

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-05

Nummer 5, 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:2021:0223JUD006368714](#) 23-02-2021

Vilela t. Portugal, EHRM 23 februari 2021, nr. 63687/14

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD007758712](#) 16-02-2021

V.C.L. en A.N. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 16 februari 2021, nrs. 77587/12 en 74603/12

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002933513](#) 16-02-2021

Behar en Gutman t. Bulgarije, EHRM 16 februari 2021, nr. 29335/13

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002392219](#) 16-02-2021

Gawlik t. Liechtenstein, EHRM 16 februari 2021, nr. 23922/19

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116](#) 16-02-2021

Hanan t. Duitsland, EHRM (GK) 16 februari 2021, nr. 4871/16

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001973217](#) 16-02-2021

Stichting Landgoed Steenberg e.a. t. Nederland, EHRM 16 februari 2021, nr. 19732/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001207412](#) 16-02-2021

Tikhonov en Khasis t. Rusland, EHRM 16 februari 2021, nrs. 12074/12 en 16442/12

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:140](#) 25-02-2021

Caisse pour l'avenir des enfants, HvJ EU 25 februari 2021, zaak C-129/20

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:139](#) 25-02-2021

Slovak Telekom, HvJ EU 25 februari 2021, zaak C-857/19

Annotatie

[Strøbeye en Rosenlind t. Denemarken \(EHRM, nrs. 25802/18 en 27338/18\) – algemene wet mag curandi uitsluiten van stemrecht](#)

J.H. Gerards

Annotatie

[Panioglu t. Roemenie \(EHRM, nr. 33794/14\) – Strasbourg judges take a dim view of one judge’s criticism of another](#)

T. McGonagle

Annotatie

[Ekoglasnost t. Bulgarije \(EHRM, nr. 31678/17\) – Hoe een proceskostenveroordeling tot een schending van het EVRM kan leiden](#)

L.C.W.M. van Kessel

Annotatie

[M.L. t. Noorwegen \(EHRM, nr. 64639/16\) – Recht op hereniging illusoir bij direct toewerken naar pleegouderadoptie zonder regelmatig contact](#)

M.R. Bruning

Annotatie

[L.B. t. Hongarije \(EHRM, nr. 36345/16\) – Openbaarmaking personen met belastingschuld: belangrijke publieke informatie of schandpaalpolitiek?](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Kurban t. Turkije \(EHRM, nr. 75414/10\) – ‘Possession’ verruimd: een koerswijziging of een bedrijfsongeval?](#)

J.A.M.A. Sluysmans

Annotatie

[B. en C. t. Zwitserland, \(EHRM, nrs. 889/19 en 43987/16\) – Homoseksuele asielzoekers en niet-statelijke risico’s](#)

M. den Heijer

Annotatie

[L & P, HvJ, zaak C-354/20 PPU en C-412/20 PPU – Ondanks aanhoudende rechtsstaatcrisis mogen Poolse EAB’s niet structureel worden geweigerd](#)

mr. dr. S.M.A. Lestrade

RECHTSPRAAK

Tikhonov en Khasis t. Rusland, EHRM 16 februari 2021, nrs. 12074/12 en 16442/12

In een strafprocedure heeft een jurylid informatie over de zaak opgezocht op internet en die gedeeld met de andere juryleden. De jury heeft die informatie ook in de beraadslagingen betrokken. Het EHRM stelt vast dat de rechter de jury niet voldoende heeft geïnstrueerd over de toelaatbaarheid van het opzoeken van extra (online) informatie over de zaak. Ook heeft hij niet genoeg gedaan om mogelijke partijdigheid van de jury te onderzoeken en uit te sluiten. Daardoor is art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

Klagers zijn in 2009 aangehouden op verdenking van betrokkenheid bij de moord op Stanislav Markelov (een mensenrechtenactivist) en Anastasia Baburova (een journaliste) in Moskou. In de strafprocedure in deze zaak werd besloten de zaak voor te leggen aan een jury, die werd geïnstrueerd door rechter Z. Tijdens de procedure trok jurylid D. zich terug en meldde in een interview dat zij vond dat twee juryleden, M. en N., druk op de jury hadden uitgeoefend. Klagers verzochten daarop om vervanging van deze juryleden, maar Z. achtte dat niet nodig. Aan het eind van het proces las rechter Z. zijn aanwijzingen voor aan de juryleden, zonder daarin uitdrukkelijk te vermelden dat de jury geen rekening mocht houden met informatie die in de media was verschenen en waar zij mogelijk kennis van hadden genomen gedurende procedure. De jury oordeelde uiteindelijk bij meerderheid dat de klagers schuldig waren aan de moorden. Volgens klagers hebben juryleden, waaronder M., daarbij ten onrechte ook rekening gehouden met artikelen die op internet waren gepubliceerd en hebben ze die in hun beraadslagingen betrokken. Gelet daarop was volgens klagers de jury onvoldoende onpartijdig, in strijd met art. 6 EVRM.

Het Hof stelt allereerst vast dat rechter Z. onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar het gedrag van jurylid N., die contacten zou hebben gehad met de griffie over de zaak. Het Hof acht daarnaast voldoende vastgesteld dat jurylid M. online informatie over de zaak heeft opgezocht en die heeft gedeeld met andere juryleden. Rechter Z. heeft onvoldoende gedaan

om dat te verhinderen en de jury goed voor te lichten over het soort informatie dat zij mochten betrekken in hun oordeel. Evenmin heeft de rechter onderzocht of er een nadelige invloed kon zijn op de beoordeling door de jury als gevolg van de beschikbaarheid van deze informatie. Ook in hoger beroep is deze jurykwestie onvoldoende zorgvuldig onderzocht. Dit alles betekent volgens het Hof dat er niet genoeg waarborgen waren om gereede twijfel aan de onpartijdigheid van de jury uit te kunnen sluiten. Gelet daarop stelt het een schending vast van art. 6 lid 1 EVRM.

Ten aanzien van het beroep dat klagers hebben gedaan op de onschuldpresumptie stelt het Hof vast, dat de uitingen waarover zij klagen allemaal zijn gedaan in de media, en dat daarin geen melding werd gemaakt van opmerkingen die zouden zijn gemaakt door vertegenwoordigers van de staat. Gelet daarop verklaart het deze klacht niet-ontvankelijk als kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001207412

Zaaknummer: 12074/12 en 16442/12

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en 2

RECHTSPRAAK

Stichting Landgoed Steenberg e.a. t. Nederland, EHRM 16 februari 2021, nr. 19732/17

Een landgoedeigenaar en een aantal mensen die in de buurt van een motorcrossbaan woonden wilden opkomen tegen de verlening van een vergunning tot uitbreiding van de activiteiten op die motorcrossbaan. Hun beroep werd niet-ontvankelijk verklaard nu zij geen zienswijzen hadden ingediend naar aanleiding van een eerder op de website van de provincie gepubliceerde kennisgeving; die was aan hun aandacht ontsnapt. Het EHRM oordeelt dat het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) daardoor niet is aangetast, nu het hier weliswaar ging om een elektronische, maar correcte en toegankelijke wijze van bekendmaking.

Eerste klager is een stichting die de eigenaar is van een landgoed in Wapenveld; de andere klagers wonen in het dorp Wapenveld. Dorp en landgoed liggen in een Natura 2000-gebied. Vlakbij het dorp en het landgoed is een motorcrossbaan gelegen, waarvan klagers zeggen overlast te ondervinden. In 2013 heeft de motorcrossvereniging de provincie Gelderland gevraagd om een vergunning voor de uitbreiding van haar activiteiten en verruiming van de openingstijden. In 2013 publiceerde het college van Gedeputeerde Staten een voornemen op haar website om de vergunning te honoreren, waarbij werd gemeld dat belanghebbenden hun zienswijzen konden indienen. Nu geen zienswijzen werden ontvangen, werd de vergunning in 2014 verleend en ook daarvan werd melding gemaakt op de website van de provincie. Klagers wilden tegen de vergunningverlening opkomen, waarbij zij stelden dat zij geen kennis hadden gehad van het voornemen en de mogelijkheid om zienswijzen in te dienen, nu deze informatie alleen op de website was gepubliceerd. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde dat het hierbij ging om een passende manier van bekendmaking en verklaarde het beroep dan ook niet-ontvankelijk.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hierdoor hun recht op toegang tot de rechter is

aangetast, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof overweegt dat de vergunningverlening geacht kan worden te raken aan de burgerlijke rechten van klagers, zodat die bepaling van toepassing is. Het overweegt ook dat het redelijk kan zijn om het indienen van beroepen te binden aan bepaalde vereisten, waaronder tijdslimieten. Wel moet er dan een mogelijkheid zijn voor de partijen om tijdig kennis te kunnen nemen van een besluit waartegen zij willen opkomen. Dit vereist dat het besluit zo wordt gepubliceerd dat het gemakkelijk toegankelijk is voor iedereen die er in potentie door wordt geraakt. Het Hof merkt op dat het systeem van elektronische publicatiemiddelen in de provincie voldoende coherent en duidelijk was en ook op een wettelijke grondslag berustte – in de memorie van toelichting van de relevante verordening werd uitdrukkelijk vermeld dat kennisgevingen op de website van de provincie konden worden gepubliceerd. Een dergelijke publicatiewijze kan bijdragen aan een toegankelijker en beter functionerend bestuur, al merkt het Hof ook op dat er een risico kan zijn dat burgers die minder goede toegang tot het internet hebben of die laaggeletterd zijn de kennisgevingen niet goed kunnen bereiken. Het wijst echter ook op de hoge internetpenetratie in Nederland en op het feit dat klagers in de onderhavige zaak niet zelf hebben aangevoerd dat zij geen toegang tot een computer en internet hadden of digibeet waren. Het wijst er bovendien op dat het feit dat een kennisgeving van de nieuwe praktijk ook in de lokale kranten was gepubliceerd kennelijk aan de aandacht van klagers is ontsnapt, zodat ook die wijze van publicatie niet onfeilbaar was gebleken. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat art. 6 lid 1 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001973217

Zaaknummer: 19732/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid

RECHTSPRAAK

Slovak Telekom, HvJ EU 25 februari 2021, zaak C-857/19

Het ne bis in idem-beginsel is een grondbeginsel van Unierecht dat ook in kartelrechtelijke boeteprocedures in acht moet worden genomen. In het onderhavige geval is het beginsel echter niet van toepassing, omdat twee op nationaal niveau en op EU-niveau ingeleide kartelprocedures tegen hetzelfde bedrijf een iets andere mededingingsverstoring gedraging betreffen.

In 2005 heeft de Slowaakse mededingingsautoriteit een procedure ingeleid tegen ST en in 2007 heeft deze autoriteit een besluit vastgesteld waarin zij heeft geconstateerd dat ST misbruik heeft gemaakt van machtspositie. De Europese Commissie is hierover geïnformeerd en heeft ook zelf een aantal onderzoekshandelingen uitgevoerd, waaronder een onaangekondigde controle. In 2009 heeft de Commissie besloten om op grond van verordening nr. 1/2003 een procedure tegen ST in te leiden, die met name betrekking heeft op de mogelijke weigering van ST om toegang te verlenen tot ontbundelde aansluitnetten en andere wholesale-breedbandtoegangsdiensten, alsook op een praktijk van uitholling van de marges wat betreft de wholesale-toegang tot het aansluitnet, andere wholesale-breedbandtoegangsdiensten en retail-toegangsdiensten in Slowakije. In 2009 heeft de raad van het antimonopoliebureau van de Slowaakse Republiek) het besluit van de Slowaakse mededingingsautoriteit van 21 december 2007 herzien en aan ST een geldboete van 17,5 miljoen euro opgelegd op grond dat ST misbruik had gemaakt van haar machtspositie door een strategie te ontwikkelen waarbij de marges tussen retail-tarieven voor telecommunicatiediensten en de wholesale-tarieven voor de totstandbrenging van verbindingen werden uitgehold. Hierover heeft ST geprocedeerd, waarbij in het bijzonder de vraag is opgekomen of er in deze zaak sprake is van schending van het *ne bis in idem*-beginsel. Hierover heeft de nationale rechter prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ.

Voor zover relevant voor het Handvest is de vraag volgens het HvJ in wezen of *het ne bis in idem*-beginsel zoals neergelegd in art. 50 Hv zo moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op inbreuken op het mededingingsrecht, zoals het in art. 102 VWEU bedoelde misbruik van

een machtspositie, wanneer de Commissie en de mededingingsautoriteit van een lidstaat naar aanleiding van deze inbreuken afzonderlijk en zelfstandig sancties hebben opgelegd in het kader van hun bevoegdheden krachtens artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003. Het HvJ merkt in dit verband op dat het *ne bis in idem*-beginsel een grondbeginsel van Unierecht is en dat uit vaste rechtspraak blijkt dat het ook in kartelrechtelijke boeteprocedures in acht moet worden genomen. Het beginsel verbiedt dan dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een mededingingsverstorende gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing waartegen geen beroep meer openstaat. *In casu* is het *ne bis in idem*-beginsel volgens het HvJ echter niet van toepassing, aangezien de subvoorwaarde dat de feiten hetzelfde zijn niet is vervuld en er dus geen sprake is van 'idem'. Er is volgens het HvJ in deze zaak namelijk een feitelijk verschil in het soort misbruik van machtspositie waarvoor ST boetes opgelegd heeft gekregen. Mocht de verwijzende rechter niettemin oordelen dat de door de Slowaakse mededingingsautoriteit gevoerde procedure en de daaruit voortvloeiende beslissing betrekking hebben op dezelfde concurrentiebelemmerende praktijken van ST op dezelfde productmarkten en dezelfde geografische markten in dezelfde periode als die waarop het besluit van de Commissie betrekking heeft, zodat aan de voorwaarde 'idem' is voldaan, dan zou het *ne bis in idem*-beginsel evenmin van toepassing zijn, omdat niet is voldaan aan de voorwaarde 'bis'. De Slowaakse mededingingsautoriteit heeft namelijk dan geen bevoegdheid onder verordening nr. 1/2003 om hiertegen op te treden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 25-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:139

Zaaknummer: C-857/19

Wetsartikelen: VWEU art. 102 en Hv art. 50

RECHTSPRAAK

Hanan t. Duitsland, EHRM (GK) 16 februari 2021, nr. 4871/16

In 2009 zijn in Kunduz burgerdoden gevallen bij een luchtaanval op twee brandstoftankers die door opstandelingen waren gekaapt. Duitsland was op dat moment verantwoordelijk voor de troepen in Kunduz en heeft onderzoek uitgevoerd naar de situatie. Daarbij is geconcludeerd dat kolonel K., die opdracht gaf tot de luchtaanval, niet wist dat er burgers aanwezig waren. Het EHRM neemt aan dat Duitsland op grond van art. 1 EVRM rechtsmacht had om het onderzoek uit te voeren. Het onderzoek zelf is voldoende zorgvuldig en effectief geweest, zodat de procedurele verplichtingen onder art. 2 EVRM niet zijn geschonden.

Naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001 zijn de Verenigde Staten een militaire operatie begonnen in Afghanistan ('Enduring Freedom'). In november 2001 heeft het Duitse parlement toestemming gegeven om Duitse troepen in te zetten als onderdeel van die operatie. Ten behoeve daarvan is in 2001 in Bonn een overeenkomst gesloten ('the Bonn Agreement') ten aanzien van de inzet van de troepen en voor het opzetten van een 'International Security Assistance Force' (ISAF). In 2003 nam de NAVO het commando van ISAF op zich, en vanaf 2006 was ISAF verantwoordelijk voor de veiligheidssituatie in heel Afghanistan. In 2009 verslechterde in de Afghaanse provincie Kunduz de veiligheidssituatie en in september kaapten opstandelingen twee brandstoftankers; daarbij mobiliseerden ze ook inwoners van een nabijgelegen dorp om bij het verplaatsen daarvan te helpen. Kolonel K., die het gezag had over de militairen die in de provincie waren gestationeerd, besloot daarop een luchtaanval uit te voeren. Op nationaal niveau is vastgesteld dat K. zich er bij het nemen van het besluit niet van bewust was dat zich burgers bevonden onder de mensen die betrokken waren bij de kaping. Bij de operatie werden de brandstoftanks vernietigd en werden verschillende mensen gedood. Onder de slachtoffers waren ook de twee zoons van klager, toen 12 en 8 jaar oud. Naar aanleiding van deze situatie is een onderzoek ingesteld, dat

volgens klager niet conform de eisen van art. 2 EVRM is verlopen en dat niet tot verantwoordelijkheid van K. voor het overlijden of tot aansprakelijkheid van de staat voor de geleden schade heeft geleid.

Het EHRM gaat allereerst in op de vraag of en in hoeverre Duitsland op grond van art. 1 EVRM verantwoordelijk kan worden gehouden voor het overlijden van de zoons van klager en voor het daarnaar gedane onderzoek. Dit doet het in het licht van de in *Güzelyurtlu e.a.* neergelegde criteria. Het enkele feit dat er in dit geval vanuit Duitsland een strafrechtelijk onderzoek is uitgevoerd naar het overlijden van de zoons van klagers buiten Duits grondgebied is op zichzelf niet voldoende om een rechtsmachtrelatie te vestigen tussen de staat en klagers gezinsleden. Wel acht het Hof voldoende duidelijk dat er naar internationaal gewoonterecht een onderzoeksplicht bestond, nu in dit geval mogelijk Duitse militairen verantwoordelijk waren voor een potentieel oorlogsmisdrijf. Daarnaast was het juridisch gezien onmogelijk voor de Afghaanse autoriteiten om zelf zo'n onderzoek in te stellen, nu de staten die troepen leverden de exclusieve rechtsmacht hadden als het ging om het onderzoeken van strafrechtelijke of tuchtrechtelijke overtredingen door hun militairen op Afghaans grondgebied. In de derde plaats is duidelijk dat er naar Duits recht een verplichting bestond om onderzoek uit te voeren in een situatie als de onderhavige, zoals overigens ook in lijn is met de wetgeving hierover in een meerderheid van staten. Daarmee is het in ieder geval mogelijk om verantwoordelijkheid aan te nemen van Duitsland voor het uitgevoerde onderzoek op grond van art. 1 EVRM.

Over de vraag of Duitsland ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor de materiële inbreuk op art. 2 EVRM, dus voor de beslissing om de luchtaanval uit te voeren als zodanig, hoeft het Hof zich niet uit te spreken, nu de klager daarover geen klachten naar voren heeft gebracht. Wel overweegt het ten overvloede dat uit het enkele feit dat er rechtsmacht en verantwoordelijkheid bestaat ten aanzien van het onderzoek, nog niet kan worden afgeleid dat ook deze beslissing aan de Duitse staat moet worden toegerekend.

Ten aanzien van het onderzoek zelf merkt het Hof op dat de federale openbare aanklager heeft geconcludeerd dat kolonel K. niet strafrechtelijk verantwoordelijk kon worden gehouden voor de doden, nu hij ervan overtuigd was dat zich geen burgers in de nabijheid van de brandstoftanks bevonden; hij had dus ook niet de intentie gehad om burgerslachtoffers te maken. Het Hof merkt op dat er uitgebreid onderzoek aan deze bevinding ten grondslag heeft gelegen en het ziet daarom geen reden om aan de beoordeling door de federale openbare aanklager te twijfelen. Ook ziet het Hof niet in dat het nodig zou kunnen zijn geweest om extra militaire experts te betrekken in het onderzoek of om nog aanvullende onderzoekshandelingen uit te voeren. Weliswaar was een preciezer onderzoek misschien wenselijk geweest, maar het Hof wijst er ook op dat het in de situatie van intens conflict in het

gebied moeilijk zou zijn geweest om dat te bewerkstelligen. Het Hof is verder van oordeel dat klager gebruik heeft kunnen maken van twee beschikbare rechtsmiddelen en dat hij die ook heeft benut, zodat moet worden aangenomen dat effectieve rechtsbescherming is geboden. Gelet op dit alles is er volgens het EHRM geen sprake van een schending van art. 2 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116

Zaaknummer: 4871/16

Wetsartikelen: EVRM art. 1 en EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

**Gawlik t. Liechtenstein, EHRM 16 februari 2021, nr.
23922/19**

Een medisch specialist verdenkt een collega van het welbewust toedienen van hoge doses morfine aan patiënten met het doel om actieve euthanasie te plegen. Hij doet daarvan aangifte bij de politie, maar na onderzoek blijkt dat de collega zorgvuldig heeft gehandeld. De specialist wordt daarop ontslagen wegens schending van de reputatie van en het vertrouwen in het ziekenhuis. Het Hof beoordeelt de kwestie op basis van zijn criteria voor klokkenluiden en besluit dat het ontslag niet in strijd was met art. 10 EVRM.

Klager is als medisch specialist op het terrein van interne geneeskundige verbonden aan het nationale ziekenhuis van Liechtenstein. Op zeker moment trof hij informatie aan waaruit bleek dat vier patiënten waren overleden na toediening van morfine door dr. H. Naar aanleiding van die informatie deed klager aangifte van actieve euthanasie, zonder interne klachtmechanismen te benutten. De politie voerde een onderzoek uit, waarvan ook de media op de hoogte raakte en uitvoerig over berichtte. Uit het onderzoek bleek dat H. niets te verwijten viel en het tegen hem gestarte strafrechtelijk onderzoek werd beëindigd. Vervolgens werd klager geschorst en later ontslagen, op de grond dat zijn onterechte aangifte de reputatie van het ziekenhuis ernstig had geschaad.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hierdoor inbreuk is gemaakt op zijn vrijheid van meningsuiting als klokkenluider. Het EHRM neemt aan dat met het ontslag het legitieme doel werd nagestreefd van het beschermen van het vertrouwen in en de reputatie van het ziekenhuis. Het beoordeelt de kwestie dan in het licht van de gebruikelijke criteria in klokkenluiderszaken. Allereerst merkt het op dat er een aanzienlijk maatschappelijk belang betrokken was bij informatie over praktijken in een ziekenhuis die niet in overeenstemming zouden zijn met de regels en waarbij zelfs kwetsbare en weerloze patiënten zouden zijn gedood. Wat betreft de betrouwbaarheid van de door de klokkenluider gegeven informatie geeft het aan dat achteraf onomstotelijk is gebleken dat het handelen van H. niet neer was

gekomen op euthanasie, maar dat het was gegaan om noodzakelijke en gerechtvaardigde palliatieve zorg. Weliswaar kan klokkenluiden op basis van achteraf incorrect blijkende informatie te billijken zijn, maar alleen als wel voldoende moeite is gedaan om die informatie al eerder te verifiëren. Dat is in het onderhavige geval niet gebeurd; klager had alleen onvolledige informatie ter beschikking en heeft op basis daarvan al te snel conclusies getrokken en naar buiten gebracht. De impact daarvan op het ziekenhuis was groot, ook vanwege de media-aandacht voor de materie. Van belang is verder dat klager geen interne procedures heeft benut om zijn verdenkingen te bespreken, maar het Hof koestert enige twijfel over de vraag op welke manier en in welke volgorde die dan gebruikt hadden kunnen worden; om die reden geeft het aan deze factor niet veel gewicht. Het stelt vast dat klager niet uit persoonlijke motieven heeft gehandeld, en ten slotte wijst het erop dat de sanctie van ontslag een zware was en een zeker ontmoedigend effect zou kunnen hebben op anderen. Desalniettemin stelt het geen schending van art. 10 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002392219

Zaaknummer: 23922/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Behar en Gutman t. Bulgarije, EHRM 16 februari 2021, nr. 29335/13

Een bekende Bulgaarse politicus heeft in zijn boeken zeer virulente antisemitische uitspraken gedaan. Verschillende mensen voelden zich hierdoor direct geraakt en hebben op nationaal niveau geprocedeerd over intimidatie en het zaaien van haat jegens Joden. De nationale rechters hebben hun eisen afgewezen. Het EHRM formuleert verschillende factoren die kunnen maken dat publieke uitspraken jegens een etnische of sociale groep binnen het bereik van art. 8 EVRM kunnen vallen. Daarnaast oordeelt het dat de nationale rechters onvoldoende recht hebben gedaan aan het discriminatieverbod van art. 8 jo. 14 EVRM.

