

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-1

Nummer 1, 2023

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:2022:1215JUD002808119 15-12-2022

Vasaráb en Paulus t. Slowakije, EHRM 15 december 2022, nrs. 28081/19 en 29664/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD000563116 15-12-2022

Peradze e.a. t. Georgië, EHRM 15 december 2022, nr. 5631/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD003551120 15-12-2022

Gherardi Martiri t. San Marino, EHRM 15 december 2022, nr. 35511/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD005686215 13-12-2022

Tonchev e.a. t. Bulgarije, EHRM 13 december 2022, nr. 56862/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD007703912 13-12-2022

Test-Achats t. België, EHRM 13 december 2022, nr. 77039/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD005899718 13-12-2022

Nikëhasani t. Albanië, EHRM 13 december 2022, nr. 58997/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD002698616 13-12-2022

Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo t. Portugal, EHRM 13 december 2022, nr. 26968/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD001181120 13-12-2022

Elmazova e.a. t. Noord-Macedonië, EHRM 13 december 2022, nrs. 11811/20 en 13550/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD004201018 08-12-2022

Yakovlyev t. Oekraïne, EHRM 8 december 2022, nr. 42010/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

[ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD001488919](#) 08-12-2022

Pejrjilova t. Tsjechië, EHRM 8 december 2022, nr. 14889/19

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD003434918](#) 08-12-2022

M.K. e.a. t. Frankrijk, EHRM 8 december 2022, nr. 34349/18

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002712214](#) 06-12-2022

Spasov t. Roemenië, EHRM 6 december 2022, nr. 27122/14

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000346820](#) 06-12-2022

Subaşı e.a. t. Turkije, EHRM 6 december 2022, nrs. 3468/20 en 18 andere

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000879021](#) 06-12-2022

Scalzo t. Italië, EHRM 6 december 2022, nr. 8790/21

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD003985914](#) 06-12-2022

Pannon Plakát Kft e.a. t. Hongarije, EHRM 6 december 2022, nr. 39859/14

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000246312](#) 06-12-2022

Mnatsakanyan t. Armenië, EHRM 6 december 2022, nr. 2463/12

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD001485120](#) 06-12-2022

Kalda t. Estland (nr. 2), EHRM 6 december 2022, nr. 14581/20, [EVRM art. 3 EP]

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221](#) 06-12-2022

K.K. e.a. t. Denemarken, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1117DEC001356115](#) 17-11-2022

Caldaras en Lupu t. Frankrijk, EHRM 17 november 2022 (ontv.besl.), nr. 13561/15

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2022:1115DEC000012217](#) 15-11-2022

Vlad t. Roemenië, EHRM 15 november 2022, nr. 122/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:963](#) 08-12-2022

Orde van Vlaamse Balies e.a., HvJ EU 8 december 2022, zaak C-694/20

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:962](#) 08-12-2022

Google (Déréférencement d'un contenu prétendument inexact), HvJ EU 8 december 2022, zaak C-460/20

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:965 08-12-2022

HYA e.a. (Impossibilité d'interroger les témoins à charge), HvJ EU 8 december 2022, zaak C-348/21

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:964 08-12-2022

CJ (Décision de remise différée en raison de poursuites pénales), HvJ EU 8 december 2022, zaak C-492/22 PPU

Annotatie

Aygün t. België (EHRM, nr. 28336/12) – Eeuwigdurende grafrust na schietincident: godsdienstvrijheid en het recht op een eerlijk proces

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt

Annotatie

Vasaráb en Paulus t. Slowakije (EHRM, 28081/19 en 29664/19) – De (lastige) omgang met ontlastende getuigen

P. Ölçer

Annotatie

Stoyanova t. Bulgarije (EHRM, 56070/18) – Verplichte strafverzwaring bij homofobe motieven

P. Ölçer

Annotatie

Spasov t. Roemenië (EHRM, 27122/14) – Schending EU-recht door rechter grond voor strijd met artikel 6 EVRM en strafrechtelijke herziening

J. Krommendijk en M. Timmerman

Annotatie

S.C.R.L. (HvJ EU, C-344/20) – religieuze uitingen op de werkvloer en vergelijkbaarheid; verdere verfijning van het kader

L.C. Groen

Annotatie

De Legé t. Nederland (EHRM, 58342/15) – Het nemo tenetur-beginsel en wils(on)afhankelijk materiaal in non-hard core punitieve procedures

P. Ölçer

ANNOTATIE

Aygün t. België (EHRM, nr. 28336/12) – Eeuwigdurende grafrust na schietincident: godsdienstvrijheid en het recht op een eerlijk proces**P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt**

1. De vrijheid van godsdienst of overtuiging, zoals opgenomen in artikel 9 EVRM, strekt zich mede uit tot het begrafenisritueel van de eeuwigdurende grafrust (*concession illimitée en accord avec le « principe du repos éternel*). Het is voor het eerst dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich hierover uitspreekt. Het doet dat in een unaniem genomen beslissing op een klacht van de ouders Aygün, woonachtig in Meulebeke, die hun twee zoons verloren als gevolg van meerdere dodelijke schotwonden in 2010. Volgens de ouders hebben de Belgische autoriteiten hen ten onrechte niet toegestaan om gedurende het strafrechtelijk onderzoek – kort gezegd – de lichamen van hun zoons over te brengen naar Turkije als hun land van herkomst om hen te laten begraven in een familiegraf overeenkomstig hun ritén, (geloofs)overtuigingen en tradities. Deze claim van de ouders is gebaseerd op de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging (artikel 9 EVRM) in samenhang met het recht op privéleven (artikel 8 EVRM). Deze grondrechten wegens volgens het Europees Hof zwaarder dan het ermee concurrerende grondrecht van het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Het arrest heeft mede relevantie voor de aandacht voor (voldoende) accommodatie van de eeuwigdurende grafrust, zoals naar voren gebracht in de initiatiefnota 'Eeuwigdurende grafrust bereikbaar voor iedere Nederlander'.^[1] Hierna ga ik kort in op de reikwijdte van de godsdienstvrijheid, de botsing van grondrechten en de accommodatie van de (eeuwigdurende) grafrust.

2. Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 9 EVRM is het Hof tamelijk helder. Het verwijst daarvoor naar zijn eerdere jurisprudentie waarin het heeft bepaald dat de reikwijdte van artikel 9 EVRM zich uitstrekt tot de wijze van begraven voor zover die een essentieel element betreft van een religieuze praktijk.^[2] Daarna vervolgt het Europees Hof met de overweging dat het “geen enkele reden” ziet om “in dit geval tot een andere conclusie te komen”.^[3] Waarover het precies gaat “in dit geval” blijkt onder andere uit het verweer van de Belgische regering en de reactie daarop van klagers. De Belgische regering voerde aan er geen moeite

mee te hebben de klacht te laten beoordelen onder artikel 8 EVRM, maar wel bezwaar te hebben tegen kwalificatie van de klacht onder 9 EVRM, “in zoverre klagers gedurende het gehele strafrechtelijk onderzoek de mogelijkheid hebben gehad te verzoeken om hun kinderen volgens de islamitische riten te laten begraven in België”. [4] Daartegenover stellen verzoekers dat het voorgestelde alternatief niet volstaat, omdat de islamitische riten zoals gepraktiseerd op een Belgische begraafplaats niet dezelfde zijn als in Turkije, waar hun zoons conform hun geloofspraktijk in een familiegraf zouden worden begraven en dat het in die islamitische begraafpraktijk belangrijk is dat de overledenen worden begraven in een graf voor onbepaalde tijd (*tombe à concession illimitée en accord avec le « principe du repos éternel*), wat niet mogelijk is in België. [5] Tegen deze achtergrond en gelet op voormelde eerdere jurisprudentie van het Hof moet artikel 9 EVRM van toepassing worden geacht, naast artikel 8 EVRM, dat meer algemeen mede betrekking heeft op – kortweg – de zorg voor overleden naasten, zoals geschetst onder het kopje (i) inzake artikel 8 EVRM. [6] Opvallend is wel dat het Hof onder het kopje (ii) inzake artikel 9 EVRM toch nog concludeert dat de toepassing van dat artikel 9 EVRM moet worden gezien in samenhang met artikel 8 EVRM. [7] Die samenhang is er wel, maar die had mijn inziens beter separaat kunnen worden benoemd na de kopjes (i) en (ii) in plaats van onder het kopje (ii) inzake artikel 9 EVRM. Dan zou scherper zijn afgebakend dat artikel 9 EVRM betrekking heeft op het religieuze aspect en artikel 8 EVRM op de funeraire zorg algemeen, en zou tegelijkertijd duidelijker zijn dat daartussen – dus op een ander niveau – samenhang bestaat. Voor het resultaat maakt het niet veel uit. Nu klagers de mogelijkheid van een begrafenis voor hun zoons met inachtneming van hun voormelde wensen in België niet hebben gehad, gaat het Hof er terecht vanuit dat daarmee een inperking is gemaakt op zowel hun recht op privéleven als hun vrijheid van godsdienst. [8]

3. De samenloop van de artikelen 8 en 9 EVRM heeft tot gevolg dat het Hof de mogelijke rechtvaardiging van de inbreuk op beide rechten kan beoordelen op basis van de (vergelijkbare) beperkingsgrond van beide artikelen. Als legitiem doel aanvaardt het Hof het door de regering aangedragen belang van de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde, en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, in het bijzonder het belang van de verdedigingsrechten van de twee verdachten. Het Hof aanvaardt eveneens de aangevoerde wettelijke grondslag voor deze inperking. De beslissing van de onderzoeksrechter valt onder zijn wettelijke taak om toezicht te houden op het strafrechtelijk onderzoek. Volgens artikel 55 van het Wetboek van Strafvordering hield dit onder meer in dat de daders moesten worden geïdentificeerd, bewijzen moesten worden verzameld en maatregelen moesten worden genomen om de rechter in staat te stellen met kennis van zaken uitspraak te doen. Daartoe verleent artikel 56, lid 1, van het Belgische wetboek van strafvordering de onderzoeksrechter uitdrukkelijk de bevoegdheid om dwang uit te oefenen en individuele rechten en vrijheden te beperken. [9x]

4. Wat betreft de noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving is het Hof kritischer.[10] Het stelt daarbij voorop dat het hier gaat om conflicterende grondrechten van enerzijds artikel 6 EVRM en anderzijds de artikelen 8 en 9 EVRM. Daarbij speelt bovendien dat er op grond van artikel 2 EVRM een procedurele positieve verplichting bestaat voor de staat om effectief onderzoek te garanderen naar de afloop van een dodelijk schietincident. Dat effectieve onderzoek moet maximaal rekening houden met het recht op privéleven[11] en – zo bepaalt het Hof nu voor het eerst – met de godsdienstvrijheid van betrokkenen. Dat is niet goed genoeg gedaan door de Belgische staat. Waarom niet? Het Hof hanteert daarvoor als algemeen richtsnoer dat de noodzaak kan afnemen of zelfs verdwijnen naarmate de tijd verstrijkt.[12] Het Hof is weliswaar mild over de initiële en gemotiveerde (deels) afwijzende beslissing, maar acht het onaanvaardbaar dat het allemaal wel erg lang heeft geduurd met het gerechtelijk vooronderzoek, namelijk tweeënhalf jaar. Gedurende die gehele tijd hebben klagers de afwijzende beslissing niet kunnen laten herroepen. Aldus kon de voortdurende noodzaak van de vrijheidsbeperking niet worden beoordeeld in het licht van klagers rechten. Dat levert een schending op van de artikelen 8 en 9 EVRM.

5. Met dit arrest van het Europees Hof staat de teller van arresten inzake begrafenisrituelen op drie. In de hiervoor aangehaalde zaak *Johannische Kirche* ging het erom dat de Duitse kerkgemeenschap op eigen grond, gelegen in een beschermd natuurgebied, een kapel wenste te bouwen en een begraafplaats wenste in te richten om zo te kunnen voldoen aan de eigen godsdienstige voorschriften. Deze wens werd niet ingewilligd door de Duitse overheid. Het Hof oordeelde dat dit kan worden geïnterpreteerd als een beperking van de godsdienstvrijheid ‘in so far as the manner of burying the deads and cemetery layout represents an essential aspect of the religious practise of the (...) applicant and its members.’[13] De klacht werd overigens uiteindelijk niet-ontvankelijk verklaard. In de zaak *Polat* constateerde het Hof een schending van zowel de artikelen 8 als 9 EVRM in een zaak waarin ziekenhuisartsen een autopsie hadden uitgevoerd op en organen hadden verwijderd van een te vroeg geboren en aan een zeldzame ziekte gestorven baby, ondanks de bezwaren van de moeder en haar uitdrukkelijke wens voor een rituele begrafenis in overeenstemming met het islamitische vereiste dat het lichaam intact moest blijven. Het Hof was van oordeel dat de autoriteiten geen juist evenwicht hadden gevonden tussen de tegenstrijdige rechten en belangen, te weten de eisen van volksgezondheid en de wens van de moeder om haar kind te begraven overeenkomstig de voorschriften van haar godsdienst.[14] De onderhavige zaak *Aygün* voegt hieraan nu een nieuwe casus en dimensie toe.

6. Het voorgaande betekent niet dat er ook sprake moet zijn van accommodatie: realisering van recht staat niet altijd gelijk aan honorering van de op een dergelijk recht gebaseerde claim op een voorziening. Met andere woorden, de vraag of en zo ja, in welke mate de overheid de

eeuwige grafrust moet accommoderen, hangt weliswaar nauw samen met de vrijheid van het recht op godsdienstuitoefening, maar valt er niet mee samen. Wel kan uit het vrijheidsrecht de positieve verplichting voor de staat voortvloeien om de uitoefening van de godsdienstvrijheid op een bepaalde manier mogelijk te maken, waarbij wel een afweging kan worden gemaakt tegen andere belangen. Daarnaast is in dit kader relevant het model van kerk-en-staatverhouding dat een land kent. In deze zaak had België niet per se ruimte moeten bieden voor eeuwigdurende grafrust in België zelf, maar vooral de repatriëring naar Turkije niet moeten belemmeren. Hoe zou dit echter zijn geweest indien repatriëring niet mogelijk was geweest en klagers zouden hebben gewenst de specifieke modaliteit van grafrust voor hun zoons in België te verkrijgen? Had de Belgische overheid daarin dan moeten voorzien? Ook hiervoor geldt: mogelijk maken waarbij belangenafweging kan plaatsvinden. De vraag behoefde in deze zaak niet te worden beantwoord, maar in het noodzakelijk haakje voor het antwoord is aldus wel voorzien: de betreffende begrafenismodaliteit valt onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst.

7. Met een initiatiefnota en de indiening van twee moties heeft de fractie DENK de groeiende behoefte aan eeuwigdurende grafrust onder de aandacht van de Tweede Kamer en het kabinet gebracht.[15] De initiatiefnota stelt dat de groep mensen die behoefte heeft aan eeuwigdurende grafrust momenteel enorm groeit, terwijl het aanbod tekortschiet. De groeiende vraag is volgens het lid Van Baarle ontstaan doordat de Islamitische gemeenschap groeit en Nederlandse moslims met een migratieachtergrond steeds vaker kiezen voor een begrafenis in Nederland in plaats van het land van hun voorouders. Bovendien is volgens de indiener de behoefte aan eeuwigdurende grafrust tijdens de covid-19 crisis toegenomen doordat repatriëring van overledenen naar bepaalde landen, waaronder Marokko, maandenlang onmogelijk was. Tegelijkertijd signaleert de initiatiefnota een tekort aan aanbod van graven met eeuwigdurende grafrust, dat het voor private initiatieven lastig is om hiervoor geschikte grond te vinden en dat de aanvragers en nabestaanden worden geconfronteerd met hoge kosten. De Wet op de lijkbezorging voorziet volgens het lid Van Baarle niet in voldoende realisatie van begraafplaatsen met eeuwigdurende grafrust, terwijl van belang is dat de overheid erin voorziet dat Nederlanders het ingrijpende moment van afscheid van een dierbare zo goed mogelijk volgens eigen wensen en gebruiken kunnen inrichten. De initiatiefnota doet diverse verzoeken aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, waaronder het in kaart brengen van knelpunten in wet- en regelgeving bij het realiseren van begraafplaatsen met eeuwigdurende grafrust. Ten behoeve van een kabinetsreactie heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een onderzoek laten uitvoeren.[16] Het resultaat is op 23 september 2022 aangeboden aan de Tweede Kamer en geeft inzicht in de vraag, het aanbod, de knelpunten, het juridisch kader en een internationale vergelijking omtrent eeuwigdurende grafrust.[17] Een reactie op dat

onderzoek volgt nog. Alvast kan het als opvallend worden genoemd dat stichting Maqbara inmiddels - op 11 januari 2023 - de grootste islamitische begraafplaats in Nederland en naar verluidt zelfs in West-Europa in gebruik heeft genomen in Arnhem, (mede) om de eeuwig durende grafrust te kunnen garanderen.[18] Verder zal onderhavige uitspraak niet beslissend zijn voor een antwoord op alle vragen uit de initiatiefnota, maar speelt daarin wel een rol en lijkt van enige steun te kunnen zijn voor de initiatiefnemers. Daar komt bij, gelet op hetgeen hierover is overwogen onder punt 6, dat het Nederlandse stelsel van kerk en staat verhoudingen zich nog steeds laat kwalificeren als een coöperatief samenwerkingsmodel tussen overheid en religieuze organisaties waarin voor accommodatie, waaronder overheidsfinanciering, in beginsel ruimte bestaat.[19]

Prof. mr. P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, bijzonder hoogleraar recht en religie, Rijksuniversiteit Groningen; onderzoeker staats- en bestuursrecht, VU Amsterdam; hoofd cluster grondrechten, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Geschreven op academische titel.

[1] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 2.

[2] *Johannische Kirche t. Duitsland* EHRM 10 juli 2001, nr. 41754/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0710DEC004175498; *Polat t. Oostenrijk* EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616.

[3] *Aygün*, par. 51.

[4] *Aygün*, par. 44.

[5] *Aygün*, par. 45.

[6] *Aygün*, par. 46-48.

[7] *Aygün*, par. 51.

[8] *Aygün*, par. 60.

[9] *Aygün*, par. 62.

[10] *Aygün*, par. 68-92.

[11] *Solska et Rybicka t. Polen*, EHRM 20 september 2018, nrs. 30491/17 en 31083/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0920JUD003049117, par. 121, en *Polat t. Oostenrijk* EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616, par.79.

[12] *Aygün*, par. 84. Vgl., mutatis mutandis, *Éditions Plon t. Frankrijk*, EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0518JUD005814800, par. 45.

[13] *Johannische Kirche t. Duitsland* (o.c.), onder “Law” (ongenummerd). Vgl. ABRvS 6 april 2005, Stichting Vaders huis is moeders toevlucht/Valkenswaard, ECLI:NL:RVS:2005:AT3263, AB 2005, 225 m.nt. Ortlep, en NTM/NJCM-Bulletin 2005, p. 951, m.nt. Mendelts. In deze zaak oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak dat artikel 9 EVRM niet zover reikt dat planvoorschriften uit het bestemmingsplan buiten toepassing zouden moeten worden gelaten en dat zonder vereiste bouwvergunning bouwwerken voor een bedevaartsplaats mogen worden opgericht.

[14] *Polat t. Oostenrijk*, EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616, par. 89-91.

[15] Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 193 en Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 211.

[16] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 3.

[17] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 5.

[8] Zie o.a. <https://www.trouw.nl/binnenland/eerste-afschied-op-grootste-islamitische-begraafplaats-in-arnhem~b9c667e7/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>; <https://nos.nl/artikel/2459244-grootste-islamitische-begraafplaats-van-nederland-gaat-open>.

[19x] Vgl. *Tweeluik religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten over de scheiding van kerk en staat*, BZK/VNG, 2019.

RECHTSPRAAK

Caldaras en Lupu t. Frankrijk, EHRM 17 november 2022 (ontv.besl.), nr. 13561/15

In 2014 is een illegaal Roma-kamp bij Porte de Paris ontmanteld. Daarbij is tot op zekere hoogte voorzien in noodopvang voor de bewoners. Het Hof benadrukt dat art. 8 EVRM geen recht op huisvesting omvat en dat er alleen positieve verplichtingen tot huisvesting zijn voor zeer kwetsbare personen en in uitzonderlijke omstandigheden. In dit geval heeft de nationale rechter de kwestie zorgvuldig beoordeeld en zijn er voldoende noodopvangmogelijkheden geboden. De klacht is dan ook kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Klagers zijn twee uit Roemenië afkomstige Roma die wonen in een illegaal kamp bij Porte de Paris in Saint-Denis. De eigenaar van de grond, een overheidsinstantie (EPAPF) heeft geprocedeerd over het gebruik als woonwagenkamp door de Roma. In 2014 resulteerde dit in een uitzettingsbevel jegens 21 bewoners, dat in april 2014 ten uitvoer is gelegd.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het uitzettingsbevel in strijd is met het recht op respect voor de woning zoals vastgelegd in art. 8 EVRM. Het Hof oordeelt dat er inderdaad inbreuk op dit recht is gemaakt. Deze inbreuk was voorzien bij wet en is op basis van de relevante wetgeving opgelegd door een rechter. Gelet op de overlast en risico's die het illegale kamp opleverde, oordeelt het Hof dat er bovendien een legitiem doel werd nagestreefd, namelijk de bescherming van de volksgezondheid en de veiligheid, naast bescherming van de rechten van anderen (waaronder de bescherming van de eigendomsrechten van EPAPF). Duidelijk is dat klagers geen titel hadden om op de grond te verblijven en geen legitieme verwachting van eigendom konden hebben. De argumenten van klagers over de disproportionaliteit van de ontmanteling van het kamp zijn zorgvuldig onderzocht door de nationale rechter voorafgaand aan het afgeven van het uitzettingsbevel. Volgens het Hof heeft de nationale rechter voldoende argumenten gegeven waarom – onder meer gelet op de hygiënische omstandigheden in het kamp – in dit geval uitzetting een aanvaardbare maatregel

was. Het Hof benadrukt dat het EVRM geen recht op huisvesting bevat en dat er dan ook maar in beperkte mate positieve verplichtingen kunnen worden erkend om dakloze mensen huisvesting te geven. Alleen in uitzonderlijke gevallen, als het gaat om bijzonder kwetsbare personen, kunnen er huisvestingsverplichtingen bestaan. In het onderhavige geval hebben de autoriteiten niettemin voorzien in noodopvang voor de eerste klager; de tweede klager voldeed niet aan de voorwaarden daarvoor. Het EHRM oordeelt dat met die mogelijkheid voldoende tegemoet is gekomen aan de verplichting om rekening te houden met de belangen van leden van een sociaal achtergestelde minderheid. Gelet op die overwegingen verklaart het Hof de zaak kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-11-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1117DECoo1356115

Zaaknummer: 13561/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

CJ (Décision de remise différée en raison de poursuites pénales), HvJ EU 8 december 2022, zaak C-492/22 PPU

In deze zaak heeft een Poolse rechter een Europees aanhoudingsbevel (EAB) uitgevaardigd, maar loopt er tegen betrokkene ook in Nederland een strafzaak. Omdat betrokkene geen afstand heeft gedaan van zijn recht om bij de terechtzittingen aanwezig te zijn, is besloten tot uitstel van overleving; daarbij is betrokkene in hechtenis gehouden. Het HvJ oordeelt dat de officier van justitie niet bevoegd is om tot uitstel te beslissen. De betrokkene mag wel in afwachting van de procedure in hechtenis worden gehouden, al zijn er bepaalde grenzen. Uitstel van overlevering in verband met het kunnen uitoefenen van procedurele rechten is niet onredelijk.

In 2021 heeft een Poolse rechter een Europees aanhoudingsbevel (EAB) uitgevaardigd tegen CJ (een Pools staatsburg) met het oog op de uitvoering van een vrijheidsstraf van twee jaar. De verwijzende rechter – de rechtbank Amsterdam – heeft CJ in verband met dit EAB in hechtenis geplaatst en in 2022 heeft zij de overlevering toegestaan. Gelijktijdig met deze procedure liep er in Nederland een strafvervolgning tegen CJ wegens een ander feit dan waarop het EAB betrekking had. Deze veroordeling is nog niet definitief en CJ heeft niet afgezien van zijn recht om in persoon te verschijnen op de terechtzittingen die in het kader van die procedure kunnen plaatsvinden. Gelet daarop is de hechtenis met het oog op overlevering van CJ verschillende malen verlengd. In verband daarmee heeft de verwijzende rechter prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ, in het bijzonder gelet op de procedurele rechten en de duur van de hechtenis met het oog op uitlevering.

Het HvJ buigt zich allereerst over de vraag of de officier van justitie wel bevoegd mag zijn om een besluit tot uitstel van de overlevering te nemen. Daarbij herinnert het eraan dat het eerder al heeft geoordeeld dat de officier van justitie niet onder het begrip ‘uitvoerende rechterlijke

autoriteit' in de zin van het EAB-kaderbesluit valt. Het lijkt er volgens het HvJ dan ook op dat in dit geval de uitstelbeslissing niet door een rechterlijke autoriteit is genomen, wat betekent dat de beslissing niet voldoet aan de formele eisen van het EAB-kaderbesluit. Op zijn beurt betekent dit dat de gezochte persoon in vrijheid moet worden gesteld als de in het kaderbesluit genoemde termijn is verstreken, onverminderd de toepassing van eventuele maatregelen die de bevoegde autoriteit van die lidstaat overeenkomstig artikel 12 van dat kaderbesluit noodzakelijk acht om de vlucht van de gezochte persoon te voorkomen.

In de tweede plaats oordeelt het HvJ EU dat de termijnen van art. 23 lid 5 van het kaderbesluit niet van toepassing zijn in geval van uitstel van de overlevering op grond van art. 24 van dit kaderbesluit. De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan op grond van art. 12 van het kaderbesluit dus beslissen om de persoon tegen wie een EAB is uitgevaardigd in hechtenis te houden. Dit houdt mede verband met de doelstelling van het kaderbesluit om straffeloosheid te bestrijden en om te voorkomen dat de betrokkene vlucht en daarmee afbreuk doet aan de goede uitvoering van het EAB. Weliswaar moet hierbij art. 6 Hv in acht worden genomen, maar op die bepalingen zijn redelijke beperkingen te stellen in het licht van art. 52 lid 1, in overeenstemming met de door het EHRM gegeven uitleg (art. 52 lid 3, art. 53 Hv). Het gaat in dit soort gevallen om hechtenis die volgens art. 5 lid 1 (f) kan zijn toegestaan. Bij uitstel van de overlevering mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarom alleen de hechtenis handhaven als in het concrete geval is gebleken dat de overleveringsprocedure op voldoende voortvarende wijze is gevoerd en de hechtenis bijgevolg niet buitensporig lang duurt.

De derde vraag is dan of uitstel van overlevering gerechtvaardigd zou kunnen zijn vanwege het feit dat iemand geen afstand heeft gedaan van zijn recht om in persoon te verschijnen voor de rechterlijke instanties waarbij een andere procedure aanhangig is. Het HvJ wijst op het belang van het in persoon kunnen verschijnen, dat ook is erkend in art. 47 en art. 48 lid 2 Hv. Het uitstel van overlevering heeft volgens het HvJ echter niet automatisch tot gevolg dat het proces tegen de gezochte persoon in de uitvoerende lidstaat in zijn afwezigheid zal plaatsvinden, zodat dit op zich geen afbreuk kan doen aan het recht om te verschijnen tijdens zijn proces. Er kunnen immers ook andere mogelijkheden worden geboden om iemand de reële mogelijkheid te bieden om aan het proces deel te nemen. Tegelijkertijd belet niets de uitvoerende rechterlijke autoriteit om de overlevering uit te stellen om te verzekeren dat dit recht wordt geëerbiedigd in de in de uitvoerende lidstaat lopende strafprocedure. Bij het uitoefenen van deze discretionaire bevoegdheid kan bijvoorbeeld het belang zijn het tot een goed einde brengen van het proces, het belang van de uitvaardigende staat om een persoon snel overgeleverd te zien, en de ernst van de strafbare feiten waar het om gaat. Al met al verzet het Hv zich er echter niet tegen dat de uitvoering van een EAB wordt uitgesteld met het oog op een in de uitvoerende lidstaat ingeleide strafprocedure op de enkele grond dat die persoon

geen afstand heeft gedaan van zijn recht om in persoon te verschijnen voor de rechterlijke instanties waarbij die procedure aanhangig is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:964

Zaaknummer: C-492/22

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (f), Hv art. 6, Hv art. 47, Hv art. 48, Hv art. 52 lid 1, Hv art. 52 lid 3, Hv art. 53, Kaderbesluit 2002/584/JBZ, art. 6 lid 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ, art. 12, Kaderbesluit 2002/584/JBZ, art. 23 en Kaderbesluit 2002/584/JBZ, art. 24 lid 1

RECHTSPRAAK

Elmazova e.a. t. Noord-Macedonië, EHRM 13 december 2022, nrs. 11811/20 en 13550/20

Op twee openbare basisscholen in Noord-Macedonië is sprake van een oververtegenwoordiging van Romakinderen. Op een andere basisschool zijn juist etnische Macedoniërs oververtegenwoordigd. Het EHRM oordeelt dat in alle gevallen sprake is van segregatie of segregatietendensen. Er is een positieve verplichting voor de staat om effectieve maatregelen te treffen om segregatie tegen te gaan. Dat is hier niet gebeurd, onder meer door verzet van ouders. Dit levert volgens het EHRM een schending op van art. 14 jo. 2 EP EVRM. Ter bescherming van het fundamentele discriminatiebeginsel adviseert het Hof onder art. 46 EVRM dat alsnog de nodige desegregatiemaatregelen worden getroffen.

