

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-o6

Nummer 6, 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:2021:0311JUD000686519 11-03-2021

Feilazoo t. Malta, EHRM 11 maart 2021, nr. 6865/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD000157107 09-03-2021

Bilgen t. Turkije, EHRM 9 maart 2021, nr. 1571/07

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD007652112 09-03-2021

Eminağaoğlu t. Turkije, EHRM 9 maart 2021, nr. 76521/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD003632813 09-03-2021

Hassine t. Roemenië, EHRM 9 maart 2021, nr. 36328/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717 02-03-2021

R.R. e.a. t. Hongarije, EHRM 2 maart 2021, nr. 36037/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:197 11-03-2021

Belgische Staat (terugkeer ouder van een minderjarige), HvJ EU 11 maart 2021, zaak C-112/20

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:186 10-03-2021

Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., HvJ EU 10 maart 2021, zaak C-949/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:181 09-03-2021

VG Bild-Kunst, HvJ EU 9 maart 2021, zaak C-392/19

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:152 02-03-2021

Prokuratuur, HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18

Uitspraken zonder ECLI

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 14-12-2020

EHRM 14 december 2020 (Prot. 16), nr. P16-2020-001

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Usmanov t. Rusland (EHRM, nr. 43936/18) – een voorzichtige omwenteling naar een holistische interpretatie van burgerschap?

L. Reyntjens

Annotatie

Project-Trade d.o.o. t. Kroatië (EHRM, nr. 1920/14) – Toegang tot rechter vereist rechter met ‘full jurisdiction’

A.M.L. Jansen

Annotatie

Gawlik t. Liechtenstein (EHRM, nr. 23922/19) – Ockhams scheermes en de klokkenluiderscriteria van het Hof

E.R. Boot

Annotatie

Fussl Modestraße Mayr GmbH (HvJ EU, zaak C-555/19) – Prohibition of regional advertising in country-wide broadcasting might violate EU law

J. Oster

Annotatie

Consob (HvJ EU, zaak C 481/19) – De zaak-Consob en de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht

B. van der Vorm

Annotatie

Vegotex International S.A. t. België (EHRM, nr. 49812/09) – Terugwerkende kracht nieuwe wetgeving staat verjaring belastingschuld in de weg

E. Taverna

RECHTSPRAAK

VG Bild-Kunst, HvJ EU 9 maart 2021, zaak C-392/19

De opneming, door middel van de techniek van framing, op de website van een derde van werken die door het auteursrecht worden beschermd en die met toestemming van de houder van het auteursrecht op een voor het publiek vrij toegankelijke andere website zijn geplaatst, vormen volgens het HvJ een ‘mededeling aan het publiek’ wanneer met die opneming de voorzieningen worden omzeild die de houder tegen framing heeft getroffen of opgelegd. Op die manier wordt het in art. 17 lid 2 Hv neergelegde eigendomsrecht beschermd.

SPK is de beheerder van de Deutsche Digitale Bibliothek (DDB). De website van de DDB bevat links naar gedigitaliseerde inhoud die is opgeslagen op de webportalen van de deelnemende instellingen. Als ‘digitale etalage’ slaat de DDB zelf echter alleen miniatures (‘thumbnails’) op. Door klikken kan een grotere afbeelding van de thumbnail worden weergegeven en kan worden doorgedaan naar de website van de toeleverende instelling. VG Bild-Kunst is een organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten op het gebied van beeldende kunsten in Duitsland. Zij heeft geweigerd om met SPK een licentieovereenkomst te sluiten voor het gebruik van haar catalogus van werken zonder opneming van een bepaling op grond waarvan SPK zich ertoe verbindt om bij het gebruik van de in de overeenkomst bedoelde werken en beschermde materialen doeltreffende technische voorzieningen te treffen tegen het ‘framen’ van die werken of beschermde materialen door derden. Bij framing gaat het erom dat een pagina van een website in meerdere kaders wordt verdeeld, waarbij in één van die kaders via een aanklinkbare link een element zichtbaar wordt dat van een andere site afkomstig is, zodat voor de gebruikers van de website verborgen blijft uit welke omgeving dat element afkomstig is. De nationale rechter heeft een aantal vragen over deze praktijk van framing en over de in art. 11 Hv neergelegde vrijheid van meningsuiting en informatie neergelegd bij het HvJ.

Het HvJ legt de vraag zo uit dat de rechter in wezen wil weten of art. 3 lid 1 van richtlijn 2001/29 zo moet worden uitgelegd dat de opneming, door middel van de techniek van

framing, op de website van een derde van werken die door het auteursrecht worden beschermd en die met toestemming van de houder van het auteursrecht op een voor het publiek vrij toegankelijke andere website zijn geplaatst, een mededeling aan het publiek in de zin van deze bepaling vormt wanneer met die opname de voorzieningen worden omzeild die de rechthebbende tegen framing heeft getroffen of opgelegd. Daarbij acht het Hof van belang dat SPK weigert om voorzieningen te treffen om framing van de thumbnails op websites van derden te voorkomen, zodat moet worden bepaald of de framing zelf (net als de thumbnails) moet worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek. Ten aanzien hiervan onderscheidt het Hof allereerst de situatie waarin een auteur vooraf, en zonder voorbehoud toestemming geeft voor de publicatie van zijn artikelen op de website van een krantenuitgever, zonder verder gebruik te maken van technische middelen die de toegang tot deze werken vanaf andere websites beperken. Hij kan dan in wezen worden geacht toestemming te hebben verleend voor de mededeling van deze werken aan alle internetgebruikers. Dit is anders in de situatie waarin de houder van de rechten van meet af aan beperkende maatregelen voor de mededeling van zijn werk heeft genomen of opgelegd. In het hoofdgeding gaat het volgens het Hof nu juist om een situatie waarin de houder van het auteursrecht de verlening van een licentie afhankelijk wil stellen van het nemen van beperkende maatregelen tegen framing, zodat de toegang tot zijn werken vanaf andere websites dan die van zijn licentiehouders beperkt wordt. In dergelijke omstandigheden kan er niet van worden uitgegaan dat die houder van het auteursrecht ermee heeft ingestemd dat derden zijn werken vrijelijk aan het publiek kunnen mededelen. De framing vormt dan dus een nieuwe mededeling aan het publiek en daarvoor moet opnieuw de toestemming van de betrokken houders worden verkregen. Daarbij merkt het Hof nog op dat hyperlinks, ook als ze worden gebruikt in het kader van framing, bijdragen tot de goede werking van het internet, dat van bijzonder belang is voor de door art. 11 Hv gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede tot de uitwisseling van meningen en informatie binnen dat netwerk, dat wordt gekenmerkt door de beschikbaarheid van immense hoeveelheden informatie. Dit belang kan echter niet opwegen tegen het exclusieve en onuitputtelijke recht van de houder op grond van art. 3 lid 1 en 3 Hv, dat ook een vertaling heeft gekregen in art. 17 lid 2 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:181

Zaaknummer: C-392/19

Wetsartikelen: Hv art. 11, 17 lid 2; RL 2001/29/EG art. 3 lid 1

RECHTSPRAAK

R.R. e.a. t. Hongarije, EHRM 2 maart 2021, nr. 36037/17

Een Iraans-Afghaans gezin heeft in Hongarije asiel aangevraagd en is in afwachting van de beoordeling daarvan een tijd vastgezet in de transitzone van Röszke. Hun omstandigheden daar waren volgens het Hof zo slecht dat die in strijd waren met art. 3 EVRM, onder meer door gebrekkige toegang tot voedsel en slechte voorzieningen voor kinderen. In afwijking van zijn eerdere uitspraak in Ilias en Ahmed t. Hongarije oordeelt het EHRM ook dat de vrijheidsbeperkingen in de transitzone in deze zaak als vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM moet worden gezien. Daarvoor bestaat onvoldoende wettelijke basis.

Klagers zijn een gevlucht gezin bestaande uit een Iraanse vader, een Afghaanse moeder en hun drie kinderen. Zij zijn in 2017 in Hongarije gearriveerd en hebben daar asiel aangevraagd; gelet daarop zijn zij in de transitzone van Röszke ondergebracht. Daarbij verbleven zij in een container van 13 m², die beweerdelijk extreem heet werd in de zomer en slechte voorzieningen had voor jonge kinderen. De eerste klager, de vader, heeft in totaal drie keer asiel aangevraagd in Hongarije. Hij is daarom aangemerkt als ‘veelaanvrager’ en daarom zijn zijn rechten beperkt, in het bijzonder waar het ging om de toegang tot de officiële voedselvoorziening door de autoriteiten. Uiteindelijk hebben klagers wel toestemming gekregen om in Hongarije te verblijven op basis van een tijdelijke toelating; vervolgens hebben zij in Duitsland asiel aangevraagd en verkregen.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat de omstandigheden in de transitzone zodanig slecht waren dat art. 3 EVRM is aangetast. Het Hof herinnert er daarbij aan dat het in zijn eerdere Grote-Kameruitspraak in *Ilias en Ahmed t. Hongarije* de condities in de transitzone van Röszke al heeft beoordeeld en heeft aangenomen dat de omstandigheden daar niet zo problematisch waren dat art. 3 EVRM erdoor werd aangetast, in ieder geval niet bij een kortdurend verblijf van 23 dagen. Het Hof wijst er tegelijkertijd op dat de situatie bij klagers anders was dan aan de orde in die zaak, nu hier ook sprake was van aanwezigheid van kleine kinderen, psychische problemen en een zwangerschap bij de moeder, en een verblijf van ruim

drie maanden. Gelet daarop herbeoordeelt het de situatie in het licht van die omstandigheden. Daarbij maakt het onderscheid tussen de situatie van eerste klager en van de andere klagers. Eerste klager is gekwalificeerd als een 'veelaanvrager' en ook in het licht van de relevante EU-regelgeving geldt daarbij dat er dan minder hoge eisen kunnen worden gesteld aan de omstandigheden rondom de opvang. Wel moet daarbij het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen en moet het terugschroeven van de opvangcondities goed worden gemotiveerd. Van het laatste is in dit geval niet gebleken, en uit het dossier is het Hof ook duidelijk geworden dat de voedselvoorziening niet goed was georganiseerd en dat toegang tot voedsel voor eerste klager niet was verzekerd. Dit leverde voor hem een situatie op die in strijd was met art. 3 EVRM.

Ten aanzien van tweede klaagster en de kinderen merkt het Hof op dat zij zich in een kwetsbare positie bevonden en dat er extra maatregelen moeten worden getroffen om daarmee rekening te houden. De slechte hitte-omstandigheden in de container en het niet beschikbaar zijn van adequate voorzieningen voor kinderen kan het Hof daarbij niet negeren. Weliswaar waren de medische voorzieningen redelijk, maar het Hof merkt op dat er geen psychologische ondersteuning was voor getraumatiseerde asielzoekers zoals tweede klaagster. Ook wijst het Hof erop dat de strenge toezichtmaatregelen, waarbij het verlaten van de container voor medische bezoeken bijvoorbeeld alleen mogelijk was onder bewaking, tot gevolg kunnen hebben gehad dat de kinderen getraumatiseerd raakten en dat hun beeld van hun ouders werd verstoord ('degradation of the parental image in the eyes of the children'). Ook in het licht van de relatief lange duur van deze omstandigheden ziet het Hof hierin, in afwijking van wat het eerder in *Ilias en Ahmed* heeft geoordeeld, een schending van art. 3 EVRM. Gelet daarop acht het Hof het niet nodig om de klacht onder art. 13 EVRM afzonderlijk te onderzoeken.

Klagers hebben daarnaast gesteld dat art. 5 EVRM is geschonden door hun verblijf in de transitzone. Het Hof wijst er – net als in *Ilias en Ahmed* – op dat klagers in beginsel vrijwillig naar de transitzone zijn gekomen met het oog op het aanvragen van asiel, en dat zij deze zone via Servië ook weer konden verlaten. Gelet daarop heeft het eerder geoordeeld dat art. 5 EVRM niet van toepassing is op een verblijf in de transitzone. Ook hier wijst het Hof echter op verschillen tussen de eerder beoordeelde situatie en die van klagers. De eerder bestaande maximumverblijfsduur is opgeheven en de asielaanvragen van klagers zijn bepaald niet snel behandeld. Hun bewegingsvrijheid in de zone zelf was bovendien onderworpen aan strenge beperkingen. Volgens het Hof komt de situatie in het onderhavige geval dan ook neer op een *de facto* vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM. Het Hof is bereid om daarbij te accepteren dat het voor de staten moeilijk is om te gaan met een grote instroom van asielzoekers. Tegelijkertijd wijst het Hof erop dat er geen enkele wettelijke basis was voor het

ophouden van klagers in de transitzone en dat er ook geen sprake is geweest van een formele beslissing tot detentie waarin de individuele situatie van klagers is beoordeeld en waarin eventuele alternatieven voor detentie zijn meegenomen. Gelet daarop stelt het Hof een schending vast van art. 5 lid 1 EVRM en, vanwege het ontbreken van toetsingsmogelijkheden bij de rechter, van art. 5 lid 4 EVRM (zes stemmen tegen één).

Tot slot hebben klagers gesteld dat Hongarije in strijd heeft gehandeld met de interimmaatregel die het Hof op grond van Regel 39 van het Reglement van het Hof had opgelegd, en die inhield dat de omstandigheden van hun verblijf moesten worden verbeterd. Volgens klagers hadden zij moeten worden verplaatst naar een ander ontvangstcentrum en is dat niet gebeurd. Het Hof wijst erop dat het alleen heeft gewezen op de noodzaak om de materiële omstandigheden van opvang te verbeteren en dat niet aannemelijk is gemaakt dat dat niet is gebeurd. De opvolging door Hongarije van de interimmaatregel acht het dan ook niet in strijd met art. 34 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717

Zaaknummer: 36037/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3, 5 lid 1, 5 lid 4, 34

RECHTSPRAAK

Prokuratuur, HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18

In vervolg op zijn eerdere uitspraak in La Quadrature du Net oordeelt het HvJ dat toegang tot verkeers- en locatiegegevens in het kader van een strafrechtelijk onderzoek alleen mag worden verleend als het gaat om een procedure tot bestrijding van zware criminaliteit en ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid. Dit geldt ongeacht omstandigheden als de periode waarop de gegevens betrekking hebben of de hoeveelheid en aard van de gegevens. Een openbaar ministerie kan niet worden beschouwd als onafhankelijke instantie die toestemming mag geven voor het verkrijgen van toegang tot verkeers- en locatiegegevens.

H.K. is in Finland in 2017 veroordeeld tot een vrijheidsstraf vanwege verschillende strafrechtelijke vergrijpen die niet tot de categorie ‘zware criminaliteit’ kunnen worden gerekend. De schuldigverklaring is mede gebaseerd op processen-verbaal die zijn opgesteld op basis van elektronische-communicatiegegevens die zijn verzameld bij een aanbieder van elektronische-communicatiediensten op basis van door het Estse openbaar ministerie verleende toestemming. Daarbij ging het onder meer om gegevens over telefoonnummers en IMEI-codes. Volgens de Estse wetgeving moesten elektronische-communicatiediensten met het oog op dit soort procedures verkeers- en locatiegegevens met betrekking tot vaste en mobiele telefonie gedurende een jaar algemeen en ongedifferentieerd bewaren. In de nationale procedure heeft H.K. onder meer de toelaatbaarheid betwist van de onder meer op basis van deze informatie opgestelde processen-verbaal. Daarbij is bij de verwijzende rechter de vraag opgekomen of deze processen-verbaal als toelaatbaar bewijs kunnen worden aangemerkt.

Het HvJ stelt in zijn beantwoording voorop dat het in *La Quadrature du Net* al heeft geoordeeld dat toegang tot verkeers- en locatiegegevens die zijn opgeslagen door aanbieders van elektronische-communicatiediensten alleen kan worden verleend als bij de bewaring is voldaan aan de eisen van art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58. Deze eisen heeft het in die

uitspraak verder uitgelegd. In het bijzonder heeft het daarbij bepaald dat alleen de doelstellingen van bestrijding van zware criminaliteit en van voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid rechtvaardigen dat overheidsinstanties toegang hebben tot een reeks verkeers- of locatiegegevens die informatie kunnen verschaffen over de communicaties van een gebruiker van een elektronisch communicatiemiddel of over de locatie van de door die gebruiker gehanteerde eindapparatuur en op grond waarvan precieze conclusies kunnen worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, zonder dat andere factoren die de evenredigheid van een verzoek om toegang bepalen, zoals de duur van de periode waarvoor om toegang tot dergelijke gegevens wordt verzocht, tot gevolg kunnen hebben dat de doelstelling van voorkoming, onderzoek, opsporing en vervolging van strafbare feiten in het algemeen een dergelijke toegang rechtvaardigt. Als een nationale regeling niet beperkt is tot procedures tot bestrijding van zware criminaliteit en ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid, is een regeling waarbij toegang tot verkeers- en locatiegegevens kan geboden niet toelaatbaar, ook in het licht van art. 7, 8, 11 en 52 lid 1 Hv. Dit geldt ongeacht de duur van de periode waarvoor om toegang tot dergelijke gegevens wordt verzocht en ongeacht de hoeveelheid en de aard van de gegevens die voor die periode beschikbaar zijn.