Een Bulgaarse politicus en voormalig journalist, Volen Siderov, was leider van een politieke partij die is beschreven als 'xenofob'. Siderov zelf heeft een aantal boeken en andere publicaties op zijn naam staan waarin hij volgens de klagers in deze zaak uiterst discriminerende, haatzaaiende en denigrerende uitspraken doet over minderheden als Roma, Turken, Joden, katholieke en seksuele minderheden. De klagers hebben op nationaal niveau een rechterlijke procedure ingesteld, waarbij zij stelden dat de uitingen neer kwamen op intimidatie en aanzetten tot discriminatie jegens Joden. Zij zijn daarbij in het ongelijk gesteld.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de rechterlijke uitspraken daarmee geen recht deden aan hun privacy en recht op non-discriminatie onder het EVRM. Het EHRM neemt aan dat de zaak daarmee primair gaat over de manier waarop de nationale rechters de kwestie hebben beoordeeld. Vervolgens gaat het in op de vraag of in deze zaak een zodanige inbreuk is gemaakt op het privéleven van klagers dat art. 8 EVRM daarop van toepassing is; in zaken over een inbreuk op de morele integriteit door uitspraken over een bepaalde groep in de samenleving neemt het dat niet altijd aan. Het Hof overweegt dat het daarover in eerdere zaken wel individuele uitspraken heeft gedaan, maar op dit punt nog geen algemene

beginselen heeft geformuleerd. Dit doet het nu wel, door aan te geven dat er drie relevante factoren zijn om te bepalen of een uiting jegens een maatschappelijke of etnische groep binnen het bereik van art. 8 EVRM valt: (a) de kenmerken van de getroffen groep (bijvoorbeeld de omvang en homogeniteit ervan, de vraag of er sprake is van bijzondere kwetsbaarheid of een geschiedenis van stigmatisering, de positie in de samenleving); (b) de precieze inhoud van de negatieve uitlatingen (bijvoorbeeld de mate waarin zij uitdrukking vormen van een negatief stereotype jegens de groep en de inhoud van dat stereotype); (c) de vorm en context van de uitingen, hun bereik, de positie en status van degene die de uitingen heeft gedaan, en de mate waarin ze een kernaspect van de identiteit en waardigheid kunnen hebben geraakt. Deze drie factoren moeten in onderling verband worden gelezen; de ene is niet belangrijker dan de andere. Uiteindelijk is het criterium of een ‘threshold of severity’ wordt bereikt.

Deze drie factoren toepassend in het onderhavige geval stelt het Hof vast dat de geraakte groep – Joden – door hun historische vervolging in Europa als een kwetsbare minderheid moet worden gezien. Het ontkennen van de Holocaust is stelselmatig gezien in de rechtspraak van het Hof als een zware aanval op de Joodse gemeenschap die kan aanzetten tot raciale haat, antisemitisme en xenofobie. De stellingen waarover klagers hebben geprocedeerd vormen allemaal uitdrukking van extreem negatieve stereotypen en waren duidelijk bedoeld om haat jegens hen op te wekken. Weliswaar is het bereik van de boeken relatief beperkt gebleven, maar nu klager een bekende politicus is, hebben zijn opvattingen over Joden toch een grote bekendheid gekregen. Gelet op dit alles acht het Hof art. 8 EVRM van toepassing. Ten behoeve van de inhoudelijke beoordeling van de nationale rechterlijke uitspraken hierover besluit het bovendien art. 8 in verband te lezen met art. 14 EVRM, het discriminatieverbod.

Ten aanzien van de nationale rechterlijke beoordeling overweegt het Hof dat de nationale rechters ook rekening hadden te houden met de vrijheid van meningsuiting van Siderov, die wordt beschermd door art. 10 EVRM. Tegelijkertijd wijst het op zijn eigen rechtspraak waaruit blijkt dat aanzetten tot haat, geweld, xenofobie en intolerantie normaal gesproken niet door art. 10 EVRM wordt beschermd. Bovendien hadden de rechters ook rekening te houden met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM. Dat hebben zij niet gedaan en de rechters hebben ook onvoldoende acht geslagen op de sterk stigmatiserende en haatzaaiende teneur van de uitspraken. Daaruit blijkt onvoldoende van een afweging die overeenstemt met de rechtspraak van het EHRM. Schending art. 8 jo. 14 EVRM.

Noot van de redactie: op dezelfde datum (16 februari 2021) heeft het EHRM een soortgelijke uitspraak gedaan over discriminerende en haatzaaiende uitingen van dezelfde politicus jegens Roma: *Budinova en Chaprazov t. Bulgarije*, nr. 12567/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD1256713. Het EHRM beoordeelt deze zaak in het licht van dezelfde factoren als hierboven zijn

samengevat in de zaak *Behar en Gutman*, en komt ook ten aanzien van de nationale rechterlijke beoordeling van deze uitingen tot de conclusie dat art. 8 jo. 14 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002933513

Zaaknummer: 29335/13

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

V.C.L. en A.N. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 16 februari 2021, nrs. 77587/12 en 74603/12

Twee Vietnamese minderjarigen zijn aangetroffen in cannabiskwekerijen en zijn vervolgd en bestraft wegens productie van drugs. Tijdens de procedure bleek dat zij slachtoffer zouden kunnen zijn geweest van mensenhandel, maar daaraan werden uiteindelijk geen gevolgen verbonden. Het Hof oordeelt dat vervolging van slachtoffers van mensenhandel alleen in overeenstemming kan zijn met art. 4 EVRM als aan bijzondere zorgvuldigheidseisen is voldaan. Nu het vereiste zorgvuldige onderzoek hier niet is uitgevoerd, heeft de staat in strijd gehandeld met art. 4 EVRM; bovendien is de strafprocedure jegens de slachtoffers daardoor oneerlijk geweest in de zin van art. 6 EVRM.

In 2009 werd eerste klager (V.C.L.), van Vietnamese afkomst, bij een drugsoperatie ontdekt door de politie; eerste klager was op dat moment 15 jaar oud, al dacht de politie dat hij 17 was. Hoewel er aanwijzingen waren dat eerste klager slachtoffer was van mensenhandel en dat hij gedwongen in een cannabiskwekerij werkte, werd dit bewijs niet overtuigend gevonden. Bovendien verklaarde klager zelf dat hij schuldig was aan het produceren van drugs ('guilty plea'). Hij werd uiteindelijk veroordeeld tot plaatsing in een instelling voor jonge delinquenten gedurende twaalf maanden. Op een soortgelijke manier is tweede klager (A.N.), eveneens van Vietnamese afkomst, aangetroffen bij een cannabiskwekerij; hij werd ondanks vermoedens van mensenhandel veroordeeld tot vier maanden in een instelling voor jonge delinquenten.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de strafprocedures die tegen hen zijn gevoerd laten zien dat de staat onvoldoende heeft gedaan om hen te beschermen tegen (de gevolgen van) mensenhandel. Het EHRM merkt op dat ze daarbij een beroep hebben gedaan op art. 26 van het Verdrag tegen Mensenhandel (Anti-Trafficking Convention), dat staten ertoe

verplicht om geen straffen op te leggen aan slachtoffers van mensenhandel in verband met strafbare activiteiten die zij gedwongen hebben moeten uitvoeren. Het Hof merkt echter op dat het geen rechtsmacht heeft om dit verdrag uit te leggen of te beoordelen of een staat aan de verdragsvereisten voldoet. Gelet daarop gaat het alleen na of de staat heeft gehandeld in overeenstemming met de onder art. 4 EVRM geldende positieve verplichtingen.

Op dit punt overweegt het Hof allereerst dat er op het moment waarop de klagers ontdekt werden, duidelijk bewijs bestond dat minderjarigen van Vietnamese afkomst die het slachtoffer waren van mensenhandel regelmatig betrokken werden in het kweken van cannabisplanten. Gelet op de omstandigheden bij hun ontdekking hadden de autoriteiten zich daarom bewust moeten zijn van een geloofwaardig vermoeden dat klagers slachtoffer waren van mensenhandel. Het Hof wijst er ook op dat het al verschillende keren heeft geoordeeld dat mensenhandel binnen het bereik van art. 4 EVRM valt en dat er positieve verplichtingen rusten op de staat om mensenhandel tegen te gaan. Het Hof onderkent dat dit de eerste keer is dat het zich moet buigen over de vraag of de vervolging van een (potentieel) slachtoffer van mensenhandel binnen het bereik van art. 4 EVRM kan vallen. Daarbij merkt het op dat in de relevante internationale verdragen geen volledig en algemeen verbod is vastgelegd van de vervolging van slachtoffers van mensenhandel. Wel kan een dergelijke vervolging volgens het Hof op gespannen voet staan met de eerder erkende verplichting voor de staat om operationele maatregelen te treffen als er een redelijke verdenking bestaat dat iemand slachtoffer is van mensenhandel. Daarbij acht het axiomatisch dat vervolging van slachtoffers van mensenhandel schade zal toebrengen aan hun fysieke, psychische en sociale herstel; bovendien kan vervolging de slachtoffers afhouden van de toegang tot voorzieningen en diensten die hen volgens het Verdrag tegen Mensenhandel toekomt. Als er een verdenking van slachtofferschap bestaat is het dan ook noodzakelijk dat een situatie meteen wordt beoordeeld door mensen die gekwalificeerd zijn om met dergelijke slachtoffers om te gaan, waarbij die beoordeling gebaseerd moet zijn op de criteria die zijn vastgelegd in het Palermo Protocol en het Verdrag tegen Mensenhandel. Een beslissing tot vervolging mag pas daarna worden genomen, zeker wanneer het potentiële slachtoffer minderjarig is (en daarmee bijzonder kwetsbaar). Bij de vervolgingsbeslissing moet de beoordeling van het slachtofferschap van mensenhandel uitdrukkelijk in acht worden genomen, en een eventuele vervolgingsbeslissing moet worden gemotiveerd aan de hand van redenen die in overeenstemming zijn met het Palermo Protocol en het Verdrag tegen Mensenhandel.

Deze algemene criteria toepassend op de feiten van de twee zaken oordeelt het Hof dat in het geval van eerste klager geen onderzoek naar slachtofferschap van mensenhandel is uitgevoerd. Vervolgens werd er steeds van uitgegaan dat klagers slachtofferschap niet was bewezen, onder meer omdat niet alle aanwijzingen daarvoor aanwezig waren. Het Hof wijst er echter op dat

dit onderzoek niet bijzonder zorgvuldig is verlopen en dat ook onvoldoende acht is geslagen op gegevens waaruit bleek dat wel degelijk van mensenhandel sprake was geweest. Soortgelijke overwegingen gelden ten aanzien van de tweede klager. Het Hof wijst er daarbij ook op dat niet te veel waarde mag worden gehecht aan de ‘guilty pleas’, nu ook die ingegeven konden zijn door de bijzondere omstandigheden die zich kunnen voordoen bij slachtoffers van mensenhandel. Het Hof is dan ook van oordeel dat in beide gevallen de staat niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen onder art. 4 EVRM.

Klagers hebben ook gesteld dat hun door art. 6 EVRM beschermde recht op een eerlijk proces op verschillende punten is aangetast. Het Hof overweegt allereerst dat klagers allebei zijn vertegenwoordigd door een advocaat, maar dat ook die advocaten er niet van overtuigd waren dat zij slachtoffer waren van mensenhandel en daarom dat argument niet goed naar voren hebben gebracht in de procedure. Het Hof vindt het echter niet nodig om vast te stellen of daardoor sprake is geweest van een kennelijke tekortkoming in de effectiviteit van de vertegenwoordiging, nu in deze kwesties hoe dan ook de staat een actieve positieve verplichting heeft om zelf onderzoek te doen naar potentiële mensenhandel. Het Hof vertaalt dit naar de context van art. 6 EVRM door te stellen dat door het gebrek aan zo’n beoordeling het voor de klagers moeilijker is geweest om bewijs te vergaren dat belangrijk had kunnen zijn voor hun verdediging.

Een tweede punt ten aanzien van art. 6 EVRM betreft de vraag of klagers (ten dele) afstand hebben gedaan van hun recht op een eerlijk proces door hun ‘guilty pleas’. Het Hof gaat ervan uit dat zij hun afstand van recht expliciet hebben gedaan, maar overweegt dat deze rechtsafstand niet betrouwbaar kan worden geacht nu er geen goed onderzoek is gedaan naar eventueel slachtofferschap van mensenhandel en de potentiële implicaties daarvan op de procedure. Het aanvaardt dan ook niet dat sprake is van afstand van recht onder art. 6 EVRM.

Tot slot overweegt het Hof dat het problematisch is in het licht van art. 6 EVRM dat de beoordeling op geen enkele manier heeft plaatsgevonden vanuit het perspectief van de verplichtingen van de staat onder art. 4 EVRM. Weliswaar werd dat tot op zekere hoogte gerepareerd in hoger beroep, maar ook daar is nog steeds niet voldoende rekening gehouden met de bijzondere situatie waarin een verdachte slachtoffer is geweest van mensenhandel. Dit maakt de procedure als geheel oneerlijk, zodat deze in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD007758712

Zaaknummer: 77587/12 en 74603/12

Wetsartikelen: EVRM art. 4 en EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Vilela t. Portugal, EHRM 23 februari 2021, nr. 63687/14

Bij de geboorte van een kindje in 1994 zijn ernstige complicaties opgetreden, met zware handicaps voor het kind als gevolg. De ouders hebben tegen het ziekenhuis geprocedeerd omdat zij van mening zijn dat er sprake was van medische nalatigheid, maar deskundigen zagen geen causaal verband tussen medische tekortkomingen en de gezondheidstoestand van het kind. Het EHRM volgt deze nationale beoordeling en ziet geen materiële schending van de verplichtingen onder art. 8 EVRM. Wel oordeelt het dat de nationale procedure in strijd met art. 8 EVRM te lang heeft geduurd.

De tweede en derde klagers in deze zaak zijn de ouders van eerste klager, die in 1994 is geboren en in 2017 is overleden. De zaak heeft betrekking op de geboorte van eerste klager in 1994 in een openbaar ziekenhuis. Bij de geboorte traden complicaties op die maakten dat een keizersnede werd uitgevoerd en het kindje meteen onder bijzonder toezicht voor neonatale gevallen met hoog risico werd geplaatst. Eerste klager bleef in leven, maar werd vervolgens voor 100% gehandicapt verklaard. In 2004, toen eerste klager tien jaar oud was, hebben de ouders alsnog een procedure tot schadevergoeding bij de bestuursrechter ingesteld. Er is toen onderzoek verricht naar de gang van zaken rondom de geboorte, waarbij onder meer een deskundigenbericht is ingewonnen bij het nationale medische instituut IML. Volgens dit deskundigenbericht zijn er enkele tekortkomingen geweest bij de zorg voor eerste klager in het ziekenhuis, maar kan er geen causale relatie worden vastgesteld tussen die tekortkomingen en de latere gezondheidsproblemen en handicaps van eerste klager. Op basis van de deskundigenberichten en de eigenlijke feitelijke beoordeling heeft het Portugese administratieve hooggerechtshof uiteindelijk het verzoek om schadevergoeding afgewezen.

Voor het EHRM hebben de klagers beroep gedaan op art. 6 en 13 EVRM vanwege het afwijzen van de schadeclaims en de lange duur van de nationale procedure. Het EHRM besluit om alleen eerste klager tot slachtoffer van de gestelde schendingen te verklaren, waarbij het – in verband met diens overlijden – het tweede en derde klagers toestaat om in zijn naam de

procedure te voeren. Het besluit ook de zaak te herkwalficeren naar een kwestie onder art. 8 EVRM.

Ten aanzien van de mogelijke materiële schending van art. 8 EVRM zet het EHRM zijn rechtspraak uiteen over de zorgvuldigheidsverplichtingen en verplichtingen tot regelgeving die er zijn om goede zorg te waarborgen. Het wijst erop dat er in dit geval geen aanwijzingen zijn dat er in het betreffende ziekenhuis systematische of structurele problemen bestonden. Evenmin hebben de verschillende nationale deskundigenberichten laten zien dat er duidelijke medische tekortkomingen waren die direct hebben geleid tot de gezondheidsproblemen van eerste klager. Gelet daarop, en rekening houdend met het subsidiariteitsbeginsel en de noodzaak zich in dit soort gevallen terughouden op te stellen, oordeelt het Hof dat art. 8 EVRM in materieel opzicht niet is geschonden.

Ten aanzien van de vraag of aan de procedurele positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM is voldaan merkt het Hof op dat eerste klager tijdens de procedure goed is vertegenwoordigd. De ouders hebben daarnaast geklaagd over het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het IML, dat een publiekrechtelijke organisatie is die op verzoek van rechtbanken gezondheidsrechtelijke adviezen kan geven. Het Hof merkt echter op dat het mogelijk was geweest om leden van het IML te wraken wanneer er twijfel zou hebben bestaan over hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid, en dat klagers daarvan tijdens de procedure geen gebruik hebben gemaakt. Ook verder zijn er in het dossier geen aanwijzingen dat de advisering niet onafhankelijk en onpartijdig zou zijn geweest, en de deskundigenberichten waren voor het overige helder en voldoende gemotiveerd. Tot slot merkt het Hof op dat de procedure pas op een laat moment is aangespannen, namelijk tien jaar na de geboorte van eerste klager, maar ook dat de procedure voor de nationale bestuursrechters vervolgens ruim negen jaar heeft geduurd. Het Hof ziet geen rechtvaardiging voor verschillende vertragingen die zich in de procedure hebben voorgedaan en is van oordeel dat de procedure met onvoldoende tempo is gevoerd. Gelet daarop stelt het een schending vast van de procedurele positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM.

Klagers hebben daarnaast nog een beroep gedaan op het discriminatieverbod van art. 14 jo. art. 8 EVRM, nu zij van oordeel zijn dat hun procedure een grotere kans van slagen had gehad als eerste klager in een privaat ziekenhuis zou zijn geboren in plaats van in een openbaar ziekenhuis. Het Hof merkt op dat deze klacht vragen oproept over de vergelijkbaarheid van de gevallen en over de vraag of die op een ‘persoonlijk kenmerk’ zijn gebaseerd, maar het acht het niet nodig om die vragen te beantwoorden. Reden daarvoor is dat het al heeft vastgesteld dat de belangrijkste reden voor de nationale rechters om de claim van klagers af te wijzen is gelegen in het ontbreken van een causaal verband tussen de tekortkomingen in de zorg en de gezondheidssituatie van eerste klager. Er is geen reden om aan te nemen dat het daarvoor

relevant is dat klager in een publiek ziekenhuis is geboren en behandeld, zodat het deze klacht kennelijk ongegrond verklaart.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 23-02-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0223JUD006368714

Zaaknummer: 63687/14

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

**Caisse pour l'avenir des enfants, HvJ EU 25 februari 2021,
zaak C-129/20**

De herziene raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof moet worden uitgelegd in het licht van art. 23 en 33 Hv. De clausules ervan staan in de weg aan een nationale regeling waarbij de toekenning van het recht op ouderschapsverlof afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de ouder de hoedanigheid van werknemer heeft op het moment van de geboorte of adoptie van zijn kind. Aanvaardbaar is wel een voorwaarde dat de betrokken ouder onmiddellijk voorafgaand aan het ouderschapsverlof twaalf maanden onafgebroken heeft gewerkt.

XI heeft met het Groothertogdom Luxemburg in de periode 2011-2013 een aantal keer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten in verband met het geven van onderwijs in het voortgezet onderwijs. In de tussentijd is zij bevallen van een tweeling, in een periode waarin ze werkloos was en een werkloosheidsuitkering ontving. In 2014 heeft zij uiteindelijk een overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten in verband met het geven van onderwijs. In 2015 heeft zij ouderschapsverlof aangevraagd, maar dit verzoek is afgewezen omdat de toekenning van ouderschapsverlof naar nationaal recht afhankelijk is van de voorwaarde dat de werknemer op het moment van de geboorte van het kind rechtmatig is tewerkgesteld. XI is daartegen in rechte opgekomen en in dat verband zijn nu prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ die betrekking hebben op de uitleg van de herziene raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof.

Het HvJ legt de raamovereenkomst onder meer uit in het licht van art. 23 en 33 Hv. Het benadrukt in dit verband dat het individuele recht van elke werkende ouder op ouderschapsverlof wegens de geboorte of adoptie van een kind moet worden opgevat als een uitdrukking van een belangrijk sociaal recht van de Unie, dat daarom niet restrictief kan worden uitgelegd. In het licht hiervan oordeelt het HvJ dat de relevante clausules van de herziene raamovereenkomst zo moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling waarbij de toekenning van het recht op ouderschapsverlof afhankelijk

wordt gesteld van de voorwaarde dat de betrokken ouder gedurende een periode van ten minste twaalf maanden onmiddellijk voorafgaand aan het begin van dit ouderschapsverlof ononderbroken is tewerkgesteld. Wel staan deze clausules in de weg aan een nationale regeling waarbij de toekenning van het recht op ouderschapsverlof afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de ouder de hoedanigheid van werknemer heeft op het moment van de geboorte of adoptie van zijn kind.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 25-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:140

Zaaknummer: C-129/20

Wetsartikelen: Hv art. 23, Hv art. 33 en RI 2010/18/EU

ANNOTATIE

Strøbeye en Rosenlind t. Denemarken (EHRM, nrs. 25802/18 en 27338/18) – algemene wet mag curandi uitsluiten van stemrecht

J.H. Gerards

Inleiding

1. Op 2 februari 2021 deed het EHRM in de zaak *Strøbeye en Rosenlind t. Denemarken* een belangrijke uitspraak over het kiesrecht voor mensen die onder curatele zijn gesteld. De uitspraak bouwt voort op een eerdere ‘landmark case’, namelijk *Alajos Kiss t. Hongarije*.^[1] In die zaak oordeelde het Hof dat beperkingen van het kiesrecht voor mensen met een geestelijke beperking niet snel toelaatbaar zijn en dat er hoge eisen moeten worden gesteld aan de precieze inrichting van zo’n beperkend systeem. Het Hof bevestigt die uitspraak nu, en verduidelijkt die op een aantal punten ook. Daarbij laat het zien dat het beperkingen van het kiesrecht voor curandi nog altijd accepteert, maar tegelijkertijd laat het doorschemeren dat het het positief beoordeelt als dergelijke beperkingen worden afgebouwd.
2. Naast dit hoofdpunt komt in deze uitspraak een aantal andere onderwerpen aan de orde. In het bijzonder buigt het Hof zich over de vraag in hoeverre middels algemene wetgeving uitzonderingen mogen worden gemaakt op het stemrecht en wat het belang is van een goede parlementaire discussie over dat soort uitzonderingen.
3. Deze drie punten voorzie ik in deze annotatie van commentaar. Ik begin met een korte achtergrondschets – gebaseerd op de in de uitspraak voorziene informatie – en een samenvatting van de belangrijkste bevindingen van het EHRM. Daarna ga ik in op de beoordeling die het Hof geeft van de Deense kiesrechtbeperkingen voor curandi, gevolgd door een beschouwing van de genoemde twee punten over algemene wettelijke uitzonderingen en goed parlementair debat. De vraag of het redelijk is dat het Hof de klachten over ongelijke behandeling buiten beschouwing laat, laat ik hier onbesproken. Ook ga ik niet in op de situatie voor curandi in Nederland, die overigens anders is dan de Deense: na een uitvoerige discussie en een grondwetswijziging is in 2008 het kiesrecht ook aan wilsonbekwamen toegekend.^[2]

Over beide punten is meer informatie te vinden in de *NTM*-annotatie bij *Alajos Kiss*.^[3]

Voorgeschiedenis – ontwikkelingen in Denemarken

2. De uitspraak van het Hof richt zich op de regeling van curatele en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Volgens een Deense wet uit 1996 zijn er twee varianten van curatele mogelijk. Een eerste variant, onder art. 5 van de relevante wet, is een relatief lichte, waarbij weliswaar een soort voogd of curator wordt aangesteld, maar de betrokkene zelf een zekere eigen beslissingsbevoegdheid blijft houden. In de tweede, zwaardere variant wordt niet alleen een curator benoemd, maar worden op grond van art. 6 van de wet ook iemands bevoegdheden tot zelfstandig verrichten van rechtshandelingen weggenomen. Voor mensen die onder deze laatste, volledige vorm van curatele vallen geldt op basis van de Deense Grondwet dat zij geen kiesrecht hebben in de Deense parlementsverkiezingen; de tekst van de relevante grondwetsbepaling koppelt dit kiesrecht aan juridische beslissingsbevoegdheid.

