

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-18

Nummer 18, 2022

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:2022:0920JUD004339913 20-09-2022

Y.P. t. Rusland, EHRM 20 september 2022, nr. 43399/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0914JUD002438419

H.F. e.a. t. Frankrijk, EHRM (GK) 14 september 2022, nrs. 24384/19 en 44234/02

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD000825713

Rabczewska t. Polen, EHRM 15 september 2022, nr. 8257/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0913JUD001575813

Timur Sharipov t. Rusland, EHRM 13 september 2022, nr. 15758/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD001860312

O.M. en D.S. t. Oekraïne, EHRM 15 september 2022, nr. 18603/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD003828815

Merahi en Delahaye t. Frankrijk, EHRM 20 september 2022, nr. 38288/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD005719517

McCann en Healy t. Portugal, EHRM 20 september 2022, nr. 57195/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0519DEC005082421

Makovetsky t. Oekraïne, EHRM 19 mei 2022 (onv.besl.), nr. 50824/21

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD002486713

M.K. t. Oekraïne, EHRM 15 september 2022, nr. 24867/13

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:718](#) 22-09-2022

LB, HvJ EU 22 september 2022, zaak C-120/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:703](#)

VD, HvJ EU 20 september 2022, gev. zaken C-339/20 en C-397/20

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:702](#)

SpaceNet, HvJ EU 20 september 2022, gev. zaken C-793/19 en C-974/19

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:708](#)

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e.a., HvJ EU 22 september 2022, zaak C-159/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:679](#)

HN, HvJ EU 15 september 2022, zaak C-420/20

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:692](#)

DD, HvJ EU 15 september 2022, zaak C-347/21

Annotatie

[Y.P. t. Rusland \(EHRM, 43399/13\) – Sterilisatie zonder toestemming levert geen schending op van art. 3 EVRM](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

[NIT S.R.L. t. Moldavië \(EHRM, 28470/12\) – Het EHRM introduceert intern pluralisme](#)

M.Z. van Drunen

Annotatie

[H.F. e.a. t. Frankrijk \(EHRM, nrs. 24384/19 en 44234/20\) – Geen verplichting om IS-kinderen in Syrische opvangkampen te repatriëren](#)

A. Pijnenburg

Annotatie

[Grosam t. Tsjechië \(EHRM, nr. 19750/13\) – Overmacht aan ‘leken’ in de tuchtkamer](#)

N. Hummel

Annotatie

[C v. Romania \(ECtHR, 47358/20\) – Workplace sexual harassment: the extent of protection under the European Convention on Human Rights](#)

D. Nikolakopoulou

RECHTSPRAAK

DD, HvJ EU 15 september 2022, zaak C-347/21

Door coronabesmettingen konden verdachte DD en zijn advocaat VV niet bij enkele zittingen zijn waarbij een anonieme getuigen in de strafzaak tegen DD werd verhoord. Wel hebben zij toegang gekregen tot de processen-verbaal van de zittingen en hebben zij de getuige later alsnog vrij kunnen verhoren. In het licht van de EHRM-rechtspraak over het recht op een openbare zitting van art. 6 EVRM oordeelt het HvJ EU dat in die omstandigheden de rechten van de verdediging voldoende worden geëerbiedigd.

Een grenspolitiebeambte, DD, is strafrechtelijk vervolgd in verband met betrokkenheid bij illegale migratie. Tijdens een zitting waar DD en zijn advocaat, VV, bij waren is een anonieme getuige verhoord. De zitting zou worden voortgezet op een latere datum, maar VV heeft toen verzocht om de hoorzitting uit te stellen omdat hij herstellende was van een coronabesmetting. De verwijzende rechter heeft toch het verhoor afgenomen, maar volgens de rechter was dat aanvaardbaar omdat de schending van het recht van de verdediging ongedaan kon worden gemaakt door de anonieme getuigen bij een volgende zitting opnieuw te horen als VV er wel bij kon zijn. Ook een volgende hoorzitting vond echter plaats zonder VV en ook zonder DD, die eveneens besmet was met corona. Pas later hebben zij de gelegenheid om de getuige alsnog te ondervragen. Bij de nationale rechter heeft dit vragen opgeroepen over de aanvaardbaarheid hiervan in het licht van het EU-recht, die hij aan het HvJ heeft voorgelegd.

Het HvJ EU stelt voorop dat de relevante richtlijnbevestigingen moeten worden uitgelegd in het licht van art. 47 Hv en art. 6 EVRM. Het Hof moet er daarbij voor zorgen dat de bescherming die wordt geboden op grond van art. 47 Hv niet onderdoet voor het niveau dat wordt geboden door de rechtspraak van het EHRM. In dit verband volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat een openbare terechtzitting een grondbeginsel is dat in art. 6 EVRM is vastgelegd en dat van bijzonder belang is in strafzaken. Het EHRM heeft geoordeeld dat deze bepaling het beginsel vastlegt dat alle bewijzen à charge in beginsel ten overstaan van de verdachte tijdens een openbare terechtzitting moeten worden overgelegd met het oog op een debat op tegenspraak

voordat hij schuldig kan worden bevonden. Uitzonderingen op dit beginsel kunnen alleen worden aanvaard voor zover de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd. Weliswaar geldt dat een schending van dit recht later in de procedure gecompenseerd kan worden, maar dan moet de beklaagde wel naar behoren in de gelegenheid worden gesteld om een belastende getuigenverklaring te betwisten en de getuige daarover te ondervragen. Daarbij is een aanvullend verhoor voldoende; het is niet nodig dat het gehele verhoor wordt overgedaan, mits er verder wel voldoende (schriftelijke) informatie wordt gegeven over het verloop van het eerdere verhoor.

In de onderhavige zaak heeft DD een kopie van het proces-verbaal van het eerdere getuigenverhoor ontvangen en hij heeft tijdens een latere zitting de gelegenheid gekregen om de getuige vrij te ondervragen. Dat betekent dat de schending van zijn recht om bij de hoorzitting aanwezig te zijn ongedaan is gemaakt. Ook het recht op bijstand door een advocaat is niet geschonden als – zoals in dit geval – de advocaat bij een latere zitting ruimte krijgt om de getuige vrij te ondervragen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:692

Zaaknummer: C-347/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6, Hv art. 47, Rl. 2016/343, art. 8 lid 1 en Rl. 2013/48/EU, art. 3 lid 1

RECHTSPRAAK

HN, HvJ EU 15 september 2022, zaak C-420/20

HN is in Bulgarije strafrechtelijk vervolgd omdat hij probeerde met valse identiteitspapieren te reizen. Jegens hem is een terugkeerbevel uitgevaardigd, gecombineerd met een inreisverbod. Daardoor kon hij ook niet aanwezig zijn bij de zitting in zijn strafzaak, terwijl dat in Bulgarije wel verplicht is. Het HvJ oordeelt dat een aanwezigheidsplicht niet onverenigbaar is met richtlijn 2016/343, nu die richtlijn daarover niets regelt en de kwestie overlaat aan nationaal recht. Het verhinderen van aanwezigheid bij een strafzitting door een inreisverbod is wel in strijd met de richtlijn en art. 47 Hv.

De Albanese HN heeft in 2020 bij de douane in Sofia een vals paspoort en een valse identiteitskaart laten zien om naar het VK te kunnen reizen. De volgende dag heeft de Bulgaarse grenspolitie een terugkeerbesluit jegens HN uitgevaardigd en hem een inreisverbod opgelegd voor de periode van vijf jaar. HN is in staat van beschuldiging gesteld vanwege de valse documenten. HN heeft gesteld dat hij niet aanwezig wilde zijn bij de zitting omdat dit voor hem te veel kosten zou meebrengen. Naar Bulgaars recht is aanwezigheid bij de zitting echter verplicht. In dit verband zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

In de richtlijn wordt volgens het HvJ weliswaar bepaald dat verdachten het recht hebben om aanwezig te zijn, maar er staat niets in bepaald over een eventuele verplichting tot die aanwezigheid. Weliswaar blijkt uit verschillende bepalingen dat een proces moet kunnen plaatsvinden in afwezigheid van de verdachte, maar lidstaten zijn niet verplicht om bepalingen over verstekprocedures in hun nationale recht op te nemen. Het EHRM acht daarbij ook van belang dat richtlijn 2016/343 voorziet in minimumharmonisatie ten aanzien van specifieke elementen van het strafproces en niet als doel heeft om de strafprocedure volledig te harmoniseren. Daarmee is dit een kwestie van uitsluitend nationaal recht.

Een tweede vraag is of het aanvaardbaar is dat een lidstaat een procedure kan voeren tegen

een verdachte als die zich buiten de lidstaat bevindt en het grondgebied van de lidstaat niet kan binnenkomen omdat hem door de autoriteiten van de lidstaat een inreisverbod is opgelegd. Op zichzelf biedt richtlijn 2016/343 geen expliciet recht voor een verdachte om zich fysiek te begeven naar het grondgebied van een lidstaat om daar een proces tegen hem bij te wonen. Wel herinnert het Hof aan het doel van de richtlijn, namelijk om een eerlijk proces in strafzaken te versterken en zo de wederzijdse erkenning van strafvonnissen te vergemakkelijken. Het recht om bij een strafprocedure aanwezig te zijn vormt een essentieel onderdeel van het in art. 47 Hv en art. 6 EVRM neergelegd recht op een eerlijk proces. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak de verschijning van een verdachte als kernbelang aangemerkt. Weliswaar kan een verdachte daar afstand van doen, maar dat moet vrijwillig gebeuren. In een geval als het onderhavige ontbreekt iedere reële mogelijkheid om het proces bij te wonen, zodat niet aan de in art. 6 EVRM neergelegde waarborgen is voldaan. In die omstandigheden kan iemand immers ook niet vrijwillig en ondubbelzinnig afstand doen van zijn recht om bij het proces te zijn. In individuele gevallen moet een inreisverbod dan ook kunnen worden geschorst of ingetrokken om het mogelijk te maken dat een verdachte naar het grondgebied reist om bij zijn proces aanwezig te zijn.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:679

Zaaknummer: C-420/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6, Hv art. 47, Hv art. 48 en RL 2016/343 art. 8

RECHTSPRAAK

LB, HvJ EU 22 september 2022, zaak C-120/21

Volgens een Duitse regeling verjaart de aanspraak op uitbetaling van niet opgenomen vakantiedagen na drie jaar. Het HvJ EU toetst deze regeling op verenigbaarheid met art. 31 lid 2 Hv. Het acht een verjaringsregeling vanuit het perspectief van de rechtszekerheid voor werkgevers op zichzelf niet onredelijk. Een werkgever kan echter alleen aanspraak maken op zo'n verjaringsregeling als hij zijn werknemer voldoende heeft aangemoedigd en in de gelegenheid heeft gesteld om de vrije dagen op te nemen.

Bij de beëindiging van haar arbeidsverhouding met LB in 2017 heeft TO verzocht om uitbetaling van tussen 2013 en 2017 verworven vakantiedagen die zij niet had opgenomen. Naar nationaal recht verjaart echter de aanspraak hierop na een termijn van drie jaar die ingaat aan het einde van het vakantiejaar. In verband met deze regelingen zijn prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd.

Het HvJ EU stelt voorop dat de regeling over vakantiedagen met behoud van loon in beginsel niet in de weg staan aan een nationale regeling waarbij het recht op het kunnen opnemen van doorbetaalde vakantiedagen aan het einde van een referentieperiode vervalt, mits de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om in die periode de vakantiedagen op te nemen. De richtlijn bevat echter geen bepaling die de verjaringstermijn van het recht beoogt te regelen. Het HvJ wijst er in dit verband op dat de relevante bepalingen uit richtlijn 2003/88 het in art. 31 lid 2 Hv neergelegde grondrecht op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon weerspiegelt en concretiseert. Dat betekent dat de verjaringsregel ook een beperking oplevert van het recht dat in deze Handvestbepaling is neergelegd. Daarvoor moet een rechtvaardiging worden gegeven in de zin van art. 52 lid 1 Hv. Om een verjaring redelijk te laten zijn, moet in ieder geval aantoonbaar zijn dat de betrokken werknemer daadwerkelijk in de gelegenheid is gesteld om tijdig van de vakantiedagen gebruik te maken. Als de verjaringsregeling al te gemakkelijk zou kunnen worden ingeroepen, zou de werkgever zich kunnen onttrekken aan zijn verplichtingen tot aanmoediging en voorlichting en zou hij zich bovendien onrechtmatig

kunnen verrijken. In die situatie overstijgt het belang van de werknemer het legitieme belang van de werkgever om niet te worden geconfronteerd met aanspraken op vakantiedagen die meer dan drie jaar voor de indiening van het uitbetalingsverzoek zijn verworven. De werkgever moet zich dus vooral tegen laattijdige verzoeken beschermen door te voldoen aan zijn informatie- en aanmoedigingsverplichtingen jegens de werknemer. Daardoor wordt volgens het HvJ EU rechtszekerheid voor de werkgever gegarandeerd zonder dat het grondrecht van art. 31 lid 2 Hv wordt beperkt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-09-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:718

Zaaknummer: C-120/21

Rechters: I. Ziemele, P.G. Xuereb en A. Kumin

Wetsartikelen: 7 Richtlijn 2003/88/EG , 31 lid 2 Hv en 7:642 BW

RECHTSPRAAK

M.K. t. Oekraïne, EHRM 15 september 2022, nr. 24867/13

Een militair heeft een aantal routinechecks ondergaan. Daarbij is zonder haar medeweten ook een HIV-test uitgevoerd. Zij kreeg het resultaat daarvan niet te zien, maar later werden wel haar moeder en de legerautoriteiten geïnformeerd over haar HIV-positieve status. Het EHRM benadrukt het grote belang van de vertrouwelijkheid en zorgvuldige omgang met dit soort informatie. De Oekraïense autoriteiten hebben in dit geval duidelijk in strijd met het nationale recht en zonder goede grondslag gehandeld. Art. 8 EVRM is daardoor geschonden.

In 2005 heeft klagster een aantal routinechecks ondergaan om haar medische geschiktheid als militair vast te kunnen stellen. Daarbij werd zonder klagsters medeweten een HIV-test uitgevoerd die liet zien dat ze HIV-positief was. Dat stond niet vermeld in het rapport dat klagster van het onderzoek ontving; daarin was alleen te lezen dat ze hepatitis-C en enkele andere aandoeningen had. Een militair panel verklaarde haar op basis van de medische onderzoeken en de hepatitis-C- en HIV-infecties ongeschikt voor haar functie in het leger.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat de staat, in strijd met art. 8 EVRM, zonder haar voorafgaande toestemming de HIV-test heeft uitgevoerd en de resultaten voor haar verborgen heeft gehouden. Ook had de staat onrechtmatig de informatie wel doorgegeven aan het beheer van de militaire unit waarbij ze in dienst was en aan haar moeder en haar partner. Het EHRM benadrukt dat de gegevens waar het in dit geval om gaat uiterst vertrouwelijk zijn en goed beschermd moeten worden, zeker nu het bekendmaken van informatie over een HIV-infectie vergaande gevolgen kan hebben voor iemands privé- en professionele leven. Verder is het krijgen van informatie over een diagnose onmisbaar voor het kunnen maken van geïnformeerde en zelfstandige keuzes over een eventuele behandeling. Het recht om te weten is een fundamenteel ethisch en juridisch principe, zeker als er een risico is van besmetting van derden. Ook naar nationaal recht had klagster het recht om te worden geïnformeerd over de

resultaten van haar HIV-test. Nu niet is gebleken dat ze die informatie heeft gekregen, ontbrak in ieder geval een wettelijke basis voor deze inbreuk op art. 8 EVRM. Het is daardoor niet meer nodig om in te gaan op de proportionaliteit ervan.

Voor wat betreft het doorgeven van de informatie aan de moeder van klaggster merkt het Hof op dat Oekraïne op zichzelf strikte regels hanteert voor het beschermen van gezondheidsinformatie. Het staat voldoende vast dat klaggster gedurende het hele onderzoek duidelijk heeft gemaakt geen toestemming te geven om de gezondheidsinformatie te delen met iemand anders, inclusief haar moeder. Ook voor het doorgeven van deze informatie ontbrak daarmee een grondslag.

Ten aanzien van het doorgeven van de informatie aan de militaire unit waar klaggster diende geldt, dat werkgevers een legitiem belang kunnen hebben bij informatie over de fysieke gesteldheid van hun werknemers. Ook dan moet het verzamelen en verwerken van de gegevens echter wel wettig zijn en er moet een goed evenwicht worden gevonden tussen de belangen van de werkgever en die van de werknemer. Opnieuw wijst het Hof erop dat de Oekraïense wetgeving expliciet vermeldt dat geen informatie over de HIV-status van een militair mag worden doorgegeven. Een andere regeling bevatte hiervoor wel enige grondslag. De daaruit resulterende inconsistentie over een zo belangrijk onderwerp maakt volgens het Hof dat niet is voldaan aan het vereiste van voldoende kwalitatieve wetgeving en van voorzienbaarheid. Art. 8 EVRM is daarom ook geschonden als het gaat om het doorgeven van informatie vanwege het ontbreken van een goede wettelijke basis, zonder dat het nodig is om de proportionaliteit te onderzoeken.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD002486713

Zaaknummer: 24867/13

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Makovetsky t. Oekraïne, EHRM 19 mei 2022 (onv.besl.), nr. 50824/21

Omdat Makovetsky in een supermarkt een mondkapje op weigerde te zetten, in strijd met de geldende coronamaatregelen, kreeg hij een boete opgelegd van omgerekend 4,90 euro. Het EHRM oordeelt dat de zaak op nationaal niveau afdoende ten gronde is beoordeeld en dat geen sprake is geweest van willekeur, zodat de klacht over art. 6 EVRM kennelijk ongegrond is. Ook de klacht over art. 7 EVRM verklaart het Hof niet-ontvankelijk, omdat in dit geval geen sprake was van een ‘criminal charge’. Daarvoor was het boetebedrag te laag en de boete was ook niet omzetbaar naar een vrijheidsstraf.

Klager is op 30 december 2020 een supermarkt binnengegaan zonder mondmasker; desgevraagd weigerde hij ook om er een op te zetten. Daarop heeft het winkelpersoneel de politie gebeld, waarna klager is veroordeeld tot een boete van omgerekend 4,90 euro. In de procedure die klager over deze boete heeft gevoerd, heeft hij de legitimiteit betwist van de coronamaatregelen waarvan de mondkapjesplicht een onderdeel vormde.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het opleggen van een boete in strijd kwam met art. 6 en 7 EVRM. Het EHRM herinnert eraan dat het niet is bedoeld als rechter in vierde instantie (‘court of fourth instance’). In de onderhavige zaak is er niets dat doet vermoeden dat de nationale rechters op een willekeurige of onredelijke manier hebben geoordeeld. De rechters hebben klagers argumenten onderzocht en hebben vastgesteld dat hij een overtreding heeft begaan van de toepasselijke wetgeving. Gebleken is dan ook niet dat klager geen toegang heeft gehad tot een effectief rechtsmiddel. De klacht over art. 6 EVRM is dan ook kennelijk ongegrond.

