

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-20

Nummer 20, 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:2022:1013JUD001245619](#)

Zeggai t. Frankrijk, EHRM 13 oktober 2022, nr. 12456/19

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007278311](#)

Theo National Construct S.R.L. t. Moldavië, EHRM 11 oktober 2022, nr. 72783/11

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD002295316](#)

Stancu e.a. t. Roemenië, EHRM 18 oktober 2022, nr. 22953/16

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000557812](#)

S.F.K. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nr. 5578/12

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD003161209](#)

Pavlov e.a. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nr. 31612/09

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517](#)

Muhammad t. Spanje, EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD006078518](#)

Mørck Jensen t. Denemarken, EHRM 18 oktober 2022, nr. 60785/18

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002210518](#)

M.T. e.a. t. Zweden, EHRM 20 oktober 2022, nr. 22105/18

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000514218](#)

Kotov e.a. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nrs. 5142/18 en 13 andere

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002025620](#)

Dolenc t. Slovenië, EHRM 20 oktober 2022, nr. 20256/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000601616

Coventry t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 11 oktober 2022, nr. 6016/16,

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1013JUD002944320

Constantin-Lucian Spinu t. Roemenië, EHRM 13 oktober 2022, nr. 29443/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1013JUD002263619

Bouton t. Frankrijk, EHRM 13 oktober 2022, nr. 22636/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:0927DEC003291620

Bogdan t. Roemenië, EHRM 27 september 2022 (ontv.besl.), nr. 32916/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD004634219

Bierski t. Polen, EHRM 20 oktober 2022, nr. 46342/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007863012

Beeler t. Zwitserland, EHRM (GK) 11 oktober 2022, nr. 78630/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519

Basu t. Duitsland, EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD003581414

Ashot Malkhasyan t. Armenië, EHRM 11 oktober 2022, nr. 35814/14

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:774 13-10-2022

S.C.R.L., HvJ EU 13 oktober 2022, zaak C-344/20

Annotatie

P.W. t. Oostenrijk (EHRM 21 juni 2022, 10425/19) – De betwisting van
gedragskundige deskundigenrapporten

R.A. Hoving

Annotatie

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e.a. (HvJ EU, C-159/21) – Het recht op
tegenspraak en geheime informatie

M. den Heijer

Annotatie

G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a. (HvJ EU, C-140/20) – Een nieuwe episode in de dataretentiejurisprudentie

R.H.T. Jansen en R.M. te Molder

Annotatie

Alleleh e.a. t. Noorwegen (EHRM, 569/20) – Uitzetting en inreisverbod na verstrekken valse gegevens proportioneel

G. Lodder

Annotatie

Al Alo t. Slowakije (EHRM, 32084/19) – De afwezige getuige en strafvorderlijke samenwerking binnen de Europese Unie

C.M. Taylor Parkins-Ozephuis en D.A.G. van Toor

Annotatie

Scavone t. Italië (EHRM, 32715/19) – Huiselijk geweld en verjaring van het recht tot strafvervolgning

M.A.P. Timmerman

RECHTSPRAAK

Ashot Malkhasyan t. Armenië, EHRM 11 oktober 2022, nr. 35814/14

A. leed aan hartfalen en een ernstige maagdarmaandoening. Toen hij werd gekeurd in verband met de militaire dienstplicht werden echter geen problematische medische aandoeningen vastgesteld en werd een deel van zijn medisch dossier verwijderd. Hij werd goedgekeurd, maar binnen tien dagen na aanvang van de dienstplicht raakte hij in coma en overleed hij. Het EHRM houdt de staat verantwoordelijk voor het overlijden van A., gelet op het optreden van de militaire keuringsartsen. Daarnaast vertoonde het onderzoek naar het overlijden tal van inhoudelijke en procedurele tekortkomingen. Dit leidt tot vaststelling van een schending van art. 2 EVRM.

In 2008 werd klagers – toen 21-jarige – zoon, A., ziek. Hij werd gediagnosticeerd met hartfalen, een maagdarmsziekte en verschillende andere aandoeningen. Hij kreeg medicatie en kreeg een aantal leefstijladviezen. In maart 2009 werd hij opgeroepen voor militaire dienst. Hij stuurde zijn medische dossier op en verzocht om een grondige keuring, maar dat verzoek werd geweigerd omdat hij hoe dan ook geschikt zou worden bevonden voor militaire dienst. Niettemin werd hij uiteindelijk nader onderzocht, waarbij wel enige afwijkingen werden vastgesteld, maar andere en veel minder ernstige dan eerder waren gediagnosticeerd. Een militaire arts beval bovendien verwijdering van een aantal documenten uit het medisch dossier van A. en stelde dat hij betwijfelde dat A. daadwerkelijk ziek was. Op 25 juni werd klager geschikt bevonden en toegewezen aan een legeronderdeel. Op 4 juli verloor A. het bewustzijn; de dag erna werd hij overgebracht naar een ziekenhuis, waar hij overleed. Een intern onderzoek wees uit dat een beter onderzoek door de militaire diensten tot de conclusie van medische ongeschiktheid voor de dienstplicht hadden moeten leiden. In 2014 werd het onderzoek naar de verantwoordelijkheid voor het overlijden beëindigd wegens gebrek aan bewijs.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 2 en 13 EVRM zijn geschonden door de beslissing om A. aan de dienstplicht te onderwerpen en door diens overlijden niet grondig te onderzoeken. Het EHRM stelt vast dat het optreden van de voor de keuring verantwoordelijke autoriteiten grote tekortkomingen vertoonde die verder gingen dan een beoordelingsfout. Gelet daarop is de staat verantwoordelijk te houden voor het overlijden van A. De keuringsarts lijkt juist alles te hebben gedaan wat binnen zijn macht lag om A. in dienstplicht te nemen. De genomen beslissing om hem medisch goed te keuren heeft duidelijk bijgedragen aan A.'s overlijden, binnen tien dagen nadat hij met zijn militaire dienstplicht was begonnen. Dit betekent dat de autoriteiten op een ongerechtvaardigde manier en in strijd met art. 2 EVRM A's leven in gevaar hebben gebracht.

Ten aanzien van het onderzoek en de procedures op nationaal niveau stelt het Hof vast dat de nationale hoogste rechter voor een deel daarvan al heeft geoordeeld dat ze te lang hebben geduurd. Ook voor het onderzoek dat na die periode is uitgevoerd geldt echter dat dit te laat is opgestart. Ook inhoudelijk en procedureel vertoonde het onderzoek talrijke tekortkomingen. Ook in procedureel opzicht is art. 2 EVRM dus geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD003581414

Zaaknummer: 35814/14

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

Basu t. Duitsland, EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19

De Duitse Basu, van Indiase afkomst, en zijn dochter zijn in een internationale trein als enigen in de coupé onderworpen aan een identiteitscontrole. Het EHRM formuleert verschillende uitgangspunten voor het bewijs van etnische profilering. Het acht aannemelijk dat er hier sprake was van ‘targeting’ op grond van huidskleur of ras. Vanwege de ernstig stigmatiserende en nadelige gevolgen van onderscheid op grond van ras is er een positieve verplichting om onderzoek te doen bij een vermoeden van profilering. In dit geval is niet aan de daarbij te stellen zorgvuldigheids- en onafhankelijkheidseisen voldaan, in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Klager is een Duits staatsburger van Indiase afkomst. In 2012 werden hij en zijn dochter onderworpen aan een identiteitscontrole in een trein die zojuist de grensovergang tussen Tsjechië en Duitsland was gepasseerd. Later heeft hij een procedure ingesteld bij de bestuursrechter met als stelling dat de identiteitscontrole onrechtmatig was. In de verschillende treincoupés waarin de politiemensen hadden rondgelopen, hadden zij namelijk alleen klager en zijn dochter om hun identiteitsbewijs gevraagd. De politiemensen hadden desgevraagd aangegeven dat het ging om een random check, maar volgens klager was er sprake van discriminatie omdat zijn dochter en hij de enige personen van kleur waren in de treincoupés. De zaak werd afgedaan als niet-ontvankelijk wegens gebrek aan belang; dit oordeel bleef in hogere instanties in stand.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij is onderworpen aan een identiteitscontrole in verband met zijn huidskleur en dat dit onvoldoende is onderzocht op nationaal niveau, in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Om ontvankelijk te kunnen zijn moet bij een klacht over art. 8 EVRM sprake zijn van voldoende ernstige negatieve effecten op iemands privéleven. Het is aan de klager om aan te tonen dat deze drempel (‘threshold of severity’) is overschreden door te wijzen op de concrete

gevolgen van een bepaald optreden op het privéleven en de ernst van het geleden nadeel te onderbouwen. Niet iedere identiteitscontrole van een lid van een etnische minderheid is voldoende ernstig om binnen het bereik van art. 8 EVRM te vallen. Dat is alleen het geval als een ‘arguable claim’ kan worden gemaakt dat sprake is geweest van een gerichte bejegening (‘targeting’) op grond van specifieke etnische of fysieke kenmerken. Een dergelijke claim kan vooral bestaan als de betrokkene (of mensen met vergelijkbare kenmerken) de enige(n) is/zijn die worden onderworpen aan een controle en er geen andere kenbare gronden zijn voor die controle, of als een door de verantwoordelijken voor de controle gegeven toelichting blijkt geeft van specifieke fysieke of etnische motieven. Verder acht het Hof relevant dat de openbare aard van een controle kan betekenen dat er een zekere impact is op iemands autonomie en zelfrespect, die kan maken dat de controle binnen het bereik van art. 8 EVRM komt.

Deze uitgangspunten toepassend overweegt het Hof dat klager in het openbaar aan een controle is onderworpen. Hij heeft uitgelegd dat zijn dochter en hij de enigen in de treincoupé waren die onderzocht werden en dat zij ook de enigen waren met een donkere huidskleur. Uit de door de politie gegeven toelichting is niet gebleken van een andere objectieve grond om klager aan een identiteitscheck te onderwerpen. Tot slot heeft klager aangevoerd dat de controle in deze omstandigheden leidde tot een gevoel van stigmatisering en vernedering, zodanig dat hij enkele maanden niet met de trein had gereisd. Het Hof acht op basis hiervan voldoende aannemelijk dat art. 8 EVRM in relatie met art. 14 EVRM van toepassing is.

Het Hof onderzoekt vervolgens of de staat zijn procedurele positieve verplichtingen tot het onderzoeken van mogelijk racistische motieven van de politiemensen is nagekomen. Deze positieve verplichting is niet absoluut; de staat komt een zekere *margin of appreciation* toe bij het geven van invulling daaraan. Dit betekent dat de autoriteiten datgene moeten doen wat redelijkerwijze binnen hun mogelijkheden ligt om bewijsmateriaal te verzamelen en de feiten vast te stellen, zonder daarbij verdachte feiten die kunnen wijzen op raciaal gemotiveerd handelen weg te moffelen. Een onderzoek moet bovendien onafhankelijk worden uitgevoerd. In dit verband wijst het Hof op de ernst van discriminatie op grond van ras en de risico’s van stigmatisering en vervreemding die kunnen voortvloeien uit etnische profilering; ook het ECRI heeft hierop gewezen. Het VN Mensenrechtencomité heeft bovendien vastgesteld dat profilering op grond van fysieke of etnische kenmerken kan leiden tot aantasting van de waardigheid en kan bijdragen aan de verspreiding van xenofobie. Zodra er een ‘arguable claim’ is dat iemand op grond van raciale kenmerken is ‘getarget’, betekent dit volgens het Hof dat er een verplichting voor de staat voortvloeit uit art. 8 jo. 14 EVRM om onderzoek te doen naar eventuele racistische motieven voor het handelen van een overheidsactor.

In het onderhavige geval stelt het Hof vast dat er alleen een intern onderzoek is uitgevoerd

naar het incident, waarbij er een hiërarchische relatie bestond tussen de onderzoeksentiteit en de betrokken politiebeambten. Het onderzoek was dan ook niet onafhankelijk. Het Hof stelt verder vast dat er weliswaar een ‘arguable claim’ was van etnische profilering, maar dat de bestuursrechters hebben nagelaten om hiernaar onderzoek te doen en klagers beroep hebben afgewezen op de grond dat hij geen legitiem belang zou hebben bij de procedure. Het Hof oordeelt dan ook (unaniem) dat de staat heeft nagelaten om alle redelijke maatregelen te treffen die binnen zijn bereik zouden liggen, in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519

Zaaknummer: 215/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 jo. 14

RECHTSPRAAK

Beeler t. Zwitserland, EHRM (GK) 11 oktober 2022, nr. 78630/12

In Zwitserland wordt een nabestaandenuitkering voor weduwnaars beëindigd als hun kinderen meerderjarig zijn, maar blijft die voor weduwen doorlopen. In 2020 oordeelde het EHRM dat dit in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM. De Grote Kamer gaat nu nader in op het toepassingsbereik van art. 8 EVRM in socialezekerheidszaken. Het vestigt als hoofdcriterium dat een sociale voorziening of voordeel de organisatie van het gezinsleven direct raakt, zoals in casu het geval is. De Grote Kamer bevestigt vervolgens het kameroordeel dat de regeling is gebaseerd op achterhaalde rolopvattingen en daarom in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM.

Klager is zijn echtgenote verloren bij een ongeval; hun kinderen waren toen bijna twee en vier jaar oud. Klager ontving een nabestaandenuitkering om voor zijn kinderen te kunnen zorgen. Toen zijn jongste dochter meerderjarig werd, werd deze uitkering ingetrokken omdat dit vervangende inkomen niet langer nodig zou zijn. Klager heeft hierover geprocedeerd, omdat vrouwen in dezelfde omstandigheden wel een nabestaandenuitkering bleven ontvangen. De nationale rechter heeft zijn beroep echter afgewezen met de overweging dat weduwnaren met zorgplichten redelijkerwijze kunnen terugkeren naar de werkvloer nadat deze zorgplichten zijn beëindigd, terwijl dit voor weduwen anders is.

Op 20 oktober 2020 oordeelde een kamer van het EHRM dat in deze zaak sprake was van een ongelijke behandeling op grond van geslacht, in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM. Op verzoek van de regering is de zaak vervolgens voorgelegd aan de Grote Kamer.

De Grote Kamer begint zijn uitspraak met een uiteenzetting van de ontwikkeling en stand van zaken van zijn rechtspraak over socialezekerheidsuitkeringen. Daarbij heeft het geleidelijk aan erkend dat ook bepaalde sociale grondrechten binnen het bereik van het EVRM kunnen komen en dat art. 1 EP in het bijzonder van toepassing kan zijn op de sfeer van de sociale

zekerheid. Daarbij merkt het Hof op dat Zwitserland het ESH noch Protocol 1 EVRM heeft geratificeerd. Op die laatste bepaling kan in zaken tegen Zwitserland dan ook geen beroep worden gedaan. Dit maakt de rechtspraak over sociale zekerheid lastiger toepasbaar in zaken tegen Zwitserland, nu die vrijwel altijd is gebaseerd op art. 1 EP (meestal in combinatie met art. 14 EVRM) en niet zozeer op art. 8 EVRM.

In het licht van deze omstandigheden acht het EHRM het nu aangewezen om een duidelijke definitie te geven van een drempel die moet zijn overschreden om art. 1 EP van toepassing te laten zijn op het terrein van sociale voorzieningen. Daarbij kiest het tot uitgangspunt dat art. 1 EP EVRM alleen op bestaand eigendom van toepassing is of bij een legitieme verwachting van eigendom. Als een klager niet (meer) voldoet aan de toepassingsvoorwaarden voor een bepaalde uitkering of voorziening, is er daardoor geen sprake van een inbreuk op art. 1 EP. Dat geldt ook als de voorwaarden zijn veranderd voordat een klager in aanmerking kwam voor een uitkering of voorziening. Art. 1 EP EVRM kan wel van toepassing zijn als de verlaging of intrekking van een uitkering of voorziening niet wordt veroorzaakt door een verandering in de omstandigheden van een klager, maar in een wijziging van wetgeving of de uitvoering daarvan. Per geval moet daarom nauwkeurig worden nagegaan of het niet meer voldoen aan de voorwaarden samenhangt met veranderingen in de wetgeving of veranderingen in iemands omstandigheden.

Het Hof erkent dat de toepasselijkheid van art. 8 EVRM in socialevoorzieningszaken minder duidelijk is, maar er zijn wel uitspraken waarin een toetsing is uitgevoerd aan art. 8 jo. 14 EVRM of – uitzonderlijk – aan alleen art. 8 EVRM. Daarbij herhaalt het Hof dat art. 8 EVRM weliswaar geen aanspraken op sociale voorzieningen of uitkeringen garandeert, maar dat een staat die bereid is om zo'n recht toch toe te kennen – zoals mogelijk is op grond van art. 53 EVRM – dat niet op een met art. 14 EVRM strijdige manier mag doen. Het toepassingsbereik van art. 8 is dus ruimer wanneer de bepaling wordt samengenomen met art. 14 EVRM. Niettemin stelt het Hof vast dat zijn rechtspraakaanpak in relatie tot socialezekerheidszaken en art. 8 EVRM niet helemaal consistent is en dat er daarom aanleiding is om de aanpak te verduidelijken. Daarbij acht het relevant dat een al te ruime uitleg van art. 8 EVRM zou betekenen dat vrijwel alle sociale voorzieningen onder het EVRM zouden vallen, hetgeen het een excessief gevolg zou vinden. Ook acht het van belang dat er een zekere overlap bestaat in het toepassingsbereik van art. 8 en van art. 1 EP EVRM. Eventuele inconsistenties in de uitleg van deze bepalingen moeten worden vermeden. Het Hof roept in herinnering dat het in *Konstantin Markin* al een relevant criterium heeft geformuleerd: een sociale voorziening of een sociaal voordeel moeten de organisatie van het gezinsleven noodzakelijkerwijze raken. Dit wijst op het moeten aantonen van een nauw verband tussen een sociaal voordeel en het genot van het gezinsleven. Het Hof wijst op een reeks van factoren die relevant kunnen zijn

bij het bepalen van zo'n verband, zoals het doel van de voorziening in het licht van de wetgeving als geheel, de criteria voor het toekennen, berekenen en beëindigen van de voorziening, de effecten op de manier waarop het gezinsleven is georganiseerd, en de praktische repercussies van de voorziening in het licht van de individuele omstandigheden van de klager en diens gezinsleven.

Het Hof past deze criteria vervolgens toe op de omstandigheden van de situatie van klager. Klager had dit pensioen gekregen omdat hij vader was van minderjarige kinderen; die werden eerder verzorgd door zijn overleden echtgenote, terwijl hij zelf kostwinner was. De uitkering zou vervallen als zijn jongste dochter meerderjarig werd. Het Hof leidt hieruit af dat het doel van het systeem was gericht op het bevorderen van een gezinsleven samen met de overlevende ouder door deze in staat te stellen om fulltime voor de kinderen te zorgen als dat eerder de verantwoordelijkheid was van de overleden ouder, of die zorg in ieder geval zodanig op te pakken dat er geen financiële moeilijkheden zouden ontstaan die zodanig zouden zijn dat het nodig is om een baan te zoeken. Bij het overlijden van klagers echtgenote waren de kinderen respectievelijk bijna twee en vier jaar oud. Klager zegde daarom zijn baan op om hen fulltime te kunnen verzorgen. Het ontvangen van de nabestaandenuitkering had dus duidelijk effect op de organisatie van zijn gezinsleven in de periode van minderjarigheid van de kinderen. Toen klager zijn nabestaandenpensioen kwijtraakte, was hij 57 jaar oud en had hij grote moeilijkheden om – na zestien jaar – een plaats op de arbeidsmarkt te vinden. Dit maakt dat het EHRM oordeelt dat art. 8 EVRM in samenhang met art. 14 EVRM van toepassing is.

Ten aanzien van de inhoud stelt het Hof voorop dat de staten een zekere *margin of appreciation* toekomt ten aanzien van de timing van het invoeren van wetwijzigingen en bij de beoordeling van de vraag of verschillen in verder vergelijkbare situaties gerechtvaardigd zijn, waarbij die margin een smalle is als een ongelijke behandeling is gebaseerd op geslacht. Het Hof herhaalt hier bovendien zijn overweging dat staten niet verplicht zijn om een systeem van sociale zekerheid in het leven te roepen, maar dat art. 14 EVRM moet worden gerespecteerd als zij dat doen.

Het Hof stelt vast dat de beëindiging van klagers nabestaandenpensioen uitsluitend bij weduwnaars eindigt als het jongste kind meerderjarig wordt, terwijl dat bij weduwen niet zo is. Het Hof ziet tussen de situaties van weduwen en weduwnaren geen relevante verschillen, behalve het geslacht. Het Hof merkt hier op dat er bij sociale zekerheid meestal een ruime *margin of appreciation* wordt toegekend en dat het aanpassingen van pensioensystemen op een graduele, voorzichtige en afgemeten manier moet beoordelen. Als het dat niet zou doen, zou dat de sociale rust, de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid van pensioensystemen in gevaar brengen. Wel wijst het Hof erop dat juist bij onderscheid op grond van geslacht de *margin of appreciation* smal is en dat er dan zeer zwaarwegende redenen als rechtvaardiging

moeten worden aangevoerd. Als rechtvaardiging heeft de regering aangevoerd dat het systeem een reactie was op een nog steeds bestaande maatschappelijke ongelijkheid, waarbij vooral mannen als kostwinner optraden. Het was daarom nodig om vrouwen een hogere bescherming te geven tegen verlies van de uitkering. De regering betoogde daarmee dat de ongelijke behandeling niet was ingegeven door genderstereotypen, maar door een maatschappelijke realiteit. Het Hof overweegt in dit verband dat het al veel eerder heeft geoordeeld dat de gezinsrollen in Europa steeds meer naar elkaar zijn toegroeid en dat dit ook een belangrijk streven is binnen de lidstaten van de Raad van Europa. Verwijzingen naar overheersende attitudes en praktijken in een staat kunnen bovendien niet dienen als rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling op grond van geslacht. Uit Zwitserse rechtspraak leidt het Hof af dat de oude ‘feitelijke ongelijkheden’ tussen mannen en vrouwen in Zwitserland steeds minder uitgesproken zijn geworden en dat dat ook is erkend. De aannames waarop de regelgeving over nabestaandenpensioenen waren gebaseerd, kunnen verschillen in behandeling daarom niet meer rechtvaardigen. Integendeel: zij dragen vooral bij aan het voortbestaan van bepaalde vooroordelen en stereotypen over typische genderrollen in de samenleving. Bovendien is het gehanteerde uitgangspunt niet goed verenigbaar met art. 2 van het CEDAW.

Ook voor klager zelf geldt in het concrete geval dat hij – op het moment waarop hij het nabestaandenpensioen kwijtraakte – zich vermoedelijk niet in een minder moeilijke positie bevond dan veel vrouwen zich in dezelfde omstandigheden zouden hebben bevonden. Gelet daarop oordeelt het Hof (met 12 stemmen tegen 5) dat art. 8 jo. 14 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007863012

Zaaknummer: 78630/12

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Bierski t. Polen, EHRM 20 oktober 2022, nr. 46342/19

Bierski heeft een zoon met het syndroom van Down. De moeder, A.R., verhindert het contact tussen Bierski en zijn zoon. Als de zoon meerderjarig wordt, is het daardoor en door procedurele belemmeringen voor Bierski twee jaar lang zelfs helemaal niet mogelijk om zijn zoon te zien. Het EHRM aanvaardt in deze omstandigheden dat er gezinsleven bestaat tussen Bierski en zijn zoon, ook al is die meerderjarig, vooral omdat Bierski een van de weinige mensen is die met de jongen kan communiceren. Doordat het contact verhinderd is zonder dat daarmee een duidelijk doel is gediend, is art. 8 EVRM geschonden.

Klager is in 1999 getrouwd met A.R.; in datzelfde jaar werd hun zoon D.B. geboren, die het syndroom van Down heeft. In 2001 gingen de ouders uit elkaar; D.B. woonde bij de moeder. Er is veel geprocedeerd over de omgangsregeling, waarbij klager meteen nadat D.B. 18 jaar werd gedurende een periode van twee jaar helemaal geen contact heeft kunnen hebben met zijn zoon. Na verdere procedures is het contact uiteindelijk wel naar wens geregeld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij tot het moment van het herstel van het contact, namelijk tussen oktober 2018 en november 2020, geen mogelijkheden heeft gehad om zijn zoon te zien. Het Hof wijst erop dat D.B. in de relevante periode al meerderjarig was en dat hij alleen de eerste twee jaar bij zijn vader heeft gewoond. Hij had daarna echter wel regelmatig contact met klager en er was een duidelijke vader-zoonband. Toen D.B. 18 jaar oud werd, heeft klager de nodige inspanningen verricht om zijn zoon te kunnen blijven zien en hij slaagde daar tot op zekere hoogte ook in. Het Hof wijst er ook op dat D.B. het syndroom van Down heeft en onder curatele is gesteld. Ook omdat klager een van de weinige mensen was die met D.B. kon communiceren, is het Hof ervan overtuigd dat er een bijzondere afhankelijkheidsrelatie bestond tussen D.B. en klager. Hoewel D.B. inmiddels dus meerderjarig was, neemt het Hof toch aan dat er gezinsleven bestond tussen klager en zijn zoon.

Het EHRM wijst er verder op dat A.R., de ex van klager, het contact tussen klager en zijn zoon verhinderde. Daarnaast waren er verschillende procedurele belemmeringen en was er geen normatief raamwerk dat zijn gezinsleven en de daaruit voortvloeiende rechten kon beschermen. Het Hof ziet ook niet in welke belangen gediend waren met het weigeren van de contactrechten, nu klager zelf duidelijk contact wilde houden met zijn zoon en er geen aanwijzingen zijn dat dit niet in diens belang zou zijn. De lange periode waarin er helemaal geen contact mogelijk was is bovendien problematisch omdat zo'n periode enige vervreemding tot gevolg kan hebben tussen ouders en kinderen. Het Hof acht het waarschijnlijk dat die vervreemding ook kan optreden als een kind volledig wilsonbekwaam is. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUDoo4634219

Zaaknummer: 46342/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Bogdan t. Roemenië, EHRM 27 september 2022 (ontv.besl.),
nr. 32916/20**

In 2018 is er een tuchtprocedure tegen een Roemeense rechter gestart, die uiteindelijk heeft geleid tot een zaak bij het EHRM. In een andere procedure over de materie heeft de rechter stukken meegestuurd over de minnelijke schikking die het EHRM probeerde te treffen. Deze stukken zijn ook in de media gekomen. Het Hof oordeelt dat deze verspreiding van de stukken in strijd is met de vertrouwelijkheidsplicht en dat er daardoor sprake is van misbruik van het klachtrecht bij het EHRM. De klacht is daarom conform art. 35 lid 3 EVRM niet-ontvankelijk.