3. In het begin van de jaren '10 is er in Denemarken een debat op gang gekomen over de uitsluiting van curandi van het kiesrecht. Naar aanleiding daarvan is in 2016 een nieuwe wet aangenomen waardoor het voor de meeste curandi mogelijk is geworden om deel te nemen aan verkiezingen voor het Europees Parlement en voor lokale en regionale verkiezingen in Denemarken. Dit recht kon niet meteen worden uitgebreid naar deelname aan de parlementsverkiezingen: de hiervoor genoemde bepaling uit de Deense Grondwet staat daaraan in de weg.

3. Strøbeye en Rosenlind hebben allebei intellectuele beperkingen en wonen niet zelfstandig, maar ze volgen wel het nieuws en hebben politieke belangstelling.^[4] De wijzigingen in de wet van 2016 hadden voor hen tot gevolg dat zij niet konden deelnemen aan de Deense parlementsverkiezingen van 2015. Volgens hun verklaringen bij de nationale rechter beschouwen zij dit als een vernedering en als onrechtvaardig.^[5]

4. In hun zaak heeft het Deense Hooggerechtshof in 2018 geoordeeld dat de maatregel van volledige curatele op basis van een zorgvuldige procedure en na een goede belangenafweging wordt opgelegd. De curateleregeling en de gevolgen daarvan voor het kiesrecht zijn volgens het Hooggerechtshof verenigbaar met de rechtspraak van het EHRM. Het Hooggerechtshof heeft in zijn uitspraak erkend dat het denkbaar zou zijn om per individueel geval te bepalen of iemand in staat is tot het uitoefenen van het kiesrecht. Tegelijkertijd heeft het overwogen dat zo'n individuele beoordeling op grond van de EHRM-rechtspraak niet nodig is en dat die 'reden tot zorg' kunnen vormen.^[6] Gelet daarop is het Hooggerechtshof tot de slotsom gekomen dat de bestaande, algemene wettelijke regeling door de beugel kon.

5. Na deze rechterlijke uitspraak heeft de politieke en maatschappelijke discussie zich

voortgezet. Uiteindelijk heeft die in 2019 geresulteerd in een nieuwe tekst van de wet uit 1996. Op basis daarvan is het mogelijk om de onbevoegdheid tot het zelfstandig verrichten van rechtshandelingen nader te specificeren. Alleen als iemand volledig incapabel is om zijn eigen wil te bepalen kan nu nog worden gesproken van volledige curatele (er is dan sprake van ‘full deprivation of legal capacity’). De beperking van het kiesrecht voor de algemene parlementsverkiezingen geldt volgens deze nieuwe regeling alleen nog voor deze laatste categorie mensen.

6. Strøbeye en Rosenlind hebben op basis van deze nieuwe regeling een herziening van hun status aangevraagd en voor beiden geldt dat zij nu alleen gedeeltelijk onder curatele staan. Dat betekent dat ze inmiddels ook aan alle verkiezingen mogen deelnemen, inclusief die voor het Deense parlement. Niettemin zijn Strøbeye en Rosenlind nog steeds gebelgd over het ontbreken van die mogelijkheid in het verleden. Daarop heeft hun klacht bij het EHRM dan ook betrekking.

Procedurele beoordeling door het Hof

7. Het Hof beoordeelt de kwestie aan de hand van een sterk procedurele toets. Dat betekent dat het nauwelijks ingaat op de inhoudelijke vraag welke eisen en criteria er zouden mogen gelden om iemand onder (volledige) curatele te stellen, en of en wanneer het redelijk is om een curandus van het kiesrecht te onttrekken. In plaats daarvan stelt het vooral goedkeurend vast dat het Deense Hoogerechtshof zorgvuldig heeft gekeken naar de uitspraken van het EHRM en de daarin eerder neergelegde criteria goed heeft meegewogen. Ook wijst het op het bestaan van verschillen in de Europese en internationale regeling van deelname van mensen met een geestelijke beperking aan verkiezingen, en op de noodzaak voor het EHRM om zich in dit soort controversiële kwesties terughoudend op te stellen.

8. Eveneens procedureel is de vaststelling van het Hof dat de nationale wetgeving vrij precies is geformuleerd en maar een heel beperkte groep mensen uitsluit van het kiesrecht. Het Hof wijst er daarnaast op dat er in de jaren '10 een goed en uitgebreid debat heeft plaatsgevonden over die wetgeving, en dat geleidelijk aan is gekomen tot een uitbreiding van het kiesrecht voor curandi. Op basis van die overwegingen oordeelt het Hof dat de keuzes die de wetgever heeft gemaakt redelijk kunnen worden gevonden en dat ze in overeenstemming zijn met art. 3 EP EVRM. Het beroep dat Strøbeye en Rosenlind nog hadden gedaan op het recht op gelijke behandeling (art. 14 EVRM) wijst het Hof op dezelfde gronden af.

Beperking van het kiesrecht voor curandi

9. De kwestie van het beperken van het kiesrecht voor curandi is al jaren controversieel. Er ligt een fundamentele vraag aan ten grondslag: mogen alleen mensen volksvertegenwoordigers

kiezen die zich (in ieder geval in theorie) goed kunnen informeren over standpunten, wensen en belangen,[7] of zou iedereen dat moeten kunnen doen die dat wil.[8] Ook mensen die met overtuiging het eerste standpunt innemen komen in deze discussie soms in een lastig parket, want de vraag is waar de grens moet worden getrokken als het gaat om capaciteiten, beoordelingsvermogen, belangstelling en betrokkenheid.[9] Ook mensen die niet kunnen lezen en schrijven, of mensen die niet zelfstandig keuzes kunnen maken over het uitgeven van hun geld of die niet zelfstandig kunnen wonen, kunnen belangstelling hebben voor wat er in de wereld om hen heen gebeurt en kunnen een politieke partij of volksvertegenwoordiger hebben die ze aanspreekt.

10. In toenemende mate wordt het er dan ook voor gehouden dat het kiesrecht zo ruim mogelijk moet worden toegekend, zonder dat van bovenaf keuzes worden gemaakt over de vraag wie wel of niet over voldoende beoordelingsvermogen beschikt om dit recht zinvol te kunnen uitoefenen.[10] Zoals ook in de uitspraak van het Hof te lezen valt, wordt in het uit 2006 daterende VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap zelfs aangenomen dat mensen met een beperking op gelijk niveau met alle anderen handelingsbevoegd moeten worden geacht en ook op volledig gelijke voet politieke rechten moeten kunnen genieten.[11] Volgens de oordelen van het VN-Gehandicaptencomité moeten die gelijke rechten ook gelden voor mensen die volledig onder curatele staan en die niet in staat zijn om hun mening te bepalen.[12]

12. Voor een aantal Europese staten gaat dit laatste te ver.[13] Als iemand helemaal niet in staat is om keuzes te maken over zijn eigen leven en het beheer van zijn eigen zaken, dan nemen zij aan dat die mensen ook geen keuzes kunnen maken over hun politieke vertegenwoordiging. Ook in Denemarken is dat nu dus zo, zij het sinds 2019 alleen nog voor de mensen die volledig onder curatele staan. Het Hof accepteert dat, en daarmee gaat het duidelijk niet zover als het VN-Gehandicaptencomité zou willen doen. Wel verduidelijkt het EHRM op dit punt de eigen rechtspraak. In de enige eerdere uitspraak over dit onderwerp, de al genoemde zaak *Alajos Kiss*, had het alleen geoordeeld dat een Hongaarse regeling *niet* toelaatbaar was.[14] Volgens die regeling waren alle curandi uitgezonderd van het kiesrecht, ongeacht de vraag of het daarbij ging om gedeeltelijke of volledige curatele.[15] Door deze wettelijke uitzondering kon een relatief groot aandeel van de bevolking niet aan de verkiezingen deelnemen, namelijk 0,75% (tegenover 0,046% in de onderhavige zaak[16]). Het Hof oordeelde in *Alajos Kiss* dat de uitgesloten groep daarmee te ruim was gedefinieerd en dat deze onvermijdelijk ook mensen omvatte die wel degelijk hun mening voldoende kunnen bepalen.

13. De verduidelijking in *Strøbeye en Rosenlind* schuilt erin dat het Hof een veel specifiekere regeling wel aanvaardbaar acht, die (a) ruimte biedt voor het toekennen van gedeeltelijke curatele, waarbij (b) de curateleprocedure heel zorgvuldig verloopt, en waarbij (c) de

ontzetting van het kiesrecht is beperkt tot een heel kleine groep mensen die objectief gezien helemaal niet in staat zijn om keuzes te maken.[17] Daarmee heeft het Hof de mogelijkheden wat beter afgepaald, in die zin dat de genoemde drie punten voor de toekomst kunnen worden gezien als minimale voorwaarden voor een acceptabele uitzonderingsregeling. Belangrijk is bovendien dat het Hof impliciet, maar toch vrij duidelijk aangeeft dat het weliswaar tot de beleidsvrijheid van de staten kan horen om de keuze te maken om curandi van het kiesrecht uit te sluiten, maar dat zij dat zeker niet verplicht zijn te doen – integendeel, het Hof beoordeelt het positief (als een ‘laudable effort’) dat in Denemarken de restricties steeds verder zijn teruggebracht.[18] Ook dat laat zien dat het Hof een uitzondering op het stemrecht voor curandi maar heel beperkt zal aanvaarden.

Algemene regelgeving of individueel maatwerk?

14. Zoals gezegd in de inleiding is de uitspraak in *Strøbeye en Rosenlind* niet alleen van belang voor het kiesrecht voor curandi als zodanig, maar bevat die ook een paar andere interessante elementen. Een daarvan betreft het langlopende debat over de vraag of kwesties als deze het beste kunnen worden geregeld via een algemene wet, waarbij een bepaalde categorie van mensen wordt uitgesloten van het kiesrecht, of via individuele gevalsbepaling, in het Nederlandse debat beter bekend als ‘maatwerk’.[19] Het EHRM heeft in het algemeen een grote voorkeur voor maatwerk.[20] In familierechtelijke kwesties, maar ook in sommige kiesrechtzaken, heeft het een aantal keer geoordeeld dat ‘blanket legislation’ niet acceptabel is.[21] In plaats daarvan moeten per concreet geval de belangen in kaart worden gebracht en zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen. De wenselijkheid van zo’n maatwerkbenadering komt ook in de recente Nederlandse discussies over de toeslagenaffaire en de uitvoering van beleid regelmatig aan de orde.[22] Ieder mens en iedere situatie is anders, zo is de gedachte, en er zijn steeds weer andere behoeftes en omstandigheden. Daar kan alleen recht aan worden gedaan door naar al die gevallen concreet en individueel te kijken en een daarop toegesneden beslissing te nemen, waarbij de ‘menselijke maat’ in acht moet worden genomen.

15. Hoewel daar veel voor te zeggen is, zijn er ook nadelen verbonden aan zo’n gevalsgewijze aanpak.[23] Een eerste probleem van maatwerk is gelegen in een risico van willekeur.[24] Het is uit de aard der zaak moeilijk om de ‘menselijke maat’ te bepalen aan de hand van vooraf vastgestelde, eenduidige, heldere en objectieve criteria, waarbij meteen duidelijk is hoe in een concreet geval de belangen moeten worden gewogen. Bij maatwerk komt er juist veel betekenis toe aan de keuzes die een individuele ambtenaar of rechter maakt. Als die keuzes zijn gekleurd door een zekere (bijna onvermijdelijke) menselijke vooringenomenheid, onkunde of slordigheid, kan dat nadelig uitpakken voor de betrokkene. Natuurlijk zijn daar procedurele waarborgen tegen te bieden, zoals collegiale besluitvorming, klacht- en beroepsmogelijkheden, vergaand uitgewerkte protocollen voor besluitvorming, maar die

maken besluitvormingstrajecten vaak behoorlijk stroperig en kunnen ervoor zorgen dat de échte menselijke maat alsnog ver te zoeken is.

16. Een tweede, met het voorgaande samenhangend probleem is gelegen in het risico van ongelijke behandeling en inconsistentie. Bij individuele gevalsbeslissingen kan een behandeling worden toegesneden op de persoon, maar daarbij kan meteen de vraag opkomen of die persoon of een bepaalde situatie voldoende ‘anders’ is om te rechtvaardigen dat zij gunstiger (of juist ongunstiger) wordt behandeld dan anderen.[25] Het rechtvaardigen van ongelijke behandelingen op individueel in plaats van groepsniveau is een lastige exercitie die veel redengeving vergt. De efficiency van besluitvorming wordt daar niet groter op, wat voor het EHRM reden is om – in ieder geval voor bijvoorbeeld bulkbeslissingen in de sociale zekerheid – toch aan te nemen dat met een algemene regeling kan worden volstaan.[26] Een algemene wet heeft namelijk als relatief voordeel dat alle gevallen die binnen een bepaalde categorie vallen of die aan bepaalde eisen voldoen, uiteindelijk op dezelfde manier worden behandeld.[27]

17. In de derde plaats is er een element van democratische legitimatie.[28] Waar een categorie van mensen of gevallen op basis van wetgeving op een bepaalde manier wordt behandeld, mag worden aangenomen dat er een grondige voorbereiding van de wet heeft plaatsgevonden, dat er deliberatie is geweest in het (democratisch gekozen) parlement en dat er een zorgvuldig en bewust besluit is genomen over afbakening, impact en uitvoering.[29] Voor individuele gevalsbeslissingen geldt dat die meestal worden genomen door uitvoeringsorganen (en daarmee door individuele ambtenaren, al dan niet geholpen door automatiseringssystemen en algoritmen) of door rechters. Ook dan is er een zorgvuldigheidscheck mogelijk, maar die zal veelal worden uitgevoerd door toezichthouders of de rechter, en een directe democratische legitimatie voor dit soort maatwerkbeslissingen ontbreekt.

18. Mogelijk zijn het deze drie punten die het Deense Hooggerechtshof in gedachten had toen het in de zaak van Strøbeye en Roselind overwoog dat ‘a specific and individual assessment of whether a person’s mental capacity is sufficient [for that person] to exercise the right to vote may give rise to concern’.[30] Ook het EHRM heeft zich in zijn eigen rechtspraak rekenschap gegeven van dit soort potentiële problemen van maatwerk. Dat heeft het in het bijzonder gedaan in de zaak *Evans*. [31] In die zaak ging het om de vraag of een biologische vader zijn eerder gegeven toestemming voor het terugplaatsen van bevruchte eicellen in de baarmoeder van de biologische moeder mocht intrekken. Daarvoor gold in het Verenigd Koninkrijk een algemene regeling, terwijl het volgens de klaagster beter zou zijn geweest om maatwerk te bieden en per geval te bekijken wat een redelijke beslissing zou zijn. Het EHRM oordeelde dat in dit soort gevallen overwegingen rondom gelijkheid, consistentie en het tegengaan van willekeur erg belangrijk zijn: ‘... [t]he absolute nature of the rule served to promote legal

certainty and to avoid the problems of arbitrariness and inconsistency inherent in weighing, on a case-by-case basis, what the Court of Appeal described as “entirely incommensurable” interests’.[32] Een algemene regeling kan subjectiviteit en willekeur tot op zekere hoogte voorkomen en is bij complexe en gevoelige afwegingen volgens het EHRM dus te verkiezen.[33]

19. Iets soortgelijks heeft het EHRM geoordeeld voor een ander heikel onderwerp, namelijk de ontzegging van het kiesrecht aan gedetineerden. Weliswaar had het Hof aanvankelijk geoordeeld dat een individuele afweging hierbij altijd nodig is, maar later is het daarvan teruggekomen. In *Scoppola (nr. 3)* oordeelde het dat niet voor iedere concrete gedetineerde hoeft te worden onderzocht en gemotiveerd of het redelijk is om hem of haar het stemrecht te ontnemen, maar dat kan worden volstaan met een wettelijke regeling waarin een bepaalde categorie van mensen van het kiesrecht wordt uitgesloten.[34] Wel moet die regeling voldoende concreet en toegesneden zijn op de doelstellingen die ermee bereikt moeten worden, en de wet mag niet ‘overinclusief’ zijn – voorkomen moet worden dat ten onrechte mensen tot de categorie worden gerekend van mensen die geen kiesrecht kunnen uitoefenen, waardoor hen daardoor meer rechten zouden worden ontnomen dan in het licht van de doelstellingen redelijk en nodig is.[35]

20. Het Hof heeft deze redenering in *Strøbye en Roselind* bevestigd voor het ontnemen van kiesrecht aan curandi. Het wijst met instemming op de beoordeling van het Deense Hooggerichtshof dat de Deense regeling maar een heel beperkte groep raakt.[36] Bovendien merkt het op dat er goed is nagedacht over de vraag of de groep van volledig ondercuratelegestelden alleen die mensen omvat waarvan inhoudelijk gezien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat ze hun stemrecht niet goed kunnen uitoefenen.[37]

21. Een opmerkelijk punt is daarbij overigens dat er uiteindelijk twee verschillende wettelijke regelingen zijn gemaakt, waardoor er geen beperkingen voor curandi meer gelden als het gaat om deelname aan de gemeentelijke, regionale en Europese verkiezingen, maar wel voor deelname van geheel wilsonbekwame curandi aan de algemene parlementsverkiezingen. Inhoudelijk is dat niet gemakkelijk te rechtvaardigen, en dat erkent het Hof ook.[38] Wat bij lezing van de achtergrondinformatie in de uitspraak blijkt, is dat de verklaring hiervoor niet inhoudelijk, maar nogal procedureel en praktisch van aard is. In Denemarken moet voor het volledig opheffen van de beperkingen voor de parlementsverkiezingen een grondwetswijziging worden doorgevoerd en dat is moeilijk te bewerkstelligen.[39] In ieder geval bleek in 2016 de vereiste gekwalificeerde meerderheid voor deze wijziging niet te bestaan.[40] Deze grondwettelijke beperking geldt niet voor de lokale, regionale en EP-verkiezingen, waardoor daarbij gemakkelijker een verruiming mogelijk was; een gewone meerderheid voor wetswijziging was er namelijk wel.[41] Dit is een wel erg pragmatische

rechtvaardiging voor iets principiëls als het uitsluiten van mensen van democratische rechten voor *bepaalde* democratische organen, maar het EHRM is bereid dat door de vingers te zien.

Parlementair debat

22. De politieke meningsverschillen in Denemarken en het relatieve pragmatisme rondom de kiesrechtuitsluiting brengt ons bij laatste punt in de discussie over algemene regelgeving en individuele gevalsbeslechting. Al in de zaak *Hirst*, over ontneming van het kiesrecht aan gedetineerden, had het Hof overwogen dat een algemene regeling die nadelig uitpakt voor een bepaalde groep alleen toelaatbaar kan zijn als er een gedegen en uitgebreid politiek besluitvormingsproces aan ten grondslag heeft gelegen.[42] Ook in *Animal Defenders International* oordeelde het dat bij de beoordeling van de vraag of een kwestie in algemene wetgeving kan worden geregeld, ‘... [t]he quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance ...’.[43]

23. Voor dat kwaliteitscriterium valt wel iets te zeggen, gelet op de hierboven bij randnr. 17 aangehaalde overweging dat een voordeel van algemene wetgeving is gelegen in het democratische gehalte ervan. Een goed democratisch proces en een breed maatschappelijk debat kunnen ervoor zorgen dat een kwestie van alle kanten wordt bekeken, dat goed wordt nagedacht over alternatieven, dat alle betrokken belangen scherp in beeld worden gebracht, en dat een keuze wordt gemaakt die op dat moment op voldoende instemming kan rekenen. Als zo’n deugdelijk besluitvormingstraject ontbreekt, valt niet uit te sluiten dat de wettelijke regeling net zo willekeurig, subjectief en gekleurd is als zich kan voordoen bij individuele gevalsbeslechting.

24. Lastig is wel dat het Hof in de loop van de tijd maar weinig concrete aanwijzingen heeft gegeven over de vraag wanneer eigenlijk sprake is van een zodanig goed debat dat het een algemene uitsluitingsregeling kan rechtvaardigen.[44] De overwegingen van het Hof in *Strøbeye en Rosenlind* hierover zijn daarmee des te interessanter. Uit de weergave van de achtergrond van de kwestie bij randnrs. 2-6 blijkt dat de eigenlijke wetgeving dateerde uit 1996. Er is in de uitspraak weinig dat erop wijst dat er in de aanloop naar die wetwijziging een inhoudelijke discussie heeft plaatsgevonden over de consequenties van de nieuwe curateleregeling voor de uitoefening van het kiesrecht. Die discussie is vooral in de jaren ’10 gevoerd.

25. De klagers zelf hebben voor de Deense parlementsverkiezingen van 2015 weinig aan dat debat gehad, want zij waren van die verkiezingen uitgesloten op basis van de duidelijk minder weloverwogen, oude wetgeving uit 1996. Dat deert het Hof kennelijk niet: het acht het

voldoende dat rond 2016 een debat is gevoerd en dat dit heeft geleid tot een gedeeltelijke uitbreiding van het kiesrecht voor curandi. Dat is des te verrassender omdat het Hof in *Hirst* juist kritisch was over het feit dat in het Verenigd Koninkrijk nooit een voorafgaand inhoudelijk parlementair debat had plaatsgevonden waarin expliciet was besproken of het ontzetten van het kiesrecht van gedetineerden wel redelijk was.[45] Dat het Hof op dit punt nu minder kritisch is, is wel te begrijpen; het kan de politiek moeilijk worden verweten dat bepaalde debatten niet worden gevoerd als daarvoor geen concrete aanleiding bestaat. Tegelijkertijd laat dit de betrekkelijke waarde zien van het criterium van goed parlementair debat. Een *post hoc* gevoerd debat zegt immers weinig over de redelijkheid van een eerder gemaakte keuze voor een algemene wet in plaats van maatwerk, en kan de beoordeling van de proportionaliteit van een bij het Hof voorliggende zaak in feite niet ondersteunen. In dat opzicht zou het goed zijn als het Hof zich nog eens op de inzet van dit criterium zou beraden.

Besluit

26. Al met al brengt de uitspraak daarmee bevestiging en verduidelijking, maar ook wat verwarring. Bevestigd is dat algemene regels waarmee bepaalde groepen van rechten of voordelen worden uitgesloten toelaatbaar zijn – een absolute verplichting tot maatwerk is er onder het EVRM nog altijd niet. Wel heeft het Hof opnieuw duidelijk gemaakt dat een algemene regeling voldoende moet zijn toegesneden op een bepaalde, nauwkeurig en zorgvuldig afgebakende groep. Dit uitgangspunt toepassend heeft het Hof bovendien verduidelijkt dat uitsluiting van een heel beperkte groep mensen met een intellectuele beperking van het kiesrecht aanvaardbaar kan zijn, maar dat het een goede ontwikkeling is dat die uitsluiting wordt afgebouwd. Tot slot heeft het Hof vermeld dat een goed parlementair debat voor het aannemen van zo'n algemene en beperkende regel nodig is, maar dat het niet is vereist dat dat debat al is gevoerd voordat die regeling wordt vastgesteld. Dat laatste is verwarrend en ook wat onlogisch, en daarover is het laatste woord zeker nog niet gezegd.

Janneke Gerards

Hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht

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

[2] Zie voor de parlementaire stukken rondom het vervallen van de grondwetsbepaling waardoor wilsonbekwamen werden uitgesloten van het kiesrecht kamerstuknr. 30471 (eerste

lezing) en 31012 (tweede lezing). De dossiers is ook te vinden via https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/30471_vervallen_grondwetsbepaling en https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31012_vervallen_grondwetsbepaling.

[3] Reeds aangehaald, noot 1.

[4] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 14-15.

[5] Idem.

[6] Zie de uitspraak van het Deense Hooggerechtshof zoals aangehaald in *Strøbeye en Rosenlind*, par. 17.

[7] Voor een verdediging van dat standpunt, zie J. Brennan, 'The right to a competent electorate', 61 *The Philosophical Quarterly* 2011 (nr. 245), p. 700-724. Overigens stelt hij niet voor om bepaalde categorieën van mensen tot 'incompetent' te verklaren, maar doet hij de suggestie om een 'stemexamen' af te nemen om te zien of mensen in staat zijn om hun stemrecht zinvol uit te oefenen.

