. Zo is trouwens ooit ook het verbod op nachtarbeid voor vrouwen gesneuveld.

Petra Foubert

Hoogleraar UHasselt[18]

[1] Art. 8 lid 3 van de Zwitserse federale grondwet stelt: 'L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.'

[2] Art. 190 van de Zwitserse federale grondwet luidt als volgt: 'Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.'

[3] Aan het einde van zijn arrest (par. 76) sprak het EHRM zich uit over de beslissing van het *Tribunal fédéral* om de discriminatoire wetgeving gewoon verder toe te passen. Het EHRM stelde dat een dergelijke conclusie de ongelijke behandeling waarvan B. het slachtoffer was niet kon rechtvaardigen. Art. 1 EVRM verplicht de lidstaten immers de rechten die voortvloeien uit dit verdrag te respecteren. Het verdrag laat de lidstaten weliswaar vrij in de keuze van de middelen daartoe, doch behoudt zich het recht voor om de effectieve naleving van deze rechten streng te controleren.

[4] *Petrovic t. Oostenrijk*, EHRM, 27 maart 1998, nr. 20458/92, ECLI:CE:ECHR:1998:0327JUD002045892, «USZ» 1999/43 m.nt. Janssen, «JBC» 1998/108 m.nt. AWH; *Markin t. Rusland*, EHRM, 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, «EHRC» 2011/4 m.nt. Gerards; *Di Trizio t. Zwitserland*, EHRM, 2 februari 2016, nr. 7186/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609, «EHRC» 2016/113 m.nt. Timmer.

[5] *Runkee en White t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 10 mei 2007, nrs. 42949/98 en 53134/99, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD004294998.

[6] *Şerife Yiğit t. Turkije*, EHRM (GK), 2 november 2010, nr. 3976/05, ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD000397605, «EHRC» 2011/33 m.nt. Ouald Chaib.

[7] In *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk* had het Hof reeds beslist niet-bijdrage-gebonden sociale voordelen, net zoals bijdragegebonden sociale voordelen, onder art. 1 Eerste Protocol EVRM konden worden gebracht. *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK), 6 juli 2005, nrs. 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DEC006573101.

[8] Volgens rechter Helen Keller was het niet gepast art. 8 EVRM zo te interpreteren dat het ook de verplichtingen omvat die voortvloeien uit art. 1 Eerste Protocol EVRM. Op die wijze zouden immers de verplichtingen onder art. 1 Eerste Protocol EVRM ook van toepassing zijn op lidstaten die het Eerste Protocol niet hebben geratificeerd. En laat dat laatste nu net het geval zijn voor Zwitserland.

[9] *Markin t. Rusland*, par. 130.

[10] *Andrle t. Tsjechië*, EHRM, 17 februari 2011, nr. 6268/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0217JUD000626808, «EHRC» 2011/60 m.nt. Leijten, Timmer.

[11] *Markin t. Rusland*, par. 140-141.

[12] *Pedro Manuel Roca Álvarez t. Seca Start España ETT SA*, HvJ EU 30 september 2010, zaak C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561.

[13] *Konstantinos Maïstrellis t. Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthropolon Dikaïomaton*, HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473, «EHRC» 2015/189.

[14] *WA t. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, HvJ EU 12 december 2019, zaak C-450/18, ECLI:EU:2019:696.

[15] In 2002 (*Lommers*) aanvaardde het Hof nog een Nederlandse positieve actieregeling waarbij kinderopvangplaatsen werden voorbehouden aan vrouwelijke werknemers, teneinde feitelijke ongelijkheden te compenseren. *H. Lommers t. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, HvJ EU 19 maart 2002, zaak C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183. Hoewel het Hof van Justitie in zaken waarin de genderstereotypering diepliggender is niet steeds de vinger op de wonde legt (zie bijvoorbeeld: *Marc Betriu Montull t. INSS*, HvJ EU 19 september 2013, zaak C-5/12, ECLI:EU:C:2013:571) is hier duidelijk een positieve evolutie merkbaar. Voor een bespreking, zie P. Foubert en S. Vancleef, 'Genderdiscriminatie en genderstereotypen in de

arbeidsfeer: mannelijker en subtieler van aard? Een analyse van de Europese en Belgische rechtspraak met de nadruk op de afgelopen tien jaar', in E. Brems en L. Stevens (eds.), *Recht en gender in België: 10 jaar later*, verschijnt in 2021.