Een tweede vraag die in deze zaak is voorgelegd is of het aanvaardbaar is dat het openbaar ministerie de bevoegdheid toekent om een overheidsinstantie ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek toegang te verlenen tot verkeers- en locatiegegevens. Het Hof benadrukt dat het van wezenlijk belang is dat de toegang tot deze gegevens wordt onderworpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit. Wanneer een dergelijke toetsing niet door een rechterlijke instantie maar door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit wordt uitgeoefend, moet deze laatste een zodanige status hebben dat zij bij de uitoefening van haar taken objectief en onpartijdig kan handelen, en moet zij daartoe vrij zijn van elke invloed van buitenaf. Dat betekent onder meer dat die instantie enerzijds niet betrokken mag zijn bij de uitvoering van het betrokken strafrechtelijk onderzoek en anderzijds neutraal moet zijn ten opzichte van de partijen in de strafprocedure. Dat is volgens het HvJ niet het geval bij een openbaar ministerie dat de onderzoeksprocedure leidt en, in voorkomend geval, optreedt als openbaar aanklager.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 02-03-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:152

Zaaknummer: C-746/18

Wetsartikelen: Hv art. 7, 8, 11, 52 lid 1; Rl 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., HvJ EU 10 maart 2021, zaak C-949/19

Een visumverzoek voor een periode van langer verblijf door een derdelander is geweigerd, zonder dat daartegen een beroepsmogelijkheid openstaat. Het HvJ oordeelt dat op de onderhavige situatie art. 21 lid 2 bis Schengenuitvoeringsovereenkomst niet van toepassing is, zodat op grond van art. 51 lid 1 Hv het recht op toegang tot de rechter van art. 47 Hv hierbij niet geldt. Wel is het aan de nationale rechter om te onderzoeken of een andere EU-regeling (richtlijn 2006/801) van toepassing zou kunnen zijn en of op basis daarvan adequate toegang tot de rechter kan worden geboden.

Een derdelander heeft in Polen een aanvraag voor een visum voor een langere periode van verblijf ingediend met het oog op het volgen van een masteropleiding. Dat verzoek is afgewezen en na verzoek om heroverweging is dit opnieuw geweigerd, op de grond dat het doel en de omstandigheden van het verblijf niet voldoende waren onderbouwd. Hierover heeft de derdelander geprobeerd te procederen, maar de nationale rechter heeft geoordeeld dat de kwestie niet onder de bevoegdheid van de bestuursrechter valt. In verband hiermee heeft de hoogste bestuursrechter in Polen nu prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd over de vraag of dit verenigbaar is met het in art. 47, eerste alinea Hv neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte.

Het HvJ EU stelt voorop dat op basis van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) er geen rechten of vrijheden worden toegekend waarop een beroep zou kunnen worden gedaan op basis van het in art. 47 neergelegde beginsel van effectieve rechtsbescherming. Art. 21 lid 2 bis SUO legt aan de lidstaten dienaangaande dus geen verplichtingen op jegens dergelijke derdelanders. Wel gaat het Hof nog na of er een andere bepaling van Unierecht is die voor de lidstaten de verplichting kan inhouden om ervoor te zorgen dat tegen besluiten tot weigering

van een visum voor verblijf van langere duur voor studiedoeleinden – zoals het visum dat aan de orde is in het hoofdgeding – beroep bij een rechter kan worden ingesteld. In dat geval kan namelijk alsnog sprake zijn van uitvoering van Unierecht in de zin van art. 51 lid 1 Hv en moet op basis van art. 47 Hv een doeltreffende voorziening in rechte worden geboden. Het HvJ oordeelt dat het aan de nationale rechter is om na te gaan of de aanvraag voor het visum binnen de reikwijdte van richtlijn 2016/801 zou kunnen vallen. Als dat het geval is, dan moet een besluit tot weigering van een visum al krachtens die richtlijn juridisch kunnen worden aangevochten. Daarbij geldt dat de procedureregels moeten voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel en dat zij zich moeten verdragen met art. 47 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:186

Zaaknummer: C-949/19

Wetsartikelen: Hv art. 47, 51 lid 1; Schengenuitvoeringsovereenkomst art. 21 lid 2 bis

RECHTSPRAAK

Hassine t. Roemenië, EHRM 9 maart 2021, nr. 36328/13

Een man van Tunesische afkomst die een verblijfsvergunning had in Roemenië is in 2012 tot ongewenst vreemdeling verklaard vanwege verdenking van staatsgevaarlijke activiteiten. Hij heeft daartegen geprocedeerd, maar noch hijzelf noch zijn advocaat kreeg gedurende deze procedure toegang tot het volledige dossier waarop de verdenkingen waren gebaseerd. Uit het wel toegankelijke dossier bleek niet waarom er een verdenking van staatsgevaarlijke activiteiten kon bestaan. Deze beperkingen van de procedurele rechten acht het Hof zo substantieel dat het hierin een schending van art. 1 Protocol 7 EVRM ziet.

Klager is van oorsprong afkomstig uit Tunesië en heeft zich in 2007 in Roemenië gevestigd; in 2009 trouwde hij met een Roemeense, met wie hij ook een kind kreeg. Hij heeft vervolgens een verblijfsvergunning verkregen wegens gezinsredenen. In 2012 werd klager tot ongewenst vreemdeling verklaard en werd hem een verblijfsverbod voor Roemenië opgelegd voor een periode van vijf jaar. De redenen daarvoor konden volgens de openbaar aanklager niet worden meegedeeld, omdat ze waren gebaseerd op vertrouwelijke informatie van de inlichtingendiensten, maar ze kwam erop neer dat klager betrokken was bij staatsgevaarlijke activiteiten. Ook in de procedure die klager bij de rechter aanspande konden hij of zijn advocaat geen toegang krijgen tot de onderliggende documenten; zijn advocaat had daarvoor niet het juiste veiligheidscertificaat. Uiteindelijk was de procedure voor klager niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat door het gebrek aan toegang tot het volledige dossier onvoldoende procedurele waarborgen waren geboden, in strijd met art. 1 P7 EVRM. Het Hof stelt vast dat de beperkingen in het kunnen consulteren van de relevante dossiers vanwege de vertrouwelijkheid daarvan, tot een substantiële beperking hebben geleid van klagers rechten op grond van art. 1 P7 EVRM. Daarbij acht het van bijzonder belang dat de nationale rechters zelf niet hebben onderzocht of er goede reden was om de toegang van klager tot deze documentatie te beperken en evenmin een beoordeling hebben uitgevoerd van de

geloofwaardigheid en waarachtigheid van de informatie die de openbare aanklager had verstrekt. Op basis van het toegankelijke deel van het dossier was het bovendien onmogelijk om te achterhalen waarom klager nu werd verdacht van staatsgevaarlijke activiteiten. Klager en zijn advocaat konden hun verdediging daardoor alleen maar op algemene aannames baseren. Gelet op deze beperkingen stelt het Hof een schending vast van art. 1 P7 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD003632813

Zaaknummer: 36328/13

Wetsartikelen: EVRM Zevende Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Feilazoo t. Malta, EHRM 11 maart 2021, nr. 6865/19

Een uit te zetten vreemdeling heeft een tijdlang in gevangenschap doorgebracht (zowel gevangenisstraf als uitzettingsdetentie) en is onder meer in een container gedetineerd geweest. Het EHRM oordeelt dat de gevangenisomstandigheden zo slecht waren dat art. 3 EVRM is geschonden. Daarbij spreekt het bijzondere zorg uit over een periode van zeven weken waarin de vreemdeling is vastgehouden op een afdeling waar nieuw binnengekomen vreemdelingen in coronaquarantaine werden gehouden. Het Hof stelt daarnaast schendingen vast van art. 5 lid 1 en art. 34 EVRM, dit laatste in verband met de slechte mogelijkheden tot contact met de advocaat.

Klager is oorspronkelijk afkomstig uit Nigeria, maar woont nu in Spanje. In 2010 is hij in Malta veroordeeld tot een gevangenisstraf vanwege een aantal drugsdelicten; na afloop van de gevangenisstraf zou hij terug overgebracht naar Spanje. De Spaanse autoriteiten weigerden hem echter de toegang en dat betekende dat hij na vrijlating als 'verboden immigrant' zou worden aangemerkt en terug zou worden gestuurd naar Nigeria. Op enig moment in de procedure werd klager gewelddadig en ook in verband daarmee is tegen hem nog een strafprocedure ingesteld, waarin hij werd veroordeeld tot een boete, die wegens niet-betalen werd omgezet naar een gevangenisstraf.

Voor het EHRM heeft klager allereerst geklaagd over de gevangenisomstandigheden in Malta. Daarbij heeft hij ook gesteld dat hij op zeker moment weliswaar is overgeplaatst naar een andere afdeling, maar dat die afdeling ook werd benut om nieuwe gevangenen onder te brengen die in quarantaine zaten in verband met de Covid-19-pandemie. Het Hof overweegt allereerst dat het zich in eerdere uitspraken al kritisch heeft uitgelaten over de leefomstandigheden in de gevangenis waar klager was ondergebracht en dat daarbij geldt dat die omstandigheden nog zijn verslechterd in verband met de Libiëcrisis. Klager heeft met foto's en op andere manieren aangetoond dat er onder meer sprake was van overbevolking en de regering heeft deze stellingen van klager onvoldoende kunnen weerleggen. Het Hof acht

het uiterst problematisch dat klager onder meer gedurende een langere periode zonder natuurlijk licht in een container is vastgehouden, zonder dat hij mogelijkheden had om te luchten en er bovendien sprake was van isolatie. Die laatste maatregel was bedoeld om klager tegen zichzelf te beschermen, maar het Hof acht dit in de omstandigheden van het geval een excessieve maatregel. Het Hof toont zich ten slotte bezorgd over de stelling van klager dat hij gedurende zeven weken heeft moeten verblijven in een vleugel waarin ook nieuwe mensen waren ondergebracht die in coronaquarantaine zaten en die daarmee een risico konden vormen voor zijn gezondheid. Het Hof acht een dergelijke situatie niet in overeenstemming met de basale hygiënevoorschriften. Alles bijeengenomen stelt het Hof een schending vast van art. 3 EVRM.

Het Hof buigt zich verder over een klacht die betrekking heeft op een gedeelte van de detentie van klager die volgens de Maltese regering als detentie met het oog op uitzetting moest worden gezien. Het EHRM is er niet van overtuigd geraakt dat deze langdurige periode van detentie nodig was met het oog daarop en is van oordeel dat de autoriteiten sneller actie hadden kunnen ondernemen om hem daadwerkelijk uit te zetten. Schending art. 5 lid 1 EVRM.

Tot slot heeft klager gesteld dat zijn individueel klachtrecht onder art. 34 EVRM is geraakt doordat hij onder meer geen kopieën van documenten kon krijgen om zijn klacht te onderbouwen en zijn correspondentie met het Hof niet vertrouwelijk werd behandeld. Het Hof stemt met klagers stellingen in en oordeelt dat klagers rechten onder meer zijn aangetast door het ontbreken van een goed contact tussen hem en zijn advocaat (terwijl het EHRM daarop wel had aangedrongen) en het ontbreken van actie door de overheid om hiervoor een oplossing te bieden. Art. 34 is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0311JUD000686519

Zaaknummer: 6865/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3, 5 lid 1, 34

RECHTSPRAAK

Eminağaoğlu t. Turkije, EHRM 9 maart 2021, nr. 76521/12

Een openbaar aanklager is tuchtrechtelijk veroordeeld door de Turkse Hoge Raad voor de Rechtspraak na diverse kritische uitlatingen over het justitiële systeem. Er was geen beroep mogelijk tegen de veroordeling van een rechter, waardoor het EHRM art. 6 EVRM geschonden acht. Verder waren er weliswaar relevante redenen om een tuchtprocedure te starten vanwege de gedane uitingen, maar de procedurele waarborgen waren zo beperkt dat hierdoor art. 10 EVRM is geschonden. Tot slot acht het Hof het gebruik van bij een strafprocedure verkregen informatie uit telefoontaps in strijd met art. 8 EVRM.

Klager was sinds 1998 werkzaam als openbaar aanklager; in 2011 werd hij benoemd tot rechter in Istanboel. In 2012 werd hij echter overgeplaatst naar een andere rechterlijke post in een afgelegen locatie, als disciplinaire sanctie in verband met een aantal uitspraken die hij in de media had gedaan en kritiek die hij daarbij had geuit op onder meer bepaalde strafzaken, waaronder een belangrijk strafrechtelijk onderzoek naar de criminele organisatie Ergenekon. Volgens klachten die daarover waren binnengekomen bij de autoriteiten had hij daarmee onder meer invloed geprobeerd uit te oefenen op een lopende strafzaak. Volgens de Turkse Hoge Raad voor de Rechtspraak (HSYK) had hij daarmee de waardigheid van het ambt ondermijnd. Klager stelde bezwaar in tegen deze beslissing bij de plenaire vergadering van de HSYK, maar zonder resultaat.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat art. 6 EVRM is geschonden omdat hij geen beroep bij een rechter kon instellen tegen de beslissingen van de HSYK. Het EHRM overweegt dat het bij deze disciplinaire sanctie niet gaat om een strafsancie, maar wel om een beslissing die de positie en inkomsten van klager raakt; daarmee is sprake van een civielrechtelijke kwestie. Wel is nog de vraag of op basis van de *Vilho Eskelinen*-criteria het zou kunnen gaan om een situatie die aan het toepassingsbereik van art. 6 EVRM is onttrokken, doordat het gaat om een categorie van gevallen waarvan de nationale overheid uitdrukkelijk heeft besloten dat

zij niet binnen het toepassingsbereik van art. 6 EVRM kunnen worden gebracht en daarvoor bovendien een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het Hof laat in het midden of in dit geval sprake is geweest van een uitdrukkelijke uitsluiting, ook al omdat in 2010 de regelgeving is aangepast en er tot op zekere hoogte wel enige toegang tot een rechter is gecreëerd. Het acht het vooral van belang dat er geen objectieve rechtvaardiging kan worden gevonden voor de uitsluiting van alle rechtspositionele en disciplinaire beslissingen van de HSYK voor zover het gaat om rechters en openbaar aanklagers. Zowel voor rechters als openbaar aanklagers geldt dat zij vanwege hun bijzondere rol en onafhankelijkheid geen bijzondere ‘bond of trust and loyalty’ met de staat kunnen hebben, zoals dat wel het geval kan zijn bij andere ambtenaren. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat art. 6 lid 1 EVRM op het onderhavige geval kan worden toegepast.

Ten aanzien van de inhoud van de klacht merkt het Hof op dat de HSYK een niet-rechterlijk orgaan is en dat de procedure zoals die gevoerd is voor de HSYK ook niet voldoet aan de procedurele waarborgen die art. 6 lid 1 EVRM vereist. Weliswaar was er beroep mogelijk bij de algemene vergadering van de HSYK, maar ook die kan niet worden aangemerkt als een ‘tribunal’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Bovendien was er geen nader beroep mogelijk bij een wel als rechterlijk aan te duiden orgaan. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat de wezenlijke kern van het recht op toegang tot de rechter is aangetast, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

In de tweede plaats heeft klager gesteld dat de tuchtprocedure en de opgelegde sanctie van overplaatsing een schending van zijn vrijheid van meningsuiting opleverden (art. 10 EVRM). Het Hof houdt in verband met de beoordeling van deze klacht rekening met een aantal factoren.