Klagers zijn 87 leerlingen van Roma-afkomst die op twee openbare scholen in Noord-Macedonië zitten en hun ouders. Volgens klagers hadden de kinderen die in Bitola op de G.S.-school zaten ofwel geen toegang tot een andere school van hun voorkeur (de T.A.-school), ofwel waren ze overgeplaatst naar de G.S.-school. Het resultaat daarvan was dat 80% van de leerlingpopulatie van de G.S.-school van Roma-afkomst was, terwijl er op de T.A.-school geen Roma-kinderen zaten. In de G.S.-school waren bovendien aparte klassen ingericht voor etnische Macedoniërs. In een andere gemeente, Shtip, was op de G.D.-school sprake van een aparte klas waar alleen Roma-kinderen in zaten. Veel etnische Macedoniërs op deze school werden bovendien overgeplaatst naar andere scholen. De nationale rechter erkende dat bij de G.S.-school sprake was van een zeer groot percentage Romakinderen op de ene school en een zeer laag percentage op de andere en dat in feite sprake was van etnisch verdeeld onderwijs. Volgens het Constitutionele Hof was echter geen sprake van een situatie die het resultaat was van segregatie. Voor de G.D.-school oordeelde het Constitutionele Hof eveneens dat met het aantonen van de aparte klassen voor Roma onvoldoende bewijs was geleverd van discriminatie en segregatie.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat sprake is van strijd met het discriminatieverbod door de situatie van segregatie op de beide openbare scholen. Het Hof besluit de zaak te behandelen onder art. 14 jo. art. 2 EP EVRM. Het wijst erop dat Roma door hun turbulente geschiedenis een bijzonder soort benadeelde en kwetsbare minderheid zijn geworden. De groep heeft daarom speciale bescherming nodig, waarbij aandacht bestaat voor hun behoeften en andere leefwijze. Het is voor het Hof verder duidelijk dat op de G.S.-school de leerlingpopulatie voor 83,5% bestond uit Romakinderen en dat de etnisch Macedonische kinderen bovendien in aparte klassen zaten, terwijl de T.A.-school voor 95,1% bestond uit etnisch Macedonische kinderen en voor 2,54% uit Romakinderen. Ook op nationaal niveau is al vastgesteld dat daardoor sprake was van 'etnisch verdeeld onderwijs'. De regering heeft aangevoerd dat deze verdeling kan worden verklaard door de buurtsamenstelling, maar het Hof acht dat niet voldoende om de segregatie op de twee scholen te rechtvaardigen; de G.S.-school en de T.A.-school lagen namelijk op maar 600 meter afstand van elkaar. Ook kan niet worden gezegd dat het een eigen keuze was van de ouders van de kinderen om hen op een bepaalde school in te schrijven. Het is een positieve verplichting voor de staat om positieve en effectieve maatregelen te treffen om feitelijke ongelijkheid te corrigeren en te voorkomen dat de discriminerende situatie wordt voortgezet die door de overrepresentatie van Romaleerlingen op de G.S.-school is ontstaan. Er is geen verklaring gegeven voor het ontbreken van maatregelen om de disbalans in de etnische samenstelling van de scholen te verklaren, bijvoorbeeld door districtgrenzen anders te tekenen of andere desegregatiemaatregelen te treffen. In de loop van de tijd is de segregatie alleen maar erger geworden; in 2021/22 waren zelfs alle nieuw ingeschreven leerlingen op de G.S.-school Roma.

Voor de G.D.-school in Shtip gold dat de schoolpopulatie voor rond 65% uit Romakinderen bestond. Van de drie klassen was er één die exclusief uit Romakinderen bestond; de andere twee waren gemengd. Van een automatisch segregatiebeleid was dan ook geen sprake. Het Hof acht ook aannemelijk dat in dit geval de cijfers wel kunnen worden verklaard door de buurtsamenstelling, nu in de wijk waarin de school staat overwegend Roma wonen. Tegelijkertijd is gebleken dat er een significant vertrek was van etnisch Macedonische kinderen naar een andere school, terwijl zij wel in de buurt woonden. De regering heeft niet aangetoond dat dit niet te maken had met de afkeer van ouders van de grote aanwezigheid van Romakinderen op de school. Ook hier was dan ook sprake van segregatietendensen. Wel heeft de G.D.-school verschillende maatregelen getroffen om dit tegen te gaan, waaronder het hervreiden van kinderen over schoolklassen. De maatregelen waren echter niet succesvol door verzet van de ouders van niet-Romakinderen.

Gelet hierop – en ongeacht het ontbreken van een op discriminatie gerichte bedoeling van de staat – is het Hof van oordeel dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging was voor de

segregatie van Romakinderen op de beide scholen. Dit betekent dat art. 14 jo. 2 EP EVRM is geschonden. In het licht van art. 46 EVRM wijst het Hof erop dat een samenleving die vrij is van discriminatie een belangrijke waarde is in democratische staten. Inclusief onderwijs is een van de beste manieren om de fundamentele beginselen van universaliteit en non-discriminatie te garanderen als het gaat. Gelet daarop is het volgens het EHRM noodzakelijk dat maatregelen worden getroffen om de segregatie op de twee scholen te beëindigen, zoals ook aanbevolen door ECRI en door de nationale ombudsman en anti-discriminatievoorziening.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD001181120

Zaaknummer: 11811/20 en 13550/20

Wetsartikelen: EVRM art. 14, EVRM art. 2 EP en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

**Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo t. Portugal,
EHRM 13 december 2022, nr. 26968/16**

Een vertegenwoordiger mag voor zijn werk gebruikmaken van een bedrijfswagen. Hij mag de auto ook voor privégebruik inzetten, maar moet de kosten daarvan vergoeden. Om het privégebruik van de bedrijfswagens te controleren heeft de werkgever in 2011 GPS-systemen laten installeren. De nationale gegevensbeschermingsautoriteit heeft dat gebillijkt. Later bleek uit het systeem dat de vertegenwoordiger misbruik maakte van de privégebruiksmogelijkheid, waarop hij werd ontslagen. Het EHRM oordeelt dat deze inzet van het GPS-systeem geen onredelijke inbreuk maakt op het privéleven en dat de verkregen gegevens in de ontslagprocedure mochten worden gebruikt. Geen strijd met art. 6 en 8 EVRM.

Klager werkte sinds 1994 als vertegenwoordiger voor een farmaceutisch bedrijf. Omdat hij daarvoor veel moest reizen kreeg hij een bedrijfsauto, die hij ook voor privégebruik mocht inzetten als hij de daarbij gemaakte kilometerkosten zelf zou vergoeden. Volgens de interne daarvoor geldende procedures moesten vertegenwoordigers via een app hun dagelijkse, wekelijkse en maandelijkse activiteiten noteren, net als een aantal andere gegevens over hun bezigheden. In 2011 liet de onderneming een GPS-systeem in alle bedrijfsauto's van vertegenwoordigers installeren. Klager diende hierover een klacht in bij de nationale gegevensbeschermingsautoriteit (CNPD); ook de onderneming zelf meldde het systeem aan bij de CNPD. In 2013 oordeelde de CNPD dat de gegevensbeschermingsregels niet waren geschonden door het GPS-systeem. In 2014 stelde de onderneming een tuchtprocedure in tegen klager omdat hij misbruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheden tot privégebruik van de bedrijfsauto en omdat hij zou hebben geprobeerd het GPS-systeem te manipuleren.

Ook zou uit de GPS-gegevens blijken dat klager niet de contractuele 8 uur per dag zou werken. Na verder onderzoek werd klager ontslagen. De nationale rechter oordeelde dat dit ontslag gerechtvaardigd was, een oordeel dat in hogere instanties in stand bleef. Daarbij oordeelde de hogerberoepsrechter wel dat de grond van het niet voldoen aan de arbeidstijdenverplichting niet had mogen worden gehanteerd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het gebruik van de geolocatiegegevens via het GPS-systeem in de bedrijfsauto's als basis voor ontslag een schending oplevert van zijn recht op respect voor het privéleven. Nu het hier gaat om een horizontale rechtsverhouding moet het Hof onderzoeken of de nationale rechters klagers recht op respect voor het privéleven voldoende hebben beschermd. Daarbij past het Hof de uitgangspunten toe die de Grote Kamer in *Bărbulescu* en in *López Ribalda* heeft geformuleerd. In eerdere rechtspraak heeft het Hof zich niet over de inzet van GPS door werkgevers gebogen, zodat het nu eerst nagaat of hierdoor inderdaad inbreuk op art. 8 EVRM wordt gemaakt. Daarbij merkt het Hof op dat het GPS-systeem informatie vastlegde over het gebruik van de auto, de afgelegde kilometers, het tijdstip waarop de auto is gestart en gestopt en de snelheid waarmee is gereden. Werknemers mochten het systeem niet uitschakelen het was permanent en systematisch actief. Daardoor was het mogelijk om zowel tijdens als buiten klagers werkuren geolocatiegegevens te verkrijgen, waardoor ontegenzeggelijk inbreuk werd gemaakt op zijn privéleven. Art. 8 EVRM is dan ook van toepassing.

In het licht daarvan is de vraag of de staat aan zijn positieve verplichtingen heeft voldaan om het privéleven van klager te beschermen. Op nationaal niveau bestond daarbij een goed normatief kader voor de bescherming van persoonsgegevens, waarvan de kwaliteit in de onderhavige zaak niet ter discussie staat. Klager zelf is verder niet in beroep gegaan tegen het oordeel van de CNPD dat het plaatsen van de GPS-apparatuur niet in strijd is met de geldende persoonsbeschermingswetgeving. Klager was verder op de hoogte van het ondernemingsbeleid en het gebruik van de GPS-apparatuur en van de mogelijkheid dat een tuchtrechtelijke procedure zou volgen als een werknemer niet zou voldoen aan de regels voor privégebruik van de bedrijfsauto's. De hoofdredenen voor ontslag die de nationale rechter heeft gesanctioneerd waren dat klager het aantal voor werkdoelen gereden kilometers kunstmatig zou hebben verhoogd om de voor privédoelen afgelegde afstand te maskeren, dat hij zijn arbeidstijdverplichtingen niet was nagekomen, en dat hij de werking van het GPS-systeem zou hebben belemmerd. Daarbij is op nationaal niveau al aangenomen dat het systeem niet mocht worden gebruikt om het aantal gewerkte uren van werknemers te controleren. De overige redenen waren volgens de nationale rechters echter voldoende om het ontslag te kunnen rechtvaardigen. Het EHRM overweegt dat deze beoordeling laat zien dat de nationale rechters voldoende oog hebben gehad voor de privacybelangen van klager. Klager

heeft verder niet ontkend dat hij in strijd met de regels heeft gehandeld, maar heeft vooral bezwaar geuit tegen het GPS-systeem dat voor het controleren daarvan werd ingezet. De nationale rechter hoefde daar echter niet over te oordelen, maar werd alleen gevraagd om de rechtmatigheid van het ontslag te beoordelen. Volgens het Hof heeft de nationale rechter een zorgvuldige afweging gemaakt tussen het belang van eerbiediging van het privéleven van klager en de ondernemingsbelangen van de werkgever. Dit betekent dat art. 8 EVRM niet is geschonden (4 stemmen tegen 3).

Klager heeft verder gesteld dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden nu de resultaten van het GPS-systeem als bewijsmateriaal zijn meegewogen bij de beoordeling van zijn ontslag, terwijl dat niet had gemogen. Het Hof stelt vast dat in de procedure tegen klager alleen gegevens over het aantal gereden kilometers aan de rechter zijn voorgelegd. Het Hof heeft al geoordeeld dat dit niet in strijd was met klagers recht op respect voor het privéleven. De authenticiteit en correctheid van deze informatie is niet betwist, net zomin als de eruit getrokken conclusies over de inzet van de bedrijfsauto voor werkgerelateerde en privédoeleinden. Het is bovendien niet aan het Hof om zich vergaand uit te spreken over nationale bewijskwesities. Zeker nu klager zijn ontslag verder voldoende heeft kunnen aanvechten in een goede nationale procedure, is art. 6 lid 1 EVRM niet geschonden (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD002698616

Zaaknummer: 26968/16

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

RECHTSPRAAK

**Gherardi Martiri t. San Marino, EHRM 15 december 2022,
nr. 35511/20**

Martiri ontdekte in 2009 dat zij slachtoffer was geworden van frauduleuze praktijken van een bank, die zich in de periode tot 2005 afspeelden. Een in 2012 ingediende strafklacht leidde wegens verjaring niet tot vervolging. Een civiele procedure tegen de bank was evenmin succesvol vanwege het faillissement van de bank. Het Hof wijst er echter op dat Martiri ook het nodige te verwijten viel, omdat ze de strafklacht erg laat indiende en heeft nagelaten om de individuele bankmedewerkers aansprakelijk te stellen. De staat heeft haar in ieder geval voldoende procedurele mogelijkheden geboden, dus art. 1 EP EVRM is niet geschonden.

In 2009 ontdekte klagster dat ze het slachtoffer was geworden van frauduleus handelen van haar bank en enkele bankmedewerkers; dit speelde zich af in de periode tot 2005. Ze diende daarover klachten in bij de banktoezichthouder, maar die gaf aan geen individuele geschillen te kunnen beoordelen. In 2012 deed klagster daarom aangifte, waarbij zij ook aangaf dat ze schade had geleden als gevolg van de fraude en dat ze zich daarom civiele partij wilde stellen in een eventuele procedure. Er werd een onderzoek ingesteld naar de toedracht, maar de zaak werd uiteindelijk beëindigd omdat het niet zou gaan om een strafrechtelijke kwestie en omdat de zaak bovendien verjaard was. Klagster heeft in 2015 ook een civiele procedure ingesteld tegen de bank, maar omdat de bank inmiddels failliet was gegaan, kon daarop geen verhaal worden gehaald.

De regering heeft bij het EHRM gesteld dat de zaak wegens misbruik van procesrecht moet worden beëindigd. Klagsters advocaat had namelijk zeer kritische en volgens de regering smadelijke uitspraken gedaan over het democratische karakter van de staat San Marino. Ook zou klagster in de media uitlatingen hebben gedaan over de aangeboden minnelijke

schikking. Het Hof oordeelt dat overdreven of provocatieve uitlatingen zelf niet snel misbruik van procesrecht zullen opleveren, tenzij ze een 'gratuitous attack' vormen of de onpartijdigheid van het EHRM zelf in twijfel trekken. In het onderhavige geval zijn de grenzen van het betamelijke niet overschreden. Ook de uitlatingen over de schikking waren niet zodanig dat ze de vertrouwelijkheid daarvan aantastten. Het Hof wijst het bezwaar van de regering daarom af.

Klaagster heeft gesteld dat het ontbreken van adequate rechtsmiddelen om haar eigendomsrechten te beschermen leidt tot een schending van art. 1 EP EVRM. Het Hof benadrukt dat er ook uit art. 1 EP positieve verplichtingen voor de staat voortvloeien, ook in anderszins horizontale procedures. Het zet de verschillende uitgangspunten die het daarvoor in eerdere rechtspraak heeft gedefinieerd op een rij. Vervolgens overweegt het dat in het onderhavige geval het normatieve kader als zodanig niet echt ter discussie staat. Er is wel geklaagd dat de overheid te weinig heeft gedaan om het frauduleuze handelen van de bank te voorkomen en het lijkt er inderdaad op dat de toezichthouder op een aantal punten tekort is geschoten. Er is echter te weinig informatie voorhanden om hierover een inhoudelijk oordeel te kunnen vellen. De enige vraag die in dit geval kan worden beantwoord is daarom of er voldoende rechtsmiddelen beschikbaar waren. Daarbij is relevant dat klaagsters strafklacht verjaard werd geacht. Nu is het op zichzelf aanvaardbaar om verjaringstermijnen te hanteren en het is duidelijk dat klaagster haar klacht heel laattijdig heeft ingediend. De staat kan op dit punt daarom geen onzorgvuldigheid worden verweten. Daar komt nog bij dat er wel een civiele procedure mogelijk was, zij het dat die procedure uiteindelijk niet succesvol kon zijn doordat de bank failliet ging. Er was wel nog een mogelijkheid geweest om de bankmedewerkers individueel aansprakelijk te stellen, waarvan klaagster geen gebruik heeft gemaakt. Bovendien is klaagster in de gelegenheid geweest om te interveniëren in de insolventieprocedure. Dit alles maakt dat klaagster voldoende mogelijkheden zijn geboden om haar recht te halen, zodat de staat heeft gehandeld in overeenstemming met zijn positieve verplichtingen. Art. 1 EP EVRM is dan ook niet geschonden. Wel concludeert het Hof dat de procedures zo lang hebben geduurd dat er een schending is van art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD003551120

Zaaknummer: 35511/20

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

RECHTSPRAAK

Google (Déréférencement d'un contenu prétendument inexact), HvJ EU 8 december 2022, zaak C-460/20

Volgens verzoekers in het hoofdgeding is via webpublicaties onjuiste informatie over hen verspreid. Zij hebben daarom Google verzocht om verwijzingen naar de publicaties te verwijderen, net als de miniaturen van de foto's bij de publicaties die worden weergegeven in 'Google Afbeeldingen'. Het HvJ gaat in op de afweging die zoekmachine-exploitanten in dit soort zaken moeten maken tussen privacy en het recht op informatie. Een verwijderingsverzoek hoeft alleen te worden ingewilligd als betrokkene de onjuistheid van de informatie voldoende heeft aangetoond. Bij de 'thumbnails' moet Google rekening houden met de informatieve waarde van de foto's, los van de oorspronkelijke publicatiecontext.

TU is lid van de raad van bestuur van een investeringsmaatschappij en voorzitter van een dochteronderneming van deze maatschappij, die op haar beurt weer samen met andere vennootschappen een ondernemingsgroep vormt. TU is daarbij enig vennoot van een derde vennootschap, die de enige vennoot is van een vierde vennootschap, die op zijn beurt 60% van de aandelen heeft in een vijfde vennootschap. De ex-partner van TU, RE, was tot 2015 procuratiehouder van de vierde vennootschap. In 2015 zijn op de website 'g-net' drie artikelen gepubliceerd waarin het investeringsmodel van de vijfde vennootschap en de ondernemingsgroep kritisch werd voorgesteld. Daarbij werden ook foto's van TU en RE opgenomen die grote rijkdom symboliseerden. Exploitant van de website g-net is G-LLC, die volgens kritische berichten als doelstelling heeft ondernemingen te chanteren door eerst negatieve berichten over hen te publiceren en vervolgens aan te bieden om in ruil voor een geldbedrag de berichten te verwijderen of publicatie ervan te voorkomen. De zoekmachine Google vermeldde de artikelen in de resultatenlijst als werd gezocht op de voor- en

achternaam van de verzoekers en/of bepaalde bedrijfsnamen. In een procedure hebben TU en RE Google verzocht om de links naar de artikelen uit de lijst met zoekresultaten te verwijderen omdat ze onjuist en lasterlijk waren. Google wilde hier niet aan voldoen. In verband met de procedure hierover zijn verschillende prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegd.

De eerste vraag houdt verband met het evenwicht dat moet worden gevonden tussen art. 7 en 8 Hv enerzijds en art. 11 en 16 Hv anderzijds en zoals dat is neergelegd in art. 17 lid 3 (a) AVG. De vraag is daarbij of als voorwaarde voor het verwijderen van resultaten mag worden gesteld dat er tenminste voorlopig duidelijkheid is verkregen over de juistheid van de gelinkte inhoud in het kader van een rechterlijke procedure tegen de aanbieder van deze inhoud. Het HvJ wijst er daarbij allereerst op dat de verwerking via een zoekmachine verschilt met de verwerking van persoonsgegevens door webredacteurs. De zoekmachine maakt de gegevens toegankelijk voor iedere internetgebruiker en maakt het door de gestructureerde resultatenlijst bovendien mogelijk om een gedetailleerd profiel van de betrokkene op te stellen. Juist omdat daarmee een aanzienlijke inbreuk kan worden gemaakt op de grondrechten van de betrokkenen moet de exploitant van de zoekmachine verzekeren dat zijn activiteiten volledig voldoen aan richtlijn 95/46 en de AVG. Van belang is daarbij ook dat art. 17 AVG een recht op vergetelheid bevat, zij het dat in lid 3 van deze bepaling daarop een uitzondering is geformuleerd om recht te kunnen doen aan de vrijheid van informatie zoals beschermd door art. 11 Hv. In het licht van art. 52 lid 1 Hv is daarbij een vereiste dat een afweging wordt gemaakt tussen de betrokken rechten. Die rechten moeten daarbij blijkens art. 52 lid 3 Hv worden uitgelegd in het licht van de EHRM-rechtspraak over de met deze bepalingen corresponderende artikelen 8 en 10 EVRM. Uit die rechtspraak vloeit een aantal relevante criteria voort die, voor zover relevant voor de AVG-afweging, te maken hebben met de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de informatie en de gevoeligheid ervan voor het privéleven van de betrokkene en het belang dat het publiek heeft om over de informatie te beschikken. Dat belang kan met name variëren naargelang van de rol die de betrokkene heeft in het openbare leven – als die rol groot is, moet de betrokkene een grotere tolerantie tonen. Ook de juistheid van de informatie is een relevant aspect, in die zin dat het recht op informatie in beginsel minder zwaar weegt dan de privacy als een niet onbeduidend deel van de informatie onjuist blijkt te zijn. Van belang daarbij is wel dat blijkens de EHRM-rechtspraak alleen van feitelijke oordelen de juistheid kan worden aangetoond; bij waardeoordelen kan dat niet. Als iemand verzoekt tot verwijdering van links op de Google-resultatenpagina, zal die persoon moeten aantonen dat de informatie (of een niet onbeduidend deel ervan) kennelijk onjuist is, althans voor zover dat redelijkerwijs kan worden verlangd. Het zou daarbij te ver gaan om te verlangen dat de betrokkene al in de precontentieuze fase een rechterlijke beslissing (al dan niet in kort geding) vraagt van een procedure tegen de redacteur van de betrokken website.

Andersom kan van de exploitant van de zoekmachine redelijkerwijs niet worden verlangd dat deze actief op zoek gaat naar feiten die niet worden gestaafd door de inhoud van een verwijderingsverzoek. Als de betrokkene geen duidelijk bewijsmateriaal heeft overgelegd waaruit de onjuistheid van de informatie blijkt, hoeft de exploitant een verzoek tot verwijdering van de links niet in te willigen.

De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op het in de vorm van miniatures ('thumbnails') weergeven van foto's met daarop de afbeelding van een natuurlijke persoon op de resultatenlijst van 'Google afbeeldingen'. De vraag is of bij het verwijderen van dit soort thumbnails op doorslaggevende wijze rekening moet worden gehouden met de oorspronkelijke context waarin de foto's op internet werden gepubliceerd. Hiervoor gelden volgens het HvJ dezelfde uitgangspunten als voor zoekopdrachten naar websites en de daarin vervatte informatie. Daarbij is ook van belang dat het weergeven in miniatures van foto's van mensen een verwerking van persoonsgegevens vormt. Die weergave kan een bijzonder grote inmenging vormen in de rechten op de bescherming van het privéleven en de persoonsgegevens van deze personen in de zin van art. 7 en 8 Hv, zeker in het licht van het recht op bescherming van de beeltenis van een persoon. Als een verwijderingsverzoek wordt ingediend bij de exploitant van een zoekmachine dat betrekking heeft op de weergave van een afbeelding van de betrokkene, moet de exploitant dus nagaan of de weergave noodzakelijk is voor de uitoefening van de door art. 11 Hv beschermde vrijheid van informatie. Of daarbij rekening moet worden gehouden met de oorspronkelijke context van publicatie van de foto's, is ook afhankelijk van het voorwerp en de aard van de verwerking. Daarbij moet rekening worden gehouden met de grote impact van afbeeldingen op internetgebruikers en met het feit dat bij een zoekopdracht alle te vinden informatie over de betrokkene wordt samengevoegd. Verder geldt dat foto's buiten de context van het oorspronkelijke artikel maar een beperkte informatieve waarde hebben. Bij de afweging tussen art. 7 en 8 Hv enerzijds en art. 11 van het Handvest anderzijds in het kader van het verzoek tot schrappen van de thumbnails uit de resultaten van een zoekopdracht naar afbeeldingen op naam van die persoon, moet de exploitant van een zoekmachine daarom rekening houden met de informatieve waarde van deze foto's. Die informatieve waarde kan los van de context van de originele publicatie op een website worden beoordeeld. Wel moet daarbij alle tekst in aanmerking worden genomen die direct bij de weergave van deze foto's in de zoekresultaten is geplaatst en die meer duidelijkheid kan geven over de informatieve waarde daarvan.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:962

Zaaknummer: C-460/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 10, Hv art. 7, Hv art. 8, Hv art. 11, Hv art. 16, Hv art. 52 lid 1, Hv art. 52 lid 3, Rl 95/46/EG art. 12, Rl 95/46/EG art. 14 en Vo 2016/679 art. 17 lid 3 (a)

RECHTSPRAAK

**HYA e.a. (Impossibilité d'interroger les témoins à charge),
HvJ EU 8 december 2022, zaak C-348/21**

Verschillende mensen worden vervolgd op verdenking van illegale immigratie. In het vooronderzoek zijn diverse vreemdelingen gehoord die geholpen zouden zijn door de beklaagden, maar zij zijn in de procedure voor de rechter niet meer beschikbaar voor getuigenverhoor omdat ze zijn uitgezet of vertrokken. Het HvJ EU zet – in nauwkeurige navolging van de criteria die het EHRM in Schatschaschwili heeft geformuleerd – in zijn uitspraak een aantal vereisten uiteen om een uitzondering te kunnen maken op het in art. 47 en 48 Hv neergelegde recht om getuigen in persoon tijdens een strafzaak te kunnen horen.

De beklaagden worden in Bulgarije strafrechtelijk vervolgd wegens strafbare feiten in verband met illegale immigratie. Zij zijn in voorlopige hechtenis genomen en hebben rechtsbijstand gekregen. In het kader van het opsporingsonderzoek zijn verschillende mensen die door klagers zouden zijn geholpen verhoord, een deel van hen ten overstaan van een rechter. Tegen hen is een bestuursrechtelijke procedure ingesteld met het oog op hun verwijdering. Twee verdachten hebben uitdrukkelijk verzocht de immigrant MM te mogen ondervragen, maar dat verzoek is niet ingewilligd. Pogingen van de rechter om tijdens de procedure de betrokken getuigen op te roepen zijn vruchteloos gebleken, omdat zij ofwel geen vaste verblijfplaats hebben, ofwel al zijn verwijderd of zijn vertrokken uit Bulgarije.

Aan het HvJ is een prejudiciële vraag voorgelegd in verband met de rechten van de verdediging vanwege het niet kunnen horen van de getuigen bij de rechter. Richtlijn (EU) 2016/343 bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat verdachten en beklaagden aanwezig moeten kunnen zijn bij een zitting in een proces tegen hen. De vraag is nu of deze bepaling ook een recht omvat van de beklaagde om getuigen te (laten) ondervragen. De bepaling moet in verband hiermee worden gelezen in het licht van art. 6 EVRM en art. 47 en 48 Hv. Het EHRM heeft het belang van persoonlijke aanwezigheid ter zitting van de beklaagde vaak benadrukt. Daarbij vormt het recht van de beklaagde om getuigen à charge te (laten)

ondervragen een specifiek aspect van het door art. 6 lid 1 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Het HvJ heeft ook zelf geoordeeld dat de beklaagde moet kunnen worden geconfronteerd met de getuigen en dat dit een van de belangrijkste elementen van een eerlijk strafproces is. De nationale rechter moet het nationale strafprocesrecht in gevallen als de onderhavige dus zoveel mogelijk uitleggen in het licht van deze uitgangspunten. Wel laat art. 52 lid 1 Hv enige beperkingen toe. Die moeten dan wel bij nationale wet zijn voorzien, in die zin dat de wet uitdrukkelijk de mogelijkheid moet bieden om met afwezige getuigen rekening te houden. De wezenlijke inhoud van het recht kan alleen worden geëerbiedigd voor zover verklaringen van afwezige getuigen alleen in beperkte omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen, om gegronde redenen en met eerbiediging van het eerlijke verloop van de strafprocedure als geheel. De beoordeling moet in overeenstemming zijn met de relevante EHRM-rechtspraak, in het bijzonder de *Schatschaswili*-criteria. In het bijzonder moet een evenredigheidsbeoordeling worden uitgevoerd, waarbij het aan de verwijzende rechter is om vast te stellen of er een gewichtige reden is om de niet-verschijning van de getuige te rechtvaardigen, zoals overlijden, angst om te getuigen of onvindbaarheid. De rechter moet alle redelijke inspanningen verwachten om de verschijning van de getuige te verzekeren. Ook moet de rechter onderzoeken of de verklaring van de afwezige getuige de enige of beslissende grondslag zou kunnen vormen voor een eventuele veroordeling van de beklaagde. Hoe belangrijker de bewijskracht van andere elementen is, hoe minder de verklaring van de afwezige getuige als doorslaggevend kan worden beschouwd. Als de getuigenverklaringen doorslaggevend zijn, moet de nationale rechter onderzoeken of er voldoende alternatieven, met inbegrip van solide procedurele waarborgen, voorhanden zijn om de problemen te ondervangen die de beklaagde ondervindt als gevolg van het niet kunnen ondervragen van de getuigen. In het bijzonder moeten die alternatieven een juiste en eerlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring mogelijk maken. Ook kan een procedurele waarborg zijn gelegen in het bieden van de mogelijkheid aan de beklaagde om een getuige tijdens het opsporingsonderzoek te ondervragen. Het is aan de nationale rechter om met inachtneming van deze uitgangspunten te beoordelen of en in hoeverre de getuigenverklaringen een bewijsmiddel mogen vormen in de procedure tegen de beklaagden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:965

Zaaknummer: C-348/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 3, Hv art. 47, Hv art. 48 lid 2, Hv art. 52 lid 1 en Rl 2016/343, art. 8 lid 1

RECHTSPRAAK

**K.K. e.a. t. Denemarken, EHRM 6 december 2022, nr.
25212/21**

Twee Deense wensouders hebben via een draagmoederschapscontract in Oekraïne een tweeling gekregen. De banden met de wensvader (ook de biologische vader) zijn in Denemarken juridisch erkend, maar de wensmoeder komt niet voor stiefouderadoptie in aanmerking vanwege bezwaren tegen commercieel draagmoederschap. Het Hof erkent dat de Deense wetgeving leidt tot een enigszins vergelijkbare juridische situatie, maar benadrukt dat het ontbreken van juridische erkenning van de banden met de wensmoeder tot een situatie van identitaire onzekerheid voor de kinderen leidt en niet in hun belang is. Met 4 stemmen tegen 3 oordeelt het Hof dat art. 8 EVRM is geschonden.

Eerste klagster heeft in 2013 via een draagmoeder in Oekraïne een tweeling gekregen (tweede en derde klagers). Haar echtgenoot was de biologische vader van de kinderen. De Oekraïense autoriteiten hebben een geboortecertificaat uitgevaardigd waarop vermeld staat dat eerste klagster de moeder is van de tweeling en haar echtgenoot de vader. Dit certificaat was echter in Denemarken, het thuisland van de tweeling en de wensouders, niet rechtsgeldig. De kinderen verkregen wel de Deense nationaliteit vanwege hun afstamming van de echtgenoot en eerste klagster en haar echtgenoot verkregen gezamenlijke ouderlijke macht. Een verzoek om adoptie van de kinderen als stiefouder werd afgewezen, omdat de kinderen daarvoor nog te kort met de moeder hadden samengewoond. Daarnaast werd – in hogere instanties – de constructie via betaald draagmoederschap in strijd bevonden met de adoptiewetgeving.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de afwijzing van de adoptie in strijd is met art. 8 EVRM. Het EHRM zet eerst de algemene uitgangspunten uit zijn eerdere rechtspraak uiteen en benadrukt dat staten een ruime *margin of appreciation* toekomt in zaken als deze. Vervolgens stelt het vast dat klagers door de onmogelijkheid van adoptie niet gehinderd zijn in het feitelijk uitoefenen van gezinsleven. Voor zover het het recht op respect op het gezinsleven

betreft geldt dan ook dat dat niet is geschonden.