[16] *B. t. Zwitserland*, par. 77.

[17] *Runkee en White*, par. 41.

[18] Met dank aan UHasselt collega Stijn Smet voor de gedachtewisseling naar aanleiding van het schrijven van dit commentaar.

ANNOTATIE

Keskin t. Nederland (EHRM, nr. 2205/16) – De rechterlijke beoordeling van verzoeken om getuigen à charge ter zitting te horen

D.A.G. van Toor

1. Het blijft “onrustig” in de rechtspraak van het EHRM over het ondervragingsrecht. De Wilde beschrijft dat het EHRM in *Al-Khawaja & Tahery* (2011) een koerswijziging heeft ingezet betreffende het beoordelingskader voor verzoeken ter uitoefening van het ondervragingsrecht bij getuigen à charge (het EHRM gebruikt hiervoor de term *prosecution witnesses*),^[1] terwijl die lijn in 2015 in *Schatschaschwili* werd ‘uitgebreid en opgehelderd’.^[2] Eind 2018 verduidelijkte het EHRM in *Murtazaliyeva* hoe verzoeken tot het horen van getuigen à décharge (*defense witnesses*) moeten worden beoordeeld, waarin hij de *two-pronged Perna*-toets uitbreidde naar een drie-stappen-toets.^[3]

2. Dus zowel de rechtspraak over het ondervragingsrecht bij getuigen à charge als het ondervragingsrecht bij getuigen à décharge is in het laatste decennium aan (flinke) verandering onderhevig. Het onderhavige arrest betreft de beoordeling van verzoeken om getuigen à charge te horen in de Nederlandse strafvordering. Het arrest is binnen enkele dagen als baanbrekend bestempeld^[4] en ligt inmiddels ten grondslag aan conclusies van advocaten-generaal Frielink en Paridaens waarin het effect van de onderhavige direct zichtbaar wordt.^[5] De kans is groot dat op basis van *Keskin* veel geslaagde cassatieklachten worden ingediend, en dat feitenrechters de beoordeling van verzoeken om getuigen à charge te horen per direct dienen te wijzigen (waarmee ik niet bedoel dat die ook moeten worden toegewezen). Over de directe invloed van *Keskin* later meer. Deze annotatie begint met enige achtergrondinformatie over de beoordelingskaders van verzoeken getuigen à décharge en getuigen à charge te horen. Hierbij is het van belang op te merken dat het EHRM het horen van deze twee verschillende categorieën getuigen als twee van elkaar te onderscheiden rechten beschouwd (par. 41), terwijl de HR het in zijn rechtspraak over *het* ondervragingsrecht heeft.^[6]

3. Het EHRM zet de beoordeling van getuigen à charge sterk in het teken van de *betrouwbaarheid* van de verklaring. Door de nadruk op de aanwezigheid van ondersteunend

bewijs (de *sole or decisive rule*) te leggen als een essentieel element in de toetsing lijkt het Hof duidelijk te maken dat de beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaringen een belangrijke overweging is bij het bepalen of de verklaring mag worden gebruikt. Daarnaast maakt het bieden van compensatiemaatregelen, wanneer het ondervragingsrecht *niet* kan worden uitgeoefend, onderdeel uit van het beoordelingskader. Door middel van een alternatieve mogelijkheid voor directe ondervraging kan de betrouwbaarheid ook worden getoetst. Een voorbeeld hiervan is het laten zien van een video van het getuigenverhoor, waardoor kan worden beoordeeld of open vragen zijn gesteld, niet sturend is verhoord en geen druk is uitgeoefend. Als twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de getuige *à charge* is het belangrijk dat het ondervragingsrecht tijdens het onderzoek ter terechtzitting wordt geëffectueerd.[7]

4. De betrouwbaarheid van de getuigenverklaring *à décharge* lijkt van ondergeschikte betekenis te zijn bij de beoordeling of de getuige moet worden gehoord. Het EHRM zet bij de beoordeling van deze getuigen vooral in op de noodzaak voor de *waarheidsvinding* en de volledigheid van het onderzoek. Het EHRM lijkt daarmee uit te gaan van de situatie dat de getuige *à décharge*, anders dan gebruikelijk bij de getuige *à charge*, nog niet door de politie is gehoord. De beoordeling van het getuigenverzoek *à décharge* tijdens het onderzoek ter terechtzitting is daarmee fundamenteel anders omdat nog niet bekend is wat de getuige heeft verklaard of kan verklaren. Doordat de inhoud van de verklaring nog onbekend is, kunnen ook nog geen uitspraken over de betrouwbaarheid worden gedaan.