[8] Zie voor een korte samenvatting van die discussie ook de Memorie van Toelichting bij de in noot 2 aangehaalde Nederlandse wetgeving; *Kamerstukken II* 2005/06, 30471, nr. 3.

[9] Deze problematiek speelt ook waar het gaat om het bepalen van de kiesgerechtigde leeftijd, waarbij soms wordt gesteld dat die op 18 moet worden gehouden omdat jongere mensen hun mening minder goed zouden kunnen bepalen. De Staatscommissie Parlementair Stelsel heeft aangegeven dat wetenschappelijk bewijs voor die stelling ontbreekt; zie Staatscommissie Parlementair Stelsel, *Lage drempels, hoge dijken*, Den Haag, 2018, via <https://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/rapporten/samenvattingen/12/13/eindrapport>, p. 130-131.

[10] Zie hierover ook K. Pater, *Real rights of persons with disabilities to vote in European Parliament elections. Information Report*, Europees Economisch en Sociaal Comité, 20 maart 2019, SOC/554, par. 3.4.4 en par. 5.2.

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

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

[13] Een overzicht van Europese landen waar dat geldt is te vinden in een rapport van de Venetiëcommissie over kiesrechten uit 2020: M. Krennerich, *Report on electoral law and electoral administration in Europe. Synthesis study on recurrent challenges and problematic issues*, Straatsburg, 8 oktober 2020, CDL-AD(2020)023, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)023-e), par. 59. Een iets ander lijstje is te vinden in het in noot 10 aangehaalde rapport van Pater, par. 5.1.2-5.1.4..

[14] Reeds aangehaald, noot 1.

[15] Zie *Alajos Kiss*, noot 1, par. 39.

[16] Zie *Strøbeye en Rosenlind*, par. 102.

[17] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 105-107, onder verwijzing naar de in par. 17 weergegeven uitspraak van het Deense Hoogerechtshof.

[18] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 119.

[19] Zie uitgebreid bijvoorbeeld de preadviezen voor de Vereniging van Bestuursrecht van 2020: *Maatwerk in het bestuursrecht*.

[20] Zie uitbreider J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, par. 10.4.4.

[21] Zie nader Gerards, reeds aangehaald (noot 20). Zie voor voorbeelden op het terrein van het kiesrecht waarin het Hof zich kritisch toonde over algemene wetgeving vooral *Hirst (Nr. 2) t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501, «EHRC» 2005/115 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *NTM/NJCM-Bull.* 2006, p. 234 m.nt. H. Sackers, par. 82; *Frodl t. Oostenrijk*, EHRM 8 april 2010, nr. 20201/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0408JUD002020104, par. 34.

[22] Zie bijv. Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend Onrecht, Kamerstukken 2020/21*, 35510, nr. 2 (bijlage), p. 31 en 106; Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen balie en beleid, Kamerstukken 2020/21*, 35387, nr. 2 (bijlage), hoofdstuk 5.

[23] Zie nader daarover ook J.H. Gerards, 'Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EHRM. Over "mandatory rules", individuele gerechtigheid en de eisen die het Hof stelt aan de nationale rechtstoepassing', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 169-188.

[24] Nader Gerards 2009, reeds aangehaald (noot 23), p. 169-170, met nadere bronvermeldingen.

[25] Zie over dit argument ook de in noot 1 aangehaalde noot bij *Alajos Kiss*, randnr. 10.

[26] Zie bijv. *Twizell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 20 mei 2008, nr. 25379/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0520JUD002537902, «EHRC» 2008/90, m.nt. M. Driessen.

[27] Tegelijkertijd is dit allicht geen doorslaggevend argument, want een algemene wet kan wel degelijk ongelijkheid veroorzaken. Er kunnen immers mensen zijn die ten onrechte tot een bepaalde categorie worden gerekend, bijvoorbeeld in het onderhavige geval mensen die wel degelijk op bepaalde punten voldoende in staat zijn hun wil te bepalen. Zo'n wet heeft dan weliswaar het gevolg dat zij gelijk behandeld worden aan de rest van de categorie waartoe zij gerekend worden, maar met het oog op het doel van de regeling hadden zij juist *anders* moeten worden behandeld. Dit is het beroemde probleem van een gebrekkige 'fit' tussen de doelstellingen van een bepaalde regeling en de afbakening van de groep waarop die regeling betrekking heeft; zie daarover klassiek J. Tussman en J. TenBroek, 'The Equal Protection of the Laws', *California Law Review* 1949, p. 341-381.

[28] Nader Gerards 2009, reeds aangehaald (noot 23), p. 170.

[29] Althans, dat is de aanname; in de praktijk kan dit anders zijn, en daarop is de procedurele toets van het EHRM in principe ook gericht.

[30] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 17.

[31] *Evans t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 10 april 2007, nr. 6339/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD00633905, «EHRC» 2007/73 m.nt. E. Brems, *NJ* 2007/459 m.nt. J. de Boer.

[32] *Evans*, reeds aangehaald (noot 31), par. 89.

[33] In meer algemene en vergelijkbare zin benadrukte het Hof dit later nog in *Animal Defenders International Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608, «EHRC» 2013/149 m.nt. J.H. Gerards, *NJ* 2013/321 m.nt. E.J. Dommering, par. 108-109.

[34] *Scoppola (nr. 3) t. Italië*, EHRM (GK) 22 mei 2012, nr. 126/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD00012605, par. 99 en 102.

[35] *Idem*, par. 102: '... the Contracting States may decide either to leave it to the courts to determine the proportionality of a measure restricting convicted prisoners' voting rights, or to

incorporate provisions into their laws defining the circumstances in which such a measure should be applied. In this latter case, it will be for the legislature itself to balance the competing interests in order to avoid any general, automatic and indiscriminate restriction’.

[36] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 102.

[37] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 100-110.

[38] *Strøbeye en Rosenlind*, par. 118. Als er een inhoudelijke rechtvaardiging zou worden bedacht zou daarin ofwel een uiterst discutabel waardeoordeel besloten moeten liggen over het belang van bepaalde democratische instituties (onaardig gezegd iets in de zin van: ‘gemeentes, regio’s en het Europees Parlement zijn toch niet zo belangrijk, dus dan is het niet zo erg dat mensen met een intellectuele beperking daarvoor kunnen stemmen – maar van de parlementsverkiezingen kun je ze maar beter weghouden!’), ofwel er zou een eigenaardige redenering moeten zijn over de capaciteiten van mensen met een intellectuele beperking, die dan bijvoorbeeld wel in staat zouden zijn om hun oordeel te bepalen over gemeentelijke of Europese onderwerpen, maar niet over landelijke.

[39] Zie *Strøbeye en Rosenlind*, par. 35.

[40] Zie *Strøbeye en Rosenlind*, par. 61.

[41] Zie voor deze verklaring de Deense memorie van toelichting bij de wetgeving, zoals in de EHRM-uitspraak in *Strøbeye en Rosenlind* weergegeven in par. 59.

[42] *Hirst (nr. 2)*, reeds aangehaald (noot 21), par. 79.

[43] *Animal Defenders International*, reeds aangehaald (noot 33), par. 108.

[44] Algemene aanwijzingen voor goede kwaliteit van democratische besluitvorming zijn er overigens wel; zie het overzichtje in J.H. Gerards, ‘Procedural review by the ECtHR – a typology’, in J.H. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160, par. 2.2.

[45] *Hirst (nr. 2)*, reeds aangehaald (noot 21), par. 79.

ANNOTATIE

Panioglu t. Roemenie (EHRM, nr. 33794/14) – Strasbourg judges take a dim view of one judge’s criticism of another

T. McGonagle

1. The European Court of Human Rights has developed a sizeable body of case-law on freedom of expression and the judiciary. Two major strands in that case-law concern expression *by* judges and expression *about* judges.[1] Both strands come together in the *Panioglu v. Romania* case, in which a judge was disciplined for an article she wrote that contained critical remarks about a fellow judge’s integrity. The European Court of Human Rights found no violation of her right to freedom of expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights.
2. The facts of the case are rather context-specific and the Court’s engagement with them raises few - if any - big issues in terms of its existing principles on freedom of expression and the judiciary. The case arose from an article written by the applicant in which she was very critical of previous (professional) behaviour of a group of prosecutors, including and specifically, Judge L.D.S., who had recently been appointed President of the Court of Cassation. The criticism included unsubstantiated allegations calling into question the moral and professional integrity of Judge L.D.S. The article was published in the applicant’s own name, mentioning her title as a judge attached to the Bucharest Court of Appeal.
3. The applicant was disciplined after being found to have breached Article 18 § 2 of the Code of Conduct for Judges, which reads: “The judges and prosecutors were prohibited from expressing their opinion with regard to the moral and professional integrity of their colleagues.” The disciplinary decision was permanently included in the applicant’s professional file and it is taken into account when assessing applications for promotion, although this does not prevent her from participating in promotion competitions.
4. The applicant submitted that the formulation of Article 18 § 2 of the Code of Conduct for Judges does not meet the “prescribed by law” criteria of precision and foreseeability, as developed by the European Court of Human Rights, in particular because the concepts of

“opinion expressed on the moral and professional integrity” and “colleague” were not precisely defined. The Court recalled and applied the key principles of its relevant case-law and took the view that: i) the applicant, as a professional and experienced judge, could not but have been aware of the content of the provision, and ii) that the possibility of a code-of-conduct penalty must have been foreseeable for her. It added: “had she had doubts about the exact scope of the provision in question, she could have refrained from publishing the article” (para. 106).

5. The Court accepted that the impugned comments did not concern the private life of Judge L.D.S., but “her professional activity and rise to the highest judicial position in the country” (para. 112). The Court noted that these questions were matters of public interest as they concerned “the functioning and the reform of the justice system” (*idem.*), but it did not dwell on the point. In other case-law, the Court has stressed that matters of public interest “undoubtedly [include] questions concerning the functioning of the system of justice, an institution that is essential for any democratic society”.^[2] It has also recognised “the special role of the judiciary in society” as “the guarantor of justice” (*idem.*).^[3] That role requires that the judiciary be subject to scrutiny and that they may be subject to wider limits of acceptable criticism than ordinary citizens when acting in an official capacity. In the present case, that was “especially true”, given the “visible public office” of Judge L.D.S. (para. 113).

6. Nevertheless, criticism should not be gratuitous or undermine the authority and impartiality of the judiciary. In the present case, the Court found that the applicant, as a judge, “should have been aware and mindful of the risks involved in publishing her article and the impact it could have had [...] both on Judge L.D.S.’s professional life and on the authority of the judiciary” (para. 119).

7. As to the consequences of the code-of-conduct proceedings and the proportionality of the sanction, the Court noted that the proceedings “did not entail any concrete and imminent loss of judicial office or any pecuniary penalty” for the applicant (para. 120). It noted that the decision of the proceedings was permanently recorded in her professional file and taken into account in her professional appraisal and applications for promotion (but not as the only factor). This did not preclude the applicant from participation in competitive promotion procedures. All in all, the Court did not find these measures to be disproportionate.

8. The Court briefly recalled that fear of a sanction can have a chilling effect on the freedom of expression of judges, but it did not deem the disciplinary decision excessive in the present case. The Court apparently did not see any need – in the circumstances of the case – to acknowledge that disciplinary measures can have a chilling effect not only on the individual judges directly affected by them, but also on the wider judicial community. In other cases,

such as *Baka v. Hungary* and *Kudeshkina v. Russia*, the Court has been more wary of such a wider chilling effect.[4]

9. In order to position the present judgment in the broader case-law of the Court, it is useful to note what the Court did and didn't do. It *did* stress the need for judges to exercise self-restraint when engaging in criticism outside of the court-room. It *didn't* re-affirm how important it is for judges and society that judges can participate in public debate in the first place.

10. It is widely recognised that states have a legitimate interest in requiring civil servants or judges to show a "duty of discretion" on account of their status.[5] Indeed, the duties and responsibilities of judges "assume a special significance since it can be expected of public officials serving in the judiciary that they should show restraint in exercising their freedom of expression in all cases where the authority and impartiality of the judiciary are likely to be called in question".[6] The Court seemed to double down on this point in the present case. It underscored that "the judicial authorities are required to exercise maximum discretion and that discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked" (para. 114).

11. The Court has repeatedly recognised that judges speaking in a personal, or extra-judicial, capacity, can make valuable contributions to public debate, especially in relation to legal matters or the functioning of the legal or judicial system. Any restrictions on the freedom of expression of judges, especially high-ranking judges, calls for close scrutiny. That was the case, for instance, in *Wille v. Liechtenstein*, when the President of the Liechtenstein Administrative Court gave a lecture about constitutional law that included a focus on the competences of the Constitutional Court.[7] This led to the Prince of Liechtenstein subsequently rejecting his proposed re-appointment. In *Baka v. Hungary*,[8] the applicant had been dismissed from his position as President of the Supreme Court after he publicly criticized constitutional legislative reforms affecting the judiciary. The Strasbourg Court found that it was not only his right, but his duty, to comment on such matters – a crucial principle with great practical relevance in countries like Poland where recent judicial reforms have far-reaching implications for the rule of law. The Court moreover found that his criticism did not go beyond a strictly professional perspective.

12. Given its context-specific nature, this judgment has very limited precedent-setting value. It is likely that similar issues will require fresh engagement by the Court in the future. The Romanian Code of Conduct for Judges prohibits members of the judiciary from expressing their opinions on the moral and professional integrity of their colleagues. Questions of judicial integrity are clearly matters of public interest insofar as they concern the functioning of the

system of justice and the special role of the judiciary in society as guarantors of justice. In different circumstances, for example if relevant opinions were to have a strong factual basis, the Court might well reach a different conclusion.

Prof. dr. Tarlach McGonagle

Leiden Law School

[1] See further: T. McGonagle, '*Much ado about judges: perspectieven van het EHRM*', *Mediaforum* 2020-1, p. 2-6.

[2] *Prager and Oberschlick v. Austria*, ECtHR 26 April 1995, no. 15974/90, ECLI:CE:ECHR:1995:0426JUD001597490, par. 34.

[3] *Idem*.

[4] *Baka v. Hungary* ECtHR (GC), 23 June 2016, no. 20261/12, par. 167, ECLI:CE:ECHR:2016:0623JUD002026112; *Kudeshkina v. Russia*, ECtHR 26 February 2009, no. 29492/05, par. 99-100, ECLI:CE:ECHR:2009:0226JUD002949205.

[5] *Vogt v. Germany*, ECtHR (GC) 26 September 1995, no. 17851/91, ECLI:CE:ECHR:1996:0902JUD001785191, par. 53.

[6] *Wille v. Liechtenstein*, ECtHR (GC) 28 October 1999, no. 28396/95, ECLI:CE:ECHR:1999:1028JUD002839695, par. 64.

[7] *Idem*.

[8] *Baka v. Hungary* ECtHR (GC), 23 June 2016, no. 20261/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0623JUD002026112, par. 167.

ANNOTATIE

Ekoglasnost t. Bulgarije (EHRM, nr. 31678/17) – Hoe een proceskostenveroordeling tot een schending van het EVRM kan leiden***L.C.W.M. van Kessel***

1. In deze zaak staat de vraag centraal of de hoge proceskostenveroordeling waartoe de in de nationale procedure in het ongelijk gestelde partij is veroordeeld, een schending van art. 1 van het Eerste Protocol oplevert. Deze vraag zal in dit commentaar met name in de bredere context worden geplaatst van eerdere rechtspraak die door het EHRM over dit onderwerp is gewezen. Hoe verhouden de grondslag van het recht op toegang tot de rechter ingevolge art. 6 lid 1 EVRM en de grondslag van het recht op eigendom uit art. 1 van het Eerste Protocol zich tot elkaar bij een klacht over de ‘disproportionaliteit’ van een proceskostenveroordeling? Als het EHRM de klacht onder art. 1 van het Eerste Protocol behandelt, onder welke ‘regel’ van dat artikel doet hij dat dan? En, wat zijn de gevolgen van die keuze? Voorts zal het door het EHRM aangenomen legitieme doel van een proceskostenveroordeling worden besproken. Afgesloten zal worden met een verkenning van de belangen die het EHRM meeneemt bij de beoordeling van de proportionaliteit tussen het nagestreefde legitieme doel en de gevolgen daarvan voor de individuele rechtzoekende. Deze onderwerpen zullen als leidraad dienen voor de bespreking van de overwegingen van het Hof in deze zaak over de vraag of art. 1 van het Eerste Protocol is geschonden. De overwegingen die het Hof heeft gewijd aan de ontvankelijkheid van de klacht (vgl. par. 59-61) en de toegekende genoegdoening ingevolge art. 41 EVRM (vgl. par. 88) zullen in dit commentaar buiten beschouwing worden gelaten.

Art. 6 EVRM of art. 1 van het Eerste Protocol?

2. In het verleden is er in de Straatsburgse rechtspraak het een en ander te doen geweest over de vraag of een klacht over (de disproportionaliteit van) proceskosten onder de reikwijdte van het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM moest worden begrepen, of onder de reikwijdte van het recht op eigendom in art. 1 van het Eerste Protocol. Zo oordeelde de Commissie in de zaak *Aires t. Portugal* – kort gezegd – dat een beslissing over de proceskosten een nevenbeslissing in de procedure betreft en als zodanig geen geschilpunt over de

vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM is, en werd de klacht onder art. 1 van het Eerste Protocol behandeld.[1] Uit de *dissenting opinion* van de rechters Lorenzen, Casadevall en Fura bij de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Perdigão t. Portugal* blijkt daarentegen dat (ten minste) een deel van de toenmalige rechters van het EHRM juist een voorkeur had voor behandeling van deze klacht onder het recht op toegang tot de rechter ingevolge art. 6 lid 1 EVRM.[2]

Thans lijkt aan de vraag naar het geëigende EVRM-recht voor de beoordeling van een beweerde disproportionaliteit van een proceskostenveroordeling in de rechtspraak van het EHRM geen bijzondere dogmatische betekenis meer toe te worden gekend. Alle varianten – alleen behandeling onder art. 6 EVRM,[3] behandeling onder zowel art. 6 EVRM als onder art. 1 van het Eerste Protocol[4] en behandeling uitsluitend onder art. 1 van het Eerste Protocol[5] – komen in de rechtspraak van het EHRM voor, zonder dat voor die verschillen in behandeling altijd een sluitende verklaring kan worden gegeven.[6]

3. Het opleggen van een (aanzienlijke) financiële last na het beëindigen van een procedure, zoals de plicht tot het betalen van gerechtskosten[7] of de kosten van rechtsbijstand van de wederpartij,[8] kan dus tot een beperking van het recht op toegang tot de rechter leiden, maar ook tot een beperking van het recht op eigendom in de zin van art. 1 van het Eerste Protocol.

4. In deze zaak wordt de klacht over de disproportionaliteit van de proceskostenveroordeling uitsluitend onder art. 1 van het Eerste Protocol behandeld. Daarvoor is in dit geval wél een logische verklaring. De zaak waarin de proceskostenveroordeling is opgelegd, betrof een herroepings-/herzieningsprocedure en op dergelijke procedures is art. 6 EVRM niet van toepassing.[9]

Welke ‘regel’ uit art. 1 van het Eerste Protocol is van toepassing en wat zijn de gevolgen daarvan?

5. Bij de behandeling van een klacht over de disproportionaliteit van een proceskostenveroordeling onder art. 1 van het Eerste Protocol heeft zich in de Straatsburgse rechtspraak de vervolgvraag voorgedaan onder welke van de drie ‘regels’ uit art. 1 van het Eerste Protocol de klacht behandeld dient te worden: de hoofdregel in de eerste zin, waarin het recht op ongestoord eigendomsgenot is verwoord, of de tweede specifiek benoemde beperking daarop die in de laatste zin van art. 1 van het Eerste Protocol is opgenomen? In par. 69-71 geeft het Hof de stand van zaken in zijn rechtspraak rondom deze vraag weer. Het Hof bevestigt dat het voor het antwoord op deze vraag van belang is om een onderscheid te maken naar de aard van de kosten waarop de veroordeling betrekking heeft. Betreft het een veroordeling tot betaling van de gerechtskosten of een veroordeling tot betaling van de kosten voor rechtsbijstand die door de wederpartij zijn gemaakt? Een proceskostenveroordeling die

ziet op de kosten van rechtsbijstand, zoals in deze zaak, levert een inbreuk op op het recht op ongestoord eigendomsgeenot, zoals neergelegd in de eerste zin van art. 1 van het Eerste Protocol. Een veroordeling tot betaling van gerechtskosten valt daarentegen onder het recht van de Staat 'om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt (...) om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren', die in de laatste zin van art. 1 van het Eerste Protocol is neergelegd. Deze kosten zien op de kosten van de gerechtelijke procedure en vormen een financiële bijdrage van de rechtzoekende aan de overheidskosten die met het systeem van rechtspraak gemoeid zijn. Het zijn kosten die de algemene overheidsuitgaven betreffen.[10] Vandaar dat deze kosten onder de 'regel' in de laatste zin van art. 1 van het Eerste Protocol worden gebracht.

6. In de uitwerking van de aan de beperking op het recht op eigendom te stellen eisen is de categorisering van de proceskostenveroordeling onder de 'regels' in art. 1 van het Eerste Protocol overigens om het even. Het Hof merkt dat ook op in par. 72. De eisen die aan een gerechtvaardigde inbreuk op het ongestoorde eigendomsgeenot uit de eerste zin van art. 1 van het Eerste Protocol worden gesteld en de eisen die aan de toepassing van het recht van de Staat in de laatste zin van art. 1 van het Eerste Protocol worden gesteld, verschillen in resultaat niet van elkaar.[11] Een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op ongestoord eigendomsgeenot dient een wettelijke grondslag te hebben,[12] een legitiem doel te dienen[13] en proportioneel te zijn. Hetzelfde geldt voor het recht van de Staat 'om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt (...) om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren'. De wettelijke grondslag en het legitieme doel liggen al besloten in dit recht van de Staat om inbreuk op het eigendomsrecht te maken. Dit blijkt uit de zinsnede 'om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt (...) in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren'.[14] Bij de toepassing van dit recht dient de Staat echter ook de proportionaliteit in acht te nemen. Dit vereiste ligt, zoals het EHRM in eerdere rechtspraak heeft overwogen, besloten in de structuur van art. 1 van het Eerste Protocol. Het recht van de Staat om een beperking op het eigendomsrecht aan te brengen, kan niet los worden gezien van het algemene recht op een ongestoord eigendomsrecht in de eerste zin van dat artikel en moet dan ook in het licht daarvan worden uitgelegd.[15]

7. Doordat de proceskostenveroordeling in de meeste rechtsstelsels van Europa op wettelijke bepalingen met aanvullende regelingen is gebaseerd, vormt het eerste aan een inbreuk te stellen vereiste van de wettelijke grondslag doorgaans geen vereiste waar in de rechtspraak van het EHRM uitvoerige overwegingen aan (moeten) worden gewijd,[16] tenzij er uiteraard iets zou mankeren aan de toegankelijkheid, precisie en voorzienbaarheid van de regeling.[17] Zo ook in deze zaak (vgl. par. 73). Ik zal mij in dit commentaar dan ook beperken tot de andere

twee vereisten: het legitieme doel van een proceskostenveroordeling en de proportionaliteit van een dergelijke veroordeling in het concrete geval.

