

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-04

Nummer 4, 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:2021:0211JUD000489313 11-02-2021

Casarin t. Italië, EHRM 11 februari 2021, nr. 4893/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 09-02-2021

Zohlandt t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr. 69491/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001522719 09-02-2021

Xhoxhaj t. Albanië, EHRM 9 februari 2021, nr. 15227/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006982911 09-02-2021

Veronica Ciobanu t. Moldavië, EHRM 9 februari 2021, nr. 69829/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:020JUD0092366208 09-02-2021

Tokel t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 23662/08

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006855017 09-02-2021

Ramazan Demir t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 68550/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD004059111 09-02-2021

N.Ç. t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 40591/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 09-02-2021

Maassen t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr. 10982/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 09-02-2021

Hasselbaink t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0204JUD005471115 04-02-2021

Jurčić t. Kroatië, EHRM 4 februari 2021, nr. 54711/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716 02-02-2021

X e.a. t. Bulgarije, EHRM (GK) 2 februari 2021, nr. 22457/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002580218 02-02-2021

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

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002520011 02-02-2021

Dickinson t. Turkije, EHRM 2 februari 2021, nr. 25200/11

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:89 03-02-2021

Fussl Modestraße Mayr, HvJ EU 3 februari 2021, zaak C-555/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:84 02-02-2021

Consob, HvJ EU 2 februari 2021, zaak C-481/19

Annotatie

Muhammad en Muhammad t. Roemenië (EHRM, nr. 80982/12) – Verwijdering vreemdeling om redenen nationale veiligheid

M. den Heijer

Annotatie

Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland (EHRM, nr. 26374/18) – De benoeming van rechters langs de meetlat van het EVRM

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Annotatie

AZ, HvJ EU (zaak C-510/19) – Niet onafhankelijke Openbaar Ministeries mogen niet langer beslissen over de tenuitvoerlegging van EAB's

mr. dr. S.M.A. Lestrade

Annotatie

Trivkanović t. Kroatië (EHRM, nr. 54916/16) – Flexibiliteit EHRM legt formaliteit Kroatische rechters bloot

L.R. Glas

RECHTSPRAAK

Casarin t. Italië, EHRM 11 februari 2021, nr. 4893/13

Individual and excessive burdens. Een onderwijzeres heeft een soort toeslag ontvangen als compensatie voor salarisverlies na invoering van nieuwe regelgeving. Enkele jaren later bleek dat zij die toeslag helemaal niet had mogen ontvangen en moest zij ruim 13.000 euro terugbetalen. Het EHRM overweegt dat de onterechte toekenning volledig aan een fout van het bestuursorgaan te wijten was en dat – in het licht van de beginselen van goed bestuur – het herstel daarvan niet helemaal bij de onderwijzeres had mogen worden neergelegd. Schending art. 1 EP EVRM.

Klaagster, die als onderwijzeres in het openbaar onderwijs werkte, heeft in verband met de invoering van een nieuwe mobiliteitsregeling in 1998 gedurende verschillende jaren een toeslag ontvangen om te compenseren voor salarisverlies. Enkele jaren daarna is het totale bedrag van deze toeslagen, in totaal ruim 13.000 euro, teruggevorderd omdat zij geen recht zou hebben gehad op de toeslag.

Het EHRM stelt allereerst vast dat in de gegeven omstandigheden van het geval – waarbij klaagster te goeder trouw was en redelijkerwijze kon aannemen dat ze recht had op de garantieregeling voor het salaris en de toeslag – gesproken kan worden van een aanspraak op art. 1 EP EVRM, zodat deze bepaling duidelijk van toepassing is. Ten aanzien van de redelijkheid van de terugvordering overweegt het Hof dat klaagster niet verweten kon worden dat zij bijvoorbeeld onjuiste informatie aangeleverd zou hebben; de fout bij de betaling van de toeslagen lag geheel bij de bevoegde instantie. Deze heeft zich hierdoor ook niet gehouden aan de beginselen van goed bestuur. Gelet hierop stelt het Hof een schending vast van art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313

Zaaknummer: 4893/13

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Consob, HvJ EU 2 februari 2021, zaak C-481/19

Zwijgrecht. Een natuurlijke persoon tegen wie een bestuursstrafrechtelijk onderzoek wegens handel met voorkennis is ingesteld, kan zich beroepen op het zwijgrecht als uit zijn antwoorden zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is. Het zwijgrecht kan echter niet rechtvaardigen dat de betrokkene niet meewerkt met de bevoegde autoriteiten, bijvoorbeeld door te weigeren om op een verhoor te verschijnen of door vertragingstactieken toe te passen.

In 2012 heeft de Commissione Nazionale per le Società e la Borsa geldboetes opgelegd aan DB voor een totaalbedrag van 300.000 EUR, omdat hij in 2009 de bestuursrechtelijke overtreding van handel met voorwetenschap had begaan. Omdat DB weigerde mee te werken aan de procedure (door eerst steeds te proberen een verhoor te verzetten, en vervolgens tijdens het verhoor te weigeren vragen te beantwoorden) is hem daarnaast een boete van 50.000 EUR opgelegd. De nationale rechter heeft in verband met de procedure hierover onder meer vragen gesteld over de procedurele rechten van de verdachte, in het bijzonder het zwijgrecht, zoals neergelegd in art. 47 en 48 Hv.

Het HvJ benadrukt dat art. 47 lid 1 en 48 Hv corresponderen met resp. art. 6 lid 1 en art. 6 lid 2 en 3 EVRM. Het moet dan ook rekening houden met de rechtspraak over die bepalingen van het EHRM, die een minimumbeschermingsniveau bieden. Het HvJ wijst er verder op dat het EHRM het – in art. 6 EVRM niet uitdrukkelijk vermelde – zwijgrecht de kern vormt van het begrip ‘eerlijk proces’. Het recht draagt bij tot het voorkomen van rechterlijke dwalingen en het waarborgen van het met dat artikel 6 EVRM beoogde resultaat. Dit recht wordt volgens de EHRM-rechtspraak met name geschonden in de situatie waarin een verdachte, onder de dreiging van sancties indien hij niet getuigt, hetzij getuigt, hetzij wordt gestraft omdat hij weigert te getuigen. Het zwijgrecht kan volgens het HvJ echter niet als rechtvaardiging dienen

voor elke weigering van samenwerking met de bevoegde autoriteiten, zoals de weigering om te verschijnen op een door deze autoriteiten geplande hoorzitting, noch voor verdragingsacties die ertoe strekken dat die hoorzitting wordt uitgesteld.

Het HvJ benadrukt verder dat het zwijgrecht toepassing vindt in het kader van procedures die kunnen leiden tot de oplegging van administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter. In het onderhavige geval lijkt dat aan de orde te zijn, gelet op het nagestreefde repressieve doel en de zwaarte van de opgelegde administratieve sancties. Ook als de zaak niet van strafrechtelijke aard wordt gevonden, kan het bovendien nog zo zijn dat de waarborgen wel van toepassing zijn omdat de in het kader van deze procedure verkregen bewijzen volgens de nationale wetgeving in het kader van een tegen dezelfde persoon ingestelde strafprocedure kunnen worden gebruikt om vast te stellen dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd.

Concreet verzet het recht zich er dan tegen dat aan iemand als DB een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is. De mededingingsrechtspraak van de EU, waarin een verdergaande medewerkingsplicht voor ondernemingen lijkt te zijn vastgelegd, doet hier niet aan af en kan ook niet naar analogie worden toegepast wanneer de reikwijdte moet worden vastgesteld van het zwijgrecht van natuurlijke personen.

Tot slot moet het HvJ dan nog nagaan of de toepasselijke richtlijnen wel verenigbaar zijn met art. 47 en 48 Hv als het gaat om de eisen die ze stellen bij het verstrekken van informatie. Het HvJ overweegt op dit punt dat het van toepassing zijnde EU-regelingen het opleggen van een sanctie voor een weigering tot het verstrekken van antwoorden niet uitdrukkelijk uitsluit. Wel moet ervoor worden gezorgd dat de relevante bepalingen worden uitgelegd in overeenstemming met art. 47 en 48 Hv. Dat betekent dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat geen sanctie kan worden opgelegd aan een natuurlijke persoon die weigert antwoorden te geven op vragen van de bevoegde autoriteiten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:84

Zaaknummer: C-481/19

Wetsartikelen: Hv art. 47, Hv art. 48, Hv art. 52 lid 3, EVRM art. 6, Rl 2003/6/EG art. 14 lid 3 en Vo (EU) nr. 596/2014 art. 30 lid 1(b)

RECHTSPRAAK

Dickinson t. Turkije, EHRM 2 februari 2021, nr. 25200/11

Artistieke uitingen/satire. Een collagekunstenaar heeft in 2006 een collage gemaakt waarop hij de toenmalige minister-president Erdogan afbeeldde als een hond die aan het lijntje van de Amerikaanse president Bush liep. Daarvoor is hij in voorarrest genomen en veroordeeld tot een boete en een voorwaardelijke gevangenisstraf. Het Hof benadrukt dat het hier ging om een satirische artistieke uiting jegens een politicus, waarvan het doel was kritiek te leveren op het buitenlandbeleid. Een strafrechtelijke veroordeling daarvoor is onevenredig en levert een schending op van art. 10 EVRM.

Klager is een Brits staatsburger die ten tijde van de relevante feiten zo'n twintig jaar in Turkije had gewoond en daar doceerde aan twee universiteiten in Istanboel. Naast zijn werk is hij een collagekunstenaar. In 2006 maakte hij een collage waarin hij het hoofd van de toenmalige minister-president Erdogan op het lichaam van een hond had geplakt, die aan een met de kleuren van de Amerikaanse vlag versierde lijn werd gehouden en die op zijn borst een plaatje had met de tekst 'Wij zullen niet de hond van Bush zijn'. Daarmee wilde klager kritiek uitoefenen op het buitenlandbeleid van Erdogan in relatie tot de bezetting van Irak. Toen hij de collage had getoond bij een demonstratie werd hij strafrechtelijk vervolgd vanwege belediging van de minister-president. Als reactie daarop toonde klager de collage opnieuw in de gangen van het gerechtsgebouw voorafgaand aan de zitting en ook voor de camera van aanwezige journalisten. Hij werd daarop in voorarrest genomen. Uiteindelijk werd hij veroordeeld tot een boete voor het tonen van de collage in het gerechtsgebouw. Ook oordeelde de rechter dat het werk beledigend en vernederend was voor de minister-president, maar hij besloot het doen van uitspraak in de zaak met vijf jaar te schorsen. In 2015 is de procedure beëindigd, waarbij ook werd opgemerkt dat klager zich in de voorafgaande periode niet had misdragen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 10 EVRM door de vervolging is geraakt. Het Hof merkt op dat de collage een duidelijk politiek doel had, nu hij was samengesteld uit tal van

symbolen waaruit kritiek op het buitenlandbeleid van Erdogan kon blijken. Daarmee droeg klager bij aan een debat over een onderwerp van algemeen belang. Bovendien ging het om kritiek op een politicus, die een dikkere huid moet hebben en meer kritiek moet kunnen verdragen. Het weergeven van de minister-president als een hond kan door een deel of de meerderheid van de bevolking zeker als vernederend worden ervaren. Het Hof wijst er echter op dat artistieke uitingen vaak tot doel hebben om op een satirische of ironische manier te overdrijven en te provoceren. Bezien in de context van de zaak kan de collage in ieder geval niet als gratuit beledigend worden aangemerkt. De opgelegde sanctie acht het Hof eveneens problematisch, in het bijzonder nu klager in voorarrest is genomen vanwege de collage; daarvan gaat een vergaand ontmoedigend effect uit. Ook de lange periode van onzekerheid over de sanctie acht het Hof onevenredig. Gelet daarop stelt het een schending vast van art. 10 EVRM (zes stemmen tegen één).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002520011

Zaaknummer: 25200/11

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Fussl Modestraße Mayr, HvJ EU 3 februari 2021, zaak C-555/19

Discriminatieverbod. Een in Oostenrijk gevestigde modeketen wil via een landelijke Duitse televisiezender reclame maken, maar die reclame zou alleen in Beieren mogen worden uitgezonden. Naar Duits recht is zo'n toespitsing op één specifieke regio bij landelijk uitgezonden programma's niet toegestaan. Het HvJ ziet in de nationale wetgeving een belemmering van het vrije dienstenverkeer en de door art. 11 lid 2 Hv beschermde uitzendvrijheid; bovendien kan sprake zijn van een ongelijke behandeling (art. 20 Hv). Het HvJ verschaft de nationale rechter verschillende aanwijzingen om te beoordelen of deze belemmeringen en ongelijke behandeling gerechtvaardigd kunnen zijn.

Het in Oostenrijk gevestigde bedrijf Fussl exploiteert een modewinkelketen in Oostenrijk en Duitsland. In 2018 heeft Fussl een overeenkomst gesloten met een in Duitsland gevestigde marketingonderneming, SevenOne, met het oog op het uitzenden van televisiereclame in Beieren, namelijk op de (landelijke) televisiezender ProSieben. SevenOne heeft vervolgens echter geweigerd om de overeenkomst uit te voeren omdat het op grond van nationale wetgeving verboden is om in over heel Duitsland uitgezonden programma's televisiereclame op te nemen die alleen regionaal kan worden ontvangen.

In verband met een rechterlijke procedure daarover heeft de nationale rechter een aantal prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU. Een uitleg van de toepasselijke richtlijn 2010/13/EU laat zien dat deze niet impliceert dat bij de uitzending van televisiereclame geen onderscheid mag worden gemaakt door, met name, deze uitzending te beperken tot een deel van het grondgebied van een lidstaat. Wel kan de vraag opkomen of de nationale maatregel verenigbaar is met de in art. 56 VWEU gewaarborgde vrijheid van dienstverlening. Het Hof overweegt dat een dergelijke maatregel een beperking op de vrijheid van dienstverrichting

vormt ten nadele van zowel de aanbieders van reclamediensten, namelijk deze televisieomroepen, als de ontvangers van deze diensten, dat wil zeggen de adverteerders die hun producten of diensten in een andere lidstaat willen promoten maar deze reclame tot een regionaal niveau willen beperken. De bepaling kan de toegang tot de markt beperken voor niet-ingezetenen marktdeelnemers zoals Fussl. De vraag is vervolgens of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Het aangevoerde doel is om te kunnen bijdragen aan een gevarieerd televisieaanbod; dit is een doel dat volgens het HvJ in overeenstemming is met art. 11 Hv, waarvan lid 2 betrekking heeft op de vrijheid en diversiteit van de media. De nationale autoriteiten hebben in dit verband een ruime beoordelingsvrijheid om te bepalen welke maatregelen moeten worden genomen, maar de maatregelen moeten er dan wel daadwerkelijk toe strekken om het nagestreefde diversiteitsdoel op consistente en stelselmatige wijze te bereiken. In dit verband is het aan de nationale rechter om na te gaan of aanbieders van reclamediensten op internetplatforms voor regionale en lokale televisieomroepen een echte concurrent zijn op de regionale reclamemarkt en een bedreiging vormen voor de inkomsten die deze omroepen uit die reclame halen. Wel geeft het HvJ een aantal concrete aanwijzingen waarmee de nationale rechter op dit punt rekening moet houden. Daarnaast moet de maatregel niet alleen een geschikt, maar ook een noodzakelijk middel zijn om het nagestreefde doel te realiseren. Daarbij geldt dat de beoordelingsvrijheid van de lidstaten wel kan impliceren dat een bepaalde lidstaat minder strikte regels oplegt dan een andere. Ook op dit punt is het aan de nationale rechter om na te gaan of aan de eisen is voldaan.

Een andere vraag heeft betrekking op de verenigbaarheid van de maatregel met de vrijheid van uitzending die is neergelegd in art. 11 lid 2 Hv en met het gelijkheidsbeginsel. Het HvJ benadrukt op dit punt dat art. 52 lid 3 Hv meebrengt dat de bepaling moet worden gelezen in het licht van art. 10 EVRM. Daarbij moet ervan worden uitgegaan dat de onderhavige maatregel een inmenging oplevert in de vrijheid van meningsuiting en informatie, in de bijzondere vorm van inmenging in de vrijheid van de media of de vrijheid van uitzending. Daarbij merkt het Hof op dat de commerciële en niet-gesubsidieerde landelijke televisieomroepen weliswaar worden beperkt in hun mediavrijheid doordat zij geen regionale reclame mogen uitzenden bij programma's met een landelijke reikwijdte, maar dat het slechts gaat om één reclamevorm en dus slechts om één van meerdere inkomstenbronnen van deze marktdeelnemers. Dit is relevant bij de beoordeling van de vraag of de beperking gerechtvaardigd is in het licht van art. 52 lid 1 Hv. Het aangevoerde doel is daarbij wederom de mediadiversiteit. Ten aanzien van de proportionaliteit overweegt het Hof dat verbod op regionale reclame in wezen voortvloeit uit een afweging tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting van landelijke televisieomroepen en adverteerders, in de vorm van de commerciële vrijheid om regionale televisiereclame uit te zenden bij programma's die

bestemd zijn voor alle televisiekijkers in het hele land, en anderzijds de bescherming van de regionale en lokale mediadiversiteit, waaraan regionale en lokale televisieomroepen slechts kunnen bijdragen indien hun financiering en derhalve hun voortbestaan zijn verzekerd doordat er voldoende regionale reclame-inkomsten aan hen zijn voorbehouden. Ook in dit verband komt de Duitse wetgever weer een ruime beoordelingsvrijheid toe. Volgens het Hof heeft de wetgever binnen die beoordelingsmarge rechtmatig de gemaakte afweging kunnen maken, zodat art. 11 Hv zich niet tegen de maatregel verzet.