Onder verwijzing naar de eerdere rechtspraak en zijn onder Protocol 16 gegeven advies over draagmoederschap overweegt het Hof dat eerste klagsters recht op het hebben van een band met haar kinderen en het kunnen voortzetten daarvan niet zijn geraakt door de onmogelijkheid van stiefouderadoptie. Het Hof ziet op dit punt geen reden om tot een andere conclusie te komen dan de nationale rechters en oordeelt dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Ten aanzien van het recht op respect voor het privéleven van de kinderen wijst het Hof erop dat de nationale rechter al heeft geoordeeld dat een absoluut verbod op stiefouderadoptie bij geboorte via een commercieel draagmoedercontract niet aanvaardbaar is, omdat het niet altijd in overeenstemming is met het belang van het kind. Volgens de Deense Hoge Raad zou in alle gevallen een individuele afweging nodig zijn. Die afweging heeft de Hoge Raad in het geval van klagers uitgevoerd, waarbij de belangen van de kinderen bij adoptie door de wensmoeder zijn afgewogen tegen het beeld dat kinderen een goed zijn en de wens om exploitatie van kwetsbare vrouwen te voorkomen. Daarbij is ook aandacht besteed aan het feit dat de kinderen in Denemarken konden wonen en de Deense nationaliteit hadden, dat er gezamenlijk ouderlijk gezag was en dat er goede voorzieningen waren bij scheiding of overlijden. Het Hof wijst erop dat het in zijn eerdere ‘advisory opinion’ onder Protocol 16 al heeft geoordeeld dat het recht op respect voor het privéleven op verschillende manieren kan worden beschermd en dat het niet een specifieke vorm van juridische erkenning vergt. Uit een analyse van de latere uitspraken over dit onderwerp blijkt volgens het Hof een holistische benadering. Het Hof houdt daarbij niet alleen rekening met de omstandigheden rondom de geboorte van het kind, maar ook met de mogelijkheden van latere juridische erkenning. Het gaat er dus primair om in concreto vast te stellen hoe de EVRM-rechten zijn beschermd, niet om een abstract oordeel te geven over de wetgeving. Kijkend naar het onderhavige geval wijst het Hof er nogmaals op dat er de nodige juridische voorzieningen waren voor het reguleren van de banden tussen de wensmoeder en het kind. *De facto* was niettemin sprake van een ontkenning van de band tussen wensmoeder en kind, en dat heeft inherent een negatieve impact op het privéleven van de kinderen. Het maakt namelijk dat zij terecht komen in een situatie van onzekerheid rondom hun identiteit in de samenleving. Ook de erfrechtelijke voorzieningen zijn in de situatie van de klagers niet helemaal gelijkwaardig aan die bij een erkenning van de juridische banden. Gelet op de duur van het samenleven met de wensmoeder was het volgens het Hof verder in het belang van de kinderen dat ze met haar dezelfde band zouden kunnen hebben als met hun vader. Van tegenstrijdige belangen tussen wensmoeder en biologische vader was in dit geval ook geen sprake. Gelet op die omstandigheden wegen de bezwaren en oplossingen vanuit de Deense wetgever volgens het Hof niet op tegen het belang van erkenning van de formele band tussen de wensmoeder en de

kinderen. Van een evenwichtige afweging was dan ook geen sprake, zodat art. 8 EVRM is geschonden (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221

Zaaknummer: 25212/21

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Kalda t. Estland (nr. 2), EHRM 6 december 2022, nr. 14581/20, [EVRM art. 3 EP]

In Estland wordt aan levenslang gestraften automatisch het kiesrecht voor de Europees-Parlementsverkiezingen ontnomen. Een levenslang gestrafte die als zeer gevaarlijk wordt beschouwd is daartegen opgekomen. De hoogste rechter heeft zich kritisch uitgesproken over het algemene verbod, maar heeft het verzoek van de gevangene afgewezen omdat de kiesrechtontneming in dit geval redelijk was gelet op de omstandigheden. Het EHRM oordeelt dat daarmee voldoende tegemoet wordt gekomen aan de verplichting om rekening te houden met individuele omstandigheden, zodat het door art. 3 EP EVRM beschermde kiesrecht niet is geschonden.

Klager zit sinds 1996 in levenslange gevangenschap na veroordeling wegens onder meer twee moorden, ontsnappingspogingen vanuit de gevangenis en aanzetten tot moord op een medegevangene. Hij wordt als zeer gevaarlijk beschouwd en een verzoek tot vervroegde vrijlating is in 2020 daarom afgewezen. Naar Estse wetgeving is het voor een levenslange gevangene verboden om een stem uit te brengen voor het Europees Parlement (EP). Een verzoek om toch aan de verkiezingen deel te nemen is afgewezen, ook omdat het verbod in dit geval redelijk werd gevonden gelet op klagers strafblad.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het verbod een schending oplevert van zijn kiesrecht zoals beschermd door art. 3 EP EVRM. Het Hof benadrukt het grote belang van het kiesrecht, maar vermeldt ook dat het niet gaat om een absoluut recht. De *margin of appreciation* voor de staten om de uitoefening ervan te reguleren is ruim. Op het eerste gezicht gaat het in dit geval wel om een absoluut wettelijk verbod op het uitoefenen van het kiesrecht voor levenslang gestraften, wat niet verenigbaar is met de uitgangspunten zoals het Hof die in zijn rechtspraak heeft geformuleerd. In dit geval moet het Hof echter ook kijken naar toepassing in het geval van klager. Die is gebaseerd op een grondige beoordeling van de omstandigheden om de

redelijkheid van het daadwerkelijk toepassen van het verbod te kunnen vaststellen. Daarbij is in het bijzonder rekening gehouden met de aard, de ernst en het aantal gepleegde misdrijven, de voortzetting van het criminele gedrag in de gevangenis, en de levenslange gevangenisstraf. De Estse Hoge Raad heeft bovendien een kritische houding aangenomen ten opzichte van de algemene werking van het verbod. Gelet op die omstandigheden is er geen reden om een schending vast te stellen van art. 3 EP EVRM (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD001485120

Zaaknummer: 14581/20

Wetsartikelen: EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

M.K. e.a. t. Frankrijk, EHRM 8 december 2022, nr. 34349/18

Een aantal asielzoekers kon na aankomst in Frankrijk niet worden opgevangen doordat de opvangcentra overvol waren. Naar Frans recht hebben zij niettemin een recht op opvang. Een nationale rechter – waarvoor de autoriteiten geen verweer voerden – gaf een voorlopige voorziening die de autoriteiten tot huisvesting verplichtte, maar daaraan werd geen gevolg gegeven. In de omstandigheden van het geval is volgens het EHRM sprake van een geschil over een burgerlijk recht in de zin van art. 6 EVRM. Gelet op de volledige passiviteit van de autoriteiten in een zaak die raakt aan menselijke waardigheid is sprake van een schending van deze bepaling.

Klaagster is vanuit Congo met haar drie dochters gevlucht naar Frankrijk, waar zij in 2018 binnenkwam. Na haar aankomst heeft klagerster veertien keer contact gehad met een hulplijn voor het vinden van accommodatie voor haarzelf en haar dochters, maar haar verzoeken werden steeds afgewezen. Nadat ze een kort geding had ingesteld verplichtte de rechter de prefect van het district tot het zo snel mogelijk vinden van plaatsen in een noodopvangcentrum. Toen dat na een week nog niet was gebeurd, heeft klagerster gevraagd om alsnog de uitspraak ten uitvoer te leggen, maar de prefect reageerde daar niet op. Een rechter bepaalde dat de uitspraak niet ten uitvoer was gelegd, maar dat had geen concreet gevolg. Snel daarna heeft het EHRM een interimmaatregel opgelegd om de Franse regering ertoe te verplichten om alsnog noodopvang aan te bieden. Daarop zijn klagerster en haar kinderen in een hotel ondergebracht.

Voor de met deze eerste zaak gevoegde zaken gelden vergelijkbare omstandigheden.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat het niet ten uitvoer leggen van de in voorlopige voorziening opgelegde verplichting om voor accommodatie te zorgen in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt vast dat in Frankrijk een wettelijk recht bestaat op noodopvang voor asielzoekers, waarbij een recht op toegang tot de rechter bestaat als daarin

niet wordt voorzien. Dat betekent dat klagers in deze zaak een ‘recht’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is toegekend. Het gaat daarbij bovendien niet om een kwestie die direct is gerelateerd aan de besluitvorming rondom toegang, verblijf of uitzetting van vreemdelingen, maar om een recht dat eerder vergelijkbaar is met huisvestingsrechten of rechten op sociale voorzieningen. Dat betekent dat het ook gaat om een ‘burgerlijk’ recht. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook van toepassing in deze zaak.

De regering heeft als rechtvaardiging voor het niet ten uitvoer leggen van de uitspraak in voorlopige voorziening dat alle opvangfaciliteiten overbezet waren en er te weinig middelen waren om mensen in hotels onder te brengen. Het Hof merkt echter op dat de regering niets heeft gezegd over eventuele mogelijkheden om mensen in andere departementen op te vangen en ook geen andere specifieke stappen heeft gezet om het opvangprobleem aan te pakken. Daardoor heeft de regering onvoldoende aangetoond dat de tenuitvoerlegging op complexe problemen stuitte. Evenmin is voldoende bewijs aangevoerd waaruit blijkt dat de kosten van huisvesting niet konden worden betaald. De bevoegde autoriteiten hebben zich verder niet gemengd in de voorlopige-voorzieningsprocedure. Daarbij hebben ze geen verweer gevoerd en ook geen antwoorden gegeven op door de rechter voorgelegde vragen. Andersom hebben de klagers juist correct gehandeld door een voorlopige voorziening te vragen. Toen ze die eenmaal hadden gekregen, mochten ze rekenen op de tenuitvoerlegging daarvan, zeker nu de verwerende autoriteiten geen hoger beroep hadden ingesteld. Het Hof betreurt de zeer passieve houding van de autoriteiten, zeker nu het in dit soort situaties gaat om aan de menselijke waardigheid gerelateerde kwesties. Gelet op dit alles is art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

De klacht over art. 3 EVRM is niet-ontvankelijk omdat klagers nog een rechtsmiddel op nationaal niveau ter beschikking stond, namelijk een schadevergoedingsprocedure.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD003434918

Zaaknummer: 34349/18

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Mnatsakanyan t. Armenië, EHRM 6 december 2022, nr. 2463/12

Een Armeense rechter is uit zijn functie ontheven omdat hij een ongemotiveerd vonnis had gewezen. Tegen deze tuchtsanctie was geen beroep bij een rechter mogelijk. Het Hof benadrukt dat dit soort kwesties niet mag worden uitgesloten van de reguliere gerechtelijke procedures. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook geschonden. Volgens de rechter was het ontslag verder discriminatoir omdat andere rechters – die ook niet motiveerden – niet waren ontslagen. In zijn beoordeling benadrukt het Hof dat de ontslagsanctie disproportioneel was, maar dat een ongelijke behandeling niet kan worden aangetoond. De klacht over art. 1 P12 verklaart het Hof daarom kennelijk ongegrond.

Klager was een rechter in Armenië die in 2011 uit zijn functie is ontheven omdat hij geen goede motivering zou hebben gegeven in een aan hem toegewezen zaak. Volgens klager werd in die beslissing niet op een aannemelijke manier aangetoond waarom hij het vereiste niveau van professionaliteit niet zou hebben getoond. Hij stelde daarom beroep in tegen de beslissing, maar zonder succes. In hoogste instantie werd zijn beroep behandeld door de Hoge Raad van Justitie; dit is geen onafhankelijk rechterlijk orgaan.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden doordat hij geen mogelijkheid had om zijn ontslag als rechter effectief aan te vechten. Het Hof onderzoekt allereerst of art. 6 EVRM van toepassing is in het licht van de *Vilho Eskelinen*-criteria. Het legt het Armeense recht zo uit dat de nationale procedure tot ontslag van een rechter geen mogelijkheid biedt om hierover te laten oordelen door een rechter. Daarmee is aan de eerste eis van *Vilho Eskelinen* voldaan. De tweede vraag is dan of de uitsluiting van een bepaalde beslissing van het recht op toegang tot een rechter gerechtvaardigd wordt door objectieve algemene belangen. Daarbij is het noodzakelijk dat de staat kan aantonen dat het gaat om een kwestie die de uitoefening van statelijke bevoegdheden betreft of waarbij de bijzondere band

van vertrouwen en loyaliteit aan de orde is die bestaat tussen een overheidsfunctionaris en de staat. Het Hof heeft eerder al geoordeeld dat die tweede grond geen aanleiding kan vormen om geschillen over de rechtspositie van rechters uit te sluiten van rechterlijke toetsing. Hun rechtspositie wordt immers niet bepaald door hun relatie tot de statelijke macht, maar door de loyaliteit die ze moeten tonen aan beginselen van onafhankelijkheid, rule of law en democratie. Dit betekent dat ook in het onderhavige geval moet worden aangenomen dat art. 6 EVRM van toepassing is.

Gelet op het ontbreken van volwaardige rechterlijke toetsing van de ontslagbeslissing van klager kan het Hof aannemen dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden, tenzij er zeer zwaarwegende redenen zijn die hiervoor een rechtvaardiging kunnen vormen. Dergelijke redenen zijn in deze zaak niet aangevoerd, zodat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden.

Klager heeft in de tweede plaats gesteld dat zijn ontslag een inbreuk vormt op de door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Hoewel dit recht aan de orde kan zijn bij ontslagbeslissingen jegens rechters, is duidelijk dat klager zich nooit publiekelijk heeft uitgesproken of aan publieke debatten heeft deelgenomen in zijn rechterlijke hoedanigheid. Zijn ontslag werd ook niet gemotiveerd door verwijzing naar uitingen die klager zou hebben gedaan. Deze klacht is daarom niet-ontvankelijk *ratione materiae*, nu geen inbreuk is gemaakt op de uitingsvrijheid van klager. De klacht over art. 10 jo. 14 EVRM wijst het Hof daarom ook af, nu geen sprake is van een kwestie die binnen het ruimere toepassingsbereik van art. 14 EVRM valt.

Het Hof gaat ten slotte in op de klacht dat sprake was van discriminatie in de zin van art. 1 P12 in vergelijking met andere rechters, die niet zijn ontslagen terwijl zij eveneens onvoldoende motivering hadden gegeven in hun uitspraken. In verband daarmee gaat het Hof na of de klacht geacht kan worden te vallen binnen een van de categorieën die blijkens het toelichtend rapport bij Protocol 12 door het discriminatieverbod worden gedekt. Nu rechters volgens het nationale recht normaal gesproken voor het leven zijn aangesteld, vormt het ontslag volgens het Hof een inbreuk op het genot van een door nationaal recht toegekend recht – de eerste van de in de toelichting genoemde toepassingscategorieën. In dit verband wijst het Hof erop dat het in zijn rechtspraak stelselmatig heeft gewezen op de noodzaak van bescherming van rechters tegen maatregelen die hun status of carrière kunnen raken en die daarmee hun onafhankelijkheid en autonomie kunnen bedreigen. Het benadrukt dat in zaken over de rechtspositie van rechters strikt onderscheid moet worden gemaakt tussen fouten die te goeder trouw of te kwader trouw zijn gemaakt, waarbij alleen in het laatste geval vergaande consequenties mogen volgen. Daarbij wijst het Hof erop dat in het geval van klager ontslag – de zwaarste sanctie – volgde na het begaan van de relatief lichte fout dat sprake zou zijn van een ongemotiveerd vonnis. Zo'n sanctie is kwestieus vanuit het perspectief van rechterlijke

onafhankelijkheid en autonomie. Tegelijkertijd merkt het Hof op dat klager stelt dat hij slachtoffer is geworden van een verschil in behandeling jegens andere rechters die evenmin gemotiveerde vonnissen hadden gegeven. In de gegeven voorbeelden ziet het Hof echter geen vergelijkbare situaties. Er is dan ook geen grond om aan te nemen dat de disciplinaire straf een ongelijke behandeling opleverde, zodat ook deze klacht niet-ontvankelijk is, wegens kennelijke ongegrondheid.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000246312

Zaaknummer: 2463/12

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, EVRM art. 10, EVRM art. 14 en EVRM art. 1 P 12

RECHTSPRAAK

Nikëhasani t. Albanië, EHRM 13 december 2022, nr. 58997/18

Op grond van de ‘Doorlichtingswet’ in Albanië zijn twee openbaar aanklagers ontslagen omdat zij de rechtmatige verkrijging van bepaalde bezittingen niet konden aantonen. Ook is hen een beroepsverbod opgelegd. In lijn met zijn eerdere uitspraak in Xhoxhaj oordeelt het EHRM dat de Albanese doorlichtingsprocedure voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM. De opgelegde sancties acht het t.a.v. de eerste openbaar aanklaagster proportioneel. In de andere zaak (waarin het EHRM op dezelfde dag uitspraak deed; zie Sevdari t. Albanië, nr. 40662/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD004066219) concludeert het Hof dat het proportionaliteitsvereiste wel is geschonden, in strijd met art. 8 EVRM.

Klaagster is sinds 1993 openbaar aanklager in Albanië. In 2018 werd ze aan een standaard-onderzoek (‘vetting’) onderworpen, waaruit bleek dat er ernstige onregelmatigheden waren in haar financiële situatie en dat van nog geen 50% van haar goederen kon worden aangetoond dat ze rechtmatig waren verworven. Klaagster werd om die reden ontslagen en haar werd een verbod opgelegd om ooit nog togafuncties uit te oefenen.

Voor het EHRM heeft klaagster allereerst gesteld dat in de onderzoeks- en ontslagprocedure art. 6 EVRM is aangetast. In lijn met zijn eerdere uitspraak in *Xhoxhaj* oordeelt het Hof dat het hier niet gaat om een strafrechtelijke procedure. Wel moet worden onderzocht of art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is omdat het zou gaan om een geschil over ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’. Ook hierover heeft het Hof zich in *Xhoxhaj* al uitgesproken, waarbij het heeft geoordeeld dat de bevoegde autoriteit, de IQC, aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM voldoet. Weliswaar is de onderhavige zaak iets anders doordat de IQC hierin maar een beperkte rol speelde, maar het Hof ziet daarin geen reden om tot een andere conclusie te komen dan in *Xhoxhaj*. Dit betekent dat de klachten over art. 6 lid 1 EVRM kennelijk ongegrond zijn en

daarmee niet-ontvankelijk.

Verder heeft klagster gesteld dat het ontslag en het beroepsverbod in strijd zijn met art. 8 EVRM omdat ze haar reputatie ernstig hebben beschadigd. Ook op dit punt roept het Hof zijn beoordeling in *Xhoxhaj* in herinnering. Daarin heeft het al geoordeeld dat de relevante wetgeving over de periodieke onderzoeken en de gevolgen van geconstateerde onregelmatigheden voldoende duidelijk is en een legitiem doel nastreeft. In het onderhavige geval is de ontslagbeslissing gebaseerd op een zorgvuldige beoordeling van al het bewijsmateriaal en de door klagster gegeven toelichtingen. Daarbij is niet de overtuiging ontstaan dat de verkregen middelen en goederen rechtmatig zijn verkregen. Het Hof acht deze bevindingen en de daarop gebaseerde ontslagbeslissing niet willekeurig of kennelijk onredelijk. Ook was de beslissing tot ontslag in het licht van de vastgestelde onregelmatigheden niet disproportioneel. De wetgeving voorzag niet in een ruime keuze aan sancties en maatregelen, maar het Hof heeft eerder, in *Xhoxhaj*, al geoordeeld dat dit gelet op de specifieke context van de periodieke onderzoeken en het doel ervan te rechtvaardigen is. Het Hof is zich ervan bewust dat de consequenties van de bevindingen in dit geval heel vergaand waren door het ook nog opgelegde beroepsverbod, maar ook daarvoor heeft het Hof in *Xhoxhaj* al vastgesteld dat er in de Albanese situatie voldoende zwaarwegende redenen zijn om een dergelijke maatregel te rechtvaardigen. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden (8 stemmen tegen 1).

NB: op dezelfde dag heeft het EHRM ook uitspraak gedaan in *Sevdari t. Albanië* (EHRM 13 december 2022, nr. 40662/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD004066219). Daarin was sprake van een vergelijkbare situatie, in die zin dat een openbaar aanklager in 2019 was ontslagen nadat in een standaardonderzoek ('vetting') was gebleken dat ze niet kon aantonen dat haar echtgenoot belasting had betaald over inkomsten verworven in Griekenland en Saoedi-Arabië, terwijl die inkomsten waren gebruikt om onroerende zaken in Tirana te kopen. Ook haar was een verbod opgelegd om ooit nog togafuncties uit te oefenen. In die zaak kwam het EHRM tot het oordeel dat de sanctie van ontslag niet proportioneel was nu er geen bewijs was van kwade trouw of bewuste rechtsschendingen door de openbaar aanklager. Er had daar meer zorgvuldigheid moeten worden betracht. Haar zaak zou volgens het EHRM (oordelend onder art. 46 EVRM) dan ook moeten worden heropend om alsnog rechtsherstel te kunnen bieden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD005899718

Zaaknummer: 58997/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Orde van Vlaamse Balies e.a., HvJ EU 8 december 2022, zaak C-694/20

Op grond van richtlijn 2011/16/EU hebben advocaten die als intermediair optreden in grensoverschrijdende constructies een meldingsplicht voor deze constructies. Zij kunnen daarvan worden ontheven, maar volgens art. 8 bis ter lid 5 van richtlijn 2011/16 moeten advocaten-intermediairs daarvan wel kennisgeven aan andere intermediairs die niet hun cliënt zijn. De Grote Kamer van het HvJ oordeelt dat deze kennisgevingsverplichting inbreuk maakt op de privacy en dat deze niet strikt noodzakelijk is om het gestelde (legitieme) doel van bestrijding van agressieve fiscale planning te verwezenlijken. De kennisgevingsverplichting is dan ook in strijd met art. 7 Hv.

Op grond van art. 8 bis ter lid 6 van richtlijn 2011/16 is er een aantal meldingsplichten voor advocaten als zij kennis, bezit of controle hebben van grensoverschrijdende constructies. Volgens de richtlijn kunnen advocaten ‘intermediairs’ zijn in die zin dat zij zelf activiteiten kunnen verrichten die bestaan in het bedenken, aanbieden, opzetten, beschikbaar maken voor implementatie of beheren van de implementatie van meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies. Ook kan het zijn dat zij hulp, bijstand of advies geven voor dit soort activiteiten. Als advocaten op deze manier optreden als intermediair, zijn zij meldingsplichtig, maar ontheffing hiervan is in bepaalde omstandigheden mogelijk. Volgens art. 8 bis ter lid 5 van de richtlijn moet een advocaat die optreedt als intermediair en die gebonden is aan het beroepsgeheim dan wel schriftelijk en gemotiveerd melden aan andere relevante intermediairs dat hij niet aan zijn meldingsplicht kan voldoen. Het Grondwettelijk Hof van België heeft een prejudiciële vraag voorgelegd in verband met deze verplichting tot kennisgeving als het gaat om andere intermediairs die niet de cliënt van de advocaat zijn.

Het HvJ benadrukt allereerst dat de mogelijkheid tot ontheffing van de meldingsplicht alleen

geldt voor advocaten-intermediairs die binnen de grenzen van de nationale wetgeving opereren. Voor hen moet blijken de vraag worden onderzocht of de kennisgevingsvereisten voldoen aan de art. 7 en 47 Hv. Het gaat bij deze bepalingen om artikelen die corresponderen met art. 8 en 6 lid 1 EVRM. Blijkens art. 52 lid 3 Hv moet het HvJ bij de uitleg van de Hv-bepalingen dan ook rekening houden met de relevante rechtspraak van het EHRM. Het EHRM heeft geoordeeld dat art. 8 lid 1 EVRM de vertrouwelijkheid van briefwisselingen tussen particulieren beschermt en een versterkte bescherming toekent aan uitwisselingen van informatie tussen advocaten en hun cliënten. Ook art. 7 Hv beschermt noodzakelijkerwijs het geheimhouden van juridisch advies, zowel wat betreft de inhoud ervan als wat betreft het enkele bestaan van dat juridisch advies. Behalve in uitzonderlijke situaties moeten mensen een gewettigd vertrouwen kunnen hebben in het feit dat hun advocaat aan niemand zal zeggen dat zij hen raadplegen. De bijzondere bescherming van het beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd door de bijzondere en fundamentele taak die advocaten in een democratische samenleving toekomt. De verplichting tot kennisgeving van ontheffing van de meldingsplicht heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat andere intermediairs op de hoogte raken van de identiteit van de kennisgevende advocaat-intermediair en van zijn activiteiten. Ook raakt via deze kennisgevingsplicht de belastingdienst op de hoogte van de identiteit en raadpleging van de advocaat-intermediair. Dit betekent dat de kennisgevingsplicht inbreuk maakt op art. 7 Hv. In het licht van art. 52 lid 1 Hv is hiervoor wel een rechtvaardiging mogelijk, mits die aan de daar gestelde eisen voldoet. De bepaling zoals die in de richtlijn is opgenomen is in ieder geval voldoende duidelijk geformuleerd om aan het legaliteitsvereiste te voldoen. Voor de kernrechtbescherming geldt dat de richtlijnbeepaling het beroepsgeheim maar in beperkte mate opheft en de kern van het recht op eerbiediging van de communicatie tussen advocaten en cliënten niet aantast. Het doel van de richtlijnbeepaling is het vermijden van het risico van belastingontwijking en -ontduiking in het kader van de internationale fiscale samenwerking ter bestrijding van agressieve fiscale planning. Dit zijn door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang. Mogelijk is de kennisgevingsplicht geschikt om dit doel te bereiken, maar deze plicht is voor het bereiken ervan niet strikt noodzakelijk. Alle intermediairs kunnen geacht worden op de hoogte te zijn van de meldingsverplichtingen en het systeem is zo ingericht dat zij dit doen zonder dat er al te grote risico's zijn voor de intermediair. De verplichting in art. 8 bis ter lid 5 van de richtlijn is dan ook in strijd met art. 7 Hv. De kennisgevingsverplichting levert daarentegen geen inmenging op in het recht op een eerlijk proces van art. 47 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:963

Zaaknummer: C-694/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8, Hv art. 7, Hv art. 47, Hv art. 52 lid 1, Hv art. 52 lid 3 en Rl 2011/16/EU art. 8 bis ter lid 5

RECHTSPRAAK

Pannon Plakát Kft e.a. t. Hongarije, EHRM 6 december 2022, nr. 39859/14

In Hongarije is een verbod ingevoerd op reclame-installaties langs wegen, waarbij bestaande borden moesten worden ontmanteld en geen nieuwe mochten worden geplaatst. Verschillende ondernemingen die gespecialiseerd zijn in dit soort reclame-installaties hebben hierdoor grote inkomstenverliezen geleden. Het EHRM oordeelt dat in dit geval sprake is van een beperking van het gebruik van eigendom. Daarbij was de overgangstermijn bijzonder kort, terwijl de belangen voor de ondernemingen groot waren. Nu er geen compensatieregeling was en er geen goede redenen waren voor de zeer korte overgangstermijn, is art. 1 EP EVRM geschonden.

Klagers zijn zeven ondernemingen die actief zijn op het gebied van het plaatsen van reclameborden langs wegen. Op zeker moment werd in Hongarije nieuwe wetgeving ingevoerd waardoor het plaatsen van nieuwe reclamezuilen langs wegen werd verboden en restricties werden opgelegd aan bestaande zuilen buiten bebouwd gebied. Dit leidde tot een verlies van inkomsten voor de ondernemingen dat opliep tot 80%; twee van de ondernemingen gingen hierdoor failliet. Deze twee ondernemingen hebben geprobeerd om de bij het Hof aanhangige klachten via een contract door te geven aan een andere onderneming respectievelijk een individuele aandeelhouder.

Het EHRM gaat allereerst in op de vraag of het doorgeven van het klachtrecht aan anderen in het licht van art. 34 EVRM aanvaardbaar is. Het benadrukt dat het klachtrecht geen individueel eigendomsrecht is en dat het ook niet overdraagbaar is. Ook al zouden de contracten naar nationaal recht aanvaardbaar zijn, het zou niet passen bij de aard van het EVRM als grondrechtenbeschermingsinstrument als de status van klager naar eigen wens zou kunnen worden doorgegeven. De klachten van deze twee klagers zijn dan ook niet-ontvankelijk *ratione personae*.

Voor de resterende ondernemingen onderzoekt het Hof of het inkomstenverlies door het verbod op de reclamezuilen een inbreuk vormde op art. 1 EP EVRM. Het Hof roept in herinnering dat het voor de beoordeling van dit soort zaken een aantal uitgangspunten heeft geformuleerd in *Könyv-Tár Kft e.a. t. Hongarije*. In het onderhavige geval bestond het businessmodel van klagers uit het plaatsen van reclame langs snelwegen. Daarvoor gebruikten zij speciaal daarvoor ontworpen dragers die geen andere functie konden hebben. Het verbod betekende niet alleen dat ze die niet langer konden gebruiken, maar dat ze ook kosten moesten maken om ze weg te halen. Ook leidde het verbod tot een significante daling van de marktwaarde van de ondernemingen. Van een formele onteigening was daardoor weliswaar geen sprake, maar het gaat volgens het Hof niettemin om een duidelijke eigendomsbeperking die onder de tweede zin van art. 1 EP valt.

Als rechtvaardiging hiervoor heeft de regering gewezen op het vergroten van de verkeersveiligheid door het weghalen van advertentieboarden, waardoor de aandacht van automobilisten minder van het verkeer wordt afgeleid. Het Hof overweegt dat de gebruiksbeperkingen daardoor niet zonder enige redelijke grond waren. Ook wijst het erop dat staten in dit verband een ruime *margin of appreciation* toekomt. Wel is het ervan overtuigd dat de beperkingen tot ernstige gevolgen hebben geleid voor de ondernemingen. Dit kwam ook door het ontbreken van een redelijke overgangperiode na inwerkingtreding van de nieuwe wet, waardoor de ondernemingen heel snel moesten handelen om sancties te voorkomen. Nu het ging om een aanpassing van wetgeving die al een tijdlang – zeker tien jaar – stabiel was, kwam dit voor de ondernemingen onverwacht en was zo’n korte overgangperiode onvoldoende. De maatregelen waren dan ook onvoldoende voorzienbaar. Daarnaast moet in een geval als dit de last voor de ondernemingen worden afgewogen tegen het algemene belang van bevordering van de verkeersveiligheid. In dit verband is volgens het Hof van belang dat de heel korte overgangperiode niet gepaard ging met andere maatregelen om de last voor de ondernemingen iets te verzachten, zoals een compensatieregeling. De regering heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat de zeer korte overgangperiode noodzakelijk was om de doelen te bereiken. Gelet hierop oordeelt het Hof dat art. 1 EP EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD003985914

Zaaknummer: 39859/14

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP en EVRM art. 34

RECHTSPRAAK

Pejr|ilova| t. Tsjechië, EHRM 8 december 2022, nr. 14889/19

Het echtpaar Pejr|ilova| kon niet via natuurlijke weg een kind krijgen. Zij vroegen daarom IVF aan, waarbij sperma van de echtgenoot werd ingevroren voor latere bevruchting. Beide partners ondertekenden een toestemmingsverklaring hiervoor. Zes maanden later overleed de echtgenoot, nog voor de IVF-behandeling kon worden uitgevoerd. Die behandeling kon niet worden voortgezet vanwege het overlijden van de partner. Gelet op hun ruime beoordelingsmarge acht het Hof het aanvaardbaar dat staten in het algemeen belang duidelijke regels stellen over reproductieve technieken. Staten hebben geen verplichting om post mortem kunstmatige bevruchting toe te staan. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Omdat het klagster en haar echtgenoot niet lukte om via natuurlijke weg een kind te krijgen, hebben zij hun toevlucht gezocht tot reproductieve technieken. In verband daarmee ondertekenden zij in december 2014 informed-consentverklaringen voor IVF met gebruikmaking van eerder ingevroren sperma van de echtgenoot. De echtgenoot doneerde sperma dat werd ingevroren, omdat bij hem kanker was vastgesteld en hij daarvoor een behandeling moest ondergaan. Daarom kon de IVF-behandeling niet meteen plaatsvinden. Spoedig daarna ging de gezondheid van de echtgenoot snel achteruit. Hij overleed in juni 2015, zonder dat er al eerste stappen waren gezet in de IVF-behandeling. In september 2015 verzocht klagster alsnog de IVF-behandeling met het sperma van haar overleden echtgenoot uit te voeren. De vruchtbaarheidskliniek weigerde vanwege het overlijden echter om die behandeling uit te voeren. In daartegen gevoerde procedures werd de kliniek tot in hoogste instantie in het gelijk gesteld.