Klaagster was rechter in het hof van beroep in Boekarest. In 2018 werd er een tuchtprocedure tegen haar gestart die leidde tot de beslissing dat ze niet langer als rechter of aanklager mocht optreden. Klaagster stelde hoger beroep in tegen deze beslissing, maar werd in afwachting van de uitkomst daarvan geschorst. Los van deze procedure stelde klaagster in 2021 een procedure in om enkele civiele schadevergoedingsacties die ze eerder had aangespannen weer op de rol te nemen. Bij haar eis voegde ze een aantal kopieën van brieven en correspondentie over een minnelijke schikking die het EHRM had gestuurd in het kader van de onderhavige procedure. Zij adresseerde de e-mail waarmee ze stukken stuurde ook aan de griffie van het hof van beroep en aan vier andere mensen. Kopieën van de correspondentie werden vervolgens in verschillende media gepubliceerd, waarbij klaagster ervan werd beschuldigd dat ze de vertrouwelijkheid van de minnelijke-schikkingsprocedure voor het EHRM niet in acht had genomen.

Klaagster heeft voor het EHRM klachten ingesteld wegens schending van art. 6 en 8 EVRM door de tuchtprocedure die tegen haar is gevoerd. Het EHRM wijst erop dat blijkens art. 39 lid 2 EVRM en art. 62 lid 2 van het Reglement van het Hof de onderhandelingen over een

minnelijke schikking vertrouwelijk zijn. Wordt die vertrouwelijkheid niet in acht genomen, dan kan het Hof besluiten de zaak niet in behandeling te nemen wegens misbruik van procesrecht. Klaagster was in dit geval volledig op de hoogte van de vertrouwelijkheidsplicht, maar heeft niettemin een aantal details van de onderhandelingen – waaronder de hoogte van het aangeboden schikkingsbedrag – bekendgemaakt aan derde partijen. Ook is de correspondentie bij de media terechtgekomen. Dit betekent dat klaagster duidelijk de vertrouwelijkheidsplicht heeft geschonden. Haar gedrag levert een kennelijk misbruik van klachtrecht op, zodat conform art. 35 lid 3 (a) EVRM de klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0927DEC003291620

Zaaknummer: 32916/20

Wetsartikelen: EVRM art. 35 lid 2 (a), EVRM art. 39 lid 2 en Reglement van het Hof, Regel 62 lid 2

RECHTSPRAAK

Bouton t. Frankrijk, EHRM 13 oktober 2022, nr. 22636/19

Een lid van de vrouwenbeweging ‘Femen’ ontblootte in La Madeleine in Parijs haar bovenlichaam om te protesteren tegen de standpunten van de Katholieke kerk over abortus. Zij werd daarop veroordeeld tot een jaar voorwaardelijke gevangenisstraf en een schadevergoeding vanwege seksueel expliciet gedrag. Het EHRM acht de bestraffing voldoende voorzienbaar, maar besluit dat de nationale rechters te weinig rekening hebben gehouden met de boodschap die met de actie werd uitgedragen en dat de opgelegde sanctie disproportioneel hoog was. De veroordeling is dan ook in strijd met art. 10 EVRM.

Klaagster was lid van ‘Femen’, een internationale vrouwenbeweging die in 2008 in Oekraïne is opgericht en die bekend is vanwege haar provocatieve acties. In 2013 nam klaagster deel aan een protestactie, waarbij zij in de Madeleine-kerk in Parijs (overigens niet tijdens een mis) op het altaar haar bovenlichaam ontblootte, waar leuzen op waren geschilderd, en waarbij ze deed alsof ze een abortus onderging met een koeienlever als ‘prop’. Op hetzelfde moment vonden overal ter wereld vergelijkbare acties plaats. De actie was kortdurend en klaagster verliet de kerk meteen toen de koormeester dat vroeg. Wel waren er tien journalisten in de kerk, waardoor de actie de nodige aandacht kreeg. In een interview legde klaagster de betekenis van haar symbolische acties verder uit, waarbij ze ook toelichtte dat de lever het kindje Jezus symboliseerde, dat werd geaborteerd op het altaar van La Madeleine en dat de leuzen op haar lichaam verwezen naar het anti-abortusmanifest van de Katholieke kerk uit 1971. Naar aanleiding van de protestactie diende de pastoor van de relevante parochie een strafklacht in en stelde hij zich civiele partij in het onderzoek. De nationale rechter veroordeelde klaagster vanwege seksueel expliciet gedrag tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van een jaar en betaling van een schadevergoeding van 2000 euro.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat deze veroordeling in strijd was met de door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Het Hof overweegt ten aanzien van de voorzienbaarheid van de veroordeling dat de relevante strafbepaling niet heel duidelijk is en

dat er ook op nationaal niveau enig debat was over de vraag of het ontbloten van het bovenlichaam door een vrouw eronder kon vallen. Niettemin is het Hof van oordeel dat de discussie hierover niet maakt dat de onvoorzienbaarheid zodanig was dat art. 10 EVRM is geschonden; klaagster had juist redelijkerwijze kunnen verwachten dat haar gedrag bepaalde strafrechtelijke consequenties kon hebben.

Het Hof merkt verder op dat klaagsters protestactie was gericht op het overdragen van een politiek geladen boodschap over de Katholieke kerk. Met haar actie droeg zij dan ook bij aan een debat over een onderwerp van algemeen belang. Het wijst er wel op dat de actie in een kerk werd uitgevoerd en dat het eerder heeft geoordeeld dat een dergelijke actie een overschrijding kan vormen van de regels van aanvaardbaar gedrag. Tegelijkertijd is de opgelegde sanctie wel zwaar, nu het ging om een voorwaardelijke gevangenisstraf en een vrij hoge schadevergoeding. Het opleggen van een gevangenisstraf vanwege politieke uitingen kan in het algemeen niet worden gezien als een aanvaardbare straf in het licht van art. 10 EVRM, behalve als sprake is van bijzondere situaties zoals die van hate speech of oproepen tot geweld. De bedoelingen van klaagster waren daar duidelijk niet op gericht. Het Hof wijst er verder op dat de nationale rechters de door het EHRM gehanteerde criteria in acht hebben genomen en hebben geprobeerd een afweging te maken tussen de uitingsvrijheid van klaagster en het belang van anderen bij respect voor de godsdienstvrijheid. De nationale rechters hebben echter niet onderzocht of de actie van klaagster op een gratuite manier beledigend was tegenover religieuze gevoelens en of er sprake was van oproepen tot disrespect of haat tegenover de Katholieke kerk. Verder is geen rekening gehouden met het feit dat er geen dienst gaande was en dat de actie kort en stilzwijgend was. Tot slot hebben de nationale rechters alleen waarde gehecht aan het feit dat zij haar borsten had ontbloot in een kerk, maar niet hebben gekeken naar de onderliggende boodschap van haar protestactie, naar het feit dat klaagster haar lichaam gebruikte als een spandoek (zoals ook het geval is bij andere Femen-protestacties) of naar het feit dat klaagster met haar actie media-aandacht probeerde te verwerven. Gelet op die omstandigheden oordeelt het Hof dat de betrokken belangen onvoldoende tegen elkaar zijn afgewogen en dat er daarom sprake is van een schending van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1013JUD002263619

Zaaknummer: 22636/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Constantin-Lucian Spinu t. Roemenië, EHRM 13 oktober 2022, nr. 29443/20

Een Zevendedagsadventist kon vanuit de gevangenis iedere week extramuraal een kerkdienst bijwonen, tot de coronapandemie uitbrak. Toen werd hem wel de mogelijkheid geboden om de diensten online te volgen, maar dat weigerde hij. Het EHRM kent de staten een ruime margin of appreciation toe bij het bepalen van de noodzaak van bepaalde coronamaatregelen, gelet op de snel veranderende situatie. In dit geval zijn alle redelijke inspanningen verricht om de godsdienstvrijheid toch te kunnen garanderen, zodat de klacht over schending van de godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM) kennelijk ongegrond is.

Klager is lid van de Adventisten van de Zevende Dag. Hij zit sinds juni 2019 in de gevangenis in Roemenië. Tot februari 2020 had hij toestemming om de gevangenis te verlaten om kerkdiensten bij te wonen. In juli 2020 verzocht hij de gevangenisautoriteiten om iedere zaterdag een sabbatsdienst te kunnen bijwonen in een specifieke Adventistenkerk in Boekarest. Dit werd hem geweigerd in verband met de toepasselijke Covid-19-bestrijdingsmaatregelen, die beperkingen oplegden aan extramurale activiteiten in verband met de gezondheidssituatie die voortkwam uit de coronapandemie.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de beperkingen op zijn kerkbezoek in strijd waren met art. 9 EVRM. Het EHRM is bereid om aan te nemen dat inderdaad een inbreuk is gemaakt op klagers godsdienstvrijheid. Daarvoor bestond een wettelijke grondslag en het is duidelijk dat het nagestreefde doel was om de gezondheid en veiligheid van gevangenen en gevangensmedewerkers te beschermen. De beperkingen van de godsdienstvrijheid betroffen maar één aspect van de manifestatie daarvan, namelijk klagers deelname aan kerkdiensten buiten de gevangenis. Er waren geen beperkingen opgelegd aan andere godsdienstuitoefeningen die binnen de gevangenis konden plaatsvinden. Van belang is

daarnaast dat religieuze activiteiten ook aan banden waren gelegd voor mensen die niet in de gevangenis zaten. Verder acht het Hof relevant dat de veranderlijke en onvoorzienbare aard van de volksgezondheidssituatie voor de gevangenisautoriteiten aanzienlijke uitdagingen tot gevolg had als het ging om het faciliteren en het houden van toezicht op godsdienstuitoefening van de gevangenen. Het komt hierbij dan ook een *ruime margin of appreciation* toe. Daarnaast moet de nodige waarde worden gehecht aan het beginsel van sociale solidariteit. In dit verband merkt het Hof op dat het risico dat klager buiten de gevangenis besmet zou raken en het virus mee zou kunnen brengen naar de gevangenis redelijkerwijze van betekenis kon worden geacht, zeker in een periode waarin er hoe dan ook al veel vrijheidsbeperkende maatregelen en quarantaineregels werden opgelegd. Het Hof houdt verder rekening met het feit dat er alternatieven waren geboden in de vorm van het op afstand en via videoverbinding kunnen bijwonen van kerkbijeenkomsten. Dat alternatief acht het Hof in lijn met de praktijken die in algemene zin tijdens de coronacrisis zijn opgekomen en het getuigt van redelijke inspanningen om iets aan te bieden, al is zo'n online dienst allicht geen volwaardige vervanging van een fysieke kerkdienst. Klager heeft geweigerd om van deze mogelijkheid gebruik te maken, maar heeft bij het Hof geen reden gegeven voor die weigering. Tot slot overweegt het Hof dat – gelet op de volatiele situatie – klager niet van de autoriteiten kon verwachten dat ze meteen een pasklaar protocol hadden om te reageren op de situatie. Al met al betekent dit dat – ook gelet op de *ruime margin of appreciation* die de staten toekomt – de godsdienstvrijheid van klager niet is geschonden. De klacht over art. 9 EVRM verklaart het Hof dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1013JUD002944320

Zaaknummer: 29443/20

Wetsartikelen: EVRM art. 9

RECHTSPRAAK

Coventry t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 11 oktober 2022, nr. 6016/16,

In een Britse rechtszaak over geluidsoverlast is de eigenaar van een motorcrossterrein veroordeeld tot vergoeding van 60% van de proceskosten van de eisende partij. Door de specifieke Britse kostenvergoedingssystematiek bedragen die kosten bijna GBP 850.000. Het EHRM oordeelt dat het in eerdere rechtspraak (MGN Limited) heeft geoordeeld dat deze systematiek tot ‘inequality of arms’ kan leiden, vooral voor procespartijen die niet verzekerd zijn voor dit soort proceskosten. Hoewel het Britse Supreme Court dat heeft weerlegd, komt het EHRM ook nu tot het oordeel dat de systematiek in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM.

Klager was eigenaar van een terrein waarop een motorcrossbaan was aangelegd. In 2009 startten eigenaren van een nabijgelegen huis een procedure tegen hem vanwege de daardoor veroorzaakte overlast. In verband daarmee werd klager veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van GBP 10.325; ook moest hij 60% van de proceskosten van de eisers vergoeden. In laatste instantie bevestigde het Supreme Court dit oordeel. De proceskosten werden berekend op basis van het ‘no win no fee’-principe (‘CFA’-systeem), waarbij een advocaat een hogere vergoeding kon vragen bij riskantere zaken (‘success fee’). Hiertegen konden procespartijen zich wel verzekeren via een ‘after the event’ (ATE)-verzekering, maar tegen betaling van een hoge premie. De kostenvergoeding die in dit geval moest worden betaald betrof een percentage van de basiskosten, de ‘success fee’ die was gerekend in verband met het risico van het voeren van de zaak, en de ATE-verzekering van de eisers, en dat voor drie niveaus van procedures. Klager heeft voor het Supreme Court aangevoerd dat de hoogte van dit bedrag zou leiden tot strijd met art. 6 en 1 EP EVM, maar deze eis werd afgewezen. De kostenveroordeling beliep daardoor zo’n GBP 850.000, maar vanwege faillissement van klager kon maar een klein deel daarvan (zo’n GBP 4200) worden verhaald.

Volgens klager levert de mogelijkheid van een veroordeling in de kosten van een procedure bij een 'success fee' en een ATE-verzekering een aantasting op van art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof herhaalt zijn vaste uitgangspunt dat een hoge financiële last kan leiden tot ontmoediging van eisers om een zaak aan te brengen. Voor verweerders is de situatie anders, in die zin dat zij in ieder geval in eerste aanleg weinig keuze hebben om betrokken te worden in een procedure. Het recht op toegang tot de rechter is in hun geval in mindere mate van toepassing, maar dat kan in hoger beroep anders zijn. Het Hof acht het recht op toegang tot de rechter in het onderhavige geval echter niet van toepassing, nu klager op alle niveaus volwaardig heeft kunnen procederen.

In plaats van onder het recht op toegang tot de rechter, beoordeelt het Hof de zaak op grond van het beginsel van equality of arms. Het Hof oordeelt daarbij dat een benadeling van een partij in de procedure kan ontstaan als één partij een duidelijk bevoorrechte positie heeft als het gaat om de kosten van een procedure. Het Hof heeft in *MGN Limited* al geoordeeld dat de introductie van het CFA-systeem tot doel had om de toegang van burgers tot procedures te vergroten zonder dat dit zou drukken op de algemene begroting. De verliezende partij zou dan namelijk zorg dragen voor de kostenvergoeding. Het EHRM heeft in *MGN Limited* bepaald dat deze maatregel disproportioneel was, ook vanwege de grote nadelen van het systeem en de zware belasting voor verliezende partijen. Het Supreme Court deelde in zijn uitspraak in de onderhavige staat alleen het door het EHRM geconstateerde risico dat de voorzienbare kosten konden dwingen tot een schikking en daarmee een 'afpersingseffect' konden hebben. Het EHRM benadrukt dat dit risico nog iets hoger is dan het Supreme Court dat heeft ingeschat, maar het oordeelt dat dit niet het enige probleem is dat relevant is voor het onderhavige geval. Het Hof acht ook relevant dat iemand die verzekerd is voor CFA en ATE veel minder risico loopt op een hoge kostenveroordeling dan een onverzekerde procespartij. Dit kan leiden tot een disbalans, terwijl de regering niet heeft gewezen op mogelijkheden om het evenwicht tussen partijen te herstellen. Het Hof wijst er verder op dat de publieke lasten van procedures door dit systeem niet bij alle onsuccesvolle procespartijen komen te liggen, maar alleen bij die onsuccesvolle partijen die tegenover een CFA/ATE-verzekerde tegenpartij komen te staan. Onverzekerde procespartijen worden bovendien opgezadeld met kosten die ver uitstijgen boven wat redelijk en fair kan worden gevonden. Het Hof merkt ook op dat het in *MGN Limited* voorts heeft geoordeeld dat de systematiek kan leiden tot 'cherry picking' bij advocaten, waardoor het evenmin bijdraagt aan een eerlijker systeem van verdeling van de kosten van rechterlijke procedures. Gelet op al deze nadelen en problemen, die ook binnen het VK in belangrijke mate zijn onderkend, is het Hof van oordeel dat het beginsel van equality of arms in zijn wezenlijke kern is aangetast. Schending art. 6 lid 1 EVRM.

Klager heeft verder gesteld dat ook het eigendomsrecht is aangetast door de

kostenveroordelingssystematiek. In het licht van de overwegingen van het Hof ten aanzien van art. 6 EVRM oordeelt het EHRM dat ook sprake is van een schending van het art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000601616

Zaaknummer: 6016/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, 1 EP

RECHTSPRAAK

Dolenc t. Slovenië, EHRM 20 oktober 2022, nr. 20256/20

Een chirurg heeft in 1992 een Israëlische patiënt geopereerd, die daarbij ernstig gehandicapt is geraakt. De patiënt heeft in Israël een schadevergoedingsprocedure tegen de chirurg ingesteld. De laatste wilde daarbij niet aanwezig zijn, maar wilde wel verklaringen afleggen en getuigen laten verhoren. Dat was niet mogelijk, maar desondanks hebben de Sloveense rechters het uiteindelijke vonnis (dat de chirurg verplichtte tot een schadevergoeding van 2,3 miljoen euro) erkend. Het EHRM oordeelt dat de Sloveense rechters daarbij ten onrechte te weinig aandacht hebben besteed aan de aantasting van de procedurele rechten van de chirurg, in strijd met art. 6 EVRM.

Klager is een chirurg die in 1992 een Israëlische patiënt heeft geopereerd, die daarbij zwaar gehandicapt raakte. De patiënt stelde een aansprakelijkheidsprocedure tegen klager in in Israël. Klager woonde de zitting in Israël niet bij en benadrukte gedurende de gehele procedure dat de zaak naar Sloveens recht moest worden beoordeeld en dat hij en zijn getuigen in Slovenië hadden moeten gehoord op basis van het Haags Bewijsverdrag. Uiteindelijk wees de rechter in Tel Aviv de schadeclaim toe en veroordeelde klager tot het betalen van een schadevergoeding van 2,3 miljoen euro. Daarbij baseerde hij zich onder meer op deskundigenverklaringen van twee neurochirurgen en bewijs geleverd door de broers van de patiënt. Klagers eigen verklaring werd niet meegewogen, net zomin als zijn getuigen, waartoe ook collega's van de medische staf behoorden. De reden hiervoor was dat klager bewust had geprobeerd de procedure in Israël te omzeilen. In 2011 verzocht de patiënt de Sloveense rechters om de Israëlische uitspraak te erkennen, een verzoek dat de Sloveense Hoge Raad in 2018 uiteindelijk honoreerde. De klachten van klager dat hij geen eerlijk proces had gehad werden verworpen, onder meer omdat hij voldoende gelegenheid had gekregen om zichzelf in Israël te verweren.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de Sloveense rechters in strijd hebben gehandeld met art. 6 EVRM door de Israëlische uitspraken te erkennen. Het Hof benadrukt dat de Israëlische

uitspraken grote gevolgen hadden voor klager en dat de Sloveense autoriteiten dus verplicht waren om te onderzoeken of ze in overeenstemming met het recht op een eerlijk proces tot stand waren gekomen. Het Hof is het eens met de Sloveense rechters dat klager genoeg kans heeft gekregen om zich in Israël te verweren en geen goede redenen heeft gegeven voor zijn weigering om de zittingen in eigen persoon bij te wonen. Daarmee was het ook gerechtvaardigd om klagers verzoek om hem via de procedures onder het Haagse Bewijsverdrag te horen af te wijzen. Tegelijkertijd acht het Hof het niet redelijk dat de procedure tot bewijsvergaring in Slovenië op basis van dit verdrag is beëindigd op de enkele grond dat dit de procesgang te veel zou vertragen. Verder zijn geen mogelijkheden benoemd om getuigen eventueel via een videoverbinding te horen. Relevant is daarnaast dat klager nooit expliciet afstand heeft gedaan van zijn recht om in de procedure in Israël te participeren. Al met al betekent dit dat de Sloveense rechters onvoldoende gewicht hebben toegekend aan de moeilijkheden die klager ondervond bij de uitoefening van zijn recht om bewijs te leveren in de procedure, terwijl dat een cruciaal aspect is van het recht op een eerlijk proces. Het was dan ook aan de Sloveense rechters geweest om zich ervan te verzekeren dat dit recht werd gerespecteerd. Nu dat niet is gebeurd, is art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002025620

Zaaknummer: 20256/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Kotov e.a. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nrs. 5142/18
en 13 andere**

Een vuilnisbelt in Klin, Rusland, veroorzaakte stankoverlast, luchtvervuiling en grondwaterverontreiniging. Hoewel moeilijk aantoonbaar is dat omwonenden hierdoor gezondheidsschade hebben geleden, is het, gelet op het stelselmatig overschrijden van alle relevante emissienormen, aannemelijk dat hun welzijn is aangetast. Het enkele onrechtmatige handelen van de exploitant is geen reden om een schending aan te nemen van art. 8 EVRM, maar de staat heeft ook te weinig gedaan om de naleving van de normen actief af te dwingen. Daardoor is er geen ‘fair balance’ gevonden tussen het belang bij effectieve afvalverwerking en de privacybelangen van omwonenden, in strijd met art. 8 EVRM.

Klagers wonen in Klin, op zo'n 7 km afstand van een groeve die sinds 1993 in gebruik is als vuilnisbelt. Volgens klagers wordt huisvuil daar gestort in overtreding van de geldende milieuregels, met stankoverlast, luchtvervuiling en grondwaterverontreiniging tot gevolg. De combinatie van grote aantallen aasetende vogels en de nabijheid van een militair vliegveld levert volgens hen bovendien een onveilige situatie op. Klagers hebben daarom geprocedeerd tegen de gemeente om compensatie te verkrijgen van de schade aan hun gezondheid en voor immateriële schade; ook hebben zij diverse bestuursrechtelijke procedures gevoerd. Deze procedures zijn voor klagers in een heel aantal gevallen succesvol geweest en in 2017 is de exploitant van de vuilnisbelt zelfs verplicht om de activiteiten tijdelijk te staken. Uiteindelijk is echter vastgesteld dat de exploitant inmiddels in overeenstemming met de regels handelde, al stellen klagers dat er niets wezenlijks is veranderd.

Voor het EHRM hebben klagers aangevoerd dat de staat in strijd met art. 8 EVRM heeft nagelaten om voldoende beschermende maatregelen te nemen om de vervuilende effecten van de vuilnisbelt te bestrijden of te minimaliseren. Het EHRM gaat allereerst na of in de zaak

een daadwerkelijke inbreuk op klagers' privéleven kan worden vastgesteld met een voldoende niveau van ernst om art. 8 EVRM te kunnen toepassen. Daarbij wijst het erop dat het ook in eerdere zaken al heeft vastgesteld dat industriële vervuiling problematische effecten kan hebben, maar dat het ook niet altijd gemakkelijk is om een causaal verband vast te stellen tussen bepaalde industriële activiteiten en gezondheidsschade of kwaliteit van leven. Dat laatste is bovendien een subjectief kenmerk. Het Hof kan zich bij die beoordeling bovendien niet blindstaren op vaststellingen die op nationaal niveau al heeft gedaan, maar moet al het aangevoerde bewijsmateriaal in zijn geheel beoordelen.

In het onderhavige geval is duidelijk dat de vuilnisbelt de enige potentieel vervuilende onderneming kon zijn in de omgeving. Ook staat vast dat pas in een laattijdig stadium emissiemetingen zijn uitgevoerd en dat daarbij werd vastgesteld dat de emissie van giftige stoffen de relevante referentiewaarden te boven ging. Ook de waarden voor lucht-, water- en grondkwaliteit waren niet in overeenstemming met de geldende eisen. Als de referentiewaarden zijn overschreden geldt naar Russisch recht een risico voor de gezondheid en het welzijn van degenen die aan de vervuiling worden blootgesteld. Daarnaast was de exploitant gekwalificeerd in de categorie van ondernemingen met de meeste negatieve omgevingsimpact. Eerste klager heeft zelf weliswaar geklaagd over negatieve gezondheidseffecten, maar hij heeft geen medisch bewijs aangevoerd waaruit een causaal verband met de vastgestelde vervuiling kan blijken. Niettemin stelt het Hof vast dat het wonen in de nabijheid van de vuilnisbelt hem tenminste meer vatbaar maakte voor verschillende aandoeningen. Bovendien kan ernstige milieuvervuiling meer in het algemeen een grote impact hebben op het welzijn en het privéleven, zelfs als er geen sprake is van aantoonbare gezondheidsschade. Al met al is het Hof daarom van oordeel dat in het onderhavige geval art. 8 EVRM van toepassing kan worden geacht.

Het feit dat de Russische overheid het beheer van de vuilnisbelt heeft overgelaten aan een private onderneming ontnemt haar niet de verantwoordelijkheid voor deze inbreuk op art. 8 EVRM: een zorgplicht op dit punt blijft ook dan bestaan. Dit betekent dat de vraag opkomt of de staat in dit geval een 'fair balance' heeft getroffen tussen de tegenstrijdige belangen van eerste klager en de samenleving als geheel. Het Hof overweegt daarbij dat het ophalen en effectief verwerken van huisvuil essentieel is voor de volksgezondheid, de economie en het overall functioneren van een samenleving. Het gaat hierbij wel om gevaarlijke activiteiten die risicovol kunnen zijn en die daarom strikt moeten worden gereguleerd. De Russische regelgeving zelf was inderdaad heel strikt, maar een door het Hof gemaakt overzicht laat zien dat veruit de meeste strikte eisen pas na vele jaren werden toegepast. Daarvoor is geen acceptabele rechtvaardiging aangevoerd. Tegelijkertijd onderkent het Hof dat handelen in overeenstemming met de eigen nationale regelgeving maar één – en niet de belangrijkste –

factor is die in de beoordeling moet worden meegenomen. Rekening houdend met de *margin of appreciation* van de staten moet het Hof daarnaast kijken naar de specifieke interventies die de autoriteiten hebben gepleegd in verband met de situatie in Klin. Daarbij geldt dat de benadering in de periode 2015-2018 proactiever is geweest dan daarvoor en dat in die periode ook verschillende schendingen van de regelgeving zijn vastgesteld. De ondernemer heeft toen ook boetes betaald. Tegelijkertijd is niet duidelijk of ook daadwerkelijk verbetermaatregelen zijn geïmplementeerd. Ook in 2019 bleven de vervuilingsproblemen in ieder geval voortbestaan. Het Hof stelt daarom vast dat de genomen maatregelen aanvankelijk niet effectief waren en dat pas eind 2021 een nieuwe afvalverwerkingsinstallatie in gebruik is genomen. Hoewel het Hof positief is over die laatste maatregel, stelt het daarom vast dat de autoriteiten tussen 2015 (het jaar waarin eerste klager voor het eerst gezondheidseffecten zei te ondervinden) en 2018 zijn positieve verplichtingen heeft geschonden. Sinds 2019 is er wel een redelijk evenwicht gevonden tussen het publieke belang om goed afvalbeheer te bedrijven en het leefmilieu te beschermen. Voor de genoemde periode stelt het Hof dan ook een schending vast van art. 8 EVRM.