Legitiem doel van een proceskostenveroordeling

8. Het legitieme doel dat met een proceskostenveroordeling wordt nagestreefd, verschilt naar gelang de keuze voor het stelsel van verdeling dat daartoe is gemaakt. In de literatuur over proceskostenveroordeling worden twee hoofdstelsels onderscheiden en twee varianten daarop, die zich tussen de twee uitersten op de as van de hoofdstelsels bevinden. Op de linker-as bevindt zich het indemnisiestelsel, ook wel aangeduid met *loser pays (all)* of de *English rule* en in de rechtspraak van het EHRM ook wel ‘the principle that “costs follow the event”’ genoemd (vgl. par. 78)[18]. In dat stelsel draagt de in het ongelijk gestelde partij aan het eind van de procedure alle kosten van de in het gelijk gestelde partij, inclusief die voor rechtsbijstand. Op de rechter-as bevindt zich het compensatiestelsel, ook wel aangeduid met *each pays his own* of de *American rule*. In dit stelsel draagt iedere procespartij aan het eind van de procedure de eigen kosten, ongeacht de uitkomst daarvan. Tussen deze twee hoofdstelsels bevinden zich het stelsel *arbitrium iudicis* – de rechter beslist in elk afzonderlijk geval vrijelijk over de kosten – en het continentale stelsel of de *European rule* – waarin de in het ongelijk gestelde partij slechts een deel van de kosten van de in het gelijk gestelde partij hoeft te vergoeden, meestal op basis van een systeem van gefixeerde bedragen.[19]

9. In de rechtspraak van het EHRM lijkt de kwalificatie van een proceskostenregeling beperkt te zijn tot de twee hoofdstelsels. Tot nu toe zijn daarin alleen regelingen voorbij gekomen die voldoen aan de *loser pays (all) rule*. De mate waarin een proceskostenregeling die is gebaseerd op dit stelsel uitzonderingen en/of beperkingen bevat – en dus kenmerken bevat van *arbitrium iudicis* en/of de *European Rule* – is niet van belang voor de kwalificatie van die regeling. Zo blijkt uit de proceskostenregeling zoals omschreven in par. 41-54 van de uitspraak dat Bulgarije een indemnisiestelsel kent, met daarop een vooraf bepaalde beperking die tot een reductie van de te betalen kosten aan rechtsbijstand kan leiden. Desondanks wordt dit stelsel van proceskostenverdeling door het Hof gekwalificeerd als een (zuiver) *loser pays (all)* stelsel (vgl. par. 41 en par. 78). Overigens blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat de uitzonderingen en/of beperkingen via het criterium ‘flexibiliteit van de regeling’ wel van betekenis zijn in het kader van de beoordeling van de proportionaliteit van de inbreuk, zoals hierna onder nr. 14 zal blijken.

10. De ratio van de *loser pays (all) rule* is, zoals het Hof in par. 74 van zijn uitspraak nog eens weergeeft, om onnodige geschillen en onredelijk hoge proceskosten te voorkomen door potentiële eisers ervan te weerhouden onnodige of excessief hoge vorderingen in te stellen zonder de gevolgen daarvan te hoeven dragen. Door het ontmoedigen van kennelijk

ongegronde rechtszaken en daardoor het voorkomen van buitensporige kosten, strekt deze regel ertoe om ‘the proper administration of justice’ te garanderen en de rechten van anderen te beschermen.[20] Daarom is het EHRM van oordeel dat de *loser pays (all) rule* op zichzelf niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol.[21] Hetzelfde heeft het EHRM in eerdere rechtspraak overwogen ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 lid 1 EVRM.[22]

11. Uit eerdere rechtspraak van het EHRM blijkt voorts dat dit laatste niet anders is als de wederpartij in de procedure geen private partij is, maar de Staat, en de Staat, als de in het gelijk gestelde partij, de door hem gemaakte kosten voor rechtsbijstand vergoed krijgt door de wederpartij. De Staat beschikt, aldus het EHRM, niet over onbeperkte middelen en dient, evenals private procespartijen, beschermd te worden tegen kennelijk ongegronde rechtszaken.[23]

Proportionaliteitstoets en de belangen die daarbij zoal een rol spelen

12. Bij de inrichting van de regels voor de proceskostenveroordeling komt de Staat, evenals bij andere regels die zien op de inrichting van het gerechtelijk apparaat,[24] een *wide margin of appreciation* toe,[25] waarvan het Hof zich in deze zaak in par. 83 ook rekenschap geeft. Dit brengt met zich dat het EHRM niet bevoegd is om de door de Staat gekozen methode om de omvang van de proceskosten te bepalen, te beoordelen.[26] Het EHRM kan slechts beoordelen hoe de toepassing daarvan in het concrete geval is uitgepakt,[27] zoals het Hof in deze zaak in par. 77 ook weer voorop heeft gesteld.

13. En met die toepassing is het volgens het Hof in deze zaak fout gegaan. Kort gezegd, is de uitkomst van de toepassing van de wettelijke mogelijkheid om de advocaatkosten te reduceren volgens het Hof in het licht van de daartoe in het Bulgaarse recht ontwikkelde criteria zodanig onlogisch – lees: zodanig hoog –, dat een voldoende onderbouwing van deze uitkomst door de rechter noodzakelijk was. Nu een dergelijke motivering ontbreekt, kan deze proceskostenveroordeling de proportionaliteitstoets van het Hof niet doorstaan (vgl. par. 78-83).

14. Doordat de proportionaliteitstoets in deze zaak zo sterk gericht is op de uitkomst van de toepassing van concrete Bulgaarse bepalingen voor proceskostenveroordeling en het Hof de zaak in feite afdoet op een ‘motiveringsgebrek’, kunnen uit de proportionaliteitstoets in deze zaak geen algemene criteria afgeleid worden die daarvoor relevant zijn. Eerdere uitspraken zijn echter wel richtinggevend(er) geweest. Zo is het enkele gegeven dat de *loser pays (all) rule* ertoe kan leiden dat de in het ongelijk gestelde partij de kosten voor drie doorlopen instanties moet vergoeden op zichzelf niet disproportioneel.[28] Verder kan uit die rechtspraak worden

afgeleid dat het Hof de volgende belangen meeneemt in zijn (proportionaliteits)weging: i) Biedt de regeling voor proceskostenveroordeling enige mogelijkheid tot een flexibele toepassing?[29] ii) Wat is de verhouding tussen de persoonlijke omstandigheden van de tot betaling van de proceskosten veroordeelde partij, zoals inkomen en gezinssamenstelling, en het verschuldigde bedrag aan proceskosten?[30] iii) Is de hoogte van de proceskostenveroordeling redelijk?[31] iv) In hoeverre bestaat in de nationale rechtspraak duidelijkheid over het geschilpunt in kwestie, zodat eiser vooraf kon inschatten wat de kans op welslagen van zijn vordering[32] en de redelijkheid van de hoogte van het gevorderde geldbedrag waren – en niet het verwijt te maken valt van een bewust ingestelde kansloze of exorbitante vordering?[33] v) Hoe was het (proces)gedrag van de partij die in de kosten van de procedure is veroordeeld – waaronder ook de vraag is begrepen of de hoogte van de ingestelde vordering exorbitant was en of het gedrag tot extra kosten bij de wederpartij heeft geleid?,[34] en vi) Betreft het een geschil tussen private partijen of een geschil met de overheid? In dat laatste geval, een geschil met de overheid, lijkt het EHRM eerder disproportionaliteit van de proceskostenveroordeling aan te nemen.[35] Dat lijkt met name het geval te zijn als een overheidsorgaan in de procedure waar de proceskostenveroordeling betrekking op heeft, is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding.

15. Zo heeft het EHRM in een zaak die de schadeloosstelling voor een onteigening door de Staat betrof waarbij de veroordeling voor de proceskosten hoger uitviel dan de schadeloosstelling die de Staat aan de onteigende diende te betalen, geoordeeld dat niet voldaan was aan het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol. Het eindresultaat was namelijk dat iemand door de onteigening ‘zijn’ grond kwijt was, maar in aanvulling daarop ook gehouden was om een bedrag aan de Staat te betalen.[36] Het EHRM kwam ook tot een schending van art. 1 van het Eerste Protocol in een onteigeningszaak waarin de onteigende de proceskosten van de Staat diende te vergoeden en deze kosten 60% van het aan hem toegekende bedrag aan schadeloosstelling betrof. Daaraan deed volgens het EHRM niet af dat de Staat was veroordeeld om hetzelfde bedrag aan proceskosten aan de advocaat van de onteigende te voldoen. De schadeloosstelling waartoe de Staat na een onteigening ingevolge art. 1 van het Eerste Protocol is gehouden, was door de proceskostenveroordeling substantieel verminderd, terwijl de actor die aanleiding had gegeven tot het entameren van een juridische procedure de Staat was geweest door zijn besluit tot onteigening, aldus het EHRM.[37] Ten slotte heeft het EHRM ook een schending van art. 6 lid 1 EVRM en van art. 1 van het Eerste Protocol aangenomen in een zaak waarin de proceskostenveroordeling een substantieel deel betrof van de schadevergoeding die was toegekend voor een vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM door een politieambtenaar. De proceskostenveroordeling betrof in dat geval 79% van het toegekende bedrag aan schadevergoeding.[38] Indien de tegen het overheidsorgaan ingestelde vordering door de nationale rechter daarentegen is afgewezen, is

door het EHRM geen schending van art. 1 van het Eerste Protocol aangenomen bij een hoge proceskostenveroordeling.[39]

L.C.W.M. van Kessel

als docent Civiel recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

[1] *Aires t. Portugal*, ECRM 25 mei 1995 (ontv.), nr. 21775/93, ECLI:CE:ECHR:1995:0525DEC002177593, par 1.

[2] Ook uit de *concurring opinion* van de rechters Ziemele en Villiger bij deze uitspraak (*Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg) lijkt die nadruk op art. 6 lid 1 EVRM in beginsel te volgen, maar lijkt in het gegeven geval een behandeling onder art. 1 van het Eerste Protocol te hebben plaatsgevonden vanwege het feit dat de veroordeling in de proceskosten de door dit artikel bij onteigening voorgeschreven schadeloosstelling in feite teniet deed gaan.

[3] *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout.

[4] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout en *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310. In de laatste zaak heeft het Hof art. 1 van het Eerste Protocol ambtshalve toegepast (par. 104).

[5] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517 en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[6] Zie ook *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 51.

[7] *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, par. 54, «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout.

[8] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 118-119, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout en *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, no. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par.

77 en par. 81.

[9] Zie bijvoorbeeld *Eder t. Duitsland*, EHRM 13 oktober 2005 (ontv.), nr. 11816/02, ECLI:CE:ECHR:2005:1013DEC001181602, par. 1 a).

[10] Zie ook *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 92, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 60-62 en par. 72, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[11] *Denisova en Moiseyeva t. Rusland*, EHRM 1 april 2010, nr. 16903/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0401JUD001690303, par. 55.

[12] Zie voor de basis van het vereiste van de wettelijke grondslag *Iatridis t. Griekenland*, EHRM (GK) 25 maart 1999, nr. 31107/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0325JUD003110796, par. 58.

[13] Zie voor de basis van het vereiste van het legitieme doel *Beyeler t. Italië*, EHRM (GK) 5 januari 2000, nr. 33202/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, par. 111, «EHRC» 2000/18 m.nt. Heringa.

[14] *Beyeler t. Italië*, EHRM (GK) 5 januari 2000, nr. 33202/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, par. 111, «EHRC» 2000/18 m.nt. Heringa.

[15] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 75 en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 64 en par. 67, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[16] Zie ook D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick (red.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 867.

[17] Zie bijvoorbeeld *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 52-58, «EHRC» 2011/116.

[18] *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 59, «EHRC» 2011/116 en *Agis Antoniadis t. Verenigd Koninkrijk*, ECRM 15 februari 1990 (ontv.), nr. 15434/89, ECLI:CE:ECHR:1990:0215DEC001543489, par. 2.

[19] P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 46-47, met verdere literatuurverwijzingen.

[20] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 96, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout; *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 80, 81 en 84; *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 59, «EHRC» 2011/116 en *Agis Antoniadis t. Verenigd Koninkrijk*, ECRM 15 februari 1990 (ontv.), nr. 15434/89, ECLI:CE:ECHR:1990:0215DEC001543489, par. 2.

[21] Zie ook *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 96, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout en *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 59, «EHRC» 2011/116.

[22] *Harrisson McKee t. Hongarije*, EHRM 3 juni 2014, nr. 22840/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, par. 22, «EHRC» 2014/179; *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 82 en *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, par. 52, «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout.

[23] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 96, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout en *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110 en par. 85.

[24] Zie bijvoorbeeld *Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk* EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578, par. 35 en *Sejdovic t. Italië*, EHRM (GK) 1 maart 2006, no. 56581/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, par. 83, «EHRC» 2006/45.

[25] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 75 en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 67 en par. 70, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[26] *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 67 en par. 70, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[27] Zie ook *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 71, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg.

[28] *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08,

ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 60 en *Agis Antoniadis t. Verenigd Koninkrijk*, ECRM 15 februari 1990 (ontv.), nr. 15434/89, ECLI:CE:ECHR:1990:0215DEC001543489, par. 2.

[29] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 101, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout; *Harrisson McKee t. Hongarije*, EHRM 3 juni 2014, nr. 22840/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, par. 34, «EHRC» 2014/179; *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 60, «EHRC» 2011/116 en vgl. *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110.

[30] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 100 en par. 110, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout. Waar de proceskostenveroordeling meer dan 4 respectievelijk 10 keer het maandinkomen van de procespartij betrof. Zie ook *Harrisson McKee t. Hongarije*, EHRM 3 juni 2014, nr. 22840/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, par. 29, «EHRC» 2014/179.

[31] *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011 (ontv.), nr. 16261/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0412DEC001626108, par. 60, «EHRC» 2011/116.

[32] *Cindrić en Bešlić t. Kroatië*, EHRM 6 september 2016, nr. 72152/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0906JUD007215213, par. 103-107 en par. 110, «EHRC» 2016/243 m.nt. Fernhout.

[33] *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110 en par. 88-89 en *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, par. 62, «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout.

[34] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 79-82; *Harrisson McKee t. Hongarije*, EHRM 3 juni 2014, nr. 22840/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, par. 33, «EHRC» 2014/179; *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110 en par. 93-95 en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 68 en par. 74-76, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg en *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, par. 60-63 (met betrekking tot art. 6 EVRM), «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout.

[35] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 78; *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr.

28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110 en par. 94 ('(...) However, in the present case the domestic courts applied that provision mechanically without having sufficient regard to the specific circumstances of the applicant's case, especially the fact that it concerned compensation for non-pecuniary damage sustained as a result of a criminal offence of ill-treatment by the police rather than an ordinary civil-law dispute between private parties.') en *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 72.

[36] *Perdigão t. Portugal*, EHRM (GK) 16 november 2010, nr. 24768/06, ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 71-78, «EHRC» 2011/11 m.nt. Ruitenburg. Zie ook *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, no. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 78.

[37] *Musa Tarhan t. Turkije*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 12055/17, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD001205517, par. 76-89.

[38] *Klauz t. Kroatië*, EHRM 18 juli 2013, nr. 28963/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD002896310, par. 110 en par. 88-97. Zie ook *Stankov t. Bulgarije*, EHRM 12 juli 2007, nr. 68490/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, par. 51-67, «EHRC» 2007/105 m.nt. Fernhout, waarin de proceskostenveroordeling 90% betrof van het door de Staat te betalen bedrag voor immateriële schade als gevolg van een onrechtmatige detentie.

[39] *Harrisson McKee t. Hongarije*, EHRM 3 juni 2014, nr. 22840/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, par. 32, «EHRC» 2014/179.

ANNOTATIE

M.L. t. Noorwegen (EHRM, nr. 64639/16) – Recht op hereniging illusoir bij direct toewerken naar pleegouderadoptie zonder regelmatig contact***M.R. Bruning***

1. Opnieuw heeft het EHRM uitspraak gedaan in een kinderbeschermingszaak tegen Noorwegen waarin bij het Europees Hof de vraag centraal staat of de beslissing tot adoptie van het pleegkind door haar pleegouders, waar zij opgroeit al sinds zij negen dagen oud is, terwijl de biologische moeder van het meisje niet instemt, gelegitimeerd is. Inmiddels heeft de Grote Kamer van het Hof in *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, een zaak waarin de feiten sterk leken op die in de onderhavige zaak, op 10 september 2019 benadrukt dat een adoptiebeslissing als ultieme vorm van kinderbescherming een dermate grote inbreuk op het gezinsleven van biologische ouders maakt, dat de belangen van ouders en pleegkind zeer zorgvuldig in kaart moeten worden gebracht en moeten worden gewogen.^[1] De enkele constatering dat het gaat om een extra kwetsbaar kind voor wie de toekomst niet bij de biologische ouder, maar in een pleeggezin ligt, is volgens het Hof relevant, maar onvoldoende om deze zware inbreuk te legitimeren. Net als in de uitspraak *Strand Lobben*, beslist het Hof ook in de nu voorliggende zaak *M.L.* dat de redenen die door de Noorse kinderbeschermingsautoriteiten zijn aangevoerd om de adoptie te rechtvaardigen wel relevant, maar niet voldoende zijn om als rechtvaardiging te dienen voor deze zware inbreuk op het recht op respect voor het gezinsleven, waarbij alle banden met de biologische ouder worden doorgesneden.

2. Behalve deze zaak heeft het Europees Hof in de afgelopen twee jaar nog in zes andere kinderbeschermingszaken tegen Noorwegen beslist, met in al deze zaken als conclusie dat sprake was van een schending van art. 8 EVRM.^[2] In deze kinderbeschermingszaken tegen Noorwegen uit 2019 en 2020 ging het ook om situaties waarin een kind, dat soms al vanaf heel jonge leeftijd (dagen tot weken na de geboorte) in een perspectiefbiedend pleeggezin werd geplaatst, vanaf een uithuisplaatsing nog maar nauwelijks omgang had met de biologische moeder of ouders, namelijk enkele keren per jaar (2-6 keer gedurende een of twee uur onder begeleiding), waarna in de meeste zaken na enkele jaren een beslissing tot gezagsbeëindiging

of tot adoptie werd genomen. Daarbij ging het in bijna alle zaken om een ouder of een ouderpaar dat afkomstig was uit het buitenland (Oost-Europa, Somalië, Filipijnen). In mijn noot bij *Strand Lobben* in *EHRC* ging ik al uitgebreid in op de vele protesten en media-aandacht waartoe deze kinderbeschermingspraktijk leidde.[3] Inmiddels is overduidelijk dat het patroon waarbij een kind vanaf de uithuisplaatsing in een pleeggezin zijn of haar ouders nog maar enkele keren per jaar onder begeleiding mag zien, niet door de beugel kan en niet voldoet aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 8 EVRM. De zeer strikte beperking van omgang leidt er immers toe dat er geen daadwerkelijke stappen worden genomen om te werken aan een mogelijke terugplaatsing van het kind bij de ouder(s), terwijl dit volgens het Hof wel een positieve verplichting is in situaties van uithuisplaatsing van een kind. Inmiddels hebben de bovengenoemde adoptie-uitspraken ook tot wetenschappelijke publicaties geleid.[4]

3. In deze zaak staan de klachten van moeder, en niet die van haar dochter, centraal. Moeder diende niet mede namens haar dochter een klacht in, zoals dat wel het geval was in *Strand Lobben*. Dat resulteert in een beslissing waarbij niet wordt ingegaan op procedurele rechten van het kind, zoals in de uitspraak in *Strand Lobben*. In die uitspraak van de Grote Kamer werd in een *joint dissenting opinion* aandacht gevraagd voor effectieve juridische bijstand van kinderen in dergelijke procedures, zowel voor wat betreft de toegang tot het Europees Hof als voor de vertegenwoordiging in procedures die bij het Hof aanhangig zijn.[5] Nu de minderjarige geen klager is omdat moeder niet tevens namens haar een klacht heeft ingediend, gaat het Hof behalve op procedurele rechten van het kind evenmin concreet in op de specifieke belangen van het meisje. Dit is een gemiste kans; het Hof had ook ambtshalve concreter in kunnen gaan op deze belangen, die in kinderbeschermingszaken centraal staan.

4. Een interessante wending ten opzichte van de *Strand Lobben*-uitspraak van de Grote Kamer is dat het Hof in zijn beoordeling in *M.L.* niet louter kijkt naar de beslissingen waarover klachten zijn ingediend – te weten de gezagsbeëindiging en de adoptie – maar tevens naar de beslissingen die hieraan voorafgingen. In *Strand Lobben* had klaagster na de verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer geprobeerd haar klachten uit te breiden tot alle beslissingen van de kinderbeschermingsautoriteiten, vanaf het moment dat haar baby werd geboren en zij uit huis werd geplaatst. De Grote Kamer verwierp dit verzoek op procedurele gronden: er zou geen bevoegdheid zijn om nieuwe klachten te beoordelen, maar de Grote Kamer van het Hof zou de beslissingen waarover werd geklaagd wel in de context stellen van de eerder genomen beslissingen (zoals de spoeduithuisplaatsing en de contactbeperkingen).[6] In een concurring opinion van zes rechters van de Grote Kamer werd gesteld dat: “I would have preferred to assess the case more broadly and to look at the “full picture” (...) The main shortcomings, for which the authorities were responsible, did not occur in the proceedings of 2011-12, but rather

had occurred at the earlier stages (...) the Court should have assessed the entire inter-connected process which ultimately led to the impugned decision. This “process” should, particularly in a case such as the instant one, be understood in a broader context. It concerns not only the final proceedings before the courts, but extends to the previous proceedings before the administrative authorities, which were intrinsically linked to the later proceedings resulting in the impugned decision. Therefore, “related proceedings” should include all relevant actions, omissions and decisions by the authorities which paved the way for the final court decisions, built their inseparable factual and/or legal basis and predetermined their outcome to a large extent”.^[7] Hieronder zal blijken dat juist de eerste beslissingen tot uithuisplaatsing van de jonge baby in een pleeggezin en de contactbeperkingen daarbij bepalend waren voor het verdere verloop van deze zaak.

5. In *M.K. t. Noorwegen* gaat het opnieuw om een klacht tegen de beslissingen tot gezagsbeëindiging en adoptie en geeft het Hof expliciet aan dat de eerste beslissingen en procedures die tot de gezagsbeëindiging en adoptie hebben geleid, geen onderdeel uitmaken van de zaak die voorligt bij het Hof (par. 75). Desalniettemin geeft het Hof nu expliciet aan dat de gebeurtenissen die tot deze beslissingen hebben geleid dermate bepalend waren voor het verloop van de zaak dat het Hof ook deze gebeurtenissen mag betrekken bij de beoordeling of voldaan is aan de vereisten die voortvloeien uit art. 8 EVRM. Hoewel het Hof daarbij aangeeft dat de beoordeling in breder perspectief voortvloeit uit de beslissing van de Grote Kamer in *Strand Lobben*, maakt het Hof in deze zaak, en eerder in *Hernehult t. Noorwegen*, naar mijn mening explicieter duidelijk dat de beoordeling niet louter beperkt is tot de klachtonderdelen.^[8] Dit betekent een belangrijke opening voor een bredere beoordeling van de gehele procedure en gang van zaken vanaf het moment van uithuisplaatsing van een jong kind. Dat is een belangrijke stap vooruit, want, zoals het Hof ook aangeeft, in kinderbeschermingszaken zijn juist de beslissingen die in een vroeg stadium worden genomen over de toekomst van een kind en wat daarvoor nodig is, veelal bepalend voor het verloop van een zaak die tot gezagsbeëindiging of adoptie kan leiden.