Klagster heeft bij het EHRM gesteld dat de staat de keuze van haar en haar overleden echtgenoot had moeten respecteren en haar in de gelegenheid had moeten stellen om de IVF-behandeling doorgang te laten vinden. Daarbij heeft ze een beroep gedaan op art. 8 EVRM.

Het Hof herinnert eraan dat art. 8 EVRM inderdaad van toepassing is op het recht om een kind te verwekken en daarbij gebruik te maken van reproductieve technieken. Een bijzonderheid bij IVF in vergelijking tot natuurlijke conceptie is dat er een zeker tijdverloop kan zijn tussen het creëren van een bevrucht embryo en het terugplaatsen daarvan. Bij de beoordeling van de keuzes die staten maken bij het reguleren daarvan moet het Hof terughoudend zijn, gelet op de ruime *margin of appreciation* die de staten bij dit soort ethisch gevoelige vraagstukken hebben. De juridische ontwikkelingen op dit terrein gaan wel snel, maar laten nog steeds een ontbrekende consensus zien. Daarnaast spelen in een geval als dit niet alleen individuele belangen, maar ook algemene belangen. Ook dat maakt dat de *margin of appreciation* ruim is.

Het Hof merkt verder op dat de onderhavige kwestie zowel als een vraagstuk van positieve verplichtingen als een van negatieve verplichtingen kan worden gezien. Het Hof gaat er niettemin vanuit dat het primair gaat om een inbreuk op klagers recht om toegang te hebben tot de naar nationaal recht voorziene IVF-technieken.

Ten aanzien van de rechtvaardiging wijst het Hof erop dat het in het onderhavige geval, anders dan in de eerdere zaak *Evans*, ging om een situatie waarin er nog geen embryo was gevormd. Daardoor roept de materie een ethische vraag op over de algemene belangen die samenhangen met de situatie van kinderen die nog geboren moeten worden. Uit de wetgeving blijkt volgens het Hof de Tsjechische wens om menselijke waardigheid en vrije wil te respecteren, ook in die zin dat ieder persoon die zijn sperma beschikbaar stelt voor IVF op voorhand weet dat geen gebruik zal worden gemaakt van zijn genetisch materiaal zonder zijn voortdurende toestemming. Daarmee is duidelijk dat een legitiem doel wordt nagestreefd, namelijk dat van de bescherming van de goede zeden en de rechten en vrijheden van anderen. Het Hof overweegt verder dat het niet in strijd is met de vereisten van art. 8 EVRM om algemene wetgeving aan te nemen die rechtszekerheid bevordert en die geen rekening houdt met de individuele omstandigheden van het geval. Het Hof ziet geen reden om de keuzes van de wetgever ter discussie te stellen. Ook merkt het Hof op dat er geen verbod is om eventueel in het buitenland een IVF-behandeling te ondergaan. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD001488919

Zaaknummer: 14889/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Peradze e.a. t. Georgië, EHRM 15 december 2022, nr. 5631/16

Klagers namen in juli 2015 deel aan een demonstratie tegen een stedelijk ontwikkelingsproject ‘Panorama Tbilisi’, dat zou leiden tot het bouwen van vier nieuwe stadswijken. Zij toonden daarbij spandoeken en stukken papier waarop met een tekening de gelijkenis van de nieuwe wijken met een penis werd benadrukt, en waarop de tekst ‘Panorama, m’n lul’ stond. Vanwege obsceniteit en ordeverstoring werden zij aangehouden en veroordeeld. Het EHRM beoordeelt de zaak onder art. 11 EVRM. Nu geen specifieke personen werden beledigd en ook vulgaire en controversiële uitingen worden beschermd onder het EVRM, is die bepaling door de veroordeling geschonden.

Klagers namen in juli 2015 deel aan een demonstratie tegen een stedelijk ontwikkelingsproject ‘Panorama Tbilisi’, dat zou leiden tot het bouwen van vier nieuwe stadswijken. Een van de hoofdinvesteerders van het project was de minister-president van Georgië. Critici waren bang dat de ontwikkeling en de bouwwerkzaamheden een ernstige aantasting van het oude stadsgezicht van Georgië zouden opleveren. De demonstratie vond plaats tijdens het European Youth Summer Olympic Festival. Honderden mensen verzamelden zich dichtbij de Olympische Vlam, waarbij een van de klagers een spandoek meedroeg waarop Panorama Tbilisi met een penis werd vergeleken, met de tekst ‘Panorama, m’n lul’. Toen hij rondliep met het spandoek werd hij gearresteerd vanwege obsceniteiten. De ander klagers besloten impulsief dezelfde slogan op stukken papier te schrijven, waarop ook zij werden aangehouden. Alle klagers hebben boetes opgelegd gekregen omdat de tekst zeer beledigend was geweest en geen politieke, culturele, educatieve of academische waarde had.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun aanhouding en veroordeling een schending oplevert van art. 10 en 11 EVRM. Het Hof besluit om de zaak onder art. 11 EVRM te beoordelen, ook al had de sanctie betrekking op de inhoud van de spandoeken en papieren. Art. 11 EVRM

is in dit geval namelijk de *lex specialis* en het was ook het doel van de demonstratie als geheel om uitdrukking te geven aan de standpunten van de demonstranten. Wel moet art. 10 EVRM daarom in de beoordeling worden betrokken.

Het Hof is bereid te aanvaarden dat er een wettelijke grondslag was voor de veroordeling van klagers en dat daarmee het legitieme doel van de bescherming van de goede zeden en de rechten van anderen werd gediend. Daartegenover staat de ruimte die klagers en de andere demonstranten moesten hebben om hun afkeuring uit te spreken over het project en het besluitvormingsproces daarbij. Het gaat bij deze materie duidelijk om een onderwerp van algemeen belang, zodat zeer zwaarwegende redenen nodig zijn om beperkingen van de uitingsvrijheid tijdens de demonstratie te rechtvaardigen. Het gedrag van klagers was verder vredig en passief; ze hebben zich niet gedragen op een manier waardoor de openbare orde werd bedreigd. Dit element is niet meegenomen door de rechters in hun beoordeling, hetgeen in strijd is met art. 11 EVRM. Wat betreft de tekst op het spandoek en de stukken papier erkent het Hof dat het vooral aan de nationale autoriteiten is om te beoordelen wat zo'n tekst in een bepaalde samenleving precies betekent. Dat in dit geval sprake was van een vulgaire uiting mag echter niet automatisch leiden tot een veroordeling; ook schokkende, beledigende of storende uitingen worden door het EVRM beschermd. Het spandoek werd ook niet gebruikt om een bepaalde persoon te beledigen of te denigreren, maar vormde alleen een combinatie van de vorm van nieuwe stadsdelen en de opvattingen van klagers over het bouwproject. Dat die vorm zelf controversieel was, kan geen rechtvaardiging vormen voor het beperken van de uitingsvrijheid tijdens een demonstratie. Het Hof oordeelt dan ook dat art. 11, gelezen in het licht van art. 10 EVRM, is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD000563116

Zaaknummer: 5631/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

Scalzo t. Italië, EHRM 6 december 2022, nr. 8790/21

Klaagster heeft in 2010 een procedure ingesteld om het vaderschap aan te vechten van de echtgenoot van haar moeder. Die procedure is nog steeds aanhangig. Een in 2016 ingestelde procedure om het vaderschap van T.M. te laten vaststellen stuitte af op niet-ontvankelijkheid, nu vaderschap van de vermeende biologische niet kan worden vastgesteld zolang het vaderschap van de juridische vader niet is ontkend. Het EHRM wijst erop dat de lange periode van onzekerheid over de eigen afstamming en identiteit zeer belastend is voor klaagster, zoals het Italiaanse Constitutionele Hof inmiddels ook heeft erkend. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Klaagster heeft in 2010 samen met haar broer een procedure ingesteld om het vaderschap aan te vechten van de echtgenoot van hun moeder, M.C. Scalzo. Volgens hen was hun biologische vader T.M. Uit een door de rechtbank gelast onderzoek bleek dat Scalzo niet de biologische vader van klaagster en haar broer was. Daarop is nog wel verder geprocedeerd; die procedure is nog niet afgerond en het vaderschap van M.C. Scalzo is nog niet formeel ontkend. In 2016 hebben klaagster en twee van haar broers een tweede procedure ingesteld, namelijk om het vaderschap van T.M. te laten vaststellen. De rechtbank verklaarde klaagster en haar broers echter niet-ontvankelijk in hun eisen, omdat de procedure tot ontkenning van het vaderschap nog niet definitief was geworden.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de onmogelijkheid van het vaststellen van het vaderschap in strijd is met art. 6 en 8 EVRM. Ook heeft zij geklaagd over de lange duur van de procedures. Het Hof behandelt de zaak alleen onder art. 8 EVRM. De kwestie valt duidelijk binnen het bereik van deze bepaling, nu het gaat om het kunnen kennen van de eigen afkomst en om de eigen identiteit. Klaagster verkeert inmiddels twaalf jaar in onzekerheid over haar identiteit door de onmogelijkheid om het vaderschap van een vermeende biologische vader vast te kunnen laten stellen zolang het vaderschap van de juridische vader nog niet formeel is ontkend. Dat klaagster al meerderjarig was toen ze haar procedures instelde, doet hier niet aan

af: de kennis over de eigen afstamming blijft essentieel. Het Hof wijst erop dat het Italiaanse Constitutionele Hof de wetgever in 2022 heeft uitgenodigd om de regelgeving rondom het vaststellen van de biologische afstamming te veranderen, mede vanwege de belasting die de huidige regels opleveren voor de betrokkenen. In het verlengde hiervan stelt het vast dat de lange periode van onzekerheid leidt tot een disproportionele inbreuk op het recht op respect voor het privéleven. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000879021

Zaaknummer: 8790/21

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Subaşı e.a. t. Turkije, EHRM 6 december 2022, nrs. 3468/20 en 18 andere

Een aantal Turkse gevangenen heeft geklaagd over het restrictieve regime in de gevangenis om – vooral in het weekend – bezoek te kunnen ontvangen van hun minderjarige kinderen en hen te kunnen bellen. Het Hof merkt op dat de beperkingen heel algemeen zijn geformuleerd en vooral zijn ingegeven door de capaciteit van de gevangnissen. Er is niet echt rekening gehouden met het belang van de gevangenen en er vindt ook geen individuele beoordeling plaats van de noodzaak om de bezoekrechten te beperken. Dit levert een schending op van art. 8 EVRM.

Klagers zijn 19 Turkse gevangenen die in verschillende detentie-inrichtingen gedetineerd zijn naar aanleiding van de mislukte staatsgreep op 15 juli 2016. Hun klachten hebben betrekking op beperkingen die zijn gesteld op hun mogelijkheden om bezoek te ontvangen van hun (schoolgaande) kinderen en om te kunnen telefoneren, in het bijzonder tijdens de weekends.

Voor het EHRM hebben alle klagers gesteld dat deze beperkingen een schending vormen van hun recht op respect voor het privéleven, zoals beschermd door art. 8 EVRM. De regering heeft aangevoerd dat in dit geval niet is voldaan aan het vereiste een 'significant nadeel' hebben geleden door de beperkingen. Het Hof is het met die stelling niet eens, zeker voor zover het gaat om de beperkingen van het contact tussen ouders en hun minderjarige kinderen. Het verwierpt het preliminaire verweer daarom.

Het Hof is bereid om aan te nemen dat de beperkingen van de bezoeken van kinderen aan hun gedetineerde ouders berustten op een wettelijke basis en het doel dienden van het tegengaan van wanordelijkheden. De contactverzoeken zijn echter allemaal op dezelfde, automatische manier geweigerd, waarbij het er niet op lijkt dat er een individuele beoordeling heeft plaatsgevonden. Zo'n one-size-fits-all-benadering is niet aanvaardbaar. Van staten mag worden verwacht dat ze een proportionaliteitsbeoordeling ontwikkelen waardoor ze botsende

individuele en algemene belangen kunnen afwegen en daarbij rekening kunnen houden met de bijzonderheden van het concrete geval. Dat is hier niet gebeurd. Verder is duidelijk dat in de besluitvorming meer rekening werd gehouden met de capaciteit van de gevangenen, waar in het weekend minder personeel aanwezig was, dan met het belang van de ouders en hun kinderen. Gelet daarop is art. 8 EVRM geschonden.

Voor telefonisch contact geldt dat art. 8 EVRM op zichzelf niet vergt dat dergelijk contact mogelijk wordt gemaakt. Als een staat ruimte creëert voor zo'n contactmogelijkheid, valt die echter wel binnen het bereik van art. 8 EVRM en is die bepaling van toepassing. De beperkingen op telefoneren in het weekend waren in heel algemene termen geformuleerd, zonder dat onderzocht werd of het voor de gevangenen nodig was om juist in het weekend met hun naasten te kunnen bellen. De klachten hierover zijn verder alleen heel oppervlakkig beoordeeld, in strijd met art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD000346820

Zaaknummer: 3468/20 en 18 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Test-Achats t. België, EHRM 13 december 2022, nr. 77039/12

Een consumentenbelangenorganisatie heeft een civiele procedure tegen een verzekeringsmaatschappij gevoerd in verband met vermeende leeftijdsdiscriminatie. In hoger beroep heeft de rechter hierover een aanvullend deskundigenbericht gevraagd. De geraadpleegde deskundige bleek later voorzitter te zijn van een samenwerkingsverband tussen de verzekeringsmaatschappij en een universiteit. Toch baseerde het beroepshof zijn oordeel in doorslaggevende mate op het deskundigenbericht. Het EHRM oordeelt dat in deze situatie redelijkerwijs twijfel aan de objectiviteit van de deskundige kan opkomen, zodat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden. Het beginsel van een procedure op tegenspraak is daarentegen niet aangetast.

Klager, een consumentenbelangenorganisatie, heeft in 2004 een civiele procedure aangebracht tegen een verzekeringsmaatschappij. De eis luidde dat de maatschappij afstand zou doen van bepaalde praktijken die volgens klager leeftijdsdiscriminatie opleverden. In eerste aanleg werd klager in het gelijk gesteld. In hoger beroep verzocht de rechter in 2006 om een aanvullend deskundigenrapport door een door het beroepshof aangewezen expert. Klager heeft de neutraliteit en objectiviteit van deze expert betwist, nu in 2009 een samenwerkingsverband tussen de verzekeringsmaatschappij en een universiteit in het leven was geroepen waarvan de expert voorzitter was. Het Hof van Beroep wees uiteindelijk klagers eis af, omdat er een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling zou bestaan. Daarbij baseerde het Hof van Beroep zich vooral op het deskundigenrapport, hetgeen aanvaardbaar zou zijn omdat de expert zich in zijn rapport beperkt had tot het beantwoorden van de vragen die door partijen waren gesteld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het beginsel van *equality of arms* is aangetast door de inzet van de niet-objectieve deskundige. Het Hof overweegt dat het samenwerkingsverband

waarvan de expert voorzitter was redelijkerwijze kan hebben geleid tot twijfel bij klager aan de eerlijkheid van het deskundigenadvies en – daarmee – van de procedure als geheel. Die twijfel was nog extra gerechtvaardigd doordat het Hof van Beroep zich in zijn uitspraak in beslissende mate heeft gebaseerd op dit rapport, terwijl klager expliciet had gevraagd het niet in de overwegingen mee te nemen. Weliswaar heeft klager de mogelijkheid gehad om het rapport in te zien en van kritiek te voorzien, maar dit neemt niet weg dat het beginsel van *equality of arms* is aangetast. Dit levert een schending van art. 6 EVRM op.

In de tweede plaats heeft klager gesteld dat er geen procedure op tegenspraak heeft plaatsgevonden doordat de deskundige niet alle vragen heeft beantwoord die klager had voorgelegd. Het Hof van Beroep had dat gebillijkt met de stelling dat de betreffende vragen geen betrekking hadden op de opdracht of niet relevant waren. Het Hof merkt op dat art. 6 lid 1 EVRM niet vergt dat rechters op ieder argument reageren. Hetzelfde geldt voor deskundigen. Klager heeft bovendien de mogelijkheid gehad om de inhoud en vorm van het rapport te betwisten. Ook heeft het Hof van Cassatie het oordeel van het Hof van Beroep bevestigd. Het Hof ziet geen zwaarwegende redenen waarom het het oordeel van de nationale rechters opzij zou moeten zetten; art. 6 lid 1 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD007703912

Zaaknummer: 77039/12

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

**Tonchev e.a. t. Bulgarije, EHRM 13 december 2022, nr.
56862/15**

In een Bulgaarse gemeente is een informatiebrochure verspreid om te waarschuwen tegen een aantal religieuze gemeenschappen, waaronder de evangelische beweging. Volgens de brochure gaat het om een gevaarlijke sekte die een risico vormt voor de mentale gezondheid en de openbare orde. Het EHRM benadrukt dat art. 9 EVRM ruimte laat voor het bekritisieren van specifieke religieuze functionarissen, maar dan moet daar een concrete aanleiding en een voldoende rechtvaardiging voor zijn. Algemene kritiek waarin de legitimiteit van een geloofsovertuiging ter discussie wordt gesteld, zoals hier, is niet aanvaardbaar en in strijd met art. 9 EVRM.

Klagers zijn drie evangelische voorgangers en drie evangelische religieuze gemeenschappen. In 2008 is er in Burgas, de gemeente waar zij wonen en gevestigd zijn, een informatiebrochure verspreid waarin onder meer de evangelische beweging waartoe de klagers behoren werd aangemerkt als een gevaarlijke sekte die op gespannen voet staat met de Bulgaarse wetgeving, burgerrechten en openbare orde, en die een risico vormt voor de mentale gezondheid van de bevolking. Alle scholen was verzocht om de informatiebrochure onder de aandacht van de leerlingen te brengen. Volgens klagers is de gegeven informatie smadelijk en in strijd met de religieuze neutraliteit van de staat. Een procedure die zij daarover voerden bij de nationale rechter leverde voor klagers niets op.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de brochure in strijd is met art. 9 en 14 EVRM. Het Hof acht de toonzetting van de brochure pejoratief en vijandig. De verspreiding ervan kon negatieve gevolgen hebben voor de uitoefening van de godsdienstvrijheid van aanhangers van de genoemde religieuze gemeenschappen, op een zodanige manier dat art. 9 EVRM op het spel staat. Op zichzelf laat art. 9 EVRM ook voor de staat enige ruimte om kritiek te leveren op bepaalde functionarissen en leden van religieuze gemeenschappen. Er moet dan echter wel

bewijs bestaan dat hun specifieke handelen een bedreiging kan vormen voor de openbare orde of de belangen van anderen. Ook moet de kritiek dan proportioneel zijn en de legitimiteit van iemands geloof niet als zodanig in twijfel trekken. In het onderhavige geval lijken de auteurs van de brochure zich weinig gelegen te hebben laten liggen aan de verplichtingen van neutraliteit en onpartijdigheid van de staat. Er stonden veel negatieve opmerkingen en ongefundeerde beschuldigingen die de legitimiteit van de opvattingen en het geloof van de genoemde religieuze gemeenschappen leken te betwisten. Hoewel het goed kan zijn om leerlingen te waarschuwen tegen bepaalde religieuze praktijken, was deze brochure geen noodzakelijk middel om dat te doen. Nu de nationale rechters hebben nagelaten om iets te doen tegen de betwiste formuleringen in de brochure, oordeelt het Hof dat gehandeld is in strijd met de door art. 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid. Gelet op dat oordeel acht het Hof het niet meer noodzakelijk om de zaak ook onder art. 14 EVRM te beoordelen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD005686215

Zaaknummer: 56862/15

Wetsartikelen: EVRM art. 9

RECHTSPRAAK

Vlad t. Roemenië, EHRM 15 november 2022, nr. 122/17

Vlad heeft vanwege slechte gevangenisomstandigheden voor een gedeelte van de strafperiode compensatie gekregen in de vorm van strafvermindering. Voor het tweede deel van de strafperiode kreeg hij die compensatie niet vanwege een wetswijziging. Het Hof wijst erop dat sinds die wijziging wel een mogelijkheid bestaat om via de rechter een schadevergoeding te verkrijgen. Weliswaar is de effectiviteit daarvan pas aangetoond nadat klager zijn EHRM-klacht al had ingediend, maar in het belang van efficiency moet dit rechtsmiddel ook in die gevallen worden benut. Nu dat niet is gebeurd is de klacht niet-ontvankelijk.

Klager is in 2016 in voorarrest genomen en heeft na veroordeling wegens een strafbaar feit een gevangenisstraf uitgezeten in verschillende gevangenissen. Daarbij heeft hij op zeker moment compensatie in de vorm van een strafvermindering met 282 dagen gekregen vanwege de slechte gevangenisomstandigheden. Die compensatie werd toegekend op basis van een wet die later is ingetrokken en heeft dus ook niet op de gehele periode van detentie betrekking. Wel heeft de toegekende compensatie geleid tot vervroegde vrijlating.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 3 EVRM door de slechte gevangenisomstandigheden en de beperkte compensatiemogelijkheid is geschonden. Het Hof beoordeelt de zaak in het licht van twee relevante perioden, namelijk de periode waarin strafvermindering kon worden toegekend vanwege de toen nog bestaande wetgeving, en de periode daarna. Ten aanzien van de eerste periode heeft het Hof in een eerdere uitspraak al geoordeeld dat daarmee een toereikende compensatie is geboden. In het geval van klager heeft dit ook geresulteerd in vervroegde vrijlating. Gelet daarop kan klager zich geen slachtoffer noemen van een schending in deze eerste periode.

Voor de tweede periode wijst het Hof erop dat de wetgeving wel een mogelijkheid bood om via de burgerlijke rechter compensatie te verkrijgen. Ook daarover heeft het Hof in een

eerdere uitspraak al geoordeeld dat daarmee op zichzelf voldoende genoegdoening kan worden gekregen en dat het daarom gaat om een uit te putten nationaal rechtsmiddel. Wel heeft het in die eerdere rechtspraak vastgelegd dat deze mogelijkheid pas vanaf 13 januari 2021 moet worden benut.

Klager heeft zijn klacht ruim voordat deze mogelijkheid ontstond bij het Hof ingediend. Het Hof roept daarbij in herinnering dat de effectiviteit van een rechtsmiddel normaal gesproken wordt beoordeeld naar de omstandigheden zoals die waren op het moment waarop een klacht is ingediend. In een aantal gevallen heeft het Hof echter een uitzondering gemaakt op die regel, in verband met de manier waarop met nationale wetgeving wordt geprobeerd een systemisch probleem op te lossen. De onderhavige rechtspraakpraktijk en de daarin gevonden compensatoire oplossingen zijn vergelijkbaar met die in Italië, Moldavië en Hongarije, waarin het Hof heeft geoordeeld dat ze aanvaardbaar zijn. Voor klagers heeft de Roemeense rechterlijke route als voordeel dat de procedures voor de nationale rechters een stuk sneller verlopen dan die bij het EHRM, terwijl bovendien de zakenlast van de EHRM wordt verminderd als klagers van die nationale rechterlijke route gebruik maken. Het Hof acht het daarom gepast om in de onderhavige zaak een uitzondering toe te passen op de regel dat de effectiviteit van een rechtsmiddel moet worden beoordeeld naar het moment van indienen van de klacht. Nu klager een mogelijkheid had om een civiele schadevergoedingsactie tegen de staat te starten, maar die niet heeft benut, moet ook dit deel van de klacht niet-ontvankelijk worden verklaard wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-11-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1115DECo00012217

Zaaknummer: 122/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Spasov t. Roemenië, EHRM 6 december 2022, nr. 27122/14

Een Bulgaarse visser maakte in 2011 gebruik van de hem onder het EU-recht geboden mogelijkheid om op tarbot te vissen in de Roemeense exclusieve economische zone in de Zwarte Zee. De Bulgaarse autoriteiten vervolgden en veroordeelden hem hiervoor echter en legden hem een visverbod op, omdat zij meenden dat het EU-recht niet van toepassing was. Die veroordeling volgde ondanks informatie van de Europese Commissie dat de Bulgaarse lezing van de EU-verordening onjuist was. Het EHRM ziet in de veroordeling een kennelijke beoordelingsfout, die heeft geleid tot schendingen van art. 6 lid 1 en 1 EP EVRM.

Klager was eigenaar en kapitein van een in Bulgarije geregistreerd schip waarmee hij viste in de 'gemeenschappelijke wateren' van de Zwarte Zee. In 2011 werd het schip stilgehouden door de Roemeense kustwacht toen het zich op 20 nautische mijl afstand van Roemenië bevond, in de exclusieve economische zone van Roemenië in de Zwarte Zee. De kustwacht trof tarbotten aan op het schip en een net dat kleinere mazen had dan naar Roemeens recht voor het vissen op tarbot is toegestaan. Daarop werd beslag gelegd op het schip en de tarbot die aan boord was. Klager zelf werd strafrechtelijk vervolgd. Daarbij claimde hij dat hij met zijn Bulgaarse visvergunning ook een bepaalde hoeveelheid tarbot mocht vangen in de Roemeense exclusieve economische zone, in verband met de Bulgaarse vangstquota die onderdeel vormen van het gemeenschappelijk visserijbeleid in de EU. Later mengde ook de Europese Commissie zich in de procedure via een brief aan de Roemeense autoriteiten waarin werd toegelicht dat er ernstige interpretatiefouten waren begaan van de toepasselijke verordeningen. De procedure tegen klager was dan ook in strijd met EU-recht. In 2013 besloot het bevoegde beroepshof in Roemenië echter dat het EU-recht niet van toepassing was, en dat alleen het VN-zeerechtverdrag en de nationale uitvoeringsrecht de regels bepaalden. Gelet daarop werd klager verantwoordelijk gehouden voor illegale visvangst en werd hem een voorwaardelijke gevangenisstraf van een jaar opgelegd, naast een drietal boetes; ook werd beslag gelegd op een

deel van het schip en werd klager een vangstverbod voor een jaar opgelegd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de veroordeling in strijd was met art. 6 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het niet zijn taak (maar die van de nationale autoriteiten) is om ervoor te zorgen dat nationaal recht in overeenstemming met EU-recht wordt uitgelegd. De bevoegdheid van het EHRM is beperkt tot het vaststellen van verenigbaarheid van nationale interpretaties met het EVRM, waarbij het EHRM zich terughoudend heeft op te stellen. Klager heeft de nationale rechter verweten dat deze geen prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het EHRM over de juiste interpretatie van de regels van het gemeenschappelijk visserijbeleid van de EU. In het onderhavige geval gaat het echter niet zozeer om een weigering van de nationale rechter om een prejudiciële vraag te stellen, maar om de vraag of de uitspraak van de nationale rechter een kennelijke beoordelingsfout bevat. Daarbij wijst het Hof erop dat er in de EU een verschil bestaat tussen een richtlijn en een verordening, waarbij de laatste meteen rechtswerking heeft in de staten. De verordening moet in het onderhavige geval zo worden uitgelegd dat klager inderdaad toegang had tot de Roemeense wateren en daar mocht vissen. Dit wordt bevestigd door de uitleg die de Europese Commissie heeft gegeven in haar brief aan de autoriteiten, die is ontvangen voordat de nationale beroepsrechter definitief uitspraak deed. Op dat moment is er ook een inbreukprocedure tegen Roemenië gestart vanwege de overtreding van de verordening, die pas is beëindigd nadat Roemenië haar uitleg van de verordening aanpaste. In het licht hiervan oordeelt het Hof dat de nationale rechter een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Als de rechter had getwijfeld over de juiste uitleg van de verordening, had hij bovendien een prejudiciële vraag aan het HvJ EU kunnen voorleggen. Gelet op dit alles was sprake van rechtsweigering ('déni de justice'), in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Klager heeft verder gesteld dat art. 1 EP EVRM is aangetast door de inbeslagname van het schip en de overige bijkomende straffen die hem zijn opgelegd, waaronder het vangstverbod. Het Hof stelt voorop dat klagers visvergunning hem de mogelijkheid gaf om binnen de gestelde vangstquota in de Roemeense exclusieve economische zone te vissen. De tijdelijke ontzegging van deze mogelijkheid maakt dan ook inbreuk op klagers economische belangen en daarmee op zijn eigendomsrecht. Hoewel de sancties op zichzelf bij wet voorzien waren, was het opleggen ervan het gevolg van een procedure waarin een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt. Dit betekent dat er toch geen wettelijke basis bestond voor het opleggen van de straffen, en dat art. 1 EP EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002712214

Zaaknummer: 27122/14

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

RECHTSPRAAK

**Vasaráb en Paulus t. Slowakije, EHRM 15 december 2022,
nrs. 28081/19 en 29664/19**

Na een moord zijn twee mannen strafrechtelijk vervolgd. Hoewel zij stelden een aantal getuigen à décharge te willen horen, werd dat verzoek geweigerd omdat er al voldoende bewijsmateriaal was. Uiteindelijk werden de mannen veroordeeld tot 22 resp. 25 jaar gevangenisstraf. Het Hof oordeelt dat er geen goede redenen waren om de verklaringen van de getuigen à décharge te weigeren. Daardoor werd de veroordeling in essentie gebaseerd op de lezing van de feiten zoals het openbaar ministerie die heeft gepresenteerd. Dit is in strijd met art. 6 lid 1 en lid 3 (d) EVRM.

