

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-4

Nummer 4, 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:2022:0210JUD003208419 10-02-2022

Al Alo t. Slowakije, EHRM 10 februari 2022, nr. 32084/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD007397516 10-02-2022

A en B t. Georgië, EHRM 10 februari 2022, nr. 73975/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD001993820 08-02-2022

Q en R t. Slovenië, EHRM 8 februari 2022, nr. 19938/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD006225019 08-02-2022

Jivan t. Roemenië, EHRM 8 februari 2022, nr. 62250/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD005391511 08-02-2022

Dicle t. Turkije (nr. 3), EHRM 8 februari 2022, nr. 53915/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD003932520 03-02-2022

Šeks t. Kroatië, EHRM 3 februari 2022, nr. 39325/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0302JUD006632814 03-02-2022

N.M. e.a. t. Frankrijk, EHRM 3 februari 2022, nr. 66328/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0302JUD000146920 03-02-2022

Advance Pharma sp. z. o.o t. Polen, EHRM 3 februari 2022, nr. 1469/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0201JUD000915708 01-02-2022

Manannikov t. Rusland, EHRM 1 februari 2022, nr. 9157/08

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0201JUD000441818 01-02-2022

Kramareva t. Rusland, EHRM 1 februari 2022, nr. 4418/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
ECLI:CE:ECHR:2022:0111DEC005216818 11-01-2022

Corbu t. Roemenië, EHRM 11 januari 2022 (ontv.besl.), nr. 52168/18

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:85 10-02-2022

HR Rail SA, HvJ EU 10 februari 2022, zaak C-485/20

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:89 10-02-2022

Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Délai de prescription), HvJ EU 10 februari 2022, zaak C-219/20

Annotatie

Stołkowski t. Polen (EHRM, 58795/15) – Inbeslagname getoetst aan art. 1 EP
EVRM

J.A.M.A. Sluysmans

Annotatie

Špadijer t. Montenegro (EHRM, 31549/18) – Van artikel 10 naar artikel 8 EVRM
‘gepest’

N. Hummel

Annotatie

Savran t. Denemarken (EHRM, 57467/15) – Uitzetting (psychisch) ernstig zieke
vreemdelingen, onmenselijke behandeling en privéleven

B. Aarrass

Annotatie

Ghrenassia t. Luxemburg (EHRM, 27160/19) – Recht op toegang tot de rechter,
Eisen cassatiemiddel

F. Fernhout

RECHTSPRAAK

A en B t. Georgië, EHRM 10 februari 2022, nr. 73975/16

Na een periode van escalerend huiselijk geweld heeft D – een politieman – zijn partner C vermoord met zijn dienstwapen. Het EHRM oordeelt dat de politie, ondanks het feit dat het huiselijk geweld bekend was, hier veel te beperkt tegen is opgetreden. Daarbij wijst het erop dat de redenen daarvoor te maken zullen hebben met vooroordelen en genderbias. Ook na het incident is er slecht gereageerd en zijn overwegingen rondom genderdiscriminatie niet in de strafzaak tegen D betrokken. Gelet daarop stelt het Hof schendingen vast van art. 2 EVRM in samenhang met art. 14 EVRM.

Klagers zijn de moeder en zoon van C. Toen C 17 jaar oud was, werd zij ontvoerd om haar te laten trouwen met politieman D, toen 22 jaar oud. Omdat C onder voortdurende druk van D verkeerde heeft zij ermee ingestemd om met hem samen te wonen. Na een half jaar keerde C, toen twee maanden zwanger, terug naar haar ouders. Vanaf het eerste moment van samenwonen zijn zij en haar ouders slachtoffer geweest van mishandeling en bedreiging door D. Uit angst voor repercussies durfden zij nauwelijks aangifte te doen, maar in 2012 heeft C toch de politie gebeld omdat D had gedreigd om haar en haar moeder te vermoorden. Aan die aangifte is geen gevolg gegeven. Het geweld jegens C werd daarna steeds erger; de politie – collega's van D – deden hier vrijwel niets tegen, ook niet na klachten. Uiteindelijk diende C klachten in bij het Inspectoraat Generaal (IG) van het ministerie van binnenlandse zaken, nu dit was belast met het uitvoeren van tuchtrechtelijke onderzoeken naar het gedrag van politiemensen. Een vertegenwoordiger van het IG had een gesprek met haar. Toen ze na het gesprek naar buiten kwam, werd ze gevolgd door D. Na een ruzie in het park trok D plotseling zijn dienstwapen en doodde haar. D is daarop strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld tot elf jaar gevangenisstraf. Eerste klaagster heeft daarop verzocht om ook een onderzoek in te stellen naar de tekortkomingen in het optreden van de politie tegen de bedreigingen en mishandelingen. Toen klaagster na ruim een jaar informeerde naar de stand van zaken, kreeg zij geen reactie. Een civiele procedure tot schadevergoeding was voor klaagster wel succesvol;

zij ontving daarbij een vergoeding van ca. 7000 EUR.

Voor het EHRM heeft klagster, mede namens de zoon van C, gesteld dat er tekortkomingen waren in zowel de bescherming tegen D als in het achteraf ingestelde strafrechtelijk onderzoek daarnaar. Het EHRM onderzoekt de zaak onder art. 2 in samenhang met art. 14 EVRM en doet dat in het licht van de criteria die het in zijn eerdere uitspraak in *Tkheldze* heeft vastgesteld. Het Hof beoordeelt allereerst het na het overlijden van C ingestelde onderzoek. Daarbij merkt het op, dat er geen enkele poging is gedaan om verantwoordelijkheid van de politie vast te stellen voor de tekortkomingen in de bescherming van C tegen de vele incidenten van gendergerelateerd geweld. Er is zelfs geen tuchtprocedure ingesteld in verband met het uitblijven van handelen door de politie. Gelet op de omstandigheden was dit echter wel noodzakelijk geweest, temeer omdat klager zelf politieman was. Het Hof concludeert op basis hiervan tot een schending van art. 2 jo. 14 EVRM. Het merkt verder nog op dat in de strafzaak tegen D ten onrechte geen aandacht is besteed aan de rol van gendergerelateerde discriminatie bij het plegen van het misdrijf. Ook is niet onderzocht of het stilzitten van de politie in de aanloop naar de dood van C verband hield met een zekere genderbias. Dit is niet aanvaardbaar in het licht van de verplichtingen die de Staat heeft om misdrijven aan te pakken die door vooroordelen en discriminatie zijn gedreven.

Het Hof merkt verder op dat de omstandigheden van het overlijden van C bevestigen dat sprake was van een langdurige situatie van huiselijk geweld. De politie had daar weet van of had daar in ieder geval weet van moeten hebben. De reactie hierop is echter in allerlei opzichten tekortgeschoten, hetgeen nadelige effecten heeft, niet alleen in de onderhavige zaak maar potentieel ook omdat het andere slachtoffers kan ontmoedigen om aangifte te doen. Verder waren er naar nationaal recht wel preventieve maatregelen beschikbaar, maar daarvan is in dit geval geen gebruik gemaakt. Het Hof acht het problematisch dat D, ook al was bekend dat er veel klachten waren jegens hem rondom huiselijk geweld, als politieman zelfs is bevorderd naar een hogere functie. Ook daarmee heeft de Staat een verkeerde boodschap afgegeven. Het Hof merkt op dat de onderhavige zaak daarmee wederom een levendig voorbeeld geeft van de wijdverbreide en discriminatoire passiviteit van autoriteiten bij de bestrijding van huiselijk geweld. Ook in dit opzicht is er dan ook sprake van een schending van art. 2 en 14 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD007397516

Zaaknummer: 73975/16

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

**Advance Pharma sp. z. o.o t. Polen, EHRM 3 februari 2022,
nr. 1469/20**

Een kamer van de Poolse Hoge Raad heeft uitspraak gedaan in een civiele zaak. Alle leden van de kamer waren benoemd door de Hoge Raad van Justitie (NCJ). Op basis van eerdere rechtspraak oordeelt het EHRM dat het evidente gebrek aan onafhankelijkheid van de NCJ een duidelijke schending van Pools recht vormt, zodat de raadsheren van de kamer onrechtmatig benoemd waren. De benoemingsprocedure is flagrant in strijd met rechtsstatelijke uitgangspunten en met art. 6 EVRM. Het Hof roept Polen op grond van art. 46 EVRM dringend op tot een oplossing te komen.

Klager is een onderneming die – als enige activiteit – de distributie verzorgt van een voedingssupplement voor mannen die hun seksuele prestaties willen verbeteren. Daarmee behaalde de onderneming in 2010 een omzet van zo'n 4,8 miljoen EUR. Na een controle door het nationale farmaceutisch instituut werd het product echter van de markt gehaald omdat er een stof in zat die niet aan voedingssupplementen mocht worden toegevoegd en die ook niet op het etiket was vermeld. De onderneming kwam tegen dit besluit op, dat uiteindelijk werd vernietigd omdat de inspecteur niet goed had aangegeven of het product inderdaad een voedingssupplement of een geneesmiddel was. Klager had intussen de resterende voorraad van het supplement vernietigd en verzocht de staat om een schadevergoeding daarvoor. Deze eis werd niet gehonoreerd, omdat er geen verplichting was geweest om het product van de markt te halen. Uiteindelijk oordeelde ook de Hoge Raad van Polen hierover, die bestond uit louter rechters die recent benoemd waren volgens de in 2018 ingestelde, nieuwe benoemingsprocedure waarbij de Nationale Raad van Justitie (NCJ) was betrokken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn zaak in strijd met art. 6 lid 1 EVRM is beoordeeld door een kamer die niet kan worden aangemerkt als een 'bij wet ingesteld gerecht', gelet op de tekortkomingen in de nieuwe benoemingsprocedure – in het bijzonder het ontbreken van onafhankelijkheid bij de NCJ. Het Hof begint met op te merken dat de onderhavige zaak

onderdeel uitmaakt van een groep van inmiddels 94 aanhangige zaken over de reorganisatie van het Poolse rechtssysteem. Het heeft besloten om aan al deze zaken voorrang van behandeling te geven onder Regel 41 van het Procesreglement van het Hof. Ondanks de vergelijkbare aanleiding van de zaken, is het niet mogelijk ze gevoegd te behandelen, nu telkens andere aspecten aan de orde zijn. Verder wijst het Hof erop dat er inmiddels zeer veel discussie heeft plaatsgevonden over deze zaken. Het zal de kwestie dan ook niet alleen beoordelen in het licht van de documenten van partijen en derde-interveniënten, maar ook in het licht van de relevante uitspraken van het HvJ EU en met diverse Europese en internationale rapporten die in het publieke domein beschikbaar zijn.

Het Hof beoordeelt de zaak vervolgens in het licht van de criteria die het heeft vastgelegd in zijn eerdere uitspraken in *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* en die het eerder al heeft toegepast in onder meer *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. t. Polen*, *Reczkowicz t. Polen* en *Dolinska-Ficek en Ozimek t. Polen*. In lijn daarmee overweegt het allereerst dat er sprake is geweest van een kennelijke schending van het nationale recht doordat benoemingsprocedures waarbij de NCJ betrokken is onvoldoende garanties bieden voor onafhankelijkheid. Daarbij slaat het Hof tevens acht op eerdere beslissingen van de Poolse Hoge Raad waarin die conclusie ook is bereikt, op basis van een overtuigende en uitgebreide beoordeling van het relevante Poolse recht in het licht van het EVRM en het EU-recht. Een later oordeel van het Poolse Constitutionele Hof dat dit tegensprekt berust volgens het EHRM niet op een deugdelijke interpretatie van de relevante standaarden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die voortvloeien uit art. 6 lid 1 EVRM. Verder wijst het Hof erop dat het Poolse Constitutionele Hof op 24 november 2021 een kennelijke poging heeft gedaan om de tenuitvoerlegging van de EHRM-uitspraak in *Xero Flor* te doorkruisen door te verklaren dat het oordeel van het EHRM in strijd zou zijn met de Poolse Grondwet als het hoogste Poolse recht.

De eigenlijke benoeming van rechters in de Hoge Raad op voordracht van de NCJ was eveneens kennelijk in strijd met nationaal recht. Dit geldt in het bijzonder omdat de hoogste nationale bestuursrechter de voordracht van de NCJ al had geschorst nadat een aantal gepasseerde kandidaten beroep hadden ingesteld tegen de benoemingsbesluiten. Desondanks heeft de Poolse president de benoemingsbesluiten ondertekend en is de nieuwe raadsheren de ambtseed afgenomen. Daardoor heeft hij in feite een bindende rechterlijke uitspraak terzijde gesteld en bovendien is sprake geweest van een inmenging in een lopende procedure over de benoeming van rechters. Ook op dit punt wijst het EHRM op uitspraken die het HvJ EU al heeft gedaan en waaruit blijkt dat de procedure ontoelaatbaar was; deze uitspraken zijn in de rechtspraak van de Poolse Hoge Raad omarmd. Het EHRM geeft aan deze uitspraken volledig te onderschrijven. Daarbij wijst het Hof ook op het grote belang van rechtsstatelijkheid (specifiek de ‘rule of law’) zoals dat tot uitdrukking komt in de preambule

bij het EVRM. Een van de basisbeginselen van de notie van de *rule of law* is dat van de finaliteit van rechterlijke uitspraken: is eenmaal een uitspraak gedaan, dan mogen andere staatsmachten die niet meer in twijfel trekken. Dit uitgangspunt geldt ook voor rechterlijke uitspraken waarin interimmaatregelen of voorlopige voorzieningen zijn vastgesteld. Het Hof constateert dat het handelen van de uitvoerende macht in het onderhavige geval blijk heeft gegeven van een houding die slechts kan worden omschreven als een volslagen minachting voor het gezag, de onafhankelijkheid en de rol van de rechterlijke macht. Er was sprake van een bijbedoeling tot iedere prijs de door de NCJ voorgestelde benoemingen doorgang te laten vinden, ondanks het feit dat dit de autoriteit van de hoogste nationale bestuursrechter zou kunnen ondermijnen. Het EHRM ziet dat als een flagrante schending van rechtsstatelijke uitgangspunten. Gelet op die bevinding acht het EHRM het niet nodig om ook nog in te gaan op de vraag of het nationale recht tevens is geschonden doordat de president de nieuwe raadsheren had benoemd zonder contraseign door de minister-president.

Gelet op deze bevindingen stelt het vast dat de legitimiteit van de civiele kamer van de Hoge Raad zodanig is aangetast dat sprake is van een schending van de kern van het recht van de klagende onderneming om haar zaak beoordeeld te zien worden door een bij wet ingesteld gerecht. Dit betekent dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden.

Het Hof wijst er tot slot op dat er na de bevinding van een schending van het EVRM door het EHRM een verplichting voor de staat is, op grond van art. 46 lid 1 EVRM, om uitvoering te geven aan de uitspraak. In het licht van de uitspraak die het EHRM in de onderhavige en eerdere zaken heeft gedaan, acht het Hof snelle actie van de Poolse staat om een oplossing te vinden noodzakelijk. Het Hof wijst er daarbij wel op dat de huidige werkwijze en samenstelling van de NCJ er onvermijdelijk voor zullen zorgen dat de systemische schending van art. 6 EVRM ook in de toekomst wordt voortgezet. Die situatie zal leiden tot een veelheid aan schendingen van deze bepaling, waardoor de huidige rechtsstaatcrisis in Polen verder zal worden verdiept. Een mogelijkheid die Polen kan overwegen om hiervoor een oplossing te vinden is om een aantal maatregelen te implementeren die de Poolse Hoge Raad in een resolutie van 23 januari 2020 al heeft voorgesteld. Een hoofdpunt daarbij is dat een formatie binnen de Hoge Raad onrechtmatig wordt geacht als hierin een raadsheer zitting heeft die op voordracht van de NCJ is benoemd. Het is nu aan Polen om de nodige conclusies uit de uitspraak te trekken en tot een passende aanpak te komen, waardoor vergelijkbare schendingen in de toekomst kunnen worden voorkomen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 03-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0302JUD000146920

Zaaknummer: 1469/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Délai de prescription), HvJ EU 10 februari 2022, zaak C-219/20

Een onderneming heeft geprocedeerd over het feit dat vijf jaar nadat zij een minimumloonverplichting niet is nagekomen, zij daarvoor nog een boete opgelegd heeft gekregen. Volgens de onderneming levert deze lange verjaringstermijn een inbreuk op haar procedurele rechten op. Het HvJ verklaart het Handvest in deze zaak van toepassing, nu het gaat om een sanctie in verband met de minimumloonverplichting van richtlijn 96/71. Een verjaringstermijn van vijf jaar acht het Hof niet overmatig belastend voor ondernemingen, nu daarvan mag worden verwacht dat ze bijvoorbeeld loonbetalingsbewijzen meerdere jaren bewaren. Van spanning met het verdedigingsbeginsel is dan ook geen sprake.

GVAS s.r.o. is een in Slowakije gevestigde onderneming die verschillende werknemers heeft gedetacheerd in Oostenrijk. In 2016 heeft het districtsbestuur Hartberg-Fürstenfeld aan een vertegenwoordiger van GVAS, LM, een geldboete opgelegd van 6600 EUR vanwege niet-nakoming van loonverplichtingen van vier gedetacheerde werknemers. Dit besluit is in 2020 aan LM betekend. In verband hiermee zijn vragen opgekomen over de verjaringstermijn voor de overtreding die aan het boetebesluit ten grondslag ligt. In het bijzonder stelt de onderneming dat zijn procespositie is bemoeilijkt doordat van haar kan worden verlangd dat zij zich vijf jaar na de ten laste gelegde feiten alsnog moet verdedigen.