5. In mijn annotatie bij *Murtazaliyeva* zette ik uiteen dat het EHRM, anders dan de HR, duidelijk verschillende kaders voor de beoordeling van het verzoek getuigen *à décharge* te horen tegenover het verzoek getuigen *à charge* te horen gebruikt. Het Nederlandse systeem met betrekking tot het verzoek om getuigen *à décharge* te ondervragen is in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM. De onderhavige zaak biedt mij de gelegenheid nader in te gaan op het verzoek getuigen *à charge* te ondervragen. Klager wordt namelijk in eerste instantie bij verstek veroordeeld op basis van meerdere getuigenverklaringen. In zijn appelschriftuur stelt de verdediging zich op het standpunt dat de getuigen *à charge* ter onderzoek ter terechtzitting dienen te worden opgeroepen zodat de verdediging de mogelijkheid krijgt de getuigen *à charge* te ondervragen, althans dat hij die mogelijkheid dient te krijgen bij de raadsheer-commissaris. Deze verzoeken – het gaat om zeven getuigen – worden, vanwege een ontoereikende motivering, door het gerechtshof afgewezen.[8] Volgens het gerechtshof had de verdediging niet duidelijk gemaakt op welke punten de getuigen *onjuist* zouden hebben verklaard, waardoor het gerechtshof het belang van het horen van de getuigen ter zitting niet zag.

6. Zoals hierboven beschreven, ligt de focus bij verzoeken getuigen *à décharge* te horen op de

noodzakelijkheid daarvoor voor de waarheidsvinding. Het is aan de verdediging die noodzakelijkheid te beargumenteren. Het is de vraag of in de rechtspraak van het EHRM dezelfde motiveringseisen aan verzoeken tot het horen van getuigen *à charge* worden gesteld. Gezien het verschil in focus zou het niet verwonderlijk zijn ook verschil aan te brengen in de verlangde motivering van de verzoeken. Dat doet het EHRM dan ook in de onderhavige zaak: 'Contrary to the situation with defence witnesses, the accused is not required to demonstrate the importance of a prosecution witness. In principle, if the prosecution decides that a particular person is a relevant source of information and relies on his or her testimony at the trial, and if the testimony of that witness is used by the court to support a guilty verdict, it must be presumed that his or her personal appearance and questioning are necessary' (par. 45). Het EHRM wijst er vervolgens fijntjes op dat de EHRM-rechtspraak die de HR gebruikt om de motiveringsverplichtingen voor getuigenverzoeken *à charge* te rechtvaardigen zaken betreffen waarin getuigenverzoeken *à décharge* te horen centraal stonden (par. 59). Die rechtspraak is niet zonder meer van toepassing op verzoeken getuigen *à charge* te horen.