In 2010 werd een man vermoord. In het onderzoek dat daarop plaatsvond, werd vastgesteld dat tweede klager de moord had gepleegd in opdracht van eerste klager. Tijdens de strafrechtelijke procedure – die uiteindelijk leidde tot veroordeling van eerste klager tot 22 jaar gevangenisstraf en van tweede klager tot 25 jaar – hadden beide klagers rechtsbijstand. Zij verzochten beide om het kunnen horen van een aantal getuigen à décharge, maar de onderzoeksrechter weigerde dit omdat hij het bewijs dat dit zou kunnen opleveren niet noodzakelijk achtte. De kamer die de zaak uiteindelijk beoordeelde zag hierin geen schending van de rechten van de verdediging.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat er in de zaak tegen hen sprake was van een willekeurige weigering om het door hen ingebrachte bewijsmateriaal te beoordelen, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof overweegt dat het om potentieel relevante verklaringen ging. De redenen die werden gegeven om het bewijsmateriaal niet te beoordelen waren erg formeel en procedureel van aard. Het argument van de regering dat de getuigen al eerder waren gehoord acht het Hof niet relevant, omdat de rechters zelf deze verhoren niet hebben kunnen onderzoeken. Het effect van de gang van zaken was dat klagers zijn veroordeeld op basis van bewijsmateriaal dat louter door het openbaar ministerie is aangevoerd. De rechters hebben maar een versie van de feiten onderzocht, namelijk de versie zoals het openbaar ministerie die

heeft gepresenteerd. Dit levert een oneerlijk proces op, in strijd met art. 6 lid 1 en lid 3 (d) EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD002808119

Zaaknummer: 28081/19 en 29664/19

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

RECHTSPRAAK

**Yakovlyev t. Oekraïne, EHRM 8 december 2022, nr.
42010/18**

Samen met medegevangenen is Yakovlyev in 2018 in hongerstaking gegaan uit protest tegen de slechte gevangenisomstandigheden. Na een week besloot een rechter dat hem dwangvoeding moest worden toegediend vanwege zijn gezondheidstoestand. Het EHRM oordeelt dat de rechter niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een medische noodzaak bestond voor de dwangvoeding. Ook heeft de dwangvoeding plaatsgevonden zonder dat er duidelijkheid bestond over de te volgen handelwijze. Zeker nu het doel van de dwangvoeding leek te zijn om een legitiem protest te onderdrukken, is art. 3 EVRM hierdoor geschonden.

In 2014 is klager veroordeeld tot negen jaar gevangenisstraf. Op 22 januari 2018 ging hij samen met een aantal andere gevangenen in hongerstaking uit protest tegen de slechte gevangenisomstandigheden en de houding van de bewakers. Na een week werd hij medisch onderzocht en concludeerden de gevangenisartsen dat dwangvoeding nodig was. Daarvoor werd een aanvraag gedaan bij de rechter, waartegen klager zich verzette. De rechter oordeelde dat het aannemelijk was dat klagers gezondheid en leven in gevaar waren en honoreerde het verzoek om klager dwangvoeding toe te dienen. Van 1-5 februari werd klager gedwongen voeding via een rubberen slang toegediend. Volgens hem bezorgde hem dat veel pijn. Op 6 februari beëindigde hij zijn hongerstaking.

Voor het EHRM heeft klager aangevoerd dat het toedienen van dwangvoeding met het onderdrukken van een protest als doel in strijd is met art. 3 EVRM. Het Hof stelt vast dat klager weliswaar heeft aangevoerd dat er geen medische noodzaak was voor de dwangvoeding, maar dat artsen tot een andere conclusie waren gekomen. Klager bleek vervolgens wel fit genoeg om de rechtszaak hierover bij te wonen, maar de rechter nam de conclusie van de artsen zonder meer over. Mede gelet op de relatief korte duur van de

hongerstaking op het moment van het onderzoek en het ontbreken van gronden om te kunnen aannemen dat klagers leven acuut gevaar liep, is niet overtuigend aangetoond dat er een medische noodzaak voor dwangvoeding was. In hoger beroep is dat niet rechtgezet, zodat het Hof er niet van overtuigd is geraakt dat de nationale rechters voldoende effectieve waarborgen hebben geboden tegen misbruik van bevoegdheid.

Het Hof merkt verder op dat de dwangvoeding heeft plaatsgevonden zonder dat er regels bestonden voor de daarbij te volgen handelwijze. Dit is voor het Hof voldoende om klagers bewering te geloven dat hij veel pijn en excessieve dwang heeft ervaren.

Tot slot wijst het Hof erop dat de hongerstaking een sluitstuk was van jarenlange klachten van gevangenen over de gevangenisomstandigheden. Er was dus inderdaad sprake van een protestactie en als een manier om de klachten gehoord te laten worden. Het was beter geweest als de staat de beweegredenen achter de hongerstaking zou hebben onderzocht en daarop zou hebben gereageerd dan de hongerstaking via dwang te beëindigen. De staat heeft de situatie daarmee niet goed aangepakt en gehandeld in strijd met art. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 08-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD004201018

Zaaknummer: 42010/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3

ANNOTATIE

Vasaráb en Paulus t. Slowakije (EHRM, 28081/19 en 29664/19) – De (lastige) omgang met ontlastende getuigen**P. Ölçer**

1. De klagers in *Vasaráb en Paulus t. Slowakije* - veroordeeld als respectievelijk opdrachtgever en uitvoerder van dezelfde moord - zijn naar Straatsburg gegaan met de klacht dat hun strafvervolgning oneerlijk was, omdat autoriteiten op arbitraire wijze hebben geweigerd door hen voorgesteld bewijs toe te laten en te onderzoeken. Omdat het daarbij ging om getuigenbewijs, toetst het Hof onder het recht op getuigen onder art. 6 lid 1 en lid 3 (d) EVRM.[1] De afgewezen verzoeken van klagers zagen niet op *belastende*, maar *ontlastende* getuigen (of, *à charge* versus *à décharge*). Dat maakt de zaak niet bijzonder, over beide typen getuigen bestaat veel rechtspraak. Toch is deze uitspraak van belang, niet alleen omdat het Hof een schending van art. 6 EVRM heeft vastgesteld, maar vooral vanwege de uitgebreide (wijze van) toetsing die tot deze uitkomst heeft geleid. De uitspraak biedt daarmee belangrijke inzichten voor de omgang met (verzoeken om) ontlastende getuigen.

2. Welbekend is dat er in de Straatsburgse rechtspraak afzonderlijke maatstaven worden gehanteerd bij de twee typen getuigen. Bij de belastende getuige is het '*Al Khawaja en Tahery/Schatschaschwili*-kader' heersend. Kort gezegd gelden dan de volgende eisen: (i) bij beperkingen van het ondervragingsrecht dient er een goede reden te zijn daarvoor; (ii) het bewijs dient niet uitsluitend of in overwegende mate te berusten op dergelijke verklaringen; (iii) bij het gebruik van zulke verklaringen dienen adequate compenserende procedurele waarborgen te worden toegepast, terwijl (iv) het een en ander dient te worden getoetst vanuit het perspectief van de 'algehele eerlijkheid'. Tenslotte, en dat is het punt waarop het EHRM de Hoge Raad in de *Keskin*-uitspraak[2] erop heeft gewezen dat hij de Straatsburgse rechtspraak niet juist toepast, (v) bij verzoeken om belastende getuige kunnen, (ook, maar niet vooral) in verband met het zwijgrecht, geen (strikte) eisen worden gesteld aan de adstructie van verzoeken tijdens de verdediging. Bij de belastende getuige dient juist een presumptie te worden gehanteerd van een noodzaak tot horen. Daarmee kan ontoereikende adstructie van een verzoek ook niet gelden als een 'goede reden' voor een beperking (de reden waarom de nationale rechter de getuigenverzoeken in *Keskin*, conform de toen heersende rechtspraak van

de Hoge Raad, had afgewezen).

3. Bij de ontlastende getuige geldt daarentegen het '*Perna/Murtazaliyeva*-kader', dat in deze zaak van toepassing is. Dan gelden drie toetsingsstappen (een 'three-pronged test'), die het Hof ook in deze uitspraak uiteenzet.[3] Bij beperkingen in dit verband beziet het Hof (i) (juist wel) of een verzoek om een ontlastende getuige door de verdediging voldoende onderbouwd is en 'relevant is voor het onderwerp van de beschuldiging'; (ii) of nationale gerechten de relevantie van een verklaring voldoende in beschouwing hebben genomen bij een beslissing om niet te horen alsmede daarvoor voldoende redenen hebben gegeven en, wederom, (iii) of de beslissing om niet te horen de algehele eerlijkheid heeft ondermijnd.

4. Uit de nadere (en concretere) eisen die gelden bij het kader voor belastende getuigen blijkt dat al, maar ook in meer algemene zin geldt dat aan de nationale rechter meer discretionaire ruimte toekomt bij beslissingen aangaande ontlastende getuigen, omdat de aard van die beslissing intrinsiek daarom vraagt. Een belangrijk verschil is namelijk dat de belastende getuige een verklaring heeft afgelegd en dat die op enigerlei (belastende) wijze tegen de verdediging is of kan worden gebruikt. Bij ontlastende getuigen gaat het om een potentieel veel bredere categorie van getuigen. De informatie die zij kunnen inbrengen kan van zeer uiteenlopende aard zijn, waardoor de rechter inderdaad bredere mogelijkheden voor selectie (op relevantie en belang) dient te hebben. Zodoende kan als uitgangspunt worden genomen dat het toetsingskader voor de belastende getuige strikter is dan dat voor de ontlastende. Daarmee dat de kans van slagen van een klacht over de afwijzing van verzoeken om ontlastende getuigen minder hoog. Tegelijkertijd maken de toetsingsmaatstaven voor de ontlastende getuige, omdat het daarbij gaat om een meer open kader, de omgang met deze variant lastiger. Op de loer ligt voorts het gevaar dat de focus komt te liggen op het toch wel sprekend verschil dat bij deze getuige wel eisen kunnen worden gesteld aan de onderbouwing van verdedigingsverzoeken en dat in dat verband (te) strikte eisen worden gesteld.

5. Van belang is dat het kader voor ontlastende getuigen wel nader is ingevuld door het Hof, dat ook in deze uitspraak naar eerder gegeven toelichting verwijst.[4] Bij de *tweede eis* geldt dat de relevantie en adequaatheid van door de verdediging aangedragen redenen in het algemeen bepalend zullen zijn voor de 'scope and level of detail' van de beoordeling die dient te worden uitgevoerd door de rechter met betrekking tot de noodzaak van ondervraging. Naarmate de argumenten van de verdediging 'stronger and weightier' zijn, dient de nationale rechter ook 'closer scrutiny' toe te passen en te voorzien in meer overtuigende motivering bij de afwijzing van verzoeken. De *derde eis* brengt met zich mee dat, zoals algemeen geldt onder de eerlijkheidstoets, 'compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident'. Wel geldt

binnen dit toetsingskader een bepaalde volgorde van toetsing: toetsing aan de eerste twee eisen zal in het algemeen reeds een 'sterke indicatie' geven met betrekking tot de uitkomst van de eerlijkebeoordeling. In 'exceptionele gevallen' kan de eerlijkebeoordeling echter ook anders uitpakken.

6. Veel hangt derhalve wel af van de eerste eis, waarbij een belangrijke vraag is wanneer van voldoende onderbouwing tijdens de verdediging kan worden gesproken. De 'adequaatheid' daarvan is volgens het Hof afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn van belang de van toepassing zijnde bepalingen in het nationale recht, de fase en voortgang van de procedure, de 'lijnen van redenen en strategieën die door partijen worden gevoerd' en hun procedurele opstelling. Dat zijn concrete ankerpunten, die begrepen dienen te worden in het licht van hun toepassing in de casuïstische rechtspraak. Van groot belang is voorts dat de eerste eis niet enkel ziet op een procedurele inspanningsverplichting voor de verdediging. Op basis van het tweede aspect ervan dient namelijk ook *door de rechter* te worden onderzocht of de verklaring van de verzochte getuige de uitkomst van de zaak potentieel kan beïnvloeden, of dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat die verklaring de positie van de verdediging kan versterken.

7. Dat laatste aspect blijkt in *Vasaráb en Paulus t. Slowakije* inderdaad van groot belang te zijn. Klagers zijn veroordeeld, als gezegd respectievelijk als opdrachtgever en uitvoerder van een moord, op het slachtoffer A. Beiden hebben steeds ontkend. De bewezenverklaring is vooral gebaseerd op de getuigenverklaringen van B., C. en D. B. verklaarde dat hij eerder is benaderd door de eerste klager om als bestuurder van het bij de moord te gebruiken voertuig op te treden, maar dat hij het verzoek heeft afgeslagen. Ook zou hij de tweede klager hebben horen insinueren dat hij de moord zou hebben uitgevoerd. C. verklaarde dat hij gevolg heeft gegeven aan een verzoek van tweede klager een geweer te regelen, waarbij hij, alvorens het te overhandigen, het eerst zelf zou hebben uitgeprobeerd, reden waarom er schotresten op zijn handen te vinden zouden zijn geweest bij zijn aanhouding op de dag van de moord. Tevens verklaarde C. dat de tweede klager hem een aantal dagen na de moord zou hebben gezegd dat hij A. zou 'hebben genomen' en dat de eerste klager problemen had met A., omdat deze hem (eerste klager) eerder zou hebben geprobeerd te doden. D. verklaarde eveneens dat de tweede klager hem zou hebben verteld dat hij A. zou hebben vermoord op verzoek van de eerste klager.[5]

8. Klagers hebben verzocht om de ondervraging van aanvankelijk twaalf getuigen, later in de nationale procedure nog een laatste. Wat de (mate van) onderbouwing van die verzoeken betreft hebben zij, reeds vanaf het opsporingsonderzoek, aangegeven (i) vijf getuigen te willen (doen) horen omdat die zouden kunnen verklaren over de relatie tussen A. en de eerste klager en die tussen A. en een ander persoon met wie de laatste een conflict zou hebben en (ii) zeven

getuigen te willen horen omdat zij de betrouwbaarheid van de verklaring van C. zouden kunnen verifiëren, in het bijzonder met betrekking tot zijn mededelingen over waar hij was op de dag van de moord. Bij een preliminaire zitting in eerste aanleg licht de raadsman van klagers nader toe dat hij de verklaring van C. ook nader wil laten onderzoeken in verband met hoe deze een geweer aan de tweede klager heeft kunnen overdragen en hoe hij dat geweer zelf heeft verkregen. Ten aanzien van de andere getuigen legt hij uit dat deze zouden kunnen aantonen dat de eerste klager geen conflict had met A., dat daardoor bij hem een motief zou ontbreken en dat er juist een conflict bestond tussen A. en de eerder genoemde derde. In een latere fase van de procedure brengt de eerste klager ook een schriftelijke verklaring in over B. C. en D., met de strekking dat zij verdacht werden van verschillende activiteiten in het kader van georganiseerde criminaliteit en dat het mogelijk was dat zij in ruil voor immuniteit zouden hebben samengewerkt met de autoriteiten, of wraak hebben willen nemen op klagers. Bij herhaling van de verzoeken later in de procedure geeft de raadsman van klagers ook aan dat de verklaring van C. tegenstrijdigheden bevatten en niet geloofwaardig is, nu wijzend op zijn aanwezigheid in een restaurant op het moment dat hij had verklaard het geweer te hebben getest. Ook benadrukt hij dat geen enkel onderzoek is gedaan naar de wijze waarop C. het geweer zou hebben verkregen en dat de autoriteiten zijn uitgegaan van een enkele versie van feiten over de motieven die de eerste klager zou hebben gehad om A. de willen doden.[6]

9. In appel licht de eerste klager verder toe dat hij in 2005 is geschaduwd door onbekende personen, en dat het waar is dat A. in dat verband in beschuldiging is gesteld. Niettemin zouden er geen enkele connecties bestaan tussen de twee mannen. Hij herhaalt dat A. juist een conflict had met een ander persoon en de door hem voorgestelde getuigen hierover zouden kunnen verklaren, zoals zij eerder zouden hebben gedaan in het opsporingsonderzoek.[7] In het kader van twee herzieningsaanvragen brengen klagers voorts in dat de getuigen B. en D. tussentijds in een niet gerelateerde strafzaak zouden hebben verklaard dat zij door de politie onder druk zijn gezet om met de politie mee te werken in de strafzaak tegen de tweede klager. In deze fase wordt ook een nieuwe getuige aangedragen, die over de persoonlijkheid van C. zou kunnen verklaren, alsook over uitlatingen die C. zou hebben gedaan die hij (de nieuwe getuige), had begrepen als een erkenning dat hij (C.) onwaarachtige verklaringen zou hebben afgelegd over klagers.

10. Wat de inspanningsverplichting voor de verdediging (in het kader van de eerste eis) betreft, vindt het Hof, zonder daar veel woorden aan te wijden, deze mate van onderbouwing voldoende. Specifiek is aangegeven waarom om de getuigen is verzocht, terwijl de relevantie van de duiding van de relatie tussen de eerste klager en het slachtoffer C. ook is aangegeven.[8] De verzoeken zijn ook tijdens de gehele procesgang herhaald. Belangrijker is dat het Hof bij de toetsing aan deze eis meer oog heeft voor de objectieve relevantie van de

getuigen. Het Hof benadrukt in dat verband dat klagers zijn veroordeeld voor ernstige delicten 'set against a complex background of organised crime', maar vooral ook dat de getuigenverklaringen van B.C. en D, de kern van het bewijs vormden. De verklaring van C. acht het Hof van een nader bijzonder belang, omdat hij, anders dan B. en D., die vooral 'hearsay'-verklaringen hebben afgelegd, heeft verklaard over eigen betrokkenheid.[9] Het belang van het getuigenbewijs dat klagers wilden inbrengen is voor het Hof ook gegeven: die verklaringen hadden 'bearing' kunnen hebben op 'the first applicant's motive as a structural element of the case and on the credibility of the evidence from a key witness against the applicants.' Aldus is het Hof van oordeel dat die verklaringen 'prima facie' als relevant kunnen worden opgevat voor de 'subject matter of the accusation against them'.

11. Het is opvallend dat het Hof niet zozeer de nadruk legt op beoordeling van de onderbouwing door de verdediging, maar op de materiële relevantie van de verzochte getuigen. Dat heeft ook te maken met een bepaling in het nationale recht, te weten art. 119 van het Wetboek van Strafvordering, waarin is bepaald dat bij een strafvervolgning niet alleen dient te worden vastgesteld (i) of de tenlastegelegde gedraging heeft plaatsgevonden; (ii) dat daarmee voldaan is aan de elementen van het desbetreffende strafbare feit; (iii) door wie dat feit is begaan, maar ook, (iv) wat het motief daarbij was.[10] Dat laatste levert een zware eis op (die algemeen in het Nederlands recht niet wordt gesteld), maar dat wil nu eenmaal het nationale recht in Slowakije, terwijl de nationale rechter ook gevolg heeft gegeven aan deze verplichting, door een motief bij de eerste klager vast te stellen (zijn conflict met A.) en die te betrekken in zijn bewijsbeslissing.

12. De eerste toets in het *Perna/Murtazaliyeva*-kader valt aldus in het voordeel van klagers uit, vooral vanwege de materiële relevantie van de verklaringen die de getuigen, waarom zij verzochten, hadden kunnen inbrengen. Met name gaat het daarbij ook om de mogelijkheid dat zij de verklaringen van B. C. en D. over het motief van de eerste klager, een wezenlijk element bij de veroordeling van beide klagers, hadden kunnen ontkrachten. Zo bezien wordt het verschil tussen het *Perna/Murtazaliyeva*- en het *Al Khawaja en Tahery/ Schatschaschwili*-kader kleiner, en wel op het punt van de eis in het laatste kader dat een veroordeling niet uitsluitend of in overwegende mate dient te berusten op de verklaring van een niet door de verdediging ondervraagde belastende getuigen. De ratio van die eis kan namelijk als volgt worden opgevat. Wanneer een belastende getuige niet is ondervraagd ontstaat een eerlijkheidsrisico, niet alleen vanuit het perspectief van de verwezenlijking van procedurele rechten van de verdachte, maar ook in inhoudelijke zin, vanuit het perspectief van de waarheidsvinding. Dat risico dient te worden verkleind (onder andere) door de aanwezigheid van ander bewijs. In *Vasaráb en Paulus* speelt ook een inhoudelijk risico, doordat klagers de mogelijkheid is ontzegd de belangrijke verklaringen van deze belastende getuigen te ontkrachten, ook in

verband met een kernelement van de veroordeling (zijnde het motief).

13. Daarmee is er een gedeelde ratio tussen het relevantiecriterium bij de ontlastende getuige en de '*solely or to a decisive extent*'-regel bij de belastende getuige. Dat geldt in ieder geval waar het gaat om getuigen die worden verzocht in verband met de belangrijke materiële elementen die spelen in een veroordeling. Het verschil lijkt in wezen te zijn dat de relevantie van de belastende getuige (die al een belastende verklaring heeft afgelegd, althans een die op belastende wijze kan worden gebruikt) gegeven is, terwijl dat niet noodzakelijkerwijs het geval is bij andere getuigen die nog niet zijn gehoord en die de verdediging wenst in te brengen. Nogmaals, dat verschil bestaat geheel terecht, omdat het bij verzoeken om de laatste type kan gaan om een zeer brede groep van personen waarvan niet op voorhand kan worden gezegd dat zij iets relevant in te brengen zullen hebben en zij door de rechter uitgefilterd moeten kunnen worden. De verdediging heeft een verantwoordelijkheid relevantie te signaleren voor de rechter, maar de rechter heeft duidelijk ook een eigen verantwoordelijkheid relevantie te herkennen en daar adequaat op te reageren. Voorts kan in *Vasaráb en Paulus* nog gewezen worden op een nadere connectie tussen het relevantiecriterium en de *solely or to a decisive extent*-regel. Klagers hebben de door hen opgegeven getuigen namelijk verzocht om de verklaringen van B. C. en D. te ontkrachten. De veroordeling van klagers berustte minstens in *overwegende mate* op de verklaringen van die *belastende* getuigen. Daarin valt een nadere concretisering te zien van de wijze waarop een selectie kan plaatsvinden binnen niet gehoorde getuigen waarom de verdediging verzoekt. In ieder geval is er namelijk een sterke indicatie voor relevantie wanneer getuigen worden verzocht in verband met de ontkrachting van belangrijk bewijs.

14. Wat de toetsing aan de tweede stap in het *Perna/Murtazaliyeva*-kader betreft, is het Hof vooral niet onder de indruk van het optreden van de verschillende rechters in de nationale procesgang in deze zaak.[11] Van belang is daarbij de slotoverweging van het Hof bij deze toets. Het Hof overweegt daarin dat de regering zelf heeft toegegeven dat nationale rechters geen specifieke redenen hebben gegeven voor de afwijzing van de verzoeken van klagers. Ook wanneer verondersteld zou worden dat de relevantie van het bewijs dat door de getuigen had kunnen worden ingebracht door de nationale rechters feitelijk wel adequaat in overweging is genomen is dat evenwel niet genoeg voor het Hof. De rechters hadden daarvan namelijk blijk moeten geven door voldoende redenen op te geven.[12] Kortom, als materieel voldaan is aan het relevantiecriterium, is de motiveringsplicht van de rechter wel strikt.

15. Ook bij de laatste stap in het *Perna/Murtazaliyeva* blijkt weer hoe het recht op ontlastende getuigen, evenzeer als dat op belastende getuigen dient te worden gezien vanuit het perspectief van de deugdelijke waarheidsvinding. Bij toetsing aan de derde eis ziet het Hof namelijk nog in twee nadere aspecten aanleiding om tot een oneerlijkheidsoordeel uit te

komen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de eenzijdigheid van de bewijsvoering. De vervolging van klagers is essentieel gevoerd op basis van alleen door de aanklager ingebracht bewijs (dat wel als geheel is onderzocht), terwijl de verdediging niet in de gelegenheid is gesteld eigen bewijs aan te voeren. Dat botst volgens het Hof ook met een van de fundamentele principes van strafvordering in Slowakije (en ook in Nederland), dat de aanklager verplicht is 'to investigate with equal diligence the circumstances weighing against persons facing charges as well as those in their favour'. Dat is in deze zaak echter niet gebeurd: '(o)n the contrary, the picture emerging from the facts of the case appears to suggest that the authorities only examined one version of the facts and actively refused to examine the version presented by the applicants.'[13] Met alternatieve scenario's dient aldus zorgvuldig te worden omgegaan. Die verplichting ontstaat niet wanneer de verdediging in staat blijkt ter zake een overtuigende onderbouwing aan te bieden, maar bestaat ook als vaste, zelfstandige eis, omwille van de volledigheid van het onderzoek. In de tweede plaats komt het Hof in het kader van de laatste toets ook terug op de getuigen B. C. en D., en de suggestie van eerste klager dat zij mogelijk in ruil voor immuniteit belastende verklaringen hebben afgelegd. Ook in dat verband is kennelijk geen onderzoek gedaan, zo ook op het moment dat bleek dat B. en D. in een andere strafzaak hebben verklaard dat zij eerder belastende verklaringen jegens de tweede klager onder druk hebben afgelegd.[14] Het Hof herhaalt in dit verband dat 'the use of statements given by witnesses in return for immunity or other advantages may cast doubt on the fairness of the proceedings against the accused and can raise difficult issues to the extent that, by their very nature, such statements are open to manipulation and may be made purely in order to obtain the advantages offered in exchange, or for personal revenge.' In dat verband geldt dat '(t)he risk that a person might be accused and tried on the basis of unverified allegations that are not necessarily disinterested must not, therefore, be underestimated.'[15] Ook in dit opzicht is de oneerlijkheid die het Hof in deze zaak heeft vastgesteld gekoppeld aan de kwaliteit van waarheidsvinding. Niet alleen hadden de getuigen waarom klagers verzochten concreet de inhoud van de door B. C. en D. afgelegde sleutelverklaringen kunnen ontcrachten, nader van belang is dat bij de laatsten sprake was van een intrinsiek betrouwbaarheidsrisico. Daarom was er nadere aanleiding beter om te gaan met de pogingen van de verdediging hun verklaringen te ontcrachten.

16. Als de conclusie kan zijn dat in *Vasaráb en Paulus* indicaties te vinden zijn dat er belangrijke inhoudelijke gelijkenissen bestaan tussen de toetsingskaders voor belastende en ontlastende getuigen, is dat toe te juichen. Het is noodzakelijk de rechter ruimte te laten niet in te gaan op (duidelijk) irrelevante getuigenverzoeken, maar het valt niet te zeggen dat belastende getuigen steeds belangrijker zullen zijn voor de verdediging dan ontlastende - het ligt er maar aan. In *Vasaráb en Paulus* zelf: gelet op de verklaringen van B. C. en D., hadden klagers veel meer belang bij de ondervraging van de ontlastende getuigen die zij wilden

oproepen dan bij (nadere) ondervraging van B. C. en D. zelf. Voorts zou goed zijn dat de twee beoordelingskaders in de kern niet wezenlijk verschillen, in verband met het gegeven dat het ook moeilijk kan zijn zuiver onderscheid te maken tussen belastende en de ontlastende getuigen. Die kwestie wordt kritisch besproken door rechter Pinto de Albuquerque in zijn *dissenting opinion* bij de *Murtazaliyeva* uitspraak. Daarin wijst hij er allereerst op dat er geen basis is in de tekst van art. 6 lid 3 (d) EVRM - waarin het recht is neergelegd om belastende en ontlastende getuigen *under the same conditions* te kunnen ondervragen - om afzonderlijke beoordelingskaders te rechtvaardigen (voor hem, betekent het bestaan daarvan ook dat een 'dubbele standaard wordt gehanteerd. Nader problematisch is dat het bovendien 'highly questionable' is 'whether these double standards can be maintained in view of the multiple sets of circumstances in which a witness may testify or be asked to testify during trial'. Classificatie kan moeilijk zijn volgens hem, zoals wanneer een getuige die door de aanklager is ingebracht ontlastend verklaart, of andersom, wanneer een getuige die de verdediging heeft opgeroepen zich belastend uitlaat. Het kan ook zijn dat de verdediging en de aanklager dezelfde getuige willen horen, of dat de rechter dat ambtshalve wil doen. Ook de duiding van (onafhankelijke) deskundigen als belastend of ontlastend kan problematisch zijn, aldus rechter Pinto de Albuquerque.

17. Het Hof geeft de nationale rechter volgens hem voorts te weinig handvatten in dit verband. De benadering van het Hof is dat het getuigenbegrip in art. 6 EVRM een autonome betekenis heeft en dat, terwijl startpunt is wie de getuige heeft willen oproepen, niettegenstaande nationale classificaties, van een belastende getuige dient te worden uitgegaan wanneer de verklaringen 'to a material degree' dienen als basis voor een veroordeling. Dat criterium levert 'significante problemen' op voor nationale rechters wat rechter Pinto de Albuquerque betreft, vanwege de 'ex post facto and imprecise' aard ervan. Nationale gerechten hebben juist behoefte aan 'a precise, ex ante test, grounded in the chronological point at which the relevant court is called to assess the request that it take such evidence.'[16]

18. In de *Keskin*-uitspraak van het Hof is weliswaar een meer werkbaar criterium te vinden. Daarin stelt het Hof dat uitgegaan dient te worden van een belastende getuige in de situatie 'where the prosecution relies on such a witness statement and the trial court *may use that statement to support a guilty verdict* (...).'[17] Ook dat biedt echter niet een oplossing in de grote variatie van denkbare constellaties waarin het maken van een zuiver onderscheid tussen ontlastende en belastende getuigen moeilijk kan zijn. Dat geldt zeker onder het Nederlands recht, waarin een onderscheid tussen belastende en ontlastende getuigen niet wordt gemaakt. De Hoge Raad heeft ook (in ECLI:NL:HR:2021:576, 20-04-2021) op heldere wijze belicht welke moeilijkheden het hanteren van een onderscheid met zich meebrengt in het eigen stelsel, mede in verband met het breder procesmodel. Toch moet aan het Straatsburgs onderscheid

gevolg worden gegeven, zodoende volgt de Hoge Raad het criterium van het Hof in *Keskin* (uitgegaan dient te worden van een belastende getuige ‘als het verzoek betrekking heeft op een getuige ten aanzien van wie de verdediging het ondervragingsrecht nog niet heeft kunnen uitoefenen, terwijl deze getuige al - in het vooronderzoek of anderszins - een verklaring heeft afgelegd met een belastende strekking). Het gaat dan om een verklaring die door de rechter voor het bewijs van het tenlastegelegde feit zou kunnen worden gebruikt of al is gebruikt. Daarvan is in ieder geval sprake als de rechter in eerste aanleg een verklaring van een getuige voor het bewijs heeft gebruikt, en de verdediging in hoger beroep het verzoek doet deze getuige op te roepen en te (doen) horen’ (ibid). Wat betreft het probleem dat gedurende het strafproces niet steeds zal ‘vaststaan wat de betekenis en het gewicht van de verklaring van de getuige zijn of kunnen zijn bij de beantwoording van de bewijsvraag en daarmee wat het concrete belang van de verdachte is om die getuige te (doen) ondervragen’, staat het volgens de Hoge Raad ‘de rechter echter vrij om zich al een voorlopig oordeel te vormen over het vermoedelijke of mogelijke gewicht van de al door de betreffende getuige afgelegde verklaring, in het licht van wat uit de overige processtukken blijkt en gelet op de beschuldiging die door het openbaar ministerie in de strafzaak centraal wordt gesteld’ (ibid). Dat voorlopig oordeel kan in de loop van het proces veranderen, terwijl ‘met een dergelijke wijze van beoordelen (...) niet ongeoorloofd (wordt) vooruitgelopen op de beslissingen over de vragen van artikel 348 en 350 Sv die de rechter in een later stadium van de procedure zal nemen’, ook niet in de zin dat daarmee blijkt wordt gegeven van vooringenomenheid (ibid). Ook deze aanwijzingen zullen echter niet in alle gevallen oplossingen bieden (zie ook voor in dit verband moeilijke gevallen die de Hoge Raad in de Post-*Keskin* rechtspraak heeft moeten beslechten:

ECLI:NL:HR:2022:1825, 13-12-2022; ECLI:NL:HR:2022:498, 19-04-2022 en, in verband met deskundigenbewijs ECLI:NL:HR:2022:1198, 13-09-2022). Zo bezien valt er, vooral in het licht van de principiële en praktische bezwaren die rechter Pinto de Albuquerque aandraagt, veel voor te zeggen *geen (hard) onderscheid* te hanteren tussen belastende en ontlastende getuigen. Getuigen dienen te worden opgeroepen als zij relevant (kunnen) zijn, dan wel dient de rechter te motiveren waarom zij niet relevant zijn (of om anderen redenen niet kunnen worden opgeroepen) en voorts zeker stellen dat een beperking van het ondervragingsrecht niet uitmondt in oneerlijkheid (door te voorzien in compenserende waarborgen). Bij de (duidelijke) belastende getuige is de relevantie gegeven, bij de ontlastende getuige (en in moeilijk te duiden gevallen), dient de nadruk niet te liggen op de kwaliteit van de onderbouwing van verzoeken door de verdediging. Een indicatie van mogelijke relevantie dient voldoende aanleiding te zijn zorgvuldig om te gaan met getuigenverzoeken, door te horen, bij afwijzing helder te motiveren en actief de algehele eerlijkheid te waarborgen, ook door goed zicht te houden op de volledigheid van onderzochte scenario’s.