De verwijzende rechter heeft art. 41 en 47 Hv aangewezen als bepalingen van Unierecht die in dit verband uitgelegd moeten worden. De rechter heeft echter niet uitgelegd aan welke bepalingen van Unierecht de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is uitvoering geeft. Het HvJ wijst er echter op dat het hoofdgeding gaat om een sanctie die is opgelegd vanwege niet-nakoming van de in art. 3 lid 1 (c) van richtlijn 96/71 vastgestelde verplichting inzake het minimumloon. Gelet daarop neemt het HvJ aan dat toch sprake is van een uitvoering van

Unierecht in de zin van art. 51 lid 1 Hv.

Het HvJ wijst er verder op dat art. 41 Hv niet direct van toepassing is op het handelen van de lidstaten, maar alleen op dat van de instellingen, organen en instanties van de Unie. Wel kan het aan art. 41 Hv ten grondslag liggende algemene beginsel van Unierecht relevant zijn, gelezen in samenhang met art. 47 Hv. Uitgangspunt bij het uitleggen van deze bepalingen vormen het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming. Het HvJ stelt voorop dat niet is gebleken, dat de verjaringstermijn waarin de nationale wettelijke regeling voorziet, in strijd zou zijn met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Ten aanzien van het doeltreffendheidsbeginsel wijst het Hof erop dat het grensoverschrijdende karakter van de terbeschikkingstelling van werknemers en de vervolging van een overtreding van de minimumloonverplichting het werk van de bevoegde nationale autoriteiten relatief ingewikkeld kunnen maken. Dat kan rechtvaardigen dat een voldoende lange verjaringstermijn wordt vastgesteld om de bevoegde nationale autoriteiten in staat te stellen de overtreding te vervolgen en te bestraffen. Ook is het niet onredelijk dat in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters gedurende een periode van vijf jaar de betalingsbewijzen van lonen moeten bewaren en kunnen overleggen. Dit levert voor een behoedzame marktdeelnemer niet het risico op dat deze niet in staat is om naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken als wordt besloten om een sanctie op te leggen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-02-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:89

Zaaknummer: C-219/20

Rechters: L. Bay Larsen, N. Jääskinen en M. Safjan

Wetsartikelen: Richtlijn 96/71/EG, 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 6 EVRM en Richtlijn 96/71/EG

RECHTSPRAAK

Dicle t. Turkije (nr. 3), EHRM 8 februari 2022, nr. 53915/11

Een bekende Koerdische politicus heeft in 2011 in een interview uitspraken gedaan over het recht van de PKK om gebruik te maken van het recht op zelfverdediging. Daarop is hij strafrechtelijk veroordeeld vanwege het oproepen tot geweld. Deze uitspraak werd definitief vlak voordat de parlementsverkiezingen plaatsvonden. Hoewel klager was verkozen, is zijn zetel hem daarom onthouden. Het EHRM acht dit gelet op de context te billijken beslissingen, die niet in strijd zijn met de uitingsvrijheid (art. 10 EVRM) of het kiesrecht (art. 3 EP EVRM).

Klager was van 1991 tot 1994 parlements lid in Turkije. In maart 2011 is hij veroordeeld vanwege het verspreiden van propaganda voor de verboden terroristische organisatie PKK. Tijdens een interview had hij namelijk gezegd dat de PKK gebruik zou mogen maken van haar recht op zelfverdediging als door het leger uitgevoerde operaties niet zouden eindigen. In juni 2011 werd klager verkozen als onafhankelijke parlementariër in het Turkse parlement. Vlak daarna vernietigde de Kiesraad echter zijn verkiezingsbewijs omdat klager tot een gevangenisstraf was veroordeeld.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat sprake is van een schending van zijn vrijheid van meningsuiting onder art. 10 EVRM. Het EHRM merkt op dat klager een bekende politicus is van Koerdische herkomst, die al verschillende decennia opkomt voor de Koerdische zaak. Het interview dat hij over de Koerdische kwestie gaf had betrekking op een in beginsel vreedzame oplossing daarvan en betreft duidelijk een kwestie van algemeen belang. Tegelijkertijd geeft het Hof zich rekenschap van de moeizame veiligheidssituatie in zuidoost Turkije. Het wijst er verder op dat het interview van klager een zeer groot publiek bereikte. De uitspraken die klager daarbij deed kunnen volgens het Hof niet als neutraal en vredelievend worden aangemerkt. Door de nadruk die hij legde op zelfverdediging leek hij het

gebruik van geweld en terreur door de PKK te rechtvaardigen. Als politicus had klager de draagwijdte en impact van zijn uitspraken goed moeten kunnen inschatten. Bovendien is het Hof van oordeel dat de uitlatingen van een vooraanstaand politicus als klager met name in de zuidoostelijke regio van Turkije tot geweld konden leiden. Het Hof begrijpt dan ook het nationale oordeel dat de uitingen van klager – begrepen in hun bredere context – konden worden aangemerkt als het oproepen tot geweld of gewapende strijd. Daarmee liggen er relevante en voldoende redenen ten grondslag aan de veroordeling van klager. De lengte van de opgelegde gevangenisstraf – een jaar en acht maanden – acht het Hof niet disproportioneel. Geen schending art. 10 EVRM.

Klager heeft in de tweede plaats gesteld dat het door art. 3 EP EVRM beschermde kiesrecht is geschonden. Klager heeft daarbij gesteld dat niet de Kiesraad, maar het Turkse parlement bevoegd zou zijn om te beslissen dat hij zijn zetel niet zou mogen innemen. Het EHRM oordeelt echter dat voor die stelling van klager onvoldoende grond in het Turkse recht bestaat. Klagers veroordeling is definitief geworden voorafgaand aan de verkiezingen en hij had zich ervan bewust moeten zijn dat dit naar nationaal recht betekende dat hij niet als onafhankelijke kandidaat aan de verkiezingen mocht deelnemen en dat hij de Kiesraad had moeten informeren. Nu hij dit niet heeft gedaan, kan hij de Kiesraad niet tegenwerpen dat zijn kandidatuur aanvankelijk was geaccepteerd en dat zijn verkiezing daarom in stand had moeten blijven. In die omstandigheden leverde het besluit om de zetel niet aan klager toe te kennen geen schending op van art. 3 EP EVRM. Evenmin ziet het Hof aanwijzingen om aan te nemen dat klagers ras of etnische afkomst bij dit besluit een rol hebben gespeeld, zodat ook art. 14 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD005391511

Zaaknummer: 53915/11

Wetsartikelen: EVRM art. 10, EVRM art. 14 en EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

HR Rail SA, HvJ EU 10 februari 2022, zaak C-485/20

Een spoorwegonderhoudsmedewerker kan zijn werkzaamheden niet meer uitvoeren nadat hij een pacemaker heeft gekregen. De vraag is of de werkgever hem een andere functie moet geven die wel nog passend is. Het HvJ oordeelt dat het aanbieden van een andere functie, waarvoor de betrokkene wel de vereiste bekwaamheden en capaciteiten heeft, in beginsel een passende aanpassing in de zin van richtlijn 2000/78 vormt. Voorwaarde is wel dat de maatregel voor de werkgever geen onevenredige belasting vormt, bijvoorbeeld uit kostenperspectief of omdat er geen andere, passende functie beschikbaar is.

HR Rail is de werkgever van het personeel bij de Belgische spoorwegen. Verzoeker in het hoofdgeding is daar in dienst genomen als spoorwegonderhoudsmedewerker. In december 2017 is bij hem een hartaandoening geconstateerd waarvoor een pacemaker moest worden geplaatst. Een pacemaker is gevoelig voor elektromagnetische velden die met name aanwezig zijn in de omgeving van spoorwegen. Daardoor kon verzoeker de taken waarvoor hij was aangesteld niet meer uitvoeren. Hij is daarop overgeplaatst naar een functie van magazijnmedewerker, maar tegen die overplaatsing heeft hij beroep ingesteld. In 2018 is hem meegedeeld dat hij zou worden ontslagen. Ook daartegen is verzoeker in rechte opgekomen. In verband met deze procedure heeft de Raad van State een prejudiciële vraag voorgelegd.

De verwijzende rechter wil vooral weten of art. 5 van richtlijn 2000/78 zo moet worden gelezen dat iemand bij ongeschiktheid voor de uitoefening van essentiële taken voor een functie vanwege een handicap, moet worden aangesteld in een andere functie waarvoor hij de vereiste bekwaamheden en capaciteiten heeft en waarvoor hij beschikbaar is. Het HvJ overweegt dat de situatie in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, onder meer nu sprake is van een handicap in de zin van de richtlijn. Art. 5 van de richtlijn

moet daarbij worden gelezen in het licht van art. 21 en art. 26 Hv. Ook moet de richtlijn zoveel mogelijk worden uitgelegd in het licht van het VN Gehandicaptenverdrag. Het Hof overweegt dat als een werknemer door een handicap blijvend ongeschikt wordt om zijn functie te vervullen, zijn aanstelling in een andere functie een passende maatregel kan vormen in het kader van de in art. 5 van richtlijn 2000/78 bedoelde ‘redelijke aanpassingen’. Wel moet worden nagegaan of zo’n maatregel geen onevenredige belasting voor de werkgever veroorzaakt, waarbij in het bijzonder rekening moet worden gehouden met financiële kosten en onder meer de omvang van de organisatie. Ook bestaat de mogelijkheid van overplaatsing naar een andere functie alleen als er tenminste één vacante functie bestaat die de betrokken werknemer kan vervullen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-02-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:85

Zaaknummer: C-485/20

Rechters: K. Jürimäe, N. Jääskinen, M. Safjan, N. Piçarra en M. Gavalec

Wetsartikelen: 5 Richtlijn 2000/78/EG, WGB H/CZ en

RECHTSPRAAK

Jivan t. Roemenië, EHRM 8 februari 2022, nr. 62250/19

Bij een 85-jarige man is een been geamputeerd. Daarna kon hij nauwelijks nog voor zichzelf zorgen. Nu amputatie in Roemenië als een handicap van middenniveau wordt gekwalificeerd, kwam de man niet in aanmerking voor persoonlijke assistentie. Het EHRM wijst erop dat Roemenië onder het VN Gehandicaptenverdrag de verplichting is aangegaan om de autonomie van mensen met een handicap te beschermen. De nationale autoriteiten hebben dat onvoldoende gedaan door alleen naar de ernst van de handicap zelf te kijken en niet naar de overige omstandigheden. Daardoor heeft de staat niet voldaan aan zijn positieve verplichtingen, in strijd met art. 8 EVRM.

In 2015 is bij klager – toen 85 jaar oud – een been geamputeerd; daarnaast leed hij aan verschillende andere ziekten en aandoeningen. Hij woonde op de vierde verdieping van een gebouw en had geen burens of familieleden die hem konden ondersteunen. In 2017 beoordeelde een arts die optrad namens een commissie voor de beoordeling van volwassenen met een handicap de omstandigheden van klager als zeer slecht. Niettemin kwalificeerde de commissie klagers handicap als van middenniveau. Klager kwam hiertegen op, omdat hij vond dat de situatie als ‘ernstig’ moest worden gekwalificeerd en dat op basis daarvan extra zorg moest worden toegekend. Dit werd in 2019 definitief afgewezen omdat de eigenlijke aandoening – gedeeltelijke amputatie – onder de geldende regelgeving niet als ernstige handicap kan worden gekwalificeerd.

Onder het EVRM heeft klager gesteld dat door hem de mogelijkheid van extra zorg door een persoonlijk assistent te ontzeggen, inbreuk is gemaakt op zijn privéleven en autonomie, nu hij erdoor werd gedwongen in isolatie te leven. Het Hof neemt aan dat de zaak betrekking heeft op een weigering om klager recht te geven op adequate ondersteuning en is bereid om dit te zien als een kwestie die betrekking heeft op de positieve verplichtingen van de staat om

iemands recht op respect voor het privéleven te garanderen (art. 8 EVRM). Enerzijds geldt daarbij wel een *ruime margin* of appreciation, maar anderzijds is die margin aanzienlijk smaller als het gaat om kwetsbare groepen die in het verleden veel discriminatie hebben ervaren, zoals mensen met een handicap of afhankelijke ouderen. In dat geval moeten er ‘very weighty reasons’ bestaan om de gestelde beperkingen te rechtvaardigen. Het Hof wijst verder op het belang van het VN Gehandicaptenverdrag waar het gaat om respect voor waardigheid, autonomie en onafhankelijkheid. Roemenië heeft zich er als verdragsluitende staat toe gecommitteerd dat het effectieve en passende maatregelen moet nemen om mensen met een handicap ertoe in staat te stellen zelfstandig te leven en onderdeel uit te maken van de samenleving. Op nationaal niveau is vastgesteld dat klager zich in een situatie van volledige afhankelijkheid bevond en een persoonlijke assistent nodig had om in zijn basisbehoeften te kunnen voorzien. De bevinding van de nationale rechters dat hij slechts een middenniveau handicap had staat daarmee in groot contrast. Deze beoordeling was ingegeven door het enkele gegeven van de amputatie en de kwalificatie daarvan naar nationaal recht, zonder dat was gekeken naar andere omstandigheden. In het bijzonder hebben de rechters zich geen rekenschap gegeven van klagers recht op autonomie en van zijn aanspraak op menselijke waardigheid. Evenmin hebben zij gekeken naar de leeftijd en omstandigheden waarin de amputatie plaatsvonden en naar de grote gevolgen die deze operatie voor klager moeten hebben gehad. In dit opzicht verschilt de zaak volgens het EHRM van eerdere uitspraken zoals *Sentges* en *Pentiacova*, die beide betrekking hadden op aanvullende en niet-noodzakelijke hulpmiddelen of zorg. Gelet op deze overwegingen, en ongeacht de *margin of appreciation* voor de staat, stelt het Hof een schending vast van art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD006225019

Zaaknummer: 62250/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Kramareva t. Rusland, EHRM 1 februari 2022, nr. 4418/18

Kramareva heeft geprocedeerd tegen haar ontslag uit een staatsbedrijf. Tijdens de arbeidsrechtelijke procedure was in de verschillende instanties ook een officier van justitie aanwezig, die de rechters adviseerde om de eisen af te wijzen. De rechters volgden dit advies. Het EHRM overweegt dat de rol van de officier van justitie op zichzelf voldoet aan de daarvoor vanuit de Raad van Europa gestelde eisen. Kramareva heeft ook geen bewijs en argumenten aangedragen waaruit van oneigenlijke beïnvloeding van de rechter zou blijken. Het beginsel van equality of arms (art. 6 EVRM) is dan ook niet geschonden.

Klaagster was in deeltijd werkzaam voor een staatsbedrijf. In 2016 werd haar contract beëindigd omdat iemand anders was aangesteld die dezelfde werkzaamheden voltijds kon vervullen. Hierover procedeerde klager, omdat zij het ontslag onrechtmatig achtte; daarbij stelde ze onder meer dat haar onrechtmatig bepaalde werkgerelateerde documenten waren onthouden. Tijdens de procedure voor de civiele rechter was ook een officier van justitie aanwezig, die aan het einde van de zitting adviseerde om klagers aanspraak op de documenten te honoreren en de andere eisen af te wijzen. Zij werd deels in het gelijk gesteld, maar alleen voor zover het de toegang tot de documenten betrof; het ontslag zelf werd rechtmatig bevonden. In hoger beroep – waarin de officier van justitie opnieuw een adviserende rol speelde – bleef dit oordeel in stand.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden doordat er geen evenwicht tussen de partijen was vanwege de actieve aanwezigheid van een officier van justitie bij de zittingen. Het EHRM wijst erop dat volgens zijn vaste rechtspraak de aanwezigheid van een officier van justitie of vergelijkbare overheidsactor – of die nu actief of passief is – het evenwicht tussen de procespartijen kan verstoren. Tegelijkertijd heeft het Hof in verschillende zaken tegen Rusland overwogen dat het enkele feit dat een officier van justitie aan de zittingen in civiele procedures deelneemt niet als zodanig een probleem

oplevert onder art. 6 EVRM. In latere rechtspraak heeft het Hof dit in die zin genuanceerd dat er bijzondere omstandigheden moeten zijn om deze aanwezigheid te rechtvaardigen, zoals het feit dat een procespartij een kwetsbaar iemand is waarvan de belangen extra bescherming behoeven. Het Hof wijst er verder op dat er inmiddels een Aanbeveling is van de Raad van Ministers, waarin voorwaarden voor de participatie van een officier van justitie tijdens de zitting zijn vastgelegd. Vervolgens onderzoekt het Hof of in de onderhavige zaak aan deze voorwaarden is voldaan. Daarbij merkt het op dat de officier van justitie in Rusland een onafhankelijke actor is, dat de participatie tijdens civiele zittingen wettelijk is vastgelegd en is beperkt tot bepaalde categorieën van zaken (waaronder zaken over terugplaatsing na ontslag), dat er geen bijzondere bevoegdheden zijn, dat de officier van justitie niet deelneemt aan de beraadslagingen van de rechtbank, en dat hun adviezen openbaar zijn. Volgens het Hof berust de stelling van klaagster dat de officier van justitie op ongepaste wijze de rechterlijke uitspraak hebben beïnvloed op speculatie; zij heeft geen specifiek en tastbaar bewijs aangeleverd waaruit is gebleken van een dergelijke beïnvloeding. De officier van justitie heeft niet opgetreden als tegenstander van klager en heeft ook niet *ultra vires* gehandeld. Het Hof ziet in deze betrokkenheid dan ook geen schending van art. 6 EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0201JUD000441818

Zaaknummer: 4418/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Manannikov t. Rusland, EHRM 1 februari 2022, nr. 9157/08

Tijdens een manifestatie ter ondersteuning van president Poetin hebben twee tegendemonstranten zich in de menigte gemengd met een spandoek met de tekst 'Poetin is beter dan Hitler'. Toen bleek dat verschillende demonstranten dit spandoek provocerend vonden heeft de politie hen gevraagd het spandoek te verwijderen; later is hen een lage bestuurlijke boete opgelegd. Het EHRM acht dit optreden van de politie proportioneel, ook gelet op de eigen keuze van klagers om zich als tegendemonstranten in de menigte te mengen en daardoor een onveilige situatie uit te lokken. Met vijf stemmen tegen twee oordeelt het dat art. 10 EVRM niet is geschonden.