7. Dit alles kan voor de Nederlandse regering en de Nederlandse rechtspraak eigenlijk niet als een volkomen verrassing komen:[9] Spronken verwijst in een van haar conclusies uit 2017, bij de zaak waarin de Hoge Raad het cassatiemiddel aangrijpt om een overzichtsarrest over het ondervragingsrecht te wijzen,[10] naar de onderhavige zaak en stelt voorop dat de Nederlandse regering unilateraal heeft erkend dat artikel 6 EVRM geschonden is.[11] Na analyse van de rechtspraak van het EHRM over het ondervragingsrecht bij getuigen *à charge* in vergelijking met de rechtspraak van de HR komt Spronken tot de conclusie dat de 'feitenrechter een dergelijk verzoek niet mag afwijzen, tenzij de verdediging in een eerder stadium al de kans heeft gehad de getuige te ondervragen of als er een goede reden is dat de getuige niet door de verdediging ondervraagd kan worden. Indien deze consequentie wordt aanvaard, dan heeft dat onmiskenbaar gevolgen voor de Nederlandse praktijk.'[12] Spronken concludeert vervolgens tot vernietiging van het bestreden arrest: de verdediging heeft in hoger beroep verzocht getuigen te kunnen ondervragen waarvan de verklaringen in eerste aanleg als belastend bewijsmateriaal tegen de verdachte zijn gebruikt waarmee het belang van de verdediging om de getuigen te kunnen ondervragen is gegeven.[13] De Hoge Raad beslist echter contrair en oordeelt dat de afwijzing van het gerechtshof de getuigen te ondervragen op basis van een onvoldoende onderbouwing van het verzoek 'niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd' is.[14] Ook annotator Kooijmans onderschrijft Spronkens analyse en consequentie niet volledig.[15] Het ligt voor de hand dat de HR (en de gehele Nederlandse rechtspraak) alsnog overstag moet(en) als gevolg van *Keskin*: de *afwijzing* van verzoeken getuigen *à charge* te horen kan niet worden gerechtvaardigd door een ontoereikende motivering.

8. De Hoge Raad hanteert het zojuist beschreven standpunt – dat ook het verzoek getuigen *à charge* te ondervragen moet worden gemotiveerd – namelijk nog steeds,[16] ondanks dat de Nederlandse regering in december 2016 al met een *unilateral declaration* op de onderhavige klacht reageerde. Voor de regering is het (in ieder geval in de onderhavige zaak) blijkbaar zonneklaar dat klagers recht op een eerlijk proces is geschonden doordat hij in feitelijke aanleg geen mogelijkheid heeft gehad getuigen *à charge* te ondervragen.

9. Dat er wel een arrest van het EHRM is gekomen, is niet te danken aan de Nederlandse regering. Zij waagt op basis van de *unilateral declaration* namelijk een poging de zaak van de rol te laten schrappen (artikel 37 EVRM), maar vermeldt daarbij dat het eventueel voor klager niet mogelijk is de zaak in Nederland te laten herzien omdat onduidelijk is of de herzieningsregeling van artikel 457 Sv ook van toepassing is op *beslissingen* van het EHRM (par. 26). Het Hof is stelliger dan de Nederlandse regering: uit artikel 457 Sv en de wetshistorie leidt hij af dat een *ruling* noodzakelijk is voor herziening (par. 28). Aangezien klager herziening van zijn veroordeling wenst, is, ondanks de *unilateral declaration*, een inhoudelijke behandeling in Straatsburg noodzakelijk (par. 28). Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt overigens ook dat een *unilateral declaration* alleen tot schrapping leidt als verdere behandeling van de zaak niet noodzakelijk is om toekomstige schendingen te voorkomen (par. 32).

10. De vraag is wat de regering had hopen te bereiken met de *unilateral declaration*? Is die beslissing genomen om de onderhavige zaak efficiënt af te doen? Of is bewust voor deze strategie gekozen om de zaak van de rol te laten schrappen zodat geen inhoudelijk arrest zou worden gewezen? Het arrest zoals nu is gewezen, wordt als baanbrekend bestempeld[17] en legt een bom(metje) onder het systeem van het oproepen van getuigen in feitelijke aanleg. Hoe dan ook, voor de Nederlandse rechtspraak is het onderhavige van groot belang. Spronken wees er in de eerdergenoemde conclusie al op dat de rechtspraak van de Hoge Raad aangaande de ondervragingsrechten die volgen uit artikel 6 lid 3 onder d EVRM ‘een blinde vlek’ vertoont.[18] Over de precieze reikwijdte van *Keskin* valt echter te discussiëren. Om de verschillen in reikwijdte duidelijk te maken, schets ik drie mogelijke interpretaties van de onderhavige zaak.