Klagers hebben verder geklaagd over arrestaties en beboetingen die hebben plaatsgevonden naar aanleiding van een demonstratie tegen de vuilnisbelt waaraan zij hebben deelgenomen. Het Hof ziet voor deze beperkingen van art. 11 EVRM geen relevante en voldoende redenen. In het bijzonder is niet gebleken dat de (verkeers)veiligheid door de demonstraties echt in het gedrang is gekomen op een zodanige manier dat optreden door de staat nodig was. Schending art. 11 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000514218

Zaaknummer: 5142/18 en 13 andere en

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 11 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

M.T. e.a. t. Zweden, EHRM 20 oktober 2022, nr. 22105/18

In Zweden is een regeling ingevoerd waarbij voor gezinshereniging voor vluchtelingen een wachttijd van twee jaar geldt. Deze regeling is vooral ingegeven door de wens de druk van vluchtelingen op sociale voorzieningen en het economisch welzijn te verminderen. Het EHRM acht de regeling redelijk en niet te belastend, ook niet in het concrete geval van de klagers. Dat de regeling alleen geldt voor mensen die uit een algeheel onveilige situatie zijn gevlucht en niet voor mensen die persoonlijk vrezen voor vervolging of mishandeling, acht het Hof niet in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM.

Klagers zijn afkomstig uit Syrië; eerste klagster, M.T., is de moeder van de andere twee klagers, A.A.K. en M.A.K. A.A.K. is in 2016 in Zweden aangekomen en heeft daar asiel aangevraagd en verkregen. Via de Zweedse ambassade vroegen M.T. en M.A.K. vervolgens verblijfsvergunningen voor Zweden aan, gelet op hun familiebanden met A.A.K.; dit verzoek werd echter niet toegewezen, ook gelet op een wet die tijdelijke beperkingen stelde aan de mogelijkheid om een verblijfsvergunning in Zweden te verkrijgen, namelijk in de vorm van een wachttijd van twee jaar, wanneer er al een minderjarig familielid in het land aanwezig was. In 2018 werd A.A.K. 18 jaar oud en was er daardoor geen recht meer op gezinshereniging.

Met een beroep op art. 8 en 14 EVRM hebben klager gesteld dat de wettelijke beperkingen op gezinshereniging hun gezinsleven op een discriminerende manier hebben aangetast. Het Hof wijst erop dat het eerder, in *M.A. t. Denemarken*, een vergelijkbare regeling met een wachttijd van drie jaar in strijd met art. 8 EVRM bevond, maar dat het in die uitspraak ook aangaf dat een kortere wachttijd acceptabel kon zijn. Volgens de betwiste regeling is de wachttijd korter, namelijk twee jaar. Het Hof moet dan ook onderzoeken of deze wachttijd wel te verenigen is met art. 8 EVRM. Het Hof wijst op het hoge aantal Syrische asielzoekers dat Europa en vooral ook Zweden is binnengekomen en op de druk die dit in Zweden heeft gezet op onder meer het systeem van sociale voorzieningen, taaltraining en werkgelegenheid. Verder was de regeling specifiek en kende die een minder lange wachttijd dan die in *M.A.* Naast deze algemene

omstandigheden acht het Hof van belang dat klagers zelf geen banden hebben met Zweden, anders dan door A.A.K.'s aanwezigheid in die staat. Klagers hebben het Hof er ook niet van kunnen overtuigen dat er zodanige banden waren tussen hen dat gezinshereniging met A.A.K. noodzakelijk was. Het instellen van een wachttijd lijkt in ieder geval geen grote problemen te hebben opgeleverd voor A.A.K., nu deze al enige tijd in Zweden woonde en zich daar goed wist te redden. Het Hof is dan ook van oordeel dat de Zweedse autoriteiten een redelijk midden hebben gevonden tussen het belang bij gezinshereniging en het belang van de samenleving als geheel bij het beschermen van het economisch welzijn door het reguleren van immigratie en het beperken van publieke uitgaven. De staat is dan ook binnen het bereik van zijn margin of appreciation gebleven en art. 8 EVRM is niet geschonden (6 stemmen tegen 1).

Klagers hebben verder gesteld dat de weigering om hen in aanmerking te brengen voor gezinshereniging in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM, nu verschillende groepen van vluchtelingen in de regeling verschillend werden behandeld. Het Hof wijst erop dat immigratiestatus een door art. 14 EVRM beschermde grond is. Het verschil in behandeling betreft daarbij in het bijzonder mensen die een vluchtelingenstatus hebben gekregen vanwege de algehele situatie in Syrië en mensen die deze status hebben gekregen vanwege hun persoonlijke, eigen situatie en de risico's die zij lopen. Een algehele situatie van onveiligheid kan volgens het Hof iets sneller veranderen. Bovendien levert zo'n situatie in korte tijd vaak een groot aantal vluchtelingen op, hetgeen tot bijzondere problemen voor de ontvangende staten kan leiden. De procedures voor het toekennen van een verblijfsstatus in Zweden zijn voor de verschillende categorieën van vluchtelingen ook iets verschillend. Ook wijst het Hof erop dat de familieherenigingsrichtlijn van de EU (richtlijn 2003/86/EG) alleen betrekking heeft op vluchtelingen die als zodanig zijn erkend onder het VN-vluchtelingenverdrag en niet op mensen die een subsidiaire-beschermingsstatus hebben gekregen. Dit onderscheid is ook terug te vinden in de kwalificatierichtlijn en in voorstellen voor een nieuwe richtlijn over tijdelijke bescherming. Dit betekent dat er zowel feitelijke als juridische argumenten zijn om aan te nemen dat mensen die de algehele situatie in een land ontvluchten zich niet in een vergelijkbare positie bevinden als mensen die persoonlijk risico op vervolging of mishandeling lopen. Het Hof neemt wel kennis van de visie van de UNHCR, het VN Mensenrechtencomité en de RvE-mensenrechtencommissaris dat ook de vluchtelingen in een algehele situatie een recht hebben op bescherming en gezinshereniging. Dit laat zien dat er geen duidelijke consensus is over de vraag of het onderscheid wel of niet kan worden gemaakt. Het Hof wil daarom geen algemeen oordeel uitspreken over de vraag of klagers zich in een analoge situatie bevonden aan die van vluchtelingen voor een specifieke, op hun persoon gerichte situatie.

In plaats daarvan moet het Hof kijken naar de bijzondere omstandigheden van het geval en de situatie van de klagers in vergelijking met andere vluchtelingen. Voor het doel van de

onderhavige zaak is het Hof niettemin wel bereid om aan te nemen dat er sprake was van een relevant vergelijkbare positie, zodat de vraag is of de wachttijd proportioneel was. In dit opzicht wijst het Hof opnieuw op de opvangproblematiek in Zweden. Ook merkt het Hof op dat door de temporele gelding van de wachttijdregeling de wachttijd voor klagers *de facto* maar 1,5 jaar bedroeg. Het Hof wijst verder op zijn eerdere overwegingen over de rechtvaardiging onder art. 8 EVRM en zegt nogmaals dat een consensus in Europa over dit onderwerp ontbreekt. Bijeenomen betekent dit volgens het Hof dat de ongelijke behandeling voldoende gerechtvaardigd was door de noodzaak om op een effectieve manier immigratie te beheersen en het economisch welzijn van het land te beschermen, zodat art. 14 jo. 8 EVRM niet zijn geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002210518

Zaaknummer: 22105/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Mørck Jensen t. Denemarken, EHRM 18 oktober 2022, nr. 60785/18

Een Deense staatsburger heeft in 2017 meegevochten in Syrië. Daarbij heeft hij Deense regelgeving overtreden op grond waarvan het niet was toegestaan om in het conflictgebied al-Raqqa te zijn. Het EHRM oordeelt dat de regelgeving voldoende duidelijk was. De veroordeling van klager tot zes maanden gevangenisstraf was daarom niet in strijd met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art. 7 EVRM), ook al werd het verbod voor al-Raqqa later ingetrokken. Evenmin levert de veroordeling een ongerechtvaardigde aantasting op van de vrijheid om het land te verlaten (art. 2 P4 EVRM).

In 2017 vertelde klager – die de Deense nationaliteit heeft – tijdens een radio-interview dat hij in januari van dat jaar had meegevochten aan de frontlinie in de Syrische burgeroorlog. Daarop stelde de politie een onderzoek in. In 2019 werd hij aangeklaagd vanwege zijn aanwezigheid in het conflictgebied en veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden.

Klager heeft voor het EHRM allereerst gesteld dat deze vervolging en veroordeling niet voorzienbaar waren en daarmee in strijd met art. 7 EVRM. Het Hof stelt vast dat de nationale rechters de relevante regelgeving en rechtspraak duidelijk uiteen hebben gezet. Daaruit blijkt dat het betreden van een gebied waarbinnen sprake is van een gewapend conflict een overtreding is, ongeacht de vraag aan welke kant van het conflict iemand vecht of zelfs wat het doel van iemands verblijf is. Het was bovendien duidelijk dat het gebied bij al-Raqqa waar klager was geweest tot de verboden gebieden behoorde. Later is de betrokken regeling voor al-Raqqa ingetrokken, maar art. 7 EVRM ziet op het moment waarop iemand wordt veroordeeld. De onderliggende regeling in de strafwetgeving bleef bovendien ongewijzigd; het ging alleen om een aanpassing van de gebieden die Denen niet mochten betreden. Het Hof oordeelt dat de bestraffing voor de overtreding van de relevante regels niet in strijd is met art. 7 EVRM.

In de tweede plaats heeft klager gesteld dat de door art. 2 P4 EVRM beschermde bewegingsvrijheid is aangetast doordat hij het district al-Raqqa niet mocht betreden. Het Hof overweegt dat art. 2 P4 een recht omvat om het land te verlaten, en daarmee een recht om te reizen. Klager had daarmee het recht om naar Syrië te willen gaan, maar het Hof herinnert eraan dat het al heeft geoordeeld dat er een wettelijke beperking op dit reisrecht was gevestigd. Klager had wel in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing van de beperkingen als hij een legitieme reden had gehad om naar al-Raqqa te gaan. Bovendien waren de beperkingen alleen van toepassing op de gebieden waar sprake was van terroristische activiteiten, waarbij het doel was dat mensen met een connectie met Denemarken niet aan het conflict zouden deelnemen. Het Hof overweegt dat bij de toepassing van de regeling de rechten van klager en die van de samenleving als geheel afdoende tegen elkaar zijn afgewogen. Art. 2 P4 is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD006078518

Zaaknummer: 60785/18

Wetsartikelen: EVRM art. 7, 2 P4

RECHTSPRAAK

Muhammad t. Spanje, EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17

Muhammad, een Spanjaard van Pakistaanse afkomst, is op zeker moment staande gehouden en gevraagd om zijn identiteitsbewijs. Volgens Muhammad was daarbij sprake van etnische profilering en van discriminatie op grond van ras. Het EHRM wijst erop dat iemand die beweert slachtoffer te zijn van profilering voldoende materiaal moet aandragen om een vermoeden van discriminatie te vestigen. Daar is Muhammad niet in geslaagd, zodat art. 8 jo. 14 EVRM niet zijn geschonden. Daarnaast had Muhammad voldoende mogelijkheden om rechtsbescherming te krijgen en om onderzoek te laten doen naar de eventuele discriminerende bejegening.

Klager is van Pakistaanse afkomst en woont in Spanje, waar hij een permanente verblijfsvergunning heeft. In 2013 werden hij en een vriend, eveneens van Pakistaanse afkomst, staande gehouden door de politie in Barcelona, in een gebied waar relatief vaak tasjesdieven opereren. De politie vroeg klager om zijn identiteitsbewijs te laten zien. Toen klager vroeg waarom ze hem staande hielden en of dat iets te maken had met zijn huidskleur, beantwoordde de politiebeambte die vraag volgens klager positief. Toen klager protesteerde tegen de volgens hem racistische motieven van de agent, werd hij naar het politiebureau gebracht. De politie betwist deze lezing van de feiten. Volgens de politie had klager zelf laatdunkend taalgebruik jegens de politiemensen gehanteerd en was dat de reden voor de staandehouding. Ook verzette klager zich tegen een redelijk verzoek om zijn identiteitskaart te tonen.

Hoewel er een onderzoek werd ingesteld naar aanleiding van een klacht die klager indiende, werd dit onderzoek vrijwel meteen stopgezet. Een procedure daartegen had voor klager geen resultaat. Klager heeft daarnaast een bestuursrechtelijke procedure wegens staatsaansprakelijkheid ingesteld. Het bestuursrechtelijk onderzoek werd beëindigd wegens gebrek aan bewijs; een daartegen ingestelde bestuursrechtelijke procedure was voor klager niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klager op grond van art. 8 en 14 EVRM en op grond van art. 1 P12 EVRM geklaagd over de verplichting zich te identificeren; volgens hem is daarbij sprake geweest van discriminatie op grond van ras. Het Hof stelt vast dat de kwestie van discriminatie in deze zaak is opgekomen in verband met de identificatieplicht, waarbij ook de vraag rijst naar de verplichting om onderzoek te doen naar eventuele racistische motieven bij het afdwingen van deze verplichting. Dit betekent dat de kwestie binnen het bereik valt van art. 8 EVRM en moet worden beoordeeld in het licht van art. 8 jo. 14 EVRM.

Het Hof benadrukt dat de staat niet alleen verplicht is om zich te onthouden van het maken van inbreuk op art. 8 EVRM, maar dat er ook een positieve verplichting kan bestaan tot onderzoek wanneer een individu een 'arguable claim' vestigt dat hij is uitgezonderd voor een bepaalde bejegening ('targeting') op basis van specifieke fysieke of etnische kenmerken. Als sprake is van aantijgingen van discriminatie op grond van ras geldt er bovendien een bijzondere verplichting tot onderzoek vanwege de bijzondere ernst van rassendiscriminatie. Gelet op de gevaarlijke gevolgen van deze vorm van discriminatie vergt die bijzondere aandacht van de autoriteiten en moet er stevig op worden gereageerd. Bovendien heeft het Hof al eerder vastgesteld dat bij geweldsincidenten altijd onderzoek moet worden gedaan naar de vraag of etnische motieven een rol hebben gespeeld. Daarbij is het Hof zich bewust van de moeilijkheden bij het bewijzen van dergelijke etnische motieven. De staten moeten niettemin al het redelijke doen om bewijs te verzamelen en te onderzoeken en moeten verschillende wegen verkennen als het gaat om de feitenvaststelling en waarheidsvinding. Ook moeten zij een goede motivering geven voor hun oordeel, waarbij feiten die mogelijk blijken geven van racistische motieven niet mogen worden weggemoffeld. In het bijzonder ten aanzien van profilering vormt deze onderzoeksverplichting een impliciet onderdeel van alle verantwoordelijkheden die voor de staten voortvloeien uit art. 8 jo. 14 EVRM.

In het onderhavige geval staat vast dat klager is gevraagd om zijn identiteitsbewijs en dat onderzoek is gedaan naar eventuele racistische motieven. Daarbij zijn de betrokken politieambtenaren gehoord, zowel in het strafrechtelijke als in het bestuursrechtelijke onderzoek. Hieruit blijkt dat er op zichzelf voldoende rechtsmiddelen beschikbaar waren voor klager om zijn klachten over discriminatie naar voren te brengen. Art. 8 jo. 14 EVRM zijn in procedureel opzicht dan ook niet geschonden.

De tweede vraag die voorligt is of in het onderhavige geval sprake was van discriminerende bejegening van klager en daarmee van directe of indirecte discriminatie op grond van ras. Het is daarbij aan de klager om in eerste instantie aan te tonen dat er sprake is geweest van een verschil in behandeling, waarna de bewijslast verschuift naar de staat; die moet dan aantonen dat de ongelijke behandeling gerechtvaardigd was. In gevallen van aantijgingen van racisme kan echter niet van de overheid worden gevraagd dat zij aantoont dat een beambte geen

specifieke subjectieve attitude had.

In de voorliggende zaak heeft klager aangevoerd dat niemand die behoort tot het ‘Kaukasische deel van de bevolking’ was aangehouden vlak voor of nadat hij zelf staande werd gehouden. Dit kan volgens het Hof in deze zaak echter niet meteen als bewijs worden gezien van een raciaal motief. Klager is er verder niet in geslaagd om andere omstandigheden aan te voeren waaruit blijkt dat de politie identiteitscontroles zou uitvoeren die zijn ingegeven door animositeit jegens burgers met dezelfde identiteit als klager. Daardoor is er geen aanleiding om de bewijslast te verschuiven naar de staat om aan te tonen dat er geen sprake was van ras- of etniciteitsgebaseerde profilering. Evenmin ziet het Hof reden om af te wijken van de nationale bevinding dat de staandehouding in het geval van klager was gebaseerd op diens gedrag en niet zozeer op basis van zijn etniciteit.

Klager heeft verder gewezen op verschillende rapporten waaruit blijkt van een systematische praktijk van etnische profilering bij identiteitscontroles. Inderdaad zijn er verschillende organisaties, waaronder intergouvernementele organisaties, die hun zorgen hebben uitgesproken over raciaal gemotiveerde politiecontroles in Spanje. Het is echter niet aan het Hof om daarop in bredere zin in te gaan, nu de klacht zich alleen richt op de vraag of de identificatieplicht voor klager racistisch was gemotiveerd. Daarvan is niet gebleken.

Tot slot merkt het Hof op dat er in Spanje regelgeving is die bescherming kan bieden tegen etnische en rassendiscriminatie en dat daarbij ook sancties kunnen worden opgelegd. In het onderhavige geval is geen reden gezien om van die mogelijkheden gebruik te maken.

Gelet op deze overwegingen stelt het Hof geen schending vast van art. 8 jo. 14 EVRM (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517

Zaaknummer: 34085/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Pavlov e.a. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nr. 31612/09

Inwoners van Lipetsk ondervinden al jaren schadelijke effecten door de uitstoot van grote (staal- en cement-)fabrieken in de omgeving. Het EHRM benadrukt dat in een geval als dit geen individuele gezondheidsschade hoeft te worden bewezen voor toepasselijkheid van art. 8 EVRM, maar dat het voldoende is dat de kwaliteit van leven in algemene zin aantoonbaar is benadeeld. De Russische autoriteiten hebben weliswaar enige maatregelen getroffen om de uitstoot te verminderen, maar zij zijn daarbij onvoldoende voortvarend te werk gegaan. Daardoor hebben ze geen redelijk evenwicht bereikt tussen de op het spel staande belangen en is art. 8 EVRM geschonden.

Klagers wonen in Lipetsk, een stad ten zuiden van Moskou. Hun huizen staan op een aantal kilometers afstand van een aantal grote fabrieken, waaronder twee staalfabrieken en een cementfabriek. Op nationaal niveau hebben klagers geprocedeerd tegen een aantal overheden met de stelling dat zij onvoldoende hebben ondernomen om maatregelen te treffen om de milieusituatie in Lipetsk te verbeteren. In eerste aanleg verklaarde de rechter de eisen ongegrond omdat er een aantal verplichte bufferzones voor emissies waren gecreëerd, er voldoende toezicht werd gehouden op de naleving van de milieuregels en er verschillende keren boetes waren opgelegd aan de fabrieken. Ook zou immateriële schade wegens milieuvervuiling niet voor vergoeding in aanmerking komen. In hogere instanties bleef dit oordeel in stand.

Bij het EHRM hebben klagers de nodige informatie naar voren gebracht en overheidsrapporten overgelegd ter onderbouwing van hun stellingen over het ontbreken van daadwerkelijke bescherming tegen milieuvervuiling in hun woonomgeving. Uit de rapporten blijkt dat de maximaal toegestane emissies ('MPL') voor een groot aantal gevaarlijke stoffen in 2000-2007 en 2011 duidelijk waren overschreden. Ook werd melding gemaakt van gevaarlijke milieuomstandigheden, met name waar het ging om luchtvervuiling. Regionale rapporten over de periode 2016-2018 stellen opnieuw dat lucht- en waterverontreiniging belangrijke

gezondheidsrisico's opleveren in de regio Lipetsk. Een rapport van de Russische consumentenautoriteit uit 2019 stelde vast dat er sprake was van een gevaarlijke combinatie van vervuilingfactoren, waarbij sterftecijfers en medische en demografische indicatoren correleerden met de vervuilingsniveaus. Hierdoor werden meer dan 230.000 inwoners in de omgeving getroffen.

De regering heeft in reactie op deze gegevens gewezen op de verschillende projecten die zijn ondernomen om bufferzones aan te leggen rondom de fabrieken. Ook zijn er subsidies toegekend voor innovaties die zouden bijdragen aan vermindering van de milieubelasting.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de ernstige milieuvervuiling in Lipetsk hun gezondheid en kwaliteit van leven in gevaar heeft gebracht en dat de regering te weinig heeft gedaan om daartegen effectieve beschermingsmaatregelen te treffen.

Het EHRM herinnert er allereerst aan dat art. 8 EVRM alleen van toepassing kan zijn als het privéleven van klagers echt is aangetast en als die aantasting een bepaald minimumniveau van ernst heeft bereikt. Dat betekent dat een beweerde vervuiling ernstig genoeg moet zijn om de gezins- en privélevens van klagers en het genot van hun woningen daadwerkelijk aan te tasten. Het gaat daarbij om een relatieve beoordeling waarbij rekening moet worden gehouden met verschillende omstandigheden, zoals de intensiteit en de duur van de vervuiling en de fysieke of mentale gevolgen ervan voor iemands gezondheid en kwaliteit van leven. Het Hof wijst erop dat het causaal verband tussen vervuiling en gezondheids- of welzijnsschade vaak lastig aantoonbaar is en dat het Hof bij het vaststellen daarvan zich ook niet kan blindstaren op nationale vaststellingen. Het is daarom belangrijk dat het ook andere informatiebronnen kan betrekken in zijn beoordeling.

In het onderhavige geval is gebleken dat de huizen van klagers op verschillende kilometers afstand van de fabrieken waren gelegen, maar dat betekent nog niet dat art. 8 EVRM niet van toepassing kan zijn. De nationale rechter heeft in de zaak van klagers al vastgesteld dat de vervuiling in alle delen van Lipetsk boven de maximaal toegestane waarden uitsteeg en werd veroorzaakt door de fabrieken; ook nam de nationale rechter aan dat Lipetsk tot een van de meest vervuilde Russische steden behoorde. Daardoor kan niet worden betwist dat klagers werden blootgesteld aan deze vervuiling en er mogelijk door zijn geraakt. Die bevindingen zijn in overeenstemming met wat is gebleken uit de door klagers aangeleverde overheidsrapporten. Toch zijn ook die gegevens onvoldoende om te kunnen vaststellen dat er een causaal verband bestond tussen de vervuilingsniveaus en de negatieve gevolgen voor de gezondheid van klagers. In het onderhavige geval hebben de klagers niet gewezen op specifiek bewijsmateriaal waaruit blijkt dat zij aandoeningen hebben ontwikkeld die direct verband kunnen houden met de uitstoot door de fabrieken. Wel heeft de staat in zijn rapporten erkend

dat er een directe relatie kan zijn tussen die uitstoot en de sterftecijfers in Lipetsk en dat er nadelige gezondheidsgevolgen waren van de overschrijding van diverse emissienormen. Daarnaast wijst het Hof erop dat ernstige milieuvervuiling ook kan leiden tot aantasting van het welzijn zonder dat bewijsbaar is dat de gezondheid is geschaad. Klagers werden immers gedwongen om te wonen in een omgeving waarin de niveaus van luchtvervuiling erkend abnormaal en consistent hoog te zijn en waarvan duidelijk is dat ook het drinkwater vervuild was met giftige stoffen. Daardoor zal de kwaliteit van leven van klagers dusdanig zijn verslechterd dat hun recht op privéleven is geraakt. Dit betekent dat art. 8 EVRM in de onderhavige zaak van toepassing is.

Ten aanzien van de inhoud van de klacht stelt het Hof voorop dat – om positieve verplichtingen te kunnen vaststellen in dit soort zaken – er een ‘fair balance’ moet worden gevonden tussen de verschillende betrokken belangen. Daarbij moet het Hof vanuit zijn subsidiaire positie sterk rekening houden met de nationale beoordelingen die al zijn gegeven, al kan het daarvan ook afwijken als dat redelijk is. In de onderhavige zaak is duidelijk dat de staat vergunningen heeft afgegeven voor de exploitatie van de fabrieken en dat zij kennis hadden van de bestaande milieuproblemen; daartegen hebben zij ook bepaalde maatregelen getroffen. Er was daarmee een voldoende relatie tussen de uitstoot en het handelen van de overheid om de staat voor de gevolgen verantwoordelijk te houden.

Ten aanzien van de belangenafweging die is gemaakt oordeelt het Hof dat er naar nationaal recht een verplichting was om bufferzones in te richten waarbinnen hogere emissieniveaus waren toegestaan, en waarbij die bufferzones goed werden gescheiden van woongebieden. Het is duidelijk dat er inspanningen zijn verricht om die bufferzones te creëren, maar ook dat er daarbij veel vertraging is opgetreden en dat de zones nog steeds niet overal bestaan. Hiervoor zijn geen goede redenen gegeven. Toch is het enkele feit dat niet volledig is gehandeld in overeenstemming met de milieuregels nog niet voldoende om een schending van art. 8 EVRM te kunnen vaststellen, nu er ook andere maatregelen kunnen worden genomen om respect voor het privéleven te garanderen. Volgens het Hof zijn er echter weinig andere milieubeschermings- en controlemaatregelen zijn getroffen. De nationale rechter heeft daarbij onder meer nagelaten om te beoordelen of maatregelen hadden geleid tot vermindering van de vervuiling. Ook heeft de rechter niet uitdrukkelijk rekening gehouden met het belang van klagers om in een veilige omgeving te kunnen wonen en heeft hij dat niet afgewogen tegen het belang van economische ontwikkeling van de regio. Het Hof zelf ziet in de overgelegde gegevens verder aanwijzingen dat de genomen maatregelen in de periode 1999-2013 in ieder geval onvoldoende zijn geweest om overeenstemming met de milieunormen te garanderen. Gelet daarop concludeert het Hof dat in ieder geval in die periode art. 8 EVRM is geschonden doordat er geen goed evenwicht is gevonden tussen de

betrokken belangen.