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of de maatregel een schending oplevert van art. 20 Hv. Volgens het Hof is het aan de nationale rechter om na te gaan of er, bij het aanbieden van regionale reclame, tussen de situatie van de landelijke televisieomroepen en die van de aanbieders van – met name lineaire – internetreclamediensten aanzienlijke verschillen bestaan met betrekking tot de voor hun respectieve situaties kenmerkende aspecten, te weten de manier waarop de reclamediensten gewoonlijk worden gebruikt, de manier waarop zij worden aangeboden en het rechtskader van deze reclame. Ook moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie van niet-gesubsidieerde landelijke televisieomroepen die reclame aanbieden met die van de aanbieders van – met name lineaire – internetreclamediensten. Als die vergelijkbaarheid zou worden vastgesteld, moet de nationale rechter bovendien onderzoeken of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling. Daarbij wijst het Hof erop dat die beoordeling in wezen zal overeenkomen met de ten aanzien van art. 56 VWEU weergegeven beoordeling voor het vrij verkeer van diensten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 03-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:89

Zaaknummer: C-555/19

Wetsartikelen: VWEU art. 56, Hv art. 11, Hv art. 20, Hv art. 52 lid 1 en lid 2, RL 2010/13/EU art. 1 lid 1(e) en RL 2010/13/EU art. 4 lid 1

RECHTSPRAAK

**Hasselbaink t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr.
73329/16**

Voorlopige hechtenis. Een verdachte van gijzeling werd in verzekering gesteld en daarna in bewaring genomen; deze bewaringsmaatregel werd verschillende keren verlengd. Het EHRM is van oordeel dat voor die verlengingsbeslissingen onvoldoende redenen zijn gegeven, in strijd met art. 5 lid 3 EVRM. Daarnaast is – in strijd met art. 5 lid 4 EVRM – onvoldoende snel geoordeeld over een verzoek tot opheffing van de maatregel.

Klager is op 31 maart 2016 gearresteerd en in verzekering gesteld op verdenking van gijzeling, wederrechtelijke vrijheidsberoving en afpersing. In verband daarmee is op 5 april 2016 besloten hem in bewaring te houden voor een periode van twee weken. Deze maatregel is daarna drie keer verlengd, steeds met een periode van dertig dagen. Tegen deze verlengingsmaatregelen heeft klager geen beroep ingesteld. Op 7 juli 2016 begon de strafzaak tegen klager, waarbij zijn advocaat ook vroeg om opheffing van de bewaringsmaatregel; dit werd geweigerd en de zitting werd verdaagd. Op 11 en 12 juli 2016 werden onder meer klager en enkele getuigen gehoord. Op 13 juli 2016 verzocht klagers raadsman wederom om opheffing van de maatregel; hierover werd op 4 augustus een zitting gehouden en op dezelfde dag werd het verzoek afgewezen. Daartegen heeft klager beroep ingesteld, maar ook dat werd op 1 september 2016 afgewezen. Uiteindelijk is klagers voorarrest op 2 september 2016 opgeheven en werd hij op 15 september daadwerkelijk vrijgelaten; in verband met de lange duur daarvan heeft hij een schadevergoeding ontvangen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de verlenging van zijn voorarrest en de lange duur van de besluitvorming over de opheffingsverzoeken in strijd zijn met art. 5 lid 3 en 5 lid 4 EVRM. Het Hof stelt voorop dat ten aanzien van de duur van de beoordeling excuses zijn gemaakt door de president van de rechtbank, maar dat dat niet voldoende is om klager zijn slachtofferstatus te ontnemen. Voor de periode van 2-15 september geldt wel dat klager niet meer als slachtoffer kan worden aangemerkt, omdat zowel de onrechtmatigheid op nationaal

niveau is erkend als klager daarvoor enige genoegdoening is geboden.

Ten aanzien van art. 5 lid 3 EVRM herhaalt het Hof de algemene principes die het hierover onder meer in *Buzadji* uiteen heeft gezet. In het licht daarvan beoordeelt het het verweer van de regering dat de voortzetting van de maatregel gerechtvaardigd was in het licht van het recidiverisico, het gevaar voor de rechtsorde en het risico van verstoring van de procesorde bij vrijlating. Het Hof is daardoor niet overtuigd, nu in hun motivering zowel de rechtbank als het hof in feite hebben terugverwezen naar de initiële gronden voor de bewaringsmaatregel, zonder daarbij rekening te houden met het bewijs dat tijdens de zittingen op 11 en 12 juli 2016 naar voren was gebracht. Het argument van de regering dat in het proces-verbaal van de zitting wel informatie staat over wat er besproken is ten aanzien van de bewaring wijst het Hof van de hand. In de schriftelijke stukken wordt weliswaar het gewisselde ter zitting vermeld, maar staan geen gronden genoemd die voor de rechters maakten dat het opleggen of verlengen van de maatregel kon worden gerechtvaardigd. Het EHRM concludeert hieruit dat art. 5 lid 3 EVRM is geschonden.

Ten aanzien van de snelheid van de behandeling van het verzoek tot opheffing van de maatregel overweegt het Hof dat de president van de rechtbank heeft erkend dat daarover niet met voldoende zorgvuldigheid is beslist en dat zij daarvoor ook excuses heeft aangeboden. Het Hof hoeft dan ook niet zelf een beoordeling hiervan te geven, maar kan op basis daarvan concluderen dat ook art. 5 lid 4 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916

Zaaknummer: 73329/16

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 3 en 4

RECHTSPRAAK

Jurc|ic| t. Kroatië, EHRM 4 februari 2021, nr. 54711/15

Discriminatieverbod. Nadat klaagster een IVF-behandeling heeft ondergaan heeft ze een nieuwe baan aanvaard. Vrijwel meteen nadat de zwangerschap was bevestigd en ze met haar baan zou beginnen, moest ze doorbetaling van salaris tijdens ziekte aanvragen vanwege zwangerschapscomplicaties. Die aanvraag werd geweigerd omdat ze de baan alleen zou hebben aanvaard om voor de ziekte-uitkering in aanmerking te komen. Het EHRM ziet in deze weigering en de daarvoor gegeven redenen een directe discriminatie op grond van geslacht waarvoor geen rechtvaardiging kan bestaan, in strijd met art. 1 EP EVRM en art. 14 EVRM.

Klaagster onderging op 17 november 2009 een IVF-behandeling, terwijl zij ook op zoek was naar een nieuwe baan; haar meest recente arbeidscontract was vlak voor de IVF-behandeling beëindigd. Ze aanvaardde een baan in Split – zo'n 350 km van haar woonplaats – met ingangsdatum 27 november 2009. In december hoorde ze dat de IVF-behandeling succesvol was geweest, maar ze kreeg ook te horen dat ze ziekteverlof zou moeten nemen in verband met zwangerschapscomplicaties. In verband daarmee vroeg ze doorbetaling van haar salaris tijdens ziekte aan. De bevoegde autoriteiten weigerden dit, waarbij ze aanvoerden dat klaagsters nieuwe aanstelling fictief zou zijn en alleen bedoeld was om haar de mogelijkheid te geven om haar loon door te laten betalen gedurende de zwangerschap; ze had de baan ook nooit kunnen aannemen omdat ze vanwege de IVF-behandeling niet in staat zou zijn om zover te reizen als nodig was om het werk te kunnen uitvoeren. Hoewel de gelijkebehandelingsombudspersoon vaststelde dat er in het onderhavige geval sprake was van discriminatie naar geslacht, oordeelden rechters dat dit niet het geval was.

Voor het EHRM heeft klaagster nu gesteld dat de weigering om ziektegeld te betalen in strijd is met het discriminatieverbod zoals neergelegd in art. 14 jo. 1 EP resp. in art. 1 P12 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat alleen vrouwen kunnen worden gediscrimineerd op grond van zwangerschap en dat zwangerschapsdiscriminatie dus altijd neerkomt op directe

discriminatie op grond van geslacht als er geen rechtvaardiging voor bestaat. De beslissing van de autoriteiten om klaagsters aanstelling vanwege haar zwangerschap als ‘fictief’ aan te merken kon daarbij alleen worden genomen tegenover een vrouw, zodat ook in het onderhavige geval vaststaat dat er een ongelijke behandeling op grond van geslacht is.

De regering heeft als rechtvaardiging aangevoerd dat het systeem van zorgverzekeringen en sociale voorzieningen moet worden beschermd tegen frauduleus gebruik en dat de financiële stabiliteit moet worden verzekerd. Het Hof stelt in reactie daarop voorop dat een zwangerschap niet als zodanig als frauduleus kan worden aangemerkt, en dat bovendien geen zwaarwegende reden kan worden gevonden voor ongelijke behandeling in de financiële verplichtingen die voor de staat voortvloeien uit iemands zwangerschap. Het Hof heeft dan ook aarzelingen bij de vraag of er in dit geval een legitiem doel werd nagestreefd, maar onderzoekt volledigheidshalve ook de noodzakelijkheid van de litigieuze maatregel.

Het Hof merkt daarbij op dat het fraudebeleid van de bevoegde autoriteiten zodanig was ingericht dat het vaker controles uitvoerde bij zwangere vrouwen, terwijl zwangere vrouwen die op een laat moment in hun zwangerschap een arbeidscontract aangingen automatisch in een ‘verdachte’ categorie werden geplaatst van gevallen waarbij een onderzoek naar frauderisico’s werd uitgevoerd. Het Hof acht die benadering in het algemeen problematisch. In het onderhavige geval komt daar nog bij dat de autoriteiten hebben gesteld dat klaagsters wens om de baan te aanvaarden niet reëel kon zijn, omdat reizen na een net ondergane IVF-behandeling haar kansen op zwangerschap zou kunnen verkleinen. Het Hof acht ook dit principieel problematisch, nu daardoor de bescherming van een vrouw gedurende de zwangerschap afhankelijk wordt gesteld van de vraag of haar aanwezigheid op de werkplek noodzakelijk is voor haar werkgever of van het gegeven dat ze gedurende een bepaalde tijd haar werk niet kan verrichten. Een dergelijk uitgangspunt is zowel in strijd met internationaal recht als met Kroatisch recht. Datzelfde geldt voor de implicatie van de maatregel dat klaagster pas een baan had kunnen aanvaarden nadat haar zwangerschap was bevestigd. Hoewel deze factoren al voldoende zijn om te kunnen aannemen dat sprake is van discriminatie op grond van geslacht, wijst het Hof tot slot nog op een aantal andere factoren die deze discriminatie nog meer in het oog laten springen. Zo hebben de nationale autoriteiten genegeerd dat klaagster voorafgaand aan haar sollicitatie voor de nieuwe baan al veertien jaar had gewerkt en had bijgedragen aan het sociaalezekerheidssysteem. Ook is eraan voorbijgegaan dat klaagster juist op het moment waarop ze solliciteerde nog niet wist of de IVF zou aanslaan en of zij zwanger zou worden, laat staan dat ze een beroep zou moeten doen op een uitkering wegens zwangerschapscomplicaties. Verder had nooit mogen worden gevraagd naar klaagsters eventuele zwangerschap. Tegelijkertijd is nooit nagegaan of klaagster daadwerkelijk was begonnen met haar nieuwe baan, terwijl uit niets blijkt dat de ondergane IVF-behandeling

daaraan als zodanig in de weg stond. Tot slot toont het Hof zich bezorgd over de ondertoon van de conclusies van de nationale autoriteiten; hun implicatie was dat vrouwen niet zouden moeten werken of werk zouden moeten zoeken als ze zwanger waren of probeerden te worden. Daaruit blijkt een stereotypering die een ernstige belemmering kan vormen voor het bereiken van daadwerkelijke gendergelijkheid. Gelet op dit alles concludeert het EHRM dat art. 14 jo. art. 1 EP zijn geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0204JUD005471115

Zaaknummer: 54711/15

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 14

RECHTSPRAAK

Maassen t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr. 10982/15

Voorlopige hechtenis. Op basis van informatie verkregen uit het televisieprogramma Undercover in Nederland is een verdachte van seksuele uitbuiting gearresteerd en in bewaring genomen. De bewaring duurt in totaal ruim negen maanden. Het EHRM overweegt dat er aanvankelijk goede gronden waren voor de bewaringsmaatregel in de geschokte rechtsorde en de hoge strafdreiging, maar oordeelt dat er voor verlengingsbeslissingen onvoldoende redenen zijn gegeven. Schending art. 5 lid 3 EVRM.

In een uitzending van het televisieprogramma *Undercover in Nederland* werd een onderzoek uitgevoerd naar uitbuiting in de prostitutie. Omdat het vermoeden bestond dat iemand een vijftien jaar oud meisje hielp om seksuele diensten te verkopen via internet, werden de beelden doorgegeven aan de politie. Daarop werd een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd gericht tegen onder meer klager, die verdacht werd van mensenhandel en exploitatie van een minderjarige prostituee. Klager werd op 2 december 2014 gearresteerd en op 5 december werd hij in bewaring genomen voor een periode van 14 dagen. Deze maatregel werd vervolgens verschillende keren verlengd. Het strafproces begon op 17 maart 2015, waarbij klager vroeg om opheffing of schorsing van de bewaring; dit verzoek werd afgewezen, ook in hoger beroep. Bij vonnis van 15 september 2015 veroordeelde de rechtbank klager wegens onder meer mensenhandel tot achttien maanden gevangenisstraf, waarvan de periode van voorarrest werd afgetrokken. Aan de vervolging en veroordeling van klager werd veel aandacht besteed in de media.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn voorarrest en de verlengingen daarvan niet op goede gronden berustten, in strijd met art. 5 lid 1 en 5 lid 3 EVRM. Het EHRM beoordeelt de kwestie in het licht van de in *Buzadji* uiteengezette algemene uitgangspunten. Daarbij benadrukt het dat klagers voorlopige hechtenis negen maanden en dertien dagen heeft geduurd. De bewaring was aanvankelijk gebaseerd op verschillende gronden, waaronder verdenking van een strafrechtelijk feit waarop een gevangenisstraf van meer dan twaalf jaar

staat en waardoor de rechtsorde ernstig werd geschokt, een risico op recidive, en een risico van beïnvloeding van getuigen en medeverdachten (al kwam die laatste grond later te vervallen). Het Hof wijst erop dat de geschokte rechtsorde of publieke orde op zichzelf een legitieme grond kan zijn voor voorarrest, maar een verlenging daarvan kan alleen aanvaardbaar zijn als de rechtsorde daadwerkelijk bedreigd wordt; het enkele feit van een hoge strafdreiging is in dit opzicht niet voldoende. Het Hof merkt op dat aanvankelijk ook niet alleen op die hoge strafdreiging werd gewezen, maar ook op de grote mediabelangstelling, de jeugdige leeftijd van de verdachte en de sterke reactie van het publiek. Gelet daarop acht het de initiële beslissing tot inbewaringstelling gerechtvaardigd.

Het Hof constateert echter ook dat in de verlengingsbeslissingen geen nieuwe omstandigheden werden aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat de publieke orde bij vrijlating of het opleggen van een alternatieve maatregel geschokt zou kunnen worden. In plaats daarvan werd op een relatief gestereotypeerde manier en zonder verdere uitleg of verwijzing naar de argumenten van klager bevestigd dat de oorspronkelijke overwegingen nog steeds geldig waren. Dat er in de rechtszaal wel is gediscussieerd tussen partijen over de gronden voor de voorlopige hechtenis maakt dit niet anders. In de schriftelijke stukken wordt weliswaar het gewisselde ter zitting vermeld, maar staan geen gronden genoemd die voor de rechters maakten dat het opleggen of verlengen van de maatregel kon worden gerechtvaardigd. Het EHRM concludeert hieruit dat art. 5 lid 3 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215

Zaaknummer: 10982/15

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 3

RECHTSPRAAK

N.Ç. t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 40591/11

Onmenselijke/vernederende behandeling. Een meisje van nog geen vijftien jaar oud is gedwongen om als prostituee te werken. Na aangifte is er een strafzaak tegen 28 verdachten gestart. Tijdens de procedure is het meisje vaak medisch onderzocht en aan confrontaties met en zelfs aanvallen door (familie van) de verdachten blootgesteld. Uiteindelijk zijn de meeste verdachten vrijgesproken of tot lage straffen veroordeeld. Het Hof oordeelt dat uit dit alles blijkt dat de autoriteiten onvoldoende oog hadden voor de kwetsbaarheid van het slachtoffer, in strijd met art. 3 en 8 EVRM.