Allereerst kent het waarde toe aan de bijzondere status van klager als openbaar aanklager, die ook inhield dat klager een zekere bijzondere plicht tot discretie bij zijn uitlatingen had. Tegelijkertijd merkt het op dat klager ten tijde van de relevante feiten voorzitter was van de vereniging Yarsav, die de belangen behartigde van rechterlijk ambtenaren en die beoogde rechtsstatelijke beginselen te beschermen. Het Hof roept in herinnering dat het belangrijk is dat NGOs als ‘public watchdogs’ aandacht kunnen vestigen op onderwerpen van algemeen belang. Klager had als voorzitter van zo’n organisatie niet alleen een recht, maar ook een verplichting om een mening te hebben over het functioneren van de rechterlijke macht en het justitiële systeem.

Ten tweede merkt het Hof op dat de tuchtprocedure was ingegeven door een reeks aan uitspraken die klager op verschillende momenten en over verschillende kwesties had gedaan. Het groepeerde deze kwesties en gaat allereerst in op de kwestie rondom Ergenekon. Het merkt op dat klagers kritiek op deze zaak vooral was gericht op een aantal preventieve maatregelen

die in deze zaak was genomen, en niet ging over de procedure voor de strafrechter als zodanig. De kritiek was bovendien reëel, zoals de regering ook had toegegeven, en had een feitelijke grondslag. Ook ging het om een onderwerp van algemeen belang. Wel moest klager bij zijn commentaar in deze zaken rekening houden met zijn eigen bijzondere positie en de daarbij behorende plicht tot discretie. Het Hof acht in dat verband de redenen die de regering heeft aangevoerd om hiervoor een straf op te leggen wel relevant. Zonder hierover een daadwerkelijke conclusie te bereiken bestudeert het Hof vervolgens een tweede serie kritische uitspraken, die allemaal betrekking hadden op strafzaken tegen de Turks-Armeense journalist Dink. Ook hierbij neemt het Hof aan dat het ging om een belangrijk onderwerp van algemeen belang. Ook acht het relevant dat klagers opmerkingen in deze zaak geen kritiek vormden op het justitiële systeem als zodanig of de manier waarop een lopende rechtszaak werd afgehandeld. Een derde categorie betreft een diverse reeks van kritische uitlatingen, die bijvoorbeeld betrekking hadden op constitutionele hervormingen, de benoeming van een nieuwe minister van justitie in verkiezingstijd, het belang van machtscheiding en secularisme. Een rechterlijk ambtenaar moet volgens het Hof terughoudend zijn als het gaat om politieke uitspraken als die hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid kunnen aantasten. In het onderhavige geval heeft de HSYK echter geen rekening gehouden met de verschillende en specifieke aard van bepaalde uitlatingen, terwijl volgens het Hof maar een minderheid ervan echt op het justitiële systeem betrekking hadden.

In de derde en laatste plaats gaat het Hof dan nog in op de aan klager geboden procedurele waarborgen. Het merkt daarbij op dat de HSYK zijn beslissing heeft genomen zonder rekening te houden met het op art. 10 EVRM gebaseerde verweer van klager. Bovendien zijn er onvoldoende gronden gegeven voor het opleggen van de disciplinaire sanctie. Daarnaast wijst het Hof op dezelfde tekortkomingen in de procedure die al hebben gemaakt dat het een schending van art. 6 EVRM heeft bevonden.

Dit alles samengenomen maakt dat het Hof vaststelt dat art. 10 EVRM is geschonden. Daarbij weegt het enerzijds mee dat er enige relevante gronden voor de regering waren om tot een tuchtrechtelijke sanctie te beslissen, maar anderzijds dat de procedure dusdanig gemankeerd was dat te weinig waarborgen zijn geboden tegen misbruik van bevoegdheid.

Tot slot heeft klager voor het EHRM gesteld dat er in het kader van de tuchtrechtelijke procedure en in strijd met art. 8 EVRM gebruik is gemaakt van onder meer informatie uit afgetapte telefoongesprekken, die in een eerder strafrechtelijk onderzoek was verkregen. Het Hof roept in herinnering dat het al eerder heeft bepaald dat het gebruik van door taps verkregen informatie uit een strafrechtelijk onderzoek op basis van de Turkse wetgeving niet mag worden gebruikt in een tuchtzaak. Het Hof ziet geen aanleiding om in deze zaak anders te oordelen en stelt vast dat art. 8 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD007652112

Zaaknummer: 76521/12

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, 8, 10

RECHTSPRAAK

EHRM 14 december 2020 (Prot. 16), nr. P16-2020-001

De Hoge Raad van Slowakije heeft een adviesverzoek onder Protocol 16 EVRM gericht aan het EHRM over een kwestie rondom het recht op een eerlijk proces. Het bevoegde panel van het EHRM besluit (bij meerderheid) om dit verzoek niet in behandeling te nemen, nu het er niet van overtuigd is dat de Hoge Raad het advies van het Hof echt nodig heeft om het voorliggende geschil op nationaal niveau op een bevredigende manier te kunnen oplossen.

Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention. Request by the Supreme Court of the Slovak Republic.

In september 2020 heeft de Hoge Raad van Slowakije een adviesverzoek ingediend bij het EHRM onder Protocol 16. Dit verzoek werd gemaakt in het kader van een strafzaak tegen politieman I.E., die ervan werd verdacht in 2014 een vrouw te hebben aangevallen. Daarbij is een onderzoek uitgevoerd door de Inspectiedienst van het ministerie van binnenlandse zaken en deze dienst heeft ook de vervolging gestart en bewijs verzameld. Vervolgens is de zaak doorverwezen naar een rechtbank waarbij klager schuldig is bevonden aan onder meer mishandeling. De Hoge Raad wijst er in zijn adviesverzoek op dat I.E. zich voor de Hoge Raad in essentie heeft beroepen op het feit dat de Inspectiedienst niet rechtmatig zou zijn ingericht omdat de dienst onder het ministerie viel en daarom onder directe politieke invloed stond. In de tweede plaats, en daarmee samenhangend, zou de Inspectiedienst niet bevoegd zijn tot betrokkenheid in een strafrechtelijk onderzoek. In zijn adviesvragen aan het EHRM heeft de nationale rechter primair de vraag voorgelegd of de Inspectiedienst voldoende afhankelijk kan worden gevonden. Daarbij heeft de Hoge Raad er ook op gewezen dat hij zelf al een harmoniserende uitspraak heeft gedaan waarin hij onder meer heeft geoordeeld dat de Inspectiedienst rechtmatig is ingesteld en dat de leden van deze dienst bevoegd zijn om betrokken te zijn in onderzoeken van strafrechtelijke aard. Over de kwestie van de effectiviteit en onafhankelijkheid van het onderzoek door de Inspectiedienst heeft de Hoge Raad nog geen oordeel gegeven, hoewel hij wel twijfels heeft uitgesproken over de vraag of de Inspectiedienst

als onafhankelijke autoriteit kan gelden voor het onderzoeken van strafbare feiten.

Het EHRM wijst erop dat het onderhavige verzoek voldoet aan de procedurele criteria die in Protocol 16 zijn neergelegd. In art. 1 lid 1 van Protocol 16 staat echter ook vermeld dat een aan het Hof voorgelegde vraag een ‘question of principle’ moet betreffen die de uitleg of toepassing van het EVRM betreft. Het doel van Protocol 16 is namelijk ook niet om een nationaal geschil naar het Hof te verplaatsen, maar om de nationale rechter de mogelijkheid te geven om enige ondersteuning te zoeken ten aanzien van EVRM-kwesties bij het beslechten van een voorliggende zaak.

Ten aanzien van dit verzoek overweegt het Hof dat de nationale kwestie in feite de vraag betreft of er sprake is van een eerlijk proces ten aanzien van I.E. Het verzoek is daarbij primair gericht op uitleg van art. 2 en 3 EVRM, terwijl het Hof niet ziet hoe die bepalingen in het nationale geding echt een rol spelen. Het ziet in feite alleen vragen rondom het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter in het licht van art. 6 EVRM. Daarbij wijst het er bovendien op dat de Hoge Raad al een uitspraak heeft gedaan waarin hij zelf al onderscheid heeft gemaakt tussen verschillende situatietypen. Doordat de Hoge Raad zelf al heeft aangenomen dat de onafhankelijkheid van de rechter essentieel was voor de procedurele rechten van de verdachte, is het Hof van oordeel dat daarmee al relevante aanwijzingen voorhanden zijn voor het beantwoorden van de nu aan het EHRM voorgelegde adviesvragen.

Het Hof concludeert hieruit dat het adviesverzoek geen kwestie betreft waarover het de ondersteuning nodig heeft van het EHRM in de vorm van een advies. Bij meerderheid besluit het daarom het adviesverzoek niet in behandeling te nemen.

De annotatie over deze adviesprocedure leest u hier.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 14-12-2020

Zaaknummer: P16-2020-001

RECHTSPRAAK

Bilgen t. Turkije, EHRM 9 maart 2021, nr. 1571/07

Geschillen over de rechtspositie van rechters (bijvoorbeeld over beslissingen tot overplaatsing) moeten volgens het EHRM altijd voor beroep vatbaar zijn bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Er is geen objectieve rechtvaardiging om ze uit te sluiten van het toepassingsbereik van art. 6 lid 1 EVRM op basis van de Vilho Eskelinen-criteria. Het onmogelijk maken van beroep bij de rechter bij verplichte overplaatsingsbeslissingen tast de wezenlijke kern van het recht op toegang tot de rechter aan en is daarmee in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Klager is in 1979 begonnen aan een loopbaan in de rechterlijke macht. In 2005 werd hij zonder zijn instemming benoemd tot lid van de bestuursrechtbank in Ankara door de Hoge Raad voor de Rechtspraak (HSYK); een bezwaar van hem daartegen werd verworpen, zonder dat hij een mogelijkheid had om daartegen vervolgens te procederen. In 2006 werd klager overgeplaatst naar een andere bestuursrechtbank in een plaats die op 440 km afstand van zijn woonplaats was gelegen; de HSYK gaf hiervoor geen redenen, maar de regering heeft betoogd dat dit te maken had met de beoordeling van klagers werkkwaliteit als ‘gemiddeld’. In 2007 verzocht klager de regering om nadere toelichting op deze beoordeling, maar die kon de regering vanwege de vertrouwelijkheid van deze informatie niet geven. Tegen de beslissing tot overplaatsing was geen beroep mogelijk.

Klager heeft voor het EHRM gesteld dat hem de toegang tot een rechter is ontzegd, waardoor hij geen mogelijkheid heeft gehad om de overplaatsingsbeslissing aan te vechten. Het EHRM gaat allereerst uitvoerig in op de vraag of de kwestie ontvankelijk is, in die zin dat het hier gaat om een civielrechtelijk geschil. Het merkt daarbij ook op dat het deze zaak moet beoordelen in het licht van het toenemende belang dat wordt toegekend aan de machtenscheiding en de noodzaak om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Dat betekent dat rechters goede bescherming moeten krijgen tegen maatregelen die hun carrière beïnvloeden en die hun onafhankelijkheid en autonomie kunnen raken. Het Hof merkt verder op dat er op

zichzelf specifieke eisen waren gesteld voor het nemen van overplaatsingsbeslissingen, maar dat geen daarvan duidelijk van toepassing waren in het onderhavige geval. Daardoor kon klager terecht vermoeden dat er een element van willekeur in de beslissingen was gelegen en dat maakt dat hij aanspraak zou kunnen maken op rechtsbescherming. In dit opzicht wijst het Hof ook op het grote belang van objectieve en zuivere criteria voor benoeming van rechters, die ook zouden moeten worden toegepast bij beslissingen als die van overplaatsing. Het Hof leidt hieruit af dat klager in dit geval een ‘recht’ had dat beschermd zou moeten worden in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.

Vervolgens gaat het na of dit recht als ‘burgerlijk’ kan worden gezien in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, hetgeen het doet in het licht van de *Vilho Eskelinen*-criteria die gelden voor procedures over de rechtspositie van ambtenaren. Die houden in, dat art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing is als een staat in zijn nationale wetgeving de toegang tot de rechter voor een bepaalde functie of categorie van ambtenaren uitdrukkelijk heeft uitgesloten en als er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor die uitsluiting. Het merkt daarnaast nog op dat klagers kwestie niet op een andere manier onder art. 6 EVRM kan worden gebracht, nu er geen geldelijke gevolgen waren van de overplaatsing waren en het Hof ook van oordeel is dat het privé- en gezinsleven er niet wezenlijk door is geraakt. Ten aanzien van de *Vilho Eskelinen*-criteria overweegt het dat de HSYK om verschillende redenen niet als een rechterlijke organisatie kan worden gezien, onder meer omdat er geen procedure op tegenspraak is en er geen motivering is voor de uitspraken. Nu er geen verder beroep mogelijk is tegen een beslissing van de HSYK, neemt het Hof aan dat aan de eerste voorwaarde uit de *Vilho Eskelinen*-test is voldaan. Voor de uitsluiting van een functiecategorie van beroep bij de rechter kan volgens het Hof alleen een objectieve rechtvaardiging bestaan als het gaat om ambtenaren waarbij er een ‘special bond of trust and loyalty’ bestaat. Vanwege de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht geldt dat het hoe dan ook al niet gemakkelijk is om tegelijkertijd te vergen dat er een bijzondere loyaliteit aan de staat bestaat, terwijl die onafhankelijkheid juist voorop moet staan. Het Hof is van oordeel dat juist om die reden er bescherming zou moeten zijn tegen willekeurige beslissingen door de executieve macht en dat dat impliceert dat er altijd toegang moet zijn tot een rechter voor het laten toetsen van dergelijke beslissingen. Het Hof acht het dan ook niet toelaatbaar om rechtspositionele beslissingen jegens rechters uit te sluiten van het toepassingsbereik van art. 6 EVRM. Gelet hierop oordeelt het dat art. 6 EVRM van toepassing is *ratione materiae*.

Ten aanzien van de inhoud van de klacht merkt het Hof op dat de regering als enige rechtvaardiging voor het ontbreken van toegang tot de rechter heeft aangevoerd, dat het mogelijk maken van beroep tegen gedwongen overplaatsingen tot een grote belasting van het justitieel systeem zou leiden en in de weg zou staan aan het bestaande systeem van verplichte

rotatie. Opnieuw benadrukt het Hof hierbij de noodzaak van machtenscheiding. Ook merkt het op dat er een consensus bestaat over het belang van het hebben van toegang tot een rechter als het gaat om rechtspositionele beslissingen ten aanzien van rechters. Bovendien is in verschillende internationale rapporten kritiek geuit op het oneigenlijk gebruik van het rotatiesysteem in Turkije. Het Hof overweegt ten slotte dat de potentiële belasting van het systeem niet kan opwegen tegen het belang van het hebben van toegang tot een rechter. Het Hof trekt hieruit de conclusie dat er geen legitiem doel was voor de ontzegging van die toegang en dat – daardoor – de wezenlijke kern van art. 6 EVRM is geraakt

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD000157107

Zaaknummer: 1571/07

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Belgische Staat (terugkeer ouder van een minderjarige),
HvJ EU 11 maart 2021, zaak C-112/20**

Bij het nemen van een terugkeerbesluit dat samenhangt met een inreisverbod zijn de lidstaten verplicht om terdege rekening te houden met het belang van het kind, ook als het terugkeerbesluit niet is gericht tegen een minderjarige, maar tegen de vader van deze minderjarige. Dit vloeit voort uit art. 24 Hv, gelezen in onderlinge samenhang met art. 7 Hv en art. 3 lid 1 van het VN-Kinderrechtenverdrag.

Vanwege in België begane misdrijven is in 2018 tegen M.A. een bevel uitgevaardigd om België te verlaten en is een inreisverbod uitgevaardigd. M.A. had vermeld dat hij een partner heeft met de Belgische nationaliteit en een in België geboren dochter. In verband met de procedure hierover heeft de verwijzende rechter onder meer gevraagd hoe art. 5 en 13 van richtlijn 2008/115 moeten worden gelezen, in samenhang met art. 7 en 24 Hv, en hoe bij terugkeerbesluiten als het onderhavige rekening moet worden gehouden met de belangen van een minderjarig kind.