F.P. Ölçer

- [1] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, EHRM 15 december 2022, nrs. 28081/19 and 29664/19, par. 41.
- [2] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16.
- [3] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, par. 51.
- [4] *Vasaráb en Paulus t. Slowakije*, pars. 52-54.
- [5] *Ibid*, pars. 7-12.
- [6] *Ibid*, pars. 13-20.
- [7] *Ibid*, par. 25.
- [8] *Ibid*, par. 57-59.
- [9] *Ibid*, par. 55.
- [10] *Ibid*, par. 35.
- [11] *Ibid*, pars. 61-67.
- [12] *Ibid*, par. 68.
- [13] *Ibid*, pars. 69-70.
- [14] *Ibid*, par. 71.
- [15] *Ibid*, par. 72.
- [16] *Dissenting opinion* rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM (GK) 18 december 2018, nr. 36658/05.
- [17] *Keskin t. Nederland*, par. 56.

ANNOTATIE

Stoyanova t. Bulgarije (EHRM, 56070/18) – Verplichte strafverzwaring bij homofobe motieven**P. Ölçer**

1. De zoon van klager in Stoyanova t. Bulgarije is op 26-jarige leeftijd dodelijk mishandeld in een park in Sofia, omdat hij leek op een homoseksueel persoon. Daarvoor zijn twee daders veroordeeld, die deel uitmaakten van een groep van zes middelbare scholieren die er een gewoonte van hadden gemaakt op zoek te gaan naar homoseksuele personen (althans personen ten aanzien van wie zij dat veronderstelden) in het park, met als doel mishandeling. Bij de vervolging van de twee daders voert de aanklager onder andere aan dat uit de omstandigheden van de aanval blijkt dat zij gemotiveerd werden door hun vijandige gevoelens jegens personen met een andere seksuele oriëntatie. De veroordeling in eerste aanleg is ter zake van moord, begaan met 'direct opzet' en op een bijzonder pijnlijke wijze voor het slachtoffer, een strafverzwarende omstandigheid onder 116 lid 1 (6) van het WvSr. Vrijspraak volgt echter ter zake van een de eveneens ten laste gelegde strafverzwarende omstandigheid dat zij het feit met 'hooligan motives' hebben begaan, in de zin van art. 116 lid 1 (11) WvSr. Die uitspraak blijft in beroepsrondes *grosso modo* hetzelfde, met tussentijds gewijzigde duiding van het aan de orde zijnde type opzet en de straftoemeting.

2. Uiteindelijk is de Bulgaarse Hoge Raad het met de feitenrechters eens dat er een 'secure basis' is in het bewijs dat de daders deel uitmaakten van een groep die (door hen veronderstelde) homoseksuele personen mishandelden. Ook is de Hoge Raad echter van oordeel dat het appelgerecht terecht is uitgegaan, niet van 'direct' maar van 'oblique' opzet ('recklessness'), omdat het oogmerk van de daders gericht was op mishandeling, zonder dat zij daarbij opzet op de dood hadden. Wat betreft de strafverzwarende grond van 'hooligan motives' stelt de Hoge Raad vast dat de daders wel homofobe motieven hadden, maar dat hun gedragingen niet zijn voorafgegaan door, begeleid met of gevolgd door 'acts of hooliganism' in de zin van art. 116 lid 1 (11) WvSv. Daarvoor zou sprake moeten zijn van 'indecent actions that grossly violated public order and showed overt disrespect towards society' terwijl die acties het motief zouden moeten zijn voor de moord en die hebben gedreven. Het enkele gegeven dat een moord zonder aanleiding wordt begaan zou niet voldoende zijn om dergelijke

‘hooligan motives’ vast te stellen.

3. De Hoge Raad acht de door de appelrechter opgelegde straf voorts te zwaar en is het met de rechter in eerste aanleg eens dat er aanleiding is gebruik te maken van de mogelijkheid in het nationale recht onder het wettelijke minimum te bestraffen (de wettelijke minima waren voor de ten tijde van delict meerderjarige dader vijftien jaar gevangenisstraf en voor de minderjarige, vijf). Bij die beslissing betreft de Hoge Raad ten aanzien van de eerste dader zijn jeugdige leeftijd ten tijde van het delict, het gegeven dat hij geen justitiële documentatie heeft, de excessieve lengte van de procedure, zijn goed arbeidsverleden en zijn slechte gezondheid. In het nadeel van deze dader in aanmerking nemend dat hij de portemonnee en telefoon van het slachtoffer heeft weggenomen en later zijn betrokkenheid heeft proberen te verdoezelen door getuigen om te kopen, stelt de Hoge Raad zijn straf vast op tien jaar gevangenisstraf. Bij de tweede dader betreft de Hoge Raad in zijn straftoematingsbeslissing eveneens de lengte van de procedure, het ontbreken van justitiële documentatie en zijn ‘good character’ en legt aan hem viereneenhalf jaar gevangenisstraf op. Die verlaging is vooral gekoppeld aan de lengte van de procedure, en is tot zes maanden beperkt omdat de tweede dader ten tijde van delict bijna meerderjarig was.

4. De Hoge Raad stelt ook vast dat het verzoek van klagster om strafverhoging, gebaseerd op haar argumenten dat het feit wel met direct opzet en ‘hooligan motives’ begaan is, niet kan worden gevolgd, omdat die vorm van opzet en dat motief niet is vastgesteld. Ook haar nadere argumenten dat de ernst van het delict en de verwijtbaarheid van de daders nopen tot zwaardere straffen slaagt niet (de Hoge Raad de zaak wel terug naar de feitenrechter in verband met de civiele schadeclaim van klagster).[1]

5. Bij het EHRM ziet de klacht van klagster op schending van art. 14 jo. art. 2 EVRM. Zij stelt daarbij dat terwijl de dodelijke aanval op haar zoon begaan is onder homofobe motieven, de daad in de strafzaak tegen de daders is behandeld als geweldpleging zonder dergelijke boventonen. De schending zou in de eerste plaats zijn gelegen in het feit dat het nationale strafrecht niet voorziet in een strafverzwarende grond bij homofobe motieven. In de tweede plaats zouden nationale rechters ook in strijd met art. 14 jo. 2 EVRM hebben gehandeld, door de homofobe motieven van de daders niet te kwalificeren als ‘hooligan’ motieven, maar ook doordat zij niet (minstens) die motieven als strafverzwarende factoren hebben meegenomen in de straftoemeting.

6. Wanneer deze feiten in Nederland zouden zijn begaan is niet ondenkbaar dat de uitkomst van een strafzaak tot vergelijkbare klachten zou kunnen leiden. Wat het eerste deel van de klacht betreft, ook in Nederland voorziet de wet niet in strafverzwaring bij discriminatoire motieven - of in de terminologie die in Nederland wordt gebruikt, bij discriminatoir oogmerk -

ook niet in geval dat discriminatoir oogmerk betrekking heeft op homofobie (of seksuele geaardheid).

7. In de context van de bestrijding van discriminatie is er wel een belangrijke rol voor strafrechtelijke handhaving. In het WvSr zijn een aantal ‘discriminatiefeiten’ strafbaar gesteld, onderverdeeld in ‘uitingsdelicten’ (artikelen 137c, 137d en 137e WvSr) en ‘uitsluitingsdelicten’ (artikelen 137g en 429quater Sr).[2] Daarnaast vallen onder de Aanwijzing Discriminatie van het openbaar ministerie ook ‘*commune delicten met een discriminatieaspect*, ook wel codis-feiten genoemd’.[3] Dat zijn feiten als ‘mishandeling, openlijke geweldpleging, eenvoudige belediging, bedreiging, opruiing, vernieling, brandstichting of doodslag waarbij een discriminatieaspect ex artikel 137c Sr als motief of aanleiding heeft gespeeld, of gebruikt is om het delict indringender te plegen’.[4] Specifiek wordt in de Aanwijzing ook genoemd dat uitgegaan wordt van een codis-feit indien ‘het discriminatieaspect is gelegen in een genderidentiteit die niet past bij het geboortegeslacht’.[5]

8. Aldus voorziet het Nederlands strafrecht in zelfstandige strafbaarstelling van bepaalde gedragingen die rechtstreeks betrekking hebben op discriminatie. Voor commune feiten die met een discriminatoir oogmerk zijn begaan voorziet enkel deze Aanwijzing in een bijzondere regeling. Die is opgesteld vanuit het perspectief van het openbaar ministerie en heeft aldus brede oriëntatie, die aansluit bij de gehele taakstelling van het openbaar ministerie in de ‘OM-keten’. Wat de vervolging van codis-feiten betreft is daarin voorgeschreven dat, vooral bij geweldsdelicten, de mogelijkheid van een discriminatie-aspect ‘een zwaarwegende indicatie’ oplevert voor opsporing en vervolging’.[6] Voorts is het beleid dat bij dagvaarding ‘(i)n de strafmaat en de toonzetting van het requisitoir’ de ‘maatschappelijke afwijzing van discriminatie duidelijk naar voren te komen’. Dat betekent ook dat ‘een discriminatieaspect in het requisitoir (dient) te worden benadrukt en als strafverzwarende omstandigheid in de eis (dient) te worden betrokken, conform de Richtlijn voor strafvordering discriminatie’.[7]

9. In het nationale recht is aldus ‘een basis’ te vinden voor de mogelijkheid van strafverzwaring bij een casus zoals die in *Stoyanova*. Nu het Hof in de context van verdragsbepalingen waarin een basis in het nationale recht wordt verlangd (en daaraan kwaliteitseisen stelt), vooral geen strikte eisen stelt met betrekking tot de vormgeving daarvan (zoals dat die basis steeds de constructie heeft van een wettelijke regeling), zou ‘regeling’ in een Aanwijzing van het openbaar ministerie acceptabel kunnen zijn. Het gaat in deze zaak echter om positieve verplichtingen adequaat te reageren op geweldpleging met discriminatoir oogmerk, waardoor het niet vooral gaat om de vorm van het nationale recht, maar de inhoudelijke potentie die het recht biedt om tot een geschikte strafrechtelijke reactie te komen. Dat het openbaar ministerie voornoemd beleid voert ten opzichte van codis-feiten brengt niet met zich mee dat gegarandeerd is dat noodzakelijke positieve bescherming wordt

gerealiseerd. Ook in *Stoyanova* heeft de aanklager geprobeerd de rechter ervan te overtuigen het discriminatie-aspect een plek te geven in de veroordeling van bestrafing van de daders. Dat is evenwel niet gelukt. De vraag kan aldus zijn of positieve verplichtingen in deze context toch nopen tot een wettelijke regeling (ook van meer dwingende aard).

10. Opportuun is in ieder geval dat thans bij de Tweede Kamer een initiatief-voorstel tot wijziging van het WvSr voorligt, ter invoering van 'het discriminatoir aspect als strafverzwaringsgrond'.^[8] Daarin wordt voorgesteld een nieuw artikel 44bis WvSr in te voeren, dat als volgt zal komen te luiden: '(i)ndien een strafbaar feit wordt begaan met een discriminatoir oogmerk dan wel bestaat uit, wordt voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door gedragingen die haat tegen of discriminatie van een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun seksuele gerichtheid of hun handicap tot uitdrukking brengen, kan de op dat feit gestelde tijdelijke gevangenisstraf of hechtenis met een derde worden verhoogd'.^[9] Aan artikel 90quater WvSr wordt een tweede lid toegevoegd, waarin het discriminatoir oogmerk wordt gedefinieerd. Daaronder wordt verstaan 'het oogmerk om haat tegen of discriminatie van een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun seksuele gerichtheid of hun handicap tot uitdrukking te brengen'. Blijkens de (naar aanleiding van het advies van de Raad van State gewijzigde) memorie van toelichting bij het voorstel,^[10] is er ook alle aanleiding voor de voorgestelde wijziging. Onderzoek zou uitwijzen dat verschillende voordelen zijn verbonden aan de invoering van een strafverzwaringsgrond bij discriminatoir oogmerk.^[11] In zijn beleidsreactie op (rechtsvergelijkende) WODC-onderzoeken naar discriminatie als strafverzwaringsgrond gaf de toenmalige minister ook aan de voordelen daarvan te zien, zo ook de huidige minister.^[12] De indieners van het initiatief-voorstel 'onderschrijven (...) van harte' het beleid van het openbaar ministerie (in de voornoemde Aanwijzing), maar vinden niettemin 'een explicieter signaal van de strafwetgever nodig.' Meer concreet komt dat, '(m)et het oog op de toegenomen publieke en politieke aandacht en gevoeligheid voor de ernst van discriminatie, discriminatoir geweld en andere delicten gepleegd met een discriminatoir aspect', neer op een noodzaak voor 'een duidelijke standpuntbepaling door de wetgever in de vorm van een verhoging van de maximum strafbedreiging'.^[13] Van belang achtten zij voorts dat de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) Nederland heeft opgeroepen te voorzien in een wettelijke regeling voor strafverzwaring bij racistische motieven. Zo een bepaling zal 'een belangrijk preventief effect (hebben), verschaft het rechters duidelijkheid en levert het een bijdrage aan grondig onderzoek van politie en Openbaar Ministerie naar de aanwezigheid van dergelijke motieven, een en ander conform de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens'.^[14] Logischerwijs kan die oproep breder worden getrokken naar alle vormen van discriminatie.

11. De aansluiting bij het EVRM is in ieder geval aldus een belangrijk gezichtspunt. In dat verband is interessant te bezien of in de *Stoyanova*-uitspraak een antwoord te vinden is op de (hierboven reeds opgeworpen) vraag of het EHRM inderdaad als (harde) eis stelt dat het nationale recht voorziet in een wettelijke strafverzwaringsgrond. Zo dat niet het geval is brengt dat overigens natuurlijk niet met zich mee dat daar toch niet voor gekozen dient te worden. Belangrijk is dan ook een tweede vraag, namelijk of de invoering van een strafverzwaringsgrond zoals voorgesteld ook toereikend kan worden geacht, in ieder geval waar het gaat om codis-feiten, zeker geweldsdelicten.

12. Omdat de *Stoyanova*-uitspraak niet steeds in helderheid uitblinkt is het nuttig de door het Hof bij de beoordeling van de klacht genomen stappen te doorlopen. In het kader van de uiteenzetting van de van toepassing zijnde algemene principes benadrukt het Hof, onder verwijzing naar de eigen rechtspraak, dat de volgende positieve verplichtingen bestaan bij onder discriminatoire, waaronder homofobe, motieven begane geweldpleging. In de eerste plaats dienen bij de opsporing alle redelijke stappen te worden ondernomen om discriminatoire motieven bloot te leggen. In de tweede plaats dienen gerechtelijke procedures te voorzien in een adequate reactie. Algemeen geldt dat het gelijkstellen van geweld met en zonder discriminatoir oogmerk neerkomt op ‘turning a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights’. Het nalaten discriminatoire gevallen ongelijk te behandelen kan daarom in strijd zijn met art. 14 EVRM.[15]

13. Wat de toetsing aan deze verplichtingen betreft,[16] niettegenstaande enige vertraging in de procedure, toont de veroordeling van de twee daders volgens het Hof dat de autoriteiten vastberaden waren hen ter verantwoording te roepen. Ook zijn de homofobe motieven vastgesteld. Klaagster heeft ook niet gewezen op tekortkomingen in het onderzoek. Haar klacht is namelijk gericht op de vormgeving van de strafbaarstelling onder het nationale recht en het gegeven dat de gerechten de afwezigheid van een strafverzwarende grond niet hebben goed gemaakt. Dat hadden zij volgens haar kunnen door de feiten te kwalificeren onder de wel voorziene strafverzwarende grond van ‘hooligan motives’, dan wel zelf de homofobe motieven als individuele factoren te verwerken in de straftoematingsbelissing.

14. Het Hof blijft in de uitspraak enigszins onduidelijk voor wat betreft de eigen voornamelijke focus binnen deze twee afzonderlijke klachten. Enerzijds geeft het aan zich in hoofdzaak te richten op het nationale recht, anderzijds betreft het ook de toepassing daarvan door de rechter in de beoordeling. Inhoudelijk ziet de uitspraak ook vooral op het laatste. Bij de bespeking daarvan lijkt het Hof voorts een beetje te dubben of het zich wel of niet hard wil uitspreken over het optreden van de rechter. Het Hof heeft zich namelijk terughoudend op te stellen in dat verband. Dat geldt allereerst bij de vraag of de grond van ‘hooligan motives’ door de rechter had dienen te worden toegepast. Dat is niet opvallend, omdat het daarbij gaat om de

strafrechtelijke kwalificatievraag en daarmee een aangelegenheid is van interpretatie van het nationale recht, in het algemeen een terrein waarin het Hof een 'nee, tenzij'-positie inneemt waar het gaat om interventies. Datzelfde geldt waar het gaat om de straftoemingsbeslissing alsmede de wijze waarop de rechters de door hen aangenomen strafverminderende en strafverzwarende omstandigheden daarin hebben laten interacteren.

15. Toch geeft het Hof er ook blijk van zich aan de toepassing van het nationale recht te storen. Opvallend acht het namelijk dat de Hoge Raad, anders dan de feitenrechters, de homofobe motieven niet (voldoende) heeft genoemd, ondanks dat die duidelijk een sleutelrol speelden in de zaak. Ook laat het Hof niet na te benoemen het zorgelijk te vinden dat de Hoge Raad aanleiding zag, ondanks 'the particular gravity and viciousness of the attack', bij de straftoemering 'special leniency' toe te passen en de straffen ver onder het wettelijk minimum te stellen, vooral omdat die optie onder het nationale recht bedoeld is voor gevallen waarin de minimumstraf 'unduly harsh' zou zijn. Niettemin komt het Hof niet (duidelijk) tot een schending op dit punt). Wat de straftoemingsbeslissing betreft is daarbij van belang dat de straffen die zijn opgelegd, in het licht van de Straatsburgse rechtspraak, objectief niet als 'manifest disproportioneel' gelden.

16. Het Hof laat de terughoudendheid echter varen waar het gaat om de beoordeling van het nationale recht. Vaststaat dat in de relevante periode daarin niet werd voorzien in een strafverzwarende grond bij homofobe motieven. Ook anderszins bevatte het nationale recht geen mechanisme via hetwelk discriminatoire delicten zwaarder zouden kunnen worden bestraft. Dat werd overigens ook door de Bulgaarse autoriteiten als een leemte gezien, reden waarom de wet nadien is gewijzigd, zodat racistische en xenofobe motieven wel tot strafverzwaring leiden (ook overigens om gevolg te geven het Kaderbesluit van de Europese Raad betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, in het bijzonder art. 4 daarvan).[17]

17. Dan komt het Hof toch weer terug bij de rechter. Klaagster en de aanklager hebben in het kader van de nationale procedure als gezegd bepleit dat de leemte in het nationale recht kon worden gerepareerd door toepassing van de strafverzwarende grond van 'hooligan motives'. Ook de Bulgaarse overheid heeft in Straatsburg zich op die mogelijkheid beroepen, alhoewel duidelijk met een nadere bedoeling, namelijk om te beargumenteren dat het nationale recht wel voldoende geëquipeerd was om te voorzien in een adequate reactie. Het Hof acht die mogelijkheid niet ondenkbaar, maar feit blijft wel dat de rechter geen gebruik heeft gemaakt daarvan. Daarnaast hebben de nationale rechters ook niet gekozen voor een andere adequate oplossing. De feitenrechters, die de homofobe motieven wel duidelijk hebben vastgesteld, hebben in hun motivering echter niet helder gemaakt welk gewicht zij daaraan hebben toegekend in hun algehele beoordeling van de strafverminderende en strafverzwarende

factoren. (Overigens was dat geheel conform de Bulgaarse praktijk, waarin kennelijk in het algemeen niet wordt gemotiveerd wat het afzonderlijk gewicht is van dergelijke factoren). Daarenboven heeft de Hoge Raad, die de hogere straffen die in appel waren opgelegd ook nog verlaagde, die motieven niet eens genoemd. De homofobe motieven hadden daardoor geen ‘measurable effect’ binnen de strafbepalingsbeslissing en de gerechten hebben geen ‘tangible legal consequences’ daaraan gekoppeld.

18. Dat lijkt te gaan in de richting van een schending op beide vlakken - wegens gebreken in het nationale recht en het optreden van de gerechten - maar toch komt het Hof niet op een twee-ledige schending uit, een uitkomst waartegen rechters Eicke and Vehabović zich in hun *concurring opinion* uitspreken. Het Hof wil de schending uiteindelijk niet neerleggen bij de gerechten. De rechterlijke omissies waren volgens het Hof namelijk hoofdzakelijk gelegen in het feit de rechters door het nationale recht niet waren adequaat uitgerust. Dat laatste is uiteindelijk de reden waarom art. 14 jo. 2 EVRM is geschonden in deze zaak.

19. Op twee plekken in de uitspraak is een verklaring te vinden waarom het Hof zo om het (zelf als gebrekkig vastgesteld), optreden van de nationale gerechten heen danst. In het kader van de beoordeling van de klacht wijst het Hof er namelijk op- expliciterend dat het daarbij niet de bedoeling heeft zich met goedkeuring dan wel afkeuring uit te spreken over de inhoudelijke oordelen van de gerechten - dat van nationale gerechten niet kan worden verwacht dat zij zich kwijten van hun positieve verplichtingen onder art. 14 jo 2 EVRM, door in strijd in met art. 7 EVRM te handelen.[18] Een dergelijke overweging komt ook terug bij de overwegingen van het Hof in verband met art. 46 EVRM.[19] In dat verband oordeelt het Hof dat, nu de in deze zaak vastgestelde schending ‘appears to be of a systemic character, in the sense that it resulted from the content of the relevant Bulgarian criminal law, as interpreted and applied by the Bulgarian courts’, het geschikt is enige indicaties te geven hoe dergelijke schendingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Dat gezegd hebbende, komt het Hof ook niet helder uit die aanbevelingen, want het stelt in dat verband het volgende: ‘(t)he breach resulted, depending on how the matter is seen, either from a lacuna in the Bulgarian Criminal Code, or from the way in which the Bulgarian courts construed and applied the relevant provisions of that Code’. De aanbeveling zelf is ook niet erg behulpzaam: het is niet aan het Hof te bepalen wat dient te veranderen. Bulgarije moet het aldus vooral zelf uitzoeken, maar dient hoe dan ook te garanderen dat homofobe motieven bij geweldpleging, vooral wanneer die de dood tot gevolg heeft, op enerlei wijze strafverzwarend werken. Ook hier benadrukt het Hof echter wederom dat ‘naturally’, de gekozen weg ‘in full compliance’ dient te zijn met ‘the requirement that criminal law is not to be construed extensively to the detriment of the accused’. De verwijzingen naar het legaliteitsbeginsel in de uitspraak helpen begrijpen waarom het Hof worstelt met een harde en duidelijk negatieve waardering van het optreden

van de gerechten. Kennelijk wil het voorkomen dat de indruk wordt gewerkt dat rechters, om strafverzwaring te bewerken, alle nodige gekke sprongen dienen te maken.

20. Wat de hierboven opgeworpen eerste vraag betreft, te weten of uit deze uitspraak volgt dat invoering van een wettelijke strafverzwarringsgrond verplicht is, is het antwoord daarop ja en nee. Dat is niet noodzakelijk indien er andere geschikte mechanismen zijn in het nationale recht waarlangs strafverzwaring kan worden bewerkt. Wat de Aanwijzing Discriminatie betreft lijkt het erop dat, gelet op het gegeven dat strafverzwaring wel een harde verplichting is en het beleid van het openbaar ministerie geen garantie biedt dat die wordt toegepast, het daarin vervat beleid niet als een geschikt alternatief kan worden opgevat. Voor zover rechters in concrete zaken er zelf voor kiezen homofobe motieven een adequate rol te laten spelen in de straftoematingsbeslissing, lijkt dat wel een oplossing. Daarentegen maakt de nadruk die het Hof legt op het legaliteitsbeginsel die laatste modaliteit wel kwetsbaar. Duidelijk is dat een rechter een andere strafverzwarringsgrond, in spanning of strijd met art. 7 EVRM, niet extensief dient om te buigen om het 'dekkend' te maken voor homofobe (of breder, discriminatoire) motieven. Voor zover zonder adequate (wettelijke) grondslag - vooral opeens en retroactief - straffen systematisch en significant zouden worden verhoogd bij dergelijke motieven, zou dat ook problematisch kunnen zijn vanuit legaliteitsperspectief. Dat requireer- en vorderingsbeleid van het openbaar ministerie ook niet garandeert dat de rechter zal meegaan met een verzwaarde straf, pleit ook weer voor wettelijke regeling. Dan blijft over de tweede vraag hierboven gesteld, namelijk of de invoering van een wettelijke verzwarringsgrond wel voldoende is, in het licht van deze uitspraak. In dat verband kan worden opgemerkt dat een signaal van de wetgever bij de invoering van een strafverzwarende grond wel zeer duidelijk moet zijn. De rechter dient er wel gevolg aan te geven, en wel op een waarneembare wijze. Daarbij past ook een sterke motiveringsplicht, die door de Hoge Raad kan worden opgelegd.

F.P. Ölçer

[1] *Zie de feiten en omstandigheden van deze zaak, Stoyanova t. Bulgarije, EHRM 14 juni 2022, nr. 56070/18, pars. 5-32.*

[2] Aanwijzing discriminatie (2018A009), onder andere te raadplegen op:
<https://www.om.nl/onderwerpen/beleidsregels/aanwijzingen/specialistisch/aanwijzing-discriminatie-2018a009>.

[3] Ibid.

[4] Ibid.

[5] Ibid.

[6] Ibid.

[7] Richtlijn voor strafvordering discriminatie (2015R001), te raadplegen op:
<https://www.om.nl/onderwerpen/beleidsregels/richtlijnen-voor-strafvordering-resultaten/richtlijn-discriminatie-2015r001>.

[8] Voorstel van wet van de leden Ellemeet en Segers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de invoering van het discriminatoir aspect als strafverzwaringsgrond, Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, 35 709, Vergaderjaar 2021–2022, Nr. 6.

[9] In de artikelen 137c, 137d, 137^e, 137f en 429quater WvSr worden voorts telkens de termen ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’ vervangen met ‘seksuele gerichtheid’ en wordt ‘lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap’ vervangen door ‘handicap’.

[10] Voorstel van wet van de leden Ellemeet en Segers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de invoering van het discriminatoir aspect als strafverzwaringsgrond, Memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het Advies van de Raad van State, 35 709, Vergaderjaar 2021–2022, nr. 7.

[11] Ibid, p. 2, met verwijzing naar P. Kruize en P. Gruter, Discriminatie: van aangifte tot vervolging. De gang van discriminatiezaken door de strafrechtsketen, Den Haag: WODC 2015.

[12] Ibid, p. 3. Zie in dat verband het voornoemd onderzoek van Kruize en Gruter en dat van J.M. Ten Voorde, S.V. Hellemons en P.M. Schuyt, Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten. Een rechtsvergelijkende studie, Den Haag: WODC 2020, pag. 209. 2 P. Kruize en P. Gruter, Discriminatie: van aangifte tot vervolging. De gang van discriminatiezaken door de strafrechtsketen, Den Haag: WODC 2015. Zie ook S. Hellemons, P. Schuyt en J. ten Voorde, Het discriminatoir oogmerk als strafverhogende omstandigheid, NJB 23 (2021).

[13] Ibid, p. 3.

[14] Ibid, p. 2-3.

[15] *Stoyanova t. Bulgarije*, pars. 63-64.

[16] Ibid, pars. 66-76.

[17] Ibid, par. 35. Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008. Art. 4 van het

besluit luidt als volgt: ‘De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat racistische en xenofobe motieven voor andere dan in de artikelen 1 en 2 bedoelde delicten als een verzwarende omstandigheid worden beschouwd, dan wel dat die motieven door de rechter in aanmerking kunnen worden genomen bij de bepaling van de strafmaat’.

[18] Ibid, par. 71.

[19] Ibid, pars. 78-79.

ANNOTATIE

Spasov t. Roemenië (EHRM, 27122/14) – Schending EU-recht door rechter grond voor strijd met artikel 6 EVRM en strafrechtelijke herziening***J. Krommendijk en M. Timmerman***

1. In de hier geannoteerde zaak *Spasov* oordeelt het EHRM dat sprake is van een ‘*denial of justice*’ en daarmee een schending van artikel 6 lid 1 EVRM. Grond daarvoor is een kennelijk onjuiste rechtsopvatting van een nationale rechter ten aanzien van de uitleg en toepassing van het EU-recht. Een belangwekkende principiële uitspraak waarmee de rechtstelsels van de EU en het EVRM nog meer in elkaar groeien. In deze annotatie plaatsen wij deze uitspraak in de bredere context van Straatsburgse jurisprudentie, namelijk de *Dhahbi*-rechtspraak over motiveringsplichten van nationale rechters, de *Bosphorus*-jurisprudentie en de eerdere uitspraak in *Dangeville* (randnrs. 2-4). Wij zullen vooral, *Advies 2/13*-indachtig, wijzen op de risico’s van een Straatsburgse beoordeling van het EU-recht (randnrs. 5-8).[1] Vervolgens gaan wij in op de mogelijkheden van herziening van een strafrechtelijke veroordeling in Nederland als gevolg van schending van EU-recht (randnrs. 9-12). Hoewel de huidige wet schending van EU-recht niet als herzieningsgrond aanmerkt en EU-recht daar ook (nog) niet toe dwingt, illustreert *Spasov* goed dat schending van EU-recht wel tot herziening kan leiden als de gewezen verdachte over die schending met succes een Straatsburgse procedure heeft aangebracht.