Sinds 2014 is de situatie verbeterd en in 2017 zijn nog verdere milieubeschermingsmaatregelen getroffen. Toch is gebleken dat er ook in die periode nog aanzienlijke uitstoot van giftige stoffen heeft plaatsgevonden en dat Lipetsk nog steeds een van de meest vervuilde gebieden in de regio is, dat luchtkwaliteit nog steeds een belangrijke risicofactor is voor de inwoners en dat de luchtkwaliteit in de recente jaren weer is verslechterd. Gelet daarop is ook voor deze periode geen goede afweging gemaakt en zijn de positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD003161209

Zaaknummer: 31612/09

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

S.C.R.L., HvJ EU 13 oktober 2022, zaak C-344/20

De sollicitatie van L.F. voor een stageplaats bij een woningcorporatie is afgewezen omdat zij een hoofddoek draagt en dat in strijd is met het neutraliteitsbeleid van de corporatie. Het HvJ EU benadrukt dat bij de toetsing van indirect onderscheid geen verschil mag worden gemaakt tussen ‘godsdienst’ en ‘levensovertuiging’ – deze gronden moeten worden gelijkgesteld. Daarnaast laat het vanwege de ontbrekende consensus op dit terrein veel vrijheid aan de staten om in hun nationale recht en bij de belangenafweging bij indirect onderscheid (zoals in het onderhavige geval) meer gewicht toe te kennen aan de godsdienstvrijheid dan aan de ondernemingsvrijheid.

In het kader van haar beroepsopleiding automatisering heeft verzoekster in het hoofdgeding aan woningcorporatie S.C.R.L. een spontane sollicitatie gestuurd. Verzoekster is moslima en draagt een islamitische hoofddoek. In het kader van haar sollicitatie werd haar gevraagd of ze achter het neutraliteitsregime stond van S.C.R.L., waarin staat vermeld dat werknemers ervoor zullen zorgen ‘dat hun geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging, van welke aard dan ook, op geen enkele wijze in woorden, kleding of anderszins tot uiting wordt gebracht’. Verzoekster heeft aangegeven dat zij haar hoofddoek niet wil afnemen en het neutraliteitsbeleid dus niet wil naleven. Om die reden is aan haar sollicitatie niet verder gevolg gegeven. In het kader van de procedure hierover zijn prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU in het licht van de eerdere rechtspraak van dit Hof hierover.

Met zijn eerste vraag wil de verwijzende rechter weten of de termen ‘godsdienst en overtuiging’ in art. 1 van richtlijn 2000/78/EG één discriminatiegrond of juist onderscheiden discriminatiegronden vormen. In eerdere rechtspraak heeft het HvJ EU vanwege het feit dat de gronden in één adem worden genoemd aangenomen dat ze als twee kanten van dezelfde discriminatiegrond moeten worden gezien. Gelet op de formulering van art. 21 Hv moet deze grond wel worden onderscheiden van ‘politieke of andere denkbeelden’. De grond omvat zowel godsdienstige overtuigingen als levensbeschouwelijke of spirituele overtuigingen. De

reikwijdte van richtlijn 2000/78 is limitatief geformuleerd en de richtlijn ziet dus bijvoorbeeld niet op politieke of vakbondsovertuigingen of op artistieke, sportieve, esthetische of andere overtuigingen of voorkeuren.

In de tweede plaats is de vraag of het neutraliteitsbeleid van S.C.R.L. onderscheid maakt op grond van godsdienst of levensovertuiging. In WABE heeft het Hof aangegeven dat sprake kan zijn van directe discriminatie als het criterium onlosmakelijk is verbonden met een of meer bepaalde godsdiensten of overtuigingen. In casu betreft het beleid niet het dragen van grote, opvallende tekens, maar het dragen van elk zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging op het werk. Zo'n regel behandelt alle werknemers van de onderneming op dezelfde manier en verplicht hen op algemene en niet-gedifferentieerde wijze zich neutraal te kleden. Zo'n algemene, niet-gedifferentieerde regel creëert geen verschil in behandeling op grond van een criterium dat onlosmakelijk met godsdienst of overtuiging is verbonden. In dit verband wijst het HvJ ook op art. 10 lid 1 Hv, dat de godsdienstvrijheid omvat en dat moet worden uitgelegd in overeenstemming met art. 9 EVRM; ook de basisbeginselen die het EHRM heeft gedefinieerd – dus die van de waarde van godsdienstvrijheid voor autonomie, democratie en pluralisme – moeten hierbij worden meegenomen.

Het HvJ erkent dat wel sprake kan zijn van indirect onderscheid, maar het is aan de nationale rechter om vast te stellen of sprake is van een bijzondere benadeling van personen die een bepaalde godsdienst aanhangen of een bepaalde overtuiging hebben. Het HvJ herhaalt zijn inmiddels vaste rechtspraak dat de wens van een werkgever om neutraliteit uit te stralen naar publieke en particuliere klanten als legitiem doel kan worden aangemerkt in het licht van de door art. 16 Hv beschermde vrijheid van ondernemerschap. Wel moet worden aangetoond dat er daarbij sprake is van een werkelijke behoefte van de onderneming. Het HvJ EU benadrukt dat deze uitlegging is ingegeven door het streven om tolerantie, respect en acceptatie van meer diversiteit principieel aan te moedigen en om te voorkomen dat een neutraliteitsbeleid binnen de onderneming wordt misbruikt ten nadele van werknemers die vanwege religieuze geboden bepaalde kledingvoorschriften volgen.

In de derde plaats wil de verwijzende rechter weten hoe groot de beoordelingsmarge is die lidstaten hebben bij het geven van een uitleg van art. 8 lid 1 van richtlijn 2000/78. Volgens die bepaling mogen staten een hogere bescherming toekennen aan de godsdienstvrijheid als die op nationaal niveau is vastgelegd. Het HvJ heeft eerder geoordeeld dat er hierbij inderdaad een beoordelingsmarge is om ruimte te laten voor de afstemming tussen verschillende rechten en belangen, in het kader van de diverse benaderingen wat betreft de plaats die staten in hun nationale rechtsordes toekennen aan godsdienst of overtuiging. Deze uit een gebrek aan consensus voortkomende beoordelingsmarge moet wel gepaard gaan met toezicht door de

Unierechter om te zien of nationale maatregelen in beginsel gerechtvaardigd en evenredig zijn. De afweging tussen het discriminatieverbod en de godsdienstvrijheid is dus in belangrijke mate overgelaten aan de staten. Deze kunnen daarbij besluiten om meer gewicht toe te kennen aan de godsdienstvrijheid dan aan de vrijheid van ondernemerschap, voor zover dit voortvloeit uit het nationale recht. Het HvJ stelt ook vast dat de beoordelingsmarge van de staten niet zover kan gaan dat zij de in art. 1 van richtlijn 2000/78 limitatief opgenomen discriminatiegronden gaan opsplitsen. Dat zou afbreuk doen aan de nuttige werking van het algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Daardoor worden namelijk subgroepen van werknemers gecreëerd en dat is niet de bedoeling van de richtlijn. De nationale rechter zou dus bij de afweging van belangen levensbeschouwelijke en spirituele overtuigingen hetzelfde gewicht moeten toekennen als godsdienst of religieuze overtuigingen. Het samenvoegen van deze gronden staat er daarbij overigens niet aan in de weg dat werknemers met religieuze overtuigingen worden vergeleken met werknemers met andere overtuigingen, of dat werknemers met verschillende religieuze overtuigingen worden vergeleken met elkaar. Wel kan discriminatie 'op basis van' godsdienst of overtuiging in de zin van deze richtlijn alleen kan worden vastgesteld wanneer de betrokken ongunstiger behandeling of het betrokken nadeel wordt ondervonden op grond van de godsdienst of overtuiging.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-10-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:774

Zaaknummer: C-344/20

Rechters: A. Prechal, M.L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl en J. Passer

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG, EVRM art. 9, Hv art. 10 lid 1, Hv art. 16, Hv art. 21, RL 2000/78/EG art. 1, RL 2000/78/EG art. 2 lid 2 (a) en RL 2000/78/EG art. 8 lid 1

RECHTSPRAAK

S.F.K. t. Rusland, EHRM 11 oktober 2022, nr. 5578/12

Een jonge vrouw raakte zwanger, maar haar ouders waren sterk tegen de zwangerschap gekant. Zij dwongen haar – in het geval van de vader met zware bedreigingen – tot een abortus. De arts in het (openbare) ziekenhuis ging hierin mee en voerde de abortus uit, waarbij hij ook geen goed medisch onderzoek uitvoerde. Het EHRM houdt de staat daarom medeverantwoordelijk voor de gedwongen abortus, waarvan het aanneemt dat die onder zodanige dwang plaatsvond dat art. 3 EVRM is geschonden. Daarnaast is er na de abortus onvoldoende via het strafrecht opgetreden, waardoor de staat ook zijn procedurele positieve verplichtingen niet is nagekomen.

In 2009 ontmoette klagerster G., met wie zij samen ging wonen en vervolgens in overeenstemming met de islamitische tradities is getrouwd. In 2010 werd G. aangehouden op verdenking van een geweldsmisdrijf. Op de dag na zijn arrestatie ontdekte klagerster dat ze zwanger was. Haar ouders dwongen haar om een abortus te ondergaan, ondanks haar protesten, waarbij haar vader haar bedreigde en sloeg. Hoewel klagerster ook aan de arts vertelde dat ze het kindje wilde houden, probeerden hij en de verpleegster om haar ervan te overtuigen dat ze de abortus zou moeten ondergaan. Ook dreigde de vader dat hij klagerster en haar moeder zou vermoorden als de abortus niet door zou gaan. Daarop gaf klagerster toe en werd de abortus uitgevoerd. Klagerster heeft daarbij noch voorafgaand aan of na afloop van de abortus een medisch onderzoek ondergaan of documenten hoeven te ondertekenen. Naar aanleiding van een melding door klagersters broer stelde de politie vervolgens een onderzoek in; ook klagerster zelf diende een klacht in tegen haar ouders omdat ze haar hadden gedwongen tot de abortus. Er werd echter geen strafrechtelijke procedure gestart omdat de ouders niet de bedoeling hadden gehad om hun dochter kwaad te doen en ze ervan overtuigd waren dat ze handelden in het belang van hun kind. Ook was klagerster pas vijf weken zwanger geweest op het moment waarop de abortus plaatsvond. Een tuchtklacht die klagerster tegen de arts indiende was evenmin succesvol. Een civiele schadevergoedingsprocedure tegen het

ziekenhuis leidde wel tot de bevinding dat er een schending was van klagsters privéleven en van psychische schade; dit leidde tot toekenning van een schadevergoeding van 500 euro.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat het gedwongen uitvoeren van de abortus en het ontbreken van goede medische zorg in strijd waren met art. 3 EVRM. Het Hof overweegt dat zaken over medische behandelingen zonder geïnformeerde toestemming meestal onder art. 8 EVRM vallen, maar dat in bijzondere omstandigheden ook art. 3 EVRM van toepassing kan zijn. Dat geldt in het bijzonder als een medische behandeling tegen de wil van de betrokkene wordt uitgevoerd en een bepaald minimumniveau van ernst heeft bereikt; dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij gedwongen gynaecologisch onderzoek of gedwongen sterilisatie. In het onderhavige geval moet bovendien worden onderzocht of de overheid voor de abortus verantwoordelijk kan worden gehouden. Dat kan in dit geval, nu de abortus werd uitgevoerd in een openbaar ziekenhuis en duidelijk is dat die in strijd met de geldende nationale regels en de toepasselijke medische standaarden is uitgevoerd. Aantoonbaar is verder dat klagster zich zeer duidelijk en consistent heeft verzet tegen de abortus, ook jegens de artsen, en dat ze uiteindelijk alleen heeft ingestemd uit angst voor de bedreigingen door haar vader. Daarnaast moet rekening worden gehouden met haar kwetsbaarheid en jeugdige leeftijd. Het Hof is er dan ook van overtuigd dat klagster de abortus tegen haar wil heeft ondergaan en dat ze daarbij een hoog niveau van stress en angst moet hebben ervaren. Art. 3 EVRM is dan ook van toepassing in de onderhavige zaak, zodat de zaak ontvankelijk is.

Ten gronde overweegt het Hof nogmaals dat de staat verantwoordelijk was voor de abortus doordat die plaatsvond in een openbaar ziekenhuis. Nu de abortus in strijd was met de menselijke waardigheid van klagster en een ernstige vorm van onmenselijke en vernederende behandeling opleverde, is art. 3 EVRM geschonden in materieel opzicht (5 stemmen tegen 2).

Het Hof onderzoekt vervolgens of de staat heeft voldaan aan de procedurele positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM. Daarbij geldt dat de nationale autoriteiten de nodige discretie moet toekomen als het gaat om de keuze van passende procedurele instrumenten. In de onderhavige zaak is echter duidelijk dat de strafrechtelijke procedurele middelen die beschikbaar waren, ineffectief waren als het ging om de gedwongen abortus. De civiele procedure alleen kan niet als toereikend worden aangemerkt om te voldoen aan de procedurele positieve verplichtingen, zodat klagster ook nog steeds kan worden aangemerkt als slachtoffer. Er is dan ook sprake van een schending van de uit art. 3 EVRM voortvloeiende procedurele positieve verplichtingen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD000557812

Zaaknummer: 5578/12

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Stancu e.a. t. Roemenië, EHRM 18 oktober 2022, nr. 22953/16

Op een nieuwswebsite zijn verschillende artikelen geplaatst waarin kritisch wordt gerapporteerd over de rol van een openbaar aanklager – O.S.H. – in een strafzaak waarin de verdachte is vrijgelaten. O.S.H. heeft geprocedeerd wegens reputatieschade en is in het gelijk gesteld. Het EHRM oordeelt dat daarmee inbreuk is gemaakt op de uitingsvrijheid van de nieuwssite. Nu het ging om een onderwerp van algemeen belang, de reputatie van O.S.H. niet ernstig is aangetast, er een voldoende feitelijke basis was voor het artikel en de opgelegde civiele schadevergoeding (1000 euro) een ontmoedigend effect kon hebben, concludeert het Hof dat art. 10 EVRM is geschonden.

Klagers zijn journalisten en redacteuren die werkzaam zijn voor de onlinenieuwssite *Lumea Justiției*, die zo'n 20-30.000 bezoekers per dag trekt. De zaak vindt zijn oorsprong in een strafvervolgung jegens N.T. op verdenking van moord en poging tot moord. N.T. werd daarvan in eerste aanleg vrijgesproken omdat zijn schuld niet voldoende kon komen vast te staan. Het openbaar ministerie ging in hoger beroep, maar dat werd wederom afgewezen, net als een cassatieberoep. N.T. stelde vervolgens een strafzaak in tegen de oorspronkelijke openbaar aanklagers, V.P. en O.S.H., wegens misbruik van bevoegdheid en onzorgvuldige omgang met getuige C.Z. Deze aanklacht leidde niet tot vervolging van V.P. en O.S.H. In de periode waarin deze aanklacht werd onderzocht publiceerde een journalist een artikel op *Lumea Justiției* over O.S.H., waarin ook V.P. werd genoemd. In het artikel werd vermeld dat de onterechte vervolging van N.T. aan O.S.H. te wijten was en dat er sprake was van misbruik van bevoegdheid. In de periode daarna werden nog vier artikelen gepubliceerd over deze zaak en de rol van O.S.H. daarbij. Voor O.S.H. was dat gevoelig omdat zij in deze periode ook kandidaat was voor de Roemeense raad voor de rechtspraak. O.S.H. procedeerde wegens

smaad tegen klagers en verzocht om een schadevergoeding. Zij werd in eerste aanleg gedeeltelijk in het gelijk gesteld. In hoger beroep werd de te betalen schadevergoeding bijgesteld tot betaling van 1000 euro aan O.S.H.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de opgelegde verplichting tot schadevergoeding in strijd kwam met de door art. 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid. Een van de discussiepunten ten aanzien van de rechtvaardiging van de inbreuk tussen partijen betreft het nagestreefde doel. Volgens de regering was dat om de autoriteit van de rechterlijke macht te beschermen. Het Hof stelt vast dat O.S.H. openbaar aanklager was en dat zij die functie ook behield toen ze later in de raad voor de rechtspraak werd verkozen. Hoewel er in sommige rechtssystemen onderscheid kan worden gemaakt tussen de staande en de zittende magistratuur, is het Hof ervan overtuigd dat ook de onafhankelijkheid en autoriteit van de beslissing van openbaar aanklagers een kernaspect van het rechtssysteem vormt. In het onderhavige geval kan dan ook worden aangenomen dat de sanctie een legitiem doel diende.

Ten aanzien van de noodzakelijkheid wijst het Hof op de bijzondere plichten en verantwoordelijkheden die journalisten hebben als het gaat om zorgvuldige en precieze informatievoorziening. Het is niet aan het Hof om te treden in de keuzes die journalisten maken als het gaat om de manier waarop zij rapporteren. Rapportages over het functioneren van het rechtssysteem gaan evident over een onderwerp van algemeen belang, maar rekening moet wel worden gehouden met de bijzondere rol van de rechtspraak in de samenleving. Aanvallen die in essentie ongefundeerd zijn, maar wel zwaar beschadigend, kunnen ook het vertrouwen in de rechterlijke instituties ondermijnen. Rechters en daarmee ook openbaar aanklagers moeten daarbij in hun professionele hoedanigheid wel wat kritiek kunnen verdragen. Weliswaar geldt dat ze beschermd moeten worden tegen ongegronde aantijgingen, maar ze kunnen niet genieten van enige vorm van immuniteit.

Tegen deze achtergrond beoordeelt het Hof de zaak aan de hand van de vaste criteria die gelden bij aantastingen van reputatierechten. Duidelijk is dat de artikelen zodanig waren dat zij O.S.H.'s reputatie konden aantasten. Zeker nu O.S.H. in aanmerking wilde komen voor verkiezing in de raad voor de rechtspraak – over de onafhankelijkheid en kwaliteit waarvan toch al wat debatten werden gevoerd op het relevante moment – en gelet op de aard van de artikelen neemt het Hof aan dat ze gingen over een onderwerp van algemeen belang. O.S.H. was een hooggeplaatste openbare aanklager. Hoewel zij niet zoveel kritiek hoeft te kunnen verdragen als een politicus, moet zij wel een dikkere huid hebben dan de gemiddelde burger.

Hoewel het Hof opmerkt dat de nationale rechters hebben vastgesteld dat de artikelen een voldoende feitelijke grondslag hadden, acht het het van belang om de betreffende uitingen ook zelf te onderzoeken en in hun context te plaatsen. Het Hof concludeert daarbij dat de auteurs

van de stukken een nogal selectieve aanpak hebben gekozen, maar op basis van een uitgebreide bestudering van de relevante passages en de uitspraken van de nationale rechters in de zaak N.T. komt het Hof tot de conclusie dat er wel enige feitelijke basis was voor de stukken. Ook hielpen de auteurs van de stukken de lezer hun eigen conclusies te trekken, onder meer door een link naar de uitspraak in de zaak van N.T. op te nemen. In hoger beroep zijn dit soort punten volgens het Hof onvoldoende meegewogen.

Het Hof acht verder van belang dat O.S.H.'s professionele reputatie niet heel ernstig lijkt te zijn aangetast. In ieder geval betwijfelt het Hof dat de gevolgen die zij heeft ondervonden op zouden wegen tegen het belang van het publiek om kennis te nemen van de informatie die in de artikelen was vervat.

Het Hof wijst er ten slotte op dat er een veroordeling is geweest tot een schadevergoeding. Weliswaar was die niet heel hoog en zijn er geen betalingsproblemen geweest, maar toch is het Hof van oordeel dat zo'n veroordeling een ontmoedigend effect kan hebben voor het gebruik van de uitingsvrijheid.

In gezamenlijkheid leiden deze overwegingen het Hof tot de conclusie dat art. 10 EVRM is geschonden (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD002295316

Zaaknummer: 22953/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Theo National Construct S.R.L. t. Moldavië, EHRM 11 oktober 2022, nr. 72783/11

De Roemeense wegebouwonderneming Theo National Construct was een partnerschap aangegaan met de Moldavische ondernemingen Q en S, waarbij Theo National Construct waardevolle machinerie inbracht. Via allerlei wegen wist onderneming S vervolgens Theo National Construct uit de constructie te zetten, waarna de machinerie op de bank overging die eerder leningen aan het samenwerkingsverband had verstrekt. Het EHRM vermoedt kwade trouw en fraude bij de procedures die S heeft aangespannen en oordeelt dat de procedures jegens Theo National Construct willekeurig en onrechtmatig zijn verlopen. Het stelt dan ook een schending vast van art. 1 EP EVRM.

De klagende onderneming is een wegebouwbedrijf dat in Roemenië is gevestigd. In 2007 sprak de onderneming met een Moldavische ondernemer en de leider van een politieke partij af om de markt in Moldavië te betreden als partner in onderneming Q. Daarbij zou de onderneming zelf meer dan een miljoen inbrengen in de vorm van wegebouwmachines. Aan de constructie nam – voor een veel kleiner bedrag – ook onderneming S. deel. De constructie werd in 2007 geregistreerd door de Moldavische kamer van koophandel (MCC), waardoor het kapitaal van Q meteen aanzienlijk toenam. In oktober 2007 ondertekende Q een contract met een waarde van zo'n 24,5 miljoen euro voor onderhoud van een nationale weg. Om de benodigde middelen te verkrijgen om aan deze opdracht te voldoen, sloot Q bankleningen af ter waarde van zo'n 1,5 miljoen euro en maakte Q gebruik van de door de klagende onderneming ingebrachte machines. Snel daarna verslechterde de relatie tussen de klagende onderneming en S in verband met een andere taxatie door S van de waarde van de machinerie dan de MCC eerder had gemaakt. Dit leidde tot procedures hierover, waarbij in hoger beroep de MCC-taxaties werden vernietigd en de registratie van de samenwerkingsconstructie ongedaan werd gemaakt, waardoor de klagende onderneming van Q werd uitgesloten. Dit leidde tot een verlaging van het kapitaal van Q tot zo'n 14,5 duizend euro. Die verlaging leidde

weer tot nieuwe procedures, dit keer aangespannen door de klagende onderneming, maar de eisen werden op procedurele gronden verworpen. Pogingen van de klagende onderneming om de kosten van al verrichte bouwinspanningen te verrichten waren niet succesvol. Integendeel: in 2013 oordeelde het Moldavische hooggerechtshof dat de machines die de klagende onderneming had ingebracht moesten worden overgedragen aan de bank die de leningen had verstrekt.

Met een beroep op art. 1 EP EVRM heeft de klagende onderneming gesteld dat de procedures onrechtmatig en willekeurig zijn gevoerd en hebben geleid tot een feitelijke ontneming van eigendom. Het EHRM stelt vast dat als gevolg van de uiteindelijke beslissing van het Moldavische hooggerechtshof de klagende onderneming zijn aandelen in Q en in het contract voor het wegonderhoud in Moldavië is kwijtgeraakt. Gelet op de relevante wetgeving moet worden aangenomen dat deze uitsluiting een buitenwettelijke maatregel was waarin die wetgeving niet voorzag. Het Hof wijst er verder op dat er veel vraagtekens te plaatsen zijn bij de procedure die S. heeft gevoerd en waarover de klagende onderneming niet is geïnformeerd. Er zijn veel onrustbarende signalen daarover in het dossier te vinden, zoals het doen van uitspraak op de dag waarop de inhoudelijke zitting was gepland, de extreme snelheid waarmee de uitspraak ten uitvoer werd gelegd en de betrokkenheid van iemand die erg dichtbij de eigenaar van S. stond bij dat tenuitvoerleggingsproces. Hoewel de klagende onderneming die punten allemaal heeft aangevoerd in zijn procedure bij het hooggerechtshof, heeft dat daar geen aandacht aan besteed. Verder wijst het Hof erop dat de procedure tot uitsluiting van de klagende onderneming pas na verloop van de relevante verjaringstermijn was ingediend. Het EHRM concludeert dat de procedures op een willekeurige en onredelijke manier zijn verlopen en daarmee in strijd waren met art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007278311

Zaaknummer: 72783/11

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Zeggai t. Frankrijk, EHRM 13 oktober 2022, nr. 12456/19

Rondom de onafhankelijkheid van Algerije zijn specifieke voorzieningen getroffen voor mensen die de Franse nationaliteit wilden behouden of verwerven. De ouders van klager hebben destijds niet van die voorzieningen gebruik gemaakt, waardoor hij ook zelf niet de Franse nationaliteit heeft gekregen. Hij vindt dat dit een ongelijke behandeling oplevert ten opzichte van mensen die na de onafhankelijkheid zijn geboren en waarvoor een andere nationaliteitsregeling geldt. Het Hof oordeelt dat de destijds getroffen regeling gerechtvaardigd is en dat er bovendien gemakkelijke en toegankelijke manieren bestaan om alsnog de Franse nationaliteit te verwerven. Art. 8 jo. 14 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager is geboren in Frankrijk en heeft daar sinds zijn geboorte gewoond. Zijn ouders zijn geboren in Algerije en hebben de Franse nationaliteit, zoals gold voor alle mensen die in Algerije waren geboren toen dat nog tot het Franse territoir behoorde. Het grootste deel van de bevolking heeft een lokaal burgerschap naar islamitisch recht, maar mensen die dat wilden konden ook een regulier Frans burgerschap toegekend krijgen. In de jaren '60 werd besloten dat mensen die het Franse burgerschap hadden en die in Algerije woonden op het moment van de onafhankelijkheid daarvan hun Franse nationaliteit zouden behouden. Mensen die een het lokale burgerschap hadden kregen de mogelijkheid om erkenning van hun Franse nationaliteit te verwerven via het ondertekenen van een verklaring. Die mogelijkheid bleef openstaan tot maart 1967. Klager heeft in 2005 een Franse identiteits- en stemkaart gekregen (naar later bleek: ten onrechte), maar in 2011 weigerde een ambtenaar een verzoek om hem een certificaat te geven van zijn Franse nationaliteit. Klager verzocht in 2012 opnieuw om zo'n certificaat, maar dit werd hem geweigerd omdat hij niet uit buitenlandse ouders was geboren en ook niet voldeed aan de regels voor erkenning van de Franse nationaliteit die in de jaren '60 waren vastgelegd. Wel werd klager er in 2020 op gewezen dat er alsnog een mogelijkheid kon zijn om hem te erkennen als Frans staatsburger op basis van een in 2016 afgegeven

aanwijzing aan de prefecten.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat sprake is van een ongelijke behandeling tussen mensen die in Frankrijk geboren zijn uit op Frans grondgebied geboren ouders voor respectievelijk na de Algerijnse onafhankelijkheid, in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het onderscheid primair betrekking heeft op mensen die in Frankrijk geboren zijn uit ouders die zijn geboren met de Franse nationaliteit op het toenmalige Franse grondgebied in Algerije, maar die het lokale burgerschap hadden en hun Franse staatsburgerschap zijn kwijtgeraakt omdat ze geen verklaring van erkenning van de Franse nationaliteit hadden ondertekend. Daarmee neemt het Hof aan dat de ongelijke behandeling was gebaseerd op de vraag of de kinderen waren geboren voor of na de onafhankelijkheid van Algerije, en daarmee in feite op geboortedatum. Daardoor is klager in dit geval ook anders behandeld dan zijn broers en zussen, die na de Algerijnse onafhankelijkheid zijn geboren. Het Hof acht hun situatie verder wel vergelijkbaar.