In de aanloop naar de Russische presidentsverkiezingen in 2008 werd een aantal evenementen georganiseerd ter ondersteuning van de zittende president Poetin. Klager – een mensenrechtenactivist – woonde samen met iemand anders, B., een van deze bijeenkomsten bij als tegendemonstrant. Zij mengden zich onder de deelnemers met een spandoek met de tekst 'Poetin is beter dan Hitler'. Nadat andere deelnemers hiertegen hadden geprotesteerd, verzocht de aanwezige politie klager en B. om het spandoek te verwijderen, maar dat weigerden zij te doen. Aan het einde van de bijeenkomst werd het spandoek afgepakt en verscheurd door drie mensen in burgerkleding (volgens klager waren dit undercover politieagenten). Op de weg terug naar huis werden klager en B. aangehouden en meegenomen naar het politiebureau, waar zij werden vastgehouden in afwachting van het opmaken van een rapport. Volgens de bevoegde rechter was sprake van een handelen in strijd met de regels voor deelname aan publieke evenementen, waarop klager een bestuurlijke boete van ongeveer 14 EUR kreeg opgelegd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) is aangetast door de veroordeling tot een bestuurlijke boete. Het Hof is bereid om de bevinding

van de nationale rechters te aanvaarden dat de tekst van het spandoek als beledigend kon worden ervaren, gelet op de vergelijking van Poetin met Hitler, en dat het tonen ervan een conflict tussen klager en B. en andere deelnemers aan het evenement had kunnen uitlokken. Het Hof wijst er echter ook op dat het altijd het belang heeft onderstreept van het kunnen organiseren van tegendemonstraties. Dit recht op tegendemonstraties is tegelijkertijd niet absoluut en staten kunnen redelijke en passende maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat demonstraties vreedzaam verlopen. In de onderhavige zaak is niet gebleken dat de politie klager heeft gevraagd om de banner te verwijderen vanwege het opschrift. Dit verzoek is vooral gedaan omdat sommige deelnemers aan de gebeurtenis de banner provocerend vonden. Het was verder klagers eigen keuze om met zijn banner midden in de menigte te gaan staan, terwijl hij ook aan de rand had kunnen plaatsnemen. Juist door die keuze ondermijnde klager met zijn spandoek de boodschap die de andere demonstranten wilden overdragen, namelijk de steun voor Poetin, en maakte hij het moeilijk voor de politie om de gebeurtenis vreedzaam te laten verlopen. Het verzoek om de banner te laten zakken acht het Hof niet onredelijk of excessief, net zomin als de uiteindelijk opgelegde, lage geldboete. Het Hof concludeert met 5 stemmen tegen 2 dat art. 10 EVRM in deze zaak niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0201JUD000915708

Zaaknummer: 9157/08

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

N.M. e.a. t. Frankrijk, EHRM 3 februari 2022, nr. 66328/14

Klagers zijn de ouders van een in 2001 geboren kindje met ernstige aangeboren afwijkingen. Een eerder prenataal onderzoek bleek onzorgvuldig te zijn uitgevoerd, waardoor deze afwijkingen niet tijdig werden ontdekt. Klagers kregen wel een vergoeding van hun immateriële schade, maar niet van de kosten voor het zorgen voor hun gehandicapte kind. Het EHRM oordeelt dat daarbij een onjuiste toepassing is gegeven aan wetgeving hierover, waardoor zonder wettelijke grondslag inbreuk is gemaakt op de eigendomsrechten van de ouders. Dit is in strijd met art. 1 EP EVRM.

In mei 2001 verzocht eerste klagster – toen zwanger – om een grondig prenataal onderzoek uit te voeren. Daarbij werden geen afwijkingen vastgesteld. In 30 december werd A. geboren, maar hij leed aan een combinatie van meerdere aangeboren afwijkingen die bekend staat als het ‘VACTERL-syndroom’. Nu de ouders vermoedden dat er bij het prenatale onderzoek fouten waren gemaakt verzochten zij om een deskundigenonderzoek. Daaruit bleek dat er bij de echo’s inderdaad een foutieve interpretatie was gegeven. Daarop hebben klagers geprocedeerd tegen het ziekenhuis op grond van onrechtmatige daad. De vraag die daarbij opkwam was, of in hun geval een toen nieuwe wettelijke bepaling over schadevergoeding bij ‘wrongful birth’ moest worden toegepast. In 2008 besloot de rechter in eerste aanleg dat dit laatste niet het geval was en dat het ziekenhuis aansprakelijk was. Daarbij bepaalde de rechter dat het verlies van de kans voor de ouders om de geboorte van A. te voorkomen op 100% moest worden vastgesteld. Verdere procedures en een prejudiciële constitutionele beslissing (QPC) leidden in 2014 tot een uitspraak van de *Conseil d’État*, die oordeelde dat klagers hun procedure niet voor de inwerkingtredingsdatum van de wet uit 2002 hadden ingesteld. Daardoor hadden zij geen aanspraak op compensatie onder deze wetgeving die een eigendomsclaim in de zin van art. 1 EP EVRM kon opleveren. De *Conseil d’État* oordeelde verder dat er onmiskenbaar een direct causaal verband bestond tussen de door de geboorte

van A. door de ouder geleden schade, en de tekortkomingen in het handelen van het ziekenhuis; door die tekortkomingen hadden zij geen mogelijkheid gehad om de zwangerschap tijdig te beëindigen. Gelet daarop kende de *Conseil d'État* de ouders in totaal 80.000 EUR immateriële schadevergoeding toe.

Voor het EHRM hebben klagers de niet-toepassing door de *Conseil d'État* van de relevante wetgeving betwist. Volgens hen hebben zij daardoor geen vergoeding kunnen krijgen van de aan de handicap van A. verbonden onkosten, hetgeen een schending oplevert van art. 1 EP EVRM. Het EHRM overweegt dat uit het Franse recht en de vaste rechtspraak over aansprakelijkheid volgt, dat de klagers een legitieme verwachting konden hebben dat zij compensatie konden krijgen voor alle ondervonden schade van het onzorgvuldige handelen van het ziekenhuis, dat wil zeggen van alle kosten die samenhangen met het zorgen voor een gehandicapt kind vanaf het moment van geboorte. Deze schade is in dit geval opgetreden voordat de nieuwe wet in werking trad, zodat klagers een eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP EVRM kunnen claimen.

Betwist is niet dat de nieuwe wet een inbreuk maakte op dit eigendomsrecht in die zin dat de wet de mogelijkheid van schadevergoeding uitsloot voor de kosten van zorg vanwege de handicap van A. Het Hof wijst er daarbij op dat juist de QPC uit 2010 tot gevolg heeft gehad dat een aantal overgangsbepalingen zijn ingetrokken, waardoor het mogelijk was om het gemene privaatrecht toe te passen. Daardoor was het niet langer mogelijk om alsnog de wet uit 2002 toe te passen, ongeacht het moment waarop de eigenlijke procedure is aangespannen. Het Hof wijst er verder op dat de door de *Conseil d'État* gegeven uitleg van de wet afweek van die van de *Cour de Cassation*. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat er geen voldoende wettelijke grondslag bestond voor de op het eigendomsrecht gemaakte inbreuk, in strijd met art. 1 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 03-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0302JUD006632814

Zaaknummer: 66328/14

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

Q en R t. Slovenië, EHRM 8 februari 2022, nr. 19938/20

Een procedure over pleegzorg voor twee kleinkinderen heeft ruim zes jaar geduurd, deels door de in 2020 opgelegde coronamaatregelen. Het EHRM heeft begrip voor de vertraging, maar staten blijven wel verantwoordelijk voor een voldoende vlot procesverloop. Gelet op wat er op het spel stond, had de zaak met meer urgentie moeten worden behandeld. Het EHRM overweegt verder dat op nationaal niveau de kleinkinderen aanvankelijk niet in de procedure zijn betrokken, maar dat dit geen schending oplevert van art. 8 EVRM jegens de grootouders – zij zijn hierdoor niet onrechtmatig in hun procespositie aangetast.

In 2015 is de dochter van klagers vermoord, beweerdelijk door haar echtgenoot. Sindsdien hebben klagers geprobeerd de pleegzorg voor hun kleinkinderen op zich te nemen en contact met hen te houden. De kinderbeschermingsautoriteiten vonden de grootouders echter niet geschikt om voor de kinderen te zorgen en de kinderen werden in een ander pleeggezin geplaatst. Ook werden de mogelijkheden van contact tussen de kinderen en hun grootouders beperkt. In hoogste instantie werd deze beslissing vernietigd en werd een nieuw onderzoek naar de situatie gelast, waarbij een speciale voogd zou worden toegewezen aan de kinderen om hun belangen in de procedure te vertegenwoordigen. Dit onderzoek liep diverse vertragingen op en is nog niet afgerond.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat de procedure over de pleegzorg voor de kinderen onredelijk lang heeft geduurd, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt vast dat de gehele procedure inmiddels bijna zes jaar heeft geduurd en nog niet is afgerond. De zaak is weliswaar enigszins complex, maar niet zodanig dat de lange duur door die ingewikkeldheid kan worden gerechtvaardigd. Het Hof wijst erop dat de verklaringen voor de lange duur vooral waren gelegen in de benodigde tijd voor het voorbereiden van deskundigenberichten, het opnieuw moeten uitvoeren van onderzoek na vernietiging van de beslissing in hoogste instantie, en maatregelen die waren gerelateerd aan de coronapandemie. De eerste twee omstandigheden acht het Hof van organisatorische aard; het is een verantwoordelijkheid van

de staat om ervoor te zorgen dat dit soort vertragingen niet te hoog oplopen. Wat betreft de met Covid-19 verband houdende vertragingen merkt het Hof op dat de coronacrisis begrijpelijkerwijs een nadelig effect zal hebben gehad op het afhandelen van zaken door de nationale rechters. Niettemin kan deze situatie de staat niet volledig ontheffen van verantwoordelijkheid voor een voldoende vlot procesverloop. In dit geval constateert het Hof dat de zaak ook tijdens de pandemie wel behandeld zou zijn als hij als urgent was aangemerkt. Weliswaar was de zaak inderdaad niet van dezelfde mate van urgentie als bijvoorbeeld uithuisplaatsingen, maar gelet op het belang van wat er op het spel stond voor de klagers, is het Hof van oordeel dat toch geprobeerd had moeten worden de zaak sneller af te doen. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook geschonden.

Klagers hebben daarnaast geklaagd over tekortkomingen in de procedure over de pleegzorg voor de kinderen. Het Hof stelt vast dat aanvankelijk onvoldoende pogingen zijn gedaan om de kinderen zelf te horen of een speciale voogd aan te wijzen om hun belangen te vertegenwoordigen. Het Hof merkt echter ook op dat de kinderen zelf geen partij zijn in de onderhavige procedure en dat er geen reden is om aan te nemen dat de procespositie van klagers zelf is aangetast doordat de kinderen onvoldoende waren gerepresenteerd. In de tweede plaats is een voor de procedure belangrijke deskundige niet ondervraagd gedurende de procedure. Het Hof oordeelt echter dat daarvoor voldoende gronden bestonden en dat ook hierdoor de procedurele rechten van klagers niet zodanig zijn aangetast dat zij hun belangen niet goed konden vertegenwoordigen. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD001993820

Zaaknummer: 19938/20

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

RECHTSPRAAK

Šeks t. Kroatië, EHRM 3 februari 2022, nr. 39325/20

Een gepensioneerde politicus heeft toegang gevraagd tot informatie uit de jaren '90 in verband met het schrijven van een boek over de totstandkoming van de Kroatische Republiek. Deze toegang is deels geweigerd omdat het ging om strikt vertrouwelijke, staatsgeheime informatie. Het EHRM overweegt dat de weigering een inbreuk vormt op het recht op informatie, maar de staat heeft een ruime margin of appreciation vanwege het nationale-veiligheidsbelang. Het Hof toetst daarom uitsluitend procedureel. Het concludeert dat onafhankelijke instanties de weigering voldoende zorgvuldig en uitgebreid hebben beoordeeld, zodat art. 10 EVRM niet is geschonden.

Klager is een inmiddels gepensioneerde politicus, die in het verleden verschillende hoge functies heeft bekleed. In 2017 heeft hij het Kroatische staatsarchief verzocht om toegang tot 56 documenten uit het kabinet van de President, die daarin tussen 1994-1999 waren geplaatst. Hij wilde die gebruiken om een boek over de geschiedenis van de stichting van de Kroatische Republiek te schrijven. De verschillende documenten waren geclassificeerd als staatsgeheim en strikt vertrouwelijk. Na advies van de nationale veiligheidsdienst besloot het kabinet van de President om 31 van de documenten te declassificeren en te openbaren. Een onafhankelijke 'Information Commissioner' oordeelde dat dit besluit terecht was; dit oordeel bleef in stand in hoger beroep en voor het Constitutionele Hof.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering om de documenten te declassificeren in strijd was met art. 10 EVRM. Het EHRM herhaalt de uitgangspunten die het ten aanzien van de verplichting tot het verstrekken van toegang tot overheidsinformatie heeft neergelegd in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*. In het licht daarvan overweegt het dat klager tot doel had om de informatie te kunnen gebruiken als documentatie van zijn boek. Het nationale Constitutionele Hof heeft al vastgesteld dat het schrijven van een boek over de oprichting van

de Republiek Kroatië een onderwerp van algemeen belang betreft; het Hof ziet geen reden om daar anders over te oordelen. De informatie was bovendien gemakkelijk en direct beschikbaar. Dit betekent dat klager inderdaad aanspraak kon maken op het recht op toegang tot informatie zoals beschermd door art. 10 EVRM.

Kroatië heeft zich nog verweerd door te stellen dat er in dit geval geen sprake was van een 'kennelijk nadeel' in de zin van art. 35 lid 3 (b) EVRM, nu klager zijn boek binnenkort zal publiceren en het blijkbaar ook zonder toegang tot de niet-verschafte documenten heeft kunnen schrijven. Het EHRM acht dat argument niet bepalend, nu klager wel heeft gesteld dat het ontbreken van toegang zijn onderzoek heeft bemoeilijkt en het proces heeft vertraagd. Ook heeft hij gesteld dat het nu incompleet is. Zeker nu de kwestie ook belangrijke principiële vragen opwerpt, is het Hof dan ook niet bereid om de zaak op deze grond niet-ontvankelijk te verklaren.

Het Hof wijst er in het kader van zijn rechtvaardigingstoets op, dat het in zaken over toegang tot overheidsinformatie tot dusver nog niet te maken heeft gekregen met geclassificeerde documenten. In dergelijke zaken speelt nationale veiligheid een rol, wat betekent dat een ruime *margin of appreciation* moet worden gelaten aan de staat om te bepalen hoe die moet worden beschermd. Wel acht het Hof het van extra belang dat er dan voldoende procedurele waarborgen zijn om de grondrechten te beschermen, en besluit het zijn toetsing daarop te richten. In dit geval heeft de onafhankelijke 'Information Officer' zorgvuldig naar de zaak gekeken en zij heeft het besluit van het kabinet van de President ondersteund. Daarna zijn er voldoende beroepsmogelijkheden geweest, waardoor niet kan worden gezegd dat de beoordeling op nationaal niveau fundamenteel tekort is geschoten of dat er geen enkele passende waarborg is geboden. Het Hof merkt daarbij ook op dat de gegeven redenen toereikend waren. Gelet op dit alles is het van oordeel dat art. 10 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 03-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD003932520

Zaaknummer: 39325/20

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM art. 35 lid 3 (b)

RECHTSPRAAK

Corbu t. Roemenië, EHRM 11 januari 2022 (ontv.besl.), nr. 52168/18

Tegen Corbu heeft van 2012-2018 een strafzaak gelopen waarin zij uiteindelijk is vrijgesproken. Vanwege de lange duur van de procedure heeft zij bij het EHRM een klacht ingediend. In 2019 is zij echter benoemd tot president van het Roemeense Hof van Cassatie. Gelet op het daarmee gepaard gaande risico van vermenging van professionele en privébelangen heeft zij bij het EHRM verzocht haar zaak van de rol te schrappen. Het Hof geeft hieraan gehoor.