Ten aanzien van de klacht over art. 7 EVRM oordeelt het Hof dat de boete een verwaarloosbaar klein bedrag bedroeg en dat deze boete ook niet kon worden omgezet in een vrijheidsstraf. Volgens het Hof was dan ook geen sprake van een ‘criminal charge’ in de zin

van art. 7 EVRM, zodat dit onderdeel van de klacht *ratione materiae* onverenigbaar is met het EVRM en om die reden niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0519DEC005082421

Zaaknummer: 50824/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 7

RECHTSPRAAK

McCann en Healy t. Portugal, EHRM 20 september 2022, nr. 57195/17

McCann en Healy werden in 2007 verdacht van het vermoorden, verbergen en in scène zetten van een ontvoering van hun driejarige dochtertje. Een van de betrokkenen bij het onderzoek hiernaar heeft een boek geschreven waarin hij deze verdenking uiteenzette; daarover is ook een documentaire gemaakt. Later is het onderzoek stopgezet. Het EHRM oordeelt dat het boek en de documentaire de reputatie van McCann en Healy niet zodanig hebben aangetast dat de Portugese rechters ze hadden moeten verbieden, met name omdat de verdenking al in het publieke domein was verspreid en berustte op een feitelijke basis. Geen schending art. 8 EVRM.

Toen klagers in 2007 op vakantie waren in Portugal is hun driejarige dochtertje, Madeleine McCann, verdwenen. De dag na de verdwijning is meteen een onderzoek ingesteld. Daaruit kwam naar voren dat mogelijk de ouders zelf hun dochtertje vermoord en verborgen zouden hebben, en dat zij de verdwijning in scene zouden hebben gezet. Een van de verantwoordelijken, die later van het onderzoek af werd gehaald, schreef een boek over deze bevindingen; dit werd later ook omgezet naar een documentaire. Klagers hebben de rechter verzocht om een verbod op het boek en de documentaire. Ook hebben zij een civiele procedure ingesteld tegen de productiemaatschappij van de documentaire en de televisieomroep die deze had uitgezonden. Hun verzoeken en eisen werden afgewezen omdat het in zowel het boek als de documentaire zou gaan om publiek toegankelijke informatie die ook in het onderzoeksdossier was opgenomen. Klagers moesten volgens de rechter bovendien worden gezien als publieke figuren die meer kritiek moesten kunnen verdragen.

Voor het Hof hebben klagers gesteld dat onvoldoende bescherming is geboden aan hun reputatie, in strijd met art. 8 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat de aantijgingen die jegens klagers zijn gedaan in het boek en de documentaire vergaand genoeg zijn om art. 8 EVRM in te

kunnen roepen wegens reputatieschade. Boek en documentaire betroffen bovendien een onderwerp van algemeen belang. De stellingen die naar voren zijn gebracht zijn waardeoordelen met een toereikende feitelijke grondslag, nu het geschetste scenario was gebaseerd op bevindingen tijdens het onderzoek en klagers op grond van deze bevindingen ook in staat van beschuldiging zijn gesteld. Het onderzoek tegen klagers is uiteindelijk wel stopgezet. Als de publicaties zouden zijn verschenen voordat dat het geval was, had mogelijk de onschuldpresumptie erdoor geraakt kunnen worden, maar dat was door deze timing niet het geval. Weliswaar kwam door de publicaties de reputatie van klagers op het spel te staan, maar dat kwam volgens het Hof niet zozeer door het boek of de documentaire, maar door de tegen klagers gerezen verdenkingen en de daaraan al voor verschijning van boek en documentaire bestede media-aandacht. Daardoor was het publiek al op de hoogte van de opvattingen van de onderzoeker. Het Hof merkt wel op dat het boek drie dagen na de beëindiging van het onderzoek werd gepubliceerd. Het was passend geweest om de lezers daarvan door middel van een inlegvel te informeren, maar het ontbreken daarvan kan niet als kwade trouw bij klager worden gezien. In de documentaire werd wel naar het beëindigen van het onderzoek verwezen. Klagers hebben verder dankzij andere mediaprogramma's en een andere documentaire de mogelijkheid gekregen om hun kant van het verhaal te vertellen. Het Hof overweegt verder dat een bestraffing van de onderzoeker tot een 'chilling effect' had kunnen leiden als het gaat om berichtgeving over onderwerpen van algemeen belang. Het Hof merkt ook op dat de nationale rechter de zaak zorgvuldig heeft beoordeeld en een goede afweging heeft gemaakt in het licht van de door het EHRM geformuleerde criteria. Hieruit volgt dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Klagers hebben ook gesteld dat de onschuldpresumptie is aangetast door de manier waarop achtereenvolgens hun schadeclaims en hun verzoeken om een publicatieverbod zijn afgewezen. Het Hof stelt echter vast dat beide procedures van civielrechtelijke aard waren, zodat art. 6 lid 2 EVRM hierop niet van toepassing is. Daarnaast overweegt het Hof ten overvloede dat de nationale rechter geen schuldoordeel heeft uitgesproken over klagers. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD005719517

Zaaknummer: 57195/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 2 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Merahi en Delahaye t. Frankrijk, EHRM 20 september 2022,
nr. 38288/15**

Een verdachte van brandstichting is onderworpen aan een zogenaamd ‘vrij verhoor’ door de politie, dat wil zeggen dat hem niet de cautie is gegeven en hij ook geen bijstand heeft gekregen door een advocaat. Tijdens het verhoor heeft de verdachte een bekentenis afgelegd. Het EHRM oordeelt dat hij door deze gang van zaken geen eerlijk proces heeft gekregen, onder meer vanwege de belastende aard van zijn bekentenis en vanwege het ontbreken van voldoende compenserende waarborgen in het vervolg van de procedure. Art. 6 lid 1 en lid 3 (c) EVRM zijn daardoor geschonden.

In 2010 werd een onderzoek gestart naar de daders van brandstichting in een bus. Klagers werden in dit verband op basis van aanwijzingen in de uitgebrande bus aangehouden. Eerste klager werd daarbij verhoord door de politie, zonder aanwezigheid van een advocaat. Hij werd wel op de hoogte gesteld van de aanklacht, maar kreeg niet de cautie. In het verhoor erkende hij dat hij verantwoordelijk was voor de brandstichting, samen met tweede klager.

Voor het EHRM hebben beide klagers geklaagd over een schending van art. 6 lid 1 en lid 3 (c) EVRM door het niet geven van de cautie en het verhoren zonder aanwezigheid van een advocaat. De klacht van tweede klager is niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Ten aanzien van eerste klager merkt het EHRM op dat ten tijde van de relevante feiten in Frankrijk het zogenaamde ‘vrije verhoor’ nog bestond, waarbij inderdaad geen cautie hoefde te worden gegeven en bijstand door een advocaat niet nodig was. Wel heeft eerste klager naderhand alsnog van een aantal waarborgen kunnen profiteren. In het bijzonder is hij toen wel bijgestaan door een advocaat en is hij gewezen op zijn zwijgrecht. Het Hof wijst er verder op dat klager zelf heeft ingestemd met het vrije verhoor, ook toen hij wist waarvan hij werd verdacht, maar het Hof kent hieraan niet veel waarde toe omdat klager zich op dat moment in

een asymmetrische positie bevond tegenover de politie. Daarnaast was er geen sprake van bijzonder zwaarwegende omstandigheden waarin bepaalde waarborgen redelijkerwijze achterwege konden worden gelaten. Het Hof noemt ook verder nog enige relevante omstandigheden, zoals het feit dat klager zich niet in een bijzonder kwetsbare positie bevond en het feit dat de afgelegde getuigenis een belastende bekentenis bevatte. Gelet op deze omstandigheden stelt het Hof een schending vast van art. 6 lid 1 en 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD003828815

Zaaknummer: 38288/15

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

RECHTSPRAAK

O.M. en D.S. t. Oekraïne, EHRM 15 september 2022, nr. 18603/12

Een prominente politica is in 2010 gevlucht uit Kirgizië na een grote politieke opstand en regimewisseling. Zij vluchtte naar Oekraïne, maar werd daar tegengehouden bij de grens en overgebracht naar Georgië. Het EHRM oordeelt dat Oekraïne kon weten van de wens van de politica om asiel aan te vragen en dat Oekraïne in strijd met art. 3 EVRM heeft gehandeld door de eventuele risico's bij uitzetting niet te beoordelen. Ook heeft Oekraïne zijn verplichtingen onder art. 34 EVRM niet nageleefd door de uitzetting ondanks daartegen gerichte interimmaatregelen van het Hof voort te zetten.

Klaagster is een etnische Oekraïense die is geboren in Kirgizië. Zij was in Kirgizië werkzaam als journalist en was een prominente politieke figuur; onder meer was zij parlamentslid en woordvoerder van de president. In 2010 brak er onrust uit in Kirgizië, waarbij de president naar het buitenland vluchtte en een interimregering werd aangesteld. Klaagster werd snel daarna aangehouden op verdenking van machtsmisbruik en later werd zij beschuldigd van moord. Tijdens de zittingen werd klaagster ernstig bedreigd en verschillende medeverdachten werden aangevallen. In november 2010 vluchtte klaagster naar Kazachstan, samen met tweede klager en haar vader. De Kirgizische autoriteiten verzochten om haar uitlevering, waarop klaagster in Oekraïne een asielaanvraag indiende. Informeel hoorde zij dat dat zou lukken, maar voor de zekerheid reisde ze met vervalste reispapieren naar Oekraïne. Eenmaal in Oekraïne namen de douaneambtenaren haar documenten in beslag en weigerden zij haar asielaanvraag in behandeling te nemen. Uiteindelijk kreeg klaagster te horen dat zij en tweede klager geen toestemming kregen om Oekraïne binnen te komen. Terwijl ze al in een vliegtuig zat om te worden overgebracht naar Georgië kwam er een telefoontje van een vertegenwoordiger van de UNHCR met de mededeling dat het EHRM een interimmaatregel had opgelegd met de strekking dat zij niet mocht worden teruggestuurd, maar de douane maakte het onmogelijk dat ze het vliegtuig nog verliet. De autoriteiten van Kirgizië verzochten

vervolgens Georgië ook weer om uitlevering en Georgië weigerde klaagster asiel. Uiteindelijk is klaagster doorgereisd naar Nederland, waar zij wel asiel heeft gekregen.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat art. 3 en 13 EVRM zijn geschonden door de verwijdering van eerste klaagster uit Oekraïne. Na communicatie van deze klacht heeft klaagster ook nog gesteld dat art. 6 EVRM was geschonden, maar vanwege het laattijdig indienen van deze klacht ziet het Hof dit als een nieuwe zaak en niet als onderdeel van de onderhavige kwestie.

Er is voldoende materiaal beschikbaar waaruit blijkt dat klaagster bij haar aankomst in Oekraïne haar situatie meteen onder de aandacht heeft gebracht en dat zij – ondanks de vervalste reispapieren – haar eigenlijke identiteit bekend heeft gemaakt bij de Oekraïense autoriteiten. Ook acht het Hof het onwaarschijnlijk dat klaagster – zoals de Oekraïense regering heeft gesteld – niet meteen bij aankomst asiel zou hebben aangevraagd. Daardoor is voldoende duidelijk dat de Oekraïense autoriteiten klaagster uit het land hebben verwijderd zonder haar aanspraken op internationale bescherming te onderzoeken en zonder na te gaan of klaagster in Georgië voldoende bescherming zou krijgen tegen directe of indirecte verwijdering naar Kirgizië. Gelet hierop stelt het Hof vast dat Oekraïne zijn procedurele verplichtingen op Kirgizië van art. 3 EVRM niet is nagekomen en dat deze bepaling dus is geschonden.

Klaagster heeft verder geklaagd over een schending van art. 5 EVRM. Duidelijk is dat klagers bij aankomst in Oekraïne naar de transitzone van het vliegveld zijn overgebracht en dat hun identiteitsdocumenten in beslag zijn genomen. Tegelijkertijd zijn deze maatregelen genomen in het kader van de gebruikelijke controle- en toezichtbevoegdheden van de douane. Gebleken is niet dat de douane hen veel langer heeft vastgehouden dan nodig was om de relevante formaliteiten in orde te brengen. Ook heeft klaagster een zekere eigen verantwoordelijkheid voor het oponthoud, nu ze zelf had besloten met valse reispapieren te reizen. Nu evenmin vaststaat dat klagers ervan zouden zijn weerhouden om Oekraïne te verlaten als ze dat hadden gewild, zijn de klachten over art. 5 EVRM volgens het EHRM niet verenigbaar *ratione materiae* met het EVRM en daarom niet-ontvankelijk.

Tot slot heeft klaagster gesteld dat Oekraïne in strijd met art. 34 EVRM de interimmaatregelen niet heeft nageleefd. Het Hof wijst erop dat de Oekraïense autoriteiten op de hoogte waren van de interimmaatregel, maar dat zij desondanks klaagster hebben uitgezet naar Georgië. Daarvoor hebben ze geen rechtvaardiging of acceptabele verklaring gegeven. Het vliegtuig vertrok weliswaar al snel nadat de maatregel was gecommuniceerd, maar de regering heeft niet beweerd dat er geen tijd of mogelijkheden waren om klaagster alsnog in Oekraïne te houden. Dit betekent dat ook art. 34 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUDoo1860312

Zaaknummer: 18603/12

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 5 en EVRM art. 34

RECHTSPRAAK

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e.a., HvJ EU 22 september 2022, zaak C-159/21

Van een erkende vluchteling is de vluchtelingenstatus ingetrokken op basis van vertrouwelijke informatie over diens risico voor de nationale veiligheid. Gelet op het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur en art. 47 Hv oordeelt het HvJ dat een betrokkene in ieder geval toegang moet krijgen tot de kern van de informatie die aan het besluit over de status ten grondslag ligt. Die informatie moet hij bovendien kunnen gebruiken in de bestuursrechtelijke procedure. Verder is het niet aanvaardbaar om in alle gevallen waarin een veiligheidsdienst negatief adviseert over iemands status, zonder daarvoor redenen te geven, de beschermingsstatus in te trekken.

GM is in 2002 door een Hongaarse rechter veroordeeld tot een vrijheidsstraf wegens handel in verdovende middelen. Terwijl hij deze straf uitzat, vroeg hij in 2005 asiel aan in Hongarije. Naar aanleiding van dit verzoek is hem de status van 'toegelaten persoon' toegekend. Die status hij vervolgens in 2010 is kwijtgeraakt, maar in 2012 is hem alsnog de vluchtelingenstatus verleend. In 2019 is die status opnieuw ingetrokken omdat GM een gevaar zou vormen voor de nationale veiligheid, maar is wel het beginsel van non-refoulement op hem toegepast. In de procedure hierover zijn vragen opgekomen omdat GM en zijn vertegenwoordiger zich vanwege de vertrouwelijkheid van informatie niet konden uitspreken over het advies van twee organen dat aan de beslissing over de intrekking van de asielstatus ten grondslag lag.

Het HvJ EU legt art. 23 lid 1 van richtlijn 2013/32 ten grondslag aan zijn beoordeling, zoals uitgelegd in het licht van het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur en art. 47 Hv. Volgens deze bepaling heeft een raadspersoon die een vluchteling bijstaat toegang tot het dossier op grond waarvan besluiten worden of zijn genomen. De rechten van de verdediging eisen dat, als iemand aanmerkelijk wordt geraakt in zijn belangen door een besluit, deze

persoon naar behoren zijn standpunt kenbaar moet kunnen maken. Dit gaat gepaard met een recht op toegang tot alle elementen van het dossier gedurende de administratieve procedure. Ook het beginsel van hoor en wederhoor neemt dit mee. De rechten van de verdediging zijn echter niet absoluut en het is mogelijk dat een afweging wordt gemaakt tussen deze rechten en belangen bij de niet-openbaarmaking van een dossier aan de betrokkene. Dit geldt vooral als bekendmaking van die gegevens op rechtstreekse en bijzondere wijze de nationale veiligheid van de betrokken lidstaat kan schaden doordat die bekendmaking het leven, de gezondheid of de vrijheid van personen in gevaar kan brengen of de specifieke onderzoeksmethoden kan onthullen. Ook dan geldt echter dat het beginsel van behoorlijk bestuur en art. 47 Hv zich ertegen verzetten dat zelfs niet de kern van de gronden waarop een besluit wordt gebaseerd aan de betrokkene en diens raadsman wordt meegedeeld. Ook is er sprake van strijd met de rechten van de verdediging als een betrokkene of raadsman wel toegang tot informatie kan krijgen, maar deze informatie vervolgens niet mag gebruiken in de bestuursrechtelijke procedure.

Het HvJ stelt verder vast dat richtlijn 2011/95 zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de beslissingsautoriteit systematisch verplicht is om te weigeren om iemand subsidiaire bescherming te verlenen of die bescherming in te trekken, als met gespecialiseerde taken op het gebied van de nationale veiligheid belaste organen in een niet met redenen omkleed advies hebben vastgesteld dat iemand een bedreiging voor die veiligheid vormt. De richtlijn verzet zich er daarentegen niet tegen dat een verzoeker van subsidiaire bescherming wordt uitgesloten vanwege een strafrechtelijke veroordeling die al bekend was bij de bevoegde autoriteiten toen zij de verzoeker na een eerdere procedure de vluchtelingenstatus toekenden, maar die vervolgens is ingetrokken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:708

Zaaknummer: C-159/21

Wetsartikelen: Hv art. 41, Hv art. 47, Rl 2011/95/EU en Rl 2013/32/EU, art. 23 lid 1

RECHTSPRAAK

SpaceNet, HvJ EU 20 september 2022, gev. zaken C-793/19 en C-974/19

In Duitsland zijn verschillende aanbieders van internet- en communicatiediensten opgekomen tegen de wettelijke regelingen rondom het bewaren van verkeers- en locatiegegevens. Het HvJ herhaalt zijn uitgangspunt dat het daarbij gaat om vergaande inbreuken op onder meer de privacy. Algemene en ongedifferentieerde bewaring van dit soort gegevens is niet toelaatbaar, tenzij er sprake is van ernstige bedreiging voor de nationale veiligheid. Bij bestrijding van ernstige criminaliteit moeten verdergaande waarborgen worden geboden. Het HvJ zet de verschillende eisen en waarborgen op een rij en bevestigt daarmee zijn eerdere uitspraken in La Quadrature du Net en Commissioner of An Garda Síochána e.a.