Klaagster werd in 2002 en 2003 gedwongen om als prostituee te werken. Na aangifte werd er een onderzoek ingesteld en er werden 28 verdachten geïdentificeerd en in voorarrest geplaatst. Klaagster, die ten tijde van de procedure nog geen vijftien jaar oud was, stelt onder meer dat zij in het kader van het onderzoek een groot aantal keren fysiek en medisch is onderzocht, dat zij heeft moeten meewerken aan reconstructies, en dat zij in de zittingzaal tegenover de verdachten haar verhaal moest doen. Tijdens een van de zittingdagen vielen de familieleden klaagster en haar advocaten aan, maar vervolgens werd er geen gehoor gegeven aan het verzoek van de advocaten om beschermingsmaatregelen in te stellen of de zittingen op een andere rechtbanklocatie voort te zetten. Al snel werd de grote meerderheid van de verdachten vrijgelaten en in 2010 werden de drie nog resterende verdachten grotendeels vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs. Voor de resterende aanklachten achtte de rechter het voldoende aantoonbaar dat klaagster vrijwillig bij de verdachten was gebleven en dat ze zich ook niet geheel onwillig had getoond als het ging om de seksuele handelingen. Daarom werden minimale straffen opgelegd.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat door het ontbreken van goede beschermende maatregelen en een deugdelijk onderzoek art. 3 en 8 EVRM zijn geschonden. Het Hof beoordeelt de zaak primair in het licht van art. 3 EVRM, nu het om een ernstige kwestie van seksueel misbruik gaat. Het constateert vervolgens tal van tekortkomingen in de reactie van de

autoriteiten op de aanklacht. Zo heeft klagster geen enkele begeleiding gekregen, bijvoorbeeld van psychologische aard, en moet de gang van zaken tijdens het onderzoek en de zittingen voor haar traumatiserend zijn geweest. De erg confronterende werkwijze was ook niet nodig geweest voor het onderzoek. Het Hof acht het niet aanvaardbaar dat geen beschermende maatregelen zijn genomen om klagster beter tegen de verdachten en hun familie te beschermen. Daarnaast acht het Hof een aantal van de gegeven juridische kwalificaties in het licht van de omstandigheden onbegrijpelijk, en is het van oordeel dat in de procedure onvoldoende aandacht is geschonken aan de bijzondere kwetsbaarheid van een slachtoffer van nog geen vijftien jaar oud. Het Hof merkt bovendien op dat de procedure veel te lang heeft geduurd. Dit alles maakt dat het gedrag van de autoriteiten niet in overeenstemming was met de verplichting voor de staat om een kind te beschermen dat slachtoffer is geworden van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik, in strijd met art. 3 en 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD004059111

Zaaknummer: 40591/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Ramazan Demir t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 68550/17

Toegang tot informatie. Een advocaat wordt verdacht van lidmaatschap van een terroristische organisatie en zit daarom in voorlopige hechtenis. Hij wil de websites kunnen raadplegen van het EHRM en het Turkse Constitutionele Hof om zijn zaak voor te bereiden, maar toegang tot het internet wordt hem geweigerd. Het EHRM ziet hierin een inbreuk op het recht op toegang tot informatie, waarvoor het in de argumenten van de regering geen overtuigende rechtvaardiging heeft kunnen vinden. Strijd met art. 10 EVRM.

Klager is een advocaat die verdacht wordt van lidmaatschap van en het verspreiden van propaganda voor een terroristische organisatie en die in verband daarmee in voorarrest is geplaatst. Klager heeft gevraagd om hem in de gevangenis toegang te geven tot de websites van het EHRM, het Turkse constitutionele hof en het Turkse staatsblad, zodat hij ook tijdens zijn voorlopige hechtenis de zaken van cliënten voor deze twee gerechten kon blijven volgen en ook zijn eigen procedure zou kunnen voorbereiden. Deze toegang is hem geweigerd omdat er geen noodzaak voor deze internettoegang zou zijn.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering van toegang tot de genoemde websites in strijd is met het recht op toegang tot informatie, beschermd door art. 10 EVRM. Het Hof wijst in dit verband op het grote belang van het internet waar het gaat om de toegang tot en de verspreiding van informatie. Ook merkt het op dat er veel instrumenten in en buiten de Raad van Europa zijn die wijzen op de rol die het internet speelt in de publieke dienstverlening en bij het genot van tal van grondrechten. Een groot aantal diensten en informatiebronnen kunnen zelfs vrijwel alleen nog via het internet worden bereikt. Het Hof erkent dat een periode van gevangenschap onvermijdelijk gevolgen heeft voor de mate waarin een gedetineerde informatie kan ontvangen, en het wijst erop dat er geen algemene verplichting op de staten rust om gevangenen toegang te geven tot het internet of tot specifieke internetsites. Het valt volgens het Hof niet uit te sluiten dat klagers wens tot toegang tot het

internet kon bijdragen aan de doelen van onderwijs en rehabilitatie, die naar nationaal recht grond kunnen vormen om iemand toegang te verlenen. Het was voor klager bovendien des te belangrijker om de genoemde sites te kunnen bekijken gelet op zijn beroep, ook rekening houdend met het feit dat veel uitspraken en beslissingen van het EHRM en het Turkse Constitutionele Hof alleen nog online worden gepubliceerd. Er was in dit geval dan ook duidelijk een inbreuk op het recht om informatie te ontvangen. Daarvoor bestond op zichzelf een legitieme basis, maar het Hof merkt op dat er weinig redenen zijn gegeven om te onderbouwen waarom toegang tot de drie websites niet zou kunnen bijdragen aan klagers rehabilitatie of onderwijs, of waarom er een risico in zou kunnen zijn gelegen in verband met de verdenking van lidmaatschap van een terroristische organisatie. Schending art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006855017

Zaaknummer: 68550/17

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

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

Kiesrecht. In Denemarken gold tot 2019 als regel dat mensen die onder curatele werden gesteld hun kiesrecht kwijtraakten. Het EHRM kent de staten een ruime margin of appreciation toe bij het maken van wetgeving op dit terrein, ook al vanwege het ontbreken van een Europese consensus over deze materie. De Deense regeling was volgens het Hof voldoende precies gedefinieerd en raakte maar een klein deel van de stemgerechtigden. Zeker nu het kiesrecht voor ondercuratelegestelden inmiddels door nieuwe wetgeving is verruimd, ziet het Hof geen schending van art. 3 Eerste Protocol EVRM.

Klagers zijn respectievelijk in 1984 en 2009 onder curatele gesteld. Op basis van de geldende wetgeving zijn ze daardoor ook hun kiesrecht kwijtgeraakt. Zij hebben daarover geprocedeerd omdat ze hadden willen deelnemen aan de parlementsverkiezingen van 2015, maar in laatste instantie besliste de Deense Hoge Raad dat het verlies van het kiesrecht niet onredelijk was. Daarop volgde een intensief maatschappelijk en politiek debat, dat uiteindelijk heeft geresulteerd in een wetwijziging waardoor mensen die onder curatele zijn gesteld niet langer meer altijd hun kiesrecht verliezen. Daardoor hebben klagers inmiddels hun kiesrecht herwonnen.

Voor het EHRM hebben zij geklaagd over het feit dat zij een tijdlang hun kiesrecht niet hebben kunnen uitoefenen, in strijd met art. 3 EP EVRM. Het Hof herhaalt allereerst de beginselen die het heeft neergelegd in eerdere rechtspraak ten aanzien van het ontzeggen van het kiesrecht aan bepaalde groepen mensen. Daarbij merkt het specifiek op dat er in dit soort gevallen een ruime *margin of appreciation* bestaat voor de staten, maar ook dat de kwaliteit van het parlementaire debat en de rechterlijke toetsing bij dit soort algemene maatregelen van belang is om de *margin of appreciation* precies te bepalen. Een andere relevante factor hierbij is de fundamenteel subsidiaire rol van het Hof.

Tegen deze achtergrond merkt het Hof op dat op basis van de relevante wetgeving alleen mensen die volledig onder curatele zijn gesteld hun kiesrecht kwijtraakten. De ondercuratelestelling was daarbij aan strikte voorwaarden verbonden die vooral betrekking hadden op de impact van een geestelijke handicap of aandoening op het vermogen om beslissingen over het eigen leven te kunnen nemen. Daarbij was steeds een proportionaliteitstoets nodig en er was een verplichting om alleen voor ondercuratelestelling te kiezen als er geen andere, minder vergaande mogelijkheden bestonden. Het Hof merkt verder op dat maar een klein deel van de Deense kiesgerechtigde bevolking, namelijk 0,046%, via deze wetgeving is uitgesloten van het kiesrecht. Het constateert ook dat de Deense Hoge Raad de zaak van klagers zeer zorgvuldig en in lijn met criteria uit de EHRM-rechtspraak heeft beoordeeld, waarbij met name ook de proportionaliteit van de beperking van het kiesrecht is beoordeeld. Dit pleit voor een ruime *margin of appreciation*. Een andere factor die daarvoor pleit betreft het ontbreken van een Europese consensus over dit onderwerp. Op basis van een rapport van het FRA, het Europees Grondrechtenagentschap, heeft de Deense Hoge Raad terecht geconstateerd dat er veel verschillende regelgevingssystemen bestaan ten aanzien van het uitsluiten van mensen met een mentale handicap of aandoening van het kiesrecht. Het Hof zelf voegt daaraan toe dat er ook op internationaal niveau verschil van mening bestaat, in die zin dat het VN-Gehandicaptenverdrag en het daarbij behorende comité zich lijken te verzetten tegen algemene ontneming van het kiesrecht aan ondercuratelegestelden, terwijl de Venetiëcommissie van de Raad van Europa hier milder tegenover staat. Waar al deze overwegingen pleiten voor een ruime *margin of appreciation*, pleit daartegen dat het Hof in *Alajos Kiss* heeft overwogen dat er een strikte toetsing nodig is als een kwetsbare groep in de samenleving, zoals mensen met een mentale handicap, worden achtergesteld. In het onderhavige geval is volgens het Hof echter geen sprake van een algemene ontzegging van het kiesrecht aan mensen met een mentale handicap, waardoor deze zaken sterk van elkaar verschillen.

De vraag is opgekomen of het aanvaardbaar is dat een algemene regeling in wetgeving wordt neergelegd over het ontnemen van kiesrecht, of dat de vraag of iemand in staat is zijn kiesrecht goed te kunnen uitoefenen per individueel geval moet worden beoordeeld. Het Hof merkt daarbij op dat algemene maatregelen in sommige gevallen passender kunnen zijn om een bepaald doel te bereiken dan een zaaksgebaseerde aanpak, waarbij de keuze aan de staten moet worden overgelaten. Daarbij is nog wel van belang of er over de wetgeving als zodanig voldoende maatschappelijk en politiek debat heeft plaatsgevonden, waarbij het Hof opmerkt dat het niet aan het Hof is om daarover een algemeen oordeel te geven. Toch wijst het erop dat uit de historische en politieke context blijkt dat de wetgever er steeds naar heeft gestreefd om het aantal stemgerechtigden zo groot mogelijk te laten zijn. Bovendien is er naar aanleiding van de onderhavige zaak een uitgebreid debat geweest en is er ook nieuwe wetgeving

aangenomen. Daarbij is stapsgewijs gekomen tot een uitbreiding van het stemrecht, waarbij veranderende maatschappelijke perspectieven incrementeel tot uitdrukking zijn gekomen. Dit alles samen maakt dat het Hof van oordeel is dat art. 3 EP EVRM niet is geschonden. Tot dezelfde conclusie komt het ten aanzien van de klacht over discriminatie op grond van mentale handicap op grond van art. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002580218

Zaaknummer: 25802/18 en 27338/18

Wetsartikelen: EVRM Derde Protocol art. 3 en EVRM Derde Protocol art. 14

RECHTSPRAAK

Tokel t. Turkije, EHRM 9 februari 2021, nr. 23662/o8

Intellectuele eigendom. Een patenthouder heeft een conflict met een onderneming over het gebruik van zijn uitvinding. Nationale rechters hebben geoordeeld dat het gebruik een rechtmatige uitzondering op de uitoefening van patentrecht vormde. Het Hof stelt vast dat de onderneming zodanige banden heeft met de staat dat de staat voor haar handelen verantwoordelijk kan worden gehouden onder het EVRM. Het oordeelt dat de wettelijke basis voor de uitzondering nog niet gold toen het patent werd verleend, zodat er onvoldoende grondslag voor bestond in de zin van art. 1 EP EVRM.

Klager heeft in 1991 een patent aangevraagd en verkregen voor een lopendebandsysteem voor het sorteren van thee. De staatsonderneming Caykur heeft dit systeem rond diezelfde periode geïnstalleerd in zijn theefabrieken, op basis van een investeringsplan dat werd goedgekeurd nadat het patent was verleend. In 1993 verzocht Caykur om vernietiging van klagers patent met de stelling dat het ging om een eigen en origineel project van de fabriek, waarvan klager misbruik zou hebben gemaakt. Deze vorderingen werden afgewezen. In 2002 startte klager zelf een procedure tot schadevergoeding tegen Caykur vanwege het onrechtmatige gebruik van zijn gepatenteerde uitvinding, waarbij hij ook vroeg om beëindiging van het gebruik van het systeem in acht theefabrieken. Dit werd afgewezen met de stelling dat Caykur in feite het systeem al was gaan gebruiken voordat klager zijn patent had aangevraagd, zodat er sprake was van 'prior use'; volgens inmiddels in werking getreden wetgeving was dat een grond waarbij een uitzondering werd gemaakt op de rechten van de patenthouder.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat in deze situatie zijn eigendomsrecht is aangetast, in strijd met art. 1 EP EVRM. Het EHRM gaat allereerst in op het verweer van de regering dat de staat niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van Caykur, omdat het om een private onderneming zou gaan. Het Hof merkt op dat Caykur aanvankelijk een staatsonderneming was en dat de staat daarom voor een dergelijke aan de staat verbonden onderneming verantwoordelijk is, tenzij er sprake is van institutionele en operationele

onafhankelijkheid van de staat. Die onafhankelijkheid is in het onderhavige geval niet aangetoond. Weliswaar is Caykur in 1994 veranderd van een 'State-owned enterprise' naar een 'State economic undertaking', die naar nationaal recht dezelfde juridische status heeft als een private onderneming, maar er waren nog steeds sterke banden met de staat. Die kwamen bijvoorbeeld tot uitdrukking bij de benoeming van de raad van bestuur, de goedkeuring van investeringsplannen en het gehouden toezicht. Het Hof neemt daarnaast in overweging dat de nationale rechters tot op zekere hoogte ook hebben aangenomen dat Caykur was gelieerd aan de staat. Dat maakt dat het niet gaat om een private rechtspersoon en dat de staat voor het handelen van Caykur verantwoordelijk kan worden gehouden.

Ten aanzien van de feiten merkt het Hof op dat de nationale procedure feitelijk draaide om de vraag of er in dit geval sprake was van 'prior use' of niet. Dit acht het niet relevant voor de kwalificatie van de zaak onder art. 1 EP, omdat klager gedurende de periode 1991 en 2008 wel zelf het patent hield op het systeem. Er was dan ook sprake van een eigendomsrecht, en het gebruik van het systeem door Caykur kan worden gezien als een inmenging in dit recht. Het Hof merkt vervolgens op dat er inmiddels wetgeving bestaat over het 'prior use' van een gepatenteerd systeem, maar dat aan die wetgeving geen terugwerkende kracht is toegekend en die nog niet bestond in 1991. Er was op dat moment ook verder geen rechtsbasis voor het maken van een uitzondering op de exclusieve rechten die aan de patenthouder toekomen. Door het ontbreken van deze wettelijke basis is art. 1 EP EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:020JUD0092366208

Zaaknummer: 23662/08

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Veronica Ciobanu t. Moldavië, EHRM 9 februari 2021, nr. 69829/11

Recht op leven. Een jongen is verdronken tijdens een vanuit de Moldavische overheid georganiseerd vakantiecamp in Roemenië. In een dergelijk geval, waarin de Moldavische overheid verantwoordelijk is voor het welzijn van en toezicht op de kinderen, is er volgens het Hof rechtsmacht voor Moldavië om de toedracht te onderzoeken. Dit onderzoek is onvoldoende effectief en grondig geweest, in strijd met art. 2 EVRM.

Klaagsters zoon nam deel aan een door de Moldavische overheid georganiseerd vakantiecamp in Roemenië. Hij kwam daar door verdrinking om het leven. Er is daarna een onderzoek ingesteld naar de toedracht en verantwoordelijken vanuit Moldavië, maar volgens klaagster was dat ontoereikend.

Het EHRM stelt voorop dat het moet nagaan of in dit geval Moldavië rechtsmacht heeft, nu het gaat om een situatie die zich feitelijk in Roemenië heeft afgespeeld. Het kamp was echter vanuit Moldavië georganiseerd en er waren ook Moldavische begeleiders bij, terwijl er verder geen Roemenen betrokken waren bij het toezicht op de kinderen. Het Hof neemt dan ook aan dat het tragische ongeval binnen de rechtsmacht van Moldavië valt.

Het Hof buigt zich vervolgens over de vanuit Moldavië uitgevoerde onderzoeksactiviteiten, waarbij het benadrukt dat daar extra eisen aan mogen worden gesteld als het, zoals in dit geval, gaat om een kwetsbaar kind voor het welzijn waarvan de overheid een zekere verantwoordelijkheid heeft. Het onderzoek is aanvankelijk op zichzelf voortvarend gestart, maar heeft daarna toch een aantal tekortkomingen vertoond. Het Hof onderkent daarbij dat het voor de Moldavische autoriteiten moeilijker kan zijn geweest om bepaalde onderzoekshandelingen uit te voeren nu het ongeluk zich in Roemenië heeft voorgedaan, maar ook dan moet worden vastgesteld dat de autoriteiten niet alles hebben gedaan dat redelijkerwijze in hun vermogen lag om de verantwoordelijkheid te bepalen voor het

overlijden van klagsters zoon. Schending art. 2 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUDoo6982911

Zaaknummer: 69829/11

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

X e.a. t. Bulgarije, EHRM (GK) 2 februari 2021, nr. 22457/16

Onmenselijke/vernederende behandeling. Na hun adoptie van drie Bulgaarse kinderen vermoedt een Italiaans echtpaar dat zij in een Bulgaars weeshuis seksueel zijn misbruikt. De Bulgaarse autoriteiten hebben hiervan na onderzoek geen bewijs gevonden. De Grote Kamer overweegt dat er inderdaad onvoldoende bewijs in het dossier is om te kunnen vaststellen dat art. 3 EVRM in het weeshuis is geschonden. Wel oordeelt het dat de autoriteiten meer gebruik hadden kunnen maken van beschikbare onderzoeksbevoegdheden; door dat niet te doen hebben ze hun procedurele positieve verplichtingen onder art. 3 EVRM geschonden.