Tegen klaagster is in 2012 een strafrechtelijk onderzoek ingesteld dat in 2018 heeft geleid tot een vrijspraak door het Roemeense Cassatiehof. Klaagster was op dat moment raadsheer in dit Cassatiehof; sinds 2019 is zij daarvan de president. In 2021 heeft klaagster bij het EHRM aangegeven dat zij haar procedure – die betrekking had op de lange duur van de strafzaak – niet meer wilde voortzetten. Er waren voor haar namelijk geen gevolgen meer van de beweerde schending en bovendien was ze van mening dat er geen sprake mocht zijn van een vermenging van professionele en privébelangen bij de kwestie. De regering heeft aangegeven te kunnen instemmen met haar verzoek.

Het EHRM overweegt dat er in het onderhavige geval geen redenen zijn van algemene mensenrechtenbescherming om de behandeling van de zaak voort te zetten. Om die reden schrapt het de zaak van de rol conform art. 37 lid 1 (a) EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-01-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0111DEC005216818

Zaaknummer: 52168/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 37 lid 1 (a)

RECHTSPRAAK

Al Alo t. Slowakije, EHRM 10 februari 2022, nr. 32084/19

Een man is aangehouden omdat hij twee migranten had geholpen de grens naar Oostenrijk over te steken. De twee migranten werden als getuigen gehoord, maar waren niet aanwezig tijdens de daadwerkelijke strafprocedure. Het EHRM wijst erop dat meer gebruik had kunnen worden gemaakt van de instrumenten uit het Verdrag over wederzijdse bijstand in strafzaken om de aanwezigheid van de getuigen te verzekeren. Klager heeft bovendien niet bewust afstand gedaan van zijn recht hen ter zitting te ondervragen. Daardoor is art. 6 lid 1 en lid 3 (d) EVRM geschonden.

In 2017 werd klager aangehouden wegens mensensmokkel. Hij was in Bratislava met twee vermoede migranten in een taxi gestapt die richting de Oostenrijkse grens reed. Volgens klager dacht hij dat zij kennissen waren van zijn vader, reden waarom hij hen onderdak en transport had aangeboden. Volgens de migranten, die eveneens waren aangehouden, hadden zij echter betaald voor een transfer naar Duitsland. Klager werd tijdens het verhoor niet bijgestaan door een advocaat en was ook niet aanwezig tijdens het verhoor van de migranten. Hij werd later schuldig bevonden en tot vijf jaar gevangenisstraf veroordeeld. Tijdens de procedure bij de rechter waren de beide migranten niet zelf aanwezig voor nader verhoor.

Onder art. 6 lid 1 en lid 3 (c) en (d) EVRM heeft klager gesteld dat hij ten onrechte niet heeft kunnen profiteren van rechtsbijstand tijdens de eerste verhoren en dat eveneens ten onrechte de belangrijkste getuigen in zijn zaak bij de rechter niet zijn gehoord. Ten aanzien van het verhoor van de getuigen past het EHRM de *Schatschaschwili*-criteria toe. Het ziet geen goede redenen waarom in dit geval de tijdens het eerste getuigenverhoor afgelegde verklaringen zijn gebruikt. De autoriteiten hadden beschikking over de identiteitsgegevens en adressen van de twee migranten, en hadden gebruik kunnen maken van de mechanismen die binnen de EU beschikbaar zijn onder het verdrag over wederzijdse bijstand in strafzaken. Alle staten die bij de onderhavige zaak betrokken waren, zijn partij bij dit verdrag, zodat er geen goede reden was om dit na te laten. Het Hof acht verder van belang dat de getuigenissen van de migranten

van aanzienlijk belang waren voor de bewijsvoering in de zaak. De regering heeft verder gesteld dat klager afstand heeft gedaan van zijn recht om de getuigen te ondervragen nu hij ook geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bij hun eerste verhoor aanwezig te zijn. Het EHRM stelt echter vast dat het een niet uit het ander kan worden afgeleid. Klager was aanvankelijk ook niet goed geïnstrueerd over de gevolgen die het niet aanwezig zijn bij dit eerste verhoor in het vervolg van de procedure zou kunnen hebben. Het Hof acht dit gebrek aan informatievoorziening voor klager nog extra problematisch omdat de autoriteiten hadden kunnen weten dat de migranten later mogelijk moeilijk vindbaar zouden blijken, en omdat klager bij zijn eigen verhoor al had verteld dat hij weinig wist van juridische kwesties. Voor zover klager dus al afstand van recht heeft gedaan, is dat in ieder geval niet met voldoende waarborgen omkleed geweest. Het EHRM leidt hieruit af dat de procedure als geheel oneerlijk is geweest, in strijd met art. 6 lid 1 en lid 3 (d). Gelet daarop acht het Hof het niet nodig om de klacht onder art. 6 lid 3 (c) nog apart te behandelen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-02-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419

Zaaknummer: 32084/19

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en lid 3 (d)

ANNOTATIE

Stołkowski t. Polen (EHRM, 58795/15) – Inbeslagname getoetst aan art. 1 EP EVRM

J.A.M.A. Sluysmans

Inleiding

1. Stołkowski wordt in 2005 in Polen verdacht van een misdrijf. Zijn auto wordt door de autoriteiten in beslag genomen. Na ruim vijf jaren wordt Stołkowski in de gelegenheid gesteld zijn auto terug te krijgen, maar daar ziet hij vanaf. De auto, een Peugeot XV 1.6 uit 1998, heeft al die jaren ongebruikt buiten gestaan, en verkeert in deplorabele staat. Stołkowski tracht van de Staat een schadevergoeding te verkrijgen ter grootte van de waardedaling van zijn auto, maar vangt bot binnen het Poolse rechtssysteem. In Straatsburg heeft hij meer succes. Het EHRM oordeelt dat onder de gegeven omstandigheden (waarop ik hieronder nog nader zal ingaan) de omstandigheid dat Stołkowski geen compensatie heeft ontvangen voor de waardevermindering van zijn auto een schending oplevert van art. 1 EP EVRM. Het Hof kent Stołkowski (voor materiële en immateriële schade gezamenlijk) een vergoeding toe van 2.500 EUR.

2. Ik zal hieronder vanzelfsprekend de oordeelsvorming van het Hof analyseren, om vervolgens aandacht te besteden aan de vraag hoe een zaak als die van Stołkowski – waarin centraal staat het thema van aansprakelijkheid van de Staat voor tekortschietend beheer van inbeslaggenomen goederen - naar nationaal, Nederlands recht zou worden afgewikkeld. Ik sluit af met enkele observaties.

Het oordeel van het EHRM

3. In navolging van het Hof zelf kunnen we een aantal grote stappen zetten. Een inbeslagname betreft regulering van eigendom, geen ontneming. Een inbeslagname in het kader van een strafrechtelijk onderzoek of strafrechtelijke vervolging – of die nu dient ter zekerheid van een mogelijk te betalen boete of vergoeding aan nabestaanden, ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel of ter veiligstelling van bewijs – kwalificeert als een maatregel die het publiek belang dient en is (doorgaans, in elk geval in Polen, en ook in Nederland) voorzien bij

wet. De enige -en cruciale - vraag is daarmee of hier sprake is van de verstoring van de 'fair balance': het precaire evenwicht tussen het belang van het algemeen en het particuliere belang van Stołkowski. Het Hof benadrukt – conform vaste rechtspraak – (in par. 57) dat bij de beoordeling van die 'fair balance' een groot gewicht toekomt aan de vraag of aan de benadeelde burger enige vorm van compensatie wordt geboden.

4. Stołkowski ziet vier redenen waarom op hem een zogenoemde 'excessive burden' rust, en dus de balans op onaanvaardbare wijze in zijn nadeel is doorgeslagen: (i) de oorspronkelijke waarde van de auto was disproportioneel hoger dan de mogelijk door hem verschuldigde boete of schadevergoeding (aan het slachtoffer) ter dekking waarvan de auto als onderpand had kunnen dienen, (ii) de autoriteiten hadden nagelaten zijn auto tijdig te veilen, (iii) door nalatig beheer hadden de autoriteiten de auto laten verkommeren (met ernstig waardeverlies tot gevolg) en (iv) de rechter heeft hem geen compensatie toegekend voor dat waardeverlies van de auto.

5. Het Hof oordeelt dat in de kern de hier te beantwoorden vraag is of de schade die Stołkowski ontegenzeggelijk heeft geleden door het op zichzelf rechtmatige beslag van de auto niet groter is dan de schade die onvermijdelijk ('inevitable') is. Als de schade wel te vermijden zou zijn geweest, zou die schade in beginsel wel degelijk moeten worden gecompenseerd, zo is de (impliciete) gedachte. Om die onvermijdelijkheid van de schade te beoordelen, moet het Hof (zie par. 68) eerst beoordelen of het redelijk was om de auto zo lang in beslag te houden als hier is gebeurd en of de autoriteiten op passende wijze ('with due care') hebben zorggedragen voor de auto (bijvoorbeeld via het bieden van toereikende stallingsfaciliteiten).

6. Voor wat betreft de duur van de inbeslagname erkent het Hof dat juridische procedures nu eenmaal tijd kosten, maar juist als fundamentele rechten zoals het recht op eigendom in het geding zijn, dienen de autoriteiten – aldus het Hof - met voortvarendheid ('in good time') te handelen. Het Hof heeft in deze zaak vooral moeite met het uitblijven van een tijdige veiling van de auto, die volgens het Hof wel geraten was, nu het hier ging om een object dat als gevolg van tijdsverloop onderhevig was aan waardeverlies. Anders gezegd: het mag best zo zijn dat een strafzaak de nodige tijd kost, maar met het oog op de bescherming van het vermogen van een verdachte (of veroordeelde) zou een voor waardeverlies in aanmerking komend inbeslaggenomen object (tijdig) te gelde moeten worden gemaakt.

7. Voor wat betreft de zorg voor de Peugeot merkt het Hof op dat zelfs in geval de nationale regelgeving geen specifieke eisen stelt aan de opslag van inbeslaggenomen goederen – zoals in Polen kennelijk het geval is - de bewaarder desalniettemin een algemene verplichting heeft om te zorgen ('take care') voor het object in kwestie. Dat betekent, meer concreet, dat die zorgvuldigheid moet worden betracht die noodzakelijk is om te borgen dat de waarde van het

inbeslaggenomen voorwerp niet afneemt. Tegen die achtergrond beschouwt het Hof het als een wettelijke verplichting, maar vooral als ‘common sense’, om de auto te bewaren onder goede omstandigheden, dus binnen. Een dergelijke verplichting legt volgens het Hof ook geen onmogelijke of disproportionele last op de autoriteiten, en als dat al anders zou zijn, dan hadden zij alsnog tijdig de auto kunnen veilen (en – zo voeg ik daaraan toe – op die wijze dus het vermogen van Stołkowski veilig kunnen stellen). Van de Poolse autoriteiten kon in de ogen van het Hof overigens niet worden gevergd dat zij de auto ook technisch zouden hebben onderhouden: het verversen van olie of vervangen van de accu mocht redelijkerwijs niet van hen worden verwacht.

8. Het Hof besluit dat met de verzuchting (in par. 76) dat “Come what may, the Court finds that keeping the vehicle completely immobilised for many years in an outdoor car-park (...) cannot be considered due diligence.” De schade die Stołkowski heeft geleden is dus groter dan de *onvermijdelijke* schade, die excessieve schade zou moeten worden vergoed om de *fair balance* te herstellen en het uitblijven daarvan levert mitsdien schending op van art. 1 EP EVRM.

9. Het Hof geeft in dit arrest geen grote of nieuwe regels. Het Hof benadrukt juist dat het hier louter gaat om een beslissing die is ingegeven door de concrete feiten van het specifieke geval. Het oordeel laat zich kernachtig samenvatten: als de overheid eigendom van burgers in beslag neemt, moet zij daar met ‘due care’ - als een goed huisvader - voor zorgen. Gebeurt dat niet, en ontstaat schade die bij voldoende zorg had kunnen worden vermeden, dan zal de dientengevolge door de burger geleden schade moeten worden vergoed.

Aansprakelijkheid na inbeslagname naar Nederlands recht

10. De vraag die bij mij rees na kennisneming van dit arrest was hoe deze materie in Nederland is geregeld, en hoe de Nederlandse rechtspraak zich verhoudt tot het oordeel van het Hof.

11. Centraal in die rechtspraak – waarvan ik hieronder enkele voorbeelden zal bespreken – staat artikel 7 lid 1 van het zogenoemde Besluit inbeslaggenomen voorwerpen 2013. Deze bepaling verplicht de bewaarders en de ambtenaren die inbeslaggenomen voorwerpen onder zich hebben om de nodige maatregelen te nemen tegen beschadiging, waardevermindering en ontvreemding van deze voorwerpen.

12. Wie meent dat hij schade heeft geleden door een inbeslagname dient zicht met een actie uit hoofde van onrechtmatige daad te wenden tot de burgerlijke rechter, waarbij die rechter dan de voormelde verplichting als maatstaf hanteert. Getoetst wordt of tijdens bewaring is gehandeld zoals van een redelijk bewaarder mag worden verwacht. De bewijslast ligt bij de

partij die stelt dat de bewaarder tekort is geschoten. Opmerkelijk is, dat in de (lagere) rechtspraak als uitgangspunt wordt gehanteerd dat niet zonder meer van de Staat kan worden gevergd, dat inbeslaggenomen voertuigen overdekt worden gestald (rechtbank Den Haag 4 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9592 en rechtbank Den Haag 12 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2882). De vraag is, in hoeverre dit uitgangspunt in het licht van het arrest Stolkowski nog langer houdbaar is. Het EHRM is immers van oordeel dat een 'behoorlijk bewaren' van voertuigen in beginsel een 'overdekt bewaren' van die voertuigen is, en mocht dat overdekt (moeten) bewaren een disproportionele last op de autoriteiten leggen, dan moet een tijdige veiling worden overwogen om onnodig vermogensverlies te voorkomen.

13. Dat de Nederlandse autoriteiten (gelukkig) niet zonder meer alle inbeslaggenomen voertuigen in de buitenlucht parkeren, blijkt uit een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 3 augustus 2010 (ECLI:NL:GHSGR:2010:BX6464). Ook hier ging het om de inbeslagname van een auto, zij het geen Peugeot op leeftijd, maar een Ferrari. Het verwijt aan de Staat was dat de Ferrari niet in dezelfde, goede staat was teruggegeven als waarin de Ferrari verkeerde ten tijde van het beslag. Uit overgelegde taxatierapporten zou blijken dat de auto door langdurig stilstaan schade had opgelopen, zodat volgens de eigenaar van de auto de Staat zijn zorgplicht van een goed bewaarder had verzaakt. Het Hof oordeelde evenwel dat 'uit niets blijkt' dat de Ferrari bij vrijgave in slechtere conditie verkeerde dan bij aanvang van het (fiscale) beslag. Het Hof memoreert in dit verband dat de auto gedurende de gehele periode van het beslag "geconditioneerd" in bewaring is gehouden, hetgeen wil zeggen dat de stalling heeft plaatsgevonden in een hal met een constante temperatuur van 16 graden en een gelijkblijvende vochtigheidsgraad, waardoor het voertuig niet aan wisselende temperaturen en/of weersomstandigheden is blootgesteld. Dat met het opnieuw in bedrijf stellen van de auto mogelijk kosten zijn gemoeid, omdat de motor gedurende het beslag niet heeft gelopen betekent in de visie van het Hof niet dat de Staat in zijn zorgplicht is tekortgeschoten. Die zorgplicht gaat naar het oordeel van het hof niet zover dat de Staat als bewaarder zou zijn gehouden gedurende het beslag de motor regelmatig te laten draaien, reeds omdat ook daarmee (al) risico op schade wordt gelopen, zoals de Staat onweersproken heeft aangevoerd. Evenmin gaat de zorgplicht zo ver dat de Staat als bewaarder de auto zodanig moet conserveren dat het bewegen van de motor en andere onderdelen niet nodig zou zijn. Het Hof overweegt tot slot nog dat de betreffende Ferrari een exclusieve auto is uit een gelimiteerde editie, waarvoor geldt dat enkel tijdverloop de waarde daarvan niet doet verminderen. Ik zou menen dat dit alleszins begrijpelijke oordeel van het Hof geheel en al past binnen de lijnen die het EHRM heeft uitgezet in de zaak Stolkowski.

14. Binnen het thema van aansprakelijkheid wegens inbeslagname kan ik tot slot niet voorbijgaan aan de bijzondere casus die leidde tot het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage

van 23 februari 2011 (ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2459). De rechtbank moest oordelen over een claim wegens een tekortschieten van de Staat als goede bewaarder na de inbeslagname van twee blikken kaviaar. De Staat had de blikken kaviaar volgens de eiser regelmatig moeten draaien om te voorkomen dat de kaviaar zou uitdrogen (hetgeen uiteraard was gebeurd: het uitdrogen dus, niet het omdraaien). De rechtbank volgt eiser in dit betoog niet. Hoewel volgens de rechtbank op zichzelf juist is dat de Staat dient te handelen als een redelijk bewaarder, brengt dit niet mee dat iedere denkbare maatregel die aan de kwaliteit van de kaviaar ten goede zou kunnen komen ook moet worden genomen. De rechtbank memoreert dat in de procedure rapporten zijn overgelegd van ‘kaviaar-deskundigen’ die niet tot de conclusie leiden dat het niet-keren van de blikken maakt dat niet langer van een normale bewaring van de kaviaar kan worden gesproken. Onder die omstandigheden kan dus niet worden geoordeeld dat de Staat in zijn zorgplicht is tekortgeschoten. In het licht van het arrest Stolkowski is voorstelbaar dat de kaviaar – toch een etenswaar, en daarmee een bederfelijk goed – vanuit de inspanningsplicht tot het behoud van vermogen bij een lange duur van inbeslagname geveild zou moeten worden, maar daarover werd in deze specifieke zaak door de eigenaar niet geklaagd.