11. De meest vergaande interpretatie is dat Nederlandse rechters *geen* motivering mogen verlangen als de verdediging verzoekt getuigen *à charge* te horen en dat alle verzoeken zonder meer moeten worden toegewezen. Omdat een belastende getuigenverklaring door het openbaar ministerie aan het dossier is toegevoegd, waarmee het openbaar ministerie aangeeft dat de verklaring relevante informatie voor de te nemen beslissingen door de rechter bevat, staat het belang bij het ondervragen van de getuige door de verdediging vast. In dit scenario zouden feitenrechters elke getuige *à charge* moeten laten horen door de verdediging, wanneer de verdediging daarom verzoekt. Dit kan door het horen bij de rechter- of raadsheer-

commissaris of tijdens het onderzoek ter terechtzitting toe te staan. In het arrest kan in ieder geval niet worden gelezen dat feitenrechters ambtshalve de verdediging de mogelijkheid moet bieden getuigen *à charge* te kunnen horen. Het moge duidelijk zijn dat deze interpretatie het Nederlandse stelsel, waar de overgrote meerderheid van de getuigen door de politie worden gehoord zonder aanwezigheid van de verdediging, volledig op zijn kop zou zetten.

12. Een tweede mogelijkheid is dat feitenrechters enige onderbouwing van het verzoek blijven verlangen, die sterk lijkt op hetgeen nu wordt vereist onder het verdedigingsbelang (zonder dat een ontbrekende motivering tot afwijzing mag leiden). Zij zouden daarbij (meer) aansluiting - in plaats van de beoordeling of de getuige in redelijkheid van belang kan zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing (het verdedigingsbelang) - moeten zoeken bij de *sole or decisive rule*. In het onderhavige arrest stelt het EHRM de criteria die zijn ontwikkeld in de zaken *Al-Khawaja & Tahery*[19] en *Schatschaschwili*[20] namelijk voorop (vanaf par. 46). Als de getuigenverklaring niet het enige of het doorslaggevende bewijs is voor de bewezenverklaring bestaat er geen noodzaak de verdediging de gelegenheid tot ondervraging toe te staan. Met andere woorden, het is nog steeds afhankelijk van het geheel aan bewijs, in onderlinge samenhang bezien, of de verdediging daadwerkelijk de mogelijkheid *moet* krijgen een getuigen *à charge* te ondervragen. Het EHRM stelt dat als een algemene regel geldt dat ‘the accused is not required to demonstrate the importance of a prosecution witness’, maar de feitenrechter heeft wel de mogelijkheid om het verzoek af te wijzen. Het lijkt daarom logisch om van de verdediging te verlangen dat hierop wordt ingespeeld: als de feitenrechter het verzoek tot het horen van getuigen *à charge* toetst aan het belang van die verklaring voor de bewezenverklaring, dan ligt een motivering van het verzoek op basis van dat criterium voor de hand. De eventuele *ontoereikende* motivering kan vervolgens *niet* als grond voor afwijzing worden gebruikt, maar feitenrechters mogen het verzoek wel afwijzen op grond van het geringe belang van de getuigenverklaring. Uiteindelijk beoordeelt het EHRM in *Keskin* de klacht namelijk via de toelaatbaarheid om de verklaring van een niet-gehoorde getuige toch te gebruiken, waarbij de criteria ontwikkeld in *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili* worden toegepast. Het is dus niet zonder meer zo dat alle getuigen *à charge*, zonder enige aanleiding, verzoek of motivering daartoe, *moeten* worden gehoord.

13. De derde mogelijkheid, en toepassing hiervan ligt mijns inziens het meest voor de hand, borduurt voort op het vorige scenario, namelijk dat feitenrechters het verzoek om getuigen *à charge* te horen opvatten als een beoordeling van de mogelijkheid om de getuigenverklaring (*de auditu*) te mogen gebruiken zonder dat de verdediging de mogelijkheid heeft gehad de getuige te ondervragen. In principe is dat namelijk de dichotome mogelijkheid die de feitenrechters hebben: (i) de verdediging krijg de gelegenheid de getuige te ondervragen of (ii) de verklaring mag ook zonder deze gelegenheid tegen de verdachte worden gebruikt (waarbij

mogelijk wel enige compensatie voor de afwezigheid van het direct ondervragen moet worden geboden). Hiervoor zou de feitenrechter het volledige beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili* moeten toepassen, te weten: (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige *à charge* ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige *à charge* niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

Zo kan een feitenrechter op basis van het beoordelingskader besluiten dat de verdediging een video van het politieverhoor te zien krijgt om de betrouwbaarheid van de verklaring te beoordelen, en dat dat voldoende compensatie is voor het uitblijven van de mogelijkheid direct vragen aan de getuige te kunnen stellen. Hierdoor zou ook van de verdediging kunnen worden verlangd dat zij aangeeft *waarom* de verdediging belang heeft bij het direct kunnen ondervragen, althans bij geen nadere motivering loopt de verdediging het risico dat de feitenrechter een vorm van compensatie voor het direct ondervragen kiest.