Drie Straatsburgse voorlopers en gerelateerde jurisprudentielijnen

2. Naar ons weten is dit de eerste keer dat het EHRM concludeert dat sprake is van een schending van artikel 6 EVRM vanwege een kennelijk onjuiste rechtsopvatting van een nationale rechter ten aanzien van de uitleg en toepassing van het EU-recht. Dit betekent overigens niet dat er geen gerelateerde relevante Straatsburgse uitspraken zijn. Wij onderscheiden drie smaken. Ten eerste is er uitgebreide EHRM-rechtspraak omtrent de motiveringsplicht van besluiten van nationale rechters om niet te verwijzen. Het EHRM heeft de laatste jaren meerdere keren een schending van artikel 6 EVRM vastgesteld in gevallen waarbij de hoogste nationale rechter - ondanks een voldoende duidelijk onderbouwd verzoek

van een van de partijen - nalaat om een prejudiciële verwijzing te maken.[2] In deze gevallen betreft de schending het niet voldoen aan de rechterlijke motiveringsplicht op grond van artikel 6 lid 1 EVRM. Dit is dus vooreerst een meer formele of procedurele schending van het recht op effectieve rechtsbescherming, terwijl het in de onderhavige uitspraak gaat om een materiële schending van het recht bezien in de sleutel van toegang tot een rechter in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM, nl. '*denial of justice*'. Het EHRM contrasteert de onderhavige uitspraak ook nadrukkelijk met de rechtspraak over de rechterlijke motiveringsplicht, waaronder meest recent *Sanofi Pasteur* (par. 87).[3] Overigens noemt het EHRM wel dat de Roemeense rechter in geval van twijfel over de uitlegging van het EU-recht vragen aan het HvJ had kunnen stellen (par. 97).

3. Een tweede smaak betreft de rechtspraak rondom *Bosphorus*. Deze rechtspraak is niet specifiek gericht op nationale rechterlijke autoriteiten, maar betreft de bredere implementatie van het EU-recht door lidstaten. Op grond van het *Bosphorus*-vermoeden gaat het EHRM er van uit dat EVRM-verplichtingen niet zijn geschonden bij de uitvoering van Unierecht tenzij er sprake is van een kennelijke tekortkoming ('*manifestly deficient*'), wanneer i) de staat geen beoordelingsmarge heeft en ii) wanneer het volledige EU-systeem van rechtsbescherming is ingezet. Pas relatief recent, in 2021, weerlegde het EHRM voor het eerst (en het laatst) het *Bosphorus*-vermoeden en constateerde een schending van artikel 3 EVRM. Dat gebeurde in de zaak *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk* waarin een verdachte naar Frankrijk was overgeleverd vanuit Roemenië op basis van een Europees arrestatiebevel.[4] Die overlevering was vooral problematisch omdat uit meerdere EHRM-uitspraken bleek dat sprake was van te volle gevangenissen en een reëel risico bestond dat de klager gedetineerd zou worden in een cel waar hij minder dan 3m² persoonlijke ruimte zou hebben. Volgens het EHRM hadden de uitvoerende Franse rechterlijke autoriteiten in de zaak van Moldovan de van de Roemeense autoriteiten verkregen aanvullende informatie over de detentieomstandigheden beter moeten toetsen. De Franse rechter had zich te gemakkelijk op de Roemeense verklaringen en toezeggingen gebaseerd. Het EHRM oordeelde dus dat *de toepassing* van het EU-recht door de nationale rechter problematisch is in het licht van het EVRM. Het Hof geeft aldus niet zozeer een inhoudelijk oordeel over het EU-recht, maar enkel over de wijze waarop dat door de nationale rechter is toegepast. Evenmin schrijft het Hof voor hoe het Unierecht dient te worden geïnterpreteerd.

4. De omgang met EU-recht in *Spasov*, en de vraagtekens die dat oproept, doet ten derde denken aan de zaak *Dangeville* uit 2002.[5] In die zaak stelde het EHRM een schending van het in artikel 1 van het Eerste Protocol neergelegde recht op eigendom vast. De grond daarvoor was de afwijzing door de Franse rechter van een, volgens het Straatsburgse Hof, valide claim van de klager over ten onrechte betaalde BTW (par. 48). Die afwijzing was mede het gevolg

van het nalaten door de Franse wetgever om het nationale recht in overeenstemming te brengen met een EG-richtlijn (par. 57). In *Dangeville* stelt het EHRM namelijk vast dat de in de Franse wet gestelde eisen in strijd zijn met een bepaling van een richtlijn die vanaf een bepaald moment rechtstreeks toepasselijk ('*directly applicable*') is (par. 46). Het Hof doet dat met een algemene verwijzing naar 'de relevante rechtspraak van het HvJ', naar de tekst van de toepasselijke richtlijn en naar een notificatie aan de Franse Staat in een latere richtlijn dat Frankrijk extra tijd kreeg om zijn wetgeving aan de toepasselijke richtlijn aan te passen. Hoewel het Hof erkent dat in Frankrijk moeilijkheden bestonden bij de implementatie en interpretatie van de toepasselijke richtlijn (par. 57), en het Hof die moeilijkheden niet als evident onredelijk aanmerkt, bieden de door het EHRM genoemde bronnen van EG-recht voldoende grond voor het duidelijke oordeel van het Straatsburgse Hof over welke rechten de klager vanaf welk moment aan het EG-recht kon ontlelen.

Straatsburgs oordeel over de onjuiste EU-rechtelijke rechtsopvatting van de nationale rechter

5. Interessant aan onderhavige uitspraak is dat het EHRM, anders dan in de hiervoor aangehaalde uitspraken, duidelijker komt tot een appreciatie van het EU-recht, zij het wellicht vooral impliciet. Dat brengt ons bij het punt van het onderscheid tussen de toepassing van het EU-recht en de uitleg daarvan. Het HvJ heeft in *Advies 2/13* duidelijk aangegeven dat de autonomie van het EU-recht betekent dat het louter aan het HvJ is om EU-recht uit te leggen.[6] Het EHRM is zich bewust van deze Luxemburgse houding die overigens ook aansluit bij het subsidiaire karakter van het toezicht door het EHRM. In de al genoemde zaak *Sanofi Pasteur* oordeelde het: 'it is not for the Court to examine any errors that might have been committed by the domestic courts in interpreting or applying the relevant law ... On that latter point, it has also pointed out that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law, if necessary in conformity with Community law, the Court's role being confined to ascertaining whether the effects of such adjudication are compatible with the Convention'.[7] In de hier geannoteerde zaak *Spasov* lijkt het EHRM op dit punt iets minder stellig en noemt het dat het in de eerste plaats aan de nationale (rechterlijke) autoriteiten is om het nationale recht uit te leggen in het licht van het EU-recht. De rol van het EHRM is beperkt tot het nagaan of de gevolgen van die uitleg verenigbaar zijn met het EVRM (par. 83). Het noemt daarbij niet dat het EHRM geen oordeel velt over fouten van nationale rechters in de uitlegging en toepassing van het EU-recht. Dat laatste doet het in *Spasov* nu juist wel! Dat is wat ons betreft, in deze bijzondere casus, niet problematisch vanuit een EU-optiek. Met name omdat de Roemeense rechter, na verschillende duidelijke signalen over de waarschijnlijke strijd met EU-recht, kwam tot een met het Unierecht strijdige uitleg zonder over die uitleg het HvJ te consulteren. Vanuit het perspectief van EU-recht en het HvJ

zal een vergelijkbare benadering van het EHRM als in de onderhavige zaak problematischer zijn in een geval waarin meerdere redelijke interpretaties van het nationaal recht in het licht van EU-recht mogelijk zijn. Het ligt dan voor de hand dat het EHRM zich (veel) terughoudender opstelt bij het vaststellen van een schending van artikel 6 EVRM, omdat daarvoor is vereist dat het EHRM uitspraak doet over de juiste uitleg van EU-recht. Hoewel de strijd met EU-recht in de onderhavige zaak voor het EHRM kennelijk evident is, kan gesteld worden dat ook in *Spasov* in zekere zin sprake is van uitleg van EU-recht, al was het maar om die uitleg te plaatsen tegenover de uitleg van de Roemeense rechter. Juist die (impliciete) uitleg van EU-recht zou bij het HvJ tot opgetrokken wenkbrauwen kunnen leiden, *Advies 2/13*-indachtig en de daarin onderstreepte autonomie van het EU-recht.

6. Het EHRM baseert zich voor de vaststelling dat sprake is van een kennelijk onjuiste rechtsopvatting en daarmee een '*denial of justice*' op twee elementen. Allereerst de artikelen 8 en 17 van Verordening (EG) nr. 2371/2002 van de Raad van 20 december 2002 inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid (par. 94). Artikel 17 bepaalt dat communautaire vissersvaartuigen gelijke toegang tot de wateren genieten, behoudens noodmaatregelen van lidstaten op grond van artikel 8 in geval van 'een ernstige en onvoorziene bedreiging voor de instandhouding van levende aquatische hulpbronnen of voor het mariene ecosysteem'. Interessant genoeg komt het EHRM met een eigen uitleg van deze bepalingen en contrasteert die met de uitleg daarvan door het Roemeense hof. Het EHRM oordeelt namelijk dat Roemenië geen toepassing heeft gegeven aan artikel 8 Vo, terwijl het veroordelende Roemeense hof juist oordeelde dat daar wel sprake van was (par. 41-43). Opvallend dus dat het EHRM wel het EU-recht en de toepassing daarvan in nationaal recht beoordeelt en daarmee zonder nadere uitleg of verantwoording ingaat tegen de nationale rechter die de klager heeft veroordeeld. Dat doet het EHRM zelfs voordat het verwijst naar het duidelijke standpunt van de Europese Commissie ('*l'opinion très claire*'; par. 97). Het standpunt van de Commissie vormt namelijk (pas) het tweede element in de redenering van het Hof. Meer in het bijzonder het feit dat de Commissie een inbreukprocedure was gestart ten aanzien van de met het EU-recht strijdige Roemeense regelgeving (par. 96). Daarnaast had de Commissie ook duidelijk gemaakt dat de specifieke zaak van verzoeker in strijd was met het EU-recht (par. 95). Als gevolg van de inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU heeft Roemenië ook uiteindelijk haar visserijregels veranderd. De zaak heeft daardoor nooit het HvJ gehaald en er is dus nooit *in rechte* vastgesteld dat sprake was van een schending van EU-recht. Hoewel het HvJ daadwerkelijk een schending vaststelt in de grote meerderheid van de inbreukprocedures die worden aangebracht, gebeurt dat niet in alle gevallen. Er schuilt daarom wel een gevaar in de verwijzing door het Straatsburgse Hof naar de standpunten van de Commissie als instrument voor de uitleg van EU-recht.

7. Bemoeienis van het EHRM met de materiële toepassing van het EU-recht door de nationale rechter is dus niet zonder risico. Een van die risico's is dat door een gebrek aan nuance bij, of een net ander taalgebruik door, het Straatsburgse Hof twijfel ontstaat over de correctheid van de uitleg en doorgronding van het Unierecht in de uitspraak van het EHRM. In de hiervoor besproken uitspraak in *Dangeville* uit 2002 oordeelde het EHRM bijvoorbeeld stellig over EU-recht en de juiste uitleg en toepassing daarvan in de nationale rechtsorde, maar hanteerde daarbij een onnauwkeurige formulering. Het noemde dat een bepaling van een richtlijn vanaf een bepaald moment rechtstreeks toepasselijk ('*directly applicable*') is (par. 46). Bepalingen van een richtlijn zijn echter nooit rechtstreeks toepasselijk (vgl. art. 288 VWEU), ze kunnen wel rechtstreekse werking hebben, mits de bepaling onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig is geformuleerd en de implementatietermijn van de richtlijn is verstreken. In de hier geannoteerde uitspraak geeft het EHRM EU-rechtelijke doctrines wel op juiste wijze weer. Zo concludeert het Hof: 'En vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, un tel règlement, doté d'un effet direct, l'emporte sur le droit interne contraire' (par. 93). Zo evident als het EHRM de voorwaardelijke relatie tussen rechtstreekse werking en voorrang doet voorkomen, lijkt deze echter niet. Lange tijd werden namelijk vraagtekens gezet bij deze voorwaardelijkheid. In de literatuur is ook bepleit dat voorrang niet afhankelijk is van de mate waarin een bepaling al dan niet rechtstreekse werking heeft.[8] In *Poplawski II* maakt het HvJ een einde aan deze onzekerheid door te oordelen dat een bepaling van nationaal recht louter buiten toepassing kan worden verklaard op basis van een rechtstreeks werkende norm van EU-recht.[9] Hoewel de uitspraak van het EHRM op dit punt in lijn is met de rechtspraak van het HvJ, roept het Engelstalige persbericht behorende bij de onderhavige uitspraak wel vragen op.[10] Daarin wordt onder verwijzing naar verordeningen aangenomen in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid het volgende gesteld: 'According the principle of the primacy of EU law, a Regulation with direct effect took precedence over any conflicting domestic law'. Is het EHRM van oordeel dat de (relevante bepalingen van de) visserijverordening in kwestie rechtstreekse werking heeft? Vanuit EU-rechtelijke optiek zou zo'n oordeel voorbehouden zijn aan het HvJ. Verordeningen hebben namelijk niet noodzakelijkerwijs rechtstreekse werking, maar zijn "slechts" rechtstreeks toepasselijk.[11] Beide termen worden vaak door elkaar gehaald, zoals ook het geval lijkt te zijn geweest in *Dangeville*. Rechtstreekse toepasselijkheid in de zin van artikel 288 VWEU betekent dat er geen omzetting of implementerende maatregelen door de nationale autoriteiten nodig zijn, zoals het EHRM ook benoemt (par. 92). Omzetting is zelfs uitdrukkelijk niet toegestaan. Rechtstreekse werking hangt nauw samen met de notie van 'een ieder verbindende' bepalingen, namelijk de mogelijkheid om rechten te ontleen aan een concrete bepaling van het EU-recht en daar voor een rechter beroep op te doen. Niet iedere bepaling van een verordening heeft per definitie rechtstreekse werking. Daarvoor is als gezegd vereist dat de bepaling onvoorwaardelijk en

voldoende duidelijk en nauwkeurig is geformuleerd. Niettegenstaande dat, zoals aangegeven, het EHRM in de *Spasov*-uitspraak wel de juiste terminologie heeft gebruikt (*'directement applicable'*; par. 92-93), maakt het vorenstaande duidelijk dat het nauw kan komen bij de uitleg en toepassing van EU-recht.

8. De toetreding van de EU tot het EVRM zal de hiervoor besproken risico's van een Straatsburgs duiding van het EU-recht verkleinen. De ontwerp-toetredingsovereenkomst bevat in artikel 3, lid 6, een procedure van voorafgaande betrokkenheid (*'prior involvement'*) van het HvJ in zaken waarin het EU als co-respondent optreedt. Daardoor kan het HvJ het EU-recht toetsen aan de betrokken EVRM-rechten voordat het EHRM een oordeel velt wanneer het die kans nog niet heeft gehad. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als er geen prejudiciële verwijzing is geweest (zoals ook in onderhavige zaak het geval was). *Spasov* toont dus duidelijk de meerwaarde van de toetreding van de EU, ook en vooral vanuit het perspectief van *Advies 2/13* en de autonomie van het EU-recht.

Schending van EU-recht als grond voor herziening van een strafrechtelijke veroordeling in Nederland

9. Naast ruimte voor reflectie op de omgang met EU-recht door het Straatsburgse Hof, biedt de onderhavige zaak ook aanleiding voor enkele gedachten over de Nederlandse regeling van herziening van strafzaken. Die regeling is neergelegd in artikel 457 Sv en biedt onder meer de mogelijkheid om een definitieve veroordeling in een strafzaak te herzien nadat het EHRM een schending van het EVRM heeft vastgesteld in de procedure die tot de veroordeling heeft geleid. Deze - sinds 2003 - in de wet neergelegde herzieningsgrond is onlangs uitgebreid.[12] Sinds 1 oktober 2022 volgt uit artikel 457 lid 1 onder b Sv dat - naast een *bij uitspraak* door het Hof vastgestelde schending van het EVRM - grond voor herziening vormt een *beslissing* van het Hof waarbij de Straatsburgse zaak van de rol is geschrapt na een door Nederland bij eenzijdige verklaring erkende EVRM-schending in de zaak die tot de veroordeling heeft geleid.[13] De recente uitbreiding van de grond om een strafrechtelijke veroordeling te herzien vanwege, kort gezegd, strijd met het EVRM vergroot het contrast met de in de Nederlandse wet ontbrekende herzieningsgrond vanwege strijd met EU-recht. Dit contrast tussen de mogelijkheid tot herziening na schending van het EVRM en de onmogelijkheid om herziening te vragen vanwege schending van het Unierecht is in verband met de recente uitbreiding van artikel 457 Sv niet onbesproken gebleven. De Kamerleden Van Nispen (SP) en Sneller (D66) dienden in het kader van de meeste recente wijziging van de herzieningsregeling een amendement in met het doel dat een latere uitspraak van het HvJ tot herziening van een eerdere onherroepelijk geworden veroordeling kan leiden.[14] Als uit latere rechtspraak van het Luxemburgse Hof blijkt dat een onherroepelijke Nederlandse veroordeling wegens strijd met EU-recht niet in stand kan blijven, zou herziening mogelijk moeten zijn, zo stellen de

Kamerleden. Als alternatieve en facultatieve voorwaarden voor de ontvankelijkheid van zo een herzieningsaanvraag zijn geformuleerd: 1) dat de aanvraag is ingediend binnen drie maanden nadat het Hof uitspraak heeft gedaan; 2) tegen de uitspraak die tot een veroordeling heeft geleid geen niet-aangewende gewone rechtsmiddelen openstonden; of 3) de gewezen verdachte een beroep op strijdigheid met EU-recht heeft gedaan in de procedure die tot zijn veroordeling heeft geleid.[15] Deze ontvankelijkheidsvoorwaarden zijn in het (gewijzigd) amendement van de Kamerleden opgenomen naar aanleiding van het advies van de Hoge Raad aan de Minister van Justitie en Veiligheid over het initieel voorgestelde amendement.[16] Naar aanleiding van datzelfde advies hebben de indieners van het amendement een regeling van overgangsrecht in hun amendement opgenomen. Die regeling houdt in dat de eerste drie maanden na inwerkingtreding van de toegevoegde herzieningsgrond alle voor die inwerkingtreding gewezen uitspraken van het HvJ grond vormen voor herziening van onherroepelijke, met een van die uitspraken strijdige, veroordelingen.[17] Het spreekt voor zich dat deze overgangsregeling in de eerste - vrij korte - periode op papier veel ruimte biedt voor herzieningsaanvragen, aangezien het HvJ in 2020 en 2021 alleen al gemiddeld 782 zaken per jaar afdeed.[18] Dat dit meer dan een theoretisch probleem betreft, lijkt ons overigens niet erg voor de hand liggen. Slechts een klein - maar groeiend - deel van de Luxemburgse zaken betreft namelijk (indirect) EU-strafrecht en, zoals hierna blijkt, het geval waarin een uitspraak van het HvJ twijfels oproept over de houdbaarheid van een eerdere strafrechtelijke veroordeling als zeer zeldzaam wordt aangemerkt.

10. In een Kamerbrief evalueert de Minister voor Rechtsbescherming het voorgestelde amendement.[19] De minister ziet rechtvaardiging voor het openstellen van herziening voor de door hem als zeer zeldzaam aangemerkte situatie waarin een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in belangrijke mate is gebaseerd op de uitleg van EU-recht die, zoals volgt uit een later gewezen uitspraak van het HvJ, blijkt onjuist te zijn.[20] Daarbij houdt de minister vast aan het uitgangspunt dat een gewijzigde rechtsopvatting blijken uit nieuwe rechtspraak in beginsel geen grond voor herziening van op basis van een oudere rechtsopvatting afgedane strafzaken moet opleveren.[21] De minister benadrukt dat de rechtspraak van het HvJ doorgaans *ex tunc*-werking heeft, zodat de uitleg die het Hof aan EU-recht geeft geacht moet zijn te gelden vanaf het moment van inwerkingtreding van dat recht; dus ook op het moment dat de Nederlandse rechter de gewezen verdachte veroordeelde.[22] In die *ex tunc*-werking, zo lijkt de redenering te zijn, ligt het onderscheid met het geval waarin sprake is van een later, door bijvoorbeeld de Hoge Raad, gewijzigde rechtsopvatting en waarin herziening uitgesloten dient te blijven. Ondanks de door de minister op zich gerechtvaardigd geachte grond voor herziening, ontraadt hij het aannemen van het amendement aan de Tweede Kamer. Dat doet hij (dus) niet op inhoudelijke gronden, maar met meer formele

argumenten. Zo voert hij aan dat 1) de toevoeging van de voorgestelde herzieningsgrond een wezenlijke inhoudelijke stelselwijziging met een hoge juridische complexiteit betreft waarover de Afdeling advisering van de Raad van State advies moet kunnen uitbrengen en 2) de voorgestelde regeling een mogelijk forse toename van herzieningsaanvragen mee kan brengen die kan resulteren in een verzwaarde werklast van de Hoge Raad. Uiteindelijk is het amendement met (een nipte) meerderheid door de Tweede Kamer verworpen.[23] Wij vragen ons af of deze formele argumentatie overtuigend is, aangezien er reeds sinds 2003 in het Nederlandse wettelijk stelsel ruimte is voor herziening vanwege EVRM-schending en die herzieningsgrond in de afgelopen bijna twintig jaar slechts tot een beperkt aantal door de Hoge Raad inhoudelijk beoordeelde herzieningsaanvragen heeft geleid.[24]

11. Uit de waardering van het voorgestelde amendement door de minister en de nipte verwerping daarvan door de Tweede Kamer blijkt dat draagvlak bestaat voor de toevoeging van een herzieningsmogelijkheid vanwege schending van Unierecht. Het realiseren van een dergelijke toevoeging vereist echter wel (opnieuw) activiteit van de (mede-)wetgever. Onder verwijzing naar de uitspraak van het HvJ in de zaak *XC e.a.*[25] heeft de Hoge Raad in 2019 namelijk geoordeeld dat Unierecht er niet toe verplicht dat de huidige wettelijke herzieningsregeling door rechterlijke interpretatie wordt uitgebreid zodat ook als (buitenwettelijke) grond voor herziening wordt aangemerkt een na het onherroepelijk worden van een veroordeling - uit een uitspraak van het HvJ - gebleken strijdigheid met EU-recht.[26] Met name in het licht bezien van de discussie over de opnemings van, kort gezegd, strijd met Unierecht als grond voor herziening, is de hier geannoteerde uitspraak onzes inziens interessant. De uitspraak laat namelijk zien dat er ook op basis van de huidige Nederlandse wettelijke regeling al ruimte bestaat voor herziening van een veroordeling vanwege strijd met EU-recht. Om strijd met Unierecht als grond voor herziening te kunnen gebruiken is op dit moment echter wel de gang naar Straatsburg nodig en een door het Hof bij uitspraak vastgestelde - of een door de Nederlandse regering bij eenzijdige verklaring erkende - schending van het EVRM die (mede) het gevolg is van een schending van EU-recht. Dan kan de veroordeelde immers net als de klager in *Spasov* met succes aanvoeren dat de (evident) onjuiste toepassing van Unierecht schending van artikel 6 EVRM oplevert. Zo'n schending is ingevolge artikel 457 lid 1 onder b Sv reeds grond voor herziening en levert in de regel ook een reden op om een strafprocedure te heropenen met het oog op het bieden van rechtsherstel in de zin van artikel 41 EVRM.[27] Met andere woorden: als aan de hier geannoteerde zaak niet een Roemeense maar een Nederlandse strafrechtelijke veroordeling ten grondslag lag, zou de veroordeling van klager *Spasov* op basis van de Nederlandse wet grond voor herziening bieden. Dat betekent dat wat materieel een schending van EU-recht is, via de band van een naar aanleiding daarvan vastgestelde (of erkende) schending van het EVRM, aanleiding tot herziening van een strafzaak kan vormen. Van Kempen wees overigens in 2005 al op deze

mogelijkheid die de huidige wettelijke regeling biedt onder verwijzing naar de meergenoemde uitspraak van het EHRM in de zaak *Dangeville*.^[28]

12. Volgens ons biedt de huidige wettelijke regeling niet alleen ruimte voor herziening in gevallen als *Spasov*, maar ook in gevallen die we hiervoor in randnummer 2 onder de ‘eerste smaak’ gerelateerde Straatsburgse uitspraken hebben aangemerkt. Dat wil zeggen gevallen waarin de schending van Unierecht door de nationale strafrechter is gelegen in een ontoereikend gemotiveerde afwijzing van het verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen. Als het in een dergelijke zaak tot een strafrechtelijke veroordeling is gekomen en het verzuim van de nationale rechter in Straatsburg leidt tot een vastgestelde - of erkende - schending van artikel 6 EVRM, lijkt ook aanleiding te bestaan voor herziening en heropening van de strafzaak op basis van het thans geldende recht. Zo bezien bestaat er ook nu al enige ruimte voor herziening van een strafzaak vanwege wat materieel een schending van Unierecht door de nationale strafrechter betreft. De huidige herzieningsmogelijkheid is echter, vanwege de noodzaak eerst een vastgestelde of erkende schending van het EVRM te verkrijgen, praktisch lastig te benutten^[29] en beperkt tot het geval waarin de schending van EU-recht een schending van het EVRM meebrengt. Dat geval is waarschijnlijk uitzonderlijker dan het door de minister reeds als zeer zeldzaam aangemerkte geval waarin een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in belangrijke mate is gebaseerd op de uitleg van EU-recht die onjuist blijkt te zijn. De uitspraak van het Hof in de hier geannoteerde zaak ontnemt daarom dus niet in het algemeen de meerwaarde van de invoering van, kort gezegd, strijd met EU-recht als een zelfstandige wettelijke herzieningsgrond.

Afsluiting

13. De uitspraak in *Spasov* laat zien dat het EHRM niet bevreesd is om de onjuiste uitleg en toepassing van EU-recht door een nationale rechter te veroordelen. Doordat zo’n uitleg en toepassing, net als een ontoereikend gemotiveerde afwijzing van een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ, grond kan vormen voor een schending van artikel 6 EVRM, onderstreept het Straatsburgse Hof de (door)werking van EU-recht in de nationale rechtsorde. Dat zal vanuit Brussel en Luxemburg worden toegejuicht, maar misschien niet zonder meer. Om de (door)werking van EU-recht kracht bij te zetten is enige uitleg en waardering van EU-recht en de implementatie en toepassing daarvan door de nationale rechter nodig. De hier geannoteerde uitspraak laat dat goed zien, evenals de risico’s die daaraan vanuit het perspectief van het HvJ zijn verbonden. Daarnaast laat *Spasov* zien dat wijziging van de wet niet in alle gevallen nodig is om herziening te vragen op basis van een achteraf, eventueel uit een uitspraak van het HvJ, gebleken schending van EU-recht. Het huidige artikel 457 lid 1 onder b Sv maakt herziening in zo’n geval al mogelijk, mits de achteraf gebleken schending van EU-recht heeft geleid tot een door het EHRM vastgestelde of door de

Nederland erkende schending van het EVRM.

Jasper Krommendijk

universitair hoofddocent internationaal en Europees recht Radboud Universiteit

Mikhel Timmerman

universitair docent straf(proces)recht Radboud Universiteit

[1] Zie over deze eerste punten ook al (korter) Jasper Krommendijk en Mikhel Timmerman, 'The slippery slope of a snooping Strasbourg: erroneous application of EU law as an ECHR breach', 16 december 2022, *Verfassungsblog*.

[2] *Dhahbi t. Italië*, EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, «EHRC» 2014/152 m.nt. Van Harten en Beijer; *AB* 2015/44 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik; *Schipani t. Italië*, EHRM 21 juli 2015, nr. 38369/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003836909%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003836909, «EHRC» 2015/203 m.nt. Beijer en Krommendijk onder «EHRC» 2015/209; *Baltic Master t. Litouwen*, 16 april 2019, nr. 55092/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD005509216%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, «EHRC» 2019/133 m.nt. Krommendijk.

[3] *Sanofi Pasteur t. Frankrijk*, EHRM 13 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, EHRC Updates 2020-0090, m.nt. Krommendijk; Zie ook J. Krommendijk, 'Tell me more, tell me more: the obligation for national courts to reason their refusals to refer to the CJEU in Sanofi Pasteur', 20 februari 2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/20/tell-me-more-tell-me-more-the-obligation-for-national-courts-to-reason-their-refusals-to-refer-to-the-cjeu-in-sanofi-pasteur/>.

[4] *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, EHRC Updates 2021-0091, m.nt. Krommendijk.

[5] *S.A. Dangeville t. Frankrijk*, EHRM 16 april 2002, nr. 36677/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003667797, *NJ* 2004/447 m.nt. Alkema.

[6] *Advies 2/13; Toetreding van de EU tot het EVRM*, HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, «EHRC» 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk en Beijer en m.nt. (2) Van Rossem, punt 186.

[7] Sanofi Pasteur t. Frankrijk, par. 68.

[8] B. de Witte, 'Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order', in P. Craig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law* (OUP 2021), 187-227; M. Dougan, 'When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy', *Common Market Law Review* 44(4) (2007), p. 931-963.

[9] *Popławski II*, HvJ 24 juni 2019, C|573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punt 68; *Euro Box Promotion*, HvJ 21 december 2021, gevoegde zaken C|357/19, C|379/19, C|547/19, C|811/19 en C|840/19, *Euro Box Promotion* punt 252. Zie hierover S. Haket, 'Popławski II: A half-hearted embrace of hierarchical supremacy', *Review of European Administrative Law* 13(1) (2020), 155-174.

[10] <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7514275-10313027>.

[11] In de praktijk zullen veel bepalingen van verordeningen rechtstreekse werking hebben: 'Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens de bewoordingen van artikel 288, tweede alinea, VWEU een verordening een rechtshandeling van de Unie is met een algemene strekking, die verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat. Wegens de aard en functie ervan in het stelsel van de rechtsbronnen van de Unie, sorteert zij derhalve onmiddellijk gevolgen en kan zij aan particulieren rechten verlenen die de nationale rechter gehouden is te beschermen.' *Lebek*, HvJ 7 juli 2016, C-70/15, ECLI:EU:C:2016:524, punt 51; Muñoz, HvJ 17 september 2002, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, punten 27-31.

[12] Zie Wet van 22 augustus 2022 tot wijziging van enkele wetten op het gebied van Justitie en Veiligheid in verband met aanpassingen van overwegend technische aard (Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2022), *Stb.* 2022, 345, art. XLIII onder Q.