In Duitsland zijn SpaceNet en Telekom Deutschland aanbieders van openbare internettoegangsdiensten c.q. telefoondiensten. Zij zijn opgekomen tegen de bij wet opgelegde verplichting om vanaf 1 juli 2017 verkeers- en locatiegegevens te bewaren die verband houden met de telecommunicatie van hun klanten. In verband met deze procedure heeft het Duitse Bundesverwaltungsgericht prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het HvJ EU wijst erop dat het onder meer in *La Quadrature du Net* en in *Commissioner of An Garda Síochána e.a.* al heeft geoordeeld dat art. 5 lid 1 van richtlijn 2002/58 het beginsel erkent van vertrouwelijkheid van zowel elektronische communicatie als de daarmee verband houdende verkeersgegevens. Anderen dan de gebruikers mogen in beginsel die communicatie en gegevens niet zonder toestemming opslaan, ook in het licht van art. 7 en 8 Hv. Uitzonderingen op dit uitgangspunt moeten restrictief worden uitgelegd, vooral ook omdat verkeers- en locatiegegevens een groot aantal aspecten van het privéleven van de betrokken personen aan het licht kunnen brengen. Het gaat daarbij ook om gegevens die in het

Unierecht bijzondere bescherming genieten. De bewaring van verkeers- en locatiegegevens kan dan ook afbreuk doen aan het in art. 7 Hv gewaarborgde recht op eerbiediging van de communicatie. Daarnaast kan het mensen ervan weerhouden om gebruik te maken van hun door art. 11 Hv gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. Het enkele feit van het bewaren van de gegevens door aanbieders van elektronischecomunicatiediensten houdt bovendien risico's op misbruik en onrechtmatige toegang tot gegevens in.

Art. 52 lid 1 Hv staat wel beperkingen op de grondrechten van het Handvest toe, bijvoorbeeld met het oog op bescherming van de nationale veiligheid en bestrijding van zware criminaliteit. Uit art. 7 Hv kunnen verder positieve verplichtingen voor de overheid voortvloeien om maatregelen te nemen ter bescherming van het privé- en gezinsleven en ter bescherming van iemands woning en communicatie. Uit art. 3 en 4 Hv kunnen positieve verplichtingen voortvloeien die betrekking hebben op iemands lichamelijke en geestelijke integriteit of op het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling. Het is nodig dat een wettelijk kader in het leven wordt geroepen dat het mogelijk maakt om de in geding zijnde legitieme belangen en rechten met elkaar te verzoenen. Daarbij moet een evenwichtige afweging worden gemaakt tussen de doelstelling van algemeen belang en de rechten in kwestie. Een nationale wettelijke regeling moet duidelijke en nauwkeurige regels voor de reikwijdte en toepassing van de maatregel tot bewaring bevatten. Ook moeten er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik. Op dit punt roept het HvJ EU ook de uitgangspunten in herinnering die het in *La Quadrature du Net* en in *Commissioner of An Garda Síochána e.a.* al heeft geformuleerd.

Het Hof onderzoekt vervolgens de nationale regeling in het licht van deze uitgangspunten. Die regeling schrijft onder meer voor dat IP-adressen worden bewaard, terwijl daarmee kan worden getraceerd wat iemands onlineactiviteiten zijn. Aan de hand daarvan kan een gedetailleerd profiel worden opgesteld. Daarbij gaat het om een ernstige inbreuk op art. 7 en 8 Hv. Maar een relatief klein aantal entiteiten – namelijk 1300 – is opgenomen op een lijst waarvoor deze gegevens niet worden bewaard. Daartoe behoren onder meer niet advocaten, artsen en journalisten, wier gegevens dus wel worden bewaard. De nationale regeling onderwerpt dus bijna de hele bevolking aan de bewaring van verkeers- en locatiegegevens, zonder dat deze mensen zich in een situatie bevinden die aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging. Van een gerichte bewaring van gegevens is dan ook geen sprake. De duur van de bewaring is beperkt tot vier weken voor locatiegegevens en tien weken voor overige gegevens. Dat is aanzienlijk korter dan bij de eerder onderzochte regelingen. Gelet op de aard van de informatie kan echter ook zo'n kortdurende bewaring heel precieze informatie over iemands privéleven verschaffen. Weliswaar worden er waarborgen geboden naar nationaal recht, maar die kunnen de gemaakte inbreuken per definitie niet beperken of

verhelpen. Wat betreft de doelstellingen kan zelfs zeer zware criminaliteit niet gelijk worden gesteld met een bedreiging voor de nationale veiligheid.

Het Hof heeft eerder, in *Commissioner of An Garda Síochána e.a.*, al verduidelijkt dat de lidstaten wel de mogelijkheid hebben om bewaringsmaatregelen te nemen ten aanzien van personen die al voorwerp zijn van een onderzoek of andere actuele surveillancemaatregelen, of van personen die al in een nationaal strafregister zijn opgenomen vanwege veroordeling van ernstige criminaliteit met een hoog risico van recidive. Soms is bewaring van gegevens op bepaalde strategische plaatsen, zoals luchthavens of zeehavens, bovendien wel aanvaardbaar gelet op de risico's van zware criminaliteit.

Wat betreft de mogelijkheid om in andere onderscheidende criteria dan een persoonlijk of geografisch criterium te voorzien voor een gerichte bewaring van verkeer| en locatiegegevens, valt het volgens het HvJ niet uit te sluiten dat er andere objectieve en niet-discriminatoire criteria in aanmerking kunnen worden genomen om te waarborgen dat een gerichte bewaring niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is en om een – op zijn minst indirect – verband te leggen tussen daden van zware criminaliteit en de personen van wie de gegevens worden bewaard. Het is aan de lidstaten om zo'n criterium vast te stellen, met dien verstande dat aldus niet opnieuw een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeer| en locatiegegevens mag worden ingevoerd.

Als het gaat om spoedbewaring van verkeer- en locatiegegevens is het nodig dat wordt voorzien in een goede wettelijke regeling. Een bevel tot spoedbewaring moet in ieder geval effectief door de rechter kunnen worden getoetst. Ook moet heel duidelijk zijn met welk doel de spoedbewaring wordt gelast. Verder gelden ook hiervoor de voorwaarden en beperkingen die het HvJ in *Commissioner of An Garda Síochána e.a.* al uiteen heeft gezet.

Het HvJ wijst erop dat verschillende staten hebben aangevoerd dat het EHRM zich blijkens *Big Brother Watch* niet per definitie verzet tegen nationale regelingen die zich verzetten tegen een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeer- en locatiegegevens. Die arresten gingen echter niet over een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeer- en locatiegegevens op het nationale grondgebied. Hoe dan ook geldt dat blijkens art. 52 lid 3 Hv het EVRM slechts een minimum biedt als het gaat om corresponderende rechten.

Het HvJ besluit ten slotte door als volgt samen te vatten dat art. 15 lid 1 van richtlijn 2002/58, gelezen in het licht van het Hv, zich niet verzet tegen nationale wettelijke bepalingen:

op grond waarvan aan aanbieders van elektronische-communicatiediensten, ten behoeve van de bescherming van de nationale veiligheid, een bevel tot algemene en ongedifferentieerde

bewaring van verkeers- en locatiegegevens kan worden gegeven in situaties waarin de betrokken lidstaat wordt geconfronteerd met een ernstige bedreiging voor de nationale veiligheid die reëel en actueel of voorzienbaar is, mits het besluit waarbij dit bevel wordt opgelegd, op doeltreffende wijze kan worden getoetst door een rechterlijke instantie of onafhankelijke bestuurlijke entiteit waarvan de beslissing bindend is waarbij deze toetsing ertoe strekt na te gaan of een van die situaties zich voordoet en of de voorwaarden en waarborgen waarin moet worden voorzien in acht genomen zijn – en mits dat bevel slechts kan worden uitgevaardigd voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk, maar die kan worden verlengd als die bedreiging blijft bestaan;

die met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen voor de openbare veiligheid voorzien in een gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens die op basis van objectieve en niet-discriminatoire factoren wordt afgebakend aan de hand van categorieën betrokken personen of van een geografisch criterium, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk, maar die kan worden verlengd;

die met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen voor de openbare veiligheid voorzien in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de IP-adressen die zijn toegewezen aan de bron van een verbinding, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk;

die met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, de bestrijding van criminaliteit en de bescherming van de openbare veiligheid voorzien in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de gegevens die betrekking hebben op de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen, en

die met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit en, a fortiori, de bescherming van de nationale veiligheid voorzien in de mogelijkheid om bij een aan effectieve rechterlijke toetsing onderworpen besluit van de bevoegde autoriteit aan aanbieders van elektronische-communicatiediensten een bevel te geven tot spoedbewaring, gedurende een bepaalde periode, van de verkeers- en locatiegegevens waarover zij beschikken, mits die maatregelen, door middel van duidelijke en nauwkeurige regels, waarborgen dat de gegevens in kwestie slechts worden bewaard indien aan de daarvoor geldende materiële en procedurele voorwaarden is voldaan, en mits de betrokken personen beschikken over effectieve waarborgen tegen de risico's op misbruik.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:702

Zaaknummer: C-793/19 en C-974/19

Wetsartikelen: VEU art. 4 lid 2, Hv art. 3, 4, 6, 7, 8, 11, 52 lid 1, 52 lid 3 en RI 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

Timur Sharipov t. Rusland, EHRM 13 september 2022, nr. 15758/13

Tijdens de Russische parlementsverkiezingen van 2011 had een verkiezingswaarnemer toestemming om het stem- en telproces te volgen en te filmen. Tijdens het tellen van de stemmen werd hij echter verwijderd uit het stembureau, beweerdelijk omdat hij zich niet aan de regels hield; volgens de waarnemer was de eigenlijke reden dat er allerlei onregelmatigheden waren. Het EHRM benadrukt de bijzondere bescherming die verkiezingswaarnemers toekomt onder art. 10 EVRM. Nu onvoldoende waarborgen zijn geboden tegen willekeur en alternatieven niet zijn overwogen, acht het Hof deze bepaling geschonden.

Tijdens de parlementsverkiezingen in Rusland in 2011 was klager betrokken als verkiezingswaarnemer bij een stemlokaal in Moskou. Volgens de voor dat stemlokaal vastgestelde reglementen mocht het stemproces worden gefilmd door de waarnemers, waarbij alleen het filmen van de gezichten van de medewerkers van het stembureau zonder hun schriftelijke toestemming niet was toegestaan. Klager ondertekende hierover een toestemmingsverklaring, maar voegde 'oneens' toe aan zijn handtekening. Hij kreeg daarna wel verlof om de verkiezingen te filmen. Terwijl hij bij het tellen van de stemmen aan het filmen was, kreeg hij te horen dat hij de regels voor verkiezingswaarnemers had geschonden, in het bijzonder omdat hij geen schriftelijke toestemming had verkregen van de medewerkers van het stemlokaal. Hij werd daarop verwijderd uit het stemlokaal. Klager zelf stelt dat hij werd weggestuurd omdat hij ernstige procedurele gebreken aan het filmen was, in het bijzonder bij het tellen van de stemmen. Die onregelmatigheden zijn later wel gerapporteerd bij de kiesraad en de video van klager, die hij op YouTube had gezet, is duizenden malen bekeken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn verwijdering uit het stemlokaal in strijd is met art.

10 en 3 EP EVRM. Omdat de klacht niet echt betrekking heeft op het stemrecht, besluit het Hof deze alleen onder art. 10 EVRM te behandelen. De informatiegaring waarmee klager bezig was betrof volgens het Hof een kernaspect van de democratische samenleving en klager fungeerde daarbij als een ‘public watchdog’. Art. 10 EVRM is dan ook van toepassing, op dezelfde voet als de persvrijheid. Hoewel het Hof betwijfelt dat er daadwerkelijk een bevoegdheid bestond om klager te verwijderen uit het stemlokaal, doet het de klacht primair af op grond van het noodzakelijkheidsvereiste. Daarbij benadrukt het Hof het belang van verkiezingswaarnemers bij de bescherming van grondrechten en het bevorderen van het democratische verkiezingsproces. Dat betekent dat klager een verhoogde beschermingsstatus onder art. 10 EVRM toekwam, al is die bescherming niet absoluut. Het Hof merkt verder op dat de beslissing tot verwijdering op geen enkele manier was gemotiveerd met een verwijzing naar feitelijke omstandigheden. Dat maakt de beslissing niet controleerbaar, terwijl dat een belangrijke waarborg vormt tegen willekeur. Dit motiveringsgebrek is ook door hogere instanties in de verdere procedure niet rechtgezet. Ook is niet toegelicht waarom alternatieven niet konden volstaan, zoals een verbod aan klager om nog door te gaan met filmen, zonder hem te verwijderen. Het Hof acht de rechtvaardiging al met al niet relevant en voldoende, en daarmee in strijd met art. 10 EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0913JUD001575813

Zaaknummer: 15758/13

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Rabczewska t. Polen, EHRM 15 september 2022, nr. 8257/13

De in Polen populaire popzangeres Doda heeft in een interview verteld dat ze niet gelooft in de bijbel. Ook heeft ze een aantal voor gelovigen mogelijk beledigende opmerkingen gemaakt. Dit heeft geresulteerd in een strafrechtelijke veroordeling tot een geldboete wegens godslastering. Volgens het EHRM riep Doda met haar uitlatingen niet op tot haat of intolerantie. De nationale autoriteiten hebben dat onvoldoende meegewogen, net als het feit dat gelovigen aanmerkelijke tolerantie tegenover kritiek moeten tonen. De boete vormt dan ook een schending van art. 10 EVRM.

Klaagster is een populaire popzangeres met de bijnaam 'Doda'. In 2009 gaf ze een interview voor een nieuwssite dat vervolgens ook werd afgedrukt in een tabloid. De titel luidde 'Doda: Ik geloof niet in de bijbel'. In het interview gaf ze onder meer te kennen meer te geloven in de wetenschap dan in de mensen die 'al die bijbelse verhalen' hadden opgeschreven, en die volgens haar onder de invloed van alcohol en drugs waren geweest. Na verschijning van het interview werd – na twee aanklachten door particulieren – strafvervolgning tegen klaagster ingesteld vanwege godslastering. Zij werd daarvoor veroordeeld tot een boete van omgerekend 1.160 euro.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat deze veroordeling in strijd is met art. 10 EVRM. In zijn algemene overwegingen benadrukt het Hof dat zowel art. 10 als art. 9 EVRM waarde toekomt en dat de staten op grond van art. 9 EVRM positieve verplichtingen hebben om bij te dragen aan het vreedzaam naast elkaar bestaan van religieuze opvattingen. Dit geldt ook voor mensen die geen religieuze opvattingen hebben. Mensen die uitdrukking willen geven aan hun geloofsovertuiging mogen niet verwachten dat ze boven alle kritiek verheven zijn. Zij moeten de ontkenning van hun geloof door anderen tolereren, net als het propageren van opvattingen die tegengesteld zijn aan de hunne. Alleen als sprake is van het oproepen door derden tot intolerantie kan het optreden door de overheid gerechtvaardigd zijn. Wel geldt dat er geen algemene Europese consensus is over de noodzaak om de religieuze opvattingen van

mensen te beschermen, hetgeen betekent dat de *margin of appreciation* die geldt bij de vrijheid van meningsuiting wat ruimer is.

Het Hof is van oordeel dat klaagsters uitspraken niet waren gebaseerd op serieuze bronnen of op een specifieke doctrine, maar eerder waren ontleend aan populaire televisieprogramma's. Ze beantwoordde de vragen van de journalist welbewust op een frivole en kleurrijke manier, zoals paste bij haar manier van zelfpromotie. Tegelijkertijd hebben de nationale rechters niet zorgvuldig onderzocht of in dit geval sprake was van waarde- of feitelijke oordelen, en of de uitlatingen tot gerechtvaardigde verontwaardiging konden leiden of konden oproepen tot haat. Ook zijn de nationale rechters niet nagegaan of de uitlatingen schadelijke gevolgen zouden kunnen hebben. De opgelegde sanctie was niet onaanzienlijk. Alles bij elkaar genomen laat dit zien dat de nationale rechters de context van de stellingen niet voldoende hebben meegewogen en daarmee een onzorgvuldige afwegingen hebben gemaakt tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van religieuze gevoelens. Art. 10 EVRM is dan ook geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0915JUD000825713

Zaaknummer: 8257/13

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

VD, HvJ EU 20 september 2022, gev. zaken C-339/20 en C-397/20

In Frankrijk voorziet een nationale regeling in het algemeen en ongedifferentieerd bewaren van verkeersgegevens gedurende een jaar na registratie, onder meer met het oog op het opsporen en onderzoeken van strafbare feiten zoals marktmisbruik. Gelet op de privacygevoeligheid van dit soort gegevens acht het HvJ een dergelijke regeling in het licht van de genoemde doelstellingen niet aanvaardbaar. Als bewijs is verkregen door toepassing van de met het EU-recht strijdige nationale regeling, is het aan de lidstaten om over de toelaatbaarheid ervan te oordelen; wel moeten daarbij de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd.

Tegen VD en SR is een strafrechtelijk vooronderzoek gestart in verband met onder meer (medeplichtigheid aan) handel met voorwetenschap. De Franse autoriteit voor financiële markten AMF heeft in dit verband bepaalde gegevens doorgegeven aan de onderzoeksrechter. Daarbij ging het om verkeersgegevens over telefoongesprekken tussen VD en SR die de AMF had verkregen van operatoren van elektronische communicatiediensten. Naar aanleiding van die informatie is het onderzoek uitgebreid naar omkoping en witwassen. In verband met de procedures hieromtrent zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

De vragen richten zich specifiek op de nationale regeling die preventief voorziet in de algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeersgegevens gedurende een jaar na registratie. De vraag is onder meer of die regeling verenigbaar is met art. 7, 8 en 11 Hv. Het HvJ beziet deze bepalingen vooral als achtergrond voor de hier toepasselijke bepalingen van richtlijn 2003/6 en verordening 596/2014. Het Hof wijst erop dat het gaat om verkeersgegevens waaruit – als ze in hun geheel worden beschouwd – heel precieze conclusies kunnen worden getrokken over iemands privéleven, zoals dagelijkse gewoonten,

verplaatsingen, activiteiten of sociale relaties. De doelstellingen van de bewaring van de gegevens zijn het onderzoeken, vaststellen en vervolgen van strafbare feiten, waaronder marktmisbruik en handel met voorwetenschap. De algemene en ongedifferentieerde regeling in het nationale recht kan blijkens *La Quadrature du Net* echter niet worden gerechtvaardigd door dergelijke doelstellingen en kan ook niet als strikt noodzakelijk en in een democratische samenleving gerechtvaardigd worden beschouwd.