Klagers zijn een jongen en twee meisjes die aanvankelijk in een weeshuis in Bulgarije woonden, maar later, op 12-, 10- en 9-jarige leeftijd, zijn geadopteerd door een Italiaans echtpaar en daarop naar Italië zijn verhuisd. Kort na de verhuizing ontstond bij de ouders de verdenking dat de kinderen tijdens hun verblijf in het weeshuis seksueel zijn misbruikt. In Italië werden zij psychologisch onderzocht en de adoptievader nam contact op met de kinderbeschermingsautoriteiten in Bulgarije (de SACP) en een belangenbehartigingsorganisatie in Italië; ook deed hij aangifte bij de Italiaanse openbare aanklager. Daarnaast verscheen er naar aanleiding van contacten van de adoptievader met een onderzoeksjournalist een perspublicatie over het mogelijke kindermisbruik in Bulgaarse kindertehuizen en weeshuizen. Een en ander werd vervolgens ook opgepikt door de Bulgaarse media en na het verschijnen van een artikel daarover, besloot de Bulgaarse kinderbescherming om een onderzoek te starten naar het betreffende weeshuis en om de openbare aanklager te informeren. Uiteindelijk staakte de laatste het onderzoek omdat er onvoldoende bewijs van kindermisbruik was.

Voor het EHRM hebben de kinderen en hun adoptieouders gesteld dat door het gebrek aan goed onderzoek sprake is geweest van een schending van art. 3 en 8 EVRM. Een Kamer van het Hof heeft alleen de klachten van de kinderen ontvankelijk verklaard en heeft geoordeeld dat

er op basis van de feiten geen schending van de genoemde bepalingen vaststelt. Op verzoek van de klagers heeft nu de Grote Kamer zich over zaak gebogen.

De Grote Kamer stelt allereerst vast dat er in de zaak – anders dan de regering heeft gesteld – geen sprake is van misbruik van procesrecht. Weliswaar hebben de klagers in hun observaties scherp verwoorde en disrespectvol getoonzette kritiek geleverd, onder meer op de Bulgaarse autoriteiten, maar het Hof acht dat wel begrijpelijk gelet op de zware emotionele druk waaraan de ouders onderhevig waren en de nog jonge leeftijd van de klagers op het moment waarop zij de observaties indienden.

Het Hof besluit verder dat het voldoende is om de zaak alleen op grond van art. 3 EVRM te beoordelen. Het besteedt daarbij allereerst in algemene zin aandacht aan de noodzaak van het bestaan van een adequaat normatief raamwerk om seksueel misbruik van kinderen te bestrijden en te voorkomen, ook in het licht van de verplichtingen die op dit punt voortvloeien uit het Verdrag van Lanzarote inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik. Daarbij, en bij het nemen van operationele maatregelen om de bestaande wetgeving daadwerkelijk af te dwingen, is wel van belang dat aan staten geen onmogelijke of disproportionele last mag worden opgelegd. In plaats daarvan zijn de *Osman*-criteria van toepassing, hetgeen betekent dat er alleen een schending kan worden gevonden als de autoriteiten ten tijde van de relevante feiten wisten of hadden moeten weten van een reëel en onmiddellijk risico van mishandeling van een identificeerbaar individu door een derde partij, en als zij vervolgens hebben nagelaten om al datgene te doen dat binnen hun macht ligt en dat zij redelijkerwijze hadden moeten doen om het gevonden risico te bestrijden. Tot slot wijst het Hof op de procedurele positieve verplichtingen tot onderzoek die een staat heeft wanneer er signalen zijn van mishandeling of misbruik.

Deze uitgangspunten toepassend stelt het Hof allereerst vast dat niet is gebleken dat het normatieve raamwerk in Bulgarije tekortkomingen vertoonde. Ook waren er in het opvanghuis in kwestie voldoende garanties tegen misbruik, zoals een goed toezicht op de kinderen door zowel staf als bewakingscamera's. Weliswaar hebben klagers de effectiviteit daarvan bestreden, maar uit het dossier is niet gebleken van duidelijke tekortkomingen, en zeker niet van een systemisch probleem van seksueel misbruik van kinderen in tehuizen of op scholen. Het Hof kan dan ook niet op basis van het dossier vaststellen dat het normatieve kader of de algemene tenuitvoerlegging daarvan in strijd was met art. 3 EVRM.

In het kader van de *Osman*-criteria stelt het Hof vast dat er geen concrete kennis aanwezig was bij de betrokken autoriteiten over misbruik van klagers en dat er ook geen signalen waren bij de huisarts en de psycholoog van de school waaruit zij hadden moeten afleiden dat er een situatie van seksueel misbruik bestond. Het Hof heeft ook verder onvoldoende informatie om

te kunnen vaststellen dat de Bulgaarse autoriteiten andere preventieve acties hadden moeten ondernemen. Art. 3 EVRM is dan ook niet geschonden.

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of de Bulgaarse autoriteiten hebben voldaan aan de op hen rustende procedurele onderzoeksverplichtingen. Daarbij overweegt de Grote Kamer dat er, zodra de autoriteiten op de hoogte raakten van de publicatie over het mogelijke misbruik, een onderzoek is ingesteld en dat het onderzoek daarna ook snel is afgerond. Ook acht het Hof de SACP, die het onderzoek uitvoerde, op zichzelf voldoende onafhankelijk om aan de eisen uit de EHRM-rechtspraak te kunnen voldoen. Het Hof wijst er verder op dat er verschillende onderzoeksinspanningen zijn verricht om te achterhalen of daadwerkelijk sprake is geweest van misbruik. Tegelijkertijd merkt het Hof op dat de autoriteiten daarbij een aantal onderzoeksmogelijkheden hebben laten liggen. Het acht dit problematisch in het licht van de verplichtingen die op dit punt op de staat rusten en die voortvloeien uit het Kinderrechtenverdrag en het Verdrag van Lanzarote; vooral in dit laatste verdrag zijn verschillende specifieke regels neergelegd over onder meer het – op zorgvuldige wijze – horen van kinderen. In het onderhavige geval hadden de Bulgaarse autoriteiten dat kunnen doen, waarbij het Hof verschillende concrete aanwijzingen geeft met betrekking tot de manier waarop dat op een verantwoorde manier had kunnen gebeuren. Het Hof wijst er verder op dat niet alle medische informatie is verzameld die beschikbaar had kunnen zijn. Ook is het kritisch over het feit dat is nagelaten om bijvoorbeeld surveillancemaatregelen in te stellen ten aanzien van het tehuis, waarbij bijvoorbeeld door telefoontaps of undercoveragenten informatie had kunnen worden verkregen over de gang van zaken. Evenmin is de studio van een mogelijk betrokken fotograaf doorzocht op de aanwezigheid van belastend materiaal. Het Hof merkt verder op dat het onacceptabel is dat de president van de SACP op televisie de ouders heeft beschuldigd van laster, manipulatie en slecht ouderschap; dergelijke uitlatingen doen afbreuk aan de objectiviteit en geloofwaardigheid van het onderzoek door de SACP. Zeker nu de besluiten tot beëindigen van het onderzoek wel op het SACP-onderzoek waren gebaseerd, is de Grote Kamer al met al van oordeel dat er zodanige tekortkomingen waren in het onderzoek dat art. 3 EVRM is geschonden (negen stemmen tegen acht).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716

Zaaknummer: 22457/16

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Xhoxhaj t. Albanië, EHRM 9 februari 2021, nr. 15227/19

Onafhankelijke en onpartijdige rechter. In Albanië is in 2016 een ‘doorlichtingswet’ aangenomen om de wijdverbreide corruptie in het justitieel systeem aan te pakken. Alle bezittingen van rechters en openbaar aanklagers worden hierbij doorgelicht en er wordt een onderzoek uitgevoerd naar hun professionele integriteit. Het Hof is van oordeel dat de procedure voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM, net als de speciaal ingestelde ‘Independent Qualification Commission’. Een concreet geval van ontslag op grond van de wet acht het Hof bovendien een gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven van een rechter.

Klaagster is in 1995 benoemd tot rechter in een rechtbank en heeft later ook een termijn vervuld als lid van de Albanese Hoge Raad van Justitie. In 2010 werd ze voor een termijn van negen jaar benoemd in het Constitutionele Hof. In 2016 trad er na een wijziging van de Grondwet een nieuwe wet in werking met betrekking tot de ‘transitionele evaluatie’ van rechters en openbare aanklagers: de doorlichtingswet (*Vetting Act*). De *Vetting Act* hield in dat alle rechters en aanklagers aan een onderzoek zouden worden onderworpen door een onafhankelijke kwalificatiecommissie (*Independent Qualification Commission*, IQC); daarvan was beroep mogelijk bij een kamer van beroep (*Appeal Chamber*, AC). De achtergrond van deze doorlichtingsoperatie was gelegen de noodzaak om de hoge mate van corruptie in het justitieel systeem tegen te gaan. In verband daarmee was de doorlichting gericht op (a) het beoordelen van iemands bezittingen en die van nabije familie; (b) de eventuele banden met georganiseerde criminaliteit; (c) een beoordeling van professionele competentie. Bij deze doorlichtingsoperatie diende klagster een aantal verklaringen in ten aanzien van haar bezittingen, integriteit en professionaliteit; daarbij maakte ze onder meer melding van het eigendom van een flat en een aantal buitenlandse bankrekeningen. In 2017 concludeerde een IQC-panel dat er inconsistenties waren in haar verklaringen en dat haar inkomsten uit haar werkzaamheden niet het eigendom van de flat en de liquide middelen konden verklaren.

Daarnaast merkte het IQC op dat klagster zich in een constitutionele procedure ten onrechte niet had verschoond. Besloten werd dan ook om haar uit haar ambt te ontheffen, wat – naast schorsing – volgens de *Vetting Act* de toepasselijke disciplinaire sanctie was. Beroep bij de AC leverde voor klagster geen andere uitkomst op.

In de procedure bij het EHRM heeft klagster allereerst gesteld dat de procedure die de *Vetting Act* in het leven had geroepen niet voldeed aan de basisvereisten van art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof gaat in dit verband allereerst na of art. 6 EVRM in deze zaak van toepassing is, nu het in wezen gaat om het ontslag van een hoge rechterlijke ambtenaar. Nu het nationale recht deze categorie gevallen niet uitsluit van rechtsbescherming, komt het Hof op grond van *Vilho Eskelinen* tot de conclusie dat sprake kan zijn van een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen. Van een ‘criminal charge’ is volgens het Hof geen sprake, nu het gaat om een duidelijk tuchtrechtelijke procedure die is gericht tegen een heel specifieke categorie van rechterlijke ambtenaren.

Ten aanzien van de inhoud van de klachten buigt het Hof zich – mede in het licht van een derdepartij-interventie door de Europese Commissie – allereerst over de vraag of het IQC kan worden gekwalificeerd als een rechterlijk tribunaal. Het doet dit in het licht van de criteria die het daarvoor in *Guðmundur Andri Ástráðsson* heeft vastgesteld. Volgens het Hof is er in dit geval een duidelijke wettelijke grondslag voor instelling van het IQC. Dat het gaat om een instantie met een beperkte taakstelling acht het niet problematisch. Duidelijk is dat het IQC bevoegd is om zich over alle relevante feitelijke en juridische aspecten van zijn taakstelling te buigen en dat het bindende uitspraken kan doen. Gelet daarop kan het IQC als een ‘tribunaal’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM worden aangemerkt.

Met betrekking tot de vraag of het IQC voldoet aan de eisen van onafhankelijkheid merkt het Hof op dat de samenstelling en benoemingsprocedure zodanig zijn ingericht dat er bescherming wordt geboden tegen ongeoorloofde externe druk. Weliswaar is de zittingstermijn van vijf jaar relatief kort, maar belangrijker dan dat is het feit dat leden van het IQC tijdens hun benoemingstermijn niet uit hun ambt kunnen worden gezet, tenzij er sprake is van een tuchtrechtelijke overtreding. Er zou nog een probleem kunnen zijn in de zin dat er geen substantiële vertegenwoordiging van rechters was in het IQC, maar dat was in dit geval begrijpelijk vanwege de bijzondere aard en achtergrond van de doorlichtingsprocedure. Het Hof wijst er verder nog op dat het IQC volledige discretie had ten aanzien van zijn organisatie en budget, en dat ook de Venetiëcommissie en het Albanese Constitutionele Hof hebben geoordeeld dat het ging om een onafhankelijk rechterlijk orgaan. Het Hof ziet dan ook geen aanwijzingen van een gebrek van rechterlijke onafhankelijkheid. Aanwijzingen voor het aannemen van objectieve onpartijdigheid ziet het Hof evenmin. Op dit punt is art. 6 lid 1 EVRM dan ook niet geschonden (6 stemmen tegen 2). Op soortgelijke gronden oordeelt het

Hof dat ook de AC voldoet aan deze eisen van onafhankelijkheid en objectieve onpartijdigheid, waarbij het ook in overweging neemt dat de AC *full jurisdiction* heeft en dat de benoemingsduur daar negen jaar is.

Ten aanzien van de eerlijkheid van de procedure overweeg het Hof dat het onderzoek tegen klaagster automatisch is ingezet, in overeenstemming met de *Vetting Act*. Gedurende de gehele procedure voor het IQC heeft klaagster toegang gehad tot de relevante documenten en heeft zij relevant bewijsmateriaal en rechtsgronden kunnen aanvoeren. Het IQC had volledige bevoegdheid om de *Vetting Act* te interpreteren en toe te passen in het licht van de feiten, die het zelf kon vaststellen. Vervolgens heeft de AC het werk van het IQC nogmaals nauwkeurig onderzocht. Dit alles maakt dat het Hof ook op dit punt geen schending ziet van art. 6 lid 2 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Klaagster heeft gesteld dat er geen hoorzitting heeft plaatsgevonden voor zowel het IQC als de AC. Het Hof merkt op dat er wel een hoorzitting is geweest bij het IQC, waar klager met haar vertegenwoordiger aan kon deelnemen. Uit de feiten blijkt niet dat zij vervolgens ook een hoorzitting bij de AC heeft aangevraagd, noch dat daarin meerwaarde kon zijn gelegen, gelet op het technische en juridische karakter van de beoordeling die op dat niveau plaatsvond. Hierin ziet het Hof dan ook geen schending van art. 6 lid 1 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Verder heeft klaagster aangevoerd dat het bij de doorlichting meenemen van transacties en contracten die al in een veel eerdere periode zijn aangegaan in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof merkt daarbij op dat dit juist in een doorlichtingsprocedure als de onderhavige noodzakelijk kan zijn, nu bezittingen vaak geleidelijk aan en door de jaren heen worden opgebouwd. Het stellen van strikte termijnen voor het kunnen betrekken van feiten in de beoordeling zou het doel van de procedure kunnen ondermijnen. Dit gold ook voor klaagster, nu haar rechterlijke loopbaan was begonnen in 1995 en was doorgelopen tot 2018. Het feit dat het voor haar wat lastiger was om uit de beginperiode gegevens te overleggen is deels ook haar eigen schuld geweest, omdat zij van bepaalde transacties kennelijk eerder geen melding heeft gemaakt. Van een onredelijke bewijslastverdeling is daarbij geen sprake geweest, zodat er ook hier geen strijd is met art. 6 lid 1 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Op grond van art. 8 EVRM heeft klaagster gesteld dat haar ontslag en het daarmee samenhangende levenslange beroepsverbod een inbreuk maken op haar privéleven. Het Hof merkt in het licht van de *Denisov*-criteria op dat het gaat om een vergaand verlies van inkomsten dat gebaseerd is op een beoordeling van klaagsters professionele competentie, waarbij naar de buitenwereld toe het beeld is ontstaan dat zij het rechterlijk ambt onwaardig was. Daardoor is het privéleven van klaagster inderdaad geraakt. De klacht over het

beroepsverbod wijst het Hof van de hand omdat dit verbod niet uit de *Vetting Act* voortvloeit, maar uit andere wetgeving, waartegen de klacht voor het EHRM feitelijk niet is gericht.

Ten aanzien van de rechtvaardiging van het ontslag geldt volgens het Hof dat er een toereikende wettelijke grondslag was. Bovendien diende de doorlichtingsprocedure een zwaarwegend maatschappelijk belang. Met de procedure werd geprobeerd een antwoord te bieden op de alarmerende corruptieniveaus in de rechterlijke macht, hetgeen als een 'pressing social need' kan worden aangemerkt. Het Hof acht het niet onredelijk dat het IQC grote vraagtekens heeft gesteld bij de rechtmatigheid en integriteit van de verwerving van de flat en de liquide middelen door klaagster. Wel heeft het aarzelingen bij de bevindingen ten aanzien van klaagsters professionele integriteit rondom het zich niet verschonen in een constitutionele procedure. Die aarzelingen zijn echter niet zodanig dat ze maken dat er geen rechtvaardiging is voor het nemen van maatregelen. De sanctie die is opgelegd acht het Hof zwaar, en het is opmerkelijk dat er maar twee sanctiemogelijkheden waren en er geen verdere differentiatie mogelijk was. Niettemin acht het Hof ook dit in het licht van de bijzondere context aanvaardbaar. Gelet hierop oordeelt het dat art. 8 EVRM niet is geschonden (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001522719

Zaaknummer: 15227/19

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

RECHTSPRAAK

Zohlandt t. Nederland, EHRM 9 februari 2021, nr. 69491/16

Voorlopige hechtenis. Klager werd aangehouden en in verzekering gesteld op verdenking van wapenbezit en van poging tot zware mishandeling. Later is hij in bewaring gesteld met als hoofdgrond het risico van recidive. Ook voor de verlenging van de maatregel werd naar deze grond verwezen. Het EHRM acht deze rechtvaardiging ontoereikend; er is niet ingegaan op de argumenten van klager en de motivering was te abstract van aard. Het Hof oordeelt dan ook dat er voor de verlengingsbeslissingen onvoldoende redenen zijn gegeven. Schending art. 5 lid 3 EVRM.