Bevindingen

17. Autoriteiten die private eigendom in beslag nemen moeten zich inspannen om het vermogen dat dit eigendom vertegenwoordigt binnen redelijke grenzen te bewaken. Dit houdt in dat het object van inbeslagname onder passende condities wordt bewaard, en in geval die passende condities niet kunnen worden geboden of ontoereikend zijn om (significant) vermogensverlies te voorkomen aanleiding kan ontstaan om het object (via een veiling) te gelde te maken. Schade die ontstaat vanwege een tekortkoming in de nakoming van die inspanningsplicht zal als ‘vermijdbare schade’ moeten worden vergoed. Gebeurt dat niet, dan verstoort zulks de ‘fair balance’, en zal sprake zijn van schending van art. 1 EP EVRM. De Nederlandse praktijk lijkt min of meer in de pas te lopen met deze benadering van het EHRM, al speelt art. 1 EP EVRM in de nationale rechtspraak op dit terrein geen kenbare rol. Wel kan met recht een vraagteken worden gezet bij het in de (betrekkelijk schaarse) nationale rechtspraak gehanteerde uitgangspunt dat een zorgvuldig bewaren van inbeslaggenomen voertuigen in beginsel niet betekent dat die voertuigen overdekt moeten worden gestald. Daar lijkt het EHRM toch anders over te denken.

Jacques Sluysmans

ANNOTATIE

Špadijer t. Montenegro (EHRM, 31549/18) – Van artikel 10 naar artikel 8 EVRM ‘gepest’***N. Hummel*****1. Inleiding**

1. Sinds de aflevering van BOOS in januari jl. verschijnen in de media vrijwel dagelijks berichten over seksueel overschrijdend gedrag.[1] Ook in de arbeidsrechtelijke literatuur en jurisprudentie houdt dit onderwerp de gemoederen bezig. De Hoge Raad mag zich bijvoorbeeld buigen over de vraag of tegenwoordig als vuistregel moet gelden dat seksuele intimidatie in een afhankelijkheidsrelatie in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert, zodat de dader bij ontslag geen recht heeft op een transitievergoeding (art. 7:673 lid 7 sub c BW).[2] Een bevestigend antwoord roept direct de vraag op of een dergelijke regel doorgetrokken kan worden naar alle vormen van intimidatie, waaronder (ernstige) pesterijen. Uit onderzoek van de CNV uit 2020 blijkt dat maar liefst 26% van alle werkenden in Nederland wel eens te maken heeft met treiteren, roddelen, uitlachen of ander vervelend gedrag op het werk.[3] Het arrest *Špadijer t. Montenegro* leert dat pesten zodanig ernstige vormen aan kan nemen dat zelfs het grondrecht art. 8 EVRM in het geding kan komen, en dat op de verdragsstaten in dat geval een positieve verplichting rust om werknemers effectieve bescherming te bieden tegen intimidatie op de werkvloer. In het geval van *Špadijer* gold wel dat de (wettelijk gezien toereikende) civielrechtelijke en strafrechtelijke beschermingsmechanismen niet goed genoeg functioneerden. In het bijzonder had de nationale rechter het begrip pesten volgens het Hof te restrictief uitgelegd en had deze niet alle incidenten, en de omstandigheden waaronder deze hadden plaatsgevonden, meegewogen. Ook wijst het EHRM erop dat de ‘mogelijke klokkenluiderscontext’ ten onrechte buiten beschouwing was gelaten. Het is dus zeker niet gezegd dat alle pestzaken tot eenzelfde uitkomst zullen leiden.

2. Na een bespreking van de casus (par. 2), ga ik in deze annotatie achtereenvolgens in op de toepasselijkheid van art. 8 EVRM bij pesten op de werkvloer (par. 3) en op doorwerking van de klokkenluidersbescherming van art. 10 EVRM bij de verplichting om effectieve bescherming te

bieden tegen intimidatie na een interne melding van ongeregeldeheden (par. 4).

2. Casus

3. Špadijer werkte als gevangenisbewaarder in de vrouwen vleugel van een Montenegrijnse penitentiaire inrichting. Vanwege personeelstekort was zij tijdelijk benoemd tot teamleider. De pesterijen begonnen na haar melding van een voorval op oudejaarsavond 2012. Een aantal mannelijke collega's was de vrouwen vleugel binnengetrokken; een daarvan had ook 'fysiek contact' met twee gevangenen. Twee vrouwelijke bewaarders stonden dit oogluikend toe. Naar aanleiding van de melding zijn de betrokkenen disciplinair gestraft. Van januari tot haar ziekmelding in augustus 2013 werd Špadijer door haar collega's genegeerd, beledigd, uitgescholden, bespuugd en bedreigd. Ook bleek haar autoriteit (kort na een dreigtelefoontje) ingeslagen en is zij, vlak voor zitting van de civiele zaak die zij had aangespannen, van achteren aangevallen. Van deze twee laatste incidenten deed Špadijer aangifte bij de politie. Ondanks haar meldingen van ongewenst gedrag kreeg Špadijer geen hulp van haar afdelingshoofd en (plaatsvervangend) directeur, sterker nog: zij werd een functie teruggeplaatst. In augustus 2013 diende zij bij haar werkgever een officiële klacht in vanwege de pesterijen. De mediator verklaarde alle klachten ongegrond, waarna Špadijer een civiele zaak aanspande. Hierin werd vastgesteld dat haar psychologische problemen te relateren waren aan het arbeidsconflict. Toch bleek de nationale rechtsgang tevergeefs, want er was volgens de rechters geen sprake van pesten. Het ging in haar geval immers niet om wekelijks incidenten over een periode van zes maanden. Niet alle incidenten werden echter betrokken bij de beoordeling. Ook de twee aangiftes bleven buiten beschouwing, omdat niet vast was komen te staan dat deze verband hielden met de pesterijen.

3. Recht op respect voor privéleven

'Artikel 8-inflatie'

4. In Straatsburg doet Špadijer een beroep op de artikelen 3, 6 en 13 EVRM vanwege schending van haar psychische integriteit door de voortdurende pesterijen op de werkvloer en het falen van de overheidsinstanties om haar daartegen te beschermen. Het Hof slaat een andere weg in ('*iure novit curia*') en onderzoekt de klacht op grond van art. 8 EVRM, het recht op respect voor privé- en familielevens. De reikwijdte van deze bepaling is de laatste decennia behoorlijk opgerekt.[4] In de zaak *Beizaras en Levickas t. Litouwen* refereert het Hof bijvoorbeeld aan 'human dignity as a constitutional value'.[5] Daar waar art. 8 EVRM oorspronkelijk slechts bescherming moest bieden tegen willekeurige inmenging door de overheid in het privé- en familielevens van individuen, omvat het thans vrijwel alle 'aspects of an individual's physical and social identity'.[6] Feitelijk gaat het, zoals rechter Yudkivska in haar concurring opinion

parafraseert, om ‘everything, that the Court believes, is of essential importance for a person’. Kennelijk valt een werkvloer die vrij is van ernstige pesterijen daar nu ook onder. De vraag is of hier geen sprake is van ‘mensenrechteninflatie’: een tendens om iedere klacht, ieder ongemak, onder het bereik van mensenrechten te brengen, met als risico dat de ‘echte’ mensenrechten worden ondergesneeuwd.[7] Vanuit dit perspectief zijn de klachten van Špadijer niets meer dan ‘betreurenswaardig hartzeer’ en een ‘verlangen’ naar normaal contact met haar collega’s, aldus Yudkivska. Naar de huidige maatschappelijke opvattingen is pesten volgens haar echter duidelijk gericht op een ‘minimally decent life’: ‘Our society today with its increased sensitivity requires us to see bullying as a human rights abuse’. Daarbij acht zij van belang dat het de dader bij pesten doorgaans juist te doen is om een ander te kwetsen en te vernederen.[8] Yudkivska meent dat ‘s Hofs invulling van de mensenrechten een weerspiegeling moet vormen van de maatschappelijke werkelijkheid; daarom is in het onderhavige arrest geenszins sprake van mensenrechteninflatie.

5. De gedachte dat ernstige pesterijen een inbreuk kunnen vormen op de persoonlijke levenssfeer, is niet nieuw. In Nederland bijvoorbeeld, kan pesten op het werk vallen onder het delict ‘belaging’ van art. 285b Sr: ‘Hij, die wederrechtelijk stelselmatig opzettelijk inbreuk maakt op eens anders persoonlijke levenssfeer met het oogmerk die ander te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden dan wel vrees aan te jagen (...)’. Het pesten moet dan wel een stelselmatig karakter hebben, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis: ‘Van een alledaags pesterijtje kan volgens de indieners niet gezegd worden, dat het een rechtens relevante inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt. Krijgen de pesterijtjes een aanhoudend karakter en verworden zij tot treiterijen dan valt niet uit te sluiten dat zij onder omstandigheden onder het bereik van het belagingsartikel vallen.’[9] Voor de opvatting van Yudkivska kan verder steun worden gevonden in art. 26 lid 2 ESH en, het recent tot stand gekomen, ILO Verdrag 190, die overigens niet door Montenegro zijn geratificeerd.

Artikel 26 ESH en ILO Verdrag 190

6. De eerste internationale bepaling waarin – als fundamenteel recht – de bescherming tegen ‘moral harassment’ op de werkvloer is neergelegd, is art. 26 lid 2 ESH, waarin het recht op ‘waardigheid op het werk’ is opgenomen. De verdragsstaten moeten ‘alle passende maatregelen’ nemen om werknemers te beschermen tegen ‘herhalend laakbaar of duidelijk negatief of beledigend gedrag’ op de werkvloer. Volgens het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) kan morele intimidatie, ongeacht of sprake is van verboden onderscheid, de waardigheid of de loopbaan van het slachtoffer ondermijnen.[10] Ook in de preambule van ILO-Verdrag 190 betreffende de uitbanning van geweld en intimidatie in de wereld wordt erkend dat ‘geweld en intimidatie op de werkvloer de psychologische, fysieke en seksuele gezondheid, de waardigheid, het gezinsleven en de sociale omgeving van een persoon

beïnvloeden'. Uitgaande van het beginsel van gelijke behandeling heeft de ILO dit verdrag (en de bijbehorende Aanbeveling) in 2019 aangenomen. Ondanks oproepen daartoe, onder meer van het College voor de Rechten van de Mens,[11] heeft ook Nederland dit verdrag nog niet geratificeerd.

7. Volgens de preambule van ILO-Verdrag 190 heeft een ieder dus recht om zijn werkzaamheden uit te voeren zonder dat er sprake is van 'geweld en intimidatie'. Speerpunt van het verdrag is 'gender-based violence and harassment', maar het ziet ook op andere vormen van geweld en intimidatie in de werksfeer, waaronder verschillende verbale, fysieke of psychische vormen zoals uitschelden, schreeuwen, zeer fel discussiëren, schoppen, slaan, duwen, bedreigen, chanteren of vernederen.[12] Blijkens de preambule kan dit 'de psychologische, fysieke en seksuele gezondheid, de waardigheid, het gezinsleven en de sociale omgeving' van personen negatief beïnvloeden. Om ongewenst gedrag terug te dringen bevat het verdrag een 'inclusive, integrated and gender-responsive approach', gericht op preventie en bescherming, handhaving en genoegdoening en advies en scholing. Lidstaten moeten bijvoorbeeld zorgdragen voor een effectieve toegang tot passende en doeltreffende rechtsmiddelen of buitenrechtelijke geschilbeslechtsprocedures. En juist hier schortte het aan in het geval van Špadijer.

Ondergrens van artikel 8

8. Naar de huidige stand van de jurisprudentie van het Hof omvat art. 8 EVRM de fysieke en psychologische integriteit, maar ook andere waarden, zoals welzijn, waardigheid, persoonlijke ontwikkeling en sociale contacten.[13] De aanval op de persoon moet echter wel serieuze vormen aannemen ('certain level of seriousness'). Er is dus meer nodig dan 'some emotional distress' of 'inconvenience', zo blijkt bijvoorbeeld uit het arrest *Vučina t. Kroatië*, dat ging om een foto in een tijdschrift, waarbij Vučina ten onrechte werd aangeduid als de vrouw van de burgemeester van Split.[14] Uit de jurisprudentie van het Hof valt op te maken dat de ondergrens van art. 8 EVRM eerder wordt bereikt in bijzondere situaties, bijvoorbeeld een onderwijssetting, zoals aan de orde in het arrest *F.O. t. Kroatië* van april vorig jaar. Een 17-jarige scholier kreeg psychische klachten nadat hij door zijn wiskundedocent in het bijzijn van zijn klasgenoten was uitgemaakt voor idioot, dwaas en 'hillbilly'. Volgens het Hof stond buiten twijfel dat de beledigingen de scholier emotioneel hadden geraakt, waardoor zijn psychisch welzijn, waardigheid en morele integriteit waren aangetast. Daarbij woog sterk mee dat het hier om kinderen ging. Hun recht op respect voor het privéleven (en het recht op onderwijs) valt niet te verenigen met enige vorm van (verbaal) geweld door docenten, waarbij het Hof in dit verband spreekt van een 'zero tolerance'-beleid. De nationale autoriteiten moeten scholieren een toereikende bescherming daartegen bieden, hetgeen in dit geval onvoldoende was gebeurd.[15] Een ander recent voorbeeld is de zaak *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, over

twee mannen die op sociale media een foto waarop zij elkaar zoenden, plaatsten.[16] Onder hun bericht verschenen honderden haatdragende commentaren en er werd zelfs opgeroepen tot geweld. De Staat weigerde om tot vervolging over te gaan. Ook hier was sprake van een bijzondere situatie, want de inbreuk op art. 8 EVRM ging gepaard met een inbreuk op art. 14 EVRM wegens discriminatie op grond van seksuele geaardheid, niet alleen bij het plaatsen van de commentaren, maar ook door houding van de overheidsinstanties bij de (niet-)afhandeling ervan.

4. Klokkenluiden

Klokkenluiderscontext

9. In het geval van Špadijer had het pesten extreme vormen aangenomen. Het causaal verband tussen de incidenten en het uitblijven van bescherming door de overheidsinstanties enerzijds, en de psychische schade anderzijds, stond niet ter discussie. De vraag is echter of louter ernstige pesterijen voldoende zijn om de ondergrens van art. 8 EVRM te bereiken. Net als in de hierboven besproken zaken was in de Špadijer-zaak sprake van een bijzondere situatie, die het Hof enigszins tussen neus en lippen door vermeldt in paragraaf 97 en 101, namelijk een mogelijke klokkenluiderscontext. Net als in het arrest *Beizaras en Levickas t. Litouwen* betreft het Hof deze context niet zozeer bij de vraag of de ondergrens van art. 8 EVRM is bereikt, hetgeen ik naar analogie van het arrest *F.O. t. Kroatië* niet zo vreemd zou hebben gevonden, maar bij de toetsing van de positieve verplichting van de verdragsstaten om onder art. 8 EVRM een adequaat wettelijk kader te bieden ter bescherming tegen pesterijen op de werkvloer. Het Hof overweegt dat deze verplichting extra gewicht krijgt indien de pesterijen zijn getriggerd door een melding van een misstand – oftewel klokkenluiden. In het geval van Špadijer begonnen de pesterijen immers na haar melding van de incidenten op oudejaarsavond 2012, die leidde tot disciplinaire straffen. De pesterijen waren er duidelijk op gericht dat zij haar mond zou houden – en om haar te straffen. Derhalve hadden de nationale rechters ten onrechte geen aandacht geschonken aan de mogelijke klokkenluiderscontext, aldus het Hof.

Van artikel 10 naar artikel 8

10. Daarmee trekt het Hof de klokkenluidersbescherming van art. 10 EVRM door naar art. 8 EVRM. Van uitoefening van de vrijheid van meningsuiting is hier geen sprake, omdat Špadijer de misstanden op oudejaarsavond niet openbaar heeft gemaakt. Het ging om een interne melding bij haar leidinggevend. Blijkens het arrest *Guja t. Moldavië* is het uitgangspunt dat de misstand eerst intern wordt gemeld bij de leidinggevende of andere competente functionaris. Slechts indien dit zonder twijfel onuitvoerbaar is ('clearly impracticable'), vervalt de plicht tot discretie en mag de informatie, als *ultimum remedium*, openbaar worden gemaakt.