Het Hof oordeelt verder dat de toelaatbaarheid van de bewijzen die verkregen zijn door middel van de met het Unierecht onverenigbare nationale wettelijke bepalingen, een kwestie is die overeenkomstig het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten onder het nationale recht valt, onder de beperkende voorwaarde dat met name de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

ECLI: ECLI:EU:C:2022:703

Zaaknummer: C-339/20 en C-397/20

Wetsartikelen: Hv art. 7, 8, 11, 52 lid 1, Rl 2002/58/EG art. 15 lid 1, Rl 2003/6/EG art. 12 lid 2 onder a) en d) en Vo 596/2014 art. 23 lid 2 onder g) en h)

RECHTSPRAAK

H.F. e.a. t. Frankrijk, EHRM (GK) 14 september 2022, nrs. 24384/19 en 44234/02

Deze zaak gaat over verschillende Franse IS-vrouwen en hun kinderen die in Syrië in een kamp vastzitten. Hun ouders hebben Frankrijk verzocht om hen te repatriëren, maar die verzoeken zijn afgewezen. Het Hof aanvaardt dat Frankrijk, gelet op de bijzondere omstandigheden, verantwoordelijk is voor het ontbreken van een mogelijkheid om terug te keren naar het eigen land. Er is geen recht op repatriëring of diplomatieke bescherming, maar repatriëringsverzoeken moeten wel zorgvuldig worden beoordeeld. Nu er in Frankrijk geen goede procedure en rechtsbescherming bestond voor de behandeling van dergelijke verzoeken, is art. 3 lid 2 P4 EVRM geschonden.

De dochters van klagers zijn op zeker moment met hun partners mee naar Syrië gereisd; hun kleinkinderen zijn daar geboren. In 2007 raakte IS (of Daesh) de controle kwijt over Raqqa; de SDF – een strijdmacht gedomineerd door een Koerdische militie – nam die over en beheerde daarna ook de twee vluchtelingenkampen in Roj en al-Hol. In het kamp in al-Hol woonden aanvankelijk 70.000 vluchtelingen; kinderen bevonden zich in erbarmelijke en vaak gevaarlijke omstandigheden. Tussen maart 2019 en 2021 ging Frankrijk over tot het mondigesmaat repatriëren van kinderen uit de kampen; in totaal werden 35 Franse kinderen overgebracht naar Frankrijk. In 2022 berichtte de Franse minister van buitenlandse zaken dat Frankrijk nogmaals 35 Franse kinderen en 16 moeders zou repatriëren. De dochters en kleinkinderen van klagers behoren niet tot deze groep, hoewel klagers wel om hun terugkeer hebben verzocht.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de weigering van Frankrijk om hun dochters en kleinkinderen te repatriëren ervoor heeft gezorgd dat de laatsten zijn blootgesteld aan onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM. Bovendien zou de

weigering in strijd zijn met art. 3 lid 2 van Protocol 4 bij het EVRM, dat het recht voor staatsburgers om terug te keren in het eigen land beschermt.

Het Hof onderzoekt allereerst in het licht van art. 1 EVRM of het rechtsmacht heeft om deze klachten te behandelen. Frankrijk heeft geen effectieve controle over Noordoost-Syrië en evenmin over de familieleden van klagers. Hoewel de familieleden Franse staatsburgers zijn, zijn er in nationaal noch internationaal recht regels opgenomen die de staat tot repatriëring verplichten. Het EVRM zelf garandeert ook geen diplomatieke of consulaire bescherming. Het Hof verklaart de klacht over art. 3 EVRM dan ook niet-ontvankelijk, nu Frankrijk niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de behandeling die klagers' dochters en kleinkinderen ten deel is gevallen in Syrië.

De weigering om tot actieve repatriëring over te gaan heeft klagers familieleden niet formeel van het recht beroofd om terug te keren naar hun land van herkomst. Daarnaast merkt het Hof op dat de toenemende globalisering staten voor steeds meer uitdagingen stelt, waarmee het absolute verbod op uitzetting van staatsburgers en het daarmee corresponderende recht op terugkeer niet altijd gemakkelijk verenigbaar is. Dit verbod is te begrijpen vanuit de context van een verbod op verbanning, maar bij de interpretatie ervan moet het Hof wel rekening houden met de tegenwoordige context van gemakkelijk internationaal verkeer. Het Hof overweegt verder dat art. 3 lid 2 P4 niet zo restrictief mag worden uitgelegd dat het alleen kan worden toegepast op staatsburgers die zich bij de nationale grens melden of die hun reispapieren kwijt zijn. De bepaling kan ook worden toegepast in een geval als het onderhavige, gelet op de bijzondere omstandigheden die zich daarin voordoen. Ten eerste hebben klagers formele verzoeken gericht aan de Franse regering tot bijstand en repatriëring. Ten tweede waren die verzoeken expliciet gebaseerd op de fundamentele democratische waarden die aan de Raad van Europa ten grondslag liggen, in die zin dat sprake was van een onmiddellijke bedreiging van het leven en veiligheid van de familieleden van klagers, waarbij de kinderen bovendien extra kwetsbaar waren. In de derde plaats waren de familieleden niet bij machte om zelfstandig en zonder medewerking van de Franse autoriteiten naar Frankrijk terug te keren. Tot slot hadden de Koerdische autoriteiten hun bereidheid aangegeven om Franse vrouwelijke gevangenen en kinderen over te dragen aan de nationale autoriteiten.

Nu Frankrijk in de omstandigheden van het geval voor de naleving van art. 3 lid 2 P4 verantwoordelijk kan worden gehouden, komt de vraag op of deze bepaling in dit geval geschonden is. Het EHRM benadrukt in dit verband nogmaals dat het EVRM als zodanig geen recht op diplomatieke bescherming omvat. De mogelijkheden tot dergelijke bescherming berusten op basis van internationaal recht bij de staten en vergen in het algemeen een dialoog tussen de 'ontvangende' staat en de consulaire autoriteiten van de staat waarvan de onderdanen bescherming vragen. Als er in een staat geen consulaire aanwezigheid is, zoals het

geval is in Syrië, komen mensen in beginsel niet in aanmerking voor dergelijke bijstand. Verder is er geen algemene Europese consensus als het gaat om de erkenning van een algemeen recht op repatriëring om te kunnen terugkeren naar het eigen land. Dat recht kan daarmee niet worden afgeleid uit art. 3 lid 2 P4. Evenmin is er een andere basis in het internationale recht of het gewoonterecht waaruit een recht op repatriëring kan worden afgeleid. Integendeel, de verwerende en interveniërende staten hebben bij het Hof benadrukt dat zo'n recht zou kunnen leiden tot een ongewenste impliciete erkenning van een individueel recht op diplomatieke bescherming.

Niettemin wijst het Hof erop dat art. 3 lid 2 P4 kan leiden tot positieve verplichtingen voor de staat om ervoor te zorgen dat zij dit recht op een praktische en effectieve manier kunnen uitoefenen. Dergelijke verplichtingen kunnen ontstaan als de weigering om actie te ondernemen ertoe zou leiden dat staatsburgers in feite in een situatie van verbanning terechtkomen. Het Hof benadrukt in dit verband een aantal punten:

De situatie in de kampen is onder beheer van de SDF, een niet-statelijke gewapende groep, waardoor klagers familieleden alleen werden beschermd door de Geneefse Conventies en het internationale humanitair recht.

De leefomstandigheden in de kampen moeten worden geacht in strijd te zijn met de standaarden van internationaal humanitair recht.

Tot dusver is er geen internationale onderzoekscommissie ingesteld om onderzoek te doen naar de situatie van vrouwen als de dochters van klagers.

De Koerdische autoriteiten hebben de staten herhaaldelijk opgeroepen om hun staatsburgers te repatriëren.

Verschillende internationale en regionale organisaties, waaronder de VN, de RvE en de EU, hebben de Europese staten opgeroepen om over te gaan tot repatriëring. Specifiek voor Frankrijk heeft het VN-Kinderrechtencomité in het bijzonder gewezen op de verantwoordelijkheid van dit land voor de bescherming van Franse kinderen in Syrië.

Frankrijk heeft zelf formeel gesteld dat Franse minderjarigen in Irak en Syrië recht hebben op bescherming en in aanmerking komen voor zorg en repatriëring.

Gelet hierop is het Hof van oordeel dat Frankrijk in het licht van art. 3 lid 2 P4 in ieder geval een zorgvuldige besluitvormingsprocedure moet hebben als het gaat om verzoeken tot repatriëring. Daarbij moet een verzoek individueel worden onderzocht door een onafhankelijk orgaan, zij het niet per se door een rechter. Daarbij moet dit orgaan zowel feiten kunnen vaststellen als een oordeel kunnen geven over de rechtmatigheid van afwijzing van een verzoek. Bij het behandelen van een verzoek moeten de belangen van het kind voorop staan en moet rekening worden gehouden met hun bijzondere kwetsbaarheid en behoeften.

In de onderhavige zaak hebben klagers verschillende brieven geschreven aan de Franse president en de minister van buitenlandse zaken, maar zij hebben daarop geen specifiek antwoord gekregen. Uiteindelijk is hun verzoek afgewezen, maar zonder op de bijzondere situatie toegesneden motivering. Hierbij was geen rechtsmiddel beschikbaar, nu de Franse rechters oordeelden dat ze geen rechtsmacht hadden om over de kwestie te oordelen. Het is niet aan het Hof om te oordelen of de rechters terecht geen controle over de executieve hebben uitgeoefend. Duidelijk is tegelijkertijd wel dat er geen mogelijkheid was om het ontbreken van willekeur in de besluitvormingsprocedure in rechte te laten vaststellen. Dit betekent dat art. 3 lid 2 P4 is geschonden.

Op grond van art. 46 EVRM adviseert het Hof aan Frankrijk om de individuele verzoeken van klagers alsnog en voldoende snel te behandelen, waarbij genoeg waarborgen worden geboden tegen willekeur.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0914JUD002438419

Zaaknummer: 24384/19 en 44234/02

Wetsartikelen: EVRM art. 1, EVRM art. 3 en EVRM art. 3 lid 2 P4

RECHTSPRAAK

Y.P. t. Rusland, EHRM 20 september 2022, nr. 43399/13

Tijdens een keizersnede bij Y.P. bleek dat het risico zou kunnen ontstaan van een baarmoederscheuring bij een eventuele toekomstige zwangerschap. De artsen besloten daarom over te gaan tot sterilisatie, al had Y.P. daarvoor uitdrukkelijk geen toestemming gegeven. Het EHRM oordeelt dat art. 3 EVRM niet van toepassing is, al was er sprake van een ernstige inbreuk op de integriteit. Art. 8 EVRM is wel geschonden. Sterilisatie is geen levensreddende operatie, er waren alternatieven voor bescherming van de gezondheid mogelijk, en de ingreep had vergaande en ernstige gevolgen voor Y.P. Zonder toestemming had deze ingreep dan ook niet mogen plaatsvinden.

Klaagster werd in 2007 geopereerd vanwege een buitenbaarmoederlijke zwangerschap. Haar werd aangeraden om na de operatie zes maanden lang te proberen niet zwanger te worden, maar ze werd toch na drie maanden zwanger. In 2008 werd ze opgenomen in het ziekenhuis met ernstige complicaties, waarbij een keizersnede moest worden toegepast. Klaagster tekende een 'informed consent'-formulier, waarbij zij uitdrukkelijk aangaf dat zij niet gesteriliseerd wilde worden. Tijdens de operatie bleek dat er ernstige problemen waren met de baarmoeder, waardoor er een reëel risico bestond dat die zou scheuren bij een volgende zwangerschap en daarmee een levensbedreigende situatie voor klaagster zou vormen. Na spoedoverleg tussen de artsen werd daarom besloten klaagster gedurende de operatie toch te steriliseren. Klaagster kreeg later wel wat informatie, maar heeft aangegeven niet precies te begrijpen wat er was gebeurd. Twee jaar later liet ze zich adviseren door een arts omdat ze niet zwanger kon worden; voor haar bleek toen pas dat ze tijdens de operatie was gesteriliseerd. Klaagster heeft daarover tegen het ziekenhuis geprocedeerd, maar ze werd niet in het gelijk gesteld.

Voor het Hof heeft klaagster gesteld dat ze is onderworpen aan onmenselijke en vernederende behandeling als gevolg van de sterilisatie. Het Hof stelt vast dat het normaal gesproken medische interventies die zijn uitgevoerd zonder toestemming van de patiënt behandelt onder

art. 8 EVRM, maar in een beperkt aantal gevallen, waaronder gevallen van sterilisatie zonder medeweten van Romavrouwen, heeft het Hof art. 3 EVRM toegepast. In die gevallen was wel sprake van een bijzondere samenloop van omstandigheden. Het Hof oordeelt dat die samenloop zich in het onderhavige geval niet voordoet. Weliswaar is sterilisatie een vergaande ingreep die grote emotionele en psychologische consequenties kan hebben, maar de context was in dit geval een andere dan die bij de opgelegde sterilisatie van Romavrouwen, namelijk die van een medische noodsituatie. Het Hof is bovendien van oordeel dat de artsen in haar geval niet te kwader trouw, maar juist vanuit oprechte zorg voor haar gezondheid en veiligheid hebben gehandeld. Het Hof verklaart de klacht over art. 3 EVRM dan ook niet ontvankelijk omdat art. 3 EVRM *ratione materiae* niet van toepassing is.

De vraag is dan nog wel of art. 8 EVRM is aangetast. In dit verband wijst het Hof op de positieve verplichtingen die staten hebben om zodanige regelgeving aan te nemen dat ziekenhuizen de fysieke integriteit van patiënten respecteren en patiënten zo nodig toegang hebben tot een effectief rechtsmiddel. Ook wijst het er nogmaals op dat het uitvoeren van een medische behandeling zonder toestemming van een volwassen en competente persoon in strijd is met het recht op fysieke integriteit. Daarbij bestaat ook een verplichting om een persoon de informatie te geven die nodig is om de toestemming goed te kunnen geven. In dit geval had klaagster door het ondertekenen van het toestemmingsformulier uitdrukkelijk uitgesloten dat een sterilisatie plaats zou vinden. Verder is duidelijk dat de sterilisatie als zodanig niet noodzakelijk was om de noodsituatie die zich tijdens de operatie voerde te kunnen oplossen. Sterilisatie is hoe dan ook geen levensreddende medische interventie. Een bedreiging van haar gezondheid die zich mogelijk in de toekomst zou kunnen voordoen was niet voldoende om de interventie te kunnen rechtvaardigen. Andere, minder vergaande methoden waren beschikbaar geweest om toekomstige problemen te vermijden. In plaats daarvan is vergaande en onomkeerbare schade aan de reproductieve gezondheid van klaagster toegebracht. Het Hof heeft bovendien aarzelingen over de verenigbaarheid van de gevolgde werkwijze met het nationale recht en is kritisch over het ontbreken van nationale rechtsmiddelen om compensatie te verkrijgen. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof een schending vast van art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-09-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0920JUD004339913

Zaaknummer: 43399/13

Rechters: G. Ravarani, G.A. Serghides, M. Elósegui, D. Pavli, P. Roosma, A. Zünd en M. Lobov

Advocaten: P. Tomarovskiy

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 8, EVRM art. 35, EVRM art. 41 en EVRM art. 44

ANNOTATIE

Y.P. t. Rusland (EHRM, 43399/13) – Sterilisatie zonder toestemming levert geen schending op van art. 3 EVRM***prof. mr. A.C. Hendriks***

1. In de zaak *Y.P. t. Rusland* beoordeelt het Hof de vraag of artsen hebben gehandeld in strijd met het EVRM door klagster tijdens een spoedsectio te steriliseren. De artsen hadden tijdens deze operatieve ingreep een baarmoederruptuur geconstateerd. Zij vreesden een scheuring bij een volgende zwangerschap. Klagster, die voorafgaand aan de keizersneeoperatie had aangegeven niet in te stemmen met sterilisatie, beklaagde zich over de ingreep. Klagster stelde dat de Russische autoriteiten zowel art. 3 EVRM (verbod van onmenselijke en vernederende behandeling) als art. 8 EVRM (recht op privé- en gezinsleven) hadden geschonden. De Russische autoriteiten verwierpen deze klachten en stelden zich op het standpunt dat de sterilisatie medisch noodzakelijk was, dat klagster aan de sterilisatie geen medische of fysiologische schade had overgehouden en dat klagster nog steeds kinderen kon krijgen via *in vitro* fertilisatie (IVF). Het Hof oordeelt unaniem dat sprake was van een schending van art. 8 EVRM. Een meerderheid van vijf van de zeven rechters verwerpt evenwel de klachten aangaande art. 3 EVRM. De uitspraak roept de vraag op of het Hof voldoende duidelijk maakt wanneer bij een gedwongen sterilisatie sprake is van een schending van art. 3 EVRM naast art. 8 EVRM en of het Hof voldoende rekening houdt met alle betrokken belangen.

2. In de loop van de jaren heeft het Hof meermaals geoordeeld over het zonder toestemming steriliseren van vrouwen rond een bevalling. Het is uit deze uitspraken zonneklaar dat zo'n niet-levensreddende ingreep zonder toestemming van de betrokken vrouw in strijd is met het EVRM.[1] Meestal volstaat het Hof met het vaststellen van een schending van art. 8 EVRM.[2] In enkele zaken constateerde het Hof daarnaast een ongerechtvaardigde inbreuk op art. 3 EVRM.[3] De zaken waarin het Hof ook een schending van art. 3 EVRM constateerde betroffen klachten ingediend door (jonge) Romavrouwen waarin de sterilisatie niet om medische redenen was uitgevoerd. Door het tevens erkennen van een schending van art. 3 EVRM benadrukte het Hof de inbreuk op fundamentele rechten en vrijheden (en kreeg het slachtoffer een hogere immateriële schadevergoeding). Maar hoe beoordeelt het Hof in de

zaak *Y.P. t. Rusland* de gestelde schending van art. 3 EVRM, temeer nu klaagster haar bezwaren tegen sterilisatie (ook) schriftelijk had aangegeven?