6. Net als in de zaak *Strand Lobben* zijn er ook in deze zaak derde-partijen, te weten de verdragsstaat Slowakije en de NGO Ordo Iuris Institute of Legal Culture. In hun reacties op deze zaak, waarin wordt benadrukt dat kinderen thuishoren bij hun biologische ouders en dat het in het belang van uit huis geplaatste kinderen is om teruggeplaatst te worden of contact te houden met hun biologische ouders, wordt duidelijk dat zij niet het kinderbeschermingssysteem voorstaan zoals Noorwegen dat heeft ingericht. In het Noorse systeem wordt bij een beslissing tot uithuisplaatsing van een baby of jong kind doorgaans snel toegewerkt naar een nieuwe toekomst voor het kind in de vorm van een adoptie door pleegouders, ook als biologische ouders daar niet mee instemmen. Zoals in deze zaak, maar

ook in de eerdere kinderschermingszaken tegen Noorwegen bij het Hof blijkt, gaat deze aanpak gepaard met een zeer beperkte contactregeling tussen jonge kinderen en hun biologische ouder(s). Vaak is er maar enkele keren per jaar (een keer in de drie maanden) één of twee uur contact. In dit systeem wordt derhalve snel besloten tot een nieuw toekomstperspectief voor jonge kinderen en het behoud van banden met het oorspronkelijke gezin hoort daar in Noorwegen lang niet altijd bij. Ook uit de reacties van de vele derde-partijen in de *Strand Lobben*-zaak voor de Grote Kamer van het Hof bleek dat deze kinderschermingsbenadering aan veel kritiek onderhevig is. Het Noorse systeem met een snelle toekomstplanning ('*permanency planning*'), zeer beperkte contacten tussen een jong kind en zijn of haar ouder(s) en adoptiebeslissingen past niet in de visie die verschillende andere landen en NGO's hebben ten aanzien van een effectief kinderschermingsstelsel. Vooral over de vraag of het doorbreken van alle banden met de oorspronkelijke familie door het uitspreken van de adoptie van het kind in het belang van het kind is, bestaan verschillende meningen. Het Hof is, net als de Grote Kamer in *Strand Lobben*, in *M.L.* opnieuw heel duidelijk: "... the Court firstly reiterates that it has previously refrained from attempting to untangle the opposing considerations inherent in questions concerning whether adoption or longterm foster care may be in the best interests of a child in a specific case and is not inclined to take a different approach in respect of the instant case" (par. 88). Met andere woorden: het Hof kiest geen partij en laat in het midden hoe een kinderschermingsstelsel het beste ingericht kan worden en welke uitgangspunten daarbij worden gehanteerd. Dit lijkt verstandig, want afhankelijk van verschillende normen en waarden en verschillende culturen bestaan verschillende uitgangspunten die niet per definitie beter of slechter zijn voor een kind dat ernstig in zijn of haar ontwikkeling wordt bedreigd. Daarbij is het natuurlijk wel zaak dat fundamentele rechten van ouders en kinderen worden gegarandeerd.

7. De contacten tussen klagster en haar pasgeboren dochter, die negen dagen na haar geboorte uit huis werd geplaatst en in een pleeggezin opgroeide, waren in deze zaak vanaf de aanvang ook zeer beperkt geweest. Vanaf het moment van de uithuisplaatsing van de baby in een pleeggezin, nadat de moeder met haar baby verplicht in een moeder en kind-centrum had verbleven en de hulpverleners na vier dagen van mening waren dat de moeder onvoldoende pedagogische kwaliteiten had om voor haar baby te zorgen, werd de omgang tussen moeder en haar dochter al snel beperkt tot vier keer per jaar gedurende twee uur. Enkele maanden later werd het contact verder beperkt tot vier keer per jaar gedurende één uur. Er was derhalve slechts een zeer beperkte omgangsregeling waarmee de moeder geen nauwe band, of eigenlijk geen enkele band, met haar jonge kind kon opbouwen. Vervolgens werd na ongeveer vier jaar de adoptie van dit meisje door haar pleegouders uitgesproken op grond van uitzonderlijke omstandigheden die volgens de nationale autoriteiten kort gezegd gelegen waren in de kwetsbaarheid van het meisje, de omstandigheid dat het meisje geen gehechtheidsrelatie met

haar biologische moeder had en de beschermingsbehoefte van het meisje tegen juridische acties van haar moeder om haar kind terug te krijgen of in elk geval meer contact met haar te hebben. De kern van deze zaak draait om de vraag of het Hof deze redenen relevant en voldoende vindt voor de zware inbreuk in het recht op gezinsleven van moeder dat met een adoptie wordt gemaakt.

8. De beoordeling van het Hof omvat een procedurele en materiële toets. Aan de procedurele vereisten die voortvloeien uit art. 8 EVRM is volgens het Hof voldaan. Er is zorgvuldig onderzoek gedaan en verschillende getuigen zijn gehoord, er is veel tijd uitgetrokken voor de zitting, de beslissingen tot gezagsbeëindiging en adoptie zijn uitvoerig en gedetailleerd gemotiveerd en zijn in hoger beroep opnieuw zorgvuldig getoetst. Daarbij had klaagster een advocaat die haar juridisch bijstond en had zij haar zienswijze uitgebreid naar voren kunnen brengen. De uitkomst van deze procedurele toets is dan ook niet verrassend.

9. In deze beslissing draait het om de materiële toets: hebben de bevoegde autoriteiten relevante en voldoende redenen aangevoerd voor de ingrijpende adoptiebeslissing waarmee alle banden van klaagster met haar dochtertje werden doorbroken? Hoewel het Hof zoals hierboven genoemd geen oordeel uitspreekt over de vraag of een langdurige pleeggezinplaatsing dan wel een adoptie van een pleegkind het meest in het belang van het kind is, legt het wel een zeer strenge toets aan van de adoptiebeslissing, waarbij de beoordelingsruimte van de verdragsstaat volgens het Hof zeer beperkt is vanwege de zware inbreuk op het recht op respect voor het gezinsleven. Het Hof benadrukt al in de algemene overwegingen ten aanzien van de uitgangspunten in dergelijke situaties dat prioriteit geven aan het intact houden van gezinnen en, na uithuisplaatsing, van gezinshereniging, in kinderbeschermingszaken belangrijke onderdelen van art. 8 EVRM zijn. Een uithuisplaatsing van een kind moet altijd als tijdelijke maatregel worden ingezet en in de eerste plaats gericht zijn op terugplaatsing van het kind. Daarbij benoemt het Hof dat de positieve verplichting van kinderbeschermingsautoriteiten om gezinshereniging na te streven begint op het moment van uithuisplaatsing, en niet pas nadat zwaardere maatregelen zijn getroffen, zoals gezagsbeëindiging. Deze verplichting tot hereniging van kind en ouder(s) wordt steeds zwaarder na verloop van tijd, omdat het voor een realistische kans op gezinshereniging voor kind en ouder(s) belangrijk is dat niet te lang wordt gewacht met het treffen van maatregelen die daarop zijn gericht. Als er te lang niets gebeurt en er te weinig contact is tussen het kind en de ouder(s), kan dat er na verloop van tijd toe leiden dat het kind zodanig geworteld is geraakt in het pleeggezin en zo beperkt een band heeft kunnen opbouwen met de biologische ouders, dat de keuze al snel doorslaat naar een toekomst voor het kind in het pleeggezin/adoptiegezin. Het Hof onderstreept dit, met verwijzing naar de zaak *K.O. en V.M. t. Noorwegen* (waarin ook een omgangsbepijking van enkele keren per jaar gold tussen een meisje dat een paar weken

na haar geboorte uit huis was geplaatst en haar ouders, terwijl zij enkele jaren later werden herenigd), door te stellen dat de banden tussen gezinsleden en de kansen op succesvolle gezinshereniging worden verkleind als barrières worden ingebouwd voor regelmatig contact tussen het kind en de ouder(s).[9] De omgang voor uit huis geplaatste kinderen met hun ouders moet dan ook, zonder kinderen bloot te stellen aan situaties die de ontwikkeling van het kind ernstig belemmeren, gericht zijn op die hereniging van kind en ouders en dit ondersteunen totdat de bevoegde autoriteiten van mening zijn dat hereniging in de vorm van terugplaatsing van het kind niet meer in zijn of haar belang is. Het Hof is daarbij heel duidelijk over de contactbeperkingen in deze zaak: “Family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even months, between each contact session” (par. 79).

10. Deze algemene overwegingen vormen voor het Hof de opmaat voor de materiële toets: is de beslissing tot adoptie in deze zaak met relevante en voldoende redenen onderbouwd, zoals dit voortvloeit uit art. 8 lid 2 EVRM? Het Hof concludeert dat de redenen voor adoptie van het meisje die door de bevoegde autoriteiten zijn aangevoerd, voldoende relevant waren in het licht van art. 8 lid 2 EVRM: er was een inhoudelijke beslissing genomen over de belangen van het kind en over de vraag waarom een adoptie in plaats van een langdurige pleeggezinplaatsing nodig was. De kwetsbaarheid van het meisje, het feit dat er geen gehechtheidsrelatie met haar moeder was opgebouwd en het feit dat de moeder zonder adoptie een juridische strijd zou blijven voeren om haar dochter terug te krijgen maakten volgens de rechtbank dat sprake was van uitzonderlijke omstandigheden voor een adoptie zonder instemming van de moeder en dit beoordeelde het Hof als voldoende relevant in het licht van het noodzakelijkheidsvereiste dat voortvloeit uit art. 8 lid 2 EVRM.

11. Maar ook de vraag of de redenen voldoende waren en het inderdaad ging om uitzonderlijke omstandigheden die een adoptie noodzakelijk maakten, maakt onderdeel uit van het noodzakelijkheidsvereiste waaraan het Hof toetst. Voor een beantwoording van deze vraag gaat het Hof nog dicht op de aangevochten beslissing zitten en wordt deze beslissing nog inhoudelijker getoetst, juist omdat de beslissing tot adoptie de meest zware vorm van een inbreuk op het recht op gezinsleven bij kinderbescherming inhoudt, aangezien alle banden met de oorspronkelijke familie worden doorbroken en er geen vooruitzichten meer zijn op gezinshereniging. De beoordelingsruimte voor verdragsstaten wordt daarom volgens het Hof in grote mate beperkt. En hiermee komt het Hof toe aan de kern van de beslissing. De kwetsbaarheid van het meisje en haar veilige gehechtheid in het pleeggezin worden volgens het Hof niet in twijfel getrokken, maar maken nog niet dat sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Het argument van de autoriteiten dat er maar in zeer beperkte mate een band tussen het meisje en haar moeder was opgebouwd, was volgens het Hof niet legitiem,

want kwam in feite neer op een catch-22-situatie: juist omdat er nauwelijks contact was toegestaan tussen de moeder en haar dochter, namelijk maar vier keer per jaar gedurende een uur, hadden ze nauwelijks een band kunnen opbouwen. Voor het Hof is overduidelijk dat dit te ver gaat; er waren geen signalen zichtbaar dat op welke wijze ook maatregelen waren getroffen in de eerste periode van uithuisplaatsing van het meisje om een langdurige en permanente scheiding van haar moeder te voorkomen. Hoewel er na verloop van tijd gedurende een uithuisplaatsing een beslissing kan worden genomen voor een kind dat zijn of haar toekomst in het pleeggezin ligt, moet daaraan vooraf zijn gegaan dat er inspanningen zijn verricht om deze situatie te voorkomen. Volgens het Hof was echter in deze zaak al bij voorbaat, bij de eerste uithuisplaatsing van de negen dagen oude baby, besloten dat haar toekomst niet bij haar moeder zou zijn: “The level of contact was – apparently as a pure reflection of the overall conclusion that the placement would be long-term – kept at a minimum, and it transpires that the authorities did not make any genuine efforts to increase it by way of an attempt to seek the development of a family relationship between the applicant and her daughter. Indeed, the limited nature of the contact arrangements in the present case rendered impossible the development of any meaningful relationship whatsoever between the applicant and her daughter” (par. 93).

Het Hof benadrukt verder dat verdragsstaten een positieve verplichting hebben om voor zover redelijkerwijs mogelijk de familiebanden tussen een kind en ouder(s) te behouden. Het Hof is dan ook van oordeel dat, nu duidelijk is dat het contact tussen de moeder en het meisje in extreme mate was beperkt vanaf de aanvang van de overheidsbemoeienis en geen andere pogingen waren gedaan in de daaropvolgende jaren om te proberen de band tussen het meisje en haar moeder intact te houden, de adoptiebeslissing niet gebaseerd had mogen worden op de afwezigheid van een band tussen het meisje en haar moeder, juist omdat de verdragsstaat er verantwoordelijk voor was dat die band nooit had kunnen ontstaan. Ook lijkt het Hof te willen zeggen dat de autoriteiten te gemakkelijk hadden aangenomen dat na de adoptie de adoptieouders zouden openstaan voor contact tussen het meisje en haar moeder (met daarbij de kanttekening dat dit alleen op verzoek van het meisje zelf zou zijn), terwijl zij niet openstonden voor een ‘open adoptie’ waarmee het recht op contact van moeder behouden kon blijven. Hoewel het Hof derhalve expliciet heeft aangegeven geen keuze te willen maken tussen adoptie en langdurige pleeggezinplaatsing, lijkt er daarmee impliciet toch een voorkeur te worden aangegeven voor adoptie met behoud van familiebanden waarmee er nog een recht op contact bleef bestaan. Waarschijnlijk was een beslissing tot een zodanige ‘open adoptie’ eerder gesanctioneerd door het Hof, omdat hiermee toch nog (enige vorm van) contact tussen kind en moeder behouden kon blijven.

12. Naast de legitimatie van een adoptie op basis van het feit dat het meisje geen nauwe band

had met haar biologische moeder, werd als argument voor de adoptie door de Noorse autoriteiten aangevoerd dat de moeder van het meisje zonder adoptie een juridische strijd kon en zou blijven voeren en dat dit niet in het belang van het kind zou zijn. Met dit argument maakt het Hof korte metten, net zoals de Grote Kamer van het Hof dat in de *Strand Lobben*-uitspraak deed.[10] Het weerhouden van de moeder tot het treffen van juridische acties om haar dochter weer terug te krijgen of in elk geval meer omgang te krijgen, mag volgens het Hof geen reden zijn voor adoptie, temeer omdat procedurele rechten van ouders die te maken krijgen met een uithuisplaatsing van een kind onderdeel uitmaken van hun recht op respect voor gezinsleven zoals dat voortvloeit uit art. 8 EVRM. Het beperken van procedurele rechten van ouders die misbruik van hun juridische mogelijkheden maken, kan volgens het Hof via procedurele vereisten in de nationale wet- en regelgeving worden aangepakt. Het mag duidelijk zijn dat het inzetten van juridische middelen door ouders om te vechten voor hun kind volgens het Hof nooit een reden mag zijn om alle juridische banden met deze ouders door te snijden.

13. Het Hof concludeert dan ook dat niet is voldaan aan het vereiste van voldoende redenen voor de adoptie van het kind die zouden maken dat sprake is van het noodzakelijkheidsbeginsel zoals dat voortvloeit uit art. 8 EVRM, en daarmee tot een schending van art. 8 EVRM. Het Hof tekent daarbij aan zich te realiseren dat zijn benadering een andere is, te weten een toets van de gehele zaak vanaf de start van de uithuisplaatsing tot aan de beslissing tot adoptie, dan die van de nationale autoriteiten die over het verloop van de zaak moesten beslissen met een blik op de toekomst, maar zonder dat ze konden voorspellen hoe de zaak zou lopen. Met andere woorden, het Hof oordeelt retrospectief over het verloop van een zaak. Juist ook daarom is het voor nationale autoriteiten van belang om de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 8 EVRM vanaf de start van overheidsbemoeienis in acht te nemen. Hierbij doelt het Hof op de positieve verplichting om bij de start van een uithuisplaatsing intensief in te zetten op een terugplaatsing van het kind, en als dat niet kan, dan in elk geval op regelmatig contact tussen het kind en de ouders zodat deze een nauwe band kunnen opbouwen. Hoe jonger het kind is, hoe vaker het contact hiervoor zal moeten zijn.

14. Als we deze zaak vergelijken met het kindbeschermingssysteem in Nederland, dan mag duidelijk zijn dat in Nederland de inbreuken op het recht op respect voor gezinsleven uiteindelijk niet zo zwaar kunnen zijn als in Noorwegen, waar adoptie zonder instemming van de ouder mogelijk is ter bescherming van het kind. In Nederland blijven met de zwaarste maatregel van kindbescherming, de gezagsbeëindiging, de juridische banden van een langdurig uit huis geplaatst kind met de biologische ouders in stand, ook al is duidelijk dat het toekomstperspectief van dat kind in het pleeggezin ligt. In dat verband werd in Nederland in

2020 een WODC-rapport opgeleverd waarbij de vraag centraal stond er of er onder pleegouders die langdurig voor een pleegkind zorgen behoefte bestaat aan de introductie van eenvoudige of 'open' adoptie. Uit het onderzoek komt geen duidelijk antwoord naar voren op de vraag of eenvoudige adoptie mogelijk moet worden gemaakt; een groot deel van Nederlandse pleegouders die meewerkten aan het onderzoek gaven aan dat zij twijfelen of adoptie van hun pleegkind wel passend is of tegen adoptie zijn.^[11] De minister van Rechtsbescherming heeft op 17 december 2020 in zijn beleidsreactie laten weten dat in Nederland geen eenvoudige adoptie zal worden ingevoerd.^[12]

15. Maar, zoals ik ook al in mijn noot bij de Grote Kamer van het Hof in de *Strand Lobben*-uitspraak schetste, de uitvoeringspraktijk waarin nationale autoriteiten zich na het uit huis plaatsen van jonge kinderen vooral op een nieuwe opvoedplek in een nieuw gezin voor het kind richten, is in Nederland ook aanwezig, al kan dan niet worden toegewerkt naar een adoptie voor het kind.^[13] Een beperking van het contact tussen een uit huis geplaatst kind en zijn ouders tot slechts enkele keren per jaar zullen we in Nederland niet snel meemaken, al is het niet onmogelijk. Maar wel zien we in Nederland dat voor een uit huis geplaatst kind de blik van de verantwoordelijke beroepskrachten vaak vooral is gericht op het creëren van een nieuwe bestendige opvoedplek binnen een gezin voor een kind. Het toewerken naar een terugkeer van het kind naar de eigen ouder(s) wordt vaak niet als prioriteit geormerkt.

De uitspraak van het Hof leert dat juist bij een eerste uithuisplaatsing van een jong kind moet worden gewerkt aan intensieve begeleiding in de thuissituatie om de kans op terugkeer van het kind zo groot mogelijk te maken. Juist in deze eerste periode na uithuisplaatsing moet de koers niet te snel richting een nieuwe opvoedplek voor het kind zijn, maar moet worden ingezet op een versterking van de band van het kind met de eigen ouders met als doel het serieus verkennen van de mogelijkheden voor het kind om terug naar huis te gaan, of anders regelmatig contact te garanderen met ouders. Ook bij een uithuisplaatsing van (jonge) kinderen die uitmondt in een gezagsbeëindiging met een sterk beperkte contactregeling tussen het kind en de ouders, waarbij het kind zijn of haar toekomstperspectief in een ander gezin heeft, geldt als positieve verplichting dat regelmatige omgang moet worden gegarandeerd of moet worden gewerkt aan voldoende omgang met de ouders. In dat verband zou het interessant zijn om te overwegen of in Nederland een meervoudige familiekamer die over een maatregel tot gezagsbeëindiging beslist de mogelijkheid zou moeten hebben om, ook zonder verzoek daartoe, tevens een contactregeling vast te leggen tussen het kind en de ouders. Op grond van de huidige wet- en regelgeving ligt die bevoegdheid nu bij de gecertificeerde instelling die na een gezagsbeëindiging doorgaans de voogdij over een kind uitoefent, zonder dat er een geschillenregeling bestaat voor ouders en minderjarigen om beslissingen over omgang en contact te laten toetsen door de rechter. Zie hierover ook M.

Kramer, die pleit voor het invoeren van een geschillenregeling over de uitvoering van een gezagsbeëindigende maatregel.[14] Indien ouders na gezagsbeëindiging (een uitbreiding van) omgang met hun uit huis geplaatste kind willen en de gecertificeerde instelling niet meewerkt, moeten zij nu een nieuwe familieprocedure starten (op basis van art. 1:377a e.v. BW). Meer regie voor de rechter op dit punt zou meer rechtswaarborgen voor de ouders en het kind kunnen betekenen.

16. Terug naar de onderhavige zaak. Het lijkt mij alsof het Hof nog een stapje verder is gegaan dan in de uitspraak van de Grote Kamer in *Strand Lobben*, waar de omstandigheden van de moeder ten tijde van de adoptie van haar kind door de pleegouders sterk waren verbeterd en zij ook voor een jonger kind zorgde met een vaste partner zonder interventies van kinderbeschermingsautoriteiten. In de onderhavige zaak leken de problemen van de moeder groter – gesproken wordt over een licht verstandelijke beperking, psychische problematiek, problemen met conflictbeheersing en een gebrek aan sensitiviteit die nodig is voor het opvoeden van een kind – en in elk geval niet duidelijk verminderd ten tijde van de beslissing tot adoptie. Desalniettemin besliste het Hof dat sprake was van een schending van haar recht op respect voor gezinsleven met haar dochter. Zij had vanaf de start geen eerlijke kans gehad en het feit dat zij geen nauwe band met haar dochter had kunnen opbouwen, mocht bij de adoptie niet tegen haar worden gebruikt aangezien de nationale autoriteiten hier de oorzaak van waren. Het is de vraag of het oordeel genuanceerder zou zijn geweest en een adoptie wel gesanctioneerd zou zijn door het Hof als moeder tevens namens haar dochter een klacht had ingediend en het Hof ook vanuit het perspectief van het meisje de klachten had beoordeeld. Wellicht had het Hof dan op grond van een belangenafweging ten aanzien van het meisje en *faits accomplis* geoordeeld dat de adoptie het meest recht deed aan de belangen van het kind en daarom geen schending opleverde van art. 8 EVRM.

17. In elk geval heeft het Hof in deze zaak en in de hierboven genoemde eerdere recente kinderbeschermingszaken tegen Noorwegen duidelijk gemaakt dat een uithuisplaatsing van een jong kind niet gepaard mag gaan met een beperking van het contact met de ouders tot enkele keren per jaar en dat een adoptie zonder instemming van de ouder in het belang van het kind aan zeer hoge eisen moeten voldoen, waaronder daadwerkelijke pogingen in de eerste fase van een uithuisplaatsing om het kind te herenigen met de ouder(s). De zeer beperkte omgangsregelingen van langdurig uit huis geplaatste kinderen met hun ouder(s) vanaf de start van de uithuisplaatsing leverden in alle hierboven genoemde relevante zaken een schending van art. 8 EVRM op. Het valt te hopen dat ouders, ook in het belang van hun kind, na een uithuisplaatsing van het kind telkens een eerlijke kans krijgen om hun situatie te verbeteren en voldoende contact te behouden, zodat hun band behouden blijft of kan verbeteren, want zonder de kans op het opbouwen van een (nauwe) band is de kans op

terugplaatsing of behoud van een rol in het leven van een jong kind nihil. Een catch-22-situatie waarin ouders vanaf het moment van een uithuisplaatsing van hun (jonge) kind geen kans meer krijgen, terwijl hun kind een toekomst wordt geboden in een nieuw gezin, is voor ouders en kinderen in strijd met hun recht op respect voor gezinsleven.

M.R. Bruning

[1] *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313, «EHRC» 2019/235 m.nt. Bruning.

[2] *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313, «EHRC» 2019/235 m.nt. Bruning; *K.O. en V.M. t. Noorwegen*, EHRM 19 november 2019, nr. 64808/16, ECLI:CE:ECHR:2019:1119JUD006480816; *A.S. t. Noorwegen*, EHRM 17 december 2019, nr. 60371/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1217JUD006037115; *Abdi Ibrahim t. Noorwegen*, EHRM 17 december 2019, nr. 15379/16, ECLI:CE:ECHR:2019:1217JUD001537916; *Pedersen t. Noorwegen*, EHRM 10 maart 2020, nr. 39710/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0310JUD003971015, *NJB* 2020/1722; *Hernehult t. Noorwegen*, EHRM 10 maart 2020, nr. 14652/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0310JUD001465216, «PFR» 2020/148.

[3] M.R. Bruning, noot bij *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313, «EHRC» 2019/235.

[4] C. Breen e.a., 'Family Life for Children in State Care – An Analysis of the European Court of Human Rights' Reasoning on Adoption Without Consent', *The International Journal of Children's Rights* 2020/28, p. 715-747; O.S. Tefre, 'The Child's Best Interests and the Politics of Adoptions from Care in Norway', *International Journal of Children's Rights* 2020/28, p. 288-321.

[5] M.R. Bruning, noot bij *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313, «EHRC» 2019/235, par. 13.

[6] *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, par. 147.

[7] *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, *Concurring opinion of Judge Ranzoni, joined by Judges Yudkivska, Küris, Harutyunyan, Paczolay and Chanturia*, par. 12 en 15.

[8] *Hernehult t. Noorwegen*, EHRM 10 maart 2020, nr. 14652/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0310JUD001465216, «PFR» 2020/148.

[9] *K.O. en V.M. t. Noorwegen*, EHRM 19 november 2019, nr. 64808/16,

ECLI:CE:ECHR:2019:1119JUDoo6480816.

[10] *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, par. 223.

[11] M.J. Vonk e.a., *Eenvoudige adoptie van pleegkinderen*, Den Haag: WODC 2020.