Het Hof heeft daarnaast in de *Guja*-rechtspraak nog vijf factoren geformuleerd, die een rol spelen bij de vraag naar de proportionaliteit van de inbreuk: (1) het publieke belang bij de onthulde informatie, (2) de mate van authenticiteit van de informatie, (3) de schade voor de openbare dienst als gevolg van het onthullen van informatie, (4) de motieven van de klokkenluider (was hij te goeder trouw?) en, tot slot, (5) de zwaarte van de opgelegde sanctie.[17]

11. In het onderhavige arrest refereert het Hof slechts kort aan de gedachte achter de klokkenluidersbescherming zoals deze in de context van art. 10 EVRM tot stand is gekomen. Die komt erop neer dat een ambtenaar of werknemer die onrechtmatig handelen of wangedrag op de werkvloer signaleert, in beginsel moet worden beschermd. Een belangrijke reden om klokkenluiders te beschermen is het *chilling effect* dat uitgaat van sancties. Deze kunnen andere werknemers ervan weerhouden om misstanden te melden.[18] In zijn annotatie bij het arrest *Gawlik t. Liechtenstein* hekelt Boot de ‘subjectivistische, op individuele rechten gebaseerde aanpak’ van het EHRM in artikel 10-zaken: ‘Klokkenluiden heeft een systematische en publieke functie in een democratische rechtsstaat en dát is waarom het bescherming verdient.’[19] Hij richt zich vooral op het publiek debat: ‘In een democratie is het van belang dat burgers zich kunnen beraden op zaken die hen aangaan en dat zij daar in publiek debat over kunnen delibereren’. Hij benadrukt dus de publieke taak van de klokkenluider. Het Hof koppelt deze aan de individuele bescherming, die het zeker nodig acht indien ‘de betrokken werknemer of ambtenaar de enige persoon, dan wel onderdeel uitmaakt van een groep personen, die weet wat er op het werk gebeurt en dus in de beste positie is om in het algemeen belang te handelen door de werkgever of het publiek te waarschuwen’.[20] Dat uitgangspunt geldt ook indien de klok intern wordt geluid – en juist daarom trekt het Hof de klokkenluidersbescherming door naar art. 8 EVRM. Op zich sluit dat ook aan bij resolutie 1729 (2010) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa over de bescherming van klokkenluiders, waaruit volgt dat ook degene die, te goeder trouw, gebruik maakt van de interne meldkanalen, wettelijk moet worden beschermd tegen directe en indirecte represailles, waaronder ontslag, schorsing, demotie, overplaatsing, salarisinhouding – en intimidatie.[21]

‘Pesten’

12. Uit het onderhavige arrest kan worden opgemaakt dat de context van pestincidenten bij de verschillende beschermingsmechanismen scherp in de gaten moet worden gehouden. In Nederland kan dit bijvoorbeeld een rol spelen in ontbindingszaken, in het bijzonder bij de vraag of de werknemer een billijke vergoeding toekomt, en in schadevergoedingszaken. Een restrictieve uitleg van ‘pesten’, bijvoorbeeld de Montenegrijnse frequentie-eis, past in ieder geval niet bij de gedachte achter de klokkenluidersbescherming. Of sprake is van pesten moet

volgens het Hof van geval tot geval worden beoordeeld: ‘Er kunnen omstandigheden zijn waarin dergelijke incidenten gedurende een periode van zes maanden minder vaak voorkomen dan eenmaal per week en toch neerkomen op pesten, of omstandigheden waarin dergelijke incidenten vaker voorkomen en toch niet neerkomen op pesten.’[22] Het is spijtig dat het Hof niet meer aanknopingspunten biedt, zoals bijvoorbeeld de indringendheid, de duur en de frequentie, de aard van de gedragingen en de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden.[23] In navolging van het ECSR zou bijvoorbeeld ook kunnen worden toegevoegd ‘dat, vanuit procedureel oogpunt, voor een effectieve bescherming een verschuiving van de bewijslast tot op zekere hoogte nodig kan zijn, zodat een rechtbank het slachtoffer in het gelijk kan stellen op basis van voldoende prima facie bewijs’.[24] ‘Pestgedrag kan immers subtiele vormen aannemen, waardoor het naderhand aantonen daarvan moeilijk kan zijn,’ aldus de kantonrechter Midden-Nederland, die daaraan de verplichting voor de werkgever verbindt om proactief te handelen zodra hij, bijvoorbeeld na een melding, bekend raakt met de pesterijen.[25] Naar mijn mening geldt deze verplichting des te meer indien de werknemer klaagt over pesterijen na melding van een misstand.

Benadelingsverbod

12. Špadijer beweerde dat de pesterijen een reactie vormden op haar melding van de ongeregelde heden op oudejaarsavond 2012. Het Hof kon hier, zoals blijkt uit paragraaf 97, niet aan voorbijgaan. Verderop spreekt het Hof van een *mogelijke* klokkenluiderscontext. Zeker op dit punt ligt een verschuiving van de bewijslast voor de hand, zoals ook neergelegd in de Klokkenluidersrichtlijn, die eind 2019 is gepubliceerd.[26] Deze EU-richtlijn biedt een minimumbeschermingsniveau aan personen die, kort gezegd, in relatie tot de werksfeer inbreuken op bepaald Unierecht[27] melden. Dit een minimumbeschermingsniveau omvat onder meer een benadelingsverbod (‘verbod op represailles’) met verschuiving van de bewijslast (art. 19 en 21). In het kader van doeltreffende bescherming wordt de term ‘represailles’ ruim uitgelegd en omvat ‘elke voor de melder nadelige handeling of nalatigheid binnen een werkgerelateerde context’ (overweging 44 van de considerans van de richtlijn). Onder represailles vallen dus niet alleen maatregelen als ontslag en schorsing, maar ook, bijvoorbeeld, ‘dwang, intimidatie, pesterijen en uitsluiting’ (art. 19 onder g). Voor de melder kan het lastig zijn om het verband tussen melding en represailles aan te tonen. Daarom is in art. 21 lid 5 neergelegd dat, zodra de melder eenmaal heeft aangetoond dat hij een melding of openbaarmaking heeft verricht van inbreuken overeenkomstig de richtlijn en schade heeft geleden, de bewijslast verschuift naar degene die verantwoordelijk is voor de benadelingshandeling. Deze moet vervolgens aantonen dat de handeling op geen enkele wijze verband hield met de melding of openbaarmaking (zie ook overweging 93 van de considerans).

13. In Nederland is het wetsvoorstel Wet bescherming klokkenluiders,[28] waarmee uitvoering wordt gegeven aan de richtlijn, nog in behandeling in de Tweede Kamer. Inmiddels is de implementatietermijn verstreken – en is Nederland in gebreke gesteld. Om de positie van klokkenluiders verder te versterken, wil de regering de evaluatie van de Wet Huis voor klokkenluiders bij het wetgevingsproces betrekken.[29] Hier is relevant dat het benadelingsverbod in het wetsvoorstel (en het huidige art. 7:658c BW overigens ook) ook geldt voor een melder van een vermoeden van een misstand en zich dus niet beperkt tot inbreuken op Unierecht (art. 17e lid 1). Dat geldt eveneens voor de verschuiving van de bewijslast (art. 17e lid 2).

14. De vraag is of dergelijke wetgeving Špadijer echt zou hebben geholpen. Want, zoals Reijnen Husagić het verwoordt, ‘ook bij omkering van de bewijslast is het kwaad al geschied en is de melder al benadeeld’.[30] Een billijke vergoeding of schadevergoeding achteraf kan de emotionele schade waarschijnlijk niet dekken. Ruim voordat het Montenegrijnse Consitutioneel Hof uitspraak deed, was Špadijer volledig arbeidsongeschikt geraakt – en zij ging op 37-jarige leeftijd met pensioen, dat door het EHRM werd aangevuld met een vergoeding van 4.500 EUR voor immateriële schade en 1.000 EUR voor kosten en uitgaven ten laste van Montenegro.

N. (Nataschja) Hummel

Universitair Docent Universiteit Utrecht

[1] De aflevering ‘BOOS: This is the Voice’ van 20 januari 2022 over seksueel overschrijdend gedrag en machtsmisbruik bij The Voice of Holland is te raadplegen via <<https://www.youtube.com/c/BOOS/>>.

[2] Conc. A-G 19 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1087. Zie ook Concl. A-G 6 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:230, randnr. 2.32.

[3] ‘CNV-onderzoek: meer dan twee miljoen werknemers wordt gepest op werk’, *CNV.nl* 9 september 2020.

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

[5] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15,

ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815; «EHRC» 2020-0058, m.nt. E. Janssen, par. 117.

[6] *Mikulić t. Kroatie*, EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99,
ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699, par. 53.

[7] Zie o.a. J.T. Theilen, 'The inflation of human rights: A deconstruction', *Leiden Journal of International Law* 2021, p. 831–854; D. Clément, 'Human rights or social justice? The problem of rights inflation', *The International Journal of Human Rights* 2018, afl.2, p. 155-169.

[8] Vgl. de definitie van pesten in *Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 26.

[9] *Kamerstukken I* 1999/00, 25 768, nr. 67a, p. 5.

[10] Conclusions 2007, *Statement of Interpretation of Article 26§2*.

[11] 'Geweld tegen vrouwen' (zonder datum), te raadplegen via <mensenrechten.nl/nl/geweld-tegen-vrouwen>; 'Ratificatie ILO Verdrag 190', brief van de FNV aan de minister van SZW van 26 januari 2022, te raadplegen via <fnv.nl/nieuwsbericht/algemeen-nieuws/2022/01/fnv-roept-op-tot-aanpassing-wetgeving-seksuele-int>. Voor ratificatie is machtiging door de Unie van lidstaten, om het verdrag in het belang van de Unie goed te keuren voor zover het Uniebevoegdheden betreft, een bepalende factor (*Kamerstukken II* 2020/21, 29 427, nr. 121, p. 4). Het Commissievoorstel (COM(2020)24) ligt nog bij de Raad.

[12] B. Rombouts, 'ILO-Conventie 190: een 'geïntegreerde aanpak' van geweld en intimidatie?', *ArA* 2020, afl. 1, p. 3-32, par. 2.

[13] Zie de verwijzingen in *Špadijer t. Montenegro*, par. 81.

[14] *Vučina t. Kroatië*, EHRM 24 september 2019, 58955/13,
ECLI:CE:ECHR:2019:0924DEC005895513 (niet-ontvankelijk).

[15] *F.O. t. Kroatië*, EHRM 22 april 2021, 29555/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0422JUD002955513;
EHRC-Updates 2021-0116.

[16] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15,
ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815; *EHRC-Updates* 2020-0058, m.nt. E. Janssen.

[17] *Guja t. Moldavië*, EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04,
ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704; «EHRC» 2008/67 m.nt. E. Geurink, par. 73-78.

[18] *Guja t. Moldavië*, par. 95; *Heinisch t. Duitsland*, EHRM, 21 oktober, nr. 28274/08,

ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408; «EHRC» 2011/140, par. 91.

[19] E.R. Boot, 'Ockhams scheermes en de klokkenluiderscriteria van het Hof', annotatie bij: *Gawlik t. Liechtenstein*, EHRM 16 februari 2021, nr. 23922/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002392219; *EHRC-Updates* 2021-0073, par. 8.

[20] *Heinisch t. Duitsland*, par. 63 (eigen vertaling). Zie ook de verwijzingen in *Špadijer t. Montenegro*, par. 90.

[21] Zie ook Aanbeveling CM/Rec(2014)7 van het Comité van Ministers van de Raad voor Europa van 30 april 2014 inzake de bescherming van klokkenluiders.

[22] *Špadijer t. Montenegro*, par. 95.

[23] Vgl. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8642, r.o. 2.5.

[24] Conclusions 2007, *Statement of interpretation on Article 26§2*.

[25] Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4863.

[26] Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden, *PbEU* 2019, L 305.

[27] Het materieel toepassingsgebied van de richtlijn is opgenomen in art. 2 en de bij de richtlijn behorende bijlage.

[28] *Kamerstukken II* 2020/21, 35 851, nr. 2.

[29] *Kamerstukken II* 2021-2022, 35 851, nr. 8.

[30] J.J.M. Reijnen Husagić, 'De Klokkenluidersrichtlijn: meer bescherming voor klokkenluiders?', *TAC* 2021, afl. 10, p. 145.

ANNOTATIE

Savran t. Denemarken (EHRM, 57467/15) – Uitzetting (psychisch) ernstig zieke vreemdelingen, onmenselijke behandeling en privéleven**B. Aarrass**

1. Deze uitspraak gaat over de uitzetting van een gevestigde Turkse migrant – Savran – die lijdt aan een geestesziekte. In 2015 werd hij uitgezet naar Turkije vanwege strafvervolgning voor ernstige mishandeling. Omdat Savran in de strafrechtelijke procedure ontoerekeningsvatbaar werd verklaard vanwege zijn paranoïde schizofrenie, werd hij veroordeeld tot gedwongen psychiatrische opname. Hij kreeg gelijktijdig een uitzettingsbevel met een permanent terugkeerverbod opgelegd. Savran heeft in een herzieningsprocedure verzocht om deze beslissingen in te trekken, maar dat verzoek werd afgewezen. De Grote Kamer van het EHRM beantwoordt in deze uitspraak de vraag of de gang van zaken op nationaal niveau verenigbaar was met artikel 3 en artikel 8 EVRM. Dat is meteen ook wat de uitspraak uitermate interessant maakt. Enerzijds beoordeelt het Hof relatief vaak asielzaken in het licht van artikel 3 EVRM, waarvan de medische zaken een subcategorie vormen. Anderzijds is er het bekende toetsingskader bij uitzetting van (gevestigde) vreemdelingen onder artikel 8 EVRM. Het komt echter niet vaak voor dat het Hof in één en dezelfde migratiezaak een beoordeling geeft van beide bepalingen, waarbij de Grote Kamer ook nog enkele principiële toevoegingen doet aan de bestaande toetsingskaders. In deze annotatie zal eerst op de beoordeling van artikel 3 EVRM worden ingegaan onder punt 2 en 3. Vervolgens zal artikel 8 EVRM worden besproken in punt 4 en 5. Ten slotte zal in punt 6 aandacht worden besteed aan de verknoping van juist deze twee bepalingen in het migratierecht.

2. In de Kameruitspraak had het Hof de uitzetting van Savran in strijd geacht met artikel 3 EVRM omdat niet aannemelijk was geworden dat hij daadwerkelijk de benodigde psychiatrische behandeling en nazorg in Turkije zou krijgen. Nu de Deense overheid zich niet had verzekerd van de concrete aanwezigheid en toegankelijkheid hiervan voor klager, concludeerde de Kamer dat sprake was van schending van artikel 3 EVRM.[1] De Grote Kamer komt tot een andere conclusie en bevestigt in dat kader eerst de criteria die het zelf had geformuleerd in *Paposhvili*. [2] Sinds *Paposhvili* was de Kameruitspraak het eerste relevante

arrest waarin het Hof de *Paposhvili*-criteria toepaste. De Grote Kamer overweegt echter dat de Kamer dat niet juist heeft gedaan. De *Paposhvili*-test omvat een materiële en een procedurele component. De eerste houdt in dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een uitzetting van ernstig zieke vreemdelingen aangetoond moet kunnen worden dat de vreemdeling – wegens het ontbreken van een passende behandeling in het ontvangende land of de toegang daartoe – een reëel risico loopt te worden blootgesteld aan een ernstige, snelle en onomkeerbare verslechtering in zijn of haar gezondheidssituatie, resulterend in een intens lijden of een significante vermindering van de levensverwachting (par. 134).[3] Dat is blijkens *Paposhvili* en de daarin aangehaalde EHRM-rechtspraak een zeer hoge drempel, die slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal worden gehaald (ik kom daar hierna op terug). Pas als aan die drempel is voldaan, zijn eventuele procedurele positieve verplichtingen voor de uitzettende staat van toepassing. Het gastland dient dan de gevolgen van de uitzetting te beoordelen aan de hand van de gezondheidssituatie van de vreemdeling voorafgaande aan de uitzetting en eventuele gevolgen na uitzetting. Het Hof benadrukt ten slotte dat het aan de nationale autoriteiten is om de vrees voor eventuele risico's bij uitzetting van ernstig zieke vreemdelingen te onderzoeken in het licht van artikel 3 EVRM en dat het Hof hierbij een subsidiaire rol speelt. Hiermee bevestigt de Grote Kamer het toetsingskader dat in *Paposhvili* reeds was neergelegd. Belangrijk is dat de Grote Kamer daarnaast ook ingaat op de vraag die door de Kamer niet expliciet werd beantwoord, namelijk of de *Paposhvili*-test ook geldt bij andere vormen van ziekte dan fysieke aandoeningen. Mede vanwege de verhoogde maatstaf onder artikel 3 EVRM bij uitzetting van ernstig zieke vreemdelingen, werd slechts in twee zaken geoordeeld dat er sprake was van schending van deze bepaling. Naast *Paposhvili* (die leed aan tuberculose en chronische leukemie en overleed voordat de Grote Kamer uitspraak deed) ging het om *D. t. Verenigd Koninkrijk* (ook bekend als de St. Kitts-zaak),[4] over een man die aan aids leed en waarin bleek dat de medische voorzieningen in St. Kitts zo deplorabel waren dat een behandeling destijds niet voorhanden was. Hieruit werd afgeleid dat aan de hoge maatstaf slechts voldaan was als de vreemdeling (bijna) op sterven lag. Dat werd bevestigd door de zaak *N. t. Verenigd Koninkrijk*, waarin het Hof overwoog dat de aids-patiënte niet *critically ill* was.[5] In *Paposhvili* werd dit weliswaar genuanceerd – er hoefde immers geen sprake te zijn van *imminent death* – maar werd niettemin zeer restrictief invulling gegeven aan de criteria. De overwegingen van de Grote Kamer in de onderhavige zaak maken duidelijk dat van zo'n groot risico toch geen sprake hoeft te zijn. Uit eerdere rechtspraak was impliciet al af te leiden dat het toetsingskader ook voor psychische aandoeningen geldt: in *Bensaid*, besloten in 2001, paste het Hof artikel 3 EVRM immers al toe bij een vreemdeling die leed aan schizofrenie, al kwam het Hof toen tot de conclusie dat een behandeling in het land van herkomst beschikbaar was.[6] Het Hof verwijst vreemd genoeg in *Savran* niet naar deze uitspraak, maar het overweegt wel dat de *Paposhvili*-test niet beperkt is tot een specifieke

categorie ziektes, laat staan alleen fysieke vormen daarvan. Daarmee zijn ook mentale ziektes niet uitgesloten, op voorwaarde dat de gezondheidssituatie wordt gedekt door de *Paposhvili*-criteria (par. 137). En dat is waar de schoen hier wringt. Schizofrenie is volgens de Grote Kamer weliswaar als een ernstige ziekte te kenmerken, maar de enkele aanwezigheid van die ziekte, is niet als zodanig voldoende om aan de drempel van artikel 3 EVRM te voldoen. De Grote Kamer overweegt dat in de Kameruitspraak niet de materiële component van de *Paposhvili*-test werd toegepast. Het is namelijk niet aangetoond dat de uitzetting naar Turkije zou leiden tot een ernstige, snelle en onomkeerbare achteruitgang van de gezondheidstoestand die tot een intens lijden of een significante vermindering van de levensverwachting zou leiden. Hoewel Savran inmiddels een geïsoleerd bestaan leefde in Turkije en er twijfels waren of de behandeling aansloot bij de benodigde medische supervisie met betrekking tot onder andere ernstige bijwerkingen van de medicatie, is er volgens de Grote Kamer geen sprake van ernstige risico's voor zijn gezondheid. Aan de procedurele component komt de Grote Kamer daardoor niet toe en de conclusie luidt dat artikel 3 EVRM niet is geschonden.