Klager werd op 13 juni 2016 aangehouden en in verzekering gesteld op verdenking van poging tot zware mishandeling en van wapenbezit. Op 16 juni 2016 werd hij in bewaring genomen, met als hoofdgrond dat er een risico van recidive bestond als hij in vrijheid zou worden gesteld. Later werd de maatregel verlengd en een verzoek tot invrijheidstelling werd afgewezen, opnieuw onder verwijzing naar het recidiverisico. Uiteindelijk werd klager op 3 maart 2017 veroordeeld tot tien maanden gevangenisstraf, waarvan de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis werd afgetrokken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het opleggen en verlengen van de bewaringsmaatregel in strijd is met art. 5 lid 1 en lid 3 EVRM. Het Hof herhaalt in dit verband allereerst de algemene principes die het onder meer in *Buzadji* uiteen heeft gezet over beslissingen tot verlenging van een voorarrest. Deze toepassend stelt het voorop dat als grond voor de voorlopige hechtenis het risico van recidive is aangevoerd. Daarbij merkt het ook op dat ditzelfde risico ook de grondslag vormde voor de verlengingsmaatregelen. De daarbij gegeven motivering, die in essentie terugverwees naar het procesdossier en de daarin gelegen rechtvaardiging voor het voorarrest, acht het Hof ontoereikend. In het bijzonder zijn zowel rechtbank als gerechtshof bij hun beoordeling niet expliciet ingegaan op de argumenten van klager waarmee hij het risico van recidive betwistte. Ook was de motivering al te abstract van aard. Het argument van de regering dat in het proces-verbaal van de zitting wel informatie

stond over wat er besproken was ten aanzien van de bewaring wijst het Hof van de hand. In de schriftelijke stukken was weliswaar het gewisselde ter zitting vermeld, maar hierin werden geen gronden genoemd die voor de rechters maakten dat het opleggen of verlengen van de maatregel kon worden gerechtvaardigd. Het EHRM concludeert hieruit dat art. 5 lid 3 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUDoo6949116

Zaaknummer: 69491/16

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 3

ANNOTATIE

Muhammad en Muhammad t. Roemenië (EHRM, nr. 80982/12) – Verwijdering vreemdeling om redenen nationale veiligheid***M. den Heijer***

1. In bovenstaand arrest zet de Grote Kamer van het Europees Hof een standaard voor de omgang met geheime informatie die ten grondslag ligt aan een besluit tot verwijdering van een vreemdeling om redenen van nationale veiligheid. Uit eerdere rechtspraak volgde reeds dat verdragspartijen die ervoor kiezen om de uitzetting van vreemdelingen mogelijk te maken op grond van geheime informatie van inlichtingendiensten wel op enigerlei wijze moeten voorzien in de mogelijkheid van tegenspraak in de nationale procedure. Het was al duidelijk dat verdragspartijen hierin een zekere procedurele autonomie genieten. Zo accordeerde het Hof in een enkele zaak de Britse figuur van “special advocates”.^[1] Ook een stelsel zoals in Nederland waarin enkel de rechter het geheime materiaal in kan zien hoeft, mits omgeven met voldoende waarborgen, geen afbreuk te doen aan de eis van een eerlijk proces. ^[2] Maar wat zijn precies de eisen waaraan dergelijke nationale procedurele oplossingen moeten voldoen? Die zet het Hof nu omstandig uiteen.

2. De Grote Kamer is er goed voor gaan zitten. Ze beziet onder meer hoe verschillend de praktijk onder 40 verdragspartijen is (par. 79-87). In IJsland en Liechtenstein lijkt het in het geheel niet mogelijk om vreemdelingen uit te zetten om redenen van nationale veiligheid. In 22 verdragspartijen bestaat net als in Nederland de bevoegdheid voor rechters om kennis te nemen van de geheime informatie en die in de beoordeling te betrekken. In 17 verdragspartijen kunnen advocaten toegang tot de onderliggende informatie krijgen. De figuur van “special advocates” met een veiligheidsmachtiging bestaat enkel in Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk. Slechts in een minderheid van zes verdragspartijen krijgt de vreemdeling in beginsel zelf toegang tot de vertrouwelijke informatie.

3. Hoewel ook art. 13 EVRM was ingeroepen, toetst het Hof de Roemeense feiten enkel aan art. 1 Zevende Protocol EVRM. Dat is voor Nederland jammer, nu ons land het Zevende Protocol niet heeft geratificeerd. Art. 1 Zevende Protocol kent specifieke procedurele waarborgen

omtrent de uitzetting van vreemdelingen met rechtmatig verblijf en is daarom de *lex specialis* (dat bepaalde het Hof reeds in het bovengenoemde *Ljatici*-arrest). Uit eerdere rechtspraak valt niettemin af te leiden dat de bescherming die het Hof eist van vreemdelingen die worden uitgezet met gebruikmaking van vertrouwelijke informatie niet wezenlijk anders is onder art. 13 EVRM en art. 8 EVRM.[3] Het zou mij daarom verbazen als het Hof de nu ontwikkelde maatstaf in voorkomende gevallen niet ook onder die andere bepalingen zou hanteren.

4. Het ging om een Pakistaan en een inwoner van de Verenigde Arabische Emiraten die dezelfde achternaam hebben maar ogenschijnlijk niet verwant zijn, die afzonderlijk op een studentenvizum en met een beurs Roemenië waren ingereisd in 2009 resp. 2012 en die eind 2012 na rechterlijke tussenkomst ongewenst werden verklaard voor de duur van 15 jaar. Het oordeel van de rechter was gevraagd door een openbaar aanklager die op zijn beurt vertrouwelijk was geïnformeerd door de Roemeense inlichtingendienst SRI. De Roemeense rechter had inzage gehad in de informatie van SRI maar aan klagers was enkel schriftelijk meegedeeld dat er sterke aanwijzingen waren dat ze zich hadden schuldig gemaakt aan handelingen die een bedreiging vormden voor de nationale veiligheid. De procedure werd bijzonder snel afgewikkeld en de advocaten ontbeerden de status die in Roemenië nodig is om toegang tot de onderliggende stukken te kunnen krijgen.

5. De Grote Kamer formuleert een betrekkelijk ingewikkeld toetsingskader ter vaststelling of de omgang met geheime informatie de vreemdeling voldoende procedurele waarborgen tegen zijn uitzetting biedt. De nieuwe, in kopjes gezette, beginselen zijn grotendeels op eerdere rechtspraak gebaseerd. Indien vaststaat dat procedurele rechten zijn aangetast door beperkte toegang tot informatie en nationale rechters de noodzaak daarvoor onvoldoende hebben onderzocht of vastgesteld, dient volgens de Grote Kamer naar een aantal factoren te worden gekeken die de procedure mogelijk toch van voldoende garanties voorzien: 1) heeft de vreemdeling op basis van de wel verstrekte informatie toch een effectief verweer kunnen voeren; 2) is de vreemdeling geïnformeerd over zijn procedurele rechten en heeft hij daarvan effectief gebruik kunnen maken; 3) hebben zijn advocaten toegang gehad en een effectief verweer kunnen voeren; 4) heeft een nationale rechter de uitzettingsbeslissing effectief (en voldoende vol) getoetst. De factoren toepassend op de feiten concludeert het Hof tot een schending. De aan de vreemdelingen verschaft informatie was uiterst summier; de advocaten hadden evenmin toegang tot de onderliggende informatie; en uit de door Roemenië overgelegde informatie over het verloop van de procedure bleek niet dat de rechter echt toegang tot alle informatie had gehad en die indringend had getoetst.

6. Gehecht aan het arrest zijn maar liefst vier *concurring opinions* en één *dissenting opinion*. Opgeteld zijn 10 van de 17 rechters het niet (geheel) eens met het nieuwe toetsingskader. Enigszins samengevat komt de kritiek op het volgende neer. Hoewel het eerste lid van art. 1

Zevende Protocol drie onderdelen kent met elk een eigen procedurele waarborg (a. het kunnen aanvoeren van redenen tegen uitzetting, b. een recht op onafhankelijke toetsing en c. een recht op rechtsbijstand), toetst het Hof ze niet afzonderlijk maar gooit ze op een hoop. Door de factoren samen te brengen en tegen elkaar af te wegen geeft het Hof méér ruimte aan staten dan volgt uit de tekst. Eén *concurring opinion* wijst erop dat de afzonderlijke waarborgen absoluut zijn geformuleerd. Een andere kritiek is dat het Hof het tweede lid van art. 1 Zevende Protocol onder het tapijt schuift. Dat lid stelt dat de waarborgen van het eerste lid niet gelden indien de uitzetting noodzakelijk is om redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Volgens enkele dissenters had daarom eerst moeten worden onderzocht of de uitzetting noodzakelijk was uit hoofde van nationale veiligheid. De drie dissenters, tot slot, stellen dat de meerderheid allerlei zaken in het eerste lid leest die er niet staan. De vreemdelingen hadden redenen aangevoerd tegen uitzetting, waren bijgestaan door een advocaat en een rechter had naar hun zaak gekeken.

7. Op onderdelen snijdt de kritiek hout. Absoluut lijkt mij inderdaad de eis van art. 1 Zevende Protocol dat de rechter altijd in staat moet zijn om toegang te hebben tot alle informatie die nodig is om de noodzakelijkheid van uitzetting te kunnen toetsen. Ook had het Hof kunnen volhouden, zoals het dat onder art. 6 EVRM lijkt te doen, dat een rechter altijd moet vaststellen of er een noodzaak is om bepaalde informatie vertrouwelijk te houden.[4] In plaats daarvan stelt het Hof dat een dergelijk gebrek gecompenseerd kan worden (“counterbalancing factors”). Tegelijkertijd acht ik het verstandig dat het Hof bij de bestaande rechtspraak blijft dat verdragspartijen enige ruimte hebben om eigen procedurele oplossingen te kiezen – en geen nationaal procesrecht gaat schrijven. Het fraaist is uiteraard als de vreemdeling zelf alles mag inzien, maar sedert lang[5] is aanvaard dat ook speciaal gescreende advocaten voldoen – of rechters die voldoende kritisch en assertief het onderliggend materiaal bezien. De benadering van het Hof stelt bovendien zeker dat de eisen hieromtrent in lijn blijven met soortgelijke rechtspraak over uitzetting van vreemdelingen en geheime informatie onder art. 8 en 13 EVRM. Dat is juist voor Nederland relevant, omdat bovenstaande uitspraak dan via die andere bepalingen toch voor Nederland rechtskracht kan krijgen.

8. Het Nederlandse stelsel van beperkte kennisgeving (art. 8:29 Awb) dat geldt voor alle bestuursrechtelijke geschillen waaronder vreemdelingenrechtelijke lijkt aan het in dit arrest hernieuwd vormgegeven toetsingskader te voldoen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft één en andermaal uitgesproken dat art. 8:29 Awb met voldoende waarborgen is omkleed om de essentie van het recht op een eerlijk proces niet aan te tasten.[6]

Maarten den Heijer

Universiteit van Amsterdam

- [1] O.m. A. e.a. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, JV 2009/142 m.nt. van Kempen en Spijkerboer.
- [2] O.m. *Ljlatifi t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, EHRM 17 mei 2018, nr. 19017/16, «EHRC» 2018/159 m.n.t. Den Heijer.
- [3] O.m. C.G. e.a. t. *Bulgarije*, EHRM 24 juli 2008, nr. 1365/07, JV 2008/264 m.nt. Boeles.
- [4] vgl. *Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 en ook art. 8:29, derde lid, Awb.
- [5] *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93.
- [6] zie in het bijzonder de overzichtsuitspraak ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.

ANNOTATIE

Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland (EHRM, nr. 26374/18) – De benoeming van rechters langs de meetlat van het EVRM***Mr. drs. J.J.J. Sillen*****Inleiding**

1. In dit belangrijke arrest ontwikkelt de Grote Kamer van het EHRM een kader voor de toetsing van de benoeming van rechters aan art. 6 EVRM. Hoewel de benoeming van rechters ook vóór dit arrest wel in de Straatsburgse jurisprudentie aan bod kwam, had dat vraagstuk toen geen zelfstandige betekenis: er zijn (bij mijn weten) geen zaken waarin art. 6 EVRM geschonden werd geacht uitsluitend vanwege de wijze van benoeming van een rechter. Met dit arrest verandert dat. De verwachting is bovendien dat de praktische betekenis van het in dit arrest ontwikkelde toetsingskader snel zal toenemen, nu bij het Hof diverse klachten aanhangig zijn tegen Polen vanwege de hervormingen in de rechterlijke macht aldaar.[1] De wijze van benoeming van rechters is daarbij een belangrijk pijnpunt. Het arrest lijkt echter ook van betekenis voor Nederland (nr. 9).

2. Art. 6, eerste lid, EVRM luidt: 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.' De wijze van benoeming van rechters is volgens vaste jurisprudentie van het Hof een van de elementen aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van een 'onafhankelijk' gerecht in de zin van deze bepaling. Andere elementen die daarbij van belang zijn, betreffen de lengte van de benoemingstermijn, het bestaan van waarborgen tegen druk van buitenaf en de vraag of het rechterlijk college de schijn van onafhankelijkheid heeft.[2] Dit arrest plaatst de benoemingswijze van rechters echter niet in de sleutel van dat onderdeel van (de tekst van) art. 6 EVRM, maar haakt aan bij de eis dat sprake moet zijn van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld'. Dat is nieuw. Voorheen werd die eis geacht twee elementen te bevatten.[3] Ten eerste dat aan de instelling van het gerecht een (parlementaire) wet ten grondslag ligt, zodat

het bestuur niet naar goeddunken rechterlijke instanties kan instellen en opheffen. Ten tweede dat het gerecht is samengesteld en zijn bevoegdheden uitoefent conform de wet, waarbij het in de praktijk meestal ging over de vraag of de juiste rechter op de juiste zaak 'zat'. Nu voegt het Hof daaraan dus een derde element toe: de benoeming van rechters moet volgens de nationale regels zijn verlopen.

De casus

3. De casus was als volgt. Zoals in veel landen worden rechters in IJsland door het bestuur benoemd, in dit geval: door de President op voordracht van de minister van Justitie. Met het oog op het waarborgen van de rechterlijke onafhankelijk gaat sinds 1989 aan zulke benoemingen een aanbeveling van een commissie vooraf, die kandidaten beoordeelt aan de hand van door de minister vastgestelde criteria. De minister mag in beginsel alleen kandidaten voor benoeming tot rechter voordragen die de commissie als 'meest gekwalificeerd' heeft beoordeeld. Draagt de minister een andere kandidaat voor, dan moet hij daaraan een zorgvuldig onderzoek ten grondslag leggen en voor die afwijkende voordracht de goedkeuring van het parlement verkrijgen. In 2016 wordt aan de IJslandse rechterlijke organisatie een derde instantie toegevoegd die zal functioneren tussen de rechtbanken en de Hoge Raad in. Dat gerechtshof zal 15 rechters tellen. Voor hun benoeming is de bestaande benoemingsprocedure tot uitgangspunt genomen, met dien verstande dat het parlement met de benoeming steeds moest instemmen en dat over elk van die 15 voordrachten afzonderlijk wordt gestemd.

De voordrachtscommissie ontvangt voor die 15 rechterlijke vacatures 33 sollicitaties. Zij beoordeelt deze aan de hand van de door de minister opgestelde criteria, die zij heeft verwerkt in een tabel waarbij aan elk criterium een bepaald gewicht toekomt. Aan de hand daarvan komt zij in een 117 pagina's tellend document tot de conclusie dat allen benoembaar zijn, maar dat 15 van hen het 'meest gekwalificeerd' zijn. De minister wijkt vervolgens af van deze aanbeveling voor wat betreft vier kandidaten. Zij motiveert dat afwijken met de stellingen dat ervaring zwaarder moet wegen in de rangschikking en beoordeling van kandidaten geen exacte wetenschap is. Waarom daarbij de keuze is gevallen op de genoemde vier kandidaten in plaats van de door de commissie genoemde kandidaten, vermeldt de voordracht niet. De minister legt vervolgens de voordracht in haar geheel (dus niet per kandidaat) voor aan het parlement. Uitsluitend de leden van de coalitie stemmen voor het voorstel, vrijwel alle oppositieleiden stemmen ertegen en enkele van hen onthouden zich van stemming. De minister stuurt de voordracht vervolgens naar de President. Nadat deze aan het parlement aanvullende informatie heeft gevraagd, stelt hij vast dat parlementaire procedure volgens de wet is verlopen en benoemt hij de voorgedragen rechters.

Twee kandidaten die door de commissie als meest gekwalificeerde kandidaten waren beoordeeld, maar door de minister niet zijn voordragen, vorderen vervolgens materiële en immateriële schadevergoeding. De Hoge Raad wijst het verzoek om materiële schadevergoeding af, omdat met de aanbeveling nog niet vaststond dat de benadeelde kandidaten zeker zouden zijn benoemd. Het verzoek om immateriële schadevergoeding wijst de Hoge Raad echter toe. Hij overweegt dat de minister aan de – van de aanbeveling van de commissie afwijkende – voordracht geen zorgvuldig onderzoek ten grondslag heeft gelegd, zoals de wet wel vereist, en dat de voordracht – eveneens in afwijking van de wet – in haar geheel, en niet per kandidaat, in stemming is gebracht. Hoewel volgens de Hoge Raad niet vaststaat dat de minister daarmee opzettelijk schade wilde toebrengen aan de reputatie van de twee kandidaten, had de minister zich wel bewust moeten zijn van dat mogelijke leed. De minister deed dat niet en ging volgens de Hoge Raad ‘aan dit kennelijk gevaar volledig voorbij’ (par. 75).