[12] *Kamerstukken II* 2020/21, 33 836, nr. 59.

[13] M.R. Bruning, noot bij *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUDoo3728313, «EHRC» 2019/235.

[14] M. Kramer, 'De voogdijmaatregel na de herziening kinderbeschermingsmaatregelen: aanpassing noodzakelijk', *FJR* 2017/50.

ANNOTATIE

L.B. t. Hongarije (EHRM, nr. 36345/16) – Openbaarmaking personen met belastingschuld: belangrijke publieke informatie of schandpaalpolitiek?***B. van der Sloot***

1. In de voorliggende zaak maakt de Hongaarse belastingdienst de namen openbaar van mensen met een belastingschuld. Een persoon maakt daar bezwaar tegen en doet een beroep op art. 8 EVRM. Wanneer die persoon een zaak brengt voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontstaat een interessant verschil van inzicht tussen de meerderheid van de rechters en de minderheid over de vraag in hoeverre er inderdaad een schending van het recht op privacy is. Waar alle rechters van het Hof het over eens zijn, is dat er hier sprake is van een geval dat onder de materiële reikwijdte van art. 8 EVRM valt. Interessant is dat het Hof dit punt toch bespreekt, ook al heeft de Hongaarse regering niet anders beweerd. Hierbij speelt een rol dat het recht op privacy deels samenvalt met, maar toch wezenlijk anders is dan het recht op gegevensbescherming. Terwijl persoonsgegevens gaan over alle gegevens die een persoon betreffen, gaat het bij het recht op privacy in principe slechts om gegevens die iemands privéleven blootleggen of om de inhoud van privécommunicatie. Het Hof stelt dat het hier weliswaar niet gaat om zeer intieme gegevens, maar dat economische gegevens als bedoeld in onderhavige zaak toch een beeld geven van iemands privéleven. Daarom is er hier sprake van een zaak die onder het recht op privacy valt. Waar alle rechters het tevens over eens zijn is dat de publicatie moet worden gezien als een inbreuk op dat recht en dat die inbreuk was voorgeschreven bij wet: de Hongaarse wetgeving gaf specifiek aan dat de belastingdienst tot deze actie diende over te gaan. Waar tot slot ook geen discussie over is, is dat de klager in kwestie zich niet had hoeven te beroepen op de nationale procedure waarin het recht openstond om te verzoeken informatie te verwijderen. Dit hoefde niet omdat de Hongaarse wet al had gepreciseerd dat een dergelijk beroep niet zou worden gehonoreerd als er een wettelijke plicht was om de persoonsgegevens in kwestie te verwerken, waarvan in dit geval inderdaad sprake van was. Daarom zou dit geen effectief rechtsmiddel in de zin van art. 35 lid 1 EVRM zijn geweest en hoeft dit middel derhalve ook niet door de klager te worden uitgeput alvorens een klacht in te dienen bij het EHRM. Wel verschilt de meerderheid van de

rechters en de minderheid over de beoordeling van de legitimiteit van de actie van de belastingdienst. Voor beide visies valt iets te zeggen.

2. De meerderheid wijst er op dat de publicatie van namen van mensen met een belastingenschuld een afschrikwekkende werking kan hebben en dat deze informatie bovendien van essentieel belang is voor derden die eventueel economische relaties met de personen of organisaties met een belastingenschuld zouden willen aangaan. Ook gegeven de *margin of appreciation* die landen toekomt bij het stellen van wetgevingsdoelen, stelt het Hof dat de inbreuk inderdaad een legitiem belang als genoemd in art. 8 EVRM lid 2 dient, namelijk het economische welzijn van het land (de afschrikwerkende werking die uitgaat van de publicatie van de namen) en het beschermen van de rechten en vrijheden van derden (namelijk van diegenen die mogelijk met de personen met een belastingachterstand een economische relatie zouden willen aangaan). Ten aanzien van de proportionaliteit van de maatregelen benadrukt de meerderheid dat het gaat om de publicatie van persoonsgegevens van mensen met een forse achterstand, namelijk van boven de 10 miljoen HUF, wat neerkomt op een bedrag van boven de € 25.000,-, wat zeker binnen de Hongaarse economie als een flink bedrag heeft te gelden. Bovendien betrof de maatregel slechts personen die meer dan 180 dagen te laat waren met het betalen van hun belastingen. Daarnaast werd de informatie weer van de website gehaald zodra de persoon zijn belastingen had betaald. De data die openbaar werden gemaakt betrof de naam van de persoon, zijn adres, belastingnummer en het bedrag dat nog openstond. Dat zijn geen hele intieme of persoonlijke details, aldus de meerderheid, en bovendien is het woonadres van mensen toch vaak al openbaar. Daarnaast is dat adres relevant omdat verschillende mensen dezelfde namen kunnen dragen en er dan misverstanden kunnen ontstaan (bijvoorbeeld dat de negatieve consequenties zich richten op een persoon met dezelfde naam als een persoon met een achterstand). De publicatie is in het Hongaars, een taal die nu niet bepaald de wereldwijde lingua franca is, zodat de effecten van de publicatie beperkt blijven tot de landsgrenzen. De website van de belastingdienst was slechts gericht op het informeren van het publiek; er konden bijvoorbeeld geen negatieve commentaren door bezoekers van de sites onder de publicatie worden geplaatst. Wat de uitspraak van het Hof opmerkelijk maakt is dat vrijwel het gehele oordeel gaat over de wetgeving en het beleid van de belastingdienst als zodanig, terwijl het Hof de doctrine hanteert dat het geen *in abstracto* klachten ontvangt, waarin wordt gevraagd om wet- en regelgeving als zodanig op hun merites te beoordelen.[1] Formeel is dat in dit geval ook niet zo: er heeft wel degelijk een inbreuk plaatsgevonden op het recht op privacy van de klager, maar waar het Hof normaal gesproken zal ingaan op de specifieke omstandigheden van het geval en de weging van de verschillende belangen in kwestie, volstaat het Hof in deze zaak met name met een analyse van het beleid. Een mogelijk oorzaak is dat de situatie van de klager niet wezenlijk afwijkt van dat van andere getroffen en dat door zich te richten op het wetgevingsniveau als zodanig, het hoopt een

myriade aan klachten van andere mogelijke getroffen en te voorkomen. De enige keer dat het Hof in de voorliggende zaak inzoomt op het specifieke geval van de klager is als het opmerkt dat er niet uit de zaak blijkt dat de klager in het bijzonder is getroffen door het beleid. Daarom komt het Hof tot het oordeel dat er geen schending van art. 8 EVRM heeft plaatsgevonden.

3. Rechters Ravarani en Schukking hebben op een aantal punten een andere zienswijze en dragen additionele punten naar voren in hun *joint dissenting opinion*. Allereerst vragen zij zich af of het opkrikken van de belastingmoraal door middel van publiekelijk *naming and shaming* niet een soort middeleeuwse schandpaalpolitiek vertaalt naar de digitale wereld is. Ook betwijfelen zij of het publiceren van het adres van de personen met een belastingachterstand wel nodig is. Als iemand een economische transactie met een persoon wil aangaan, dan zijn de naam en het belastingnummer in principe voldoende om zijn identiteit van te stellen. Het argument van de meerderheid dat het woonadres vaak al openbaar is kan ook worden omgedraaid volgens de *dissenters*: waarom zou dat dan ook nog door de belastingdienst moeten worden gepubliceerd? Mensen met een belastingachterstand kunnen zich door de publicatie van de belastingdienst bovendien onveilig voelen in hun eigen woning. De schandpaalpolitiek zal volgens de minderheid met name publieke personen treffen, die immers door de media zullen worden herkend; maar ook niet-publieke personen zullen in hun direct leefomgeving mogelijk met de nek worden aangekeken. Ook wijst de minderheid op het gevaar van de herpublicatie en het hergebruik van de data door andere media, zoals in deze zaak ook inderdaad was gebeurd: ‘The truth is that it is perfectly foreseeable and even probable that such precious “gossip” will interest a certain public and will therefore find a publisher or disseminator who will ensure wide and popular coverage. In fact, this concern is far from a theoretical one, as less than a month after the appearance of the impugned information on the Governments website an online media outlet produced an interactive map called “the national map of tax defaulters”, on which the applicant’s home address, along with the addresses of other tax defaulters, was indicated with a red dot, and if a person clicked on the dot the applicant’s personal information – name and home address – appeared. The Tax Authority certainly could and should have foreseen this excessive coverage and it bears the responsibility, not for the actual republishing of the data, but for having enabled or even fostered it.’ Tot slot wijst de minderheid er met betrekking tot de schade in het specifieke geval van de klager op dat het vaak om morele of reputatie schade gaat (de buurman weet dat de buurvrouw haar belastingen niet betaalt) en dat het moeilijk is deze schade te substantiëren en te bewijzen. Al met al concluderen de twee rechters dat het Hof eenschending van art. 8 EVRM had moeten vinden.

4. Voor beide visies op het vraagstuk dat door de klager wordt opgeworpen valt iets te zeggen. Met de minderheid kan worden gesteld dat de mogelijke gevolgen voor de personen in

kwestie groot kunnen zijn. Niet allen kunnen buurtgenoten of bekenden personen met een belastingachterstand mijden en zijn kleine repesailles zoals stenen door de ruit van woningen niet uit te sluiten, voor bekendere personen valt te vrezen dat hun kwestie breed zal worden uitgelicht door (roddel) journalistieke media en digitale discussiefora. Personen en ondernemingen in een lastige financiële situatie, waarvan er door de gevolgen van het coronabeleid van de diverse Europese regeringen niet weinig zullen zijn, zullen door de publicatie mogelijk nog verder in economische misère raken en het stressniveau van de mensen met een belastingachterstand zal niet dalen door de publicatie, met mogelijke medische gevolgen van dien. Bovendien is het argument van de meerderheid dat de informatie weer van de site van de belastingdienst zal worden gehaald zodra de achterstand is ingelopen wellicht naïef, aangezien dergelijke data doorgaans moeilijk van het internet te krijgen zijn, zeker als media de data in berichtgeving hebben verwerkt. Aan de andere kant is het vanuit proportionaliteits- en subsidiariteitsperspectief van belang dat de maatregel beperkt is tot een relatief kleine groep personen die een forse belastingachterstand hebben opgebouwd en die al bijna een half jaar niet inlossen. Dergelijke informatie is belangrijk in het economische verkeer en de publicatie daarvan kan, zoals de meerderheid stelt, een legitieme inperking vormen op het recht op privacy. Dat gebeurt in Nederland immers ook met informatie over bij de Kamer van Koophandel geregistreerde bedrijven en eenmanszaken. Opmerkelijk is wel dat de meerderheid de afschrikwerkende werking van de publicatie als zodanig een legitiem doel vindt. Anders zou namelijk de vraag moeten worden gesteld of, als het slechts zou gaan om de belangen van derden in het economische verkeer te beschermen, er niet met andere, minder ingrijpende maatregelen zou kunnen worden gewerkt. Een voorbeeld zou kunnen zijn een zoekfunctie op de site van de belastingdienst, waarbij een derde een belastingnummer van een persoon waarmee mogelijk een economische relatie wordt aangegaan kan worden ingevuld en de eventuele informatie over een belastingschuld per individueel geval en op aanvraag wordt getoond. De afschrikwerkende werking van straffen is op zich een geaccepteerd doel in democratische samenlevingen, maar is normaliter beperkt tot het strafrecht domein. In deze zaak wordt door het EHRM geaccepteerd dat dit doel ook binnen het bestuursrechtelijke domein legitiem is. De terechte vraag die de minderheid opwerpt is of dat wenselijk is. In ieder geval is duidelijk dat deze uitspraak ruime mogelijkheden biedt aan regimes als in Polen en Hongarije als zij politieke vijanden en de financiële elite wil intimideren.

Bart van der Sloot

TILT, Tilburg University

[1] Council of Europe, Practical Guide on Admissibility Criteria Updated on 30 April 2020.

ANNOTATIE

Kurban t. Turkije (EHRM, nr. 75414/10) – ‘Possession’ verruimd: een koerswijziging of een bedrijfsongeval?

J.A.M.A. Sluysmans

Inleiding

1. Art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: art. 1 EP) waarborgt het recht op een ongestoord genot van eigendom. Op dat recht kan enkel inbreuk worden gemaakt onder de voorwaarden die in art. 1 EP worden genoemd en in de rechtspraak die is gewezen op basis van dat artikel nader zijn gevormd. Kort gezegd, is een dergelijke inbreuk alleen toegestaan wanneer die geschiedt in het algemeen belang, bij wet is voorzien en er een zeker evenwicht – een zogenaamde ‘fair balance’- bestaat tussen de inbreuk en de daarmee te dienen (publieke) belangen.

2. De meeste rechtspraak van het EHRM inzake art. 1 EP ziet op de vraag of in een voorkomend geval een dergelijke ‘fair balance’ wordt gehandhaafd. De focus van de hieronder weergegeven uitspraak ligt evenwel op de voorvraag of eigenlijk wel sprake is van een dispuut dat valt onder de bescherming van artikel 1 EP. Daarbij is dan niet zozeer de uitkomst van die beoordeling verrassend, als wel de route die het Hof volgt om tot die uitkomst te komen. Die route roept vragen op, die naar mijn oordeel terecht ook aan de orde worden gesteld in de *concurring opinion* van de Finse rechter Koskelo, en waaraan ik in deze noot uiteraard nader aandacht besteed.

Schets van de achtergrond

3. De achtergrond van de zaak wordt gevormd door een aanbestedingsprocedure, uitgeschreven door een Turkse overheidsinstantie. De klager, Kurban, schrijft in op die aanbesteding, en met succes: het contract wordt aan Kurban gegund. Als onderdeel van de contractuele afspraken met de aanbestedende dienst moet Kurban een waarborgsom storten, ter garantie voor de correcte naleving van het contract. Kurban stort die waarborgsom en gaat vervolgens aan de slag met de uitvoering van het contract. Voor de reeds verrichte werkzaamheden worden aan de opdrachtgever facturen gestuurd.

4. Niet lang daarna ontvangt de opdrachtgever bericht dat Kurban wordt verdacht in een strafrechtelijk onderzoek, en ook al als verdachte in dat onderzoek werd aangemerkt ten tijde van de aanbestedingsprocedure. De opdrachtgever ziet zich – mede gelet op de nationale Turkse regelgeving ter zake – vanwege deze omstandigheid genoodzaakt om het contract te vernietigen, ook al was Kurban zich ten tijde van de aanbestedingsprocedure zelf niet bewust van zijn status als verdachte (en kan hem dus geen ‘kwade trouw’ worden verweten). De facturen van Kurban voor de reeds ter uitvoering van het contract verrichte werkzaamheden blijven onbetaald. De waarborgsom wordt niet aan hem geretourneerd.

5. Kurban slaagt er niet in om binnen het Turkse rechtssysteem betaling van de facturen en terugbetaling van de waarborgsom te verkrijgen. Kurban wendt zich daarom tot het EHRM met (onder meer) een klacht over schending van art. 1 EP.

Schets van de uitspraak

6. Het Hof ziet zich bij de beoordeling van die klacht geconfronteerd met twee voorvragen: is hier wel sprake van een inbreuk op een ‘possession’, en zo ja, is die inbreuk wel gevolg van overheidsbemoeienis (‘state interference’), in plaats van louter een gevolg van een contractueel geschil tussen twee private partijen (aangezien de aanbestedende dienst hier optrad in een privaatrechtelijke hoedanigheid)? Wordt een van deze vragen negatief beantwoord, dan is de klacht van Kurban niet-ontvankelijk.

7. Het Hof beantwoordt beide vragen bevestigend. Op de beantwoording van de eerste vraag kom ik hieronder nog uitgebreid terug. Voor wat betreft die tweede vraag komt het Hof (in par. 69) tot het oordeel dat het onderhavige geschil niet louter een kwestie van contractsuitleg conform beginselen van privaatrecht betreft, maar een direct gevolg is van de strafrechtelijke vervolging van Kurban in combinatie met de nationaalrechtelijke regels die in een dergelijk geval automatisch leiden tot vernietiging van het (aangebestedings)contract.

8. Het vervolg laat zich dan enigszins raden. De ontneming van eigendom is voorzien bij wet en geschiedt in het algemeen belang, maar onder de gegeven omstandigheden acht het Hof de ‘fair balance’ geschonden door de omstandigheid dat Kurban de waarborgsom verliest en in het geheel niets krijgt betaald voor de reeds onder het nadien vernietigde contract verrichte werkzaamheden. Het Hof concludeert daarom tot schending van art. 1 EP.

De reikwijdte van het begrip ‘possession’

9. Om de overwegingen die het Hof (in par. 62 t/m 65) wijdt aan de vraag of in het onderhavige geval wel sprake is van een ‘possession’ als bedoeld in art. 1 EP te begrijpen is het nuttig om kort de context van die oordeelsvorming te schetsen.

10. Zoals bekend, is het in art. 1 EP gebruikte begrip ‘possession’ een autonoom begrip, dat veel ruimer is dan hetgeen wij in Nederland als ‘eigendom’ beschouwen.[1]

11. Uiteraard omvat het begrip de zogenaamde reeds bestaande eigendommen. Dat kan eigendom zijn van onroerende en roerende zaken, maar bijvoorbeeld ook eigendom van bepaalde rechten, zoals auteursrechten, jachtrechten of concessies. Eigendommen die vallen binnen deze categorie leiden betrekkelijk zelden tot hoofdbrekens over de vraag of zij wel kwalificeren als ‘possession’.

12. Daarnaast omvat het begrip aanspraken die zodanig zeker zijn dat zij (in de woorden van het Hof) als ‘assets’ kunnen worden beschouwd.[2] Het gaat dan in het bijzonder om aanspraken die dermate vaststaand zijn dat zij ten uitvoer kunnen worden gelegd via bijvoorbeeld een gerechtelijke uitspraak of een administratiefrechtelijk besluit.[3] Te denken valt aan aanspraken op uitkeringen, waarbij een ieder die voldoet aan de bij wet voor die uitkering gestelde voorwaarden erop mag vertrouwen dat hij of zij die uitkering ook ontvangt.[4] Een intrekking van de uitkering moet dan uiteraard evenzeer voldoen aan de eisen van art. 1 EP.[5]

13. Het Hof trekt de grens daar waar een klager niet meer kan beargumenteren dat hij of zij ten minste een gerechtvaardigde verwachting (‘legitimate expectation’) heeft ten aanzien van een daadwerkelijk genot van enig eigendomsrecht (‘property right’). Een gerechtvaardigde verwachting in voormelde zin wordt nog beschermd, maar louter hoop niet meer.[6] De wijze waarop het Hof in *Kurban t. Turkije* invulling geeft aan die gerechtvaardigde verwachting vraagt om een kritische kanttekening.

Een kritische kanttekening

14. De centrale – en meest opvallende – overweging die het Hof wijdt aan de vraag of Kurban wel wordt aangetast in een ‘possession’ is te vinden in de beknopte par. 65 van die uitspraak. Deze paragraaf luidt als volgt: “The Court therefore considers in the specific circumstances of this case that the applicant must be regarded as having had at least a legitimate expectation of being able to rely on the contract and complete it and expect the return of his guarantee, and this may be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, as attached to the property rights granted to the applicant under the contract.”

Deze passage leidt tot vragen die, zoals al opgemerkt, door rechter Koskelo in haar *concurring opinion* helder worden geanalyseerd. Het voornaamste bezwaar van haar tegen de door de meerderheidgebruikte formulering is dat par. 65 aldus kan worden gelezen dat naar het oordeel van het Hof het bestaan van de redelijke verwachting dat op een bestaand contract kon worden vertrouwd, en dat dit contract ook kon worden uitgediend, al voldoende is om

onder de bescherming van art. 1 EP te vallen. Anders gezegd: gelet op de door het Hof gebruikte formulering heeft het er ten minste de schijn van dat het Hof hier (redelijke verwachtingen ten aanzien van) toekomstige aanspraken uit hoofde van een contract in zijn algemeenheid onder de reikwijdte van art. 1 EP brengt.

15. Als dat de intentie van het Hof is, dan zou dat inderdaad een tournure in de rechtspraak zijn, met potentieel verstrekkende gevolgen. Tot op heden is immers vaste rechtspraak van het Hof dat pas een ‘proprietary interest’ – een aan de eigendom gerelateerd belang – uit hoofde van een contract bestaat op het moment dat onder dat contract door een klager prestaties zijn geleverd waaraan conform dat contract een recht op betaling is gekoppeld (zoals overigens in het geval van Kurban ook het geval was). De omstandigheid dat op basis van een contract mocht worden verwacht dat ook in de toekomst prestaties zouden kunnen worden verricht, die dan vervolgens volgens dat contract aanspraak zouden geven op betaling – anders gezegd: een perspectief op toekomstige inkomsten (‘future income’) bieden – valt tot op heden immers juist *niet* onder de bescherming van art. 1 EP.[7] Een verruiming van de reikwijdte van het begrip ‘possession’ zou als onvermijdelijk bijkomend effect hebben, zoals rechter Koskelo ook voorspiegelt, een aanzienlijke toename van nieuwe zaken richting het Hof.

16. Ik vraag mij evenwel af of het Hof bewust een stap tot verruiming van het begrip ‘possession’ heeft willen zetten. Ik denk eerlijk gezegd van niet. De in par. 65 gebruikte passage lijkt – zoals rechter Koskelo ook opmerkt – min of meer gekopieerd uit het (oude) arrest *Stretch t. Verenigd Koninkrijk*. [8] Het betreft dus niet een voor deze gelegenheid geconcipieerde formulering. Het Hof snijdt de oordeelsvorming in de par. 62 t/m 65 – en specifiek ook in de bewoordingen van par. 65 – verder scherp toe op de bijzondere omstandigheden van het geval van Kurban. Bovendien heeft het Hof de voormelde mogelijke tournure ook helemaal niet nodig om Kurban de bescherming te bieden die het hem uiteindelijk biedt. Wat immers volgens het Hof niet door de beugel kan, is dat Kurban de waarborgsom verliest en in het geheel geen betaling ontvangt voor reeds verrichte prestaties. Dat zijn duidelijke ‘proprietary interests’ – en niet een ‘future income’ – ten aanzien waarvan Kurban ontegenzeggelijk een ‘legitimate expectation’ had op (terug)betaling, en welke belangen (zoals hiervoor al opgemerkt) prima door het Hof beschermd kunnen worden zonder van de lijn van de bestaande rechtspraak uit te breiden. Dan lijkt er al met al onvoldoende aanleiding te zijn om daadwerkelijk te veronderstellen dat het Hof dat in deze uitspraak dan toch heeft willen doen.

17. Dat neemt niet weg dat van een zo gezaghebbend instituut als het Hof helderheid en zorgvuldigheid mag worden verwacht in de gebruikte formuleringen. Klare taal is echter – zoals bekend – niet het fort van het Hof. Waar de uitspraak in dat opzicht dus wel wat te wensen overlaat, is het nuttig dat de *concurring opinion* – en in zekere afgeleide mate deze

annotatie – de uitspraak alsnog van enige nader duiding en inkadering voorzien. Dan blijkt dat de soep waarschijnlijk niet zo heet hoeft te worden gegeten als hij lijkt te zijn opgediend.

J.A.M.A. Sluysmans

Bijzonder hoogleraar Onteigenings- en belemmeringenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

[1] J.A.M.A. Sluysmans & R.L. de Graaff, 'Ontwikkelingen in het eigendomsbegrip onder artikel 1 Eerste Protocol', *NTM/NJCM-Bull.*, 2014/3.

[2] Zie hierover ook de noot van R.L. de Graaff onder *Topallaj t. Albanië*, EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03, ECLI:CE:ECHR:2016:0421JUD003291303, «EHRC» 2016/150.

[3] *Krstić t. Servië*, EHRM 10 december 2013, nr. 45394/06, ECLI:CE:ECHR:2013:1210JUD004539406.

[4] *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 6 juli 2005 (ontv.), nrs. 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DEC006573101, «EHRC» 2006/72 m.nt. Pennings, AB 2006/190 m.nt.

[5] *Moskal t. Polen*, EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD001037305.

[6] *Gratzinger en Gratzingerova t. Tsjechië*, EHRM (GK) 10 juli 2002, nr. 39794/98, ECLI:CE:ECHR:2002:0710DEC003979498.