Het HvJ EU merkt allereerst op dat de dochter van M.A. een minderjarige met de Belgische nationaliteit is. Deze omstandigheid kan ertoe leiden dat M.A. krachtens art. 20 VWEU een verblijfsvergunning voor het Belgische grondgebied moet worden toegekend. Dit zou in beginsel het geval zijn indien M.A. en zijn dochter, bij gebreke van een dergelijke verblijfsvergunning, gedwongen zouden zijn het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. In het kader van deze beoordeling moeten de bevoegde autoriteiten terdege rekening houden met het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven en met het belang van het kind, zoals neergelegd in art. 7 en art. 24 lid 2 Hv. De omstandigheid dat de andere ouder de zorg voor het kind alleen kan en wil dragen is relevant, maar niet doorslaggevend in deze beoordeling. Deze uitgangspunten zijn volgens het HvJ ook relevant als het gaat om het vaststellen van een terugkeerbesluit in de zin van richtlijn 2008/115. Ter onderbouwing hiervan verwijst het niet alleen naar art. 24 Hv, maar ook naar art. 3 lid 1 IVRK, waarbij geldt dat de verplichting om de belangen van het kind de eerste overweging te laten zijn in het

algemeen betrekking heeft op alle beslissingen en handelingen die kinderen direct of indirect raken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 11-03-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:197

Zaaknummer: C-112/20

Wetsartikelen: IVRK art. 3 lid 1; VWEU art. 20; Hv art. 7, 24; Rl 2008/115 art. 5

ANNOTATIE

**Usmanov t. Rusland (EHRM, nr. 43936/18) – een
voorzichtige omwenteling naar een holistische interpretatie
van burgerschap?*****L. Reyntjens***

1. In de zaak *Usmanov t. Rusland* wordt het Hof geconfronteerd met een verzoeker die zijn Russisch staatsburgerschap herroepen zag, tien jaar nadat hij zich met zijn gezin in Rusland had gevestigd en het Russisch staatsburgerschap had verworven. Als gevolg hiervan verloor hij ook zijn identiteitsdocumenten, hetgeen hem op zijn beurt confronteerde met verschillende moeilijkheden. Russische burgers moeten hun identiteit namelijk ongewoon vaak bewijzen, zoals het Hof ook opmerkt. Bij alledaagse taken, zoals het kopen van treinkaartjes, maar ook bij het voorzien in hun meer cruciale behoeften, zoals het vinden van werk of het ontvangen van medische zorg.[1] Het niet bezitten van een geldig identiteitsdocument is bovendien ook strafbaar met een geldboete.[2] Maar het belangrijkste gevolg van de herroeping van het burgerschap van dhr. Usmanov was wellicht dat deze een voorwaarde uitmaakte voor zijn verwijdering uit Rusland en de oplegging van een inreisverbod.[3]

2. Vanwege de verregaande gevolgen van deze beslissing stelt het Hof in de eerste plaats vast dat de afname van burgerschap een inbreuk maakte op het privé- en gezinsleven, zoals gewaarborgd door art. 8 EVRM.[4] In een tweede stap gaat het Hof na of deze inmenging ook een daadwerkelijke schending van het Verdrag inhoudt. Voor deze beoordeling onderzoekt het Hof ‘whether the impugned measure was in accordance with the law; whether it was accompanied by the necessary procedural safeguards, [...] and whether the authorities acted diligently and swiftly.’[5] Het onderzoekt met andere woorden of de beslissing van de Russische autoriteiten op willekeurige wijze genomen was. De beslissing had wel degelijk een rechtsgrondslag in de nationale wetgeving, stelt het Hof, maar het is er niet van overtuigd dat deze rechtsgrondslag ook voldoende duidelijk was. Bovendien ontbrak de maatregel aan procedurele waarborgen. Daarom oordeelt het Hof dat het besluit tot afname van staatsburgerschap wel degelijk een inbreuk uitmaakt op art. 8 van het Verdrag.[6]

3. Dit arrest houdt een belangrijke ontwikkeling in voor de rechtspraak rond afname van

burgerschap en wel om twee redenen. Ten eerste merken we in *Usmanov* een verschuiving op in de benadering van het Hof ten aanzien van afname van burgerschap. Ten tweede heeft het Hof in *Usmanov*, in tegenstelling tot eerdere arresten, voor het eerst blijk gegeven van een meer holistische opvatting van het begrip burgerschap. De volgende paragrafen gaan dieper in op beide deze elementen.

Een verschuiving in benadering

4. Een eerste belangrijke wijziging dat het arrest inhoudt betreft een verschuiving in benadering ten aanzien van de evaluatie van een afname van burgerschap. Vóór *Usmanov* paste het Hof namelijk de “*Ramadan-test*” toe, gevestigd in het arrest *Ramadan t. Malta*.^[7] Deze test bestond uit twee stappen, die het Hof hanteerde om na te gaan of een afname van burgerschap een schending inhield van art. 8 EVRM. Het ging met name na wat de gevolgen waren van zo’n afname en met welke procedurele waarborgen die beslissing gepaard ging.^[8] Het onderzoek naar de gevolgen viel op zijn beurt uiteen in twee elementen: de vraag naar eventuele staatloosheid die volgt uit afname en de vraag naar eventuele verwijdering van het territorium.^[9]

5. In *Usmanov* zet het Hof een andere koers in. Het verschuift de gevolg-test van de *violation-stage* naar de *interference-stage*. Enkel wanneer het Hof besluit tot een inmenging (*interference*) in het privé- en familielevens van de verzoeker, gaat het over tot het onderzoek van een eventuele schending (*violation*), dat dan gebeurt aan de hand van de vraag naar procedurele waarborgen. De “*Ramadan-test*” wordt dus uiteen getrokken naar verschillende fases van het Hof haar onderzoek. Op zich lijkt deze verandering in benadering niet per se een vermindering van rechtsbescherming in te houden. Het Hof slaat hiermee enkel een meer procedurele weg in, waarbij het onder de *violation*-vraag voornamelijk nagaat of de lokale autoriteiten een afdoende afwegingsoefening gemaakt hebben tussen de verschillende belangen met de nodige procedurele waarborgen.

6. Uit deze verandering in benadering ontspruit echter wel rechtsonzekerheid, nu er in ieder geval twee benaderingen naast elkaar bestaan: *Usmanov* en *Ramadan*. Dat is ook het punt dat de rechters Lemmens en Ravarani maken in hun *separate opinion*. In de plaats daarvan stellen de twee rechters dan ook voor om de algemene art. 8-toets toe te passen: wettelijke basis, legitiem doel, noodzakelijk in een democratische samenleving, zoals voorgeschreven in de tweede paragraaf van de bepaling. Niet alleen lost het toepassen van deze algemene regel de huidige rechtsonzekerheid op, beide rechters zien bovendien ook geen reden om een van deze algemene regel afwijkende *ad hoc*-test toe te passen bij een afname van burgerschap.

7. Hun punt is legitiem. Een afname van burgerschap heeft namelijk betrekking op overheden

hun negatieve verplichtingen (in tegenstelling tot positieve). Het Verdrag schrijft voor hoe een inbreuk op zo'n negatieve verplichting moet worden beoordeeld, namelijk aan de hand van bovenstaande drie-stappen-toets (wettelijke basis, legitiem doel, noodzakelijk in een democratische samenleving). Het ontwikkelen en hanteren van een *ad hoc*-test is enkel noodzakelijk om de naleving van positieve verplichtingen door overheden te beoordelen; daar waar het Verdrag te kort schiet in haar tekst. Vermoedelijk komt deze conceptuele verwarring voort uit de manier waarop de rechtspraak rond afname van burgerschap is geëvolueerd. De eerste arresten waarin het Hof geconfronteerd werd met burgerschapsvragen gingen voornamelijk over weigeringen tot verkrijging van burgerschap[10]; met andere woorden, beslissingen die betrekking hebben op overheden hun positieve verplichtingen. Daarmee ontstond de nood om een *ad hoc*-test te ontwikkelen. In *Karashev t. Finland*[11], één van de basisarresten rond burgerschap, oordeelde het Hof dat 'an arbitrary denial of a citizenship might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such a denial on the private life of the individual. [...]'[12] Aangezien art. 8 EVRM nalaat voor te schrijven hoe een inbreuk op zo'n positieve verplichting te beoordelen, schoof het Hof de volgende test naar voren: 'it is necessary to examine whether the Finnish decisions disclose [...] arbitrariness or have [...] consequences as might raise issues under Article 8 of the Convention.'[13] In de jaren daarop volgden steeds meer burgerschapszaken, waaronder ook zaken rond afnames. De conceptuele verwarring is ontstaan omdat het Hof in die laatste soort zaken verder bouwde op haar rechtspraak in o.a. *Karashev*, terwijl het ging om een conceptueel andere soort verplichting: een negatieve in plaats van een positieve. Het voorstel van rechters Lemmens en Ravarani tot het hanteren van de klassieke art. 8-test herstelt die conceptuele fout.

Een inhoudelijke omwenteling

8. Naast de verschuiving in benadering houdt *Usmanov* nog een tweede belangrijke meer inhoudelijke wijziging in. We zagen *supra* namelijk dat de gevolg-test van *Ramadan*, die onder *Usmanov* verschoven werd naar de *interference-stage*, uiteenviel in twee elementen: staatloosheid en verwijdering van het territorium. Die test vertolkt een vertekend beeld van het belang van burgerschap. Burger zijn en daarmee het hebben van een nationaliteit houdt namelijk meer in dat een bescherming tegen uitwijzing[14] en een eventueel verval in staatloosheid. Los van de sociale dimensie, die buiten het bestek van deze noot valt, houdt burgerschap op juridisch vlak ook méér in dan enkel deze twee elementen. Het Hof benadrukte al in *Ramadan*: 'Citizenship [is] the gateway to several rights, including a right to unrestricted residence; a right to establish a family in Malta; a right to work there, to receive a pension, and so forth.'[15] Een recht op politieke participatie kan ook nog toegevoegd worden aan dit rijtje. Waar het Hof dit argument naast zich neerlegde in *Ramadan*, lijkt het hier meer

gehoor voor te hebben in *Usmanov*. De paragraaf waarin het Hof aanhaalt dat een verlies van burgerschap een impact kan hebben op alledaagse taken, alsook op meer fundamentele behoeften^[16] (zie randnummer 2), toont een meer holistisch beeld van het Hof ten aanzien van burgerschap en het belang ervan voor het individu. Het Hof lijkt hiermee de twee-elementen afbakening van de *Ramadan* gevolg-toets te hebben vervangen door een meer open toets, die nauwer aansluit bij de sociale realiteit van burgerschap. Zo'n open toets lijkt bovendien ook de individuele rechtsbescherming ten goede te komen. Bepaalde elementen die gevolgschade uitmaken van burgerschapsafname, zoals een verlies van identiteitsdocumenten en alledaagse moeilijkheden die daaruit volgen, worden hiermee in de beoordeling van het Hof getrokken. Op zichzelf gezien zouden die individuele elementen misschien niet onder het toepassingsgebied van het Verdrag vallen, terwijl een open art. 8-toets de opname hiervan toelaat.

De wankel precedentwaarde van *Usmanov*

Wat echter onzeker blijft, is of *Usmanov* inderdaad het begin is van een nieuwe lijn in de rechtspraak van het Hof, dan wel of het arrest slechts een uitschieter is. De precedentwaarde van *Usmanov* is op dit moment nog onzeker. Hoewel, er is één punt dat pleit in het voordeel van het feit dat *Usmanov* wel degelijk een blijvende kanteling zou hebben ingezet. Diezelfde kanteling was namelijk reeds merkbaar in een andere, zeer gelijkaardige lijn rechtspraak lang voordat dit arrest uitkwam. In de rechtspraak van het Hof over staatloosheid zagen we al enkele jaren een “*Usmanov*-achtige” holistische interpretatie van burgerschap. Zo oordeelde het Hof in *Kurić e.a. t. Slovenië* dat ‘owing to the “erasure” [of citizenship], they experienced a number of adverse consequences, such as the destruction of identity documents, loss of job opportunities, loss of health insurance, the impossibility of renewing identity documents or driving licences, and difficulties in regulating pension rights.’^[17] Na de ontbinding van Joegoslavië waren de verzoekers staatloos geworden, omdat de staat waarvan zij ooit onderdaan waren, opgehouden had te bestaan. Hoewel deze rechtspraak handelt over een afzonderlijk aspect van burgerschap, gaat het wel om een en dezelfde basis kwestie. Gelet op het nastreven van interne coherentie in het Hof haar rechtspraak^[18], was de discrepantie tussen zaken rond burgerschapsafname enerzijds en staatloosheid anderzijds moeilijk te verantwoorden. Ten minste, voor de komst van *Usmanov*. Aangezien de rechtspraak rond *Kurić e.a.* een gevestigde waarde is, of tenminste meer gevestigd dan *Usmanov*, en beide lijnen rechtspraak dicht bij elkaar liggen, is het niet onwaarschijnlijk dat de kanteling rond burgerschapsafname een blijvende is. Althans, wat betreft de inhoudelijke kanteling. Wat betreft het eerste punt, de verandering in benadering, lijkt (rechts)onzekerheid te heersen. Daar is het afwachten geblazen welke toets (*Ramadan/Usmanov/de algemene art. 8-toets*) het Hof zal hanteren in de toekomst. Een Grote

Kamer-tussenkomsst zou nuttig zijn in dit opzicht, zodat deze met meer zekerheid kan dicteren wat precies de benadering van het Hof is ten aanzien van afname van burgerschap.

L. Reyntjens

Doctoraatsonderzoekster, KU Leuven, Afdeling Publiekrecht

[1] *Usmanov t. Rusland*, EHRM, 22 december 2020, nr. 43936/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1222JUD004393618, par. 60.

[2] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 60.

[3] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 61.

[4] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 62.

[5] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 63.

[6] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 71.

[7] *Ramadan t. Malta*, EHRM, 21 juni 2016, nr. 76136/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD00761361.

[8] *Ramadan t. Malta*, reeds aangehaald, par. 85.

[9] *Ramadan t. Malta*, reeds aangehaald, par. 90 en 92.

[10] Zie o.a. *Karashev t. Finland*, EHRM (ontv.), 12 januari 1999, nr. 31414/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0112DEC003141496.

[11] *Karashev t. Finland*, reeds aangehaald.

[12] *Karashev t. Finland*, reeds aangehaald.

[13] *Karashev t. Finland*, reeds aangehaald.

[14] Er geldt namelijk een verbod op uitwijzing van onderdanen. Zie o.a. art. 3, protocol 4 EVRM.

[15] *Ramadan t. Malta*, reeds aangehaald, par. 69.

[16] *Usmanov t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 60.

[17] *Kurić e.a. t. Slovenië*, EHRM (GK), 12 maart 2014, nr. 26828/06, par. 83.

[18] Zie o.a. *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 6 juli 2005 (ontv.), nrs. 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DECoo6573101, par. 48, «EHRC» 2006/72 m.nt. Pennings.

ANNOTATIE

**Project-Trade d.o.o. t. Kroatië (EHRM, nr. 1920/14) –
Toegang tot rechter vereist rechter met ‘full jurisdiction’****A.M.L. Jansen**

Eind negentiger jaren van de vorige eeuw werd een Kroatische bank (‘Croatia Bank’) door een besluit van de Kroatische regering geherstructureerd. Alle aandelen werden teruggeroepen, ook die van Project-Trade d.o.o. Alle nieuw uitgevaardigde aandelen werden op naam gesteld van een overheidsorgaan. Verschillende procedures worden gevoerd over de rechtmatigheid van deze beslissingen, alle evenwel vruchteloos. Het hier opgenomen arrest *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië* is reeds opmerkelijk vanwege het feit dat vijf van de zeven rechters van de Kamer van het EHRM die oordeelde, een op punten afwijkende ‘opinion’ aan de zaak hebben toegevoegd. Ook binnen het EHRM hield de zaak kennelijk de gemoederen bezig. Het Hof wijdt de nodige overwegingen aan de vraag naar de ontvankelijkheid van klagers. Dat is begrijpelijk, ook omdat in een eerdere, vergelijkbare, zaak het Hof nog oordeelde dat klagers aan te wrijven viel dat zij niet alle nationale rechtsmiddelen hadden uitgeput. Zij hadden zich beperkt tot een procedure bij het Constitutionele Hof en geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een civiele (handelsrechtelijke) procedure aan te brengen.[1] In de onderhavige zaak hadden klagers dat laatste wel gedaan.