Het doel van de regeling was destijds om de eenheid van nationaliteit in het gezin te bewaren door te garanderen dat minderjarige kinderen automatisch de status van hun ouders zouden aannemen. Ook had de regeling tot doel om rechtszekerheid te garanderen. Het Hof acht de regeling zoals die destijds is aangenomen passend en redelijk in het licht van de gestelde doelen. Voor klager zelf geldt dat Frans recht hem verschillende mogelijkheden geeft om alsnog de Franse nationaliteit te verkrijgen. Met name de mogelijkheid om iemand alsnog als Frans staatsburger te erkennen, waarop klager in 2020 nog is gewezen, lijkt goed aan te sluiten op de situatie van klager. Daarnaast laat de aanwijzing aan de prefecten uit 2016 zien dat er soepel moet worden omgegaan met verzoeken van dien aard die worden gedaan door mensen in de situatie van klager. Het Hof acht dan ook aannemelijk dat zo'n aanvraag – als klager die alsnog zou doen – succesvol zou kunnen zijn.

Deze overwegingen betekenen volgens het Hof dat het verschil in behandeling niet zozeer betrekking heeft op de toegang tot de Franse nationaliteit als zodanig, maar alleen op de manieren die beschikbaar zijn om die toegang te verkrijgen. Dat maakt de impact op het privéleven van klager aanzienlijk minder vergaand. Verder merkt het Hof op dat het zeker jammer is dat hij ten onrechte een identiteits- en stemkaart heeft gekregen zonder dat hij de Franse nationaliteit had, maar dat dit niet betekent dat de ongelijke behandeling waarop de klacht betrekking heeft daadwerkelijk discriminatie oplevert. Het Hof concludeert uit een en ander dat de ongelijke behandeling voldoende gerechtvaardigd is en niet in strijd is met art. 8 jo. 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1013JUD001245619

Zaaknummer: 12456/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

ANNOTATIE

P.W. t. Oostenrijk (EHRM 21 juni 2022, 10425/19) – De betwisting van gedragskundige deskundigenrapporten***R.A. Hoving***

1. In deze uitspraak komen twee jurisprudentielijnen over het gebruik van deskundigenbewijs in rechtszaken samen.[1] De ene lijn gaat over de vraag onder welke voorwaarden een gedwongen opname in een psychiatrische kliniek als gerechtvaardigde inbreuk op het recht op vrijheid kan worden aangemerkt. Gezien art. 5, eerste lid, onder e EVRM kan de detentie van geesteszieken rechtmatig zijn onder meer onder de voorwaarde dat een deskundige heeft vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is van een psychische stoornis.[2] De andere lijn ziet op de consequenties die de inschakeling van een deskundige in een rechtszaak kan hebben voor het recht op een eerlijk proces van betrokkenen. Deze lijnen zijn afzonderlijk van elkaar ontwikkeld. Aangezien de onderliggende vraagstukken over de rol van deskundigen in het recht op elkaar lijken, is het echter niet verwonderlijk dat de lijnen af en toe samenkomen. In *Stanev t. Bulgarije* overwoog het EHRM dan ook: ‘the Court observes that in most of the cases before it involving “persons of unsound mind”, the domestic proceedings have concerned their detention and were thus examined under Article 5 of the Convention. However, it has consistently held that the “procedural” guarantees under Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention are broadly similar to those under Article 6 § 1’.[3] Het punt waarop deze lijnen samenkomen is de vraag: welke mogelijkheden heeft een patiënt om de verklaringen van een deskundige te betwisten? En maakt het nog uit als de patiënt ook een verdachte is een strafzaak? In het navolgende worden eerst de feiten van de zaak op een rij gezet. Vervolgens wordt ingegaan op de betwisting van gedragskundig deskundigenbewijs door het voeren van formele verweren over de totstandkoming van het rapport en door het voeren van materiële verweren over de inhoud van het deskundigenrapport.

2. Uitspraken over het gebruik van bewijsmateriaal zijn vaak casuïstisch en deze zaak is daarop geen uitzondering. Daarom eerst een overzicht van de belangrijkste feiten in de zaak. Na een niet-betaalde taxirit wordt de politie ingeschakeld. Klaagster reageert agressief tegen de politie en slaat de agenten, waarna ze wordt aangehouden en nog dezelfde dag gedwongen wordt opgenomen in gesloten inrichting. De gedwongen behandeling is gebaseerd op een

civiele zorgmachtiging. Na vrijlating en een terugval wordt enkele maanden later voor de tweede keer een civiele zorgmachtiging afgegeven. Klaagster wordt, naar aanleiding van het agressieve gedrag tijdens haar aanhouding, in dezelfde tijd ook strafrechtelijk vervolgd voor wederspanningheid. De Oostenrijkse strafrechter acht de klaagster volledig ontoerekeningsvatbaar en besluit dat ze moet worden behandeld in een psychiatrische kliniek vanwege het gevaar dat ze opnieuw ernstige strafbare feiten zou begaan. Na drie jaar wordt ze vrijgelaten uit de kliniek.

3. De klaagster is in deze zaak onderzocht door drie deskundigen, aangeduid met hun initialen. De eerste deskundige, M.F., deed vlak na de aanhouding onderzoek. Dit onderzoek werd gebruikt voor de civiele zorgmachtiging. M.F. constateerde dat de klaagster leed aan een psychische stoornis (schizofrenie). Tijdens de tweede civiele opname deed M.F. nogmaals onderzoek. Hij concludeerde onder meer dat het gevaar voor anderen klein was, omdat klaagster haar medicijnen slikte. In het kader van de strafzaak werd onderzoek gedaan door W.S. Dit onderzoek was op uitsluitend documenten gebaseerd, omdat met de klaagster, die net weer was opgenomen in een kliniek, niet kon worden gesproken. Volgens W.S. was de klaagster grotendeels ontoerekeningsvatbaar en hij achtte het gevaar op recidive hoog. Na verzoek van de eerste advocaat van de klaagster werd door de strafrechter een derde deskundige ingeschakeld: A.K. Zij deed uitgebreid onderzoek en sprak met de klaagster. A.K. concludeerde dat de klaagster leed aan schizofrenie, dat de klaagster volledig ontoerekeningsvatbaar was en dat er een hoog risico was dat de klaagster zich opnieuw agressief zou gedragen. Alle drie deskundigen worden door het EHRM omschreven als 'specialist in psychiatry and neurology'. M.F. en W.S. stonden op een lijst met gerechtsdeskundigen, maar A.K. niet. Wel was A.K. het hoofd van de forensische afdeling van de medische faculteit van de universiteit van Linz.

4. Terug naar de juridische kaders. Deze uitspraak herhaalt het kader over wanneer gedwongen opnames gerechtvaardigd kunnen zijn. Het EHRM stelt onder meer als standardeis aan een rechtmatige vrijheidsbeneming van geesteszieken dat de bevoegde autoriteit moet hebben vastgesteld dat de betrokkene daadwerkelijk een psychische stoornis heeft, en dat dit oordeel moet zijn gebaseerd op objectieve medische deskundigheid (par. 48). De inschakeling van een medische deskundige is verplicht. Zonder medisch deskundigenbewijs is de opsluiting van personen met een psychische stoornis altijd in strijd met art. 5 EVRM (par. 51). Het is in beginsel aan de nationale autoriteiten om te bepalen of er sprake is van 'objectieve medische deskundigheid'. Wel eist het EHRM een rapport van een psychiater als de betrokkene niet eerder blijkt heeft gegeven van psychische stoornissen (par. 52). Het is eveneens aan de nationale autoriteiten om de kwaliteit van de rapporten van de medische (psychiatrische) deskundigen te beoordelen (par. 57). Het EHRM respecteert de

beoordeling van de nationale autoriteiten, tenzij de beoordeling willekeurig of onwetenschappelijk wordt geacht.

5. Het beoordelingskader sluit naadloos aan bij de standaardoverwegingen die in deze uitspraak worden herhaald over de beoordeling van klachten inzake de schending van artikel 6 EVRM. Het EHRM stelt dat het EVRM geen regels bevat over de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal of de beoordeling van bewijsmateriaal, dat de waardering van bewijsmateriaal voor de nationale rechter is, dat het EHRM geen ‘fourth-instance body’ is en dat de nationale beoordeling van bewijsmateriaal dus niet in twijfel wordt getrokken, tenzij de oordelen arbitrair of evident onredelijk worden geacht (par. 71).

6. De inhoudelijke beoordeling van het deskundigenbewijs wordt door het EHRM dus overgelaten aan de nationale autoriteiten. Maar aan de patiënt en/of verdachte moet wel de mogelijkheid worden geboden dit deskundigenbewijs te betwisten. Weliswaar is het recht op tegenspraak primair onderdeel van het recht op een eerlijk proces, maar art. 5, vierde lid EVRM kent ook aan degene wiens vrijheid is ontnomen expliciet het recht toe de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te betwisten.

7. De eis dat een psychische stoornis moet zijn gebaseerd op objectief medisch deskundigenbewijs biedt aanknopingspunten voor het voeren van verweren. Van een deskundige kunnen zowel de deskundigheid als de objectiviteit in twijfel worden getrokken. Dit geldt vanzelfsprekend niet alleen voor medische deskundigen. Bij alle deskundigen kunnen over de ‘deskundigheid’ en ‘objectiviteit’ van de deskundige kritische vragen worden gesteld. Een zwart-wit antwoord op de vragen valt echter niet te verwachten, eerder gaat het om glijdende schalen van meer tot minder deskundig en meer tot minder objectief. Welke mate van deskundigheid en objectiviteit voldoende is, zal afhangen van de feiten en omstandigheden. Het EHRM stelt hierin geen harde grenzen.

8. Het nationale recht kan regels bevatten die de deskundigheid of objectiviteit van een deskundige moeten waarborgen. Een voorbeeld daarvan is de regel dat een deskundige die wordt benoemd om informatie te geven in een rechtszaak moet zijn geregistreerd. Niet-naleving van nationale regels kan mogelijk leiden tot schending van art. 5 EVRM, omdat de vrijheidsbeneming dan niet overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven procedure tot stand komt. Dit biedt dan ruimte voor het voeren van formele verweren. In deze zaak wordt door klaagster aangevoerd dat de derde deskundige, A.F., niet is geregistreerd in een register van gerechtsdeskundigen, terwijl de strafrechter zich vooral baseerde op haar conclusies. In art. 126, tweede lid, van de Oostenrijkse Strafprozeßordnung (StPO) staat dat bij voorkeur (*vor allem*) deskundigen worden benoemd die op de lijst met gerechtsdeskundigen staan. Het is echter volgens de tweede volzin van hetzelfde lid ook mogelijk dat deskundigen worden

benoemd die niet op deze lijst staan. Alle deskundigen – geregistreerd en ongeregistreerd – moeten krachten art. 127 StPO naar eer en geweten en naar de regels van hun wetenschap verklaren. Deze regeling lijkt op de Nederlandse regels over de benoeming van deskundigen in een strafzaak. De officier van justitie mag gezien art. 150 Sv alleen deskundigen benoemen die staan geregistreerd in het Nederlands Register Gerechtelijke Deskundigen (NRGD). Een ongeregistreerde deskundige benoemen kan wel, maar alleen de rechter-commissaris is daartoe op grond van art. 227 Sv bevoegd. Alle benoemde deskundigen moeten volgens art. 51l Sv verklaren dat zij naar waarheid, volledig en naar beste inzicht verslag uitbrengen.

9. Het EHRM verwerpt de klacht dat de ongeregistreerde deskundige niet kan worden aangemerkt als objectieve medische deskundige (par. 62). De Oostenrijkse wet vereist namelijk geen registratie. Bovendien worden alle deskundigen gebonden aan dezelfde kwaliteitseisen. Daar komt nog bij dat de klagster geen inhoudelijke redenen heeft gegeven waarom de deskundige A.F. onvoldoende deskundig zou zijn. Kortom: als op grond van nationale wetgeving het niet is vereist dat een deskundige niet is geregistreerd, heeft het EHRM er geen moeite mee dat een ongeregistreerde deskundige wordt ingeschakeld.

10. Naast de formele verweren dat bij de totstandkoming van het deskundigenbewijs nationale procedureregels zijn geschonden, kan een patiënt en/of verdachte ook proberen op inhoudelijke gronden het deskundigenbewijs te betwisten. Bij deskundigenrapporten over de geestesgesteldheid kan het verweer bijvoorbeeld zien op het daadwerkelijk bestaan van een psychische stoornis of de ernst van de psychische stoornis. Hoewel dit soort beoordelingscriteria worden benoemd in de jurisprudentielijn over art. 5 EVRM, lijken klachten over het niet kunnen betwisten van het deskundigenbewijs uitsluitend als art. 6 EVRM-klachten te worden behandeld. Daarbij blijkt niet dat het EHRM veel belang hecht aan de verschillen tussen privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures.[4]

11. In deze zaak wordt ook geklaagd dat de Oostenrijkse rechter geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek van de klagster om een extra deskundige te benoemen. Over die klacht is het EHRM kort: er is geen verplichting voor de rechter om een deskundige te benoemen om de enkele reden dat een van de partijen daarom heeft verzocht (par. 73). Ook niet als de toestemming van de rechter de enige mogelijkheid is om een deskundige een rol te laten spelen in een procedure.[5]

12. Uit andere uitspraken van het EHRM blijkt dat er wel buitengewone omstandigheden kunnen zijn waardoor het voor de rechter wel noodzakelijk is om het verzoek in te willigen een extra deskundige in te schakelen.[6] Voorwaarde is dat de inschakeling van een extra deskundige de enige mogelijkheid is om op effectieve en behoorlijke wijze de beweringen van andere deskundigen te betwisten. Daarvan is in twee gevallen sprake. De rechter moet

instemmen met de inschakeling van een extra deskundige als er grote verschillen zijn in de mogelijkheden die beide partijen – overheid en patiënt / aanklager en verdachte – hebben om het deskundigenbewijs aan te dragen en te betwisten. In dat geval is de *equality of arms* in het geding. Een groot verschil kan bestaan als er een objectief gerechtvaardigde schijn bestaat dat de deskundige partijdig is of als de deskundige een zeer dominante rol heeft.[7] De rechter moet ook instemmen met de inschakeling van een extra deskundige als de deskundige een onderzoek heeft gedaan dat alleen kan worden bekritiseerd door het onderzoek te herhalen, bijvoorbeeld naar de samenstelling van in beslag genomen stoffen.[8] Maar als er – zoals in deze zaak – al meerdere deskundigen zijn ingeschakeld, waarvan één op verzoek van de klaagster, dan is er duidelijk geen dwingende reden meer om nog een deskundige in te schakelen.

13. Het is opvallend dat de strafkamer van de Hoge Raad gezien een recente uitspraak liever ziet dat er een extra deskundige wordt ingeschakeld, dan dat de deskundige die onderzoek heeft gedaan wordt gehoord op het onderzoek ter terechtzitting.[9] De Hoge Raad stelt dat de regels uit het post-*Keskin*-arrest[10] niet van toepassing zijn op het horen van deskundigen. In plaats van het horen van deskundigen benoemt de Hoge Raad ‘andere potentieel effectieve mogelijkheden om de bevindingen en de conclusies van de deskundige te onderzoeken en te betwisten [zoals] onder meer:

het laten opstellen van een nader rapport door de deskundige waarin vragen van de verdediging worden beantwoord;

- het laten uitvoeren van aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige;

- het laten beoordelen van de resultaten van het onderzoek van de deskundige door een andere deskundige;

- het (zo mogelijk) opnieuw laten uitvoeren van onderzoek door een andere deskundige.’ Hiermee maakt de Hoge Raad duidelijk een andere keuze dan het EHRM. Het EHRM neemt juist als uitgangspunt dat alle deskundigen moeten worden gehoord op het onderzoek ter terechtzitting, en acht inschakeling van extra deskundigen lang niet altijd nodig.[11] Is de voorkeur van de Hoge Raad om geen deskundigen te horen op de zitting strijdig met art. 6 EVRM? Dat is niet waarschijnlijk. Uiteindelijk draait het om de mogelijkheden die de verdachte in het strafrecht heeft – en ook die de partijen in het civiele proces of de klagende burger in het bestuursrecht hebben – om belastend deskundigenbewijs te kunnen betwisten. Die mogelijkheden zijn misschien wel groter door aanvullend of extra deskundigenonderzoek te laten verrichten, dan door deskundigen op de zitting te horen.

R.A. Hoving, universitair docent straf- en strafprocesrecht Rijksuniversiteit Groningen en

wetenschappelijk medewerker openbaar ministerie.

[1] Het gaat enerzijds om de jurisprudentielijn vanaf *Winterwerp t. Nederland*, EHRM, 24 oktober 1979, nr. 6301/73 over de noodzaak van ‘objective medical expertise’ voor een rechtmatige vrijheidsbeneming van geesteszieken. Anderzijds gaat het om de jurisprudentielijn vanaf *Bönisch t. Oostenrijk*, EHRM, 6 mei 1985, nr. 8658/79 over de verhouding tussen deskundigen en het recht op een eerlijk proces.

[2] *Winterwerp t. Nederland*, EHRM, 24 oktober 1979, nr. 6301/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173, par. 39.

[3] *Stanev t. Bulgarije*, EHRM (GK), 17 januari 2012, nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006, *NTM/NJCM-bulletin* 2012.

[4] In *Hodžić t. Kroatië*, EHRM, 4 april 2019, nr. 28932/14,

ECLI:CE:ECHR:2019:0404JUD002893214, par. 67 wordt herhaald dat het concept van een eerlijk proces niet noodzakelijk hetzelfde inhoudt in het strafrecht en het privaatrecht. In de toepassing blijkt dit verschil niet.

[5] *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, EHRM, 25 juli 2013, nr. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206, par. 721 e.v.

[6] Zie *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, EHRM, 25 juli 2013, nr. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206, par. 725 en *Matytsina t. Rusland*, EHRM, 27 maart 2014, par. 183, nr. 58428/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0327JUD005842810.

[7] *Korošec t. Slovenië*, EHRM, 8 oktober 2015, nr. 77212/12,

ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, par. 47-48.

[8] *Stoimenov t. Macedonië*, EHRM, 5 april 2007, 17995/02,

ECLI:CE:ECHR:2007:0405JUD001799502, p. 42.

[9] HR 13 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1198.

[10] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576.

[11] *Mirilashvili t. Rusland*, EHRM, 11 december 2008, nr. 6293/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000629304, par. 163; *Matytsina t. Rusland*, EHRM, 27

maart 2014, nr. 58428/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0327JUD005842810, par. 177.

ANNOTATIE

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e.a. (HvJ EU, C-159/21) – Het recht op tegenspraak en geheime informatie***M. den Heijer***

1. De uitspraak betreft het gebruik van geheime informatie in de asielprocedure en meer in het bijzonder het ingewikkelde compromis tussen het belang van geheimhouden van gevoelige informatie en het recht om een effectief verweer te kunnen voeren. Hoewel de uitspraak een uitlegging betreft van de asielprocedurerichtlijn, hebben de overwegingen van het Hof van Justitie mogelijk bredere bestuursrechtelijke implicaties gelet op de aanknoping met het Handvest en algemene beginselen van Unierecht. Vooral van belang, ook voor Nederland, is dat het Hof een stelsel van kennisneming van vertrouwelijke informatie door de rechter niet in alle gevallen beschouwt als geschikt alternatief voor het delen van de informatie met de betrokkene of advocaat. Wat betekent dat voor de bestuursrechtelijke figuur van beperkte kennisneming neergelegd in art. 8:29 Awb?

2. Art. 23, eerste lid, tweede alinea, van de procedurerichtlijn stelt dat het niet delen met een advocaat van informatie waarop een asielbesluit berust om veiligheids- of andere legitieme redenen enkel is toegestaan indien i) de informatie ter beschikking wordt gesteld aan de rechter, en ii) in het nationale recht wordt zeker gesteld dat het recht van verweer geëerbiedigd wordt. Ten aanzien van de tweede voorwaarde voegt de richtlijn facultatief toe dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om de informatie te delen met “raadslieden die aan een veiligheidscontrole zijn onderworpen”, sinds het *Chahal*-arrest ook wel bekend als “special advocates”.^[1] Het HvJEU benadrukt in dit arrest dat de twee voorwaarden cumulatief zijn: eerbiediging van enkel de voorwaarde van kennisneming door de rechter volstaat niet omdat het beginsel van het recht op tegenspraak impliceert dat “juist de betrokkene, in voorkomend geval via een raadsman, zijn belangen kan doen gelden door zijn standpunt over die informatie kenbaar te maken” (punt 58). Het Hof ziet deze lezing ondersteund door artikelen 41 en 47 Handvest en het Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur.

3. Het lijkt erop dat deze lijn strenger is dan die van het EHRM. Althans, in zaken aangaande de uitzetting of ongewenstverklaring van vreemdelingen om redenen van nationale veiligheid,

is de lijn van dat Hof over de te bieden procedurele waarborgen niet altijd consequent. In sommige zaken[2] kiest het EHRM een even strenge lijn als het HvJEU: hoewel de betrokkene niet altijd zelf toegang hoeft te krijgen tot gevoelige informatie moet de kern van het recht op tegenspraak gewaarborgd worden, bijvoorbeeld door de informatie ter beschikking te stellen aan “special advocates”. Maar in een enkele andere zaak, waaronder een Nederlandse, nam het EHRM genoegen met kennisneming en toetsing van de informatie door de rechter.[3]

4. Nederland kent in het vreemdelingenrecht geen “special advocates”. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling is het stelsel van beperkte kennisneming van vertrouwelijke informatie door de rechter neergelegd in art. 8:29 Awb in overeenstemming met het recht op een eerlijk proces.[4] De implicatie van het huidige arrest voor de Nederlandse situatie is dat art. 8:29 Awb een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde is om het recht op gelijke proceskansen te waarborgen, op zijn minst in asielzaken. Volgens het eerste dictum van het arrest moet de vreemdeling of een raadsman de “kern van de gronden waarop het betrokken besluit is gebaseerd” meegedeeld krijgen en moet daartegen verweer kunnen worden gevoerd. De precieze procedurele invulling – een systeem van special advocates, een beperkt inzagerecht voor de betrokkene, of iets anders – is ingevolge het beginsel van procedurele autonomie aan de lidstaten.

Maarten den Heijer

Universiteit van Amsterdam

[1] *Chahal t. VK*, EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493.

[2] *Chahal*, voornoemd; EHRM 19 februari 2009, *A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505, «EHRC» 2009/50 m.nt. Loof, «JV» 2009/142 m.nt. Spijkerboer en Van Kempen; *Al-Nashif t. Bulgarije*, EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0620JUD005096399, «JV» 2002/239 m.nt. Guild; *I.R. en G.T. t. VK*, EHRM 28 januari 2014, nrs. 14876/12, 63339/12, ECLI:CE:ECHR:2014:0128DEC001487612, «EHRC» 2009/50 m.nt. De Lange.

[3] *A. t. Nederland*, EHRM 20 juli 2010 nr. 4900/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0720JUD000490006, «EHRC» 2010/113 m.nt. Woltjer; *Othman t. VK*, EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, «EHRC» 2012/64, m.nt. Den Heijer.

[4] Zie de overzichtsuitspraak over art. 8:29 Awb: ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, m.n. par. 4.

ANNOTATIE

G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a. (HvJ EU, C-140/20) – Een nieuwe episode in de dataretentiejurisprudentie***R.H.T. Jansen en R.M. te Molder*****Inleiding**

1. Dataretentievraagstukken veroorzaken een gestage jurisprudentiestroom.[1] Onlangs heeft het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) de jurisprudentiële lijnen uit de richtinggevende arresten *La Quadrature du Net*[2] en *Prokuratuur*[3] nog eens bestendigd. In de ogen van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona was de rechtsgang zelfs onnodig. Hij vond dat het HvJ EU de hier aan de orde zijnde vragen reeds ‘afdoende’ had beantwoord.[4] Het Ierse *Supreme Court* had weliswaar van de eerdere uitspraken kennisgenomen, maar zich daarover ‘nogal laconiek’ uitgelaten en toch aangedrongen op een nieuwe prejudiciële beslissing, aldus de A-G.[5] De vraag is of hij met die stellingname niet te kort door de bocht is gegaan. Weliswaar waren de door het Ierse Hof geformuleerde vragen niet nieuw, het onderhavige arrest biedt op een onderdeel wel degelijk een nadere precisering van bestaande jurisprudentiële lijnen. De uitspraak biedt evenwel geen blauwdrukken voor wetgeving en roept dus, net als de eerdere uitspraken, vragen op over de implementatie ervan in de Nederlandse context.[6]

2. In deze annotatie staan twee aspecten centraal. Het eerste is hoe de Nederlandse wetgever met inachtneming van de criteria van het HvJ EU een bewaarplicht kan vormgeven. Nederland kent momenteel geen bewaarplicht en de ontwikkelingen op dit gebied liggen al geruime tijd stil. Het tweede is of de door het HvJ EU geprefereerde onafhankelijke *ex ante*-toetsing ook buiten de context van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens uitwerking zou moeten krijgen. De opzet is als volgt. Eerst schetsen wij kort de zaak alsmede de belangrijkste uitgangspunten die gelden op het gebied van het bewaren en vorderen van verkeers- en locatiegegevens, en daarna behandelen wij de genoemde aspecten.[7]

Zaakschets

3. In maart 2015 is G.D. veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf wegens moord op een Ierse vrouw. In beroep heeft hij onder meer aangevoerd dat de eerstelijnsrechter ten onrechte verkeer- en locatiegegevens heeft toegelaten als bewijs. Om in de strafprocedure de ontvankelijkheid van dat bewijsmateriaal te kunnen betwisten, is G.D. gelijktijdig bij de *High Court* een civiele procedure gestart. Via civiele weg vocht hij de geldigheid aan van enkele bepalingen van een Ierse dataretentiewet uit 2011. Op grond van die wet moeten communicatieaanbieders metagegevens over communicatie bewaren, zodat de autoriteiten de gegevens later kunnen vorderen en raadplegen voor het opsporen, onderzoek en vervolgen van strafbare feiten.[8] In casu ging het vooral om de Ierse politie, de *An Garda Síochána*. G.D. vorderde ongeldigheidsverklaring van de bepalingen, zodat hij in het strafrechtelijke hoger beroep kon betogen dat de metagegevens ontoelaatbaar zijn als bewijs. Zijn betoog behelsde, kort samengevat, het volgende. De bestreden bepalingen zijn in strijd met de rechten die G.D. aan het Unierecht ontleent. Preciezer: de Ierse wet zou onverenigbaar zijn met artikel 15 lid 1 van Richtlijn 2002/58/EG gelezen in het licht van de artikelen 7 en 8 alsmede artikel 52 lid 1 van het Europees Grondrechtenhandvest, omdat die wet slechts minimale waarborgen bevatte en niet nauwkeurig vastlegde in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden autoriteiten toegang tot metagegevens mogen vorderen.