3. Het Hof, dat wil zeggen een meerderheid van 5 van de 7 rechters, oordeelt in de zaak *Y.P. t. Rusland* dat er naast een schending van art. 8 EVRM geen sprake was van een inbreuk op art. 3 EVRM. Volgens het Hof was de ingreep niet dusdanig ernstig dat kon worden gesproken van een schending van art. 3 EVRM.[4] Dat leidt het Hof af uit een toetsingskader dat het Hof voor het eerst met zoveel woorden schetst. Volgens het Hof moet bij een betwiste medische ingreep worden gekeken naar de duur van de behandeling, de fysieke en mentale effecten daarvan en, in sommige gevallen, het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van de betrokkene.[5] Om te bezien of een medische behandeling uitstijgt boven het niveau van ernst dat nodig is voor toepasselijkheid van art. 3 EVRM moet volgens het Hof een situationele beoordeling plaatsvinden, waarbij onder meer moet worden onderzocht of de betrokkene behoort tot een kwetsbare bevolkingsgroep, of de betrokkene nog (erg) jong is, of de betrokkene pas sinds kort gebruik kon maken van zijn of haar reproductieve leven, of er een imminent medisch belang was bij de ingreep en wat de nadelige effecten van de ingreep zouden zijn.[6] Hoewel het Hof in de zaak *Y.P. t. Rusland* dit rijtje niet helemaal systematisch naloopt, is het uit de uitspraak duidelijk dat klaagster niet aan al deze voorwaarden voldeed: zij behoorde niet tot een kwetsbare bevolkingsgroep, was inmiddels 28 jaar oud en de artsen hadden aangegeven dat zij de ingreep hadden uitgevoerd in het belang van klaagster. Of klaagster kinderen had wordt uit de uitspraak overigens niet duidelijk.

4. Hoewel het Hof het verweer van de Russische autoriteiten verwerpt dat sprake was van een ingreep in het belang van klaagster, neemt het aan dat de artsen de ingreep te goeder trouw hadden uitgevoerd. Zij waren bezorgd over de gezondheid en veiligheid van klaagster en besloten daarom de sterilisatie rond de spoedsectio uit te voeren.[7] Het is niet voor het eerst dat het Hof in dergelijke omstandigheden een rechtvaardiging ziet om de eis van *informed consent* te passeren. Dit doet het Hof in het bijzonder bij dreigend ernstig levensgevaar of als de dood van de betrokkene alleen via medisch handelen kan worden voorkomen.[8] Gezondheidsrechtelijk gezien ziet een arts zich dan gesteld voor een conflict van plichten. Tegelijkertijd heeft het Hof erkend dat wilsbekwame personen ervoor kunnen kiezen om bewust medische behandelingen te weigeren, ook al heeft dat mogelijk een fatale uitkomst tot gevolg.[9] Bovendien komt wilsbekwame personen het recht toe om te beslissen over hoe en wanneer zij hun leven wensen te beëindigen.[10] Nu is het niet zo dat klaagster in de zaak *Y.P. t. Rusland* haar leven wenste te beëindigen; zij wilde alleen niet worden gesteriliseerd. Er was geen medische noodzaak de sterilisatie rond de spoedsectio uit te voeren, omdat het risico op een scheuring later dreigde. Aldus had haar meer tijd kunnen worden gegund om een sterilisatie alsnog te overwegen. Klaagster had bovenal voor de spoedsectio uitdrukkelijk

kenbaar gemaakt dat zij geen toestemming gaf voor sterilisatie. Niettemin meenden de artsen aan dit bezwaar voorbij te moeten gaan en de sterilisatie rond de spoedsectio te moeten uitvoeren.

5. Levert het voorbijgaan aan een uitdrukkelijk bezwaar tegen een medische ingreep – in dit geval een sterilisatie – nu een schending op van art. 3 EVRM? Ik zou die vraag, met het Hof en de *concurring opinion* van rechter Elósegui, in dit geval ontkennend willen beantwoorden. Met rechter Elósegui ben ik op zichzelf van mening dat een sterilisatie een onomkeerbare ingreep oplevert, met als gevolg dat de betrokkene geen kinderen (meer) kan krijgen, althans niet zonder IVF of een andere vorm van voortplantingsgeneeskunde. Ik mis de aandacht voor het al dan niet reversibele karakter van een medische ingreep in het eerder genoemde rijtje van het Hof. Bovendien kan het uitvoeren van een sterilisatie ook worden overwogen om te voorkomen dat iemand kinderen krijgt – waarom er soms ook moet worden gekeken naar de belangen van toekomstige kinderen. Niettemin onderschrijf ik niet de bezwaren van de rechters Serghides en Pavli, die in hun *concurring opinions* pleiten voor het vaststellen van een schending van art. 3 EVRM. Het klopt dat klaagster, anders dan in de zaken van de jonge Romavrouwen die in Slowakije waren gesteriliseerd, uitdrukkelijk bezwaar had gemaakt tegen de sterilisatie. Volgens vaste rechtspraak van het Hof valt het niet respecteren van verzet tegen een medische ingreep evenwel onder de reikwijdte van art. 8 EVRM, en niet zozeer van art. 3.[11] Met rechter Serghides ben ik ook van mening dat klaagster tijdens de spoedsectio ‘situationeel kwetsbaar’ was. Maar ook de klachten van andere patiënten die situationeel kwetsbaar zijn kunnen niet automatisch worden gekwalificeerd als een schending van art. 3 EVRM. Wat betreft deze groep individuen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan psychiatrische patiënten die gedwongen worden behandeld, gedetineerden die om veiligheidsredenen lichamelijk worden gevisiteerd of een vrouw die ter voorkoming van een valse aangifte van verkrachting wordt gedwongen een gynaecologisch onderzoek te ondergaan. Dat is slechts anders indien de wijze waarop het onderzoek wordt verricht vernederend en mensonterend is.[12] In het geval van klaagster was hiervan geen sprake. Met het Hof ben ik daarom van mening dat de sterilisatie, ondanks het bezwaar daartegen van klaagster en ondanks de afwezigheid van een medische rechtvaardiging, niet de drempel van ernst behaalt voor een schending van art. 3 EVRM.

6. In hoeverre heeft de uitspraak van het Hof gevolgen voor het mogen uitvoeren van sterilisaties in Nederland en België? In beide landen is het uitgangspunt dat sterilisaties slechts mogen worden uitgevoerd met toestemming van de betrokkene. Vanwege het onomkeerbare karakter van de ingreep, mag een vertegenwoordiger (bijv. een ouder) geen vervangende toestemming geven namens de betrokkene – bijvoorbeeld een minderjarige of een wilsonbekwame meerderjarige. De mogelijkheden om sterilisatie op grond van de wet uit

te voeren zijn zeer beperkt. Op grond van de Nederlandse Wet verplichte ggz (Wvvgg) of de Wet zorg en dwang (Wzd) is sterilisatie bij bepaalde patiënten niet verboden om nadeel te voorkomen. Het zo nodig onvrijwillig toedienen van anticonceptie heeft de voorkeur boven het lichamelijk inbreuk maken om sterilisatie uit te voeren.[13] Dit beleid geldt ook in België.[14] Daarom heeft de uitspraak van het Hof in de zaak *Y.P. t. Rusland* geen gevolgen voor de wetgeving en rechtspraak in beide landen.

7. Terzijde wil ik opmerken dat het enigszins bijzonder is dat het Hof in zijn uitspraak diverse standaarden van de Biogeneeskunde Conventie aanhaalt.[15] Rusland heeft dit verdrag niet ondertekend, laat staan geratificeerd. Nu haalt het Hof vaker internationale en Europese verdragen en standaarden aan, maar van de Biogeneeskunde Conventie kan niet worden gesteld dat de hierin opgenomen standaarden op een breed Europees draagvlak kunnen rekenen.

8. Concluderend kan worden gesteld dat de uitspraak van het Hof in de zaak *Y.P. t. Rusland* meer duidelijkheid biedt over de vraag in welke gevallen een gedwongen sterilisatie naast een schending van art. 8 EVRM een schending oplevert van art. 3 EVRM. Het Hof heeft daarvoor een rudimentair kader geschetst. Mijns inziens ontbreken hierin aandacht voor het al dan niet omkeerbare effect van de betreffende medische ingreep en de mogelijkheden met deze ingreep de rechten en belangen van anderen te beschermen. Sterilisatie kan niet snel verplicht worden opgelegd ter voorkoming van risicovolle zwangerschappen of de geboorte van kinderen bij ouders zonder ouderschapscapaciteiten; anticonceptie is daarvoor een beter alternatief. Wat betreft Nederland en België heeft deze uitspraak in ieder geval geen gevolgen voor de wetgeving en rechtspraak.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Zie bijv. *V.C. t. Slowakije*, EHRM 13 november 2011, nr. 18968/07, ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807, «EHRC» 2012/18, m.nt. Hendriks en *G.B. en R.B. t. Moldavië*, EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD001676109, «EHRC» 2013/78, m.nt. Ernaus.

[2] Zie bijv. *L.H. t. Letland*, EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0429JUD005201907, «EHRC» 2014/159, m.nt. Hendriks.

[3] Zie bijv. *V.C. t. Slowakije*, EHRM 13 november 2011, nr. 18968/07, ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807, «EHRC» 2012/18, m.nt. Hendriks; *N.B. t. Slowakije*,

EHRM 12 juni 2012, nr. 29518/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD002951810 en *I.G. e.a. t. Slowakije*, EHRM 13 november 2012, nr. 15966/04, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD001596604.

[4] *Y.P.*, par. 38.

[5] *Y.P.*, par. 35.

[6] *Y.P.*, par. 34.

[7] *Y.P.*, par. 37.

[8] Zie bijv. *Bogumil t. Portugal*, EHRM 7 oktober 2008, nr. 35228/03, ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803, «EHRC» 2009/1, *NJCM-Bulletin* 2009, p. 428, m.nt. Hendriks.

[9] Zie bijv. *Jehovah's Witnesses of Moscow e.a. t. Rusland*, EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202, «EHRC» 2010/89, m.nt. Gerards, «GJ», m.nt. Hendriks.

[10] *Gross t. Zwitserland*, EHRM 14 mei 2013, nr. 67810/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0514JUD006781010, «EHRC» 2013/152, m.nt. Hendriks.

[11] *Glass t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0309JUD006182700, «EHRC» 2004/38, m.nt. Hendriks.

[12] *Valasinas t. Litouwen*, EHRM 24 juli 2001, nr. 44558/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0724JUD004455898; *Frérot t. Frankrijk*, EHRM 12 juni 2007, nr. 70204/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0612JUD007020401;

EHRM 6 mei 2008, *Juhnke t. Turkije*, nr. 52515/99, ECLI:CE:ECHR:2008:0513JUD005251599, «EHRC» 2008/82, m.nt. Brems en *Wiktorko t. Polen*, EHRM 31 maart 2009, nr. 14612/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0331JUD001461202.

[13] A.C. Hendriks, M.J.P. Sombroek-van Doorm & M.C. de Vries, 'Wet verplichte ggz biedt meer mogelijkheden om zwangeren te begeleiden', *NTvG* 2022;166:D6790.

[14] F. De Meyer & C. De Mulder, 'Een nieuw tijdperk voor abortus? Een analyse van het voorstel ter versoepeling van de Belgische abortuswet', *Family & Law* 2021 (juli), p. 1-51, DOI: 10.5553/FenR/.000053.

[15] *Y.P.*, par. 27-28.

ANNOTATIE

NIT S.R.L. t. Moldavië (EHRM, 28470/12) – Het EHRM introduceert intern pluralisme***M.Z. van Drunen*****Samenvatting**

1. *NIT t. Moldavië* draait om de vraag of een staat een uitzendvergunning mag intrekken om pluralisme te waarborgen. Het merendeel van de jurisprudentie van het EHRM over pluralisme heeft juist betrekking op de plicht die staten hebben om te verzekeren dat er voldoende mediabedrijven zijn die vrij zijn om hun eigen, diverse standpunten uit te dragen. NIT werd echter uit de lucht gehaald om pluralisme te beschermen: de Moldavische omroep had niet voldaan aan haar verplichting om in haar nieuws verschillende politieke standpunten gebalanceerd te presenteren. De Grote Kamer grijpt de zaak aan om haar jurisprudentie over de omstandigheden waaronder een staat de redactionele vrijheid van een mediabedrijf kan beperken om pluralisme te garanderen te ontwikkelen. Het EHRM oordeelt dat artikel 10 EVRM niet geschonden is.

Feiten

2. De pluralismebepaling die centraal staat in *NIT t. Moldavië* werd ingevoerd naar aanleiding van de gebeurtenissen die leidden tot een eerdere belangrijke uitspraak van het EHRM over pluralisme – *Manole t. Moldavië*.^[1] In deze zaak protesteerden de journalisten die voor de staatsomroep werkten omdat zij onder politieke druk onevenredig veel positieve aandacht moesten besteden aan de regeringspartij, PCRM. De staatsomroep was een van de enige nationale omroepen, en had vrijwel een monopoliepositie. Het EHRM oordeelde dat Moldavië onder deze omstandigheden een positieve verplichting had om pluralisme te garanderen en de redactionele onafhankelijkheid van de journalisten te beschermen.

3. PCRM verloor in 2009 de verkiezingen van een pro-Europese coalitie, en is vanaf dat moment de enige oppositiepartij. Tussen 2009 en 2011 legde de Moldavische mediatoezichthouder elf sancties op aan NIT voor het overtreden van de pluralismebepaling, beginnend met een waarschuwing en eindigend met een vijfdaagse schorsing van de

omroepvergunning. Op 29 maart 2012 besloot de toezichthouder vijf dagen lang de nieuwsprogramma's van alle nationale televisieomroepen te analyseren. Er bestonden op dat moment vijf nationale omroepen, waarvan drie (waaronder NIT) samen meer dan 90% van het publiek bereikten. De toezichthouder concludeerde dat de 40 minuten die NIT aan de oppositiepartij had besteed voornamelijk neutraal waren, maar dat het anderhalve uur dat NIT aan de overheidscoalitie had besteed (op 8 seconden na) volledig negatief was. Bovendien had NIT de overheidsfunctionarissen en politici geen mogelijkheid geboden te reageren, onjuiste en misleidende informatie opgenomen, en agressieve journalistieke taal gebruikt. Hiermee had NIT mogelijk opnieuw de pluralismebepaling in de Moldavische mediawet geschonden.[2]

4. Vanaf dit punt ontwikkelt de zaak zich razendsnel. Het rapport van de vijfdaagse analyse werd op 2 april naar NIT gestuurd; op 5 april besprak de toezichthouder het rapport, stelde het vragen aan NIT, en besloot het de omroepvergunning in te trekken; op 6 april was NIT uit de lucht. Een maand later wees het Moldavische hooggerechtshof NIT's verzoek om het besluit te schorsen af, met name omdat de onomkeerbare negatieve consequenties onvoldoende bewezen waren en het besluit niet geschorst kon worden zonder de zaak ten gronde te behandelen. Een jaar later wees het hooggerechtshof het laatste beroep van NIT af.

Oordeel

Intern en extern pluralisme

5. In de analyse van de inperking op artikel 10 EVRM introduceert de Grote Kamer een onderscheid tussen extern en intern pluralisme.[3] Extern pluralisme betreft het bestaan van verschillende mediabedrijven die hun eigen standpunten kunnen uitdragen. Intern pluralisme betreft de mate waarin één mediaorganisatie diverse standpunten in haar programma's opneemt. De twee kunnen volgens het EHRM niet los van elkaar worden gezien, maar zijn beide middelen waarmee een staat aan zijn verplichting kan voldoen om de algehele diversiteit van het programma-aanbod in de samenleving te garanderen. Een hoge mate van extern pluralisme kan een gebrek aan intern pluralisme binnen één mediabedrijf compenseren. Al herhaalt het EHRM haar overweging uit eerdere zaken, dat het enkele bestaan van meerdere mediabedrijven niet automatisch genoeg is om pluralisme te garanderen. Omgekeerd wijst het EHRM erop dat er zeer weinig frequenties beschikbaar waren voor nationale omroepen toen de Moldavische mediawet werd opgesteld. Bovendien waren journalisten vaak niet vrij om vanuit hun mediaorganisatie diverse standpunten uit te dragen, en had Moldavië in die context een sterke verplichting om de toegang tot juist, gebalanceerd, en divers nieuws te garanderen (zoals het Hof eerder oordeelde in *Manole t. Moldavië*).[4] Dit spreekt voor de noodzaak van de "redelijk strenge" interne

pluralismeverplichting.

6. Interne pluralismeverplichtingen brengen gevoelige inperkingen op de redactionele onafhankelijkheid om politieke zaken te bespreken met zich mee. Wegens de complexiteit van pluralisme, de verschillende manieren waarop het (afhankelijk van lokale omstandigheden) gewaarborgd kan worden, en de speciale aard van televisie, geeft het EHRM staten echter een relatief grote beoordelingsvrijheid. Bij een zware beperking als het intrekken van de omroepvergunning is de beoordelingsvrijheid echter nauwer.[5]

Proportionaliteit van interne pluralismeverplichtingen

7. Bij het beoordelen van de uitingen zelf benadrukt het EHRM de bredere context. Met name belangrijk is, dat de omroepvergunning pas werd ingetrokken na geleidelijke en ononderbroken sancties over een periode van drie jaar. De ernst van al deze overtredingen samen, en het feit dat NIT continu weigerde om zich aan de interne pluralismeverplichting te houden, rechtvaardigden dat de toezichthouder uiteindelijk overwoog de omroepvergunning in te trekken. Daarnaast was de sanctie gebaseerd op een analyse van de nieuwsprogramma's over een periode van vijf dagen, volgens een methodologie die was vastgesteld in samenwerking met experts van de Raad van Europa en positief was beoordeeld door maatschappelijke organisaties. Het Hof merkt nog op dat NIT nauwelijks ruimte tot wederhoor had gegeven. De verplichting hiertoe in de Moldavische pluralismeverplichting vertoont overeenkomsten met het *right of reply*, dat volgens eerdere rechtspraak van het EHRM een belangrijk onderdeel van de vrijheid van meningsuiting is. Ook had NIT agressieve journalistieke taal (van het kaliber "dictatoriaal regime" en "verraders") gebruikt. Het Hof twijfelt sterk of dit commentaar inderdaad tot haat aanzet (zoals sommige leden van de toezichthouder argumenteerden). Het accepteert echter dat het als factor kan dienen in de beoordeling van de vraag of NIT haar pluralismeverplichting heeft geschonden, en acht dit commentaar de extra bescherming van persvrijheid onder artikel 10 EVRM niet waardig.

8. De procedure waarmee de sanctie is opgelegd moet volgens het Hof extra gecontroleerd worden – vrijwel alle sancties aan NIT werden namelijk opgelegd nadat de coalitie die NIT bekritiseerde in 2009 aan de macht was gekomen. De Moldavische mediawet kent echter gedetailleerde regels over de onafhankelijkheid van de Moldavische mediatoezichthouder, die tijdens het wetgevingsproces nog waren aangepast naar aanleiding van input van experts van de Raad van Europa. Bovendien merkt het Hof op dat zes van de negen leden van de toezichthouder die de sanctie oplegde door de vorige regering waren aangewezen, en dat er geen concreet bewijs voor een politiek motief was. Daarnaast had NIT de mogelijkheid om de zitting van de toezichthouder over het innemen van de vergunning bij te wonen (wat NIT had gedaan) en om uitstel te vragen (wat NIT niet had gedaan). De hierop volgende oordelen van

de Moldavische rechtbanken waren bondig, maar hadden de verschillende belangen voldoende gebalanceerd. Tot slot hecht het Hof “bijzonder belang” aan het feit dat NIT andere media kon blijven gebruiken, en na een jaar opnieuw een vergunning had kunnen aanvragen.