3. De Grote Kamer heeft hiermee enerzijds duidelijkheid geschapen: ernstig zieke vreemdelingen kunnen ook bij psychische aandoeningen een beroep doen op artikel 3 EVRM. Tegelijkertijd zijn de eisen zo hoog gesteld dat onduidelijk is wanneer er concreet aan voldaan zou kunnen worden, afgezien van de afwezigheid van medische zorg in het land van herkomst. Het lijkt erop dat het Hof in dergelijke 'medische asielzaken' blijft worstelen met het absolute karakter van artikel 3 EVRM enerzijds en het handhaven van zijn eerdere overweging dat deze bepaling niet bedoeld is om verschillen in medische standaarden weg te nemen en gratis gezondheidszorg beschikbaar te stellen aan vreemdelingen zonder recht op verblijf anderzijds.[7] De enige dissenter in deze zaak (inzake artikel 3 EVRM), Serghides, uit dan ook stevige kritiek op de redenering van het Hof. Hij geeft aan dat de verhoogde maatstaf in medische uitzettingszaken niet strookt met het absolute karakter van artikel 3 EVRM. De *Paposhvili*-test vereist met de kwalificatie 'snelle en onomkeerbare verslechtering van de gezondheidstoestand' volgens hem namelijk een onneembaar hoge drempel, die bovendien niet consistent is met de aard van dergelijke psychische ziektes, die veelal een fluctuerend verloop kennen. Ook wijst hij op een verzwaarde eis ten opzichte van interne medische zaken waarin niet een 'intens' lijden wordt vereist om binnen het bereik van artikel 3 EVRM te komen, maar slechts van lijden.[8] De kritiek is mijns inziens terecht, zeker als deze in een bredere context wordt geplaatst. Bij medische zaken geldt in de uitzettingscontext een verhoogde maatstaf. Het Hof onderscheidt twee categorieën uitzettingszaken: de 'klassieke' uitzettingszaken en de medische zaken. Nu komt het onder de klassieke uitzettingszaken voor dat de (medische) voorzieningen in het land van herkomst zodanig deplorabel zijn, dat zij onder het bereik van artikel 3 EVRM worden getoetst; dit zijn de zogenaamde humanitaire

zaken. Hiervoor geldt echter geen verhoogde drempel. Het onderscheid tussen de twee categorieën wordt door het Hof als volgt toegelicht. De hoge maatstaf in medische zaken heeft te maken met de oorzaak van de beperkte middelen op het gebied van medische zorg in het land van herkomst. Dat hier geen intentionele 'daad' van staatsactoren achter zit, is met name een indicatie voor de restrictieve toets in dit soort zaken. In zaken waarin de algemene sociaaleconomische situatie evenwel wel te wijten is aan een handelen of nalaten door de staat of andere partijen in die staat, moet niet de restrictieve toets, maar de 'gewone' toets onder artikel 3 EVRM bij uitzettingsclaims toegepast worden, aldus het Hof.[9] Dit onderscheid is in de literatuur meermaals bekritiseerd.[10] Het komt er in ieder geval op neer dat in medische zaken een verzwaarde maatstaf geldt ten opzichte van interne zaken, die ook nog eens restrictiever is ten opzichte van andere 'klassieke' uitzettingszaken.

4. De Grote Kamer beoordeelt vervolgens de klacht inzake artikel 8 EVRM. De Kamer achtte het niet nodig op deze klacht in te gaan, nu al tot schending van artikel 3 EVRM was geconcludeerd. De Grote Kamer benadrukt, alvorens de klacht inhoudelijk te behandelen, dat deze slechts de herzieningsprocedure betreft en niet het uitzettingsbevel als zodanig, omdat het laatste in de nationale procedure niet was aangevochten. Ook met betrekking tot artikel 8 EVRM bij uitzetting bestaat een uitgebreid toetsingskader dat de Grote Kamer herhaalt en bevestigt. Ten eerste is artikel 8 EVRM van toepassing omdat Savran als gevestigde migrant wordt aangemerkt: hij kwam op zijn zesde jaar naar Denemarken en verbleef daar vijftien jaar (feitelijk verbleef hij er 24 jaar, want het uitzettingsbevel werd pas in 2015 geëffectueerd). Dat valt onder het privéleven van klager, omdat dit recht ook de sociale identiteit en de band met het land van verblijf omvat, zoals in de zaken *Üner* en *Maslov* reeds was vastgesteld.[11] Van gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM is volgens het Hof geen sprake omdat klager als volwassene geen aanspraak kan maken op 'family life'. Dan moet volgens vaste rechtspraak namelijk sprake zijn van 'more than normal emotional ties' met naaste gezins- of familieleden.[12] Medische en financiële afhankelijkheid zijn doorgaans enkele indicatoren waaruit kan blijken dat is voldaan aan dat criterium, maar omdat klager een uitkering van de Deense overheid ontving en zijn gezondheidstoestand geen bijzondere afhankelijkheid met zich meebracht, was dat in casu niet het geval. Het Hof nam hierbij in acht dat hij in zijn jeugd periodes uit huis was geplaatst en in instellingen had verbleven. In het licht van de belangenafweging wijst het Hof erop dat in zaken van gevestigde migranten zwaarwegende redenen moeten bestaan om uitzetting te rechtvaardigen. Daarvoor worden de *Üner*-criteria gehanteerd: de ernst van het gepleegde feit, de verblijfsduur in het land van verblijf, de tijd die is verstreken sinds het gepleegde feit en het gedrag sindsdien (recidive) en ten slotte de hechtheid van de banden met zowel het land van verblijf als het land van herkomst. In aanvulling daarop acht het Hof de duur van het inreisverbod relevant en overweegt het dat overige relevante omstandigheden moeten worden meegewogen, zoals de medische

omstandigheden. Hoewel het Hof van oordeel is dat de nationale rechters in dit geval de verschillende belangen op zichzelf aan de hand van de juiste criteria tegen elkaar hebben afgewogen, schiet de belangenafweging op een aantal punten tekort. Twee daarvan houden verband met de medische omstandigheden. Ten eerste vond de belangenafweging ten aanzien van het uitzettingsbevel in de strafrechtelijke procedure plaats, (de finale beslissing was in 2009) terwijl de daadwerkelijke uitzetting pas in 2015 definitief werd. In de tussenliggende periode hadden zich relevante wijzigingen voorgedaan, met name ten aanzien van Savrans gedrag en gezondheidssituatie: hij had baat bij de behandeling en werd ontslagen uit de kliniek. Volgens de Grote Kamer hadden die wijzigingen moeten worden meegewogen. Ten tweede achtte het Hof de ernst van het strafbare feit in dit geval weliswaar zwaarwegend en kon dit zeker niet als jeugddelinquentie worden afgedaan, maar was voor het Hof ook van belang dat Savran vanwege zijn geestelijke gesteldheid niet was veroordeeld tot een gevangenisstraf. Dit is vervolgens van invloed op de mate waarin dit als grondslag kan dienen voor de uitzetting en het inreisverbod. Met andere woorden: de mate waarin het strafbare feit aan iemand kan worden toegerekend, dient mee te wegen in het gewicht dat toegekend moet worden aan de aard en ernst van het delict. Het EHRM oordeelt bovendien dat de banden die Savran met Denemarken had opgebouwd, onvoldoende waren meegewogen door zijn lange verblijfsduur niet in acht te nemen, net zomin als het feit dat hij onderwijs had genoten en vijf jaar lang werk had gehad. Het Hof oordeelt ten slotte dat een permanent inreisverbod niet aan de proportionaliteit van de beslissing bijdroeg. Gelet daarop besluit de Grote Kamer dat artikel 8 EVRM in het geval van Savran was geschonden.

5. Om de uitzonderlijkheid van deze conclusie aan te geven is het goed om de context te schetsen. In verreweg de meeste zaken omtrent gevestigde migranten overtroeft de ernst van het misdrijf de lange verblijfsduur, waarbij gewelds-, drugs- en zedendelicten als (zeer) ernstig worden aangemerkt.[13] Slechts bij bepaalde (exceptionele) omstandigheden concludeert het Hof in dergelijke gevallen tot schending van art. 8 EVRM. Die zaken worden gekenmerkt door minderjarigheid van de vreemdeling (gedurende het plegen) dan wel een vorm van 'modelburgerschap' (na het plegen van het misdrijf). De rest van de gevallen waarin tot schending van artikel 8 EVRM werd geconcludeerd betreft zaken waarin op nationaal niveau geen (adequate) belangenafweging in het licht van art. 8 EVRM had plaatsgevonden.[14] In dat licht is het opvallend dat alle vier de Hof-uitspraken (in het jaar 2021) inzake beoordeling van art. 8 EVRM bij uitzetting van gevestigde migranten tegen Denemarken zijn geweest. Dat kan te maken hebben met het verscherpte migratiebeleid van Denemarken in de afgelopen jaren, waarbij relatief vaak een permanent inreisverbod wordt opgelegd. Slechts één van die zaken leidde tot de bevinding van een schending van art. 8 EVRM, waarbij de onbepaalde duur van het inreisverbod een rol speelde, evenals het feit dat klager de ernstige misdrijven als minderjarige pleegde.[15] De redenering van het Hof in de

onderhavige zaak dat de toerekenbaarheid van het strafbare feit meegewogen dient te worden is in dat licht goed navolgbaar. Het feit dat het belang van het kind en daarmee de minderjarigheid bij het plegen van een delict een rol dient te spelen in de belangenafweging is immers (onder meer) gegrond op het idee dat de gevolgen van hun handelen in bepaalde gevallen niet aan minderjarigen kunnen worden toegerekend, in ieder geval niet tot in lengte der dagen. Eenzelfde redenering gaat op voor personen die ontoerekeningsvatbaar zijn bij het plegen van delicten. Niettemin heeft het Hof deze redenering niet altijd (expliciet) gehanteerd. In een andere zaak, over een Pakistaanse vrouw die onder invloed van een psychose een moord pleegde, volstond het Hof met de overweging dat dit een zeer ernstig feit was en achtte het het feit dat zij veroordeeld werd tot gedwongen opname juist een reden om het gevaar voor de openbare orde te benadrukken.[16]

6. Het Hof heeft met deze richtinggevende uitspraak twee toetsingskaders in het migratie- en asielrecht opnieuw bevestigd. Enerzijds doet het dat door de verhoogde maatstaf van art. 3 in medische (asiel)zaken restrictief te interpreteren, anderzijds door aan de toepassing van art. 8 EVRM bij gevestigde migranten een factor toe te voegen: de toerekenbaarheid van de pleger bij de ernst van het strafbare feit. Daarmee lijken dit twee van elkaar losstaande kaders. Deze zaak laat echter ook zien dat deze bepalingen soms juist in wisselwerking met elkaar staan. In dat licht is relevant dat in het verbod op onmenselijke behandeling in art. 3 EVRM een recht op mentale en fysieke integriteit ligt besloten, een recht dat ook door het recht op respect voor privéleven in art. 8 EVRM wordt omvat. Dit wordt door het Hof in dit geval slechts aangestipt maar niet verder onderzocht.[17] Door de dissenters ten aanzien van art. 3 EVRM lijkt de relevantie van het recht op mentale en fysieke integriteit in de asielcontext echter verward te worden met het recht op sociale identiteit dat ook onder 'privéleven' valt, nu zij stellen dat dit de eerste keer is dat het Hof tot een schending komt van het privéleven in art. 8 EVRM vanwege uitzetting van een vreemdeling. Daarentegen vertonen juist medische zaken overlap tussen de aspecten mentale en fysieke integriteit en sociale identiteit, omdat de vraag of een sociaal vangnet en de beschikbaarheid en afhankelijkheid van medische voorzieningen in beide wordt uitgedrukt. Interessant in dat verband is dat het EVRM in een recente zaak over gezinshereniging van asielzoekers heeft overwogen dat het EVRM als geheel moet worden gelezen.[18] Dat betekent dat wanneer art. 3 EVRM (bijvoorbeeld bij een algemene situatie van geweld in het land van herkomst) in het geding is, dit implicaties heeft voor de afweging die staten maken bij de beoordeling onder art. 8 EVRM. Een minder grote *margin* is dan aangewezen volgens het Hof.[19] De vraag is of dit ook al zal doorwerken in medische zaken.

Bahija Aarrass

[1] *Savran t. Denemarken*, EHRM 1 oktober 2019, nr. 57467/15,

ECLI:CE:ECHR:2019:1001JUD005746715, *EHRC* 2019/236 m.n. M. den Heijer, *JV* 2020/2 m.nt. G. Dijkman.

[2] *Paposhvili t. België*, EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, *EHRC* 2017/63 m.nt. M. den Heijer, *JV* 2017/22 m.nt. B.E.P. Myjer.

[3] *Savran t. Denemarken*, EHRM (GK) 7 december 2021, nr. 57467/15, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD005746715, par. 134.

[4] *D. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0502JUD003024096.

[5] *N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 27 mei 2008, nr. 26565/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0527JUD002656505, *EHRC* 2008/91 m.nt. A. Woltjer, *NJ* 2008/585 m.nt. E.A. Alkema.

[6] *Bensaid t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0206JUD004459998, *JV* 2001/103 m.nt. C.W. Wouters.

[7] *N. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 44; *Paposhvili t. België*, reeds aangehaald, par. 192.

[8] Vgl. *Aggerholm t. Denemarken*, EHRM 15 september 2020, nr. 45439/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0915JUD004543918, par. 87, ook over een paranoïde schizofreen die in een kliniek werd vastgezet.

[9] *Sufi & Elmi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 juni 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD000831907, *JV* 2022/332 m.nt. H. Battjes en C.H. Slingenberg, par. 282.

[10] *S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 januari 2013, nr. 60367/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0129JUD006036710, *separate opinion Ziemele, David Thor Bjorgvinsson & De Gaetano*; C. Costello, *The human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford UP 20156, p. 193.

[11] *Üner t. Nederland*, EHRM (GK) 18 oktober 2006, nr. 46410/99, ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, *JV* 2006/417 m.nt. P. Boeles, par. 59; *Maslov t. Oostenrijk*, EHRM (GK) 23 juni 2008, nr. 1638/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD000163803, *JV* 2008/267 m.nt. P. Boeles, par. 63.

[12] *Azerkane t. Nederland*, EHRM 2 juni 2020, nr. 3138/16,

ECLI:CE:ECHR:2020:0602JUD000313816, *JV* 2020/128 m.nt. B. Aarrass, par. 64.

[13] *Samsonnikov t. Estland*, EHRM 3 juli 2012, nr. 52178/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD005217810, *JV* 2012/368 m.nt. B. de Hart; *Nasri t. Frankrijk*, EHRM 13 juli 1995, nr. 19465/92, ECLI:CE:ECHR:1995:0713JUD001946592; *Khan t. Duitsland*, EHRM 21 september 2016, nr. 38030/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0921JUD003803012; *Krasniqi t. Oostenrijk*, EHRM 25 april 2017, nr. 41697/12, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD000413710.

[14] Zie hierover B. Aarrass, 'Binding met de Nederlandse bodem. Rechterlijke toetsing aan het recht op respect voor privéleven in migratiezaken', in *Asiel- en Migrantenrecht* 2021, nr. 4, p. 202-220.

[15] *Abdi t. Denemarken*, EHRM 14 september 2021, nr. 41643/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004164319, *JV* 2021/211 m.nt. M.C. Stronks.

[16] *Khan t. Duitsland*, reeds aangehaald.

[17] *Savran t. Denemarken*, par. 172: "[The Court] does not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private-life aspect where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity".

[18] *M.A. t. Denemarken*, EHRM 9 juli 2021, nr. 6697/18), ECLI:CE:ECHR:2021:0709JUD000669718, *JV* 2021/175 m. nt. B. Aarrass.

[19] *Ibid*, par. 145.