14. Is dit arrest nu zo belangwekkend als wordt verondersteld? Ja en nee. Het EHRM maakt (nogmaals) duidelijk dat het ondervragen van getuigen *à charge* en het ondervragen van getuigen *à décharge* twee verschillende eerlijkprocesrechten zijn, die beide een eigen beoordelingskader kennen. In die zin lijkt er toch verandering noodzakelijk in het Nederlandse stelsel. In ieder geval is het afwijzen van verzoeken om getuigen *à charge* te horen enkel op basis van een ontoereikende motivering verleden tijd. Een eventuele afwijzing moet worden gebaseerd op de factoren uit het beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili*. Dit vergt enige aanpassing in de praktijk – namelijk het aanleggen van een andere maatstaf – maar zal niet leiden tot een exponentiële stijging van het aantal getuigen *à charge* dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting een verklaring komt afleggen.

De invloed van *Keskin* gaat mijns inziens namelijk niet zo ver dat (i) getuigen *à charge* altijd moeten worden ondervraagd door de verdediging of (ii) dat van de verdediging geen enkele onderbouwing van het verzoek mag worden verlangd. Dat zijn communicerende vaten: wanneer een mogelijkheid tot afwijzing van een verzoek bestaat, moet de verdediging de rechter ervan overtuigen niet van die bevoegdheid gebruik te maken. Dus hoe meer ruimte voor het afwijzen van een verzoek, des te hoger de grenzen die gesteld kunnen worden aan de motiveringsverplichting voor de verzoekers. Die afwijzingsruimte was voor *Keskin* ruim en wordt door het onderhavige arrest ingeperkt.

Het beoordelingskader uit *Al-Khawaja & Tahery* en *Schatschaschwili* biedt dus wel enige ruimte om het ondervragen van getuigen *à charge* af te wijzen, en maakt ook duidelijk op

welke factoren die beslissing moet plaatsvinden. Juist in die factoren kan *a contrario* de noodzaak tot onderbouwing worden gevonden. Als duidelijk is dat de feitenrechter op basis van die factoren een verzoek tot horen van de getuige *à charge* kan afwijzen, ligt het voor de hand dat de verdediging de feitenrechter overtuigt van de noodzaak van het direct ondervragen van de getuige. De feitenrechter moet vervolgens, als hij het verzoek afwijst, dit op *inhoudelijke* gronden doen aan de hand van de eerdergenoemde criteria, en niet langer op *formele* gronden.

[1] B. de Wilde, 'Het arrest Al-Khawaja & Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleeft?', *DD* 2012/26, par. 1.

[2] B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', *AA* 2017/10, p. 778.

[3] *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM (GK) 18 december 2018, zaaknr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, «EHRC» 2019, 70 m.n.t Van Toor.

[4] <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/ehrm-doet-baanbrekende-uitspraak-over-het-horen-van-belastende-getuigen-keskn-t-nederland>, laatst geraadpleegd op 2 februari 2021.

[5] Conclusie P.M. Fielink, 2 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:86; D.J.M.W. Paridaens, 2 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:91.

[6] HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, r.o. 3.7.1.

[7] Zie in dit verband bijv. *Paić t. Kroatië*, EHRM 29 maart 2016, zaaknr. 47082/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0329JUD004708212, par. 43.

[8] Zie het aan de onderhavige klacht ten grondslag liggende arrest: HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:4162. Dat de HR de cassatieklacht heeft afgedaan onder artikel 80a RO wekt enige verbazing. De verdediging heeft op tijd het verzoek tot het horen van de getuigen ingediend waardoor het minder strenge verdedigingsbelang geldt. Het uitgangspunt daarbij is dat de getuigen worden opgeroepen als 'de punten waarover de getuige kan verklaren, in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuige iets over bedoelde punten zou kunnen verklaren.' (Zie HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, r.o. 2.5.) Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst Keskins verzoek echter af op basis van een ontbrekende motivering, namelijk dat niet is aangegeven op welke punten deze getuigen *onjuist* zouden hebben verklaard. Dit is niet in lijn met de maatstaf uit de rechtspraak van de HR (onjuiste rechtsopvatting), althans zonder nadere uitleg waarom de onjuistheid van de

verklaringen van belang zijn om aan te geven in verband met ‘enige te nemen beslissing’ onbegrijpelijk gemotiveerd. Mijns inziens had de cassatieklacht dus tot vernietiging moeten leiden.