9. Het Hof oordeelt (14-3) dat artikel 10 EVRM niet geschonden is. Het verwerpt de claims op grond van artikel 1 protocol 1, 6, 13, en 14 op grotendeels dezelfde gronden. De *dissenting opinion* volgt in grote lijnen de argumentatie van het Hof, maar is met name kritisch op de onafhankelijkheid van de mediatoezichthouder en de procedure waarmee de sanctie werd opgelegd.

Commentaar

10. *NIT t. Moldavië* lijkt de eerste zaak te zijn waarin het EHRM oordeelt dat mediabedrijven verplicht kunnen worden om in hun nieuwsaanbod verschillende standpunten aan bod te laten komen. Hoewel het EHRM eerder heeft geoordeeld dat mediabedrijven kunnen worden verplicht om reacties van betrokkenen of advertenties over zaken van algemeen belang te tonen, ziet deze zaak direct op de redactionele keuzes die mediabedrijven maken over de manier waarop zij hun nieuwsaanbod invullen.[6] Voor Nederland is de zaak met name relevant voor de publieke omroep, wiens media-aanbod onder art. 2.1 lid 2 in overeenstemming moet zijn met publieke waarden (waaronder pluriformiteit).[7] Op Europees niveau heeft de zaak implicaties voor de verplichtingen van platforms met betrekking tot de diversiteit van de inhoud die zij aanbevelen.[8]

11. Het is echter de vraag in hoeverre de conclusies in deze zaak kunnen worden gegeneraliseerd naar het digitale mediasysteem. De Moldavische wet in kwestie werd aangenomen toen de publieke omroep nog een monopolie had, en ook toen de sanctie in 2012 werd opgelegd bereikten 3 omroepen nog 90% van het publiek. Het Hof verwijst herhaaldelijk naar de mate van extern pluralisme, en naar de speciale aard en impact van traditionele televisie. In het digitale mediasysteem is daarentegen een overvloed aan mediabedrijven, en een grote rol voor platforms die bepalen tot welk (media-)aanbod gebruikers toegang krijgen. De vraag is in hoeverre deze hoge mate van extern pluralisme de noodzaak voor interne pluralismeverplichtingen wegneemt.

12. De literatuur en ook de meest recente pluralisme-aanbeveling van de Raad van Europa zijn naar aanleiding van de explosieve toename in beschikbare content meer nadruk gaan leggen op *exposure diversity*, de mate waarin het publiek daadwerkelijk wordt blootgesteld aan diverse standpunten. De achterliggende aanname is dat het enkele feit dat er veel verschillende programma's beschikbaar zijn niet automatisch betekent dat het publiek ook met verschillende standpunten in aanraking komt.[9] Dit concept sluit goed aan op de

argumentatie van het Hof dat de mate waarin het publiek toegang heeft tot diverse programma's (in plaats van een bepaalde mate van intern of extern pluralisme op zichzelf) belangrijk is. Het EHRM gaat in deze zaak echter nog niet expliciet in op de vraag of 'toegang' enkel betekent dat diverse programma's beschikbaar zijn, of dat het ook relevant is dat het publiek (en zo ja, welk publiek) daadwerkelijk een divers programma-aanbod ziet.

13. Wel is duidelijk dat de beoordeling van intern pluralisme een brede analyse vereist. Niet alleen de diversiteit in het mediasysteem in zijn geheel, maar ook de balans in de standpunten die een mediabedrijf over een langere periode aan bod laat komen en de eerdere overtredingen zijn belangrijk. De breedte van de analyse schept een uitdaging voor de rechterlijke controle: een rechter moet niet oordelen of één haatzaaiende uitspraak over de grens ging, maar of het nieuws over een langere periode voldoende gebalanceerd was. Dit is complex, en het EHRM geeft weinig concrete handvaten over de manier waarop deze balans moet worden gelegd. Zo accepteert het EHRM bijvoorbeeld dat nationale autoriteiten de agressieve journalistieke taal van NIT als verzwarende factor gebruikten, omdat dit betrekking had op de interactie tussen de principes van pluralisme en verantwoordelijke journalistiek. Het EHRM weidt echter niet uit over deze interactie, maar maakt enkel duidelijk dat het niet noodzakelijk was om (zoals gebruikelijk is in zaken over lasterlijke of schokkende uitingen in de media) te beoordelen of er sprake is van feitelijke of waardeoordelen, of dat de uitingen aanzetten tot geweld of haat.

14. Dit soort onduidelijkheden laten nationale autoriteiten gevaarlijk veel ruimte om te beargumenteren dat de persvrijheid moet worden ingeperkt omdat een mediabedrijf niet aan zijn interne pluralismeverplichtingen heeft voldaan. Ook NIT's beperkte mogelijkheden om de beslissing aan te vechten zijn in deze context problematisch - NIT had slechts enkele dagen om zich voor te bereiden op de zitting waarop de uitzendvergunning werd ingetrokken, en weinig mogelijkheden om dit besluit te schorsen voor het door een rechter integraal getoetst werd. Hoewel het EHRM stelt dat deze procedures streng getoetst moeten worden, besteedt het Hof relatief weinig aandacht (in vergelijking met andere zaken waarin mediabedrijven gesloten werden) aan NIT's beperkte mogelijkheden om de intrekking van de omroepvergunning aan te vechten.[10] Juist omdat het bij interne pluralismeverplichtingen gaat om een complexe balans tussen een relatief groot aantal uitingen is het echter belangrijk dat de mogelijkheid tot een effectieve verdediging gewaarborgd blijft.[11] Gezien de scepsis waarmee het EHRM gebruikelijk kijkt naar inperkingen op de vrijheid van mediaorganisaties om over politieke zaken te berichten, geeft de Grote Kamer staten in haar eerste zaak over intern pluralisme relatief veel ruimte om te bepalen dat mediabedrijven in hun nieuws verschillende standpunten aan bod moeten laten komen.

M.Z. van Drunen

Max van Drunen is postdoctorale onderzoeker Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam

[1] *Manole e.a. t. Moldavië*, EHRM 17 september 2009, nr. 13936/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602.

[2] Artikel 7 van de Moldavische mediawet vereiste o.a. dat pluralisme gewaarborgd werd, dat een omroep die een politieke partij ruimte gaf haar standpunten uit te dragen ook ruimte aan andere partijen bood, en dat nieuws juist was, de realiteit niet vertekende, en meerdere bronnen gebruikte bij conflicten. Zie in detail paragraaf 85 van *NIT t. Moldavië*.

[3] Het onderscheid tussen extern en intern pluralisme wordt al lang gebruikt in de academische literatuur. Zie voor een recent overzicht Felicia Loecherbach and others, 'The Unified Framework of Media Diversity: A Systematic Literature Review' (605) 8 Digital Journalism 1, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21670811.2020.1764374>.

[4] *Manole e.a. t. Moldavië*, EHRM, 17 september 2009, nr. 13936/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602.

[5] *Manole e.a. t. Moldavië*, EHRM, 17 september 2009, nr. 13936/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602 para. 100. *Demuth t. Zwitserland*, EHRM, 5 november 2002, nr. 38743/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003874397, para. 42-44. Zie hierop voortbouwend para. 193 van *NIT t. Moldavië*.

[6] *VgT Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, EHRM, 28 juni 2001, nr. 24699/94 ECLI:CE:ECHR:2001:0628JUD002469994 ; *Association Ekin t. Frankrijk*, EHRM, 17 juli 2001, nr. 39288/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0717JUD003928898.

[7] Zie recent over deze bepaling, zij het niet de pluralismeverplichting: NPO, Sanctiebeschikking *Omroepvereniging Ongehoord Nederland in verband met het onvoldoende uitvoering gegeven aan bereidheid tot samenwerking*, 7 juli 2022, <https://pers.npo.nl/persberichten/npo-legt-sanctie-op-aan-ongehoord-nederland>.

[8] Artikel 34(1)(b) en 35 DSA. Zie ook de verwijzingen in de voorgestelde Media Freedom Act naar het recht van mediagebruikers op onafhankelijk en divers nieuws (artikel 3) en een gestructureerde dialoog tussen grote platforms, mediaorganisaties, en maatschappelijke organisaties om onder andere toegang tot divers aanbod van onafhankelijke media op grote platforms te bevorderen (artikel 18).

[9] 'Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Media Pluralism and Transparency of Media Ownership' (2018) CM/Rec(2018)1, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13.

[10] *OOO Flavus e.a. t. Rusland*, EHRM 23 juni 2020, nr. 12468/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0623JUD001246815.

[11] Ter context: *NIT t. Moldavië* werd een maand na het besluit van de Raad van de Europese Unie om Russische mediabedrijven te blokkeren gepubliceerd. Zie voor een analyse van de procedurele waarborgen in deze zaak, en de relatie tussen *NIT v. Moldavië* en het oordeel van het Gerecht *Ronan Ó Fathaigh & Dirk Voorhoof, 'RT France v. Council: General Court Finds Ban on Russia Today Not a Violation of Right to Freedom of Expression'* (*Inform's Blog*, 19 August 2022), <https://inform.org/2022/08/19/case-law-eu-rt-france-v-council-general-court-finds-ban-on-russia-today-not-a-violation-of-right-to-freedom-of-expression-ronan-o-fathaigh-and-dirk-voorhoof/>

ANNOTATIE

H.F. e.a. t. Frankrijk (EHRM, nrs. 24384/19 en 44234/20) – Geen verplichting om IS-kinderen in Syrische opvangkampen te repatriëren

A. Pijnenburg

1. In *H.F. e.a. t. Frankrijk* buigt de Grote Kamer van het EHRM zich over de verplichtingen van Europese landen jegens kinderen van IS-strijders (en hun moeders) in Syrische opvangkampen. In navolging van de Nederlandse rechter en het Kinderrechtencomité schept het EHRM nu meer duidelijkheid (of juist verwarring) met betrekking tot de repatriëring van IS-kinderen en hun moeders. Meer in het algemeen is dit arrest interessant omdat het de meest recente episode is in de saga van het EHRM en extraterritoriale rechtsmacht, en omdat het EHRM voor het eerst art. 3, lid 2, van Protocol 4 uitgebreid interpreteert ('Aan niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de Staat, waarvan hij een onderdaan is'). Deze noot gaat in op deze verschillende aspecten.

2. Klagers zijn de (groot)ouders van twee vrouwen die in 2014 en 2015 met hun partners naar Syrië zijn gereisd om zich bij de groepering Islamitische Staat (IS) te voegen, en hun drie kinderen, geboren in 2014, 2016 en 2019. Begin 2019, als de Syrische Democratische Strijdkrachten de oorlog tegen IS winnen, worden de vrouwen en hun kinderen gearresteerd en vastgehouden in opvangkampen in Syrisch Koerdistan. De situatie in de kampen is erbarmelijk: ze worden willekeurig en voor onbeperkte tijd opgesloten, de weersomstandigheden zijn extreem, ze worden blootgesteld aan geweld, kinderen zijn ondervoed en uitgedroogd, en lopen het risico te worden gedood. Tussen maart 2019 en januari 2021, oordelend per geval, repatrieerde Frankrijk 35 kinderen uit opvangkampen in Noordoost-Syrië. De dochters en kleinkinderen van klagers zaten daar niet tussen. Tussen oktober 2018 en mei 2020 hebben klagers via verschillende wegen op nationaal niveau – zonder succes – geprobeerd de repatriëring van hun familieleden teweeg te brengen.

3. Een van de meest interessante aspecten van deze zaak betreft de vraag hoe dit arrest de gecompliceerde (en vaak bekritiseerde) jurisprudentie over extraterritoriale rechtsmacht van het EHRM verder ontwikkelt. Allereerst herhaalt de Grote Kamer de bestaande principes,

zoals vastgelegd in o.a. *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*,^[1] *Catan e.a. t. Moldova en Rusland*,^[2] *Georgië t. Rusland (II)*^[3] en *M.N. e.a. t. België*.^[4] Vervolgens beantwoordt de Grote Kamer achtereenvolgens drie vragen om vast te stellen of Frankrijk *in casu* rechtsmacht uitoefent over de dochters en kleinkinderen van klagers. Allereerst stelt het Hof vast dat Frankrijk geen effectieve controle heeft over het grondgebied in Noordoost-Syrië en ook geen autoriteit of controle uitoefent over de familieleden van klagers die in kampen in die regio worden vastgehouden. Ten tweede oordeelt het Hof dat het starten van nationale juridische procedures, hetzij door de Franse autoriteiten of door de klagers, de rechtsmacht van Frankrijk niet in het leven roept. Tenslotte beantwoordt het EHRM de vraag of er *connecting ties* zijn met Frankrijk. Wat art. 3 EVRM (folterverbod) betreft oordeelt het Hof op dit punt dat de beslissing van de Franse autoriteiten om de familieleden niet te repatriëren hen niet binnen de rechtsmacht van Frankrijk brengt met betrekking tot de mishandeling die ze ondergaan in de opvangkampen. Echter, wat art. 3, lid 2, van Protocol 4 betreft (recht op terugkeer naar land van nationaliteit), bepaalt het Hof dat er speciale omstandigheden zijn, waardoor de dochters en kleinkinderen van klagers wél onder de rechtsmacht van Frankrijk vallen. Hoewel nationaliteit geen autonome grondslag voor rechtsmacht kan vormen, spelen in dit geval de volgende omstandigheden een rol: klagers hebben meerdere officiële verzoeken tot repatriëring ingediend; in deze verzoeken beriepen zij zich op de fundamentele waarden van de democratische samenlevingen die de Raad van Europa vormen en op het feit dat hun familieleden werden geconfronteerd met een reële en onmiddellijke bedreiging van hun leven en lichamelijk welzijn; de familieleden kunnen niet zonder hulp van de Franse autoriteiten naar Frankrijk reizen; en de Koerdische autoriteiten hebben zich bereid verklaard de vrouwelijke gevangenen met de Franse nationaliteit en hun kinderen over te dragen aan de Franse autoriteiten. *H.F. e.a. t. Frankrijk* voegt zo een klein stukje toe aan de grotere puzzel van de extraterritoriale rechtsmacht onder het EVRM: gelet op de genoemde omstandigheden oefent Frankrijk toch rechtsmacht uit over IS-vrouwen en hun kinderen met betrekking tot het recht op terugkeer. De sterk op de zaak gerichte criteria die de Grote Kamer aanlegt maken het echter onwaarschijnlijk dat deze bevinding in andere zaken van toepassing is dan IS-vrouwen en hun kinderen in opvangkampen.

4. Vervolgens zet de Grote Kamer een gedetailleerde interpretatie van art. 3, lid 2, van Protocol 4 uiteen. Het erkent dat art. 3 van Protocol 4 een absoluut en onvoorwaardelijk verbod op uitzetting van een onderdaan behelst, maar ook dat er in voorkomend geval ruimte kan zijn voor impliciete beperkingen, in de vorm van uitzonderlijke maatregelen die slechts tijdelijk zijn. Zoals andere EVRM-bepalingen kan ook art. 3, lid 2, van Protocol 4 positieve verplichtingen aan staten opleggen. Staten hebben echter geen verplichting om hun onderdanen te repatriëren. Daarom hebben Franse burgers die in kampen in Noordoost-Syrië worden vastgehouden geen algemeen recht om gerepatriëerd te worden op grond van art. 3, lid

2, van Protocol 4.

5. Verder oordeelt het Hof dat art. 3, lid 2, van Protocol 4 een positieve verplichting voor de staten kan impliceren wanneer, gelet op de specifieke kenmerken van een bepaald geval, een weigering van de staat om maatregelen te nemen de betrokken onderdaan in een situatie zou doen belanden die *de facto* vergelijkbaar is met die van ballingschap. Daartoe onderneemt het Hof twee stappen. Als eerste oordeelt het dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, gelet op de extraterritoriale factoren die bijdragen tot het bestaan van een risico voor het leven en het fysieke welzijn van de familieleden van klagers. Ten tweede concludeert het Hof dat de beoordeling van de door klagers ingediende verzoeken om repatriëring niet omgeven was met passende waarborgen tegen willekeur, wat resulteert in een schending van art. 3, lid 2, van Protocol 4.

6 Kortom: er is géén algemeen recht om gerepatriëerd te worden, hoewel de betreffende procedures wél omgeven moeten zijn met passende waarborgen tegen willekeur. Deze interpretatie van de Grote Kamer wordt door verschillende rechters bekritiseerd. Enerzijds vinden rechters Pavli en Schembri Orland dat er *in casu* niet alleen een procedurele maar ook een materiële schending van art. 3, lid 2, van Protocol 4 is, omdat het stilzitten van de Franse autoriteiten de familieleden van klagers aan een vorm van *de facto* ballingschap heeft blootgesteld. Anderzijds is volgens rechters Yudkivska, Wojtyczek en Roosma art. 3, lid 2, van Protocol 4 *in casu* niet van toepassing, en heeft de focus op passende waarborgen tegen willekeur weinig toegevoegde waarde voor personen in een vergelijkbare situatie als de familieleden van klagers. Dit laat zien dat de poging van de Grote Kamer om een middenweg te vinden van beide kanten kritiek oogst.