4. Het *High Court* stelde G.D. op 6 december 2018 in het gelijk. De wettelijke bepalingen zouden inderdaad in strijd zijn met het Unierecht. De verweerders – de *Commissioner of the Garda Síochána*, het Ministerie voor Communicatie en de *Attorney General* – stelden zich op een ander standpunt. De Staat ging dan ook tegen de beslissing in beroep bij het *Supreme Court*, de hoogste rechterlijke instantie van Ierland. Het *Supreme Court* formuleerde in de beroepsprocedure een zestal vragen en diende op 25 maart 2020 het verzoek in tot een prejudiciële beslissing. Het wenste met name duidelijkheid te verkrijgen over de vereisten die het Unierecht stelt aan het bewaren van metadata ter bestrijding van ernstige strafbare feiten en over de noodzakelijke garanties bij de toegang tot die gegevens. Voorts vroeg het zich af wat de omgang en de gevolgen zijn indien de bepalingen uit de Ierse wet van 2011 onverenigbaar zijn met het Unierecht. Problematisch was namelijk dat die wet diende ter omzetting van Richtlijn 2006/24/EG, die het HvJ EU in *Digital Rights Ireland e.a.* juist ongeldig had verklaard.[9] Ter overweging gaf het *Supreme Court* nog mee dat, als het ondanks solide toegangsregelingen niet zou zijn toegestaan om metagegevens universeel te bewaren, de plegers van verschillende categorieën strafbare feiten niet zouden kunnen worden opgespoord of vervolgd.

Bevestiging en precisering van algemene uitgangspunten

5. Zoals wij al aanstipten, bevestigt het HvJ EU in deze uitspraak bestaande jurisprudentiële lijnen. Ten eerste neemt het wederom als vertrekpunt dat een algemene en

ongedifferentieerde bewaarplicht van verkeers- en locatiegegevens alleen is toegestaan indien sprake is van een reële, actuele of voorzienbare dreiging voor de nationale veiligheid.[10] Ter bestrijding van (zeer) ernstige criminaliteit is zo'n bewaarplicht niet toegestaan. Een bewaarplicht voor ernstige criminaliteit is slechts toelaatbaar als de 'categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, [is limited; onze toevoeging] to what is strictly necessary'.[11] Een bewaarplicht voor ernstige criminaliteit moet dus zijn beperkt, bijvoorbeeld naar kring van personen, tijdsperiode en/of geografische zone.

6. Wel nieuw ten opzichte van eerdere jurisprudentie is, dat het HvJ EU de wijze waarop invulling kan worden gegeven aan een bewaarplicht concretiseert. Voor wat betreft de kring van personen geldt dat lidstaten in het bijzonder bewaringsmaatregelen kunnen treffen voor personen naar wie een onderzoek loopt; jegens wie andere onderzoeksbevoegdheden worden ingezet alsmede personen die een strafblad hebben waaruit blijkt dat zij reeds veroordeeld zijn voor een ernstig strafbaar feit met een mogelijk groot recidiverisico. Voor de geografische criteria geldt dat het gemiddelde criminaliteitscijfer in een bepaalde zone kan dienen als aanknopingspunt voor het afbakenen van een nationale bewaarplicht van verkeers- en locatiegegevens. Te betwijfelen valt evenwel of deze criteria werkbaar zijn in de toepassingspraktijk. Wij gaan daar zo nader op in.

7. Een tweede vraag die het HvJ EU in de onderhavige uitspraak wil ophelderen, betreft de vraag of gegevens die op basis van artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58 met het oog op de nationale veiligheid zijn bewaard vervolgens mogen worden gevorderd door de strafvorderlijke autoriteiten voor de bestrijding van (zeer) ernstige criminaliteit. In het *La Quadrature*-arrest heeft het HvJ EU deze vraag niet expliciet beantwoord,[12] hetgeen door de Deense overheid, die als interveniërende partij optrad, is aangegrepen om te betogen dat zoiets mogelijk zou moeten zijn.[13] Het HvJ EU denkt daar anders over. Gegevens die zijn bewaard op basis van een maatregel in de zin van artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58 mogen in beginsel enkel worden gevorderd voor hetzelfde doel als waarvoor de gegevens zijn bewaard. Dit is slechts anders 'wanneer de met de toegang nagestreefde doelstelling belangrijker is dan die welke de bewaring rechtvaardigde'.[14]

8. Op deze manier handhaaft het HvJ EU een strikte scheiding tussen de domeinen 'nationale veiligheid' en 'strafrecht'. [15] Als gegevens met het oog op de nationale veiligheid zijn bewaard, dan mogen die gegevens ook enkel met het oog op de nationale veiligheid worden gevorderd. Opmerking verdient hier wel dat de voorgaande overwegingen van het HvJ EU steeds betrekking hebben op de situaties waarin gegevens zijn bewaard op basis van art. 15 lid 1 Richtlijn 2002/58. De vraag of de autoriteiten gegevens kunnen vorderen die voor bedrijfsdoeleinden – bijvoorbeeld facturering – zijn bewaard, blijft dus nog steeds

onbeantwoord.[16] De redeneringen in het onderhavige arrest, net als die in *La Quadrature*, lijken er niettemin op te wijzen dat het vorderen van gegevens die bewaard zijn voor factureringsdoeleinden wel kunnen worden gevorderd voor de bestrijding van ernstige criminaliteit, omdat dit laatste doel zwaarder weegt dan het eerste.[17]

9. Voorts bevestigt het HvJ EU het belang van onafhankelijke toetsing voorafgaand aan het vorderen van verkeers- en locatiegegevens.[18] De Ierse rechter vroeg in hoeverre bij de beoordeling van de vraag of de rechter of een andere bestuurlijke entiteit onafhankelijk is, rekening kan worden gehouden met rechterlijke of andersoortige toetsing achteraf. Ter beantwoording van deze vraag wijst het HvJ EU vooral naar het *Prokuratuur*-arrest, waarin het heeft uiteengezet dat voorafgaande toetsing door een rechter of een andere onafhankelijke entiteit het uitgangspunt is. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan hiervan af worden gezien.[19] In casu betekent dit dat *ex ante*-toetsing door een politiefunctionaris die een zekere mate van autonomie bezit en achteraf door een rechter kan worden getoetst in strijd is met het Grondrechtenhandvest. Gelet op eerdere rechtspraak en het belang dat daarin is toegekend aan voorafgaande onafhankelijke toetsing is deze uitkomst niet opvallend.

Bewaarplicht naar nationaal recht

10. Nederland kent momenteel geen bewaarplicht in de zin van art. 15 lid 1 Richtlijn 2002/58, op basis waarvan communicatieaanbieders worden verplicht verkeers- en locatiegegevens te bewaren met het oog op de in dit artikel genoemde belangen (nationale veiligheid, bestrijding van criminaliteit, etc.).[20] Verkeers- en locatiegegevens worden in Nederland dus enkel bewaard op basis van andere (commerciële) gronden, zoals facturering. Mocht Nederland een wettelijke regeling willen treffen, dan is het onderhavige arrest van belang. Tegelijkertijd is echter de vraag in hoeverre de Nederlandse wetgever kan varen op de door het HvJ EU aangebrachte preciseringen.[21] Dat geldt in het bijzonder voor het gemiddelde criminaliteitscijfer in een bepaalde geografische zone dat volgens het HvJ EU kan worden gebruikt om een bewaarplicht vorm te geven. Verschillende problemen doen zich voor met betrekking tot dit criterium.

11. Hoewel criminaliteitscijfers op het eerste gezicht wellicht 'objectief' zijn, valt te betwijfelen of dat altijd het geval is. Zulke cijfers zijn niet zelden gekleurd. Er sluipt al snel een bias in. Als de politie haar capaciteit vooral inzet om bepaalde strafbare feiten – bijvoorbeeld de in het straatbeeld zichtbare criminaliteit – op te sporen, is de kans groter dat alleen deze strafbare feiten worden geconstateerd, met als gevolg dat de cijfers herbevestigend werken. Ook ligt discriminatie op de loer als blijkt dat de criminaliteitscijfers bias bevatten ten opzichte van minderheden.

12. Voorts doen zich ook met betrekking tot het criterium als zodanig allerlei vragen voor. Uit het criminaliteitscijfer moet blijken dat het gaat om een plek waar zware strafbare feiten worden gepleegd of op zijn minst om een plek waar een verhoogd risico op zware criminaliteit bestaat. Omdat het HvJ EU verder in het midden laat in welke gevallen lidstaten criminaliteitscijfers kunnen gebruiken om communicatieaanbieders te verplichten verkeers- en locatiegegevens te bewaren, is onduidelijk hoe dit alles in de praktijk precies moet worden gerealiseerd. Aangenomen dat alleen een (tijdelijke) stijging van de criminaliteitscijfers in een bepaalde locatie aanleiding kunnen geven tot een bewaarplicht: in welke mate is voor het opleggen van zo'n bewaarplicht een stijging van het gemiddeld criminaliteitscijfer nodig en hoe moet die stijging precies worden vastgesteld? Is daarvoor vereist om een vergelijking te maken met het verleden, of met andere gebieden? Ook verder blijft veel onduidelijk. Zo is niet duidelijk welk gebied onder zo'n bewaarplicht mag vallen. Een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht is niet toegestaan, maar de vraag is hoe het zit met bijvoorbeeld een provincie, een stad, een wijk of een buurt.

13. Ook met betrekking tot het strafblad als criterium om een bewaarplicht vorm te geven, valt de vraag te stellen of dit wel, zoals het HvJ EU het doet voorkomen, zo'n 'objectief' criterium is. Personen met een strafblad waaruit een verhoogd risico op recidive blijkt, worden immers gelijkgesteld met personen ten aanzien van wie uit feiten en omstandigheden blijkt dat zij als verdachte kunnen worden aangemerkt. De vraag is of deze gelijkstelling is te rechtvaardigen.

Ex ante toetsing naar nationaal recht

14. Met het oog op de normering van de digitale opsporing in het (gemoderniseerde) Wetboek van Strafvordering rijzen vragen over de *ex ante*-toetsing waar het HvJ EU ook in onderhavige uitspraak veel belang aan toekent. Een belangrijke vraag is, of de door het HvJ EU vereiste *ex ante*-toetsing ook voor andere bevoegdheden dan het vorderen van verkeers- en locatiegegevens zou moeten gelden waarmee een vergelijkbare of ernstigere inbreuk op het recht op privacy wordt gemaakt.[22] Nadere doordenking van de (praktische) consequenties van een dergelijke wijziging is, in het bijzonder in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, wenselijk. Op het eerste oog lijkt het aantrekkelijk om *ex ante*-toetsing vaker dan thans het geval is door een rechter-commissaris in plaats van een officier van justitie uit te voeren. Weliswaar is een rechter-commissaris onafhankelijker dan een officier van justitie, maar de vraag naar toetsing verdient meer fundamentele aandacht.

15. *Ex ante*-toetsing is vaak statisch van aard en daarom vooral geschikt in situaties waarin de verschillende belangen tegen elkaar kunnen worden gewogen nog vóórdat een bevoegdheid wordt ingezet. Te betwijfelen valt of deze vorm van toetsing adequaat is als het gaat om digitale opsporingsbevoegdheden. Kenmerkend voor zulke bevoegdheden is juist het

dynamische karakter, waarbij geldt dat in het bijzonder de ernst van de inbreuk op het recht op privacy zich niet gemakkelijk vooraf laat bepalen; de omstandigheden van het geval zijn bepalend. Toezicht achteraf – en wellicht: tijdens uitoefening van de bevoegdheid – lijkt in dit verband meer soelaas te kunnen bieden.[23] Momenteel speelt een soortgelijke discussie bij de normering van de AIVD en de MIVD. Daar is de tendens intussen dat het zwaartepunt moet worden verlegd van de *ex ante*-toets naar *ex durante*- en *ex post*-toezicht, zodat het toezicht beter aansluit bij het dynamische karakter van een bevoegdhedenuitoefening in het digitale domein.[24]

Conclusie

16. Al met al is de toegevoegde waarde van deze uitspraak ten opzichte van bestaande dataretentiejurisprudentie beperkt. Het betreft hier immers een bestendiging van bestaande jurisprudentiële lijnen. De A-G had daarvoor al gewaarschuwd. Interessant is vooral dat het HvJ EU nieuwe criteria aanreikt aan de hand waarvan een nationale bewaarplicht kan worden afgebakend, maar dat deze criteria vooral vragen oproepen. Voorts is interessant dat het HvJ EU hier nog eens onderstreept dat voor de toegang tot de bewaarde verkeers- en locatiegegevens een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of door een onafhankelijke administratieve entiteit nodig is. De vraag is evenwel hoe dit alles in de praktijk haalbaar en werkzaam is.

R.H.T. Jansen

Rowin Jansen is als docent en promovendus Algemene rechtswetenschap verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht alsook aan de Interdisciplinary Hub for Digitalization and Society van de Radboud Universiteit.

R.M. te Molder

Ruben te Molder is als promovendus Straf(proces)recht verbonden het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht alsook aan de Interdisciplinary Hub for Digitalization and Society van de Radboud Universiteit.

[1] Zie onder meer HvJ EU 2 oktober 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, «EHRC» 2019/18 m.nt. Van der Sloot; *La Quadrature du Net*, HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, ECLI:EU:C:2020:791, *EHRC Updates* 2020-0253 m.nt. Schroers; HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (*Prokuratuur*), *EHRC Updates* 2021-0088 m.nt. Van Toor en recenter HvJ EU 20 september, C-793/19 en C-974/19, ECLI:EU:C:2022:702 (*Spacenet*), *EHRC Updates* 2022-

0242.

[2] *La Quadrature du Net*, HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, ECLI:EU:C:2020:791, *EHRC Updates* 2020-0253 m.nt. Schroers.

[3] *Prokuratuur*, HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates* 2021-0088 m.nt. Van Toor

[4] Conclusie AG, par. 24.

[5] Conclusie AG, par. 26.

[6] Zie in dit verband ook de cassatie in het belang der wet naar aanleiding van *Prokuratuur*: HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475.

[7] Wij gaan hier niet in op het bewaren en vorderen van identificerende gegevens alsmede IP-adressen. Zie daarover *La Quadrature du Net*, HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, ECLI:EU:C:2020:791, par. 152-159, *EHRC Updates* 2020-0253 m.nt. Schroers.

[8] The Communications (Retention of Data) Act 2011. De wet is inmiddels geamendeerd.

[9] *Digital Rights Ireland*, HvJ EU 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238, «EHRC» 2014/140 m.nt. Koning.

[10] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, par. 58.

[11] *La Quadrature du Net*, HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, ECLI:EU:C:2020:791, par. 147, *EHRC Updates* 2020-0253 m.nt. Schroers.

[12] Sajfert wees in een blog reeds op de onduidelijkheid die het HvJ EU op dit punt liet bestaan. <https://europeanlawblog.eu/2020/10/26/bulk-data-interception-retention-judgments-of-the-cjeu-a-victory-and-a-defeat-for-privacy/>. Zie ook R. de Keersmaecker & C. van de Heyning, 'De bewaarplicht van en toegang tot telecomgegevens na de arresten van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof: een nieuwe episode in de dataretentie-saga', *Tijdschrift voor Strafrecht* 2021, afl. 4, p. 185.

[13] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.* par. 96.

[14] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.* par. 98. Zie ook *La Quadrature du Net*, par. 165-165.

[15] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, par. 53, 56-57, 59 en 99. Zie hierover M. Tzanou & S. Karyda, 'Privacy International and Quadrature du Net: One Step Forward Two

Steps Back in the Data Retention Saga?', *European Public Law* 2022, afl. 1, p. 130-134.

[16] Deze vraag heeft de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2022:475 ook niet expliciet gesteld aan het HvJ EU. Wel heeft de Hoge Raad de vraag gesteld of het toegang verlenen tot gegevens die op andere gronden worden bewaard dan de in art. 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EG genoemde gronden onder de werking van de Richtlijn 2002/58/EG vallen.

[17] Vgl. Keersmaecker & Van de Heyning 2021, p. 185-186.

[18] Zie uitgebreid G.P. Sholeh, 'De betekenis van het Prokuratuur-arrest: digitale opsporing en privacy onder de loep', *DD* 2022, afl. 3, p. 227-247.

[19] *Prokuratuur*, HvJEU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates* 2021-0088 m.nt. Van Toor.

[20] De laatste ontwikkeling op dit terrein betreft een brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 25 september 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 34537, nr. 8 waarin hij aankondigt een nieuw onderzoek te laten uitvoeren. Dit onderzoek is inmiddels uitgevoerd (T. van der Vorst, e.a., *Mogelijkheden voor identificatie op internet op basis van IP-adres*, Den Haag: 2019). Een nieuw voorstel is nog niet ingediend.

[21] Zie over de moeilijkheden hierover uitgebreider: R.M. te Molder, 'Het bewaren en vorderen van metagegevens ten behoeve van de opsporing: meer duidelijkheid van het HvJ EU gewenst', *DD* 2021, afl. 9, p. 860-863.

[22] Vgl. in dit verband ook het advies van de Raad van State over de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (d.d. 16 mei 2022), in het bijzonder in Deeladvies C over de opsporing, p. 135-136, en R.J. Verbeek, 'De Innovatiewet Strafvordering: het eerste spoor van het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *Ars Aequi* 2022, afl. 10, p. 802-805

[23] Vgl. in dit verband M.I. Fedorova e.a., *Strafvorderlijke gegevensverwerking. Een verkennende studie naar de relevante gezichtspunten bij de normering van persoonsgegevens voor strafvorderlijke doeleinden*, WODC, Nijmegen: Radboud University Press 2022, p. 115 en 171.

[24] Commissie-Jones-Bos, *Evaluatie 2020. Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017*, Den Haag 2021, m.n. hoofdstuk 9. Vgl. J.J. Oerlemans & Q.A.M. Eijkman, 'Evaluatie Wiv 2017: betere uitvoerbaarheid, ten koste van privacy?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2021, afl. 3, 95-101; R.H.T. Jansen, 'Van accentverschuiving naar stelselwijziging. Toezicht in het conceptvoorstel Tijdelijke cyberwet voor de AIVD en de MIVD', *Nederlands Juristenblad* 2022, afl. 30, p. 2406-2416.

ANNOTATIE

Alleleh e.a. t. Noorwegen (EHRM, 569/20) – Uitzetting en inreisverbod na verstrekken valse gegevens proportioneel**G. Lodder**

1. Deze zaak past in een rijtje van zaken die gaan over de uitzetting van een persoon die in weerwil van het ontbreken van een, of een op valse gegevens berustende verblijfsstatus gezinsleven heeft opgebouwd in de gaststaat. Voorbeelden van andere zaken zijn *Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, *Darren Omoregie e.a. t. Noorwegen*, *Nunez t. Noorwegen*, *Antwi e.a. t. Noorwegen* en *Jeunesse t. Nederland*.^[1] In al deze zaken (m.u.v. *Nunez* waar er sprake was van winkeldiefstal tijdens eerder verblijf) was er geen sprake van andere redenen van openbare orde dan overtreding van immigratieregels en in sommige zaken het verstrekken van valse of onjuiste informatie en documenten. In alle zaken is er een (ex-)echtgenoot of partner en zijn er minderjarige kinderen met de nationaliteit van de gaststaat. De uitkomst in deze zaken en de belangrijkste overwegingen zijn telkens anders. De uitzettingen van mevrouw *Rodrigues da Silva*, mevrouw *Nunez* en mevrouw *Jeunesse* werden wel in strijd met artikel 8 EVRM bevonden. De uitzettingen van mijnheer *Darren Omoregie* en van mijnheer *Antwi* daarentegen niet. In alle zaken spelen de belangen van de minderjarige kinderen een belangrijke rol. In de gevallen waarin werd geconcludeerd dat de uitzetting in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM waren deze belangen doorslaggevend in combinatie met een in elke zaak ander aspect. In het geval van mevrouw *Rodrigues da Silva* was dit dat zij rechtmatig verblijf had kunnen hebben op het moment dat het gezinsleven werd opgebouwd, als zij een aanvraag had ingediend (zie par. 43). In het geval van mevrouw *Nunez* was het de extra kwetsbaarheid van de kinderen door stress als gevolg van echtscheiding en wijziging van de gezagsregeling (zie par. 81 en 84) en het lange tijdsverloop voordat de autoriteiten besloten tot uitzetting (zie par. 82). In de zaak van mevrouw *Jeunesse*, oordeelde het Hof dat de Nederlandse autoriteiten gedurende zestien jaar geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid haar uit te zetten (zie par. 116) en dat de belangen van de kinderen onvoldoende zorgvuldig waren onderzocht en meegewogen (zie par. 120). Het patroon dat uitzetting van de moeder wel en van de vader niet in strijd met artikel 8 EVRM wordt bevonden, is met de zaak *Alleleh* verbroken. In alle hier genoemde eerdere zaken geeft het Hof zelf een weergave van de volgens het Hof relevante

feiten en voert het een eigen proportionaliteitstoets uit op basis van deze feiten. In dat opzicht is de zaak de zaak van *Alleleh e.a.* opvallend anders. Het EHRM beschrijft uitgebreid de nationale procedures maar is heel terughoudend in een eigen weergave van de relevante feiten en de proportionaliteitstoets. Het Hof benadrukt uitdrukkelijk dat op nationaal niveau zorgvuldig onderzoek is verricht en een evenwichtige belangenafweging is gemaakt. In deze noot zal ik een aantal onderwerpen aanstippen. Onder punt 3 bespreek ik deze terughoudende toetsing. In punt 4 ga ik in op het criterium 'unsurmountable obstacles' voor de mogelijkheid van gezinsleven in het land van herkomst. Alleen met betrekking tot het inreisverbod geeft het Hof een summiere eigen weergave van de feiten en voert het een beperkte proportionaliteitstoets uit. Deze bespreek ik onder punt 5. In de Noorse rechterlijke procedure werd verschillend gedacht over de toepassing van het EHRM criterium 'exceptional circumstances'. Dit bespreek ik onder punt 6. Ik sluit af met een opmerking van het Hof over alternatieven voor uitzetting en een inreisverbod. Eerst volgt echter een kort overzicht van de gevoerde procedures en belangrijkste feiten.

2. Mevrouw *Alleleh* dient op 10 september 2001 in Noorwegen een asielverzoek in, waarbij ze beweert de Somalische nationaliteit te hebben. Dit asielverzoek wordt in juni 2002 afgewezen, omdat er geen gegronde vrees voor vervolging zou bestaan. Het bezwaar tegen de afwijzing wordt in januari 2003 verworpen. Zij dient een herzieningsverzoek in tegen deze beslissing in mei 2003, waarbij ze haar vluchtverhaal wijzigt. In november 2005 wordt dit verzoek tot herziening geweigerd.

In 2002 ontmoet zij haar huidige man, die de Noorse nationaliteit heeft en in april 2004 gaan zij trouwen. Kort na het huwelijk vraagt zij een verblijfsvergunning voor verblijf bij haar echtgenoot aan. In september 2005 wordt haar een tijdelijke verblijfsvergunning voor een jaar verleend. Deze wordt in 2006 verlengd en in 2007 verkrijgt zij de Noorse nationaliteit. Het eerste kind van het echtpaar wordt in 2005 geboren, de andere kinderen in 2009 (een tweeling) en in 2013.

In 2014 blijkt dat mevrouw *Alleleh* in het kader van haar asielverzoek een valse nationaliteit heeft opgegeven en valse identiteitsdocumenten heeft verstrekt. Deze valse gegevens liggen ook ten grondslag aan haar aanvraag voor verblijf bij echtgenoot en naturalisatieverzoek. In werkelijkheid heeft zij de nationaliteit van Djibouti. Vervolgens wordt haar Noorse nationaliteit ingetrokken en krijgt zij een uitzettingsbevel opgelegd met een inreisverbod van twee jaar. Het bezwaar tegen beide beslissingen wordt in 2016 verworpen en meerdere herzieningsverzoeken worden geweigerd. Tegen het intrekken van de Noorse nationaliteit worden geen verdere procedures gevoerd. In 2016 gaan zowel mevrouw *Alleleh* als haar man en kinderen wel in beroep tegen het uitzettingsbevel en inreisverbod. Het beroep wordt door de rechtbank in eerste aanleg (Oslo City Court) verworpen. In tweede aanleg wordt mevrouw

Alleleh echter in het gelijk gesteld (Borgarting High Court). Vervolgens verwerpt de Supreme Court de uitspraak van de Borgarting High Court. Hierna dienen mevrouw *Alleleh* en haar man en kinderen een klacht in bij het EHRM wegens schending van artikel 8 EVRM.