ANNOTATIE

Ghrenassia t. Luxemburg (EHRM, 27160/19) – Recht op toegang tot de rechter, Eisen cassatiemiddel***F. Fernhout*****De casus**

1. Klager (én zanger) Enrico Macias (Ghrenassia) sluit in 2007 een complexe regeling met een Luxemburgse bank. Kort daarna wordt de ontbinding en vereffening van de bank bevolen, wat leidt tot een Luxemburgse civiele procedure waarin klager onder andere vernietiging en ontbinding van de overeenkomsten met de bank vordert, terwijl de vereffenaar reconventioneel een bedrag claimt dat rond de € 15 miljoen moet liggen.[1] In 2014 worden de vorderingen van klager afgewezen en wordt de reconventionele vordering toegewezen.

In 2009 was in Frankrijk tegen de bank een strafvervolgung wegens oplichting in gang gezet, waarin klager zich had gesteld als benadeelde partij. Volgens art. 3 lid 2 van het Luxemburgse Wetboek van Strafvordering (Sv-Lux) geldt de regel ‘le criminel tient le civil en état’. Die regel houdt in dat een civiele procedure waarin een strafrechtelijke vraag speelt, moet worden aangehouden totdat over die vraag in de strafzaak is beslist. De rechter in eerste aanleg had het beroep op deze regel verworpen op de grond dat de regel alleen ziet op Luxemburgse strafzaken. De Luxemburgse appelrechter komt tot dezelfde conclusie en bevestigt voor het overige de beslissing van de rechter in eerste aanleg.

Klager gaat in cassatie bij het Luxemburgse Hof van Cassatie. Zijn advocaat voert in het tweede onderdeel van het tweede cassatiemiddel aan dat het een regel van internationaal, in ieder geval van tussen Frankrijk en Luxemburg geldend, recht is dat de civiele zaak moet wachten op de strafzaak, ongeacht in welke van de twee landen de strafzaak aanhangig is. Daarbij beroept klager zich op vier verschillende bepalingen van Europees recht.[2] Mocht het Luxemburgse Hof van Cassatie hem daarin niet volgen, dan diende volgens klager vier prejudiciële vragen te worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) met betrekking tot elk van de aangevoerde bepalingen.

Het parket-generaal neemt een conclusie waarin de redenering van klager wordt verworpen,

maar de mogelijkheid wordt opengehouden dat er wel een algemeen Europees rechtsbeginsel is dat ook tot aanhouding van de civiele zaak noopte. Het parket-generaal geeft het Hof van Cassatie daarom in overweging een prejudiciële vraag van die strekking aan het HvJ EU te stellen.

In Luxemburg gelden regels voor de inrichting van cassatiemiddelen, die zijn te vinden in de Wet van 18 februari 1885 op het cassatieberoep en de procedure in cassatie. Art. 10 lid 2 (ingevoegd bij Wet van 3 augustus 2010) luidt als volgt:

‘Op straffe van niet-ontvankelijkheid mag een cassatiemiddel of een element daarvan slechts één rechtsgrond bevatten. Ieder middel of ieder onderdeel daarvan moet verder uitwerken, op straffe van dezelfde sanctie:

p style="margin-left:19px">• de ingeroepen rechtsgrond;

p style="margin-left:19px">• het deel van de beslissing waartegen het zich richt;

p style="margin-left:19px">• waarom het gestelde verwijt van toepassing is op dat deel.’

Omdat volgens het middel elk van de vier aangehaalde bepalingen met zich bracht dat ten onrechte geen toepassing was gegeven aan de regel van art. 3 lid 2 Sv-Lux, gaat het volgens het Hof van Cassatie om vier afzonderlijke rechtsgronden. Op grond van de geciteerde bepaling mogen deze vier rechtsgronden niet worden ondergebracht in hetzelfde (onderdeel van een) cassatiemiddel. Dit deel van het cassatieberoep werd daarom niet-ontvankelijk verklaard.

Standpunten van partijen

2. Volgens klager is er wat deze beslissing betreft sprake van excessief formalisme, waardoor zijn recht op toegang tot de rechter is geschonden. Hij erkent dat een regeling als deze is toegestaan en een legitiem doel dient, maar de regeling is *in casu* verkeerd toegepast. Het is volgens hem duidelijk dat er maar één rechtsgrond werd ingeroepen (schending van het recht), terwijl het niet ongebruikelijk is om een dergelijke rechtsgrond aan de hand van verschillende bepalingen te onderbouwen. De uitleg van de bepaling gegeven door het Hof van Cassatie is een verrassing en was een niet voorzienbare vorm van rechtersrecht. Dat wordt volgens klager nog eens geïllustreerd door het feit dat het parket-generaal geen ontvankelijkheidsprobleem zag. De beslissing van het Hof van Cassatie heeft ertoe geleid dat zijn argumenten niet ten gronde zijn beoordeeld en hem dus de toegang tot de rechter is ontzegd.[3]

De Luxemburgse regering daarentegen vindt de door het Hof van Cassatie gevolgde redenering voor de hand liggend en goed te volgen. Met een rechtsgrond is in de aangehaalde

bepaling niet zoiets algemeen bedoeld als schending van het recht, maar juist een specifieke klacht. Het argument van klager ging volgens de regering ook niet verder dan dat aanhouding had moeten plaatsvinden, zonder dat de beslissing van de civiele rechter zelf inhoudelijk werd aangevochten. Schade kan klager dus niet hebben geleden. Bovendien is de Franse strafzaak inmiddels geëindigd in een vrijspraak.[4]

Beoordeling door het EHRM

3. Bij de beoordeling van de klacht refereert het EHRM allereerst aan de regels gegeven in *Dos Santos Calado e.a. t. Portugal*,[5] zonder die regels overigens letterlijk aan te halen of verder uit te werken. Die regels waren weer geheel ontleend aan *Zubac t. Kroatië*. [6] Daarna wordt in herinnering gebracht wat nu precies bij het Hof van Cassatie was aangevoerd en wat het standpunt van het parket-generaal was,[7] waarbij wordt benadrukt dat voor het parket-generaal de ontvankelijkheid geen probleem was.[8] Omdat het gaat om een ontvankelijkheidsvraag kan de achterliggende rechtsvraag bij het EHRM niet aan de orde komen.[9] Het EHRM moet dus nagaan of de beslissing ten aanzien van de ontvankelijkheid van het cassatiemiddel verenigbaar is met art. 6 EVRM. Daarbij gaat het niet om de uitkomst, maar om de vraag of bij het nemen van die beslissing de balans tussen handhaving van procedureregels en het recht op toegang tot de rechter voldoende is gerespecteerd.[10] Daarbij staat niet ter discussie dat het doel van de regeling legitiem is;[11] alleen de proportionaliteitstoets is aan de orde.[12] Volgens het EHRM is duidelijk wat het cassatiemiddel inhield, namelijk de klacht dat bij het niet toepassen van art. 3 lid 2 Sv-Lux geen rekening is gehouden met de vier geciteerde bepalingen van Europees recht.[13] Klager en de Luxemburgse regering verschillen echter van mening of dit cassatiemiddel nu vier rechtsgronden of één rechtsgrond bevatte.[14] Dat is een vraag van nationaal recht, behorend tot de competentie van de nationale instanties. Alleen bij willekeur kan het EHRM ingrijpen.[15] Het is dus niet aan het EHRM om de keuze te maken of het nu om een of om vier rechtsgronden gaat; dat is een beslissing die door het Hof van Cassatie genomen moet worden.[16] Er moet echter wel worden vastgesteld dat enerzijds het Hof van Cassatie als oordeel heeft uitgesproken dat het gaat om vier rechtsgronden, terwijl anderzijds a) de vier bepalingen werden genoemd om de foute toepassing van het *ene* art. 3 lid 2 Sv-Lux te onderbouwen, en b) het middel in zijn geheel genomen betrekking had op *eenzelfde* problematiek. Gelet daarop had het op de weg van het Hof van Cassatie gelegen om uit te leggen waarom het toch om vier rechtsgronden ging, temeer daar c) het parket-generaal het middel ontvankelijk achtte, d) het Hof van Cassatie niet refereert aan eerdere rechtspraak, e) het gaat om een technische kwestie, en f) Luxemburg geen gespecialiseerde cassatiebalie kent.[17] De conclusie van het EHRM is, dat door zijn gelet op het voorgaande allesbehalve evidente oordeel niet te motiveren het Hof van Cassatie het hiervoor bedoelde evenwicht niet

heeft gerespecteerd en art. 6 EVRM is geschonden.[18]

Opmerkingen

4. De Luxemburgse cassatieregeling is vaker door het EHRM beoordeeld. In de zaak *Kemp* ging het in wezen om dezelfde regels, maar toen werd de toepassing daarvan in een geval waarin evident was wat de klacht was, excessief formalistisch geacht omdat de regels destijds slechts kenbaar waren uit de jurisprudentie en er geen gespecialiseerde cassatiebalie in Luxemburg is.[19] Een gelijke beslissing werd gegeven in de zaak *Dattel*. [20] Die uitspraken hebben geleid tot de hiervoor genoemde wetswijziging bij Wet van 3 augustus 2010, waarin de jurisprudentiële regels werden gecodificeerd. De houdbaarheid van die gecodificeerde regels in het licht van art. 6 EVRM werd vervolgens aangevochten in de zaak *Sturm*, in welke zaak het tweede bulletpoint van art. 10 lid 2 ter discussie stond.[21] In die zaak had de advocaat in de veertien cassatiemiddelen niet expliciet aangegeven tegen welke overweging ieder middel zich richtte, terwijl dit wel uit de respectieve toelichtingen precies kon worden afgeleid. Het EHRM kwam toen tot de slotsom dat de regeling helder was en door iedereen kon worden geraadpleegd, zodat de nationale instanties gerechtigd waren de regeling toe te passen. In de EHRC-noot bij die uitspraak wordt aangegeven hoe die beslissing | die toch excessief formalisme lijkt te sanctioneren | in eerdere uitspraken kan worden ingepast.[22] Het blijkt, zo wordt daar betoogd, dat het EHRM na de zaak *Kemp* soepeler is geworden ten opzichte van cassatierechters. Aan de daar genoemde jurisprudentie waaruit die soepele benadering blijkt, kan nog worden toegevoegd *Succi t. Italië*. [23]

5. In deze zaak waren er echter maar liefst vier paarse krokodillen[24] en kennelijk schrok het EHRM ervoor terug om ook deze klager zonder meer met een kluitje in het riet te sturen. Kennelijk om de continuïteit met eerdere beslissingen te waarborgen worden er maar liefst zes argumenten van stal gehaald om het Luxemburgse Hof van Cassatie uit te leggen dat er processuele beslissingen zijn die toch echt moeten worden gemotiveerd. Het gebrek aan motivering leidt er dan toe dat niet is voldaan aan de proportionaliteitseis die geldt bij toetsing van procesrechtelijke beslissingen aan het recht op toegang tot de rechter.

6. Het laatste sprongetje in de redenering is niet direct inzichtelijk. Of niet is voldaan aan een proportionaliteitseis hangt conceptueel gezien toch altijd af van de *inhoud* van een beslissing, niet van de *verpakking*. Met een strikje is de beslissing te rechtvaardigen, zonder strikje niet? Het ware beter geweest, denk ik, om dit verband niet te leggen en de klacht dan maar zo te verstaan dat ook werd geklaagd over het ontbreken van een motivering.

7. Ook een ander punt bevreemdt. In de hiervoor genoemde zaken *Zubac* en *Dos Santos Calado* werd een uitgebreid toetsingskader gegeven voor gevallen waarin het gaat om de toepassing

van regels die de toegang tot de cassatieprocedure betreffen. Die toetsing verloopt in de visie van het EHRM als volgt. Ten eerste moet worden nagegaan of de toepassing van de nationale regel voorzienbaar is geweest (criterium (i)), ten tweede moet worden nagegaan wie de fouten heeft gemaakt en wie de gevolgen van de gemaakte fouten moet dragen (criterium (ii)) en ten derde moet worden nagegaan of er geen sprake is geweest van excessief formalisme (de proportionaliteitstoets) (criterium (iii)). Aan deze jurisprudentie wordt in par. 25 wel lippendienst bewezen, maar het EHRM doet er verder niets mee. Dat is jammer, vooral omdat het EHRM nu de verdenking op zich laadt dat dit zo zorgvuldig uitgewerkte kader (zie vooral de zaak *Dos Santos Calado*) toch niet zo bruikbaar is.

8. Kort kan nog worden gewezen op een recente andere zaak tegen Luxemburg, die ook ging over art. 10 van de aangehaalde wet: *Foyer Assurances*.^[25] Die casus ging over een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, waarbij de feitenrechter compensatoire rente had toegewezen over in de toekomst te derven inkomen. In cassatie werd erover geklaagd dat er voor compensatoire rente altijd iets van nalatigheid moet zijn.^[26] De feitenrechter had echter | omdat de aansprakelijkheid niet in geschil was | de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding niet genoemd, zodat in het cassatiemiddel werd aangevoerd dat alle drie de in aanmerking komende artikelen waren geschonden, die immers alle hetzelfde schadebegrip kenden. Dat cassatiemiddel werd door het Luxemburgse Hof van Cassatie niet-ontvankelijk verklaard, omdat een dergelijk middel minstens één rechtsgrond moet bevatten en er dus een keuze had moeten worden gemaakt. Dat vond het EHRM echter te gortig en werd door het EHRM veroordeeld als ‘te formalistisch’. Ook in die zaak werd de zaak *Calado* aangehaald zonder dat expliciet aan de gegeven regels werd getoetst. Dat was wel een gemiste kans, want juist in deze zaak waren in het beste geval aan beide zijden fouten gemaakt (de feitenrechter had immers de grondslag van de aansprakelijkheid moeten aangeven) en we hadden daardoor dus een beter beeld kunnen krijgen van de manier waarop deze criteria moeten worden toegepast.

9. Wat Nederland betreft, kunnen we ons alleen maar gelukkig prijzen met de nationale regelgeving en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Parse krokodillen worden hier gewoon behandeld, besproken en beoordeeld, als uit de cassatiemiddelen maar blijkt wat de klacht is, waarop deze betrekking heeft en waarom de aangevallen beslissing of overweging niet voldoet.^[27] Het enige dat deze uitspraak weer aan de orde stelt is dat het de vraag is of art. 81 RO niet te vaak wordt toegepast wanneer het gaat om art. 6 EVRM-klachten.^[28] Een middel dat direct of indirect schending van die bepaling aan de orde stelt, lijkt toch echt recht te hebben op een gemotiveerde beslissing.

Fokke Fernhout

Universiteit Maastricht

[1] *Ghrenassia*, par. 41.

[2] Art. 54 Overeenkomst ter uitvoering van het Akkoord van Schengen; art. 82 VWEU; art. 8 Kaderbesluit 2008/909/JAI van 27 november 2008; art. 3 Kaderbesluit 2008/675/JAI van 24 juli 2008.

[3] *Ghrenassia*, par. 23.

[4] *Ghrenassia*, par. 24.

[5] *Dos Santos Calado e.a. t. Portugal*, EHRM 31 maart 2020, nr. 55997/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0331JUD005599714, *EHRC Updates* 2020-0120, par. 25.

[6] *Zubac t. Kroatië*, EHRM 5 april 2018, nr. 40160/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, «EHRC» 2018/150 m.nt. F. Fernhout.

[7] *Ghrenassia*, resp. par. 26 en 27.

[8] *Ghrenassia*, par. 27-28.

[9] *Ghrenassia*, par. 28.

[10] *Ghrenassia*, par. 29.

[11] *Ghrenassia*, par. 30.

[12] *Ghrenassia*, par. 31.

[13] *Ghrenassia*, par. 32.

[14] *Ghrenassia*, par. 33.

[15] *Ghrenassia*, par. 34.

[16] *Ghrenassia*, par. 35.

[17] *Ghrenassia*, par. 36.

[18] *Ghrenassia*, resp. par. 37 en 38.

[19] *Kemp t. Luxemburg*, EHRM 24 april 2008, nr. 17140/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0424JUD001714005, «EHRC» 2008/78 m.nt. F. Fernhout.

[20] *Dattel t. Luxemburg*, EHRM 10 december 2009, nr. 18522/06,

ECLI:CE:ECHR:2009:0730JUD001852206.

[21] *Sturm t. Luxemburg*, EHRM 27 juni 2017, nr. 55291/15,

ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD005529115, «EHRC» 2017/183 m.nt. F. Fernhout.

[22] Zie de noot bij *Sturm*, par. 6.

[23] *Succi t. Italië*, EHRM 28 oktober 2021, nr. 55064/11,

ECLI:CE:ECHR:2021:1028JUD005506411.

[24] De vier bepalingen van Europees recht waarvan volgens klager moest worden uitgemaakt of het juist is dat deze bepalingen ieder voor zich met zich brengen dat een civiele zaak moet worden aangehouden wanneer in een strafzaak dezelfde rechtsvraag speelt en daarover nog niet is beslist.

[25] *Foyer Assurances t. Luxemburg*, EHRM 12 oktober 2021, nr. 35245/18,

ECLI:CE:ECHR:2021:1012JUD003524518.

[26] Een argument dat mij dierbaar is, zie F.J. Fernhout, 'Weer een ergernis minder? De wettelijke rente over de proceskosten', *TvPP* 2014, p. 69-70.

[27] HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, *NJ* 2013/124.

[28] Zie de noot bij *Felloni t. Italië*, EHRM 6 februari 2020, nr. 44221/14,

ECLI:CE:ECHR:2020:0206JUD004422114, *EHRC Updates* 2020-0085, par. 7.