2. Het arrest gaat vooral over het vereiste van ‘full jurisdiction’ in relatie tot het recht op toegang tot de rechter. In de EHRM-rechtspraak mag dan al jaren een abstracte omschrijving van ‘full jurisdiction’ gangbaar zijn, hoe die garantie in concreto uitpakt is niet altijd eenvoudig voorspelbaar en van verschillende factoren afhankelijk.[2] De abstracte omschrijving luidde oorspronkelijk dat – in bestuursrechtelijke verhoudingen – een besluit van een overheidsentiteit moet kunnen worden voorgelegd aan een rechter die ‘competent [is] to determine all the aspects of the matter’.[3] In latere rechtspraak heeft het Hof een en ander gepreciseerd door van een rechter te verlangen dat deze bevoegd moet zijn een eigen oordeel te geven over zowel de feiten als het recht, wil de rechterlijke instantie voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM: de rechter moet bevoegd zijn ‘to examine all questions of fact and law relevant to the dispute’.[4] De rechter mag zich dus niet zonder meer verlaten op de beslissing van het bestuur. Onder voorwaarden (zie hieronder, punt 3) is een beperkte bevoegdheid om

feitelijke kwesties te toetsen geoorloofd, maar die beperking mag er niet op neerkomen dat rechters zich op geen enkel moment over het bestreden besluit buigen en zij zich gebonden achten aan de beslissing van, *in casu*, de regering.[5]

3. Bij de vraag hoe indringend de toetsing moet zijn die een rechter met ‘full jurisdiction’ moet kunnen uitoefenen, speelt een aantal factoren een rol. In die factoren liggen ook de onder punt 2 hierboven bedoelde voorwaarden besloten. Zo is de aard van het rechtsgebied waartoe de overheidsbeslissing behoort relevant. Het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling kan een terughoudende rechterlijke toetsing rechtvaardigen, evenals de technische aard van het besluit en het geschil. Ook de mate van discretie van het bestuur bij het nemen van de beslissing kan invloed hebben op de vraag hoe indringend de rechter moet toetsen. Zo zal een minder indringende toetsing van een besluit met veel beleidsmatige aspecten en een hoge complexiteit eerder aanvaardbaar zijn dan besluiten die zijn gebaseerd op meer gebonden bevoegdheden en massabeschikkingen. Voorts komt gewicht toe aan de – door mij als quasi-rechterlijke aangeduide – procedurele waarborgen in de bestuurlijke fase. Heeft de bestuurlijke feitenvaststelling plaatsgevonden in een quasi-rechterlijke bestuurlijke procedure, dan kan ook daarin een reden liggen om een meer beperkte rechterlijke toetsing geoorloofd te achten. Van de Weyer wijst er in dit kader op dat in veel gevallen een – wat hij noemt – expertise-asymmetrie bestaat tussen bestuur en rechter, zeker bij heel specialistische en complexe besluitvorming.[6] Hij pleit er daarom voor de procedurele waarborgen in bestuurlijke procedures te versterken, waardoor de rechter zijn toetsing eerder kan ophangen aan deze procedurele vereisten.

4. De hier opgenomen uitspraak *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië* illustreert de link tussen het vereiste van toetsing met ‘full jurisdiction’ en het recht op adequate toegang tot de rechter. Het geschil kon weliswaar formeel aan Kroatische rechterlijke colleges worden voorgelegd maar die rechters achtten zich niet bevoegd of in staat zich over het aangevochten besluit van de regering te buigen. Daarmee ontbreekt een goede toegang tot een rechter die kan bieden wat art. 6 EVRM van een rechter verlangt, namelijk ‘full jurisdiction’. De civiele rechtbanken achtten zich *in casu* niet bevoegd om zelf onderzoek te verrichten: ‘... the commercial courts ... considered that they were precluded from conducting their own examination...’; zie par. 63 en 67 van het arrest. Bijgevolg kwamen deze rechterlijke colleges niet toe aan het onderzoeken van de argumenten c.q. beroepsgronden van klager. Dat gold evenzeer voor de rechtsgang die was gericht op het verkrijgen van compensatie. Onder dergelijke omstandigheden valt moeilijk een andere conclusie te trekken dan dat de uitkomst van de procedure louter was gebaseerd op de bevindingen van de regering. Het gaat hier dus om een evidente schending van het vereiste van ‘full jurisdiction’, aan de voorkant van de procedure bij de rechter. Het betreft dus niet een rechtsgang waarin de rechter zich in te beperkte mate bleek te hebben

gebogen over de feitelijke vragen en rechtsvragen van het geschil; het was nog erger. De civiele rechters ('commercial courts') voor welke de zaak diende, weigerden eenvoudigweg de voor de uitspraak in de zaak cruciale beroepsgronden en daarmee de hamvraag – was 'recovery' van 'Croatia Bank' noodzakelijk en was aan de overige wettelijke vereisten voldaan – te onderzoeken. Daarbij is irrelevant dat het in het onderwerpelijke geschil draaide om een beslissing van de overheid waarbij regelgeving op slechts één bepaalde zaak wordt toegepast. Vertaald naar de Nederlandse situatie lijkt dit het meest op een concretiserend besluit van algemene strekking, kortweg concrete norm. Ook dan vereist art. 6 EVRM dat de maatregel in kwestie kan worden voorgelegd aan een rechter als bedoeld in art. 6 EVRM.[7] De slotsom is dat geen enkele rechterlijke instantie op ook maar enig moment zelf onderzoek heeft verricht naar het bewijs waarop de Kroatische regering heeft gebaseerd dat 'Croatia Bank' moest worden geherstructureerd of dat was voldaan aan overige wettelijke vereisten, met name de vraag of het relevante recht correct was toegepast op de feiten. Deze onmogelijkheid voor klager om effectief de beslissing van de regering te kunnen betwisten, is naar het oordeel van het Hof een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter voor klager.

5. De inbreuk op de garanties van toegang tot de rechter en 'full jurisdiction' staan in deze zaak niet op zichzelf. Bij het EHRM stelt klager dat zijn eigendomsrecht onder art. 1 Eerste Protocol EVRM is aangetast en zijn procedurele rechten van art. 6 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat klagers eigendomsrechten in deze zaak rechtstreeks op het spel stonden, nu klagers aandelen in de bank werden geraakt op een manier die verder ging dan het enkel beïnvloeden van klagers positie in de bestuursstructuur van de bank. Art. 1 Eerste Protocol EVRM bevat geen expliciete procedurele garanties en het ontbreken van 'judicial review' leidt op zichzelf niet tot strijdigheid met die verdragsbepaling. Niettemin is gevestigde rechtspraak dat een inbreuk op het eigendomsrecht gepaard moet gaan met een mogelijkheid van rechtsbescherming om de maatregel die een dergelijke inbreuk meebrengt aan te vechten. Daaraan ontbrak in het in de zaak van *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië*. Kortom, door het ontbreken van toegang tot een rechter die het geschil c.q. de beslissing van de regering met 'full jurisdiction' zoals art. 6 EVRM vereist beoordeelde, is ook het eigendomsrecht zoals neergelegd in het EVRM geschonden. In het kader van art. 1 EP EVRM attendeer ik nog op opmerkelijke overwegingen in de *concurring opinion* van rechters Wojtyczek en Pejchal. Zij juichen de 'more efficient' bescherming van art. 1 EP EVRM toe als erkenning van de bescherming van economische vrijheid die uit het arrest spreekt. Tegelijk zijn zij van oordeel dat het Hof hier nog een stap verder had moeten gaan door economische vrijheid als fundamenteel mensenrecht beschermd door art. 1 EP expliciet te erkennen.

6. Ook het vereiste van rechtspraak binnen redelijke termijn is geschonden. Onder omstandigheden kan een procedure die lang duurt nodig zijn omdat er diverse procedurele

acties (moeten) worden ondernomen. Maar in de procedure voor het Constitutionele Hof geschiedde er zo'n vier jaar lang niets aantoonbaars in dat kader; er werd geen openbare hoorzitting belegd, er was niet de noodzaak om een deskundigenrapportage te verkrijgen of oordelen van andere autoriteiten of derden, andere procedurele stappen werden evenmin genomen en van raadkamersessies of dergelijke overleggen bleek evenmin iets.

7. Zoals ik aangaf aan het begin van deze annotatie, wisten de rechters van het Hof geen consensus te bereiken. In hun *joint dissenting opinion* stellen rechters Koskelo en Eicke zich op het standpunt dat klager niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, omdat aan de zesmaandenregel noch aan de eis van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen van art. 35 EVRM zou zijn voldaan. Wanneer een, in hun ogen, kansloze rechtsgang openstaat, is de uitspraak in die rechtsgang niet van belang voor de berekening van de zesmaandentermijn. Rechters Koskelo en Eicke stellen dat de bij de civiele rechters ('commercial courts') gestarte actie evident geen kans van slagen had. Beiden bestrijden niet dat in adequate rechtsbescherming moet worden voorzien ingeval van beperking of ontneming van eigendom. Maar, benadrukken zij, 'both time and legal certainty are very much of the essence.' Zij onderkennen dat het Kroatische rechtsregime onvolkomenheden kende, ook ten aanzien van de rechtsbeschermingsmogelijkheden, ten tijde van de herstructureringsoperaties. Dat echter sommige van de initiële aandeelhouders hun toevlucht hebben gezocht tot kansloze '... "surrogate" remedies' is hen kennelijk een doorn in het oog.

8. Wat daar ook van zij, het hier becommentarieerde arrest van het Hof benadrukt toch primair het volgende. Zekere beperkingen van de controle die een rechterlijke instantie kan uitoefenen op een bestuurlijke beslissing zijn aanvaardbaar. Het arrest beklemtoont evenwel vooral dat die beperkingen er niet op mogen neerkomen dat rechterlijke instanties zich geheel verlaten op een beoordeling die het bestuur, *in casu* de regering, heeft gegeven. Het blijft van essentieel belang dat een klager bij een rechterlijke instantie met 'full jurisdiction' als bedoeld in art. 6 EVRM het oordeel van het bestuur kan betwisten. Ontbreekt de mogelijkheid een geschil aan een rechterlijke instantie met een dergelijke bevoegdheid van 'full jurisdiction' voor te leggen, dan mankeert het welbeschouwd aan een door art. 6 EVRM voorgeschreven toegang tot de rechter.

A.M.L. Jansen

[1] *Batinović and Point Trade d.o.o. t. Kroatie*, EHRM 10 juli 2007, nr. 30426/03, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000192014.

[2] Vgl. ook Miriam Allena & Francesco Goisis, "Full Jurisdiction" Under Article 6 ECHR:

Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers', *European Public Law*, 2020, p. 287–306 en P.-J. van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven), 2019.

[3] Zie *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*, EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75, ECLI:CE:ECHR:1982:000JUD000715175.

[4] Zoals *Terra Woningen BV t. Nederland*, EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002064192, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 617 en *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891.

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

[6] P.-J. van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven), 2019.

[7] Vgl. ook *Posti and Rahko t. Finland*, EHRM 24 september 2002, nr. 27824/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0924JUD002782495, «EHRC» 2002/93 m.nt. Claes.

ANNOTATIE

**Gawlik t. Liechtenstein (EHRM, nr. 23922/19) – Ockhams
scheermes en de klokkenluiderscriteria van het Hof*****E.R. Boot***

1. In grofweg de afgelopen vijftien jaar is de aandacht voor klokkenluiders ontzettend toegenomen: de media-aandacht voor de ‘causes célèbres’ Chelsea Manning en Edward Snowden, de wetgeving op het nationale niveau (de *Wet Huis voor klokkenluiders* uit 2016), resoluties en aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa en natuurlijk de jurisprudentie van het EHRM dat in 2008 in *Guja t. Moldavië* de richtlijnen opstelde die nog steeds leidend zijn bij het beoordelen van klokkenluiderszaken. Deze richtlijnen worden ook in het recente arrest *Gawlik t. Liechtenstein* toegepast. De wijze waarop het Hof dit doet, is consequent (want in lijn met jurisprudentie). Het vonnis zelf is mijns inziens dan ook niet problematisch. Mijn kritiek zal zich veeleer op de richtlijnen zelf richten.

2. De klager in deze zaak vermoedde dat een collega opzettelijk hoge doses morfine aan patiënten toediende teneinde actieve euthanasie te plegen. Hij meldde dit bij de politie, maar na een uitgebreid onderzoek waar twee externe experts bij aan te pas kwamen, bleek dat de collega in kwestie juist had gehandeld en dat derhalve van actieve euthanasie geen sprake was. Als gevolg hiervan werd klager ontslagen. Aan het Hof nu de taak om te bepalen of er sprake is geweest van een schending van klagers art. 10 recht op vrijheid van meningsuiting. Hiervoor gebruikt het, zoals gezegd, de richtlijnen die in *Guja t. Moldavië* zijn opgesteld:

De onthulde informatie moet van algemeen belang zijn;

De authenticiteit van de informatie moet vastgesteld zijn;

De schade die de onthullingen de werkgever toebrengen moet niet zwaarder wegen dan het algemeen belang van de onthullingen;

Onthullingen buiten de eigen organisatie moeten een laatste redmiddel zijn; eerst dient men de interne mogelijkheden uitgeput te hebben om misstanden aan te kaarten;

De klokkenluider moet te goeder trouw zijn;

De zwaarte van de sanctie dient in verhouding te staan tot het ‘legitieme doel’ van de

werkgever.

Over deze criteria en de wijze waarop het Hof ze in deze zaak toepast een aantal punten:

3. Ten eerste, de lijst met richtlijnen is onnodig lang. Zo kunnen de eerste twee criteria vervangen worden door één criterium: het algemeen belang moet meer gediend zijn door onthulling dan door aanhoudende geheimhouding. Dit kan alleen zo zijn als de informatie waarheidsgetrouw is (nu criterium ii), dus dat hoeft geen apart criterium te zijn. Verder is het onduidelijk waarom het algemeen belang van de onthullingen afgewogen moet worden tegen de mogelijke schade voor de werkgever (bijvoorbeeld een gegeven overheidsdepartement) die de onthullingen teweegbrengen (criterium iii). Deze 'balancing test' gaat ervan uit dat beide legitieme belangen hebben, maar wanneer het gaat om misstanden bij de overheid kunnen we dit juist niet veronderstellen. In plaats van dit criterium zou je een criterium kunnen hebben dat de klokkenluider opdraagt om de schade van haar onthullingen zo veel mogelijk te beperken (door bijvoorbeeld de informatie te verifiëren; bij publieke onthullingen (via de media) dient verder alleen die informatie onthuld te worden die noodzakelijk is om de misstand aan het licht te brengen en dient rekening gehouden te worden met, bijvoorbeeld, de rechten van derden en nationale veiligheid). Het vierde criterium van het Hof – dat men eerst intern de klok dient te luiden en alleen, als *ultimum remedium*, mag overgaan tot extern klokkenluiden – is nog een manier om (onnodige) schade te minimaliseren en kan dus gehandhaafd worden.

4. Ten tweede kan het criterium dat goede trouw vereist ook beter geschrapt worden, zoals in 2013 eveneens gebeurd is met de Britse *Public Interest Disclosure Act*. Het Hof stelt, in navolging van *Guja t. Moldavië*, dat een klokkenluider die uit wrok of winstbejag een onthulling doet niet bijzonder veel bescherming verdient.[1] Maar waarom zou dit het geval zijn? Het standaardargument vóór het vereiste van goede trouw is dat men zich dan geen zorgen hoeft te maken dat de klokkenluider niet de gehele waarheid of zelfs een vervormde versie van de waarheid geeft.[2] Mijns inziens is het echter volstrekt irrelevant of de klokkenluider zuivere motieven heeft. Denk aan het voorbeeld van Watergate. Het onthullen van het Watergate-schandaal was zeker in het algemeen belang, ook al handelde Mark Felt (alias Deep Throat) niet puur uit zuivere motieven. Hij zou persoonlijke problemen hebben gehad met president Nixon, omdat hij Felt niet tot directeur van de FBI benoemd had terwijl Felt wel recht op die positie meende te hebben. Verdient de klokkenluider die Watergate onthult puur om die reden minder bescherming? Dat zou een vreemde conclusie zijn. Het belang van de onthulde informatie moet doorslaggevend zijn, niet de motieven van de klokkenluider. De Amerikaanse Dodd-Frank Act stelt potentiële klokkenluiders zelfs een flinke monetaire beloning in het vooruitzicht!