[9] Overigens heeft algoritme Juri deze zaak onjuist voorspeld. Zie www.jurisays.com; M. Medvedeva, M. Vols & M. Wieling, ‘Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights’, *Artificial Intelligence and Law* 2020, 28, p. 237-266.

[10] HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans.

[11] Conclusie T.N.B.M Spronken 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, rn. 3.1. Zie nader EHRM 28 juni 2016, zaaknr. 2205/16 (*communicated case Keskin t. Nederland*).

[12] Conclusie T.N.B.M Spronken 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, rn. 3.8.38-3.8.39.

[13] Conclusie T.N.B.M Spronken 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, rn. 3.9.

[14] HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, r.o. 4.3.

[15] HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, rn. 2.

[16] HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:72, *NJ* 2019/205, r.o. 2.5.1-2.6.

[17] <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/ehrm-doet-baanbrekende-uitspraak-over-het-horen-van-belastende-getuigen-keskn-t-nederland>, laatst geraadpleegd op 2 februari 2021.

[18] Conclusie T.N.B.M Spronken 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. Kooijmans, rn. 3.1.

[19] *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 december 2011, nr. 26766/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, «EHRC» 2012/56 m.nt. Spronken.

[20] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD00915410, «EHRC» 2016/89, m.nt. Dubelaar.

RECHTSPRAAK

Keskin t. Nederland, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16

Getuigen. Het is in strijd met art. 6 lid 1 en 3 (d) EVRM om een verdachte geen mogelijkheid te geven om getuigen voor de vervolging te laten ondervragen, enkel omdat hij het belang van die ondervraging onvoldoende heeft aangetoond. Een dergelijk belang moet bij getuigen voor de vervolging altijd worden aangenomen. Deze uitkomst bereikt het EHRM nadat het een inhoudelijke beoordeling van de zaak heeft gegeven, dit ondanks de erkenning van de schending door de Nederlandse regering. Reden daarvoor is dat bij zo'n eenzijdige verklaring geen heropening van de strafrechtelijke procedure mogelijk is, terwijl dat hier wel van belang is.

Klager is in 2013 *in absentia* veroordeeld vanwege fraude, op basis van onder meer de verklaringen van zes (van in totaal zeven) getuigen. Volgens klager heeft hij ten onrechte geen gelegenheid gekregen om deze zes getuigen en ook de zevende getuige te ondervragen tijdens de zitting. Weliswaar had hij daarom verzocht, maar zijn verzoek tot ondervraging was afgewezen omdat hij het belang daarvan onvoldoende had onderbouwd.

Bij het EHRM heeft de regering een eenzijdige verklaring voorgesteld en wil dat het EHRM de zaak daarom van de rol schrapte. Klager heeft het aanbod van een schadevergoeding echter afgewezen omdat hij bang is dat alleen bij een inhoudelijke einduitspraak van het EHRM artikel 457 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht heropening van de procedure mogelijk is, terwijl dat is wat hij beoogt te bereiken. Het EHRM overweegt dat deze bepaling inderdaad alleen heropening mogelijk maakt als er een uitspraak is van het EHRM waarin is vastgesteld dat het EVRM is geschonden. Weliswaar heeft de regering betoogd dat op basis daarvan heropening ook mogelijk kan zijn bij een eenzijdige verklaring, maar dit acht het Hof niet voldoende verzekerd. Het besluit dan ook de zaak inhoudelijk te behandelen.