[7] Zie bijvoorbeeld *Han Aarts B.V. e.a. t. Nederland*, EHRM 10 oktober 2017, nr. 43768/17, ECLI:CE:2017:1010DEC004376817, «EHRC» 2018/31.

[8] *Stretch t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 24 juni 2003, nr. 44277/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0624JUD004427798.

ANNOTATIE

B. en C. t. Zwitserland, (EHRM, nrs. 889/19 en 43987/16) – Homoseksuele asielzoekers en niet-statelijke risico's***M. den Heijer***

1. Bovenstaand arrest is om drie redenen de moeite van het lezen waard. Het gaat om een man met Gambiaanse nationaliteit die tweemaal asiel vraagt in Zwitserland. De tweede maal onder opgave van een andere en ditmaal juiste identiteit en een ander asielmotief: zijn homoseksualiteit. Gedurende de verblijfsprocedures krijgt de man een relatie met een 26 jaar oudere Zwitserse man die in 2019 overlijdt. De klacht betreft de afwijzing van de tweede asielaanvraag. De Zwitserse rechter achtte de homoseksualiteit geloofwaardig mede gelet op de relatie, maar zijn verklaringen over onder meer zijn familiesituatie in Gambia tegenstrijdig. Bovendien was volgens de rechter niet aannemelijk geworden dat de Gambiaanse autoriteiten op de hoogte waren van zijn homoseksualiteit. Dit is, als ik het wel heb, de eerste maal dat het EHRM een schending van art. 3 EVRM vaststelt in een LHBTI-uitzettingszaak.

2. Het eerste opmerkelijke en toe te juichen punt is dat het Hof, ondanks het gegeven dat Zwitserland geen lid van de EU is en niet meedoet met het asielrecht van de Unie, de asieljurisprudentie van het HvJ EU inzake seksuele gerichtheid onder het – kennelijk ook voor Zwitserland – “relevante recht” schaaft (par. 35). Of men daar in Zwitserland blij mee is durf ik niet te zeggen. Maar uit oogpunt van consistentie van het Europese asielrecht valt te appreciëren dat zelfs in een Zwitserse zaak de aansluiting met ontwikkelde EU-normen wordt gezocht. In par. 59 neemt het EHRM de in het X, Y, Z-arrest geformuleerde regel over dat de strafbaarstelling als zodanig van homoseksuele gedragingen in het land van herkomst onvoldoende is om een risico op vervolging aan te nemen en dat bezien moet worden of de strafbaarstelling daadwerkelijk wordt toegepast.[1] Overigens maakte het EHRM dit punt zelf al eerder, waardoor volgehouden kan worden dat de uitleg geheel autonoom is.[2]

3. Een volgend instructief punt betreft de toepassing van deze regel. Anders dan de Zwitserse autoriteiten, doet volgens het Hof niet ter zake of de Gambiaanse autoriteiten op de hoogte zijn van de homoseksualiteit van klager. Immers, niet verlangd mag worden dat een homoseksueel zijn seksuele gerichtheid verborgen houdt en daarom moet ervan uitgegaan

worden dat de Gambiaanse autoriteiten ervan op de hoogte kunnen geraken. Ook dit is in lijn met het X, Y, Z-arrest.[3] Toch oordeelt het Hof dat er geen reëel risico is op mishandeling door de Gambiaanse autoriteiten, omdat uit de voorliggende rapporten onvoldoende blijkt dat de autoriteiten homoseksuelen actief vervolgen. De beoordeling lijkt zich te verhouden tot de in de Vreemdelingencirculaire neergelegde riedel over “de ondergrens” (“[d]e ondergrens houdt in het feitelijk uiten van de eigen geaardheid en relaties aangaan op een manier die niet wezenlijk anders is dan van heteroseksuelen in het betreffende land van herkomst is geaccepteerd. De IND verwacht in die uiting geen terughoudendheid. De IND beoordeelt vervolgens of de uiting conform de ondergrens tot vervolging zou leiden”, Vc 2000 par C2/3.2.) (Als de asielzoeker stelt ermee te koop te willen gaan lopen (de “bovengrens”), onderzoekt de IND eerst of dat geloofwaardig is.)

4. Het derde en meest wezenlijke punt betreft de erna volgende beoordeling van het risico afkomstig van niet-statelijke actoren. De Zwitserse beslisautoriteit en rechter achtten de stelling van de man dat zijn familie hem had bedreigd en uitgestoten ongeloofwaardig omdat hij daarover tegenstrijdig had verklaard. Het Hof deelt die vaststelling, maar merkt op dat gevaar óók afkomstig kan zijn van andere niet-statelijke actoren dan familieleden. Het Hof verwijst naar landeninformatie waaruit blijkt dat de Gambiaanse president Jammeh reeds jaren een klimaat cultiveert van homofobie en discriminatie. Het Hof stelt niet vast dat die dreigingen de vereiste drempel halen van het reële risico, maar wel dat Zwitserland heeft verzuimd zulks te onderzoeken. Het belang hiervan is tweërlei. Enerzijds maakt het Hof duidelijk dat niet-statelijk geweld ook in de context van LHBTI's het refoulementverbod kan activeren. Het komt erop aan dat autoriteiten in voorkomende gevallen een inschatting maken van dat risico, alsmede onderzoeken of de autoriteiten van het land van herkomst ertegen bescherming bieden. Anderzijds maakt het Hof duidelijk dat beslisautoriteiten alsmede rechters zich niet blind moeten staren op geloofwaardigheid van hetgeen door de asielzoeker wordt aangevoerd. Het gaat in asielbeslissingen uiteindelijk niet om de vraag of een relaas geloofwaardig is maar of er een reëel risico moet worden aangenomen. Dat punt maakte het EHRM al eerder. In *I. t. Zweden* was het Hof het met de Zweedse autoriteiten eens dat het asielrelaas ongeloofwaardig was, maar stelde het toch een reëel risico na uitzetting vast omdat de betreffende man littekens had die bij inreis zouden kunnen worden ontdekt en aanleiding zouden kunnen vormen voor represailles.[4] Dit alles moet geplaatst worden in de zelfstandige onderzoekplicht die verdragspartijen in asielzaken hebben naar met name algemeen bekende omstandigheden in het land van herkomst. Die plicht kan in voorkomende gevallen dus verder reiken dan hetgeen door de asielzoeker wordt aangedragen.

Maarten den Heijer

Universiteit van Amsterdam

[1] X, Y, Z, HvJ EU 7 november 2013, gevoegde zaken C-199/12 t/m C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720, «EHRC» 2014/8 m.nt. Den Heijer.

[2] *I.I.N. t. Nederland*, EHRM 9 december 2004 (ontv.), nr. 2035/04, ECLI:CE:ECHR:2020:1117JUD000088919)

[3] Zie ook *I.K. t. Zwitserland*, EHRM 19 december 2017 (ontv.), nr. 21417/17, ECLI:CE:ECHR:2017:1219DEC002141717, par. 24.

[4] *I. t. Zweden*, EHRM 5 september 2013, nr. 61204/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0905JUD006120409, «EHRC» 2013/12 m.nt. Den Heijer.

ANNOTATIE

L & P, HvJ, zaak C-354/20 PPU en C-412/20 PPU – Ondanks aanhoudende rechtsstaatcrisis mogen Poolse EAB's niet structureel worden geweigerd***mr. dr. S.M.A. Lestrade***

1. De rechtsstaatcrisis in Polen blijft ons voor fundamentele rechtsvragen plaatsen. In onderhavige uitspraak geeft het Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen die de Rechtbank Amsterdam heeft voorgelegd over de onafhankelijkheid van Poolse rechters in relatie tot de uitvaardiging van een EAB en het recht op een eerlijk proces in Polen.[1] Naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam zijn de wettelijke hervormingen die de afgelopen tijd in Polen zijn doorgevoerd zo ingrijpend van aard dat voor geen enkele verdachte het recht op een onafhankelijke rechter nog is gewaarborgd.[2] De Rechtbank heeft het Hof gevraagd of dit betekent dat de overlevering van verdachten aan Polen moet worden stopgezet.

2. In navolging van de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona oordeelt het Hof dat lidstaten slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen weigeren een EAB uit te voeren gelet op het beginsel van wederzijdse erkenning. De structurele en fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen, betekenen nog niet dat alle Poolse gerechten de status van 'uitvaardigende rechterlijke autoriteit' van een Europees aanhoudingsbevel kan worden ontzegd. Er kan voorts niet steevast van worden uitgegaan dat daarom zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat ten aanzien van iedere opgeëiste persoon bij de overlevering aan Polen een reëel gevaar van schending van het door art. 47 Hv gewaarborgde grondrecht op een eerlijk proces aan de orde is. Er kan slechts in zijn algemeenheid worden geweigerd toepassing te geven aan het EAB-Kaderbesluit als de Europese Raad constateert dat de uitvaardigende lidstaat de in art. 2 VEU genoemde waarden van de rechtsstaat ernstig en voortdurend schendt. Zolang de Raad die vaststelling niet heeft gedaan, dienen staten steeds in het concrete geval onderzoek te verrichten. Dat dient te geschieden krachtens een 'twee fasen'-onderzoek dat het Hof al in het arrest *LM* introduceerde.[3] Daarbij dient de rechter in de eerste fase na te gaan of sprake is van een reëel gevaar dat het recht op een eerlijk proces wordt geschonden doordat er structurele en fundamentele gebreken zijn die de onafhankelijkheid aantasten van de rechterlijke macht van

de staat die het EAB heeft uitgevaardigd. In de tweede fase moet worden beoordeeld of gronden bestaan om aan te nemen dat in het concrete geval van overlevering het recht van de opgeëiste persoon op een eerlijk proces zal worden geschonden gelet op onder andere de persoon, de aard van het strafbare feit en de feitelijke context. In *LM* ging het over een *vervolgings*overlevering. Naar aanleiding van een specifieke prejudiciële vraag van de Rechtbank Amsterdam, wordt evenwel helder dat voor *executie*-EAB's hetzelfde geldt.

3. Het EAB Kaderbesluit kent geen expliciete weigeringsgrond om bij schending van grondrechten een EAB-verzoek niet in te willigen.[4] Wel is in de preambule en in artikel 1 lid 3 EAB Kaderbesluit opgenomen dat het besluit niet tot gevolg kan hebben dat het de eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen aantast. Jarenlang is echter kritiek geleverd over een gebrek aan grondrechtenbescherming in EAB-procedures. Een keerpunt vormde de uitspraak van het Hof in de zaken *Aranyosi & Căldăraru*, waarin het Hof de wederzijdse erkenning van de rechtsstatelijkheid tussen lidstaten relativeert.[5] In deze zaken bepaalde het Hof dat indien de opgeëiste persoon een reëel gevaar zal lopen in detentie te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 4 van het Handvest en dit gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten, de overleveringsprocedure kan worden beëindigd. Twee jaar later volgde de reeds aangehaalde zaak *LM* en bleek dat een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces (in tegenstelling tot art. 4 Handvest geen absoluut grondrecht) óók aanleiding kan vormen om geen gevolg te geven aan een EAB-verzoek.

4. De uitspraak in de zaak *LM* heeft veel kritiek ontvangen.[6] Om te beginnen hanteert het Hof als kader een 'dreigende schending van het recht op een eerlijk proces'. Dit is ruimer of in elk geval minder scherp geformuleerd dan het beoordelingskader van het EHRM. Het EHRM acht uitlevering strijdig met art. 6 EVRM indien de betrokkene in de staat van bestemming blootgesteld wordt aan een reëel gevaar van een '*flagrant denial of justice*'. [7] Weliswaar buigt het EHRM zich over mensenrechten en stelt het minimumgrenzen voor lidstaten, terwijl het Hof van Justitie géén mensenrechtenhof is, maar uitleg geeft aan het geldende EU-recht. Tegelijkertijd zou meer duidelijkheid worden geschapen voor de uitleverings- en overleveringspraktijk als het Hof dezelfde criteria zou hanteren.[8] In het onderhavige arrest handhaaft het Hof evenwel zijn eerdere kader. In beide Luxemburgse zaken gaat het om een bepaald onderdeel van het eerlijk procesrecht, namelijk het recht op een onafhankelijk gerecht. Er kan vanuit worden gegaan dat schending van dit specifieke recht in Straatsburg wordt gezien als een *flagrante* schending van art. 6 EVRM.[9] Maar meer in zijn algemeenheid had het Hof deze zaak kunnen aangrijpen om helderheid te verschaffen ten aanzien van *andersoortige* schendingen van het recht op een eerlijk proces. Kan alleen een *grove* schending een barrière opleveren of kunnen ook minder ernstige schendingen een belemmering vormen

voor overlevering? Er blijft nu onzekerheid bestaan of schendingen van het recht op een eerlijk proces in Straatsburg in dezelfde mate een beletsel vormen voor overlevering als in Luxemburg.

5. Dat niet reeds na ‘de eerste fase’ de overlevering kan worden geweigerd, is ook punt van kritiek. Met het vaststellen dat er structurele en fundamentele gebreken zijn die de onafhankelijkheid aantasten van de rechterlijke macht van de staat die het EAB heeft uitgevaardigd, zou toch immers zijn gegeven dat er een reëel gevaar is dat het recht op een eerlijk proces wordt geschonden.[10] De expliciete prejudiciële vraag hierover uit Amsterdam naar aanleiding van de verergerde situatie in Polen, heeft het Hof evenwel niet van koers doen veranderen. De Poolse rechtsstaatscrisis ontnemt niet automatisch de status van ‘rechterlijke autoriteit’ van Poolse rechters. Het blijft zaak in het concrete geval vast te stellen of het eerlijk proces in het geding is. In dit kader is een vergelijking met de zaken *AZ*[11] en *OG & PI*[12] interessant. In die zaken oordeelt het Hof dat openbaar ministeries die kunnen worden aangestuurd door de uitvoerende macht, zoals een minister van Justitie, niet langer vallen onder het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in het Kaderbesluit EAB en derhalve niet gerechtigd zijn tot het uitvaardigen van een EAB dan wel een beslissing te nemen over de tenuitvoerlegging van een EAB. Het Hof stelt in deze zaken dus wel een algemene blokkade zónder dat in het concrete geval hoeft te worden beoordeeld of de waarborg van onafhankelijkheid in het gedrang is. In *AZ* en *OG & PI* is het argument dat door de statutaire en organisatorische regelgeving, de onafhankelijkheid van de autoriteit niet kan worden gegarandeerd. Er is evenwel een alternatief: de taken kunnen bij een rechter worden belegd of het Openbaar Ministerie kan zo worden ingericht dat het niet langer kan worden onderworpen aan instructies van de uitvoerende macht. Na deze uitspraken, hebben lidstaten de taken ook anders verdeeld, waardoor de EAB-praktijk – met betere waarborgen – doorgang vindt.[13] Tegelijkertijd kan worden gesteld dat het argument van organisatorische regelgeving óók opgaat voor de Poolse situatie. Juist door de ingevoerde maatregelen en de huidige regelgeving, kan de rechterlijke macht worden aangestuurd door de uitvoerende macht. In onderhavige zaak heeft het Hof echter geen alternatief: het gaat immers al om Poolse rechters. Het ontnemen van de status ‘rechterlijke autoriteit’ aan alle Poolse rechters zou *de facto* neerkomen op een totale blokkade van strafrechtelijke samenwerking met Polen in de EAB-praktijk.

6. De stap in ‘de tweede fase’ werpt vervolgens ook vraagpunten op. Hoe ver reikt de onderzoeksplicht? Moet worden nagegaan of de structurele en fundamentele gebreken negatieve gevolgen hebben ten aanzien van álle rechterlijke instanties die mogelijk betrokken raken bij de opgeëiste persoon, van eerste aanleg tot en met cassatie?[14]

In zowel de zaak *LM* als in deze zaak *L & P*, heeft het Hof het over ‘de procedures waaraan de

gezochte persoon zal worden onderworpen'. Het lijkt daarmee ook te doelen op de fase in hoger beroep en verder. Dat maakt de onderzoeksoopdracht echter wel complexer. Het is jammer dat het Hof dit in de voorliggende zaak niet nader heeft gepreciseerd.

7. Wat betreft het te verrichten onderzoek is het verder lastig dat de uitvoerende lidstaat afhankelijk is van de inlichtingen van de verzoekende staat. Het gaat hier om de (kern)vraag of de opgeëiste persoon straks voor een onafhankelijk gerecht terechtstaat. Het gerecht in kwestie zal deze vraag niet snel ontkennend beantwoorden.[16]

8. In zijn reflectie op het arrest *LM* betoogt Glerum dat de uitkomst in de Amsterdamse overleveringspraktijk niet anders is dan vóór het wijzen van dat arrest. De Rechtbank Amsterdam nam destijds al aan dat, ondanks de politieke(re) procedure in art. 7 VEU, overlevering bij de toenmalige stand van zaken geen schending van art. 47 Handvest zou opleveren, tenzij persoonlijke risicofactoren worden aangevoerd die maken dat er een concreet gevaar is van schending van het eerlijk proces. Wat wel verschilt is dat dit eindoordeel sindsdien volgt na een vaak langdurige procedure waarin de rechter in dialoog dient te gaan met de uitvaardigende rechterlijke autoriteit.[17] Het lijkt alsof ook onderhavige uitspraak hier geen verschil in heeft gemaakt. Met inachtneming van de huidige beslissing van het Hof heeft de Rechtbank Amsterdam op 27 januari jl. ten aanzien van het executie-EAB dat mede ten grondslag lag aan de prejudiciële vragen de overlevering toelaatbaar verklaard.[18] Er was in het concrete geval geen informatie voorhanden dat het recht op een eerlijk proces was geschonden en de opgeëiste persoon had daarover zelf ook niets aangevoerd. Ten aanzien van het vervolgings-EAB dat ten grondslag lag aan de prejudiciële vragen, heeft de Rechtbank Amsterdam evenwel afgezien van overlevering.[19] De Rechtbank stelt in die zaak vast dat op verschillende manieren invloed is uitgeoefend door de uitvoerende en wetgevende macht op de rechterlijke macht in Polen en dat dit ook een 'chilling effect' heeft op het gerecht dat bevoegd is kennis te nemen van de zaak tegen de opgeëiste persoon. Bovendien blijkt uit informatie dat, van het gerecht waar de strafzaak tegen de opgeëiste persoon dient, er daadwerkelijk twee rechters betrokken zijn (geweest) in een tuchtprocedure. Daarnaast acht de Rechtbank van belang dat de brede aandacht in de media en bij de Poolse autoriteiten ertoe heeft geleid dat de opgeëiste persoon geen 'willekeurige Poolse verdachte' meer is, maar dat hij in de bijzondere aandacht van de autoriteiten staat waardoor een gevaar bestaat dat het genoemde 'chilling effect' concreet in zijn procedure zal doorwerken. In hun reactie op de Amsterdamse uitspraken merken Ouwerkerk en Filius op dat die laatste grond slechts verband houdt met de unieke situatie vanwege de brede belangstelling naar aanleiding van de prejudiciële vragen, maar dat die unieke situatie zich waarschijnlijk niet snel opnieuw voordoet.[20] Een eventuele precedentwerking zal dan niet groot zijn.

9. De vraag rijst wat deze uitspraak ons dan heeft opgeleverd. Hoe dan ook maken de zaken

Aranyosi & Căldăraru, LM en deze zaak *L & P* duidelijk dat de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen in uitzonderlijke gevallen moeten wijken voor grondrechtbescherming. Tegelijkertijd komt de EU-doelstelling om een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te creëren in die gevallen onder druk te staan. Het afzien van overlevering zorgt er namelijk ook voor dat een opgeëiste persoon niet kan worden vervolgd of zijn strafexecutie ontloopt. Als het Hof had geoordeeld dat de Poolse rechtsstaatcrisis automatisch de status van ‘rechterlijke autoriteit’ van Poolse rechters zou ontnemen en dat er stevast van moet worden uitgegaan dat het recht op een eerlijk proces in het geding is, zou dat ook hebben betekend dat strafrechtelijke samenwerking met Polen binnen de EU is uitgesloten en dreigt een groot risico van straffeloosheid. Een dergelijk vergaand gevolg zal het Hof niet hebben willen teweegbrengen. Dat verklaart wellicht mede het verschil met de zaken *AZ* en *OG & PI*. Het afdwingen van een andere taakverdeling omtrent het uitvaardigen dan wel tenuitvoerleggen van EAB’s komt beter tegemoet aan grondrechtenbescherming, en zal de overleveringspraktijk tegelijkertijd niet verregaand blokkeren. De balans tussen strafrechtelijke samenwerking en grondrechtenbescherming kon in deze zaken daardoor uitslaan naar de eerbiediging van grondrechten. Zolang lidstaten hun huishouding op het gebied van grondrechten niet op orde hebben, blijft het evenwel een worsteling voor het Hof om het juiste evenwicht te vinden tussen effectieve criminaliteitsbestrijding enerzijds en de protectie van grondrechten anderzijds. Het is zaak dat de rechtsstaatcrisis in Polen, maar ook in Hongarije ten goede keert zodat het beginsel van wederzijds vertrouwen en het beginsel van wederzijdse erkenning ook daadwerkelijk als fundament kan dienen voor de strafrechtelijke samenwerking binnen de Unie.

S.M.A. Lestrade

universitair docent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen

[1] Zie Rb. Amsterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776 en Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4328.

[2] Zie met betrekking tot de Poolse hervorming van het rechtssysteem ook D. Mazur, ‘The real objective and the results of the so called ‘great reform’ of the Polish justice system’, *NJB* 2020/2730.

[3] *LM*, HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk en *JV* 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland.

[4] Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en

de procedures van overlevering tussen de lidstaten - Verklaringen van sommige lidstaten bij de aanneming van het kaderbesluit, 2002/584/JBZ, Pb. L 190 van 18/07/2002, p. 1-20.

[5] Aranyosi & Căldăraru, HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 & C -659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, «EHRC» 2016/157 m.nt. Van der Wilt.

[6] Zie o.a. V. Glerum, [Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7 en diens verwijzingen naar P. Bárd & W. van Ballegooij, 'Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM', *NJECL* 2018, afl. 3, p. 353-365; M. Wendel, 'Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM', *EUConst* 2019, p. 27; M. Krajewski, 'Who is afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges', *EUConst* 2018, p. 805-810; F. Gremmelprez, 'Blijvend vertrouwen in de Poolse rechterlijke macht? De praktische gevolgen van het niet langer naleven van het rechtsstaatbeginsel door een EU-lidstaat', *SEW* 2019, p. 514-515.

[7] *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9902, *NJ* 1990/158 m.nt. E.A. Alkema. Zie ook V. Glerum, [Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7.

[8] Zie ook de conclusie van AG Tanchev bij *Minister for Justice and Equality*, punt 85 tot en met 96. Zie voorts V. Glerum, [Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7.

[9] *Idem*.

[10] Zie o.a. P. Bárd & W. van Ballegooij, 'Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM', *NJECL* 2018, afl. 3, p. 353-365. Zie ook V. Glerum, [Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7.

[11] *AZ*, HvJ (GK) 24 november 2020, zaak C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953, *EHRC Updates* 2020/300 m.nt. Lestrade.

[12] *OG & 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.

[13] Zo heeft Nederland naar aanleiding van *OG & PI* direct een spoedwet aangenomen die de Overleveringswet in overeenstemming brengt met de uitspraak. Zie ook mijn annotatie onder die zaak in *EHRC*.

[14] Zie ook V. Glerum, [Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7.

[15] Zie ook F.T.C. Dölle en J.A. Nijland in hun annotatie bij HvJ 25 juli 2018, C 216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *JV* 2018/203.

[16] Zie ook E. Filius & J. Ouwerkerk, 'De Poolse rechtsstaat en het Europees Aanboudingsbevel: wie zijn er nu aan zet', www.nederlandrechtsstaat.nl, 23 december 2020.

[17] V. Glerum, |Reflecties op het arrest LM', *NTM/NJCM-bull.* 2020/7.

[18] Rb. Amsterdam op 27 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:179.

[19] Rb. Amsterdam op 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420.

[20] J. Ouwerkerk & E. Filius, 'Rechtbank Amsterdam weigert Poolse verdachte over te leveren: precedent of uniek besluit?', www.nederlandrechtsstaat.nl, 24 februari 2020.