7. Klagers hebben hun klacht bij het EHRM in mei 2019 en oktober 2020 ingediend. Rond dezelfde tijd – in maart en november 2019 – ontving het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties vergelijkbare klachten tegen Frankrijk. Het Comité besloot in september 2020 en februari 2021 dat deze klachten ontvankelijk waren: Frankrijk oefende rechtsmacht uit omdat het, als de staat van nationaliteit van de kinderen, het vermogen en de bevoegdheid heeft om de rechten van de betrokken kinderen te beschermen door actie te ondernemen om hen te repatriëren of andere consulaire maatregelen te nemen.[5] Vervolgens oordeelde het Comité in februari 2022 dat Frankrijk de volgende bepalingen van het Kinderrechtenverdrag heeft geschonden: art. 3 (belangen van het kind), art. 6, lid 1 (recht op leven en ontwikkeling), en art. 37 sub a (folterverbod). Daarbij bepaalde het Comité dat Frankrijk de familieleden van klagers moest repatriëren.[6] De reikwijdte van de verplichtingen die het EVRM oplegt is dus beperkter dan onder het Kinderrechtenverdrag. Dit bevestigt eens te meer dat het EHRM een restrictievere interpretatie van extraterritoriale rechtsmacht hanteert dan de VN-comités.[7]

8. In het licht van het voorgaande verdient ook de opstelling van de Nederlandse rechter vermelding. In augustus 2019 hebben 23 Nederlandse vrouwen en 56 kinderen de staat gesommeerd hen te repatriëren vanuit de opvangkampen in Noord-Syrië. In eerste aanleg oordeelde de voorzieningenrechter dat zij zich buiten de rechtsmacht van de Nederlandse staat bevinden, maar dat de Staat zich op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 BW) moet inspannen om de kinderen te repatriëren.[8] In hoger beroep bevestigde het Gerechtshof Den Haag dat de Nederlandse staat geen rechtsmacht uitoefent over de vrouwen en kinderen in de opvangkampen in Noord-Syrië. Wat de zorgvuldigheidsnorm betreft oordeelde het Gerechtshof echter dat de door de Staat gemaakte belangenafweging om de vrouwen en kinderen niet te repatriëren de marginale toets van de rechter doorstaat.[9] In cassatie bekrachtigde de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof: er is niet voldaan aan het vereiste van rechtsmacht, en ondanks de zwaarwegende belangen van de vrouwen en de kinderen handelt de Staat niet onrechtmatig door hen niet naar Nederland te halen en zich daartoe ook niet in te spannen.[10] De Nederlandse rechter kwam zo tot dezelfde conclusie als het EHRM – er is geen verplichting om vrouwen en kinderen in opvangkampen te repatriëren – maar oordeelde, in tegenstelling tot zowel het EHRM als het Kinderrechtencomité, dat de Staat geen rechtsmacht over hen uitoefent. De kans bestaat daarmee dat de Nederlandse rechter zijn beoordeling in toekomstige, vergelijkbare zaken met betrekking tot extraterritoriale rechtsmacht enigszins zal moeten aanpassen, al hoeft dat dus niet per definitie tot een andere concrete uitkomst te leiden. Voorts belet bovenstaande de Nederlandse staat er natuurlijk niet van om IS-vrouwen en hun kinderen alsnog te repatriëren, met name om te voorkomen dat lopende strafzaken worden stopgezet.[11]

9. Tot slot: wat moet men in het licht van bovenstaande onthouden van *H.F. e.a. t. Frankrijk*? De belangrijkste bevinding van het EHRM is, dat staten onder het EVRM geen verplichting hebben om vrouwen en kinderen te repatriëren die worden vastgehouden in erbarmelijke omstandigheden in opvangkampen in Noord-Syrië. Dit is in tegenspraak met het oordeel van het Kinderrechtencomité maar in lijn met de bevindingen van de Nederlandse rechter. Staten kunnen echter wel positieve verplichtingen hebben onder art. 3, lid 2, van Protocol 4. *In casu* zijn dat procedurele verplichtingen: de betreffende procedures moeten omgeven zijn met passende waarborgen tegen willekeur. Met andere woorden: het EVRM biedt maar heel beperkte bescherming aan vrouwen en kinderen die worden vastgehouden in opvangkampen in Noord-Syrië.

A. Pijnenburg

Universitair Docent Internationaal en Europees Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

- [1] *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.
- [2] *Catan e.a. t. Moldova en Rusland*, EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04, 8252/05 en 18454/06, ECLI:CE:ECHR:2012:1019JUD004337004, «EHRC» 2013/13 m.nt. Groen.
- [3] *Georgië t. Rusland (II)*, EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308, *EHRC Updates*, m.nt. M. Zwanenburg en F. Tan.
- [4] *M.N. e.a. t. België*, EHRM (GK) 5 maart 2020 (ontv.), nr. 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918, *EHRC Updates*, m.nt. H. De Vylder.
- [5] Kinderrechtencomité 30 september 2020, nrs. 79/2019 en 109/2019, par. 9 en 10; Kinderrechtencomité 4 februari 2021, nr. 77/2019, par. 9 en 10.
- [6] Kinderrechtencomité 8 februari, nrs. 77/2019, 79/2019 en 109/2019, par. 6.9, 7 en 8 sub c.
- [7] Zie bijvoorbeeld H. Duffy, 'Communications No. 79/2019 and 109/2019 *L.H. et al v. France* and 77/2019 *F.B. et al v. France*; French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire' Leiden Children's Rights Observatory Case Note 2021/3, 18 februari 2021, <https://www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3>.
- [8] Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.
- [9] Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.
- [10] HR 26 juni 2020 ECLI:NL:HR:2020:1148.
- [11] Zie 'Nederland wil 41 Nederlandse IS-vrouwen en kinderen uit Syrië ophalen', *RTL Nieuws* 28 september 2022.

ANNOTATIE

Grosam t. Tsjechië (EHRM, nr. 19750/13) – Overmacht aan ‘leken’ in de tuchtkamer**N. Hummel**

1. Dit arrest gaat over een gerechtsdeurwaarder (Grosam) die werd verweten dat hij namens een schuldenaar had gehandeld zonder een bewijs van diens toestemming. De minister van Justitie, in zijn rol als ‘*disciplinary petitioner*’, startte een tuchtprocedure bij de tuchtkamer van de hoogste bestuursrechter in Tsjechië. Dit gerecht legde Grosam een boete op van 12.650 euro. Grosam hield vol dat de financieel directeur van de schuldenaar hem een machtiging had gegeven om het bedrijf te vertegenwoordigen. Hij kon hiervoor geen documenten overleggen, maar volgens hem was het aan de *disciplinary petitioner* om zijn schuld te bewijzen. Tegen de uitspraak van de tuchtkamer stond geen hoger beroep open. Het Tsjechische Constitutioneel Hof achtte dat niet strijdig met de Tsjechische Grondwet. Grosam wendde zich daarom tot het EHRM. Zijn initiële uitgangspunt was, dat het hier gaat om een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Volgens hem was de onschuldpresumptie geschonden en rammelde de gang van zaken rond de bewijslevering en het horen van getuigen. Ook meende Grosam dat het uitsluiten van hoger beroep in strijd is met art. 2 van Protocol 7. De klacht van Grosam lijkt te vallen of te staan met de vraag of de tuchtrechtelijke afdoening in zijn geval kwalificeert als *criminal charge*. Aan de hand van de zogeheten *Engel*-criteria^[1] beantwoordt het Hof deze vraag ontkennend, hoewel het nog wel een punitief effect toedicht aan de maximale boete van honderd maal het minimumloon.^[2] Bij wanbetaling mag Grosam echter niet van zijn vrijheid worden beroofd. Het Hof sluit daarmee aan bij zijn vaste jurisprudentielijn dat een tuchtprocedure over het algemeen niet kwalificeert als een strafzaak. De ‘civiele poot’ van art. 6 EVRM acht het Hof wél van toepassing, waarop een uiterst kritische analyse van de samenstelling van de tuchtkamer (met een meerderheid van ‘leken’-rechters) volgt. In deze annotatie zal ik deze twee onderwerpen nader beschouwen.

2. Normaal gesproken worden tuchtprocedures niet gezien als geschillen over ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.^[3] Uit ’s Hofs jurisprudentie blijkt dat dit anders ligt als een beroepsbeperkende maatregel wordt opgelegd, zoals een

beroepsverbod voor een medisch specialist,[4] een tijdelijk beroepsverbod voor een notaris (vier maanden),[5] schorsing van een accountant[6] en zelfs een relatief korte schorsing (vijftien dagen) van enkele artsen.[7] Grosam kreeg ‘slechts’ een boete opgelegd. De concrete uitkomst van de tuchtprocedure doet echter niet ter zake: de maximumsanctie is bepalend voor de kwalificatie en het gaat er dus om of een beroepsbeperkende maatregel voorkomt op de lijst van mogelijk te nemen tuchtmaatregelen.[8] Uit het arrest blijkt dat Tsjechische Gerechtsdeurwaarderswet voorziet in een waarschuwing, een berisping, een boete en ontzetting uit het ambt.[9] In het geval van Grosam had de minister van Justitie de tuchtkamer verzocht om een boete op te leggen. Desalniettemin stond het stond tuchtkamer vrij om een van de andere sancties te kiezen, waaronder ontzetting uit het ambt.[10] Daarom acht het Hof art. 6 lid 1 EVRM van toepassing.

3. Waarom is bij een beroepsbeperkende maatregel eigenlijk sprake van sprake van ‘*contestations over civil rights*’? De ratio daarachter is te vinden in het *König*-arrest, dat gaat over een medisch specialist die door een beroepsverbod geen privékliniek meer kon runnen. Het Hof constateerde dat de arts – in de privésector – een commerciële activiteit met winst oogmerk ontplooid. Weliswaar was deze in het kader van de bescherming van de volksgezondheid onderworpen aan toezicht door de overheid, maar, zo overweegt het Hof, ‘[e]en activiteit die (...) het karakter van een privé-activiteit heeft, kan niet automatisch worden omgezet in een publiekrechtelijke activiteit vanwege het feit dat deze onderworpen is aan bestuursrechtelijk toezicht’. In het geval van *König* was geen sprake van openbare dienst, want, eenmaal bevoegd, is een arts vrij om zijn vak uit te oefenen en behandelt hij patiënten op basis van een contract.[11]

4. De positie van de gerechtsdeurwaarder is niet helemaal gelijk. Net als in Nederland zijn Tsjechische gerechtsdeurwaarders zelfstandig ondernemer die een publiek ambt vervullen. In Nederland is de gerechtsdeurwaarder wel ambtenaar (art. 1 onder *d* Gdw), maar niet in de zin van de Ambtenarenwet 2017 (art. 1 lid 1 j° art. 3 onder *e* AW 2017). In het spraakgebruik worden zij ook niet als ambtenaar aangeduid.[12] Niettemin beschikken deurwaarders bij de uitoefening van hun taken over vergaande bevoegdheden, waaronder ontruiming, beslagen, executoriale verkopen en zelfs gijzelingen.[13] Het Hof legt in *Grosam* op dit punt de link met het *Peleki*-arrest, over een tijdelijk beroepsverbod voor een notaris, maar in dat arrest gaat het Hof jammer genoeg niet in op het statusvraagstuk.[14] Desondanks is het Hof nu stellig: ‘Tsjechische gerechtsdeurwaarders zijn geen ambtenaren (noch werknemers).’ Daarmee ontwijkt het Hof de *Eskelinen*-criteria voor de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM in ambtenarenzaken.[15] Ik denk ook niet dat deze tot een andere uitkomst zouden hebben geleid, omdat, nog los van het eerste criterium, hier geen sprake lijkt van een ‘*special bond of trust and loyalty toward their employer*’, zodat uitsluiting van een beroep op art. 6 lid 1 EVRM

niet objectief te rechtvaardigen valt.

5. In het kader van de vraag of sprake is van onafhankelijk en onpartijdig gerecht, richt het Hof zijn pijlen vervolgens op de samenstelling van de tuchtkamer, hetgeen overigens sterk wordt bekritiseerd in de drie bijgevoegde *dissenting opinions*. Grosam had dit punt namelijk niet expliciet naar voren gebracht bij het Tsjechische Constitutioneel Hof. Ook bij de inhoudelijke beoordeling plaatsen deze rechters mijns inziens terecht enkele vraagtekens. Het Hof onderscheidt twee soorten tuchtprocedures: ofwel (1) het tuchtcollege zelf voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM; ofwel (2) het tuchtcollege voldoet niet, maar is onderworpen aan de toetsing door een gerecht dat volledig bevoegd is om over het geschil te beslissen én dat voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM.[16] In dit geval was hoger beroep uitgesloten en het cassatieberoep was beperkt. De vraag was dus of de tuchtkamer kon worden gezien als ‘onafhankelijk en onpartijdig gerecht’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof onderzoekt achtereenvolgens of sprake is van een ‘gerecht’, ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’, waarbij dit laatste vereiste wordt onderzocht aan de hand van een subjectieve en objectieve test. Daartussen is, in de woorden van het Hof, geen waterdichte scheiding, en ook de begrippen onafhankelijkheid en objectieve partijdigheid plegen nog wel eens tezamen te worden behandeld.[17] In dit arrest doet het Hof dat niet; in deze annotatie doe ik dat wel, met steeds in het achterhoofd dat ‘they are [all] guided by the aim of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers’ en dat ‘the need to maintain public confidence in the judiciary and to safeguard its independence vis-à-vis the other powers underlies each of those requirements’.[18]

6. De tuchtkamer bestond uit twee beroepsrechters en vier lekenrechters: twee deurwaarders (hierna ook: beroepsbeoefenaars), een advocaat en een jurist. Deelname van beroepsbeoefenaars en andere deskundigen aan de rechtspraak is op zichzelf niet problematisch; dit kan zelfs wenselijk zijn met het oog op hun deskundigheid.[19] Indien (tenminste) de helft van de leden bestaat uit beroepsrechters, waaronder de voorzitter met een doorslaggevende stem, is dat een sterke aanwijzing voor onpartijdigheid.[20] In een dergelijk geval kon zelfs de deelname van een parlements lid de toets doorstaan.[21] In de onderhavige zaak waren de lekenrechters sterk in de meerderheid. Het Hof zoomt daarom nader in op de lekenrechters zelf en komt met allerlei bezwaren, die ieder afzonderlijk niet heel overtuigend zijn. Het Hof constateert bijvoorbeeld dat de twee beroepsbeoefenaars concurrenten van Grosam zijn. Het delen van dezelfde belangen vond het Hof eerder nog onvoldoende om vooringenomenheid aan te nemen.[22] Dat geldt ook voor het bezwaar dat de lekenrechters in een hiërarchische verhouding staan tot hun werkgever, nu het Hof eerder in de uitspraak constateerde dat de gerechtsdeurwaarders zelfstandig ondernemer zijn. De bewuste overweging komt uit het arrest *Oleksandr Volkov*. [23] In het arrest *Frankowicz* van vijf

jaar daarvoor, in welke zaak het medisch tuchtcollege in eerste aanleg en in hoger beroep (voornamelijk) bestond uit artsen, tilde het Hof daar nog niet zo zwaar aan, zolang er geen sprake was van enig *prima facie* bewijs dat daadwerkelijk druk was uitgeoefend.[24] Dat de lekenrechters in kwestie wel uiterst ervaren waren, hetgeen blijkt uit de *dissenting opinions*, is kennelijk niet relevant voor de beoordeling door het Hof.

7. De ‘key issue’ is de ondoorzichtige selectieprocedure.[25] Lekenrechters mogen worden onderworpen aan bijzondere selectiecriteria, maar blijkbaar moeten die dan wel glashelder zijn. In dit geval waren er wel enkele objectieve criteria, maar de benoeming stond toch vooral ter discretie van de voorzitter van de Tsjechische beroepsorganisatie voor gerechtsdeurwaarders, althans zo meent het Hof. Van belang is, dat het hier dus niet ging om een benoeming in strijd met de wet, zoals bijvoorbeeld in het arrest *Xero Flor t. Polen*,[26] maar om een gebrek in de selectieprocedure zelf. Een behandeling van de vraag of dit dusdanig ernstig is om te resulteren in een onderminning van het recht op behandeling door een ‘tribunal established by law’, zou dus afstuiten op de eerste stap uit het arrest *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*. [27] Het Hof laat de in dat arrest geformuleerde *threshold test* achterwege.[28] Echter, in het IJslandse arrest overweegt het Hof, dat, indien de gevolgde procedure niet in strijd lijkt met de wet, maar tot gevolgen leidt die onverenigbaar zijn met doel en strekking van de notie van een ‘tribunal established by law’, de tweede en derde stap alsnog kunnen worden doorlopen.[29] Het zou interessant zijn geweest als het Hof, in het kader van de tweede stap, duidelijk zou hebben gemaakt of het in dit geval nu echt gaat om een fundament van de benoemingsprocedure. Het lijkt mij eerder dat dit gerekend kan worden tot ‘breaches of a purely technical nature that have no bearing on the legitimacy of the appointment process’, die de inbreuk-ondergrens niet halen.[30]

8. Het Hof voegt hieraan toe dat enkele lekenrechters onder toezicht staan van de minister van Justitie, die de bevoegdheid heeft om het tuchtproces in te leiden. Het Hof vermeldt daarbij dat onvoldoende gewaarborgd is dat de beroepsbeoefenaars zijn gevrijwaard van externe druk.[31] Dat lijkt een goed punt. Een link van een (of meerdere) rechter(s) met een andere actor in de procedure doet al snel twijfelen aan de onpartijdigheid, al geldt dat hier in het uiterste geval voor een derde van de rechters – de minderheid dus.[32] Ik zie alleen niet in hoe dit bezwaar in verbinding staat met een gebrek in de selectieprocedure. Het toezicht wordt niet minder bij een volledig afgetimmerde selectieprocedure, ontdaan van ieder subjectieve beleving (zo dit al mogelijk is). Het uiteindelijke oordeel dat sprake is van een schending van art. 6 lid 1 EVRM, is daarmee louter een optelsom van imperfecties, vermenigvuldigd met het beginsel van scheiding der machten, dat – om begrijpelijke redenen – tegenwoordig nog meer dan voorheen wordt gekoesterd door het Hof.[33]

N. Hummel

Mr. dr. N. (Nataschja) Hummel is als universitair docent arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht

[1] *Engel e.a. t. Nederland*, EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:ACo386, par. 82-83.

[2] Zie *Grosam*, par. 93-99. Vgl. *Müller-Hartburg t. Oostenrijk*, EHRM 19 mei 2013, nr. 47195/06, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD004719506, par. 47. Zie ook *Rola t. Slovenie*, EHRM 4 september 2019, nrs. 12096/14 en 39335/16; ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD001209614, par. 56.

[3] *Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*, EHRM 23 juni 1982, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875, par. 42. Zie ook *Engel e.a. t. Nederland*, par. 87.

[4] *König t. Duitsland*, EHRM 28 juni 1978, nr. 6232/73, ECLI:CE:ECHR:1978:0628JUD000623273, par. 92-95.

[5] *Peleki t. Griekenland*, EHRM 5 maart 2020, nr. 69291/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0305JUD006929112.

[6] *Damilakos t. Griekenland*, EHRM 30 maart 2006, nr. 13320/03, ECLI:CE:ECHR:2006:0330JUD001332003, par. 16 en 17.

[7] *Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*, par. 49.

[8] *Damilakos t. Griekenland*, par. 16.

[9] Vgl. *Hurter t. Zwitserland*, EHRM 8 juli 2004, nr. 53146/99,

ECLI:CE:ECHR:2005:1215JUD005314699 (beslissing inzake ontvankelijkheid); *W.R. t. Oostenrijk*, EHRM 21 december 1999, nr. 26602/95, ECLI:CE:ECHR:1999:1221JUD002660295, par. 30-31.