Schrappen van het goede trouw-criterium zou ook meer in lijn zijn met de aanbeveling inzake de bescherming van klokkenluiders van de Raad van Europa. Hierin wordt namelijk gesteld dat het criterium van *bona fide* niet betekent dat het individu louter nobele motieven moet hebben.[3] De enige praktische consequentie van dit criterium zou volgens dit document moeten zijn dat melders geen bescherming genieten wanneer zij opzettelijk onjuiste informatie melden. Maar in dat geval zou de informatie niet in het algemeen belang zijn, dus is er geen apart criterium nodig dat dit borgt.[4]

Verder is het zo dat een criterium dat een oprecht, ethisch motief van klokkenluiders eist, geen garantie biedt voor het uitsluiten van onwenselijke onthullingen, zoals de volgende, toepasselijke uitspraak van Jürgen Habermas op overtuigende wijze toont: ‘the legitimacy of acts of resistance cannot simply be deduced from the ethical seriousness of the actor’s motives. It was hardly a failing of conscience that separated Ulrike Meinhoff from Sophie Scholl.’[5]

Goede trouw is dus geen vereiste om een daad van klokkenluiden gerechtvaardigd en dus als recht hebbend op juridische bescherming te achten. Maar wat als de informatie onjuist blijkt te zijn? In dat geval zou men eerst moeten vaststellen of het voor de klokkenluider redelijk was om te geloven dat hier sprake was van een misstand (hierover meer in par. 7). Pas als het antwoord hierop negatief is, kan men eventueel kijken of de klokkenluider er belang bij had dat haar werkgever in een kwaad daglicht wordt geplaatst. Haar *kwade* trouw zou dan een rol kunnen spelen bij het bepalen van de sanctie.

5. Het laatste criterium (over de proportionaliteit van de sanctie) gaat niet over de rechtvaardiging van het luiden van de klok en is dus niet relevant wanneer een daad van klokkenluiden gerechtvaardigd wordt geacht (een sanctie is dan namelijk helemaal niet op zijn plek). Wanneer het gaat om het bepalen van de wenselijkheid van een daad van klokkenluiden kunnen we beter met de volgende, meer sobere lijst uit de voeten:

Het algemeen belang van onthulling moet zwaarder wegen dan het algemeen belang van voortdurende geheimhouding;

De klokkenluider moet stappen nemen om de schade van haar onthulling te minimaliseren;
De juiste procedure dient doorlopen te worden (mits dit mogelijk is), namelijk intern melden, dan extern bij een bevoegde autoriteit en pas als laatste redmiddel publiek (via de media bijvoorbeeld).

6. Wanneer een daad van klokkenluiden echter *niet* gerechtvaardigd wordt geacht, zoals in *Gawlik t. Liechtenstein*, dan is het criterium over de proportionaliteit van de sanctie natuurlijk

wél relevant. Het Hof constateert hier dat ontslag de zwaarst mogelijke sanctie is en concludeert zonder argumentatie of bewijzen dat hier wel een *chilling effect* van uit moet zijn gegaan; medewerkers van het ziekenhuis (en van zorgmedewerkers in het algemeen zelfs) zouden als gevolg van deze sanctie dus minder bereid zijn om misstanden aan te kaarten. Dit hoeft echter niet de conclusie te zijn. Een logischer conclusie lijkt mij, dat men de informatie die men naar buiten brengt eerst goed dient te verifiëren – hetgeen klager niet heeft gedaan – en dat men eerst interne procedures dient uit te putten, indien mogelijk – ook dit heeft de klager niet gedaan. In dit concrete geval waren er bovendien geen redenen om aan te nemen dat de interne procedure vruchteloos zou blijken. Zoals de regering aangeeft, is uit de interne onderzoeken gebleken dat het ziekenhuis meldingen van misstanden serieus neemt en uitgebreid onderzoekt.[6]

7. Overigens is het hier nog belangrijk om te vermelden dat de vereiste om de authenticiteit van de informatie te verifiëren niet impliceert dat een klokkenluider geen bescherming moet genieten als uiteindelijk blijkt dat de informatie onjuist is of als de misstand uiteindelijk niet plaatsvindt. Het recht op vrijheid van meningsuiting brengt weliswaar ‘plichten en verantwoordelijkheden met zich,’[7] die de klokkenluider dwingen de informatie zo goed als mogelijk te verifiëren, maar dit betekent nog niet dat 100% zekerheid vereist is. Veeleer hanteert het Hof (terecht) een *reasonable belief*-criterium: Was het, nadat de klokkenluider zo goed als onder de omstandigheden kan de informatie geverifieerd heeft, redelijk om te geloven dat hier sprake was van een misstand?[8] In dit arrest was het echter niet zo dat de klager zo goed hij kon de informatie geverifieerd had: Hij deed zijn melding enkel op basis van het elektronische medische dossier, terwijl hij wist dat deze niet alle informatie bevatte en hij gemakkelijk op ieder moment het papieren dossier (met de volledige informatie) had kunnen inzien, maar dit niet heeft gedaan. Het Hof concludeert dan ook terecht: “He did not, therefore, carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that the information he disclosed was accurate and reliable.”[9]

8. Tot slot nog een wat meer algemeen punt. Het Hof baseert zijn bescherming voor klokkenluiders op basis van het art. 10 recht op vrijheid van meningsuiting. Dit wekt de indruk dat klokkenluiden belangrijk is, omdat het een uitdrukking is van individuele vrijheid en om die reden bescherming verdient. Het is echter plausibeler om te stellen dat het belang van klokkenluiden elders ligt. Klokkenluiden heeft een systematische en publieke functie in een democratische rechtsstaat en dát is waarom het bescherming verdient. In een democratie is het van belang dat burgers zich kunnen beraden op zaken die hen aangaan en dat zij daar in publiek debat over kunnen delibereren. Dit is onmogelijk wanneer de informatie ontoegankelijk is. Mocht er bijvoorbeeld een misstand bij de overheid zijn, dan is het van belang dat burgers dit weten, zodat zij hier een mening over kunnen vormen en eventueel de

politiek verantwoordelijken ter verantwoording kunnen roepen. Het is vanwege deze cruciale functie in een democratie dat klokkenluiden bescherming geniet, en niet omdat klokkenluiden een belangrijke uiting van individuele vrijheid is (zoals bijvoorbeeld het vrij en publiekelijk belijden van een godsdienst). De subjectivistische, op individuele rechten gebaseerde aanpak die het Hof kiest, miskent deze rol van klokkenluiden en heeft om die reden al de nodige kritiek gekregen, zowel uit juridische^[10] als uit rechtsfilosofische^[11] hoek.

E.R. Boot

Universitair Docent Rechtsfilosofie. Tilburg University

[1] *Guja t. Moldavië*, EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704, par. 71, «EHRC» 2008/67 m.nt. Geurink.

[2] Zie bijvoorbeeld S. Bok, *Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation* (New York: Vintage Books, 1984), p. 224; R. Sagar, *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy* (Princeton: Princeton University Press, 2013), p. 135ff.; P.B. Jubb, 'Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation,' *Journal of Business Ethics*, 1999, 21, p. 92. Om dezelfde reden vinden deze auteurs het beter wanneer de klokkenluider haar identiteit prijsgeeft, zodat wij kunnen oordelen of zij geen belangen heeft die haar ertoe zouden kunnen aanzetten om niet de gehele waarheid te delen.

[3] Council of Europe, *Protecting Whistleblowers*, Recommendation CM/Rec(2014)7, p. 22n.

[4] Overigens lijkt het Hof zelf ook niet altijd evenveel aan het goede trouw criterium te hechten. Zo vond het Hof, drie jaar na *Guja t. Moldavië*, in *Heinisch t. Duitsland*, dat mevrouw Heinisch te goeder trouw had gehandeld toen zij een misstand had gemeld, ondanks het feit dat zij deels uit eigenbelang had gehandeld (zij wilde haar eigen arbeidsomstandigheden verbeteren): *Heinisch t. Duitsland*, EHRM, 21 oktober, nr. 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408, par. 83, «EHRC» 2011/140.

[5] J. Habermas, 'Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State,' *Berkeley Journal of Sociology*, 1985, 30, p. 105.

[6] Par. 61.

[7] Art. 10, tweede lid, EVRM.

[8] Zie bv. *Bucur en Toma t. Roemenië*, EHRM, 8 januari 2013, nr. 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802, par. 107, «EHRC» 2013/62. In dit arrest verwijst het

Hof ook naar Resolution 1729(2010) (*Protection of 'whistle-blowers'*) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa: "Any whistle-blower shall be considered as having acted in good faith provided he or she had reasonable grounds to believe that the information disclosed was true, even if it later turns out that this was not the case" (6.2.4).

[9] Par. 78.

[10] Zie bijvoorbeeld I. Kampourakis, 'Protecting National Security Whistleblowers in the U.S. and in the ECtHR: The Limits of Balancing and the Social Value of Public Disclosures,' *Yale Journal of International Law*, 2020, 1(46), Sectie II en Y. Benkler, 'A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers,' *Harvard Law and Policy Review*, 2014, 8(2), p. 305.

[11] E.R. Boot. 'No Right to Classified Public Whistleblowing,' *Ratio Juris*, 2018, 31(1), pp. 74–5.

ANNOTATIE

**Fussl Modestraße Mayr GmbH (HvJ EU, zaak C-555/19) –
Prohibition of regional advertising in country-wide
broadcasting might violate EU law*****J. Oster***

1. The initial proceedings that led to this preliminary ruling were remarkable: Fussl, an Austrian company which operates a network of fashion shops in Austria and the German Federal State (*Land*) of Bavaria, concluded a contract with SevenOne Media, the marketing company of the German private TV broadcaster ProSiebenSat.1, to broadcast television advertising solely in Bavaria. SevenOne Media subsequently refused to perform that contract: Paragraph 7(11) of the then-applicable German Interstate Broadcasting Treaty (RStV; now Paragraph 8(11) of the Interstate Media Treaty, MStV) prohibited the transmission of television advertising on a regional level in programmes broadcast throughout Germany, such as the ProSieben channel at issue. Therefore, one cannot but wonder why SevenOne Media concluded the contract in the first place. There is no indication as to a collusion between the parties to ‘provoke’ the judgment of the CJEU, which, it should be noted, would not be unprecedented.[1] At any rate, the CJEU faced the extraordinary constellation that both parties of the initial proceedings made the same claim, namely the incompatibility of Paragraph 7(11) of the RStV with EU law.

2. Having dealt with a procedural issue first,[2] the Court addressed the following questions: is Paragraph 7(11) of the RStV compatible with Article 4(1) of Directive 2010/13 (the Audiovisual Media Services Directive, AVMS Directive), the freedom to provide services (Article 56 TFEU), freedom of expression as well as media freedom (Article 11 EUChFR), and Article 20 EUChFR (the principle of equal treatment)?[3]

3. According to Article 4 of Directive 2010/13, Member States may require media service providers under their jurisdiction to comply with more detailed or stricter rules in the fields coordinated by this Directive provided that such rules are in compliance with EU law. The applicability of Article 4 of Directive 2010/13 in the present case was thus subject to the condition that Paragraph 7(11) of the RStV constituted a ‘more detailed or stricter [rule] in the

fields coordinated by this Directive'. This was questionable, for two reasons: first, the German Government—which, for reasons set out in the first paragraph of this review, was *de facto* the defendant in these proceedings—argued that the Directive applied only to audiovisual media services provided 'for simultaneous viewing of programmes' (Article 1(1)(e) of Directive 2010/13). That was supposedly not the case here, because the advertising was targeted at the Bavarian audience only. The Court rejected this argument, because the notion of 'simultaneous viewing' does not relate to geographical but to chronological simultaneity. The Court convincingly referred to the purpose of the concept of simultaneity in the Directive, namely to distinguish between linear audiovisual media services (particularly television) and non-linear audiovisual media services (on-demand services). Second, Paragraph 7(11) of the RStV would have to constitute a more detailed or stricter rule 'in the fields coordinated by this Directive'. Although TV advertising is a field coordinated by the Directive, this coordination applies only with regard to the protection of viewers, particularly consumers. Therefore, the Court rightly concluded that Paragraph 7(11) of the RStV did not affect the fields coordinated by the Directive, and thus fell outside the scope of Article 4(1).[4]

4. Since the harmonising AVMS Directive was not applicable, the Court had to address Article 56 TFEU directly. The claims made by the litigating parties could not be in better harmony: SevenOne Media/ProSiebenSat.1 invoked its right to provide the broadcasting service, while Fussl claimed its right to receive that service. On the basis of its well-rehearsed principles, the Court confirmed that the freedom to provide and to receive services had been restricted in this case. The Court then identified 'the preservation of the pluralistic nature of the offer of television programmes'—in short, media pluralism (Article 11(2) EUChFR)—as an overriding reason relating to the public interest capable of justifying the restriction: it has been the purpose of Paragraph 7(11) of the RStV to reserve revenue from regional television advertising for regional and local television broadcasters, thus enabling them to contribute to pluralism within the German broadcasting landscape.

5. In the justification analysis, the Court had to assess, first, whether Paragraph 7(11) of the RStV was capable of ensuring the maintenance of media pluralism. The Court reiterated that 'national legislation is appropriate for ensuring the attainment of the objective sought only if it genuinely meets the concern to attain that objective in a consistent and systematic manner'.[5] Concerning the question of consistency, the Court raised the problem that Paragraph 7(11) of the RStV did not apply to advertising via internet platforms. However, the Court did not address the question but asked the referring court, the *Landgericht Stuttgart*, 'to ascertain whether advertising services provided on internet platforms constitute genuine competition for regional and local television broadcasters on the regional advertising market and a threat to the revenue which they derive from that advertising'.[6] In particular, if

German law permits national TV broadcasters to broadcast regional advertising as part of their online programmes, 'it would necessarily have to be concluded that the measure introduced by Paragraph 7(11) of the RStV is inconsistent.'^[7] Yet this instruction is rather vague: the question 'if', that is, whether or not, German law permits regional advertising in online programmes, is not susceptible to an answer. Instead, permission of regionalised online advertising is a matter that has to be decided on a case-by-case basis depending on the service at hand.^[8] For example, with regard to live streaming, the provisions on linear broadcasting apply, and this includes Paragraph 7(11) of the RStV. Yet this is different with regard to on-demand services.

6. Second, the Court examined whether the restriction imposed by Paragraph 7(11) of the RStV was necessary for attaining its objective. The Court highlighted that Paragraph 7(11) of the RStV provided for a so-called 'opening clause', enabling the German Federal States to introduce a specific authorisation scheme. The implementation of such an authorisation scheme, the Court found, could constitute a less restrictive but equally effective measure to minimise the financial impact on regional broadcasters while at the same time allowing the broadcasting of regional advertising by national television broadcasters.^[9] However, the Court also left this question to be decided by the domestic court.^[10]

7. The Court then addressed the conformity of Paragraph 7(11) of the RStV with Article 11 EUChFR. Fussl invoked its right to broadcast its advertising—that is, its own content—in Bavaria. This is freedom of expression, protected by Article 11(1) EUChFR, which also includes the right to disseminate commercial speech.^[11] SevenOne Media/ProSiebenSat.1 could not only invoke freedom of expression, which, according to Article 11(1), includes the right to impart (third-party) information. As a media company, SevenOne Media/ProSiebenSat.1 could also invoke media freedom according to Article 11(2) EUChFR. Yet freedom of expression and media freedom operate under different parameters.^[12] The Court rightly highlighted that commercial speech receives weaker protection under freedom of expression doctrine,^[13] whereas commercial speech as a source of income for media companies is protected under the media freedom principle.^[14] However, the Court emphasised that regional advertising is 'only one method of broadcasting advertising and, therefore, only one source of income among others for those operators'.^[15] As a consequence, the Court found that Article 11 EUChFR had not been violated. Yet the Court's reasoning is based on a mistaken perception of the situation of private broadcasters in Germany. The fact that regional advertising is 'only one source of income' does not change the fact that advertising in general is the main source of revenue for private broadcasters. In Germany, these broadcasters have to compete with publicly financed broadcasters for both audience and advertising. In such competition, every source of income matters.