Twee maanden later staat klager bij het nieuwe gerechtshof terecht voor rijden zonder rijbewijs en onder invloed van drugs. A.E. – één van de kandidaten die niet door de commissie was aanbevolen voor benoeming in het gerechtshof, maar daarin wel is benoemd – is lid van de strafkamer die klagers zaak behandelt. Klager vraagt het gerechtshof om haar te vervangen. Het gerechtshof wijst dat verzoek af en laat de straf in stand die de rechtbank klager eerder had opgelegd. Vervolgens gaat klager tegen zijn straf in beroep bij de Hoge Raad waarbij hij betoogt dat hij vanwege A.E.’s lidmaatschap van de strafkamer niet is berecht door een ‘bij de wet ingesteld gerecht’. Hij wijst er daarbij op dat de echtgenoot van A.E. parlementslid is van dezelfde partij als de minister van Justitie, en dat deze – nadat zijn vrouw door de minister was voorgedragen als rechter – de eerste plaats op de districts Kieslijst aan de minister had afgestaan (par. 89). De Hoge Raad laat het vonnis van het gerechtshof echter in stand. Hij overweegt dat weliswaar procedurele fouten zijn gemaakt bij de benoeming van A.E., maar dat haar benoeming daarmee geen ‘nulliteit’ was geworden, dat de verkeerde stemmingsprocedure in het parlement een gebrek van ‘geen betekenis’ was, dat alle benoemde rechters aan de benoemingsvereisten voldeden, dat hun benoeming door het besluit van de President ‘een realiteit’ was geworden en dat de benoemde rechters sindsdien dezelfde onafhankelijkswaarborgen genoten als alle andere rechters. In zijn uitspraak gaat de Hoge Raad niet in op de mogelijke politieke motieven die volgens klager aan de ministeriële voordracht ten grondslag liggen (par. 90).

In Straatsburg krijgt klager wel gelijk. Een kamer van het Hof oordeelde op 12 maart 2018 dat klager niet was berecht door een ‘bij de wet ingesteld gerecht’.[4] De Grote Kamer van de EHRM deelt dat oordeel, zij het met een andere motivering. Zij gaat daarbij systematisch te werk: eerst bespreekt zij enige algemene uitgangspunten (nrs. 4-6), daarna volgt het concrete

toetsingskader (nr. 7), dat zij ten slotte op de feiten van dit geschil toepast (nr. 8).

Het toetsingskader

4. De Grote Kamer herhaalt allereerst het bekende uitgangspunt dat – hoewel het beginsel van machtscheiding tussen de politieke ambten en de rechtspraak steeds meer aandacht krijgt in de rechtspraak van het Hof – de benoeming van rechters door het bestuur of de wetgever verenigbaar is met het EVRM, mits de benoemde rechters ná hun benoeming gevrijwaard zijn van beïnvloeding of druk bij het uitoefenen van hun rechtsprekende taken (par. 207). Ten tweede wijst de Grote Kamer op de subsidiaire rol van het EHRM: het is primair de taak van de nationale rechter om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. De vraag of een benoeming van een rechter is verlopen volgens het nationale recht is dus primair aan de nationale rechter (par. 208-209).

5. De Grote Kamer zet vervolgens uiteen waarom het art. 6-vereiste van een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’ de eis omvat dat rechters op regelmatige wijze moeten zijn benoemd. Het legt deze zinsnede daartoe uit naar haar doel en strekking (par. 218).

Ten eerste is volgens het Hof een zorgvuldige benoemingswijze een voorwaarde om te kunnen spreken van een ‘gerecht’. Het overweegt daartoe allereerst dat het begrip ‘gerecht’ veronderstelt dat dit is samengesteld uit rechters die zijn geselecteerd ‘op grond van verdienste – dat wil zeggen: rechters die voldoen aan de eisen van technische competentie en morele integriteit’. Een ‘strengere procedure voor de benoeming van gewone rechters’ kan eraan bijdragen dat selectie op basis van verdienste daadwerkelijk plaatsvindt. Bovendien is een zorgvuldige, op verdienste gerichte benoemingsprocedure ‘cruciaal om het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak te verzekeren’. Tot slot biedt een dergelijke procedure ‘een aanvullende garantie voor de persoonlijke onafhankelijkheid van rechters’ (par. 220).

Ten tweede is het vaste jurisprudentie dat de zinsnede ‘bij de wet ingesteld’ niet alleen betekent dat een gerecht een wettelijke grondslag heeft, maar tevens ‘naleving door het gerecht van de regels over zijn samenstelling in elke zaak’ (par. 223, zie ook par. 229). Tot op heden, zo vervolgt het Hof, toetste het Hof in die gevallen doorgaans of de regels waren nageleefd over de bevoegdheid van een gerecht of over de samenstelling van een gerecht om een bepaalde zaak te beslissen. Van daar is het echter een kleine stap om ook de vraag of een rechter op regelmatige wijze is benoemd bij die beoordeling te betrekken, aldus het Hof (par. 225-226). Het wijst er daarbij op dat zowel internationaal *soft law* als een groot deel van de lidstaten van de Raad van Europa de zinsnede ‘een gerecht dat bij de wet is ingesteld’ ook zo uitleggen (par. 227-228).

Daarmee – zo benadrukt het Hof – staat het vereiste van een ‘gerecht dat bij de wet is

ingesteld' in zeer nauw verband met een andere eis van art. 6 EVRM, namelijk dat het gerecht 'onafhankelijk' behoort te zijn, welke eis (als gezegd) eveneens verwijst naar 'de wijze van benoeming' van de leden van een rechterlijk college (par. 233). Hoewel beide elementen verschillende doelen dienen, hebben zij gemeenschappelijk dat zij voortvloeien uit twee 'fundamentele beginselen': de rechtsstaat-gedachte en het beginsel van de machtscheiding. Beide zijn van belang 'om het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak te onderhouden en de onafhankelijkheid van de rechtspraak ten opzichte van de andere staatsmachten te beschermen' (par. 234).

Bij de toetsing van de benoemingsprocedure van rechters aan het vereiste van een 'gerecht ingesteld bij wet' moeten die gemeenschappelijke doelen volgens het Hof in het oog worden gehouden. Onderzocht moet daarom worden 'of de beweerdelijke onregelmatigheid in een bepaalde zaak zo ernstig was dat deze de eerder genoemde fundamentele beginselen ondermijnen en de onafhankelijkheid van de betrokken rechterlijke instantie aantast' (par. 234).

6. Nadat het Hof heeft uitgelegd waarom een zorgvuldige benoemingsprocedure onderdeel uitmaakt van het art. 6-vereiste van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld', komt het toe aan de vraag of elke onregelmatigheid in een benoemingsprocedure leidt tot een schending van art. 6 EVRM. De Grote Kamer beantwoordt die vraag ontkennend (par. 235). Het Hof wijst er daarbij op dat het recht op een gerecht voortvloeit uit de meer omvattende notie van de 'rule of law', waarnaar de preambule van het EVRM verwijst. Daaruit vloeien echter ook andere beginselen voort die in een rechtsstaat even belangrijk zijn als een regelmatige wijze van benoeming van rechters. Het Hof noemt twee van die beginselen (par. 237): het rechtszekerheidsbeginsel, en het daaruit afgeleide beginsel van res judicata (par. 238), en het 'beginsel van onafzetbaarheid van rechters tijdens hun ambtsduur' (par. 239). Omdat deze beginselen in een richting kunnen wijzen die tegengesteld is aan een het sanctioneren van een onregelmatige wijze van benoeming van rechters, vereist het vaststellen van een schending van het recht op een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld' een belangenafweging, waarbij ook die andere beginselen worden betrokken. Van een schending van het recht op een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld' is daarom pas sprake als een dringende maatschappelijke behoefte 'van aanzienlijke en overtuigende aard' afwijking van beide tegengestelde rechtsbeginselen in een concreet geval rechtvaardigt (par. 240).

7. Indachtig deze uitgangspunten formuleert het Hof vervolgens een kader waarmee rechterlijke benoemingsprocedures kunnen worden getoetst aan art. 6 EVRM. Dit toetsingskader bestaat uit drie stappen.

Ten eerste moet bij de benoeming van een rechter sprake zijn geweest van 'een *duidelijke*

schending van het nationale recht, dat wil zeggen: een schending die objectief en eenvoudig als zodanig kan worden vastgesteld'. Bij de beoordeling van dit punt volgt het Hof in de regel het oordeel van de nationale rechter (par. 244). Het Hof houdt echter de mogelijkheid open dat ook een benoeming die ogenschijnlijk met het nationale recht verenigbaar is, maar tot een resultaat leidt dat met het doel van art. 6 EVRM onverenigbaar is, tot een schending kan leiden (par. 245).

Is van een van beide gevallen sprake, dan moet ten tweede die onverenigbaarheid met het nationale recht worden beoordeeld in het licht van de doelen van het art. 6-vereiste van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld', dat wil zeggen: de bescherming van de rechtsstaat ('rule of law') en de machtscheiding, zodat wordt verzekerd dat de rechterlijke macht zijn taken kan uitoefenen zonder ongeoorloofde beïnvloeding. Daarbij geldt als stelregel dat schendingen van een 'louter technische aard die geen gevolgen hebben voor de legitimiteit van de benoemingsprocedure' onvoldoende zijn om een schending van art. 6 EVRM aan te nemen (par. 246).

Vervolgens moet het Hof – met inachtneming van zijn subsidiaire rol – beoordelen welke gevolgen de nationale rechter heeft verbonden aan de onregelmatige benoeming, of hij daaraan een zorgvuldig onderzoek ten grondslag heeft gelegd en of daarbij het juiste EVRM-kader is toegepast (par. 248-251). Het Hof wijst erop dat de nationale rechter bij het bepalen van die gevolgen ook acht mag slaan op de tijd die is verstreken tussen de onregelmatige benoeming en de klacht daarover (par. 252).

Toepassing van het toetsingskader op de zaak

8. Het past het Hof dit toetsingskader dan toe op de feiten van dit geschil.

Het start met de vaststelling dat het Hoge Raad twee duidelijke schendingen van het nationale recht heeft vastgesteld bij de benoeming van A.E., namelijk: het ontbreken van een zorgvuldig ministerieel onderzoek bij het vaststellen van de afwijkende voordracht en wijze waarop het parlement over de voordracht heeft gestemd.

In de tweede stap van het toetsingskader stelt het EHRM op basis van een uitvoerige motivering vast dat deze schendingen van het nationale recht geen technische omissies zijn (par. 267), maar ernstige onregelmatigheden. Met name het zonder zorgvuldig onderzoek afwijken door de minister van de aanbeveling van de voordrachtscommissie – die was ingesteld om rechterlijke benoemingen meer op afstand van de politiek te plaatsen –, rekent het Hof IJsland daarbij aan. Daarmee is volgens het Hof de 'legitimiteit van het benoemingsproces' aangetast en de essentie van het recht op een gerecht dat bij de wet is ingesteld ondermijnd (par. 259).

Tot slot beoordeelt het Hof de wijze waarop de IJslandse Hoge Raad heeft geoordeeld over de onregelmatige benoeming in klagers strafzaak. Het stelt daarbij vast dat de Hoge Raad om twee redenen geen gevolgen heeft verbonden aan de vastgestelde onregelmatigheid. Ten eerste overwoog de Hoge Raad dat de benoeming van A.E. door de genoemde onregelmatigheden geen nulliteit is en, ten tweede, dat deze onregelmatigheden er niet toe hebben geleid dat klager geen eerlijk proces heeft gehad. Beide argumenten gaan volgens het Hof uit van gedachte dat vanaf het moment dat de President de benoemingsbesluiten van de 15 rechters in nieuwe gerechtshof ondertekende, er geen reden meer was te twijfelen aan hun onafhankelijkheid (par. 279). Het EHRM vindt dat een volstrekt onjuiste benadering en schuwt daarbij grote woorden niet. Dat de Hoge Raad de nadruk legt op het feit dat de benoemingsbesluiten van de 15 rechters inmiddels zijn getekend, 'wijst op acceptatie, of zelfs berusting, van het gerecht in de omstandigheid dat het geen werkelijke zeggenschap had over de benoemingen vanaf het moment dat zij officieel werden' (par. 282). Deze houding 'ondermijnt de belangrijke rol die de rechtspraak speelt bij het onderhouden van de *checks and balances* die eigen zijn aan de machtscheiding'. Dat de Hoge Raad bij zijn beoordeling bovendien slechts de gevolgen in ogenschouw neemt die deze onregelmatigheden hebben gehad voor klager, is eveneens onbegrijpelijk volgens het Hof. Het overweegt: 'gelet op het belang en de implicaties van de onderhavige schendingen [...] en op de wezenlijke rol die de rechterlijke macht speelt in een democratische rechtsstaat, kunnen de gevolgen van zulke schendingen niet gerechtvaardigd worden beperkt tot de individuele kandidaten wier rechten door de niet-benoeming zijn aangetast, maar raken deze het grote publiek' (par. 283). Dat is een vergaande stelling, omdat het Hof daarmee lijkt af te wijken van de zaaksgerichte, concrete benadering die het EHRM normaal gesproken volgt.[5] Bovendien is de Hoge Raad niet ingegaan op de omstandigheid dat A.E.'s benoeming wellicht onderdeel was van een politiek spel (par. 281). Gezien het tijdsverloop – klager vroeg om het terugtreden van A.E. als rechter in zijn zaak één maand nadat zij was benoemd en twee maanden nadat de Hoge Raad de niet-benoemde kandidaten immateriële schadevergoeding toekende – weegt het rechtszekerheidsbeginsel hier niet zo zwaar dat geen schending van art. 6 EVRM kon worden aangenomen (par. 284).

Daarmee concludeert het Hof dat IJsland art. 6 EVRM heeft geschonden. Het Hof overweegt vervolgens dat conform art. 46, eerste lid, EVRM IJsland de nodige maatregelen moet nemen om vergelijkbare schendingen in de toekomst te voorkomen, maar dat het arrest er niet toe verplicht om alle vergelijkbare zaken als die van klager te heropen (par. 314)

De betekenis van dit arrest voor Nederland

9. Wat is de betekenis van dit arrest voor Nederland? Hoewel Nederland vermoedelijk niet hoeft te vrezen voor een veroordeling door Straatsburg vanwege de benoemingswijze van

rechters, kan toch worden betoogd dat dit arrest betekent dat er werk aan de winkel is.

Nederland hoeft niet te vrezen voor een veroordeling, omdat bij ons weinig is geregeld over de selectie en benoeming van rechters, terwijl die regeling (en de vraag of die juist is opgevolgd) het startpunt vormt voor de toetsing aan het EVRM. Het Nederlandse recht legt bij de benoeming van rechters de nadruk op de vraag *wie* over zulke benoemingen mag beslissen en niet op de vraag *hoe* daarover besloten moet worden. Een blik op de regelgeving met betrekking tot de benoeming van rechters in de gerechten die behoren tot de rechterlijke macht, illustreert dat. Ten aanzien van benoeming in de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad is slechts geregeld *wie* daarover gaat. Art. 117, eerste lid, Gw bepaalt dat rechters in al deze colleges worden benoemd door de regering. Het traject dat daaraan voorafgaat verschilt echter. Voor benoemingen in de rechtbanken en de hoven geldt dat het bestuur van het gerecht waar een vacature is ontstaan een (niet-bindende) lijst van aanbeveling opmaakt van (zo mogelijk) drie kandidaten, waarover de gerechtshofvergadering kan adviseren. Deze lijst wordt vervolgens via de Raad voor de Rechtspraak aan de minister van Veiligheid en Justitie gezonden, vergezeld van een advies (art. 5c Wvra). Voor benoeming van raadsheren in de Hoge Raad bepaalt art. 118, eerste lid, Gw dat de regering een keuze moet maken uit een voordracht van drie kandidaten opgemaakt door de Tweede Kamer. Aan die voordracht gaat weer een (niet-bindende) aanbeveling van de Hoge Raad (in overleg met de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad) vooraf, bestaande uit tenminste zes personen. Al deze regels gaan dus over die *wie*-vraag. De *hoe*-vraag krijgt in Nederland amper aandacht. Hoewel de gerechten regels hebben opgesteld over hoe zij tot hun niet-bindende aanbeveling komen,[6] binden deze de regering niet. Voor de regering gelden wel de Awb-bepalingen over een zorgvuldige besluitvorming, maar in hoeverre deze de handelingsvrijheid van de regering bij de benoeming van rechters werkelijk aan banden legt, is in de rechtspraak nog niet aan bod gekomen.[7]

Toch kan worden betoogd dat dit arrest voor Nederland werk aan de winkel betekent. Als gezegd, overweegt het EHRM dat het enkele feit dat het bestuur beslissende invloed heeft op de benoeming van rechters niet bepalend is voor de vraag of sprake is van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld'. Het wijst er daarbij op dat in veel landen een 'juridische cultuur en andere verantwoordingsmechanismen' bestaan die de vrijheid van het bestuur feitelijk beperken en dat de 'praktijk' in die landen laat zien dat enkel 'hoog gekwalificeerde kandidaten met een onafhankelijke geest' tot rechter worden benoemd (par. 230).[8] Ook in Nederland is dat het geval. De regering volgt bij rechtersbenoeming steeds de aanbevelingen van de rechterlijke macht. Ook de Tweede Kamer doet dat wanneer zij een voordracht opmaakt voor de benoeming van raadsheren in de Hoge Raad. Het feitelijke zwaartepunt van de rechterlijke benoemingsprocedure ligt daardoor in Nederland niet bij de politieke ambten, maar bij de

ambten van de rechterlijke macht. Tekenend daarvoor is dat nooit wordt geprocedeerd over het niet-benoemen van een rechter door de regering, maar wel over het niet-aanbevelen voor benoeming van een kandidaat-rechter door een gerechtsbestuur.[9] Tegelijkertijd onderstreept het Straatsburgse Hof echter het belang van ‘strenge procedures voor de benoeming van gewone rechters om te verzekeren dat de meest gekwalificeerde kandidaten – zowel gemeten naar technische competentie als morele integriteit – tot rechter worden benoemd’. Daarbij wijst het erop dat hoe hoger het rechterlijke college is geplaatst in de rechterlijke hiërarchie ‘hoe veeleisender de toepasselijke selectiecriteria moeten zijn’ (par. 222) Art. 6 EVRM vereist volgens het Hof daarom dat de nationale regelgeving over rechterlijke benoemingen ‘is gesteld in bewoordingen die zo ondubbelzinnige mogelijk zijn, zodat willekeurige inmenging in de benoemingsprocedure, waaronder door het bestuur, wordt verhinderd’ (par. 230). Het Hof hamert daarbij op het belang van selectie op basis van ‘verdienste’. Als gezegd, ontbreekt in Nederland een regeling die de regering tot zulke selectie verplicht. Sterker nog, uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3 Gw volgt dat bij de benoeming van Nederlanders in de ‘openbare dienst’ ook met andere factoren dan vakbekwaamheid rekening mag worden gehouden.[10] Verdedigbaar is dat ook de benoeming van rechters onder het bereik van die grondwetsbepaling vallen. Hoewel deze vrijheid van de politieke ambten door de genoemde benoemings- en voordrachtspraktijk nooit tot ongelukken leidt, verbiedt niets hen de aanbevelingen uit de rechterlijke macht links te laten liggen en zelf te beslissen welke rechters worden benoemd. Het is twijfelachtig of ‘Straatsburg’ het voldoende vindt dat wij eenvoudigweg vertrouwen op de voortzetting van die bestaande praktijk. Zonder voorbehoud overweegt het EHRM immers dat de lidstaten over de wijze van benoeming van rechters zo duidelijk mogelijke regels voorhanden moeten zijn die willekeurige inmenging door met name het bestuur voorkomen. Zulke regels zijn er in Nederland niet. Zo beschouwd zou dit arrest aanleiding moeten zijn werk te maken van het opstellen van criteria aan de hand waarvan regering (en Tweede Kamer) kandidaat-rechters moeten selecteren en benoemen.[11]

Mr. drs. J.J.J. Sillen

hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit

[1] Vgl. bijv. H.P. Graver, ‘A New Nail in the Coffin for the 2017 Polish Judicial Reform: On the ECtHR judgment in the case of *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Application no. 26374/18)’, *VerfBlog* 2 december 2020, <https://verfassungsblog.de/a-new-nail-in-the-coffin-for-the-2017-polish-judicial-reform/>.