3. Veruit het grootste gedeelte van de uitspraak van het EHRM bestaat uit een beschrijving van de gevoerde procedures tegen het uitzettingsbevel, het onderzoek dat in dat kader is verricht en de afweging van de argumenten die heeft plaatsgevonden. Deze uitspraak is een voorbeeld van de wijze waarop het EHRM heel terughoudend is in de toetsing in een zaak waar de nationale autoriteiten zorgvuldig zijn geweest. Het Hof concludeert dat de nationale autoriteiten niet hun beoordelingsmarge hebben overschreden nu alle feiten zorgvuldig zijn onderzocht en er een adequate belangenafweging heeft plaats gevonden. Er zijn volgens het Hof ook geen andere redenen om zijn eigen oordeel in plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten gezien het zorgvuldige onderzoek door de verschillende rechterlijke instanties.

Het Hof benadrukt in zijn beoordeling van de nationale toetsing een aantal aspecten. Ten eerste dat de beslissing die is genomen door de immigratieautoriteiten, door vier instanties is bekeken (administratief beroep en drie rechterlijke procedures). Er was een psycholoog aangewezen om tijdens de procedures de belangen van de kinderen te beschermen, verschillende getuigen zijn gehoord en ander bewijs is meegenomen. Er is zorgvuldig en voldoende voortvarend gehandeld (zie par. 94 en 98). Ook gaat het Hof in op het gebruik van de jurisprudentie van het EHRM door de Supreme Court. Deze krijgt een complimentje voor de bijzonder zorgvuldige analyse van de jurisprudentie van het EHRM. Het Hof stelt hierbij dat een dergelijke werkwijze noodzakelijk is voor de verdeling van de verantwoordelijkheid tussen het EHRM en de nationale rechtbanken (zie par. 96).

4. De vraag of gezinsleven elders kan worden uitgeoefend is een van de vaste factoren in de belangenafweging van het Hof. In een initiële overweging (het gaat hier om de vraag welke betekenis gehecht moet worden aan de pas in hoger beroep opgeworpen stelling dat er onoverkomelijke belemmeringen zijn het gezinsleven in het land van herkomst, Djibouti, uit te oefenen vanwege het risico op vrouwenbesnijdenis voor hun dochter) creëert het Hof na *Jeunesse* weer onduidelijkheid over welk criterium moet worden toegepast bij de vraag of het gezinsleven elders kan worden uitgeoefend (par. 95). In de Verblijfblog naar aanleiding van de zaak *Jeunesse* stellen Battjes en Ismaili dat het lijkt dat ‘unsurmountable obstacles’ niet langer zijn vereist in het geval van een gezinsleven met minderjarige kinderen, maar dat ‘a degree of hardship’, ook voldoende kan zijn om te constateren dat gezinsleven in het land van herkomst niet mogelijk is. In deze uitspraak heeft het Hof in navolging van de Supreme Court het echter weer over ‘unsurmountable obstacles’. Daarnaast wordt het belang van de factor - of gezinsleven elders kan worden uitgeoefend verkleind, door als uitgangspunt voor de

belangenafweging te accepteren dat de kinderen en vader niet meegaan naar Djibouti.

5. Alleen ten aanzien van het inreisverbod gaat het Hof iets verder in op de feiten en voert het een terughoudende proportionaliteitstoets uit. Ten eerste memoreert het Hof dat het gaat om een inreisverbod van slechts twee jaar, waar het Hof in eerdere zaken (bijvoorbeeld *Antwi e.a. t. Noorwegen* en *Darren Omoregie e.a. t. Noorwegen*) een inreisverbod van vijf jaar niet disproportioneel had gevonden. Daarnaast acht het Hof van belang dat het mogelijk is om herziening van het inreisverbod te vragen bij gewijzigde omstandigheden zoals bijvoorbeeld een negatieve ontwikkeling ten aanzien van de kinderen. Ook vindt het EHRM relevant dat het mogelijk is om tijdens deze twee jaar toegang te krijgen voor korte bezoeken aan Noorwegen. Tenslotte benadrukt het Hof dat niet alleen het inreisverbod is beperkt tot twee jaar, maar dat het er ook van uitgaat dat mevrouw *Alleleh* na afloop van het inreisverbod toestemming zal krijgen om het gezinsleven in Noorwegen te hervatten (zie par. 104). Het is mij overigens niet duidelijk waar het EHRM deze stellige overtuiging op baseert. Het is niet ondenkbaar dat een inbreuk op de immigratieregels zoals in het geval van mevrouw *Alleleh* ook een drempel opwerpt voor verlening van een nieuwe verblijfsvergunning, of dat niet wordt voldaan aan overige voorwaarden. In de zaak *Nunez* wordt het ontbreken van een garantie voor de mogelijkheid om terug te keren door het Hof juist als een relevante factor in zijn overwegingen meegenomen (zie par. 82).

6. Een interessant punt is de onenigheid tussen de Borgarting High Court en de Supreme Court over het toe te passen criterium. Het is standaard jurisprudentie van het Hof dat als het gezinsleven is aangegaan op een moment dat betrokkenen zich ervan bewust waren dat de verblijfspositie in de gaststaat van een van hen precair is, de verwijdering van een persoon zonder de nationaliteit van de gaststaat alleen in uitzonderlijke omstandigheden in strijd is met artikel 8 EVRM. De Borgarting High Court had deze standaardoverweging van het EHRM zo geïnterpreteerd dat er geen uitzonderlijke omstandigheden zijn vereist als alleen de persoon die uitgezet wordt zelf op de hoogte was van de preciaire verblijfsstatus, maar de andere betrokkenen met wie het familieleven is aangegaan hiervan op dat moment niet op de hoogte waren (zie par. 35). Deze interpretatie is te verdedigen op grond van het gebruik van het meervoud: *betrokkenen*. Nu de echtgenoot van mevrouw *Alleleh* pas na het huwelijk en na de geboorte van hun eerste kind op de hoogte was geraakt van het gebruik van een valse identiteit en nationaliteit door mevrouw *Alleleh*, moest volgens de Borgarting High Court niet het aangescherpte criterium van uitzonderlijke omstandigheden worden toegepast maar een volledige belangenafweging van alle belangen worden uitgevoerd.

Op dit punt is de zaak voorgelegd aan de Supreme Court. Deze concludeert dat dit een onjuiste interpretatie is van het criterium van het EHRM. Op basis van een analyse van enkele zaken tegen Noorwegen stelt de Supreme Court dat het niet inziet dat het een vereiste is voor

toepassing van het criterium van ‘uitzonderlijke omstandigheden’, dat alle betrokkenen van de situatie op de hoogte moeten zijn. De vier zaken die in de uitspraak worden genoemd zijn *Darren Omoregie e. a.*, *Antwi e.a.*, *Butt e.a.* (EHRM 4 december 2014, 47017/09) en *Kaplan e.a.* (EHRM 24 juli 2014, 32504/11). In de zaken *Darren Omoregie e. a.* en *Kaplan e.a.* gaan zowel de Noorse rechtbanken als het EHRM ervan uit dat in ieder geval de volwassen betrokkenen wel op de hoogte waren van de precare verblijfsstatus van een van hen op het moment dat zij het gezinsleven aangingen. In de zaak *Butt* gaat het om het verblijfsrecht van de kinderen zelf en de vraag of aan kinderen het gedrag van ouders kan worden toegeschreven, wat een andere dimensie geeft aan het criterium of betrokkenen op de hoogte waren van de precare situatie. Alleen in *Antwi* accepteert het EHRM de claim van mevrouw dat zij in eerste instantie niet op de hoogte was van de onjuiste informatie die haar man had verstrekt (zie par. 93). Later concludeert het Hof dat er in deze zaak geen uitzonderlijke omstandigheden zijn en dat er voldoende gewicht is toegekend aan de belangen van het kind bij de beslissing tot uitzetting (zie par. 103). Alleen deze zaak zou dus gebruikt kunnen worden als onderbouwing voor het standpunt van de Supreme Court. Overigens had de Supreme Court beter kunnen verwijzen naar de zaak *Jeunesse*, waar het EHRM een variatie op het criterium formuleert die het standpunt van de Supreme Court duidelijker ondersteunt: ‘Where confronted with a fait accompli the removal of the non-national family member by the authorities would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances’ (par. 114).

Het EHRM stelt ten aanzien van de uitleg van het criterium door de Supreme Court: ‘Although the Court does not disagree with the Supreme Court regarding this being the starting point, the Court also notes the very particular aspect of the instant case that the sanction imposed on the first applicant impacted as much, if not more, on her family members, notably her children, all being Norwegian nationals who had been born and lived all their lives in Norway.’ (par. 99). Het EHRM bevestigt dus dat voor toepassing van het criterium van uitzonderlijke omstandigheden niet is vereist dat alle betrokkenen op de hoogte waren van de precare verblijfsstatus. In dezelfde zin ontkracht het Hof de waardering van deze constatering echter door te benadrukken dat de sanctie eigenlijk grotere gevolgen heeft voor de gezinsleden en dan met name de kinderen. Het Hof noemt dat een ‘zeer bijzonder aspect’. Nu dit echter juist in veel zaken speelt waarbij een beroep op artikel 8 EVRM wordt gedaan is het de vraag hoe dit zeer bijzondere aspect zich verhoudt tot uitzonderlijke omstandigheden en het toe te passen criterium. Het EHRM had hier mijns inziens duidelijker kunnen zijn over de vraag of er een verschil bestaat tussen een volle belangenafweging en een belangenafweging waarbij alleen als er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden een doorslaggevend gewicht aan het belang van de overige familieleden en met name dat van kinderen, moet worden toegekend.

7. Een laatste observatie betreft de opmerking van het Hof over alternatieve sancties voor

uitzetting en een inreisverbod, met name als dit gerechtvaardigd zou zijn in het belang van de kinderen (zie par. 99). Het Hof noemt dit in het kader van de constatering dat uitzetting en een inreisverbod de kinderen harder treffen dan mevrouw *Alleleh* zelf, maar doet hier verder niets mee. Het blijft daarmee onduidelijk welke betekenis aan deze constatering verbonden kan worden. Zou het betekenen dat er een kleine beweging zit in de in eerdere jurisprudentie geaccepteerde noodzakelijkheid van deze maatregelen in het kader van migratiecontrole (zie bijv. *Nunez* par. 71 en ook deze uitspraak par. 97), als er kinderen in het spel zijn? Dit is mogelijk wishful thinking, maar zou in het belang van de kinderen een mooie uitkomst zijn!

Mr. dr. Gerrie Lodder

Universitair docent migratierecht OU

[1] *Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0131JUD005043599; *Darren Omoregie e.a. t. Noorwegen*, EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, ECLI:CE:ECHR:2008:0731JUD000026507, «EHRC» 2006/35 m.nt. A. Woltjer; *Nunez t. Noorwegen*, EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD005559709; *Antwi e.a. t. Noorwegen*, EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD002694010, en *Jeunesse t. Nederland*, EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810.

ANNOTATIE

Al Alo t. Slowakije (EHRM, 32084/19) – De afwezige getuige en strafvorderlijke samenwerking binnen de Europese Unie***C.M. Taylor Parkins-Ozephius en D.A.G. van Toor***

1. Al Alo, een Syrisch staatsburger, is in Slowakije veroordeeld voor migrantensmokkel. Alhoewel Al Alo stelde dat hij enkel de kennissen van zijn vader hielp door hen onderdak en transport aan te bieden, werd hij schuldig bevonden en veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf. Het bewijs voor het feit volgde onder meer uit de verklaringen van de desbetreffende migranten: zij stelden dat zij de verdachte hadden betaald voor het verzorgen van een reis naar Duitsland. Deze verklaringen zijn afgelegd gedurende het vooronderzoek. Voorafgaand aan de ondervragingen van de getuigen is Al Alo tweemaal uitgenodigd om bij de ondervraging aanwezig te zijn, maar hij weigerde beide uitnodigingen. Ten tijde van de eerste uitnodiging werd hij nog niet bijgestaan door een raadsman, ten tijde van de tweede uitnodiging wel. Na het afleggen van de verklaringen zijn de belastende getuigen Slowakije uitgezet naar respectievelijk Roemenië en Denemarken waardoor zij tijdens het onderzoek ter terechtzitting niet beschikbaar waren om (nader) te verklaren. Nu de mogelijkheid ontbrak om deze getuigen tijdens het onderzoek ter terechtzitting te ondervragen, meent Al Alo dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden. Een *Keskin*-zaak^[1] dus, waarover zoveel te doen is (gewees) in de Nederlandse strafrechtspleging^[2] en wetenschap,^[3] maar daarbij gaat het vrijwel nooit om het criterium dat in de onderhavige zaak centraal staat, te weten de goede grond voor afwezigheid van de belastende getuige tijdens het onderzoek ter terechtzitting. In de randnummers 2-4 wordt het kader hiervan kort geschetst. In randnummer 5 vindt de bespreking van het oordeel in de onderhavige zaak plaats, waarbij voornamelijk wordt ingegaan op de “goede” reden voor afwezigheid van de getuigen. In randnummers 6-7 wordt de uitspraak in het bredere perspectief geplaatst van de criteria die gelden met betrekking tot het gebruik van verklaringen afgelegd door afwezige getuige *à charge*. In randnummer 8 bekijken wij deze uitspraak in het licht van andere zaken waarin het EHRM – net zoals in de onderhavige zaak – korte metten maakt met een formalistische argumentatie bij de afwijzing van verdedigingsrechten.

2. Het zal niet verrassen dat het EHRM bij de beoordeling van deze zaak opnieuw de

driestappentoets uit *Schatschaschwili*[4] gebruikt. Die factoren, zoals vertaald door de Hoge Raad, zijn: '(i) de *reden* dat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend met betrekking tot een getuige van wie de verklaring voor het bewijs wordt gebruikt, (ii) het *gewicht* van de verklaring van de getuige, binnen het geheel van de resultaten van het strafvorderlijke onderzoek, voor de bewezenverklaring van het feit, en (iii) het bestaan van *compenserende factoren*, waaronder ook procedurele waarborgen, die compensatie bieden voor het ontbreken van een ondervragingsgelegenheid.'

[5] Ondanks dat in de rechtspraak van het EHRM de stappen in de zojuist beschreven volgorde worden beoordeeld, is de uitkomst van de tweede stap van groot belang voor de invulling van de andere stappen. Als een verklaring namelijk geen, een marginale of ondersteunende rol speelt voor de bewezenverklaring ligt het voor de hand dat nog steeds sprake is van een eerlijk proces in zijn geheel, zelfs als geen goede reden voor afwezigheid bestaat en er geen compensatie is geboden. Daar staat tegenover dat '[n]aarmate het gewicht van de verklaring groter is, is het – wil de verklaring voor het bewijs kunnen worden gebruikt – des te meer van belang dat een goede reden bestaat voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid en dat compenserende factoren bestaan.'

[6]

3. Wat de onderhavige zaak bijzonder maakt, is dat het – anders dan in de meeste zaken[7] – gaat om de eerste stap uit deze driestappentoets: bestaat er een goede reden voor afwezigheid van de getuige ter terechtzitting? In de onderhavige zaak wordt in de nationale procedure de tijdige vindbaarheid van de getuigen niet aangenomen. Dat is, zowel naar Nederlands recht als naar rechtspraak van het EHRM, een geaccepteerde grond voor afwezigheid van een belastende getuige. Uit *Schatschaschwili* (par. 113) blijkt echter dat het ontbreken van een goede grond voor afwezigheid op zichzelf niet voldoende is voor het aannemen van een schending van artikel 6 EVRM. Het EHRM ziet de stappen als communicerende vaten, waarbij de *overall* beoordeling terugkomt in de *overall-fairness* toets.[8]

4. In tegenstelling tot onderliggende zaak, gaat het bij dit type zaken, zoals al kort aangestipt, voornamelijk om de zogenoemde *sole or decisive rule* uit de tweede stap van de toets. Een beetje gechargeerd, kan de eerdergenoemde driestappentoets gereduceerd worden tot de vraag naar het belang van de verklaring.[9] Als de getuigenverklaring doorslaggevend is voor een bewezenverklaring lijkt er in eerste instantie weinig ruimte voor de zittingsrechter te bestaan om die belastende getuige niet ter zitting op te roepen. Als de getuigenverklaring daarentegen van ondergeschikt belang is, *casu quo* als er voldoende ondersteunend bewijsmateriaal aanwezig is, is dat vaak toereikend om een verzoek tot het oproepen van de belastende getuige af te wijzen.[10] Het is eventueel zelfs mogelijk om het feit dat de verklaring van de getuige van ondergeschikt belang is voor de rechtszaak ook te gebruiken voor de eerste stap: A-G Hartevelt beargumenteert in zijn conclusie bij een *post-Keskin* zaak dat het ondergeschikte belang van de verklaring een goede reden is voor afwezigheid van de

getuige bij het onderzoek ter terechtzitting.[11] Hiermee worden de eerste twee stappen teruggebracht naar één toets en wordt het belang van de *sole or decisive rule* nog groter.

5. Terug naar de onderhavige zaak: daarin oordeelde de Slowaakse rechter dat de getuigen ‘*unreachable*’ waren nu zij na de uitzetting buiten Slowakije woonachtig waren en omdat er geen redenen waren om aan te nemen dat zij gemotiveerd waren om terug te komen naar Slowakije (of hier toestemming voor zouden krijgen). Volgens het EHRM is de feitenrechter in het geval van een ‘*unreachable*’ getuige verplicht om *all reasonable efforts* in te zetten om alsnog de aanwezigheid van de getuige te bewerkstelligen. Hierbij is het volgens het EHRM in ieder geval duidelijk dat actief naar de getuige gezocht moet zijn met behulp van de autoriteiten, waaronder de politie, en moet de feitenrechter in het geval de getuige zich in het buitenland bevindt, *as a rule*, gebruik hebben gemaakt van de bestaande mogelijkheden van wederzijdse rechtshulp.[12] In de onderhavige zaak heeft de verdediging de autoriteiten zelfs voorzien van kopieën van de identiteitsbewijzen van de getuigen en de adressen in Denemarken en Roemenië. In de nationale procedure wordt echter geconcludeerd dat dat niet voldoende was omdat het de procedurele plicht van de verdediging zou zijn geweest om aan te tonen dat het deze getuigen zou worden toegestaan om Slowakije opnieuw binnen te komen. Het EHRM meent dat deze verplichting ongegrond is en wijst op het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in Strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. In artikel 10 van dit verdrag wordt geregeld dat de autoriteiten het mogelijk moeten maken om te voorzien in de mogelijkheid van een video-verhoor indien een getuige zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt. In onderliggende zaak was er dus geen goede reden van afwezigheid. In het licht van de huidige technische mogelijkheden en het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in Strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie is het op basis van het voorgaande nog maar de vraag of het zich in een andere EU-lidstaat bevinden als een goede reden van afwezigheid kan worden gezien. Zeker in het geval dat de adressen bekend zijn zal met een vrij geringe inspanning het ondervragingsrecht alsnog kunnen worden geëffectueerd. Overigens is het enigszins verrassend dat dit in de sleutel van de goede grond voor afwezigheid wordt gezet, en niet in het kader van de (hierna te bespreken) compensatiemaatregelen.

6. In *Schatschaschwili* bespreekt het EHRM een niet limitatieve lijst van mogelijkheden om indien de getuige ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet kan worden ondervraagd door de verdediging, het door de verdediging ondervonden nadeel bij het alsnog gebruiken van een verklaring uit het vooronderzoek voor het bewijs te compenseren. Voor deze zaak zijn met name de vierde en vijfde genoemde compenserende factoren interessant. Zo kan volgens het EHRM het niet aanwezig zijn van de getuige mogelijk gecompenseerd worden door (iv) de mogelijkheid voor de verdediging om zijn vragen op enige wijze aan de getuige te kunnen

stellen, zoals bijvoorbeeld schriftelijk. Daarnaast zal het compenserend kunnen werken (iv) als de verdediging tijdens het vooronderzoek wel in de gelegenheid is gesteld om zijn vragen te stellen. Het Hof stelt dat indien gedurende het vooronderzoek al duidelijk is dat de getuige niet zal worden gehoord tijdens het onderzoek ter terechtzitting, het van essentieel belang is dat de verdediging de mogelijkheid krijgt om de getuige in het vooronderzoek te ondervragen. In de onderliggende zaak was Al Alo tweemaal uitgenodigd om aanwezig te zijn bij de ondervraging van de getuigen. Hier is hij niet op ingegaan. Dat is volgens het EHRM echter niet van doorslaggevend belang bij de toets of er voldoende compensatie was. Het feit dat Al Alo ervoor had gekozen om niet aanwezig te zijn bij de verhoren in het vooronderzoek, kan volgens het EHRM geenszins worden beschouwd als een impliciete volledige afstand van zijn recht om de desbetreffende getuigen te horen. Al Alo had al vroeg duidelijk gemaakt dat hij moeite had met het begrijpen van juridische zaken. De Slowaakse autoriteiten hadden er daarom zorg voor moeten dragen dat hij op de hoogte was van de gevolgen van het niet uitoefenen van zijn rechten, door dit niet voldoende te doen is het ondervonden nadeel niet gecompenseerd.

7. Na een afweging van de uitkomst van de drie stappentoets, constateert het EHRM dat het recht op een eerlijk proces is geschonden. Ook in de Nederlandse rechtspraak worden de beoordelingsfactoren in onderling verband beschouwd. De Hoge Raad stelt het volgende: 'Naarmate het gewicht van de verklaring groter is, is het – wil de verklaring voor het bewijs kunnen worden gebruikt – des te meer van belang dat een goede reden bestaat voor het niet bieden van een ondervragingsgelegenheid en dat compenserende factoren bestaan. Dit betekent dat met name in gevallen waarin niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen zonder dat die in beslissende mate zal steunen op de verklaring van de getuige, *terwijl de verdediging het nodige initiatief heeft getoond om het ondervragingsrecht te kunnen uitoefenen* en een goede reden ontbreekt om de getuige niet te horen, de rechter (alsnog) zal moeten overgaan tot het oproepen en horen van die getuige, althans nog zal moeten doen wat redelijkerwijs mogelijk is om de verdediging de gelegenheid te bieden tot uitoefening van het ondervragingsrecht.' [13] Een opmerkelijk onderscheid tussen de visie van het EHRM en de Hoge Raad lijkt te bestaan in de rol van de verdediging: waar de Hoge Raad om het nodige initiatief van de verdediging vraagt, stelt het EHRM het ondervragingsrecht en de rol van de lokale autoriteiten daarin voorop. Zal dit arrest op dit gebied verandering teweegbrengen in Nederland?

8. Daarnaast toont het EHRM zich in het onderhavige arrest wederom kritisch ten opzichte van formalistische benaderingen. Dat is ook niet verwonderlijk, want wanneer de afwijzing van verzoeken enkel op formele gronden plaatsvindt, kan ernstig worden getwijfeld aan het feit of de verdedigingsrechten wel *practical and effective* zijn. Een getuige ogenschijnlijk

makkelijk als onvindbaar bestempelen en vervolgens stellen dat de getuige niet tijdig opgeroepen kan worden, is een te formalistische redenering. In die zin past het onderhavige arrest, in dezelfde lijn als *Keskin* (reeds aangehaald) en *Kikabidze*[14]. In *Keskin* ging het namelijk ook om een materieel verzoek van de verdediging dat enkel op formele gronden werd afgewezen, nu het verzoek om getuigen op te roepen volgens de Nederlandse rechter niet voldoende was onderbouwd. In *Kikabidze* maakt het EHRM korte metten met de formalistische benadering door te oordelen dat het afwijzen van een verzoek om getuigen op te roepen enkel omdat het verzoek vijf dagen te laat is ingediend, mede gezien de omstandigheden van die zaak, in strijd is met het recht op een eerlijk proces. De feitenrechter moet, als hij een verzoek tot het oproepen van getuigen afwijst, dit op *inhoudelijke* gronden doen aan de hand van de eerder eerdergenoemde criteria en niet louter op *formele* gronden.[15] Hoewel het EHRM er in onderhavige zaak geen expliciete overweging aan wijdt,[16] zet deze trend zich dus wel voort: ook nu straft het EHRM een rigide en restrictieve benadering van de verdedigingsrechten op grond van formalisme af.

9. Een duidelijke zaak, die een interessante vraag opwerpt voor de overige EU-lidstaten. Is, in “strijd” met *Schatschaschwili*, het bij samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie zo dat de onvindbaarheid van een getuige eigenlijk helemaal geen goede reden voor afwezigheid meer is (of dat afwezigheid altijd, met geringe inspanning kan worden gecompenseerd) en dat dat op zichzelf dus wel voldoende zou moeten zijn voor een schending van artikel 6 EVRM? En, houdt de ingezette lijn van de Hoge Raad waarin het nodige initiatief van de verdediging wordt vereist wel stand?

C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephus

Docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen,
Universiteit Utrecht

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021-0044, m.nt. Van Toor.

[2] O.a. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022,

ECLI:NL:HR:2022:177.

[3] O.a. Redactie NTS, 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS* 2021/2; P.A.M. Mevis, 'Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding van de zaak Keskin tegen Nederland', *DD* 2021/29; M.J. Dubelaar en K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *BSb* 2021, 4, p. 139-147; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.

[4] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, nr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar (), voor de volledigheid: (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige *à charge* ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige *à charge* niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

[5] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

[6] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.12.2.

[7] Vgl. onder meer de volgende Nederlandse Post-Keskin zaken waarin de eerste stap niet ter discussie stond: HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.

[8] D.A.G. van Toor, noot onder: *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM 18 december 2018, nr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, «EHRC» 2019/70.

[9] D.A.G. van Toor, noot onder: *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021-0044.

[10] Waarmee niet gezegd is dat de afwijzing enkel hierop kan worden gebaseerd.

[11] Conclusie A.E. Harteveld, 9 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1036, rn. 3.13.

[12] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, nr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, «EHRC» 2016/89 m.nt. Dubelaar, par. 121-122.

[13] HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, r.o. 2.12.2., met onderstreping van de auteurs.

[14] *Kikabidze t. Georgië*, EHRM 16 november 2021, nr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC Updates* 2021-0309, m.nt. Van Toor en De Wit.

[15] D.A.G. van Toor en R.L.M. Klomberg, 'Het horen van getuigen a charge na Keskin: een overzicht', *NTS* 2022, 4 (verwacht).

[16] Vgl. EHRM 16 november 2021, zaaksnr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC Updates* juni 2022, m.nt. Van Toor en De Wit (*Kikabidze t. Georgië*) par. 56: '*the above decision of the judge was the result of an excessively formalistic and restrictive application of the terms of domestic law*'.