Ten aanzien van het ondervragen van de getuigen voor de vervolging roept het Hof de uitgangspunten in herinnering die het heeft geformuleerd in *Murtaliyeva* en in *Al-Khawaja* en

Tahery. Een van die uitgangspunten is dat het – anders dan het geval is bij getuigen voor de verdediging – bij getuigen voor de vervolging niet van een verdachte kan worden verwacht dat die het belang van ondervraging daarvan aantoonst. Wanneer de openbare aanklager beslist dat een bepaald persoon een relevante informatiebron vormt en zich tijdens de procedure baseert op de verklaringen van deze persoon, moet worden aangenomen dat de persoonlijke verschijning van die getuige ter zitting en de mogelijkheid van ondervraging noodzakelijk zijn. Dit is alleen anders wanneer de getuige feitelijk niet in staat is of mag worden geacht te verschijnen, onder de in de eerdere rechtspraak uiteengezette voorwaarden.

In het onderhavige geval is duidelijk dat klager de getuigen niet heeft kunnen ondervragen, maar dat daarvoor niet als reden is aangevoerd dat deze getuigen niet konden verschijnen om, bijvoorbeeld, gezondheidsredenen of veiligheidsrisico's. De enige rechtvaardiging die is aangevoerd, was gelegen in het feit dat klager het belang van zijn ondervraging van deze getuigen niet had onderbouwd. Het gerechtshof overwoog dat klager niet heeft aangegeven op welke punten de getuigenissen van de getuigen incorrect waren en dat klager bovendien gebruik had gemaakt van zijn zwijgrecht. Voor zover uit die laatste overwegingen blijkt dat het gerechtshof het beroep op het zwijgrecht relevant achtte voor de vraag of getuigen ondervraagd konden worden, acht het EHRM dat onaanvaardbaar. Voor zover het gaat om de reden dat er onvoldoende onderbouwing is, vermeldt het EHRM dat dit oordeel van het gerechtshof in overeenstemming was met een eerdere uitspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft daarin verwezen naar rechtspraak van het EHRM, maar het EHRM overweegt dat daarbij niet de juiste conclusie is getrokken uit de uitspraak waarnaar werd verwezen (waarin niet getuigen voor de vervolging, maar voor de verdediging aan de orde waren). Bovendien is de EHRM-uitspraak waarin de meest relevante criteria zijn neergelegd (*Al-Khawaja en Tahery*) van recentere datum, zodat eigenlijk naar die uitspraak had moeten worden verwezen. Dit betekent dat er in ieder geval geen goede grond was voor het gerechtshof om aan te nemen dat de getuigen niet hoefden te worden ondervraagd.

Het Hof stelt vervolgens vast dat de getuigenverklaringen weliswaar niet doorslaggevend, maar wel duidelijk van bepalende invloed waren op de uitkomst in de procedure. Dit betekent dat er voldoende tegenwicht had moeten worden geboden in de procedure, in die zin dat er waarborgen moesten worden ingebouwd die voor het gebrek aan de ondervragingsmogelijkheid konden compenseren. Het EHRM besluit dat die er in dit geval niet waren; weliswaar had klager de mogelijkheid om de nauwkeurigheid van de verklaringen te betwisten, maar dit is een mogelijkheid die maar beperkt nut heeft als er vervolgens geen mogelijkheid is om de getuigen te ondervragen. Schending art. 6 lid 1 en 3 (d) EVRM.

Klager heeft verder nog aangevoerd dat hij in strijd met art. 6 lid 1 EVRM niet in de gelegenheid is gesteld om te reageren op de conclusie van de Advocaat-Generaal (die luidde

dat de Hoge Raad de zaak op grond van art. 80a Wet RO kon afdoen) en dat de uitspraak van de Hoge Raad, die was gebaseerd op art. 80a Wet RO, onvoldoende was gemotiveerd. Het EHRM overweegt dat het zich over een soortgelijke klacht al heeft uitgesproken in *El Khalloufi t. Nederland* (EHRM (ontv.) 26 november 2019, nr. 37164/17, ECLI:CE:ECHR:2019:1126DECOO3716417). Ook in de onderhavige zaak overweegt het dat het niet noodzakelijk is voor een verdachte om te kunnen reageren op een conclusie waarin alleen wordt ingegaan op de toepasselijkheid van art. 80a RO, en dat het bovendien niet in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM om op basis van een duidelijke wettelijke bepaling een cassatieberoep zonder inhoudelijke motivering van de hand te wijzen omdat het geen kans van slagen heeft. Deze klacht verklaart het Hof dan ook niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516

Zaaknummer: 2205/16

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