[2] Bijv. *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11,

ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, par. 60, «EHRC» 2018/145 m.nt. Gerards.

[3] Zie par. 73, met verwijzingen.

[4] Zie EHRM 12 maart 2019, «EHRC» 2019/113 m.nt. Sillen & Gerards.

[5] Deze benadering wijkt bovendien af van de wijze waarop volgens het HvJ EU moet worden beoordeeld of een lidstaat van de EU medewerking moet verlenen aan een verzoek van een gerecht uit een andere EU-lidstaat om een verdachte uit te leveren. Volgens het Hof kan die medewerking worden geweigerd als (onder meer) *de verdachte* 'reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een onafhankelijk gerecht zal worden geschonden' (*LM*, HvJ EU 25 juli 2018, zaak C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk, *AB* 2019/74 m.nt. Bovend'Eert, pt. 73).

[6] Zo heeft de Hoge Raad profielen vastgesteld, worden er vacatures geplaatst en er is een selectiecommissie die kandidaten beoordeelt aan de hand van die profielen. Zie P.P.T. Bovend'Eert (m.m.v. C.A.J.M. Kortmann), *Rechtelijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, par. 8.4. In de rechtbanken bestaan ook zulke regelingen, in elk geval over de aanbeveling tot benoeming van rechters in opleiding.

[7] De Centrale Raad van Beroep heeft in het verleden bijvoorbeeld wel een rechterlijk benoemings-KB is strijd geacht met art. 3:4 Awb, omdat aan het besluit volgens hem ten onrechte geen terugwerkende kracht was toegekend (CRvB 5 maart 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH7544, *TAR* 2009/116).

[8] Zeer kritisch daarover de 'partly concurring, partly dissenting opinion' van Judge Pinto de Albuquerque, par. 118-119.

[9] Zie bijv. CRvB 4 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6301, *AB* 2014/42, *TAR* 2013/134.

[10] C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 72.

[11] Het concept-grondwetswijzigingsvoorstel dat het voordrachtsrecht voor benoemingen van raadsheren in de Hoge Raad weghaalt bij de Tweede Kamer en in handen legt van een commissie van drie (min of meer) deskundige personen, ondervangt dit probleem niet (zie www.internetconsultatie.nl/art118grondwet). *Hoe* die commissie tot haar voordracht moet komen, vermeldt het voorstel namelijk niet. Het voorstel *vertrouwt* er slechts op dat die commissie – door haar samenstelling – over zulke voordrachten evenwichtig zal oordelen, althans evenwichtiger dan de Tweede Kamer.

ANNOTATIE

AZ, HvJ EU (zaak C-510/19) – Niet onafhankelijke Openbaar Ministeries mogen niet langer beslissen over de tenuitvoerlegging van EAB's***mr. dr. S.M.A. Lestrade***

1. Onderhavige zaak bouwt voort op de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken *OG en PI*.^[1] In die zaken oordeelde het Hof – voor het eerst in 19 jaar – dat openbaar ministeries die kunnen worden aangestuurd door de uitvoerende macht, zoals een minister van Justitie, niet langer vallen onder het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in het Kaderbesluit EAB en derhalve niet gerechtigd zijn tot het uitvaardigen van een EAB. In deze zaak maakt het Hof duidelijk dat hetzelfde geldt ten aanzien van het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’. Een beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB moet, net als een beslissing over de uitvaardiging ervan, genomen worden door een rechterlijke autoriteit die voldoet aan de vereisten die inherent zijn aan een effectieve rechterlijke bescherming, waaronder de waarborg van onafhankelijkheid.

2. *In casu* betrof het een EAB uitgevaardigd tegen de Belg AZ wegens de vervolging voor oplichting. AZ is aangehouden in Nederland en bij beslissing van de Rechtbank Amsterdam overgeleverd aan België. De Belgische onderzoeksrechter heeft vervolgens een aanvullend EAB uitgevaardigd om hem ook voor andere delicten te vervolgen, dan voor de feiten waarvoor hij reeds was overgeleverd. Een Nederlandse officier van justitie heeft daarmee ingestemd, conform zijn bevoegdheid in artikel 14 lid 1 onder f van de Overleveringswet. Daarop is AZ in België vervolgd en veroordeeld voor de feiten die in het oorspronkelijke én het aanvullende EAB zijn vermeld. Hij heeft door de extra feiten een zwaardere gevangenisstraf opgelegd gekregen.^[2] AZ is tegen zijn strafveroordeling opgekomen bij het Hof van Beroep in Brussel, dat aan het Hof van Justitie heeft gevraagd of de officier van justitie kan worden beschouwd als een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ in de zin van het kaderbesluit betreffende het EAB en aldus bevoegd is om de in het kaderbesluit bedoelde toestemming te verlenen.

3. In artikel 6 van het Kaderbesluit EAB staat dat de bevoegde uitvaardigende en de bevoegde uitvoerende rechterlijke autoriteit die rechterlijke autoriteiten zijn, die krachtens het interne

recht van de uitvaardigende lidstaat als zodanig zijn aangewezen. De termen zijn destijds niet nader gedefinieerd. Wel is in het eerdere Voorstel voor een Kaderbesluit EAB aangegeven dat het moet gaan om een rechterlijke instantie of het openbaar ministerie.[3] Het Hof maakt in deze beslissing duidelijk dat het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ – net als het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ – een autonoom begrip van het Unierecht is, dat niet alleen naar rechters of rechterlijke instanties verwijst, maar breder is. Het kan ook betrekking hebben op autoriteiten die deelnemen aan de strafrechtsbedeling, als het maar niet instanties betreft die deel uitmaken van de uitvoerende macht (zoals ministeries of politiediensten). Ook al verschillen de taken van de uitvaardigende en de uitvoerende autoriteit, in beide gevallen is het dan wel noodzakelijk dat de autoriteiten onafhankelijk te werk kunnen gaan en dat effectieve rechterlijke bescherming wordt gewaarborgd. Dat betekent dat de autoriteiten onder geen beding het risico mogen lopen te worden onderworpen aan individuele instructies van de uitvoerende macht.

4. Wat betreft de toestemming om af te wijken van het specialiteitsbeginsel, oordeelt het Hof dat, los van de vraag of deze door dezelfde rechterlijke autoriteit moet worden verleend als die welke het EAB heeft uitgevoerd, de toestemming hoe dan ook niet kan worden gegeven door een officier van justitie van een lidstaat die – weliswaar aan de strafrechtsbedeling deelneemt – maar in de uitoefening van zijn beslissingsbevoegdheid individuele instructies kan ontvangen van de uitvoerende macht. In Nederland kan de officier van justitie op grond van artikel 127 Wet op de rechterlijke organisatie instructies krijgen van de Minister van Justitie en Veiligheid. Daarom valt hij niet onder het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’. Aan deze overweging wordt niet afgedaan door het feit dat de betrokkene tegen de door de officier van justitie verleende toestemming kan opkomen bij de rechter. Geheel verassend is deze uitkomst niet. Het ‘aanvullend EAB’ betreft materieel gezien een nieuw feit waardoor een hogere straf kan worden opgelegd. Dat een onafhankelijke rechterlijke instantie daarover dient te oordelen, gelijk deze ook toestemming dient te geven bij het ‘eerste EAB’, is te begrijpen.

5. In mijn annotatie bij de gevoegde zaken *OG en PI* merkte ik reeds op dat – ondanks de veel geuite kritiek van het gebrek aan grondrechtenbescherming in een EAB-procedure – het Hof tot voor kort niet erg ontvankelijk voor grondrechtenverweren was.[4] Deze uitspraak past in de tendens van de laatste jaren waarin het Hof steeds meer aandacht heeft voor bescherming van grondrechten in het strafprocesrecht.[5] De vergrote belangstelling hiervoor in het kader van EAB-procedures komt mogelijk door toenemende zorgen over het onevenredig gebruik van het EAB, het overmatig toepassen van voorlopige hechtenis, de overlevering van personen naar landen waar de gevangenisomstandigheden in strijd met de menselijke waardigheid zijn en de zorgen over de algemene mensenrechtensituatie in lidstaten als Polen en Hongarije.[6]

En het kan zijn dat advocaten – gelet op voorgaande – steeds nadrukkelijker aandringen op prejudiciële vragen en rechters daartoe vaker overgaan. Deze ontwikkeling kan bovendien weer een aanzuigende werking hebben.

6. Hoewel meer aandacht voor grondrechtelijke bescherming is toe te juichen, rijst tegelijkertijd de vraag of de groeiende trend waarbij EAB's worden aangevochten op den duur niet de strafrechtelijke samenwerking in de EU belemmert. Het is in elk geval duidelijk dat het Hof van Justitie worstelt met de juiste balans tussen effectieve criminaliteitsbestrijding en de protectie van grondrechten. In deze zaak dwingt het Hof lidstaten tot aanpassing van de tenuitvoerleggingsprocedure teneinde een onafhankelijke strafprocedure beter te borgen. Het Hof van Justitie wil tegelijkertijd niet zover gaan dat EAB-verzoeken uit Polen structureel mogen worden geweigerd, zie HvJ (GK) 17 december 2020, *Openbaar Ministerie*, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU. Een weigering een EAB uit te voeren is dan alleen op zijn plaats als de uitvoerende rechterlijke autoriteit concreet en nauwkeurig is nagegaan in hoeverre de structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de lidstaat gevolgen heeft voor de persoonlijke situatie van de betrokkene en als is gebleken dat er in het concrete geval een reëel gevaar is dat het eerlijk proces zal worden geschonden.[7]

7. Net zoals bij de zaken C-508/18 en C-82/19, leidt onderhavige uitspraak van het Hof ertoe dat de overleveringsprocedures in de EU steeds meer zijn gebaseerd op gezamenlijke regels omdat het Hof begrippen uit het Kaderbesluit op uniforme wijze uitlegt. Het belang van het nationale recht en eventuele verschillen tussen rechtsstelsels van de lidstaten, neemt daardoor af.[8] Dit onderbouwt de stelling van Peers dat wederzijdse erkenning – waar het Hof bij aanvang van onderhavig arrest aan refereert – alleen mogelijk is in het strafrecht bij een voldoende basis van gedeelde regels.[9]

8. De uitleg van het Hof heeft in Nederland gevolgen voor de rol van het OM in de uitvoering van EAB's die door andere EU-lidstaten zijn uitgevaardigd. De Rechtbank Amsterdam heeft zich daags na de uitspraak van het Hof al uitgelaten over de betekenis van het arrest.[10] Totdat de Nederlandse wet naar aanleiding van het arrest van het Hof is aangepast, zal de Internationale Rechtshulpkamer voortaan bij overleveringsverzoeken per taak of bevoegdheid beoordelen of deze nog aan het Openbaar Ministerie toekomt. Het OM is nog steeds bevoegd om personen tegen wie een EAB is uitgevaardigd, gevangen te zetten, maar de verdere detentie van de betrokken persoon moet kort daarna door de raadkamer van de rechtbank beoordeeld worden, in plaats van pas wanneer de zaak inhoudelijk door de rechtbank wordt behandeld. De Rechtbank oordeelt voorts dat wanneer zij de overlevering toestaat, die beslissing ook een machtiging inhoudt aan het OM om de betrokken persoon daadwerkelijk over te brengen naar de lidstaat die het EAB heeft uitgevaardigd.

9. Verder hebben de minister van Justitie en Veiligheid en de minister voor Rechtsbescherming naar aanleiding van de uitspraak een nota van wijziging opgesteld die het reeds aanhangige wetsvoorstel van 16 juli 2020 inzake de herimplementatie van onderdelen van het Kaderbesluit EAB op punten aanpast.[11] Zo wordt voorgesteld artikel 14 lid 1 onder f van de Overleveringswet te wijzigen. Daarin staat dat kan worden afgeweken van het specialiteitsbeginsel indien de officier van justitie daarvoor toestemming geeft. De rechter-commissaris van de rechtbank Amsterdam zal in het vervolg aanvullende toestemming geven voor de vervolging van een reeds overgeleverde persoon voor feiten die zijn begaan vóór die overlevering. Daarnaast wordt voorzien in aanpassing van artikel 39 van de Overleveringswet. In dit artikel is geregeld dat een opgeëiste persoon uiterlijk op de dag voorafgaande aan zijn verhoor door de rechtbank kan instemmen met zijn onmiddellijke overlevering. Met de beoogde wijziging wordt geregeld dat deze verklaring tijdens de eerste drie dagen van de invezekeringstelling kan worden afgelegd voor elke rechter-commissaris in Nederland, in plaats van bij elke officier van justitie. In de nota zijn geen andere wijzigingen in de bevoegdheden van de officier van justitie opgenomen, dan de wijzigingen ten aanzien van het verlenen van aanvullende toestemming en de verkorte procedure. Volgens de ministers dwingt de uitspraak niet tot het overhevelen van alle bevoegdheden van de officier van justitie aan de rechter-commissaris. Dit is afhankelijk van de aard van de bevoegdheid. Het arrest van het Hof laat – volgens de ministers – gezien de rol van de officier van justitie in de overleveringsprocedure en zijn algemene rol in de rechtsbedeling nog een zekere ruimte voor zelfstandige taaktoedeling, bijvoorbeeld ten aanzien van de feitelijke overlevering en het opvragen van aanvullende gegevens. Ook voor wat betreft de (verlengde) invezekeringstelling door de officier van justitie, wordt op dit moment geen wijziging noodzakelijk geacht. In een WODC-onderzoek zal een structurele oplossing worden verkend met betrekking tot de positie van het Nederlandse OM en zal worden gezien of het (gedeeltelijk) afschaffen van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid mogelijk een onderdeel kan vormen van een oplossing.[12]

10. De Afdeling van de Raad van State heeft gereageerd op bovengenoemd standpunt van de regering en heeft er begrip voor dat de regering zich thans beperkt tot het beleggen van een aantal noodzakelijke bevoegdheden bij de rechter-commissaris, mede in afwachting van de uitkomsten van het WODC-onderzoek naar een structurele respons in een breder perspectief. Wel werpt de Afdeling de vraag op of de uitspraak van het Hof van 24 november 2020, naast de gevolgen voor de bevoegdheden van de officier van justitie bij de aanvullende toestemmingen en de verkorte procedure, nog tot andere wijzigingen van de Overleveringswet zou moeten leiden. De Afdeling wijst erop dat het Hof in zijn uitspraak de ‘aard van de bevoegdheden’ niet expliciet noemt als een relevant criterium om te bepalen welke autoriteit kan optreden in de tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel. Gelet op het doel van

het wetsvoorstel 'Herimplementatie kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel' om de Overleveringswet in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Hof over het kaderbesluit, adviseert de Afdeling om aansluiting te zoeken bij de overwegingen van het Hof in de uitspraak van 24 november 2020 en nader toe te lichten hoe de keuzes zijn gemaakt met betrekking tot het al dan niet aanpassen van de Overleveringswet, voor wat betreft de bevoegdheden van de officier van justitie. Verder merkt de Afdeling op dat het uit oogpunt van rechtszekerheid wenselijk is om de rol van de rechter-commissaris of (de raadkamer van) de rechtbank bij de voortgezette hechtenis en de termijn waarbinnen de beoordeling moet plaatsvinden, in de Overleveringswet te verankeren.[13]

11. Op nationaal niveau wakkert dit opnieuw de discussie aan over de positie van het OM ten opzichte van de minister van Justitie en Veiligheid.[14] Moet de aanwijzingsbevoegdheid van de minister in artikel 127 Wet op de rechterlijke organisatie niet worden geschrapt? Moet het OM een onafhankelijk bestuursorgaan worden? Dient de rechter-commissaris alleen betrokken te worden bij het uitvaardigen en tenuitvoerleggen van EAB's of moet de betrokkenheid van de rechter-commissaris in bredere zin worden gestimuleerd in het kader van internationaal strafrechtelijke samenwerking, bijvoorbeeld ook als het gaat om het uitvaardigen van een Europees onderzoeksbevel?[15] De minister heeft toegezegd het WODC een onderzoek te laten verrichten en de mogelijkheden te verkennen. Het is te hopen dat niet alleen de positie van het Nederlandse OM wordt beoordeeld, maar dat daarbij de bredere vraag wordt betrokken in hoeverre op een efficiënte manier binnen de EU op strafrechtelijk gebied kan worden samengewerkt tussen de diverse instituties (OM en rechterlijke instanties) en tegelijkertijd de mensenrechten kunnen worden gewaarborgd.