8. Paragraph 7(11) of the RStV might violate the principle of equal treatment (Article 20 EUChFR), because the provision placed national TV broadcasters and advertisers in a less favourable position than providers of internet advertising services. While the Court furnished the domestic court ‘with any information which may be useful for the purposes of that examination’, the Luxembourg Court ultimately left it to the Landgericht Stuttgart ‘to ascertain whether the national legislation at issue in the main proceedings complies with the principle of equal treatment’.[16]

9. The Court’s decision neither is particularly helpful for the domestic court nor does it fully convince in its reasoning. First, it is barely helpful, because the Court left the critical issues to be decided by the *Landgericht* Stuttgart while providing very little guidance that goes beyond the reiteration of general and well-known principles. To be sure, the Court’s decision is informative to the extent that it does *not exclude the possibility* that Paragraph 7(11) of the RStV (now Paragraph 8(11) of the MStV) might violate EU law, but it did not go further. Second, it fails to fully convince in substantive terms. The conclusion that a less restrictive measure ‘could’ result from an effective implementation of a specific authorisation scheme avoided the question at issue. Moreover, the Luxembourg Court once again[17] missed the opportunity to properly conceptualise media freedom as a fundamental right. With its terse and misconceived reasoning on the significance of regional advertising for broadcasters, the Court did not even begin to grasp the complexity of the institutional protection of the media.[18] The exercise of media freedom presupposes the self-sufficient, state-independent financing of media companies. Depriving the media of potential sources of revenue, such as regional advertising, creates an impediment for media activities, including journalistic investigations and reporting on matters of public concern. In the current European media landscape, in which the freedom of the ‘public watchdog’[19] is under increasing threat even in EU Member States, decisive and detailed guidance by the Court on the protection of media freedom is more necessary than it has ever been.

Dr. J.S. Oster, Assistant Professor for EU Law and Institutions, Leiden University

[1] See, for example, *Mangold v Helm*, ECJ 22 November 2005, Case C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

[2] *Fussl*, Par. 21-31.

[3] The Court did of course approach this question from a different perspective, namely with regard to the interpretation of EU law. For the sake of simplicity, the questions are rephrased for the purposes of this review.

[4] *Fussl*, par. 42.

[5] *Fussl*, par. 59.

[6] *Fussl*, par. 61.

[7] *Fussl*, par. 68.

[8] K.-H. Ladeur, '§ 7 RStV', in: Binder/Vesting (eds.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4th ed. 2016, par. 16.

[9] *Fussl*, par. 77.

[10] *Fussl*, par. 79.

[11] See, e.g., *Murphy v Ireland*, ECtHR (3rd Section) 10 July 2003, no. 44179/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0710JUD004417998, par. 61.

[12] See J. Oster, 'Media Freedom as a Fundamental Right', 2015, p. 48-54.

[13] *Fussl*, par. 91; see J. Oster, 'Media Freedom as a Fundamental Right', 2015, p. 249-255.

[14] *Fussl*, par. 87 ; see J. Oster, 'European and International Media Law', 2017, p. 179, 446-447.

[15] *Fussl*, par. 87.

[16] *Fussl*, par. 97.

[17] See also, for example, *Google Spain SL v Costeja González*, CJEU (GC) 13 May 2014, Case C|131/12, ECLI:EU:C:2014:317, «EHRC» 2014/186 case comment Van Hoboken; *Spiegel Online GmbH v Beck*, CJEU (GC) 29 July 2019, Case C|516/17, ECLI:EU:C:2019:625, «EHRC» 2019/221.

[18] See J. Oster, 'Media Freedom as a Fundamental Right', 2015, p. 84-101.

[19] See, e.g., *Jersild v Denmark*, ECtHR (GC) 23 September 1994, no. 15890/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089, par. 35.

ANNOTATIE

Consob (HvJ EU, zaak C 481/19) – De zaak-Consob en de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht***B. van der Vorm*****Inleiding**

1. Het bestuursstrafrecht heeft sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw – mede onder invloed van de Europese Unie – sterk aan invloed gewonnen. Zo kan in dit verband worden gewezen op de voorgenomen introductie van de bestuurlijke boete ter handhaving van de Visserijwet, die vanuit ‘Europa’ wordt verlangd.[1] De bestuurlijke boete is – althans in Nederland – sinds de jaren negentig van de vorige eeuw vooral opgekomen als alternatief voor het strafrecht, omdat in het strafrecht sprake was van een handhavingstekort en de bestuurlijke boete efficiënter werd beschouwd dan de strafrechtelijke handhaving.[2] De bestuurlijke boete wordt namelijk opgelegd door het bestuursorgaan, waarna de overtreder (hoger)beroep kan instellen tegen het boetebesluit.[3] Vanuit strafrechtelijke hoek werd de opkomst van de bestuurlijke boete – als alternatief voor de strafrechtelijke handhaving – met argusogen bekeken, omdat de vrees bestond dat in het bestuursrecht niet dezelfde waarborgen konden worden geboden als in het strafrecht.[4] In hoeverre dit commentaar terecht was, laat ik hier in het midden, maar het valt niet te ontkennen dat, indien een bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, dezelfde set van waarborgen aan de overtreder moet worden geboden als de waarborgen in een strafrechtelijke procedure. Dit blijkt uit de bekende jurisprudentie van het EHRM over de ‘criminal charge’.[5] Het ‘criminal charge’-begrip heeft volgens het EHRM een autonome betekenis, waardoor etikettenzwendel moet worden voorkomen. Met dit laatste wordt bedoeld dat lidstaten strafrechtelijke sancties als bestuurlijk aanmerken om zo de strafrechtelijke waarborgen te kunnen omzeilen.[6] Het Hof van Justitie sluit zich over de uitleg van het ‘criminal charge’-begrip aan bij de rechtspraak van het EHRM.[7] Dit betekent dat wanneer een bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, de strafrechtelijke waarborgen moeten worden geboden, die met name zijn te vinden in artikel 6 EVRM. Belangrijke waarborgen die de overtreder toekomen zijn het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel. Deze waarborgen staan centraal in de onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie.

De feiten

2. De feiten in deze zaak zijn als volgt. In het geding tussen DB (zijnde een natuurlijke persoon) en de Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob, zijnde de nationale commissie voor het vennootschaps- en beurswezen in Italië[8]) is een verzoek om een prejudiciële beslissing gedaan, betreffende de wettigheid van sancties die aan DB zijn opgelegd wegens handel met voorwetenschap en de weigering om mee te werken aan een onderzoek door de Consob. Consob heeft in totaal drie bestuurlijke boetes opgelegd aan DB. Twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd ter hoogte van € 200.000 en € 100.000 en één bestuurlijke boete van € 50.000. De eerste twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd wegens de bestuursrechtelijke overtreding van handel met voorwetenschap[9] en de andere bestuurlijke boete van € 50.000 is opgelegd voor de bestuursrechtelijke overtreding, inhoudende dat de betrokkene eerst herhaaldelijk had verzocht om de datum van het verhoor te verzetten waarvoor hij was opgeroepen, en toen hij op dat verhoor was verschenen, had geweigerd om de hem gestelde vragen te beantwoorden.[10] De grondslag van deze Italiaanse bestuurlijke boetes vloeit voort uit het Unierecht, meer specifiek uit art. 14 lid 3 van de Richtlijn marktmisbruik en uit art. 30 lid 1, onder b van de Verordening marktmisbruik. Kort gesteld, blijkt uit deze bepalingen dat de lidstaten passende administratieve sancties moeten vaststellen, die moeten worden toegepast, indien geen medewerking wordt verleend aan een onderzoek naar marktmisbruik (art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik) en dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om passende administratieve sancties te kunnen nemen, indien wordt geweigerd om aan het onderzoek mee te werken (art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik). De hoogste Italiaanse rechter ziet zich *in casu* gesteld voor een dilemma. Enerzijds bestaat het gevaar dat een ongrondwettigheid van de relevante Italiaanse bepalingen een strijd zou kunnen opleveren met het Unierecht. Anderzijds zou de uit het Unierecht afgeleide verplichting onverenigbaar kunnen zijn met de art. 47 en 48 Hv, namelijk het grondrecht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling, dat ook is gewaarborgd in artikel 6 EVRM.

De beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof van Justitie EU

3. De eerste stap die het Hof van Justitie zet, is dat de waarborgen van artikel 47 en 48 van het Handvest corresponderen met de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 EVRM.[11] Dit is een belangrijk element. Het Hof van Justitie geeft aan op welke wijze het zwijgrecht in de jurisprudentie van het EHRM wordt uitgelegd en stelt vast dat het zwijgrecht ook beperkingen kent: 'Het zwijgrecht kan echter niet als rechtvaardiging dienen voor elke weigering van samenwerking met de bevoegde autoriteiten, zoals de weigering om te verschijnen op een door deze autoriteiten geplande hoorzitting, noch voor vertragingstactieken die ertoe strekken dat die hoorzitting wordt uitgesteld'.[12] Het is een belangrijke constatering dat het Hof van

Justitie – wat de uitleg van het zwijgrecht betreft – aansluiting zoekt bij jurisprudentie van het EHRM.

4. De tweede stap die het Hof zet, betreft de vraag in hoeverre het zwijgrecht moet worden geëerbiedigd in procedures tot vaststelling van bestuursrechtelijke overtredingen. Hier legt het Hof van Justitie een verband met de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM over het ‘criminal charge’-begrip.[13] *In casu* is reeds door de Italiaanse rechter vastgesteld dat (sommige van de door de Consob opgelegde) bestuurlijke boetes bestraffend van aard zijn. Het Hof van Justitie overweegt dat het zwijgrecht zich er onder andere tegen verzet ‘dat een dergelijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit krachtens richtlijn 2003/6 of verordening nr. 596/2014 antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is’.[14] Deze overweging sluit wederom aan bij jurisprudentie van het EHRM over het zwijgrecht.[15]

5. De derde stap van het Hof van Justitie is dat het onderzoekt in hoeverre art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik en art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik, verenigbaar zijn met het zwijgrecht uit de art. 47 en 48 Hv, ‘voor zover zij niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit krachtens deze richtlijn of deze verordening antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is’.[16] Volgens het Hof van Justitie kan aan beide Uniebepalingen een met de art. 47 en 48 Hv conforme uitleg worden gegeven, ‘volgens welke zij niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is’.[17] Een dergelijke procedure zou immers een schending opleveren van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, zoals dat voortvloeit uit art. 6 EVRM. Hiermee is dus wederom een relatie gelegd met de uitleg van het zwijgrecht door het EHRM.

6. Een belangrijk gegeven in deze zaak is dat DB een natuurlijk persoon is. De kaarten zouden volgens het Hof van Justitie anders hebben gelegen, indien sprake was van (bestuursrechtelijke) procedures die kunnen leiden tot de oplegging van sancties aan ondernemingen en ondernemersverenigingen.[18] Dan zou het zwijgrecht niet van toepassing zijn geweest. Daarnaast kunnen ondernemingen, in het kader van een procedure tot vaststelling van een inbreuk op deze regels, worden verplicht alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen.[19] Ook dit sluit aan bij de

uitleg van het zwijgrecht van het EHRM. Materiaal dat onafhankelijk van de eigen wil bestaat, zoals documenten, kunnen tegen de overtreder worden gebruikt en dit levert geen schending op van het *nemo tenetur*-beginsel.[20]

De betekenis van de uitspraak voor het Nederlandse bestuursstrafrecht

7. De kern van deze uitspraak is daarmee dat een natuurlijk persoon tegen wie een administratief onderzoek wegens handel met voorwetenschap is ingesteld, het recht heeft om te zwijgen wanneer uit zijn antwoorden zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is.[21] Wat betekent deze uitspraak nu voor het Nederlandse bestuursstrafrecht? De eerste vraag die moet worden beantwoord, is hoe marktmisbruik in Nederland wordt aangepakt. Marktmisbruik als zodanig is niet verboden, maar dit geldt wel voor de drie verschijningsvormen ervan: handel met voorwetenschap, wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap en marktmanipulatie. Nelemans geeft aan dat de verbodsbepalingen zijn opgenomen in de Verordening marktmisbruik, die rechtstreeks van toepassing zijn in het Nederlandse rechtstelsel.[22] Deze verbodsbepalingen bevatten een aantal open normen die voor meerdere uitleg vatbaar kunnen zijn. Wanneer onzekerheid bestaat over de interpretatie ervan kunnen prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie. De rol van het Hof van Justitie wordt naar de mening van Nelemans alleen maar groter, doordat de *communautaire* betekenis aan belang heeft gewonnen.[23] Dit betekent dat deze uitspraak van het Hof van Justitie ook voor Nederland van belang is. Hiermee is echter nog niets gezegd over de Nederlandse aanpak van marktmisbruik en handel met voorwetenschap in het bijzonder. De handel met voorwetenschap kan zowel bestuursrechtelijk – middels de oplegging van een bestuurlijke boete door de Autoriteit Financiële Markten – als strafrechtelijk worden afgedaan door het Openbaar Ministerie.[24] De bevoegdheid van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) om een bestuurlijke boete op te leggen berust op art. 1:80 Wet op het financieel toezicht.[25] Daarnaast is het verbod op handel met voorwetenschap ook een economisch delict, zie art. 1 onder 1° WED.[26] Hoewel handel met voorwetenschap door de AFM in Nederland bestuursrechtelijk kan worden aangepakt, heeft Nederland geen bepaling, zoals het Italiaanse art. 187bis van de geconsolideerde tekst die in deze zaak centraal staat, met het opschrift 'Handel met voorwetenschap' en art. 187quindicies van de geconsolideerde tekst, met het opschrift 'Bescherming van de toezichtactiviteiten van de Consob'. Dit betekent overigens geenszins, zoals reeds opgemerkt, dat de onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie niet relevant is voor Nederland.

8. De tweede vraag die moet worden beantwoord, is hoe het zwijgrecht in het Nederlandse bestuursstrafrecht is geregeld. Het zwijgrecht is neergelegd in art. 5:10a Awb. Uit het eerste lid

van deze bepaling blijkt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. In de wetsgeschiedenis is aangegeven waar de bestuurlijke inlichtingenplicht ophoudt en het zwijgrecht begint. Het zwijgrecht is in ieder geval van toepassing vanaf het tijdstip dat kan worden gesproken van een ‘criminal charge’, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb.[27] Concreet begint dit vanaf het tijdstip waarop de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Het zwijgrecht geldt echter niet absoluut; een overtreder kan namelijk wel worden gedwongen om materiaal te overleggen dat onafhankelijk van zijn eigen wil bestaat, zoals documenten.[28] Vanwege art. 5:10a Awb doet zich de Italiaanse problematiek in Nederland niet voor. Het is evenwel – ook voor Nederland – goed om voor ogen te houden dat zowel art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik als art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik een met de art. 47 en 48 Hv conforme uitlegging kan worden gegeven. Die uitleg zou inhouden dat deze bepalingen niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is.[29]

Tot slot

9. De onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie is mijns inziens dus vooral van belang omdat het Hof met betrekking tot het zwijgrecht expliciet aansluiting zoekt bij de relevante jurisprudentie van het EHRM. Ook zal deze uitspraak van belang zijn voor lidstaten die vergelijkbare bepalingen kennen als de bestuurlijke boetebepalingen in Italië. Alles overziend heeft deze uitspraak van het Hof van Justitie voor Nederland naar mijn mening vooral een inprentingsfunctie. Het zwijgrecht voor het bestuursstrafrecht is namelijk al neergelegd in art. 5:10a Awb en deze uitspraak van het Hof van Justitie heeft derhalve geen gevolgen voor de Nederlandse situatie ten aanzien van de bestuursrechtelijke aanpak van de handel met voorkennis.

Benny van der Vorm

Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit Utrecht

[1] B. van der Vorm, ‘De voorgenomen introductie van de bestuurlijke boete in de Visserijwet 1963’, *TvS&O* 2020, p. 246-255.

[2] Zie o.m. F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994. Inmiddels heeft het strafrecht een beweging gemaakt in de richting van de bestuurlijke boete door de mogelijkheid om (bestuurlijke) strafbeschikkingen uit te vaardigen.

[3] Afgezien van de mogelijkheid om een strafbeschikking uit te vaardigen, is de strafrechtelijke handhaving trager dan de bestuursrechtelijke handhaving, omdat in het strafrecht de sancties worden opgelegd door de strafrechter en niet door het Openbaar Ministerie.

[4] G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (afscheidsrede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1995.

[5] EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223 (*Engel t. Nederland*).

[6] M.S. Groenhuijsen, 'Het alcoholslot op slot in het Nederlandse strafrecht en bestuursrecht', *DD* 2015, p. 335-342.

[7] *Bonda*, HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319; *Åkerberg Fransson*, HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, par. 35.

[8] Vergelijkbaar met de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten.

[9] Zie punt 14.

[10] Zie punt 15.

[11] Zie punt 37.

[12] Zie punt 41.

[13] Zie punt 42-43.

[14] Zie punt 45.

[15] Vgl. *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699.

[16] Zie punt 49.