[10] *Grosam*, par. 91.

[11] *König t. Duitsland*, par. 92-93.

[12] *Kamerstukken I* 2013/14, 32550, nr. C, p. 17; *Kamerstukken I* 2014/15, 32550, nr. G, p. 12.

[13] Zie ook art. 2 Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw).

[14] *Peleki t. Griekenland*, par. 38-40.

- [15] *Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*, EHRM 19 april 2007, nr. 63235/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500; «EHRC» 2007/82, m.nt. E. Geurink.
- [16] Zie ook *Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*, par. 29.
- [17] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM 1 december 2020, nr. 26374/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, par. 231-232.
- [18] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, par. 233.
- [19] *Bijv. Langborger t. Zweden*, EHRM 22 juni 1989, nr. 11179/84; ECLI:CE:ECHR:1989:0622JUD001117984, par. 34.
- [20] *Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*, par. 58. Zie ook *Oleksandr Volkov t. Oekraïne*, EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0109JUD002172211, par. 109.
- [21] *Pabla Ky t. Finland*, EHRM 22 juni 2004, nr. 47221/99; ECLI:CE:ECHR:2004:0622JUD004722199, par. 31-35.
- [22] *Le Compte, Van Leuven & De Meyere*, par. 58.
- [23] *Oleksandr Volkov t. Oekraïne*, par. 113.
- [24] *Frankowicz t. Polen*, EHRM 16 december 2008, nr. 53025/99, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD005302599, par. 63.
- [25] *Grosam*, par. 130.
- [26] *Xero Flor w. Polsce sp. z. o.o. t. Polen*, EHRM 7 mei 2021, nr. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD0000490718; *EHCR Updates* 2021-0130, m.nt. J.J.J. Sillen.
- [27] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM (GK) 1 december 2020, nr. 26374/18; ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, *EHRC Updates* 2021/8, m.nt. J.J.J. Sillen.
- [28] Zie ook *Grosam*, par. 116.
- [29] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, par. 245.
- [30] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, par. 250.
- [31] *Grosam*, par. 139.
- [32] *Micallef t. Malta*, EHRM 15 oktober 2009, nr. 17056/06; ECLI:NL:XX:2009:BK6011, par. 97-98.

[33] *Grosam*, par. 135.

ANNOTATIE

C v. Romania (ECtHR, 47358/20) – Workplace sexual harassment: the extent of protection under the European Convention on Human Rights

D. Nikolakopoulou

Introduction

1. Since #MeToo, the topic of workplace sexual harassment has been attracting considerable attention. Several Council of Europe Member States have faced their own version of #MeToo scandals: France,[1] the Netherlands,[2] and Greece,[3] to name a few. Therefore, it was maybe to be expected that at some point, a case explicitly dealing with workplace sexual harassment would reach the European Court of Human Rights (the Court).

2. In the next paragraphs, I will first describe the facts of the case and the Court's judgment. Then, I will attempt a legal analysis of the judgment along three axes. First, I will discuss the axe of viewing sexual harassment through Article 8. The second axe is the potential positive obligation to ensure effective protective mechanisms at the workplace. Third, I pay attention to the Court's decision not to examine the case through a non-discrimination lens.

Case facts and judgment

3. The applicant, C., worked as a cleaner at the Timișoara East railway station, which belonged to a state-owned railway company. Having allegedly faced the station manager's (C.P.) sexual advances and aggressive behaviour for a period of two years, she decided to report him to her own manager. When confronted by the manager, C.P. had apologised and the railway company appears to have not taken the matter any further. C. was subsequently given the choice to be transferred to another railway station or resign, and opted for the latter.

4. On 27 November 2017, a criminal investigation on the allegations made by C. was initiated by the prosecutor's office. Under Romanian criminal law, in order for the aforementioned facts to constitute a criminal offence the victim is required to feel threatened in her sexual freedom or humiliated. According to the final decision of the Timișoara District Court, which upheld

the previous decisions of the prosecutors, C. did not fulfil this requirement, since (i) in the recordings she had made in order to support her statements, she had not seemed embarrassed by the discussions with C.P., (ii) C.P. had stated that they had once had sexual intercourse, and (iii) witnesses had stated that C. did not always seem sad after her encounters with C.P., but sometimes seemed rather cheerful.

5. The ECtHR found that the Romanian State had violated its positive obligations under Article 8 ECHR, due to significant flaws in the investigation of the applicant's case. The Court stressed that it could not ascertain how the domestic authorities had reached their conclusion. It held that the prosecutor had failed to place the applicant's statements into context,[4] no assessment had been made of the power differential between C. and C.P., and no psychological assessment of C. had been carried out. Moreover, the Court expressed its concern regarding the secondary victimisation faced by C., both because of the detailed account the national courts had given in their judgments of C.P.'s statements about C.'s private life and because of her confrontation with her former manager during the criminal investigation.

Sexual harassment seen through the lens of Article 8

6. Whereas C. had based her claim on Article 6(1) ECHR, the Court, utilising the principle *iura novit curia*, decided to examine the complaint based on Article 8. It thereby held that sexual harassment at the workplace can affect a person's psychological and sexual integrity in such a way that it falls within the scope of application of Article 8. This finding is not surprising: Article 8 has been extensively used over the last decades as a legal basis for claiming new rights under the ECHR.[5] In two[6] cases dealing with (non-sexual) harassment at work, *Şpadijer* and *Dolopoulos*, the Court had also decided to examine the facts under Article 8. Its reasoning in these cases was that the concept of private life is not tied to an exhaustive definition, but 'includes a person's physical and psychological integrity, and extends to other values such as well-being and dignity, personality development and relations with other human beings'. The extension of these rulings to the present case, to my knowledge, first ECtHR judgment holding that Article 8 can offer protection to victims of workplace sexual harassment, if it reaches a certain level of severity.[7]

7. From the Court's conclusion that the applicant's psychological and sexual integrity had been affected, I spot a parallelism to international and EU legal instruments viewing sexual harassment both as a psychosocial risk and a threat to a person's dignity. I will first discuss sexual harassment as a psychosocial risk. A psychosocial risk, as defined by the European Agency for Safety and Health at Work, is 'the result of poor work design, organisation and management, as well as poor social context of work, [which] may result in negative

psychological, physical and social outcomes such as work-related stress, burnout and depression'.^[8] The connecting line between workplace sexual harassment and psychosocial risks has already been drawn by instruments of international and EU law, providing the Court with plenty of sources of inspiration. In particular, the International Labour Organisation (ILO) in the Violence and Harassment Convention 190 defines sexual harassment as a form of gender-based violence and harassment,^[9] and obliges Member States who have ratified Convention 190 to 'take into account violence and harassment and associated psychosocial risks in the management of occupational safety and health'.^[10] In the European Union, it is soft law instruments that explicitly address the topic. The Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, signed by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP, ETUC and the liaison committee EUROCADRES/CEC, contains a definition of sexual harassment and states that 'harassment and violence have the purpose or effect of violating a manager's or worker's dignity, affecting his/her health and/or creating a hostile working environment'.^[11] Moreover, the European Parliament's Resolution of 26 October 2017 on combating sexual harassment and abuse in the EU states that 'sexual violence and harassment at the workplace is a matter of health and safety and should be treated and prevented as such'.^[12]

8. The 'harm to dignity' approach is also central to most legal instruments dealing with sexual harassment. Dignity is linked to sexual integrity through the concept of objectification. According to Martha Nussbaum, an aspect of objectification is treating the object as lacking a boundary-integrity: it is permissible to violate an object.^[13] Female employees who are sexually harassed do not have the choice to deny an opportunity to work without being subject to sexual exactions.^[14] This lack of control, this objectification of a person ultimately violates their dignity.^[15] Both EU Directive 2006/54 and the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the Istanbul Convention) define sexual harassment as 'any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment'.^[16] This shows that there is a legal consensus that an attack on a person's sexual integrity constitutes a dignity harm, an opinion that the ECtHR now implicitly appears to share.

A positive obligation for protective mechanisms at the workplace?

9. Before moving on to the examination of the criminal proceedings, the Court examined the Romanian system to protect against sexual harassment at the workplace. The Court noted that, even though an internal policy was in place that prohibited the violation of a person's dignity and encouraged reporting to the management, in the current case the manager had decided to have C. confront her alleged harasser and eventually had chosen not to proceed

with an internal inquiry. According to the Court, such a lack of practical application of protective mechanisms at the workplace might constitute a violation of Article 8. Nevertheless, it did not reach a final conclusion on this matter, as it decided to focus on the applicant's complaint concerning the criminal proceedings.

10. Even though the Court did not give a definitive answer to the question of whether there is a positive obligation for the States to put in place effective protective mechanisms at the workplace under Article 8, my opinion is that the Court's tentative findings in this respect already can be seen as a big step. Workplace mechanisms can serve a dual purpose: they can help prevent sexual harassment as well as serve as a conflict resolution mechanism that is not as burdensome to the alleged victims as a more formal procedure. The EU,[17] the ILO,[18] and the Council of Europe, through the Istanbul Convention,[19] have stressed the importance of prevention in the battle against sexual harassment. In particular, the guide on ILO Convention 190 explains how a workplace policy can achieve the dual purpose of prevention and conflict resolution. On one hand, a workplace policy can define violence and harassment, provide examples, and inform employees about disciplinary actions, while on the other it can inform employees about complaint and investigation procedures, which protect individuals' right to privacy and their right not to be victimised or retaliated against.[20]

The choice not to examine the facts under Article 14 ECHR

11. In its reasoning regarding the application of Article 8, the Court noted that the domestic authorities did not take account of the context of the applicant's statements. It linked cases of sexual harassment to cases of domestic violence by noting that the public/private divide (i.e., the notion that what happens behind closed doors should be separated from the political and the legal sphere) leads to significant underreporting in relation to both types of cases. Moreover, the Court held that the domestic authorities did not take into account the relationship of subordination between C. and C.P., which might have shed light on the contradictory feelings that C. allegedly experienced after meeting C.P. The secondary victimisation of C., by way of unnecessarily including statements regarding her private life in a judgment and by means of forcing her to face a confrontation with her former manager, are also a point of concern for the Court. Last, the Court suggested that C.'s decision to resign could possibly be seen as revealing her distress, which is a possibility that was discarded by the national authorities.

12. Having reached the finding that Article 8 had been violated, the Court decided not to examine the facts also under the prohibition of discrimination of Article 14 ECHR, since 'the applicant did not provide any material to allow the Court to assess the existence of potential discrimination'.[21] Sexual harassment is considered by the international and European Union

legal instruments, which also are taken into consideration by the Court, as a form of discrimination that disproportionately affects women and girls.[22] However, in order to treat sexual harassment in the workplace as a form of discrimination, domestic authorities need to be able and willing to acknowledge the underlying beliefs, stereotypes and structural inequality, and the Court would need to be ready to recognise the discriminatory aspects involved in such sexual harassment. In this respect, the alleged perpetrator's statement ('Who would believe you? You're a cleaning lady, and I'm the boss and everybody knows who I am') is of great semantic interest. C.P. expressed what is many women's reality: if their harasser is (a) male and (b) in a position of power, impunity follows. Statistics prove this perceived reality: the European Union Agency for Fundamental Rights, in its 2014 EU-wide survey on violence against women, reported that 45% of women had experienced sexual harassment at least once during their lifetime and 71% of victims indicated that the perpetrator of an incident since the age of 15 was a man.[23] On a national level, the first baseline report on Romania by the Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) states that 'reasons for not taking harassment complaints to the police range from a lack of trust in the authorities, exacerbated by victim blaming, to the lack of awareness on what kind of conduct constitutes harassment'.[24]

14. Perhaps, however, the most prominent reason why the Court should have looked into the discriminatory treatment of C. by the Romanian authorities is related to her secondary victimisation. The Istanbul Convention, which has already been ratified by Romania, states that 'evidence relating to the sexual history and conduct of the victim shall be permitted only when it is relevant and necessary'.[25] The Convention's Explanatory Report clarifies that 'presenting this type of evidence may reinforce the perpetuation of damaging stereotypes of victims as being promiscuous and by extension immoral and not worthy of the protection provided by civil and criminal law. This may lead to de facto inequality, since victims [of sexual violence], who are overwhelmingly women, are more likely to be provided with this protection if they are judged to be of a respectable nature'.[26] The domestic authorities, by opting to reproduce in their decision statements such as '[C.] had had sexual intercourse with another employee from the railway station, and had got into a dispute with him and his wife, which had lasted until 2016', clearly repeated and emphasised misogynistic stereotypes.

15. The Court emphasised these points very clearly in relation to Article 8 ECHR, and thereby already implicitly recognised the discriminatory treatment of C. by the domestic authorities. This makes it difficult to understand why it concluded that it lacked material to assess the existence of potential discrimination. This is a position the Court has taken more often. In *J.L. v. Italy*, a case that concerned the secondary victimisation of a victim of rape, the Court similarly held that the domestic court's judgment was guilt-inducing and moralising, and

conveyed sexist stereotypes, yet it still chose not to apply Article 14 because it had already reasoned that there was a breach of Article 8.^[27] Indeed, the Court's case law regarding discrimination has been at times criticised for lacking force and coherence.^[28] This partly has to do with the nature of Article 14 as a 'Cinderella provision', which requires that a difference in treatment must be linked to a substantive Convention right.^[29] When the Court has already found a breach of the substantive Article, it may not decide to examine the case under Article 14.^[30] Nevertheless, although this may explain the Court's choice, it fails to justify the Court's lack of attention to the distinct discrimination issues involved in sexual harassment cases.

Conclusion

16. A judgment of the European Court of Human Rights which acknowledges that conduct that constitutes sexual harassment can violate Article 8 if it reaches a certain level of severity, is certainly good news for sexual harassment victims. The Convention is now explicitly one of the many international legal instruments which address this important issue. Moreover, the Court's recognition that there may be a positive obligation for protective mechanisms at the workplace can prove to be a great step towards the effective enforcement of the prohibition of sexual harassment in the workplace.

17. By contrast, the Court's refusal to examine the facts through the lens of Article 14 is disappointing. Even though its judgments on domestic violence cases have largely applauded for their value towards achieving gender equality,^[31] it appears hesitant to apply the notion that gender stereotypes can affect the enjoyment of women's human rights to other forms of gender-based violence. From a perspective of offering clarity and of the need to emphasise the problems of discrimination, this can be regarded as a missed opportunity.

D. Nikolakopoulou

PhD Candidate at Utrecht University, researching the effective enforcement of the prohibition of workplace sexual harassment

[1] See N. Onishi, 'Powerful Men Fall, One After Another, in France's Delayed #MeToo', *The New York Times* (online, updated on 8 April 2021).

[2] See C. Moses, '#MeToo Scandal at a Dutch TV Show Spurs a Sexual Assault Reckoning', *The New York Times* (online, updated on 31 January 2022).

[3] See K. Kallergis, 'Greece #Metoo: Women ending silence of sports abuse shake Greece',

bbcnews.com, 20 January 2021.

[4] I elaborate on this topic hereafter; see paras. 11-15.

[5] See M. Burbergs, 'How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born. Article 8 ECHR', in: E. Brems and J. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 315-329.

[6] *Špadijer v. Montenegro*, ECtHR 9 November 2021, no. 31659/18, ECLI:CE:ECHR:2021:1109JUD003154918; *Dolopoulos v. Greece*, ECtHR 17 November 2015, no. 36656/14, ECLI:CE:ECHR:2015:1117DEC003665614.

[7] The European Court of Human Rights has ruled on cases of workplace sexual harassment before, but the focus was not on the issue of workplace sexual harassment in itself. See *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ECtHR 11 July 2002, no. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795; *Cudak v. Lithuania*, ECtHR 23 March 2010, no. 15869/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0323JUD001586902.

[8] 'Psychosocial risks and stress at work', osha.europa.eu, 9 September 2022.

[9] Article 1(1)(b) of the ILO Violence and Harassment Convention 2019.

[10] Article 9(b) of the ILO Violence and Harassment Convention 2019.

[11] European Social Partners, *Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*, Brussels: European Social Dialogue 2007, available online at etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work.

[12] European Parliament resolution of 26 October 2017 on combating sexual harassment and abuse in the EU (2017/2897(RSP)), OJ C 346/18, p. 192–199.

[13] M.C. Nussbaum, 'Objectification', *Philosophy and Public Affairs* 24.4 1995, p.257.

[14] C.A. MacKinnon, 'Sexual Harassment of Working Women', Yale University Press 1979, p.25.

[15] As (accurately) depicted in a decision by the criminal division of the French Court of Cassation: "[T]here was, moreover, no doubt that the acts thus described had undermined the dignity of the complainant because of their degrading and humiliating character, by reducing her, because she was a woman, to that still widespread archetype of the object of the sexual

desire of men." Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] crim., Apr. 26, 2017, Bull. crim., No. 16-83934.

[16] Article 2(1)(d) of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) (OJ L 204/23) and Article 40 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

[17] European Social Partners, *Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*, Brussels: European Social Dialogue 2007, available online at etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work; European Parliament resolution of 26 October 2017 on combating sexual harassment and abuse in the EU (2017/2897(RSP)), OJ C 346/18, p. 192–199.

[18] See Article 8 of the ILO Violence and Harassment Convention 2019.

[19] See Chapter III of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

[20] International Labour Organization, *Violence and harassment in the world of work: A guide on Convention No. 190 and Recommendation No. 206*, Geneva: International Labour Office 2021, p. 54–55.

[21] *C. v. Romania*, para. 90.

[22] See Article 2(a) of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) (OJ L 204/23); Preamble, Article 3(a) and Article 40 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence; Preamble and Article 1(1)(b) of the ILO Violence and Harassment Convention 190.

[23] European Union Agency for Fundamental Rights, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2015, p. 98 and 112.

[24] GREVIO, *Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*. Romania, France: Secretariat of the monitoring mechanism of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating

Violence against Women and Domestic Violence 2022, para. 312.

[25] Article 54 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

[26] Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, para. 277.

[27] *J.L v. Italy*, 27 May 2021, nr. 5671/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0527JUD000567116.

[28] See J. Gerards, 'The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights', 13 *Human Rights Law Review* 2013 (1), p. 102.

[29] See R. O'Connell, 'Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non|discrimination in the ECHR', 29 *Legal Studies* 2009 (2), 211-229.

[30] See, for instance, *Dudgeon v. the United Kingdom*, ECtHR 22 October 1983, no. 7525/76, ECLI:CE:ECHR:1983:0224JUD000752576.

[31] See S. Murphy, 'Domestic Violence as Sex Discrimination: Ten Years Since the Seminal European Court of Human Rights Decision in *Opuz v. Turkey*', 51 *New York University Journal of Law and Policy* 2018, p. 1347-1358.