ANNOTATIE

Scavone t. Italië (EHRM, 32715/19) – Huiselijk geweld en verjaring van het recht tot strafvervolgning**M.A.P. Timmerman****Inleiding**

1. Net als in eerdere belangwekkende zaken van het EHRM en het HvJ EU komen in de hier geannoteerde zaak de Italiaanse verjaringsregels aan bod. Anders dan in bijvoorbeeld *Taricco*, [1] *M.A.S.*, [2] en *G.I.E.M. S.r.l.* [3] gaat het hier niet direct om de relatie van die regels met het door het Unierecht en het EVRM gewaarborgde legaliteitsbeginsel (vgl. art. 49, eerste lid, Handvest en art. 7, eerste lid, EVRM). Het gaat in de voorliggende zaak vooral om de invloed van de nationale verjaringsregels op de positieve verplichting van de staat om schendingen van art. 3 EVRM effectief te onderzoeken. [4] Gelijk als in de voormelde zaken waarin de Italiaanse verjaringsregels een rol speelden, blijkt uit de onderhavige uitspraak dat de Europese rechter – hier dus het EHRM – sterk beperkende verjaringsregels negatief waardeert. [5] Ten minste, als de combinatie van strakke verjaringsregels *enerzijds* en inactieve autoriteiten *anderzijds* ertoe leidt dat opsporing, vervolging of berechting van strafbaar gestelde gedragingen die schendingen van art. 3 EVRM inhouden voortijdig moet worden beëindigd. [6] Straffeloosheid voor handelen in strijd met art. 3 EVRM moet volgens het EHRM worden voorkomen, ook als de schending van het folterverbod bestaat uit geweld gepleegd door de ene burger tegen de andere. En eveneens – waarschijnlijk zelfs in sterkere mate – als het geen ‘gewoon’ geweld tussen burgers betreft dat als schending van art. 3 EVRM kwalificeert, maar het feiten betreft die kunnen worden gerelateerd aan huiselijk geweld, zoals de mishandeling en belaging van een – van tafel en bed gescheiden – echtgenote in de voorliggende zaak. In deze annotatie ga ik eerst in op de rechtspraak van het EHRM over nationale verjaringsregels in relatie tot de art. 7 en 3 EVRM (randnummers 2-4). In randnummers 5-8 bespreek ik vervolgens de belangrijkste elementen van het oordeel van het Hof in de voorliggende zaak over de uit art. 3 EVRM volgende onderzoeksverplichting bij huiselijk geweld. In randnummers 9-11 geef ik kort het belang van de hier geannoteerde uitspraak aan voor het Nederlandse straf(proces)recht. Randnummer 12 bevat een korte afsluiting.

Verjaringsregels en de artikelen 7 en 3 EVRM

2. Dat het bestaan van nationale verjaringsregels met enige regelmaat als knellend wordt ervaren, bleek al uit de uitspraak in *Coëme t. België*.^[7] In die zaak oordeelde het EHRM dat de verruiming van wettelijke verjaringstermijnen mogelijk is, zo lang de verjaring nog niet was voltooid onder de wettelijke regeling die van toepassing was ten tijde van het gepleegde strafbare feit. Art. 7 EVRM staat dus niet in de weg aan de verlenging van verjaringstermijnen omdat deze als te kort worden gekwalificeerd voor het gepleegde delict waarvoor reeds wordt vervolgd. Dit betekent dat het de nationale wetgever vrij staat om wettelijke verjaringsregels *ten nadele* van een individuele verdachte te verruimen teneinde te voorkomen dat een lopende vervolging voortijdig zou moeten worden beëindigd. De ruimte die de uitspraak *Coëme t. België* de nationale wetgever biedt, is onlangs uitdrukkelijk door het Hof bevestigd in zijn advies van 26 april 2022 ‘*on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture*’.^[8] In dit – door het Armeense Hof van Cassatie verzochte – advies onderstreept het EHRM eerst dat wettelijke verjaringsregels een gemeenschappelijk kenmerk zijn van de nationale rechtsstelsels van de lidstaten van het EVRM en dat deze regels ook respectabele doelen dienen zoals het bieden van rechtszekerheid, het verzekeren van de finaliteit van opsporing en vervolging van een strafbaar feit, alsmede het bijdragen aan het waarborgen van verdedigingsrechten waarop inbreuk kan worden gemaakt als pas na lang tijdsverloop en op basis van incompleet bewijs een vervolging wordt ingesteld.^[9] Hoewel deze doelen met verjaringsregels worden gediend, ziet het Hof kennelijk geen belang in het stellen van grenzen aan de wettelijke uitbreiding van de termijn van een lopende verjaring. Die uitbreiding is mogelijk, zo benadrukt het Straatsburgse Hof onder verwijzing naar *Coëme t. België* en andere rechtspraak, mits de lopende verjaring nog niet geheel is voltooid op het moment dat de nieuwe wettelijke regeling die lopende termijn verlengt.^[10] Een verlenging van een verjaringstermijn is alleen strijdig met het in het EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel als het strafbare feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd op enig moment daadwerkelijk is verjaard onder de oude wettelijke verjaringsregels.^[11] Nadat de vervolging van een strafbaar feit is verjaard, kan een nieuwe ruimere verjaringstermijn niet worden toegepast zodat op grond van die nieuwe termijn de strafvervolging kan worden doorgezet.

3. Met de bevestiging van *Coëme t. België* in zijn advies van 26 april 2022 geeft het EHRM de ruimte aan nationale wetgevers om het belang van een effectieve opsporing, vervolging en berechting te prioriteren boven de belangen die gediend worden door de verjaringstermijnen. Dat is niet gek als in ogenschouw wordt genomen dat (in het EVRM) geen afzonderlijk recht bestaat dat onverkort meebrengt dat de mogelijkheid tot strafvervolging op enig moment moet zijn verjaard. En als zo een separaat recht al zou bestaan, dan zou vanuit de

subsidiariteitsgedachte bezien moeilijk denkbaar zijn dat het EHRM ten aanzien van bepaalde delicten specifieke minimumverjaringstermijnen zou gaan voorschrijven. Tegen die achtergrond valt te verklaren dat het Hof voornamelijk een probleem met wettelijke verjaringsregels ziet als door terugwerkende kracht van die regels strijd met het legaliteitsbeginsel ontstaat.

4. Maar nationale verjaringsregels zijn niet alleen van belang in het kader van art. 7 EVRM. Er bestaat ook een relatie tussen de figuur van verjaring en de uit art. 3 EVRM volgende positieve verplichtingen. Die relatie komt ook uitdrukkelijk aan bod in het voormelde advies van 26 april 2022 waarin het Hof een uitgebreid overzicht van de Straatsburgse rechtspraak over deze kwestie geeft.[12] Uit de jurisprudentie blijkt, kort gezegd, dat waar vertegenwoordigers van de staat verantwoordelijk zijn voor het (gewelddadig) behandelen van een individu in strijd met art. 3 EVRM, de strafvervolgning van die staatsvertegenwoordigers niet zou moeten worden afgebroken vanwege verjaring van het recht tot vervolging van de feiten die de EVRM-schending inhouden. Wanneer het recht tot strafvervolgning in dergelijke gevallen is verjaard doordat de nationale autoriteiten niet voldoende adequaat en tijdig hebben gehandeld, zal de staat niet hebben voldaan aan de procedurele verplichtingen tot effectieve opsporing, vervolging en berechting die voortvloeien uit art. 3 EVRM. Waar het gaat om een mogelijke strijd tussen de positieve verplichtingen tot vervolging en berechting van personen die aansprakelijk zijn voor een schending van art. 3 EVRM *enerzijds* en de op basis van art. 7 EVRM vereiste erkenning dat een strafvervolgning reeds is verjaard *anderzijds*, onderstreept het Hof het belang van de rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel. De uit art. 3 EVRM volgende positieve verplichtingen kunnen dus niet zo ver gaan dat het naar nationaal recht eenmaal verjaarde recht tot strafvervolgning moet herleven zodat de staat door schending van art. 7 EVRM kan voldoen aan de verplichtingen van art. 3 EVRM.[13] De slachtoffers van schendingen van het folterverbod kunnen dus geen strafvervolgning afdwingen nadat de vervolging naar nationaal recht eenmaal geheel is verjaard.

Artikel 3 EVRM en huiselijk geweld: het oordeel van het Hof in de voorliggende zaak

5. De rechtspraak van het EHRM over de positieve verplichting van de staat tot opsporing, vervolging en berechting van individuen die anderen hebben behandeld in strijd met art. 3 EVRM betreft veelal onmenselijke behandeling en marteling door staatsvertegenwoordigers. In de voorliggende zaak oordeelt het Hof – in lijn met zijn eerdere uitspraken in *Valiulienė*[14] en *Ibrahim Demirtaş*[15] – dat verjaring van het recht tot strafvervolgning ook niet in de weg mag staan aan effectieve opsporing, vervolging en berechting van *de burger* die in strijd met het folterverbod heeft gehandeld.[16] Is het recht tot strafvervolgning van de folterende burger verjaard dan heeft dat voor de staat een schending van de uit art. 3 EVRM voortvloeiende positieve onderzoeksverplichting tot gevolg. Althans, als de autoriteiten niet voldoende tijdig

en adequaat hebben gehandeld naar aanleiding van een *arguable claim* (van een andere burger) dat sprake is van schending van het folterverbod.

6. Bij de toepassing van deze vooropgestelde uitgangspunten op de voorliggende zaak stelt het Hof vast dat vier vervolgingen in Italië zijn ingesteld naar aanleiding van de klachten van de klaagster over de gestelde mishandelingen, belagingen en bedreigingen door haar – kennelijk van tafel en bed gescheiden – echtgenoot D.P. Al die vervolgingen duurden lang.[17] De eerste twee vervolgingen hebben pas na ongeveer zeven jaar na de aangiftes geleid tot veroordelingen in eerste aanleg. Door dit lange tijdsverloop is het recht tot strafvervolgung in beide zaken in hoger beroep geheel of deels verjaard verklaard. De derde vervolging heeft pas geleid tot een eerste veroordeling tien jaar nadat de ten laste gelegde feiten hebben plaatsgevonden en de vierde vervolging is nog aanhangig bij de rechter in eerste aanleg. Die vervolging betreft ten laste gelegde feiten uit het jaar 2013, dus ook feiten van negen jaar geleden.

7. Volgens het Hof blijkt uit het langdurige procesverloop in de vier zaken tegen D.P. geen daadwerkelijke wil van de vervolgende en berechtende autoriteiten om D.P. strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor zijn daden tegen de klaagster.[18] Het door het Hof vastgestelde handelen van de nationale autoriteiten in de vier zaken is in het bijzonder kwalijk, omdat zij rekening moeten houden met de omstandigheid dat vrouwen waarvan gesteld wordt dat zij het slachtoffer zijn geworden van huiselijk geweld zich in een bijzonder onzekere en kwetsbare situatie bevinden. Die situatie maakt volgens het Hof dat dergelijke zaken zo snel als mogelijk moeten worden vervolgd en berecht.

8. Het EHRM stelt vast dat nadat de zaken door de Italiaanse politie met voldoende spoed en zorgvuldigheid zijn behandeld, de rechterlijke autoriteiten hebben verzaakt ervoor te zorgen dat D.P. kon worden berecht binnen de lopende verjaringstermijnen. Door dit nalaten was het handelen van D.P. tegen de klaagster bijna volledig straffeloos. Het Hof veroordeelt dit nalaten, aangezien strafbare feiten die zijn gerelateerd aan huiselijk geweld bij de meest belangrijke delicten behoren waarnaar op grond van art. 3 EVRM effectief onderzoek moet worden gedaan en waarvan dus moet worden voorkomen dat de strafprocedure eindigt vanwege verjaring van het recht tot strafvervolgung.[19] Het EHRM verwijst in dat verband ook naar het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Istanboel Conventie, *Trb.* 2012, 233). Daaruit valt af te leiden dat het Hof van oordeel is dat de Istanboel Conventie bijdraagt aan de verplichting van de verdragsluitende staten om prudent om te gaan met aangiften van huiselijk geweld.[20] Het EHRM onderstreept daarbij verder de noodzaak van een adequate bestraffing van plegers van huiselijk geweld. Die bestraffing is niet enkel van belang voor het slachtoffer in de individuele strafzaak, maar ook omdat daardoor het publiek vertrouwen in, en het draagvlak

voor, de rechtsstaat wordt gesterkt.

Nederlands straf(proces)recht

9. Dat verjaringsregels niet alleen op Europees niveau de wind van voren krijgen, blijkt uit de ontwikkelingen op dat gebied in Nederland. De Hullu merkt op dat de Nederlandse wetgever in het laatste decennium de verjaringstermijnen vooral bij ernstige delicten per saldo heeft verlengd en voor een toch wel aanzienlijk aantal ernstige misdrijven de mogelijkheid van verjaring zelfs heeft afgeschaft.[21] In die zin lijkt in Nederland niet snel sprake te zullen zijn van de beperkingen voor de vervolging en berechting van huiselijk geweld die zich in de voorliggende zaak voordeden. Misdrijven als eenvoudige mishandeling (art. 300 Sr) – al dan niet met een strafmaatverhogende ‘huiselijke’ component als bedoeld in art. 304, eerste lid, aanhef en onder 1°, Sr[22] – bedreiging (art. 285 Sr), en belaging (art. 285b Sr) zijn strafbaar met een maximale gevangenisstraf van drie (of vier) jaren. Daardoor verjaart het recht tot strafvervolging van deze feiten in zes jaren bij gewone eenvoudige mishandeling, bedreiging en belaging, en in twaalf jaren wanneer sprake is van mishandeling van een echtgenoot of levensgezel (art. 300 jo. 304 Sr).[23] Naast dat deze verjaringstermijnen niet heel beperkt lijken, is van belang dat in Nederland een ruime mogelijkheid tot stuiting van de verjaring bestaat. Elke daad van vervolging doet een nieuwe verjaringstermijn aanvangen. Dat betekent dat de wettelijke verjaringstermijnen worden verlengd als de officier van justitie bijvoorbeeld een dagvaarding uitbrengt met daarin een tenlastelegging van een als huiselijk geweld aan te merken strafbaar feit. Ook daden van de rechter die als doel hebben tot een eindbeslissing in de zaak te komen, kunnen weer leiden tot stuiting van de verjaring.[24] De absolute verjaringstermijn is in art. 72, tweede lid, Sr overigens bepaald op tweemaal de voor het misdrijf geldende verjaringstermijn. Dat betekent dat ook bij stuiting van de verjaring de vervolging van huiselijk geweld wel dient te zijn afgerond binnen maximaal twaalf jaren (bij de delicten van art. 300, 285 en 285b Sr) of vierentwintig jaren (bij art. 300 jo. 304 Sr).

10. De voormelde termijnen lijken voldoende ruimte voor een effectieve strafvervolging van huiselijk geweld te bieden. Met name als daarbij in ogenschouw wordt genomen dat uitgangspunt van het ook in Nederland gewaarborgde recht op berechting binnen een redelijke termijn is dat de vervolging in de regel niet langer dan twee jaren per aanleg – eerste aanleg, hoger beroep en cassatie – bedraagt. Verder is hier van belang dat beleidsregels van het openbaar ministerie voorschrijven dat de officier van justitie na binnenkomst van een proces-verbaal met betrekking tot huiselijk geweld zo spoedig mogelijk over de verdere vervolging dient te beslissen.[25] Gelet op het voorafgaande is het risico niet erg groot dat een vervolging vanwege huiselijk geweld in Nederland afstuit op een ingetreden vervolgingsverjaring. Het tijdsverloop dat met de vervolgingen in de hier geannoteerde zaak gemoeid was zou in ieder geval in Nederland niet hebben geleid tot verjaring van het recht tot strafvervolging. Maar het

is in tijden van druk op de strafrechtssketen – en mogelijk oplopende vertragingen in de verwerking van strafzaken bij het openbaar ministerie en de rechter – wel goed te beseffen dat de Nederlandse Staat mogelijk een ‘veroordeling’ in Straatsburg vanwege schending van art. 3 EVRM boven het hoofd hangt als veel te veel met vervolging en berechting van huiselijk geweld wordt getalmd.

11. Naast de relatie met de Nederlandse regeling van de verjaring van het recht tot strafvervolging raakt de hier geannoteerde uitspraak nog op andere vlakken aan het Nederlandse straf(proces)recht. Zo lijkt mij dat de rechter-commissaris (hierna: r-c) bij onderzoek naar aan huiselijk geweld te relateren strafbare feiten op basis van art. 180, eerste lid, Sv scherp toezicht dient te houden op de voortgang van het onderzoek. De r-c kan dan wellicht actiever dan in andere gevallen geroepen zijn ambtshalve te waken tegen de nodeloze vertraging van het opsporingsonderzoek. Niet vooral in het belang van de verdachte – zoals tot uitdrukking komt in art. 180, tweede lid, Sv – maar dus ook in het belang van het vermeende slachtoffer van dit soort strafbare feiten. Verder lijkt de op basis van het opportuniteitsbeginsel aan de officier van justitie toekomende ruimte om de politie niet verder aan te zetten tot opsporing en om af te zien van (verdere) vervolging beperkt als sprake is van een *arguable claim* van huiselijk geweld.[26] Het instellen van strafvervolging vanwege aan huiselijk geweld te relateren feiten lijkt op basis van het EVRM *de facto* zelfs te kunnen zijn verplicht.[27] Dat voldoende aanwijzingen voor huiselijk geweld bestaan, heeft ook gevolgen voor de eventuele toetsing van de vervolgingsbeslissing door het gerechtshof op basis van de artt. 12-13a Sv. De op grond van art. 12i, tweede lid, Sv als uitgangspunt aan het gerechtshof toekomende bevoegdheid om af te zien van een bevel tot vervolging op opportuniteitsgronden, lijkt lastig verenigbaar met de uit art. 3 EVRM volgende verplichting tot effectief onderzoek in geval van huiselijk geweld.

Afsluiting

12. Huiselijk geweld is in Nederland niet als afzonderlijk delict strafbaar gesteld. De term huiselijk geweld lijkt ook niet scherp afgebakend. Over de definitie van het fenomeen valt niettemin wat te zeggen.[28] Zo zal het bij huiselijk geweld gaan om geweld dat wordt gepleegd door iemand uit de directe omgeving van het slachtoffer (‘huiselijke kring’), waarbij het slachtoffer doorgaans in een afhankelijke of onvrije relatie staat tot de pleger van het geweld. Het gepleegde geweld is niet beperkt tot fysiek geweld, maar kan ook de vorm aannemen van psychologisch, seksueel of economisch geweld. De fysieke vormen van geweld – dreiging met geweld daaronder begrepen – zijn uiteraard wel het meest direct strafrechtelijk relevant, al zijn ook belediging en belaging als vormen van huiselijk geweld aan te merken. Dat huiselijk geweld ook in Nederland aan de orde is, blijkt uit onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Uit de Prevalentiemonitor Huiselijk Geweld en Seksueel

Geweld 2020 blijkt dat in het jaar 2020 ruim 520.000 personen slachtoffer zijn geweest van *fysiek geweld in huiselijke kring*.^[29] Dat aantal rechtvaardigt de prioritering van de opsporing en vervolging van aan huiselijk geweld te relateren strafbare feiten. Dat de noodzaak tot deze prioritering door de hier geannoteerde uitspraak kracht wordt bijgezet valt daarom toe te juichen. Al lijkt het Nederlandse recht op dit moment voldoende ruimte te bieden voor effectief onderzoek in de zin van art. 3 EVRM.

M.A.P. Timmerman

Universitair docent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen.

[1] *Strafzaak t. Ivo Taricco e.a.*, HvJEU (GK) 8 september 2015, zaak C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, «EHRC» 2015/228, m.nt. Timmerman, punten 46-52.

[2] *Strafzaak t. M.A.S. en M.B. (Taricco II)*, HvJEU (GK) 5 december 2017, zaak C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, «EHRC» 2018/34, m.nt. Krommendijk.

[3] *G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 1828/06, 34163/07, 19029/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806, «EHRC» 2018/219, m.nt. Bemelmans en Timmerman.

[4] Die verplichting is mede gebaseerd op art. 1 EVRM dat inhoudt dat de in het Verdrag neergelegde vrijheden en rechten binnen hun rechtsmacht moeten worden verzekerd door de verdragsluitende staten.

[5] De negatieve waardering bleek in *Taricco* eruit dat het HvJ EU van de nationale rechter verlangde dat de Italiaanse verjaringsregels buiten toepassing werden gelaten als ze tot gevolg hadden dat ernstige vormen van Btw-fraude in een groot aantal gevallen niet strafrechtelijk konden worden bestraft. In *Taricco II* heeft het HvJ EU de nationale rechter weliswaar ruimte geboden om niet te voldoen aan de plicht tot het buiten toepassing laten van nationale verjaringsregels als daardoor het legaliteitsbeginsel kan worden geschonden (par. 61). Het Hof heeft daarbij echter tevens onderstreept dat door het niet buiten toepassing laten van de nationale verjaringsregels een met het Unierecht onverenigbare situatie – niet-doeltreffende bestraffing van ernstige en grootschalige Btw-fraude – zou blijven voortbestaan (par. 61). In *G.I.E.M. S.r.l. e.a.* merkte het EHRM als onwenselijk aan de combinatie van relatief korte verjaringstermijnen en complexe delicten waardoor daders van die complexe delicten in Italië systematisch aan strafvervolging konden ontkomen (par. 260).

[6] In par. 147 van de hier geannoteerde zaak uit het Hof uitdrukkelijk en in algemene zin zijn bezorgdheid over het gecombineerde effect van de Italiaanse verjaringsregels – waarin de verjaringstermijn niet wordt gestuit doordat strafvervolgning is ingesteld of een oordeel van de rechter in eerste aanleg is verkregen – en de veelvuldig vertraagde strafprocedures in Italië. Die combinatie leidt ertoe – zoals ook de *Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO)* in het rapport over de implementatie van de Istanboel Conventie van de Raad van Europa bezorgd heeft opgemerkt – dat in een significante hoeveelheid zaken waarin huiselijk geweld (bijvoorbeeld bestaande uit mishandeling, belaging of seksueel geweld) aan de orde is dat het recht tot strafvervolgning gedurende de procedure kan verjaren. In par. 150 stelt het Hof vast dat het gesignaleerde risico zich in de voorliggende zaak inderdaad heeft voorgedaan en dat daardoor art. 3 EVRM is geschonden.

[7] *Coëme t. België*, EHRM 22 juni 2000, nrs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296, «EHRC» 2000/65, m.nt. Heringa, par. 148-150.

[8] *Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture requested by the Armenian Court of Cassation*, EHRM (GK) 26 april 2022, nr. P16-2021-001.

[9] Par. 72.

[10] Par. 73-75.

[11] Zie par. 76-77 en de verwijzing naar *Anitia en Khupenia t. Georgië*, EHRM 18 juni 2020, nr. 7523/10, ECLI:CE:ECHR:2020:0618JUD000752310, par. 38-43.

[12] Par. 59-63.

[13] Zie met verdere verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM, par. 65-66 van het meergenoemde advies van 26 april 2022.

[14] *Valiulienė t. Litouwen*, EHRM 26 maart 2013, nr. 33234/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0326JUD003323407, par. 84-86. In die zaak ging het om de vraag of vervolging vanwege mishandelingen van de klaagster door haar inwonende partner door de publieke aanklager of door een private aanklager moest plaatsvinden. Omdat hierover werd getwist, werd de zaak meermaals van het ene niveau naar het andere niveau doorgeschoven waarmee behoorlijk wat tijdsverloop gemoeid was. Doordat de zaak door de openbaar

aanklager werd teruggezonden naar de private aanklager, kon klagster als gesteld slachtoffer van mishandelingen de vermeende dader – haar ex-partner – niet meer doen vervolgen aangezien het recht tot strafvervolgging gedurende de omslachtige procedure was verjaard.

[15] *İbrahim Demirtaş t. Turkije*, EHRM 28 oktober 2014, nr. 25018/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1028JUD002501810, par. 32-39. In die zaak betrof het een feitelijk niet-complexe mishandeling van een ambtenaar door twee burgers waarin zeven jaar en tien maanden na de aangifte door de cassatierechter werd vastgesteld dat het recht tot strafvervolgging was verjaard.

[16] Zie verder *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM (GK) 2 februari 2021, nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716, par. 184.

[17] Par. 141 van de hier geannoteerde zaak.

[18] Par. 142.

[19] Par. 144.

[20] Par. 148. In art. 49, eerste lid, Istanboel Conventie is de verplichting opgenomen om te waarborgen dat onderzoeks- en gerechtelijke procedures met betrekking tot alle vormen van geweld die vallen onder de reikwijdte van dit Verdrag zonder onnodige vertraging worden uitgevoerd. In het tweede lid staat dat de partijen de maatregelen nemen die nodig zijn om het daadwerkelijke onderzoek naar, en de daadwerkelijke vervolging van, overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten te waarborgen. Op grond van art. 3, onder a, Istanboel Conventie wordt onder 'huiselijk geweld' verstaan "alle vormen van fysiek, seksueel, psychologisch of economisch geweld dat plaatsvindt binnen het gezin of het huishouden of tussen voormalige of huidige echtgenoten of partners, ongeacht of de dader in dezelfde woning als het slachtoffer verblijft of heeft verbleven".

[21] J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 133.

[22] In die bepaling staat onder meer dat de in de art. 300-303 bepaalde gevangenisstraffen met een derde kunnen worden verhoogd ten aanzien van de schuldige die het misdrijf begaat tegen zijn echtgenoot of zijn levensgezel.

[23] Zie voor de toepasselijke verjaringstermijnen art. 70, eerste lid, Sr. Noemenswaardig is dat in art. 71, aanhef en onder 3°, Sr een afwijkende starttermijn van de verjaring is geregeld voor bepaalde delicten ter implementatie van de Istanboel Conventie, zie Wet van 14 oktober 2015 tot uitvoering van het op 11 mei 2011 te Istanboel tot stand gekomen Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld

(Trb. 2012, 233), *Stb.* 2015, 410.

[24] G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 225.

[25] Aanwijzing huiselijk geweld en kindermishandeling, *Stcrt* 2022, 877.

[26] Het opportuniteitsbeginsel komt tot uitdrukking in art. 167, eerste lid, Sv en art. 242, eerste lid, Sv.

[27] Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 629.

[28] Op basis van de definitie van 'huiselijk geweld' in art. 3, aanhef en onder a, Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Istanboel Conventie), *Trb.* 2012, 233 en de definitie in de Aanwijzing huiselijk geweld en kindermishandeling, *Stcrt* 2022, 877.

[29] Zie <https://longreads.cbs.nl/phgsg-2020/fysiek-geweld-in-huiselijke-kring>.