[17] Zie punt 55.

[18] Zie punt 48.

[19] Zie punt 46.

[20] *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[21] Zie punt 58.

[22] M. Nelemans, 'Marktmisbruik', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & W.S. de Zanger (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland* (tweede druk), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 395.

[23] Nelemans 2019, p. 395.

[24] Zie de AFM brochure *Handel met voorwetenschap* (april 2019), p. 4, www.afm.nl.

[25] R.M.I. Lamp, 'De Wet op het financieel toezicht', F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & W.S. de Zanger (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland* (tweede druk), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 328 e.v.

[26] Lamp 2019, p. 341.

[27] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 95.

[28] Dit volgt uit jurisprudentie van het EHRM. Zie o.m. *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[29] Zie punt 55.

ANNOTATIE

**Vegotex International S.A. t. België (EHRM, nr. 49812/09) –
Terugwerkende kracht nieuwe wetgeving staat verjaring
belastingenschuld in de weg*****E. Taverna*****Feiten**

1. In oktober 1995 ontving het Belgische modebedrijf Vegotex een bericht van de fiscus dat deze de belastingaangifte van het jaar 1993 wilde aanpassen. De fiscus verwierp de belastingaftrek van bepaalde kosten verbonden aan een aandelentransactie en kondigde een belastingverhoging van vijftig procent aan omdat Vegotex zich schuldig zou hebben gemaakt aan belastingontduiking. Nog geen maand later, op 2 november 1995, liet het bedrijf de fiscus weten niet akkoord te gaan. Desalniettemin beslist de fiscus op 11 december 1995 toch over te gaan tot het heffen van vennootschapsbelasting ten bedrage van 12.054.089 Belgische frank (ongeveer 300.000 euro) en een belastingverhoging van vijftig procent, hetgeen overeenkomt met ongeveer 6.027.045 Belgische frank (ongeveer 150.000 euro). Nog eens twee maanden later, in februari 1996, diende het bedrijf bezwaar in tegen deze taxatie. In september 2000 veegde de Antwerpse belastingdirecteur het bezwaar van tafel. De maand nadien ontving Vegotex al een bevel tot betaling.

2. Er begon een juridische strijd tussen Vegotex en de fiscus die uiteindelijk pas in november 2020 door het EHRM zou worden beslecht. Vegotex trok in december 2000 naar de Antwerpse rechtbank van eerste aanleg met het oog op de nietigverklaring van de voor het belastingjaar 1993 opgelegde belastingverhoging. Het duurde opnieuw jaren voor er een uitspraak volgde. In maart 2004 stelde de rechtbank de fiscus grotendeels in het gelijk. Het bedrijf trok hierop naar het hof van beroep en vroeg om ook de verjaring vast te stellen.

3. De belastingaanslag ging immers over het jaar 1993 en Vegotex meende dan ook dat de zaak al sinds februari 2001 verjaard was. Het Hof van Cassatie had immers in een arrest van 10 oktober 2002, dat het bevestigde in een arrest van 21 februari 2003, beslist dat een dwangbevel de verjaring niet stuit in geval van betwisting van de verschuldigde belastingen. Vóór dit arrest

van het Hof van Cassatie werd een dergelijk betalingsbevel wel beschouwd als verjaringsstuitende akte in de zin van artikel 2244 Burgerlijk Wetboek. Wanneer de fiscus dus een bevel tot betaling afleverde aan de belastingplichtige, had dit tot gevolg dat de termijn van vijfjarige verjaring inzake inkomstenbelastingen werd gestuit wanneer dit betalingsbevel door de belastingplichtige werd betwist. De rechtspraak van het Hof van Cassatie verhinderde aldus dat een dwangbevel de verjaring zou stuiten in geval van betwisting van de ingekohierde belastingen.

4. De Belgische wetgever oordeelde vervolgens dat deze rechtspraak zijn optreden onontbeerlijk maakte “om te vermijden dat bij gebrek aan een mogelijkheid voor de administratie om op een geldige manier de verjaring te stuiten van de betwiste aanslagen waarvoor geen enkel zeker en vaststaand onmiddellijk opeisbaar aandeel bestaat, een aantal onder hen zouden verjaard verklaard worden”.^[1] De Belgische wetgever besliste dan ook om een mechanisme ter beschikking te stellen om de verjaring te stuiten. Zo heeft zij bij de aanneming van de programmawet van 22 december 2003 nieuwe bepalingen in het Wetboek Inkomstenbelasting (WIB) ingevoegd, volgens welke elk administratief of gerechtelijk beroep met betrekking tot de vaststelling of de inning van belastingen en voorheffingen het verloop van de verjaring schorst. De toenmalige minister van Financiën had echter aangegeven dat het geen bepaling met retroactieve werking betrof aangezien het ging om een groot verjaringsprobleem dat de openbare orde betreft en dat zeer belangrijke gevolgen kan hebben voor de belastingbetaler.

5. Mede op advies van de Raad van State^[2] besloot de wetgever in de programmawet van 9 juli 2004 echter alsnog een artikel in te voegen dat de nieuwe bepalingen in het WIB van toepassing maakt op de gevallen waarop de arresten van het Hof van Cassatie van 10 oktober 2002 en 21 februari 2003 betrekking hebben.

6. Het hof van beroep oordeelde op 6 februari 2007 in het voordeel van de fiscus en stelde dat de verjaring krachtens artikel 2251 BW gestuit was tot aan de definitieve beslissing over de belastingsschuld. Vegotex trok vervolgens naar het Hof van Cassatie met slechts één middel, namelijk de schorsing van de verjaringstermijn die het hof van beroep op grond van artikel 2251 BW heeft vastgesteld. In een arrest van 13 maart 2009, gewezen overeenkomstig de conclusies van de advocaat-generaal, heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004 bepaalt dat het bevel tot betaling de verjaring rechtsgeldig stuit, zelfs bij gebreke van een onbetwiste schuldvordering. Vegotex besloot hierop dan ook om naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te trekken.

Beoordeling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

7. Vegotex baseert haar klacht in Straatsburg op de schending van het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM. De klacht richt zich tegen drie verschillende aspecten van de nationale procedure: de tussenkomst van de wetgever tijdens de juridische procedure, de substitutie van de motieven door het Hof van Cassatie en de onredelijk lange termijn van de procedure in zijn geheel.

Tussenkomst van de wetgever tijdens de juridische procedure

8. Vegotex verwijt het Hof van Cassatie dat het, door artikel 49 van de programmawet van 2004 op haar zaak toe te passen, uitvoering heeft gegeven aan de door de wetgever nagestreefde inmenging in een bij de rechter aanhangige procedure. Deze inmenging zou bedoeld zijn om invloed uit te oefenen op het verloop van de procedure waarbij de Belgische Staat partij was, hetgeen in strijd zou zijn met het beginsel van de rechtsstaat, het rechtszekerheidsbeginsel en artikel 6, lid 1 EVRM. Het Hof start haar analyse met een herhaling van haar vaste rechtspraak: het is de wetgever in civiele zaken weliswaar niet verboden om door middel van bepalingen met terugwerkende kracht de uit bestaande wetten voortvloeiende rechten te regelen, maar het beginsel van de rechtsstaat en het concept van het eerlijk proces verzetten zich ertegen dat de wetgever zich, behalve om dwingende redenen van algemeen belang, in de rechtsbedeling mengt om de gerechtelijke uitkomst van een zaak te beïnvloeden. *In casu* dient het Hof dus eerst na te gaan of er sprake is van een inmenging in een lopende gerechtelijke procedure om vervolgens te beslissen om deze inmenging was ingegeven door dwingende redenen van het algemeen belang.

9. Het Hof merkt op dat de regering niet heeft betwist dat verzoeksters belastingschuld zonder de retroactieve toepassing van de programmawet van 2004 was verjaard, hoewel dit nog niet bij rechterlijke beslissing was vastgesteld. Het was dus enkel wegens de retroactieve toepassing van de bestreden bepaling dat verzoeksters belastingschuld niet was tenietgegaan. In die zin bestaat er dus geen twijfel over het feit dat de wetgever op beslissende wijze heeft ingegrepen om de gerechtelijke oplossing van het geschil waarbij de Staat partij was, in zijn voordeel te sturen door de stuiting van de verjaringstermijn met terugwerkende kracht te regelen. In eerdere zaken heeft het Hof reeds geoordeeld dat de louter financiële belangen van de Staat geen afdoende rechtvaardiging vormen voor het met terugwerkende kracht toepassen van een valideringswet. Het door de regering ingeroepen behoud van de rechten van de Schatkist was dus niet voldoende om de retroactieve tussenkomst te rechtvaardigen.

10. De regering voerde echter als bijkomend argument aan dat sommige van de belastingzaken waarin een achterstand in de regeling van geschillen bestond, tot de categorie ernstige belastingfraude behoorden. Volgens het Hof waren de omstandigheden in deze zaak echter niet dwingend genoeg aangezien er geen aanwijzingen waren dat verzoekster binnen de

werkingssfeer van de bestrijding van ernstige fiscale fraude viel.

11. Anderzijds is het Hof wel gevoelig voor het argument van de regering dat de tussenkomst van de wetgever noodzakelijk was om de door het arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 2002 aangetaste rechtszekerheid te herstellen. Met de vaststelling van de betrokken bepaling met terugwerkende kracht beoogde de wetgever de terugwerkende kracht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie te neutraliseren en de wettigheid te bevestigen van een administratieve praktijk die tot dan toe was gevolgd en waarvan de wettigheid niet werd betwist. De wetgevende tussenkomst had dus tot doel de oorspronkelijke bedoeling van de administratie opnieuw te bevestigen en was dus niet onvoorzienbaar. Het Hof hield ook rekening met het feit dat het niet enkel ging om de vrijwaring van de financiële belangen van de Staat. Het ging er ook om ervoor te zorgen dat de belastingen effectief werden betaald door degenen die ze verschuldigd waren. Het Hof verwees in die zin naar het arrest van het Grondwettelijk Hof dat stelde dat willekeurige discriminatie tussen verschillende belastingplichtigen dient te worden voorkomen.[3] De tussenkomst van de wetgever had dan ook tot doel de rechtszekerheid te waarborgen.

12. Uit de chronologie van de feiten blijkt bovendien dat ook verzoekster van mening was dat de verjaring was gestuit door het bevel van betaling van 24 oktober 2000. Zij riep de verjaring immers voor het eerst in tijdens de procedure voor het Hof van Cassatie. In de hoop onverwacht voordeel te halen uit de nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie, kon zij volgens het Europees Hof dan ook niet verbaasd zijn over de reactie van de wetgever.

13. Hieruit concludeert het Hof dat er in de bijzondere omstandigheden van het geval dwingende redenen van algemeen belang bestonden, te weten het herstel van de stuiting van de verjaring door middel van beschikkingen die lang vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 2002 zijn gegeven, en het aldus mogelijk maken de bij de rechter aanhangige geschillen te beslechten zonder afbreuk te doen aan de materiële rechten van de belastingplichtigen.

Substitutie van motieven door het Hof van Cassatie

14. Verzoekster stelt dat het Hof van Cassatie, door te oordelen over artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004, hoewel het hof van beroep had gesteld dat dit artikel niet van toepassing was en dit door verzoekster in cassatie niet was betwist, uitspraak heeft gedaan over een beslissing van het hof van beroep die niet vatbaar was voor toetsing door het Hof van Cassatie.

15. Het Europees Hof spreekt zich niet uit over de techniek van de substitutie van motieven op zich maar richt zich enkel op de vraag of het gebruik dat het Hof van Cassatie ervan heeft gemaakt het recht van de verzoekende partij op hoor en wederhoor heeft geschonden.

Doorslaggevend is volgens het EHRM of een partij is "overvallen" door het feit dat de rechter zijn beslissing heeft gebaseerd op een ambtshalve aangevoerde grond. Dit is niet het geval omwille van twee redenen. Ten eerste werd tegen de beslissing van het hof van beroep cassatieberoep aangetekend door de Belgische staat. Er kan dus niet worden aangenomen dat de kwestie van de toepasselijkheid van deze bepaling buiten de discussie stond. Ten tweede, en belangrijker, hebben partijen een kopie ontvangen van de schriftelijke conclusies van de advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, waarin hij het Hof van Cassatie uitnodigt om de betwiste gronden te vervangen. Verzoeker heeft de mogelijkheid gehad om overeenkomstig artikel 1107 van het Gerechtelijk Wetboek een memorie van antwoord op de conclusies van de advocaat-generaal in te dienen en om uitstel van de terechtzitting te verzoeken teneinde mondeling of bij nota op die conclusies te antwoorden.

16. Het Europees Hof hecht dus met name belang aan het feit dat een procespartij de mogelijkheid heeft gekregen verweer te voeren tegen de rechtsvraag die niet door hem werd opgeworpen. Het is in die zin ook niet doorslaggevend wie deze rechtsvraag heeft opgeworpen, een van de procespartijen of, zoals in dit geval, de Advocaat-Generaal.

Schending van de redelijke termijn

17. Tot slot voert de verzoekende partij nog een schending aan van de redelijke termijn. De in aanmerking te nemen periode begon op 5 oktober 1995, toen verzoekster in kennis werd gesteld van het voornemen van de belastingdienst om haar belastingaangifte te corrigeren en een fiscale boete op te leggen. De procedure tegen verzoekster heeft derhalve 13 jaar en 6 maanden geduurd. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat verzoekster vanaf 6 april 1999 beroep bij de rechter had kunnen instellen zonder de uitkomst van de administratieve procedure af te wachten. Deze vertraging wordt derhalve niet door het Hof in aanmerking genomen aangezien zij toe te rekenen is aan verzoekster.

18. Ondanks het feit dat het Hof zich streng opstelt naar verzoekster toe door de periode van 6 april 1999 tot 14 december 2020 niet mee in rekening te nemen aangezien deze acht maanden vertraging te wijten zijn aan de houding van verzoekster, neemt zij een soepele houding aan wat betreft de redenen die volgens de Staat ten grondslag liggen aan de lange duur van de procedure. Het Hof houdt rekening met de complexiteit van de zaak, alsook met het aanzienlijk financieel belang dat op het spel stond en het feit dat verzoekster voor het hof van beroep een derde reeks aanvullende stukken had ingediend, maar stelt desalniettemin dat dit niet volstaat om te verklaren waarom de procedure zo lang heeft geduurd. Uit dit arrest blijkt dus opnieuw dat zowel de concrete omstandigheden van de zaak als de houding van de verzoekende partij doorslaggevend zijn bij het oordelen omtrent de onredelijk lange duur van een procedure.

Besluit

Dit arrest van het Europees Hof bevestigt grotendeels reeds bestaande principes. Voor wie reeds bekend was met het arrest van het Grondwettelijk Hof met betrekking artikel 49 van de programmawet 9 juli 2004[4], is het arrest van het EHRM grotendeels herhaling. Het Grondwettelijk Hof was er bovendien snel bij om de recente rechtspraak van het Europees Hof te bevestigen in een arrest van 25 februari 2021 met betrekking tot het beroep tot schorsing van een Vlaams decreet dat de sectorale normen voor windturbines valideerde om zo rechtsonzekerheid als gevolg van een arrest van het Hof van Justitie te voorkomen. Met verwijzing naar het Vegotex-arrest stelde het Grondwettelijk Hof dat een wetgever met terugwerkende kracht de schadelijke retroactieve gevolgen van een onverwachte jurisprudentiële ontwikkeling mag neutraliseren, indien zijn bedoeling er in bestaat de rechtszekerheid te herstellen die in het gedrang was gekomen als gevolg van die rechtspraak.[5]

Het Hof maakt verder ook duidelijk dat complexiteit op zich niet volstaat om de uitzonderlijk lange duur van procedures te verantwoorden. Zelfs in ingewikkelde en zwaarwegende zaken rust op de overheid nog steeds de verplichting om de procedure niet langer dan strikt noodzakelijk te laten aanslepen. Dit blijft echter steeds een feitelijke overweging die in elke individuele zaak opnieuw zal moeten worden gemaakt.

Eva Taverna

[1] *Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, DOC 51-0473/001 en DOC 51-0474/001, p. 148

[2] *Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, DOC 51-0473/001 en DOC 51-0474/001, p. 464.

[3] GwH 7 december 2005, nr. 177/2005, overweg. B.19.5.

[4] GwH 7 december 2005, nr. 177/2005.

[5] GwH 25 februari 2021, nr. 30/2021, overweg. B.13.4.