S.M.A. Lestrade

universitair docent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen

[1] OG en PI, HvJ (GK) 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, «EHRC» 2019/181 m.nt. Lestrade.

[2] Het betreft aldus een bevoegdheid om af te wijken van het specialiteitsbeginsel: het beginsel dat inhoudt dat de vervolgings- of executie-uitlevering beperkt moet blijven tot de feiten waarop het EAB is gegrond. In Nederland is afgelopen jaar een beroep op dit beginsel gedaan in de zaak Nicky Verstappen, ECLI:NL:RBLIM:2020:9077. De verdediging stelde dat het OM niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard ten aanzien van het tenlastegelegde bezit van kinderporno. De verdachte is in 2018 door Spanje aan Nederland overgeleverd op basis van een EAB. Het bezit van kinderporno werd niet op het

EAB vermeld, noch op de toestemmingsbeslissing van de Spaanse rechter. De rechtbank heeft dit verweer verworpen. Het specialiteitsbeginsel wordt namelijk doorbroken als alsnog toestemming wordt verkregen van de rechterlijke autoriteit in Spanje, art. 27 lid 3 onder g EAB Kaderbesluit. Deze nadere toestemming is gevraagd aan de Spaanse rechter, maar die toestemming is nog niet ontvangen door de rechtbank. Een vervolging is dan echter toch toegestaan als die niet leidt tot een beperking van de persoonlijke vrijheid van de verdachte in zin van art. 27 lid 3 onder c EAB Kaderbesluit. Het zwaartepunt van de voorlopige hechtenis van verdachte ligt namelijk bij de ernstige misdrijven die volgens de tenlastelegging tegen het slachtoffer Nicky Verstappen zijn begaan. De vervolging van de verdachte voor het bezit van kinderporno kan dan ook worden voortgezet in afwachting van de toestemming van de Spaanse rechter. Onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat in Spanje dan wel toestemming dient te worden verleend door de Spaanse rechter, en niet de Spaanse officier van justitie als die – net zoals in Nederland – niet onafhankelijk is.

[3] COM (2001) 522 definitief, art. 3c.

[4] Zie ook S. Peers, 'Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?', *EU Law Analysis*, blog van 12 november 2016.

[5] S. Lestrade, 'De doorwerking van EU-recht in het Nederlandse strafrecht – Effectieve criminaliteitsbestrijding versus bescherming van grondrechten na Dzivev' in: H. de Waele, J. Krommendijk en K. Zwaan (red.) *10 jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland, Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

[6] Zie onder meer Fair Trials: *Beyond Surrender, Putting human rights at the heart of the European Arrest Warrant*, juni 2018.

[7] Zie naar aanleiding daarvan de uitspraak van Rb Amsterdam op 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420 waarin wordt afgezien van de overlevering van een 33-jarige Pool die in zijn geboorteland wordt verdacht van handel in en invoer van drugs. De IRK oordeelt dat er een reëel gevaar bestaat dat zijn grondrecht op een eerlijk proces zal worden geschonden als hij in Polen terecht moet staan.

[8] T. van den Brink en T. Marguery, *SEW* 2018/2, 20, 'Hogere evenwichtskunst in het Europees Aanhoudingsbevel. Meer rechtsbescherming en ook meer Europa?', p. 51.

[9] S. Peers, 'Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council got it Wrong?', *CML Rev.* 2004/41, p. 5-36 en T. van den

Brink en T. Marguery, *SEW* 2018/2, 20, p. 51. En zie ook mijn annotatie bij de gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19 («EHRC» 2019/181) onder punt 9.

[10] Rb Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5778.

[11] *Kamerstukken II* 2020-21, 35 535, nr. 7, Nota van Wijziging, Herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (wijziging van de Overleveringswet).

[12] *Kamerstukken II* 2020-21, 35 535, nr. 7, Nota van Wijziging, Herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (wijziging van de Overleveringswet).

[13] *Kamerstukken II* 2020-21, 35 535, nr. 8, Advies Afdeling advisering Raad van State en Nader rapport, Herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (wijziging van de Overleveringswet).

[14] Zie o.a. *NRC* 24 november 2021 'D66: minister moet OM niet meer kunnen dwingen tot vervolging'. Alle schijn van politieke invloed op strafprocessen moet verdwijnen, vindt D66-lid Groothuizen. Hij komt met een wetsvoorstel. Zie voorts *NRC* 9 september 2019 'Versterk de zelfstandige positie van het Openbaar Ministerie'. Onafhankelijke rechtspleging is gebaat bij inperking van mogelijke politieke bemoeienis, schrijft Geert Corstens. En zie voorts M.E. de Meijer, *NBSTRAF* 2019(7), 170 'Veenbranden in de rechtstaat' en T. Spronken, *NJB* 2019/1558.

[15] De vraag over de bevoegde rechterlijke autoriteit bij Europese onderzoeksbevelen kwam overigens aan de orde in de zaak *Staatsanwaltschaft Wien*, HvJ EU 8 december 2020, zaak C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002. Het Hof van Justitie onderscheidt de situatie van een Europees arrestatiebevel van die van een Europees onderzoeksbevel en concludeert dat onderzoeksbevelen ook door een openbaar ministerie kunnen worden opgelegd. Wel moeten zij aan enkele andere grondrechten- en procedurele waarborgen voldoen.

ANNOTATIE

Trivkanović t. Kroatië (EHRM, nr. 54916/16) – Flexibiliteit EHRM legt formaliteit Kroatische rechters bloot**L.R. Glas**

1. De uitspraak in de zaak van *Trivkanović t. Kroatië* (nr. 2)[1] illustreert goed dat het EHRM de regels die het zelf heeft gecreëerd in zijn rechtspraak soms flexibel toepast. Het Hof toont enige flexibiliteit wanneer het beoordeelt of de klacht over een heropeningsprocedure binnen de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM (recht op een eerlijk proces) valt en wanneer het de bewijslast die de nationale rechters aan klager hebben opgelegd beoordeelt in het licht van dezelfde bepaling. Dankzij deze flexibele aanpak draagt het Hof eraan bij dat de Verdragsrechten niet op een theoretische of illusoire wijze worden beschermd, maar juist op een praktische en effectieve manier worden ingevuld.[2] In deze annotatie zal ik deze twee uitzonderingen en de redenen waarom het Hof de uitzonderingen nodig acht, nader bespreken. Het is vooral opmerkelijk dat het Hof van de nationale rechters verwacht dat zij de art. 2 EVRM (recht op leven)-jurisprudentie over aansprakelijkheid in het geval van een gedwongen verdwijning toepassen in een nationale civiele procedure waarin genoegdoening van de staat wordt geëist.

2. Het eerste voorbeeld van flexibiliteit in *Trivkanović t. Kroatië* (nr. 2) betreft de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM op ‘extraordinary appeals’ die zien op de heropening van een gesloten civiele procedure. Deze bepaling is gewoonlijk niet van toepassing op dergelijke procedures. Zoals het Hof in *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2) en veel andere uitspraken heeft uitgelegd, is het civiele deel van art. 6 lid 1 EVRM enkel van toepassing wanneer de klager een verdedigbare klacht of ‘arguable claim’ heeft die betrekking heeft op een recht dat het nationale recht waarborgt.[3] Een heropeningsprocedure leidt normaal niet tot de vaststelling van een dergelijk recht, want ‘the matter is covered by the principle of *res judicata* of a final judgment in national proceedings’.[4] Om die reden is art. 6 lid 1 EVRM gewoonlijk niet van toepassing op heropeningsprocedures, maar er bestaan uitzonderingen op deze regel. In *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2) heeft het Hof, aldus het Hof zelf, verduidelijkt dat er in twee situaties een uitzondering mogelijk is.[5] De eerste uitzondering is van toepassing wanneer een uitspraak op een heropeningsaanvraag erin resulteert dat de rechters de zaak

inhoudelijk en opnieuw beoordelen. Ten tweede staat het Hof een uitzondering toe wanneer de aard en reikwijdte van de heropeningsprocedure hetzelfde is als die van een gangbare beroepsprocedure.[6] In meer algemene zin kunnen de aard, reikwijdte en specifieke kenmerken van een heropeningsprocedure de procedure dus binnen het bereik van een recht op een eerlijk proces brengen.[7]

3. *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)* is een goed voorbeeld van de eerstgenoemde uitzondering en het EHRM gebruik de mogelijkheid die het feitencomplex van deze zaak biedt om de uitzondering te verduidelijken. De reden voor deze uitzondering is dat, wanneer het Hof zou oordelen dat art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing is op heropeningsprocedures die resulteren in een grondige inhoudelijke beoordeling van een zaak, de nationale rechters de zaak inhoudelijk zouden kunnen beoordelen zonder gebonden te zijn aan deze bepaling en zonder toetsing door het Hof. Door hier een stokje voor te steken beschermt het Hof de Verdragsrechten op een praktische en effectieve manier zoals ik eerder opmerkte. Het Hof legt ook uit dat er een verschil is tussen het beslissen op heropening en het inhoudelijk opnieuw beoordelen van een heropende zaak. Art. 6 lid 1 EVRM is alleen van toepassing op de laatste situatie. Het feit dat de nationale rechters tot op zekere hoogte de inhoud van de zaak bespreken betekent niet gelijk dat deze bepaling van toepassing is. De vraag is daarom wanneer het omslagpunt wordt bereikt en een inhoudelijke bespreking van een zaak neerkomt op een inhoudelijke heroverweging. Dat omslagpunt wordt niet bereikt indien de nationale rechters enkel vaststellen of een nieuw feit of bewijs *mogelijk* tot een andere uitkomst leidt na heropening; ze moeten niet bepalen *of* de heropende zaak tot een andere uitkomst *zal* leiden. Wanneer nationale rechters willen voorkomen dat het recht op een eerlijk proces van toepassing is op een heropeningsprocedure moeten zij dus een balans zien te vinden tussen het overtuigend motiveren van hun beslissing op heropening en tegelijkertijd de zaak niet te vergaand inhoudelijk bespreken. In de zaak van klager gingen de Kroatische rechters ‘te ver’ omdat zij in detail traden over de vraag of er een causaal verband bestond tussen de gedwongen verdwijningen en de dood van de zoons van klager – ‘an issue that pertained to the merits of the compensation claim’ aldus het EHRM.[8]

4. Het tweede voorbeeld van flexibiliteit in *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)* heeft betrekking op de beoordeling door het Hof van de bewijslast die in de nationale procedure aan klager was opgelegd. Een probleem waarmee het Hof regelmatig wordt geconfronteerd wanneer het art. 6 EVRM toepast ‘is the closeness with which it should monitor the functioning of national courts’, aangezien het niet de taak van het Hof is om als een ‘court of fourth instance’ op te treden en het oordeel van nationale rechters in twijfel te trekken.[9] In plaats daarvan is zijn taak beperkt tot het verzekeren van de nakoming door de Verdragspartijen van de Verdragsverplichtingen die zij op zich hebben genomen.[10] Bovendien zijn de nationale

rechters beter toegerust om bewijs op waarde te schatten, de feiten vast te stellen, het nationale recht te interpreteren en een uitspraak te doen over strafrechtelijke schuld of civielrechtelijke aansprakelijkheid.[11] Het is echter niet enkel de taak van het EHRM om vast te stellen of de nationale rechters specifieke procedurele waarborgen voor een recht op een eerlijk proces hebben beschermd, maar ook om te beoordelen of de nationale procedure door de bank genomen een eerlijk proces inhield.[12] Wanneer het Hof dat laatste beoordeelt, treedt het bij uitzondering wel op als ‘court of fourth instance’ en stelt het meer in het bijzonder vast of een nationale uitspraak kan worden gekwalificeerd als willekeurig of als duidelijk onredelijk. Door deze taak op zich te nemen, draagt het Hof eraan bij dat art. 6 EVRM op een effectieve en praktische wijze wordt beschermd.

5. In de zaak van klager hebben de Kroatische rechters het recht op een eerlijk proces onvoldoende beschermd omdat zij een onhaalbare bewijslast aan klager hebben opgelegd voor het bewijzen van een causaal verband tussen de verdwijning en de dood van haar zonen. Volgens het Hof hadden de Kroatische rechters beter moeten weten omdat een sterke aanwijzing voor causaal verband ontstaat tussen detentie en een overlijdensgeval in art. 2 EVRM (recht op leven)-zaken die betrekking hebben op gedwongen verdwijningen. Het lijkt er daarom op dat de enige acceptabele vaststelling in de nationale zaak zou zijn geweest dat er een causaal verband bestond tussen de verdwijningen en de overlijdensgevallen (en dat de staat aansprakelijk was, tenzij de staat was gekomen met een voldoende overtuigende uitleg). Het voorgaande betekent dat het Hof van nationale rechters verwacht dat zij regels omtrent het vaststellen van causaal verband uit de Straatsburgse jurisprudentie importeren naar hun civiele aansprakelijkheidsrecht en dus twee geheel verschillende rechtsgebieden bij elkaar brengen. Voor de Kroatische rechters zal dit geen problemen opleveren aangezien de Kroatische Hoge Raad in 2019 (nadat de zaak van klager was afgerond) oordeelde dat ‘where a war crime committed by the members of the Croatian Army entailed forced disappearance(s), and the victim gone missing had later on been declared dead, the State was liable for the victim’s death and the resultant damage’.[13] Net als de Straatsburgse rechters oordeelden de Kroatische rechters in de Hoge Raad dat in deze omstandigheden een causaal verband bestaat tussen de verdwijning en de (veronderstelde) dood dat voldoende sterk is om de staat aansprakelijk te houden. Ik vraag mij af of het voor andere nationale rechters even makkelijk zal zijn om regels omtrent causaal verband te importeren uit de Straatsburgse recht op leven jurisprudentie.[14]

6. De door het EHRM getoonde flexibiliteit legt bloot dat de Kroatische rechters (met uitzondering van de Hoge Raad) wel heel formalistisch en daardoor streng te werk gingen. Deze zaak toont ook aan dat het Verdragssysteem de nationale rechters eraan kan herinneren dat enige flexibiliteit nodig kan zijn om mensenrechten op een effectieve manier te

beschermen. Een vraag die blijft staan is of andere nationale rechters hun civiele aansprakelijkheidsrecht net als de Kroatische Hoge Raad kunnen aanpassen aan de EVRM-vereisten wanneer dit nodig blijkt te zijn. De formalistische werkwijze van de Kroatische rechters heeft overigens niet alleen betrekking op de gevraagde bewijsstandaard in de zaak van klager. De door het Hof gekozen flexibele toepassing van de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM bij het behandelen van de ontvankelijkheid van de zaak laat ook zien dat het Kroatische Constitutionele Hof zijn eigen ontvankelijkheidscriteria wel heel streng interpreteerde. Terwijl het EHRM besloot dat de beslissing op heropening betrekking had op de inhoud van de zaak gezien de inhoud van die beslissing, keken de Kroatische rechters niet verder dan het etiket dat op de beslissing was geplakt en besloten zij dat, omdat er een heropeningsverzoek was gedaan, de beslissing geen betrekking kon hebben op de inhoud van de zaak.

L.R. Glas

universiteit docent Europees recht, Radboud Universiteit

[1] Een vergelijkbare versie van deze noot is in het Engels verschenen als blog op *Strasbourg Observers*.

[2] Bijv. *Salduz t. Turkije*, EHRM (GK) 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, «EHRC» 2009/07 m.nt. Spronken, par. 51.

[3] *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2), EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08,

ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, «EHRC» 2015/84 m.nt. Glas, par. 42.

[4] *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2), reeds aangehaald, par. 42.

[5] EHRM, 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb)', 31 augustus 2020, par. 62.

[6] *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2), reeds aangehaald, pars. 46-47.

[7] *Bochan t. Oekraïne* (nr. 2), reeds aangehaald, par. 50.

[8] *Trivkanović t. Kroatië* (nr. 2), par. 58

[9] Harris, O'Boyle en Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 374.

[10] Art. 19 EVRM.

[11] *Georgië t. Rusland (I)*, EHRM (GK) 3 juli 2014, nr. 13255/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0703JUD001325507, «EHRC» 2014/224, par. 94.

[12] *Centro Europa 7 S.r.l. en Di Stefano t. Italië*, EHRM (GK) 7 juni 2012, nr. 38433/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, par. 197

[13] *Trivkanović t. Kroatië (nr. 2)*, par. 32.

[14] In Nederland zal dit de rechters waarschijnlijk niet voor veel problemen stellen (als zij al te maken zullen krijgen met gedwongen verdwijning-zaken) aangezien ook onder art. 6:162 lid 2 BW de normschending wordt aangenomen op basis van de feiten en bovendien art. 2 EVRM direct doorwerkt en de normschending invult. Met dank aan dr. mr. R. Rijnhout voor deze uitleg.