[13] Voor kanttekeningen bij deze uitbreiding van de herzieningsregeling, zie M.A.P. Timmerman, 'Uitbreiding van de Nederlandse herzieningsregeling: erkenning van schending van het EVRM bij eenzijdige verklaring', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2022, aflevering 5 (nog te verschijnen).

[14] Zie het gewijzigd amendement van de Kamerleden Van Nispen en Sneller, *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 12, p. 1-4; *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 8, p. 17-19 en *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 13.

[15] *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 12, p. 2 (over de voorgestelde toevoeging aan art. 465 Sv).

[16] Zie advies van de Hoge Raad dat als bijlage is gevoegd bij *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 12 (gewijzigd amendement). Het initieel voorgestelde amendement is te vinden onder *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 10.

[17] *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 12, p. 2 (over art. XLIVA).

[18] Zie p. 21 van ‘Annual Report Judicial Activity 2021, Synopsis of the judicial activity of the Court of Justice and the General Court of the European Union’, te raadplegen via <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-07/qd-ap-22-001-en-n.pdf>.

[19] Brief van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Tweede Kamer van 24 juni 2022, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36003, nr. 13.

[20] Dat is in lijn met verschillende opvattingen in de literatuur en de opvatting van advocaat-generaal Spronken, zie daarover de conclusie van A-G Spronken van 13 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:118, randnummer 7.3.9, haar nadere conclusie van 19 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:150, randnummer 4.6 en punt 7 van de noot van Mevis onder HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:546, *NJ* 2019/439. Zie voor een overzicht van argumenten voor en tegen schending van EU-recht als herzieningsgrond: P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Redres bij schending Eurostrafrecht’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2005/7-8, p. 169-170.

[21] Dat uitgangspunt wordt ook door de Hoge Raad -met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis van een eerdere wijziging van de Nederlandse herzieningsregeling- benadrukt, zie HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:546, *NJ* 2019/439, m.nt. Mevis, rov. 4.4.3.

[22] Vermeldenswaard is dat het HvJ de *ex tunc*-werking van zijn uitspraken wel eens beperkt, vgl. met verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof randnummer 7.3.5 van de conclusie van advocaat-generaal Spronken van 13 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:118.

[23] Met 79 stemmen tegen het amendement en 71 stemmen voor, zie *Handelingen II* 2021/22, nr. 97, item 7, p. 1.

[24] Zie over deze rechtspraak M.A.P. Timmerman & G. Pesselse, ‘Toetsingsintensiteit in strafrechtelijke herziening’ in J.A.F. Peters, R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J. Krommendijk, A.B. Terlouw, C.D.J. Bulten & E.G.A. Werf (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, onder 4.3. Naast de vijf in voormelde publicatie genoemde arresten valt nog te wijzen op de herziening in de zaak post-Keskin: HR 14 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1884, *NJ* 2022/12.

Voor de volledigheid kan verder worden gewezen op HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZo663, *NJ* 2007/373, waarin de Hoge Raad de aanvraag niet inhoudelijk beoordeelde, maar vaststelde dat de aanvraag was ingetrokken nadat de raadsman de Hoge Raad had bericht dat de aanvraag niet tijdig – binnen de termijn van drie maanden nadat de uitspraak van het EHRM de gewezen verdachte bekend is geworden, vgl. art. 465 lid 2 Sv – had ingediend.

[25] *XC, YB & ZA, HvJEU (GK)* 24 oktober 2018, zaak C-243/17, ECLI:EU:C:2018:853, *AB* 2019/118, m.nt. Widdershoven.

[26] HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:546, *NJ* 2019/439, m.nt. Mevis, rov. 4.3.2. Eerder deed de Hoge Raad al een uitspraak met dezelfde strekking. Daarin oordeelde hij dat de later uit een uitspraak van het HvJ blijken onverbindendheid van een nationale wettelijke regeling geen grond biedt voor herziening, vgl. HR 13 januari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7424, *NJ* 1976/339.

[27] In zijn uitspraken onderstreept het EHRM consequent het uitgangspunt dat dat bij een vastgestelde schending van artikel 6 EVRM in een strafzaak de heropening van de strafprocedure in beginsel de aangewezen manier is om compensatie te bieden voor de vastgestelde schending, vgl. *Willems en Gorjon t. België*, EHRM 21 september 2021, nrs. 74209/16 e.a., ECLI:CE:ECHR:2021:0921JUD007420916, EHRC Updates 2021-0245, m.nt. Glas, par. 62.

[28] Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Redres bij schending Eurostrafrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2005/7-8, p. 166.

[29] En tijdrovend: tussen de definitieve veroordeling van de klager door het Roemeense hof en de uitspraak van het EHRM in de onderhavige zaak zat al meer dan negen jaar. Daar komt de tijd die nodig is voor een herziening van de strafrechtelijke veroordeling dan nog bovenop.

ANNOTATIE

S.C.R.L. (HvJ EU, C-344/20) – religieuze uitingen op de werkvloer en vergelijkbaarheid; verdere verfijning van het kader

L.C. Groen

1. Opnieuw heeft het HvJ EU een zaak voorgelegd gekregen over de vraag in hoeverre het geoorloofd is dat werkgevers religieuze uitingen van werknemers op de werkvloer aan banden leggen of zelfs helemaal verbieden. In het hier geannoteerde arrest, *S.C.R.L.*, wordt het Europeesrechtelijke kader dat daarvoor heeft te gelden verder verfijnd. Ik zal hierna op enkele interessant aspecten van de zaak ingaan, maar geef eerst kort de stand van zaken van vóór dit arrest weer.

2. De vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op richtlijn 2000/78, die tot doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie in arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De richtlijn verbiedt twee soorten discriminatie: directe en indirecte (art. 2, tweede lid). Van directe discriminatie is sprake als iemand ongunstiger wordt behandeld “dan een ander in een vergelijkbare situatie is, wordt, of zou worden behandeld” op basis van een van de in art. 1 genoemde gronden. Daarvoor moet worden vastgesteld of sprake is van een onlosmakelijk verband tussen het criterium op grond waarvan de ongunstiger behandeling plaatsvindt en de discriminatiegrond. Indirecte discriminatie doet zich voor als een “ogenschijnlijk neutrale” bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een beschermd kenmerk “in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt.” Vaststelling van de vorm van discriminatie waarvan sprake is, is van belang omdat voor indirecte discriminatie veel ruimere rechtvaardigingsgronden bestaan dan voor directe.[1]

3. Om te kunnen beoordelen of van discriminatie sprake is en zo ja, van welke vorm, moet een vergelijking worden gemaakt. Maar welke personen, groepen en situaties zijn goed vergelijkbaar en welke niet?[2] Dat te bepalen is ingewikkelder dan op het eerste gezicht het geval lijkt, terwijl het van grote invloed kan zijn op de uitkomst in een concreet geschil.[3]

Gebruikelijk was dat in het kader van de vraag naar discriminatie een vergelijking werd gemaakt tussen personen die een bepaald, beschermd kenmerk delen (bijvoorbeeld werknemers met een religieuze overtuiging; de “in-group”) en personen die dat kenmerk niet hebben (bijvoorbeeld werknemers zonder religieuze overtuiging; de “out-group”).[4] Recente arresten van het Hof maken echter duidelijk dat in de eerste plaats niet zonder meer vaststaat wie tot beide groepen behoren als het gaat om de discriminatiegrond “godsdienst of overtuiging”, en dat in de tweede plaats onder omstandigheden (ook) tussen andere groepen kan worden vergeleken.

4. Eerst over de “in-group/out-group”-vergelijking. In het veelbesproken arrest *Achbita* speelde een kwestie die lijkt op de kwestie die in deze zaak aan de orde is. Samira Achbita werd ontslagen wegens haar vaste voornemen als moslima op het werk de islamitische hoofddoek te dragen.[5] Haar wens druiste in tegen het neutraliteitsbeleid van haar werkgever, die in zijn arbeidsreglement had opgenomen dat het verboden was om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen. Het Hof oordeelde dat zo een interne bedrijfsregel in beginsel niet leidt tot directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging. De regel beperkt zich namelijk niet tot een verbod op het dragen van zichtbare tekenen van een *religieuze* overtuiging, maar óók van een politieke of filosofische.[6] Omdat de regel moet worden geacht alle werknemers op dezelfde wijze te behandelen door hen op algemene, niet-gedifferentieerde wijze te verplichten zich neutraal te kleden, werd volgens het Hof geen verschil in behandeling gecreëerd dat rechtstreeks op godsdienst is gebaseerd. Het Hof vergeleek hierbij impliciet – in navolging van AG Kokott, die dit expliciet deed[7] – degenen die zichtbaar een bepaalde overtuiging aanhangen (religieus, politiek of filosofisch) met degenen die daartoe niet de behoefte of noodzaak voelen, en concludeerde dat het verschil in behandeling tussen beide groepen niet onlosmakelijk met religie was verbonden. Om die reden zou een dergelijke regel volgens het Hof niet tot directe discriminatie kunnen leiden, maar alleen tot indirecte. Omdat het Hof de “in-group” zo ruim nam – daarin vielen niet alleen personen met een religieuze overtuiging, maar óók personen met allerlei andere overtuigingen die daaraan zichtbaar uitdrukking wilden geven – is het resultaat van de vergelijking tussen de “in-group” en de “out-group” dus anders dan wanneer de “in-group” alleen zou bestaan uit personen met een religieuze overtuiging. De neutraliteitsregel leidt in de benadering van het Hof immers weliswaar tot een verschil in behandeling tussen beide groepen, maar dat verschil raakt niet alleen degenen die zichtbaar een religieus teken dragen: het raakt óók degenen die door middel van bijvoorbeeld sieraden of bedrukte kleding uitdrukking geven aan politieke of filosofische overtuigingen. Een onlosmakelijk verband tussen de regel en religie als beschermde grond is dan niet zo duidelijk, zodat niet van directe, maar mogelijk wel van indirecte discriminatie sprake is.[8]

5. Deze uitspraak van het Hof is sterk bekritiseerd.[9] Desondanks handhaafde het Hof zijn oordeel over interne regels die een algeheel verbod op zichtbare, religieuze tekens op de werkvloer inhouden in de zaken *WABE* en *Müller*. [10] Een interne regel van een werkgever die niet álle religieuze uitingen op de werkvloer verbiedt maar slechts grote, opvallende tekens, kon volgens het Hof echter wél directe discriminatie in de zin van art. 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn tot gevolg hebben. Deze regel zou namelijk nadeliger kunnen uitpakken voor personen die vanuit hun religieuze overtuiging een ‘groot’ teken dragen, zoals een vorm van hoofdbedekking. Volgens het Hof was in dat geval sprake van ongelijke behandeling die voortvloeit uit een regel die steunt op een criterium dat onlosmakelijk met de beschermde grond “godsdienst of overtuiging” in art. 1 van de richtlijn is verbonden.[11] Om tot dit oordeel te komen, werd niet de “in-group” (werknemers met een religieuze overtuiging) vergeleken met de “out-group” (werknemers zonder religieuze overtuiging), maar vond een vergelijking *tussen* werknemers met een religieuze overtuiging plaats. In dit verband is in *WABE* verwezen naar het arrest *VL*, waarin een dergelijke redenering ook ten aanzien van de beschermde grond “handicap” werd gevolgd.[12] Het Hof stelde dat het doel van de richtlijn ervoor pleit om art. 2, leden 1 en 2 zó uit te leggen dat de kring van personen ten aanzien van wie een vergelijking kan worden gemaakt om discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging in de zin van deze richtlijn vast te stellen, niet wordt beperkt tot personen die géén godsdienst of overtuiging hebben.[13]

6. In mijn annotatie bij de zaken *WABE* en *Müller* heb ik mijn aarzelingen bij het oordeel van het Hof over beide soorten regels beschreven:[14] als interne regels die meer effect hebben op *sommige* werknemers die zichtbaar een religieus teken dragen direct kunnen discrimineren, dan rijst de vraag waarom interne regels die meer effect hebben op *alle* werknemers die zichtbaar een religieus teken dragen, dat niet kunnen. Dat het onderscheid alleen in het kader van de regel die grote, opvallende tekens verbiedt rechtstreeks op een door de richtlijn beschermde grond (namelijk: godsdienst of overtuiging) zou berusten en in het kader van de regel die een algeheel verbod impliceert niet, lijkt me niet overtuigend, ook niet in het licht van de argumentatie die het Hof zelf volgt. Een algeheel verbod op (onder meer) religieuze uitingen maakt namelijk niet alleen onderscheid tussen personen met en zonder religieuze overtuiging, maar ook tussen personen die weliswaar allen een religieuze overtuiging hebben, maar daaraan andere gevolgen verbinden als het gaat om zichtbare tekens op de werkvloer. Met andere woorden: wanneer voor de beantwoording van de vraag of een regel die het zichtbaar uitdragen van verschillende soorten overtuigingen (religieuze, politieke of filosofische) op de werkvloer verbiedt, leidt tot (in)directe discriminatie, een ander soort vergelijking was gemaakt – en het Hof leek die mogelijkheid, blijktens het citaat aan het eind van punt 5, open te laten – had óók tot het oordeel kunnen worden gekomen dat het onderscheid dat die regel tot gevolg heeft, wél onlosmakelijk met de beschermde grond is

verbonden.

7. Ook de verwijzende rechter in de zaak in kwestie is kennelijk niet overtuigd door de redeneertrant van het Hof. De vragen die hij stelt hebben betrekking op een geding tussen L.F. en woningcorporatie S.C.R.L. De sollicitatie van L.F. voor een stageplaats bij de woningcorporatie is afgewezen omdat zij een hoofddoek draagt. Dat strookt volgens S.C.R.L. niet met het neutraliteitsbeleid van de corporatie, die in haar arbeidsreglement heeft bepaald dat werknemers ervoor moeten zorgen dat “hun geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging, van welke aard dan ook, op geen enkele wijze in woorden, kleding of anderszins tot uiting wordt gebracht”. Onder verwijzing naar onder meer het arrest *Achbita* stelt de verwijzende rechter dat de uitleg die het Hof aan directe discriminatie in de zin van de richtlijn heeft gegeven, “ernstige vragen doet rijzen”. De rechter wijst erop dat het Hof overweegt dat een interne regel die politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens op het werk verbiedt, “algemeen en niet-gedifferentieerd” moet worden toegepast. Daarmee heeft het Hof dus niet uitgesloten dat zo’n regel ten aanzien van een bepaalde werknemer *anders* kan zijn toegepast dan ten aanzien van andere werknemers. Die nuance blijkt echter niet uit het dictum: daar wordt slechts onomwonden gesteld dat een interne neutraliteitsregel die onder meer religieuze tekens op het werk verbiedt, géén directe discriminatie in de zin van de richtlijn vormt.[15] Dat roept bij de verwijzende rechter de vraag op of nationale rechters nog over een beoordelingsmarge beschikken om *in concreto* na te gaan of situaties vergelijkbaar zijn als zij onderzoeken of een regel van een werkgever die politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens op het werk verbiedt, discriminerend is.[16]

8. In verband daarmee stelt de verwijzende rechter het Hof drie vragen: in de eerste plaats of “godsdienst of overtuiging” in art. 1 van de richtlijn moeten worden gezien als twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium of als twee te onderscheiden criteria. Daarover stelt hij een tweede, vervolgvraag: als het Hof tot het oordeel zou komen dat sprake is van twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium, mogen nationale rechters de beide criteria dan toch van elkaar onderscheiden om “een verlaging van het niveau van bescherming tegen discriminatie te voorkomen”? En ten derde: kan art. 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn zó worden uitgelegd, dat een interne regel van een werkgever die, zoals S.C.R.L., werknemers voorschrijft dat “hun geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging, van welke aard dan ook, op geen enkele wijze in woorden, kleding of anderszins tot uiting wordt gebracht” tot *directe discriminatie* leidt als de omstandigheden van het geval tot dat oordeel aanleiding geven?[17]

9. Het Hof is duidelijk in de beantwoording van de eerste twee vragen: ja, godsdienst en overtuiging vormen twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium,[18] en nee, “godsdienst” en “levensovertuiging” mogen niet worden gescheiden. Het Hof overweegt, onder verwijzing naar *WABE* en *Müller*, dat nationale, grondwettelijke bepalingen die de

vrijheid van religie beschermen weliswaar mogen meewegen bij de beoordeling of indirect onderscheid op grond van godsdienst of overtuiging passend is – aan de vrijheid van geweten en godsdienst kan dan een ruimere bescherming worden geboden dan aan bijvoorbeeld de vrijheid van ondernemerschap – maar dat de beoordelingsmarge van lidstaten niet zó ver gaat, dat de discriminatiegronden in art. 1 van de richtlijn mogen worden opgesplitst. Dan zou, zo overweegt het Hof, afbreuk worden gedaan aan de nuttige werking van de richtlijn. Opsplitsing van de grond “godsdienst of overtuiging” zou tot gevolg hebben dat subgroepen worden gecreëerd, en op die manier afbreuk doen aan het algemene kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep dat de richtlijn beoogt te bieden.[19] Het oordeel van het Hof wijkt hiermee af van dat van AG Medina, die concludeert dat art. 8 van de richtlijn niet in de weg staat aan omzetting door de nationale wetgever die tot gevolg heeft dat godsdienst en godsdienstige overtuigingen als autonome discriminatiegrond worden beschermd.[20] Echter, omdat de Belgische wetgever in de in geding zijnde Antidiscriminatiewet óók van “geloof of levensbeschouwing” spreekt, stelt Medina dat van omzetting waarbij godsdienst als autonome beschermingsgrond is geformuleerd, geen sprake is. Belgische rechters moeten er daarom volgens haar van uitgaan dat “geloof en levensbeschouwing” als twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium hebben te gelden.[21]

10. In zijn beantwoording van de derde vraag lijkt het Hof aan nationale rechters ruimte te laten om *in concreto* te beoordelen of een interne regel van een werkgever die zichtbare tekenen van religieuze, levensbeschouwelijke of politieke aard op de werkvloer verbiedt, discriminerend is. In het dictum van het arrest is nu in ieder geval opgenomen dat een dergelijke regel *geen directe discriminatie* op grond van godsdienst of overtuiging vormt, *mits* de regel op algemene en niet-gedifferentieerde wijze wordt toegepast. Het Hof overweegt dat uit het dossier waarover het beschikt, niet is gebleken dat S.C.R.L. de regel niet op die wijze heeft toegepast of dat L.F. anders is behandeld dan andere werknemers van de corporatie.[22] Die overweging doet vermoeden dat in een situatie waarin dat wél het geval was geweest, zou kunnen worden geoordeeld dat wél direct wordt gediscrimineerd.

11. Hiervoor, in de punten 3 en 4, is uiteengezet dat om te kunnen beoordelen of van (in)directe discriminatie sprake is, een vergelijking moet worden gemaakt. De verwijzende rechter spitst zijn vraag naar de vergelijkbaarheid toe op de vraag of in een concreet geval sprake kan zijn van directe discriminatie bij de toepassing van een regel die zichtbare uitingen van geloof, levensbeschouwing of politiek uitingen verbiedt. Ook hier gaat het Hof op in.[23] Het herhaalt, onder verwijzing naar *WABE*, dat het discriminatieverbod in de richtlijn niet is beperkt tot verschil in behandeling tussen personen met en personen zonder een godsdienst of overtuiging. Dat betekent dat – om te beoordelen of van directe discriminatie sprake is – werknemers met religieuze overtuigingen mogen worden vergeleken met werknemers met

andere overtuigingen, of dat werknemers met verschillende religieuze overtuigingen met elkaar mogen worden vergeleken.[24] Dat “godsdienst” en “levensovertuiging” twee kanten zijn van hetzelfde, beschermde criterium staat hieraan volgens het Hof niet in de weg.

12. Wat betekent dit alles nu voor de beoordeling van neutraliteitsbeleid van werkgevers? Mijn indruk is dat dit arrest voorziet in verdere precisering van het kader daarvoor. Waar *WABE* en *Müller* gezien kunnen worden als een verfijning van het oordeel van het Hof in *Achbita* – in die zin dat aantoonbaar een “werkelijke behoefte” moet bestaan aan neutraliteitsbeleid en dat lidstaten, vanwege het gebrek aan consensus op dit punt, een ruime beoordelingsmarge hebben bij de afweging tussen de bescherming van de vrijheid van godsdienst en legitieme doelstellingen ter rechtvaardiging van indirect onderscheid –, kan dit arrest worden beschouwd als verdere verfijning van *WABE* en *Müller*. Aan de wonderlijke redenering van het Hof op grond waarvan een interne regel die uitingen van geloof, levensovertuiging of politieke overtuiging op de werkvloer verbiedt, in principe slechts *indirect* kan discrimineren, verbindt dit arrest uitdrukkelijk een “mits”. Deze “mits” stelt nationale rechters in staat om te onderzoeken of toch van *directe* discriminatie sprake is als blijkt dat de regel niet algemeen en niet-gedifferentieerd is toegepast. Daarbij mogen zij zich bovendien niet alleen van een “in-group”- en “out-group”-vergelijking bedienen, maar ook van verschillende “in-group”-vergelijkingen. In zoverre introduceert het Hof als het ware een twee-fasen-beoordeling: de beoordeling van de regel *in abstracto*, en, als blijkt dat het schort aan correcte toepassing van die regel, de beoordeling van de situatie *in concreto*.

13. Dat het Hof “geloof en levensovertuiging” als twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium ziet en bovendien van oordeel is dat lidstaten de beide criteria niet mogen loskoppelen, brengt – gelet op de vergelijkingswijze die het Hof hanteert – met zich dat ook in toekomstige gevallen niet snel tot het oordeel kan worden gekomen dat een interne regel van een werknemer die uitingen van geloof, levensovertuiging of politieke overtuiging verbiedt, *in abstracto* direct discrimineert. In gevallen waarin echter blijkt dat die regel niet algemeen en niet-gedifferentieerd is toegepast, staat die “twee-kanten-benadering” vermoedelijk niet in de weg aan het oordeel dat *in concreto* van directe discriminatie sprake kan zijn. Het Hof heeft immers uitdrukkelijk overwogen dat in het kader van die beoordeling diverse vergelijkingen mogen worden gebruikt.

L.C. Groen

Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit

[1] Voor directe discriminatie alleen art. 4, eerste lid van de richtlijn (er is sprake van een

wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, mits met een legitiem doel en evenredig); voor indirecte discriminatie ook art. 2, tweede lid, onder b, i (er kan sprake zijn van rechtvaardiging door een legitiem doel, mits ook de middelen die voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn).

[2] Zie hierover onder meer P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 225 e.v.; J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 57 e.v.

[3] AG Bobek maakt dit op heldere wijze inzichtelijk in zijn conclusie bij de zaak *Cresco Investigation*, Conclusie AG Bobek, 25 juli 2018, zaak C/193/17, ECLI:EU:C:2018:614, punten 55-56.

[4] Vgl. *S.C.R.L.*, Conclusie AG Medina, 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:328, punt 37. De kwalificaties als “in-group” en “out-group” zijn aan deze conclusie ontleend. Zie ook R. van Arkel, ‘Discriminatie binnen een beschermde groep: het kan, maar niet altijd’, *ArbeidsRecht* 2022/36.

[5] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, HvJ EU (GK) 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, «EHRC» 2017/96 m.nt. Gerards.

[6] Vgl. ook de conclusie van AG Kokott, die stelde dat het gebod dezelfde gevolgen had voor (zichtbaar) gelovige werknemers als voor overtuigde atheïsten of aanhangers van bepaalde politieke stromingen die dat door middel van hun kledingkeuze tot uitdrukking brengen.

[7] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, Conclusie A-G Kokott, 31 mei 2016, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, punten 51-54.

[8] Vgl. *S.C.R.L.*, Conclusie AG Medina, 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:328, punt 41.

[9] Vgl. O.a. S. Ouald Chaib & V. David, ‘European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it’, *Strasbourg Observers* 27 maart 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/#more-3549> en de annotaties bij dit arrest van J.H. Gerards («EHRC» 2017/96) en F. Dorssemont (*ArA* 2017-2, p. 36-65).

[10] *WABE* (HvJ EU 15 juli 2021, gev. zaken C-804/18 en C-341/18, ECLI:EU:C:2021:594, *EHRC Updates* 2021/201, via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211858>).

[11] *WABE*, reeds aangehaald (noot 10), punten 72-73.

[12] *Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie* (GK) 26 januari 2021, zaak C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64, *EHRC Updates* 2021/52, *JAR* 2021/53 m.nt. Grosheide, TRA 2021/49 m.nt. Voogsgeerd.

[13] *WABE*, reeds aangehaald (noot 10), punt 50, naar analogie van *VL t. Szpital Kliniczny im. Dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, reeds aangehaald (noot 12), punt 31.

[14] *EHRC Updates* 2021/201, via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211858>.

[15][15] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, reeds aangehaald (noot 5), punt 44.

[16] *S.C.R.L.*, punt 21.

[17] *S.C.R.L.*, punt 23. In verband met die laatste vraag somt de verwijzende rechter maar liefst zes mogelijk te vergelijken situaties op. Daarin wordt de werknemer die haar vrijheid van godsdienst wil uitoefenen door op het werk zichtbaar een hoofddoek te dragen, vergeleken met een werknemer die geen godsdienst aanhangt en ook geen teken wenst te dragen; een werknemer die een andere of dezelfde godsdienst, of een bepaalde andere overtuiging aanhangt, maar geen zichtbaar teken wenst te dragen; een werknemer die overtuigingen met woorden tot uitdrukking brengt en een werknemer met dezelfde overtuiging, die als uitdrukking daarvan een ander, wel toegestaan teken draagt, namelijk een baard.

[18] Onder verwijzing naar (jurisprudentie bij) art. 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie stelt het Hof dat de grond “godsdienst of overtuiging” moet worden onderscheiden van “politieke of andere denkbeelden”. Deze laatste categorie wordt door de richtlijn niet beschermd, net zoals artistieke, sportieve, esthetische of andere overtuigingen; zie *S.C.R.L.*, punt 28. Ook door het EVRM worden “godsdienst” en “overtuiging” op min of meer dezelfde wijze beschermd.

[19] *S.C.R.L.*, punten 54-55.

[20] *S.C.R.L.*, Conclusie AG Medina, 28 april 2022, zaak C-344/20, ECLI:EU:C:2022:328, punt 67 en voorgaand. Zij concludeert overigens dat de een dergelijk onderscheid in de nationale, Belgische wet niet wordt gemaakt; ook daarin is “geloof of levensbeschouwing” op

[21] Overigens zijn beide gronden in de Awgb niet als één criterium opgenomen, al geldt wel hetzelfde beschermingsniveau.

[22] *S.C.R.L.*, punt 36.

[23] In de context van de tweede vraag, aangezien de verwijzende rechter ervan uit lijkt te gaan dat wanneer “godsdiens en levensovertuiging” twee kanten van hetzelfde, beschermde criterium vormen, (groepen) personen met religieuze overtuigingen en (groepen) personen met levensovertuigingen dan niet met elkaar kunnen worden vergeleken.

[24] *S.C.R.L.*, punt 59.

ANNOTATIE

De Legé t. Nederland (EHRM, 58342/15) – Het nemo tenetur-beginsel en wils(on)afhankelijk materiaal in non-hard core punitieve procedures**P. Ölçer**

1. De uitspraak van het EHRM in *De Legé t. Nederland* ziet op veelbesproken rechten (ook in de Straatsburgse rechtspraak), te weten het *nemo tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht), zoals beschermd onder art. 6 EVRM. Klachten over deze rechten komen in verschillende constellaties voor.[1] In *De Legé* gaat het *grosso modo* om dezelfde constructie die aan de orde was in de (niet-)ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in *Van Weerelt t. Nederland*. [2] Kort gezegd gaat het er in deze constructie om dat de fiscus, om informatie te verkrijgen, naast door toepassing van de eigen vorderingsbevoegdheden, de weg bewandelt van de civiele rechter, om verstrekking van informatie via een dwangsom af te dwingen. In beide zaken ging het om informatie met betrekking tot door beide klagers bij buitenlandse banken gehouden vermogen.
2. Uitspraken over het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht zijn in het algemeen steeds de moeite waard om te bespreken (het blijft complexe materie, ook de omgang daarmee door het Hof). In deze noot worden enkel twee belangwekkende aspecten van de *De Legé*-uitspraak belicht. Alvorens tot bespreking daarvan over te gaan is het echter ook goed om te benoemen dat het Hof in *De Legé* de van toepassing zijnde regels niet alleen in een ordentelijk toetsingskader heeft neergelegd,[3] maar ook heeft geïndiceerd dat de daarin vervatte vragen in een bepaalde volgorde dienen (en kunnen) worden behandeld. Dat blijkt uit het gegeven dat het Hof zelf niet verder toetst in dat kader dan waar het op een negatieve beantwoording van een van de vragen uitkomt.
3. Wat de in deze noot uit te lichten twee specifieke aspecten van de uitspraak betreft, gaat het in de eerste plaats om de vaststelling van het Hof dat het *nemo tenetur*-beginsel in het geheel niet van toepassing is in deze zaak, omdat de onder dwang (via een dwangsom) verkregen informatie niet wilsafhankelijk, maar wilsonafhankelijk is. Dat is vooral een opvallend aspect wanneer de feiten in deze casus worden vergeleken met de (niet-)ontvankelijkheidsbeslissing

in *Van Weerelt*.

4. Het Hof achtte de klacht in die laatste zaak niet-ontvankelijk, maar om een andere reden dan dat het niet om wilsafhankelijk materiaal zou gaan daarin. Het Hof bepaalde in die beslissing namelijk als volgt. In die zaak had de Hoge Raad de dwangsom gesanctioneerd, maar daarbij ook expliciet de beperking aangebracht dat voor zover de door Van Weerelt te verstrekken informatie zou zien op wilsafhankelijk materiaal, die informatie enkel gebruikt kon worden ten behoeve van de vaststelling van zijn belastingplicht, en aldus niet in het kader van de oplegging van een punitieve boete of in dat van een strafvervolgning. Daarmee gaf de Hoge Raad gevolg aan de rechtspraak van het EHRM. Het Hof kwam in *Van Weerelt* tot het oordeel dat de belastingdienst informatie ‘that could not be obtained from any other source than the applicant himself’ op deze wijze kon afdwingen, met het doel van vaststelling van de belastingplicht en het innen van verschuldigde belastingen. Daarbij keurde het Hof goed dat de Hoge Raad ‘acted pre-emptively to prevent the misuse of this information for the purpose of determining a “criminal charge” against the applicant’. Omdat in deze zaak nog geen sprake was van strafvervolgning (door middel van een punitieve boete of door strafvervolgning), zag het Hof geen aanleiding om op dat moment vast te stellen dat ‘the requirements of Article 6 will not be met in any future proceedings to which that provision may apply’. Wat betreft de ‘alternatieve klacht’ in die zaak dat er geen wettelijke bescherming bestaat in Nederland tegen de uitwisseling van (in andere procedures onder medewerkingsplichten) verkregen informatie aan ‘punitieve’ autoriteiten, stelde het Hof vast dat de Hoge Raad die leemte heeft opgemerkt en, met directe toepassing van art. 6 EVRM, een ‘ruling’ heeft ontworpen ‘to take the place of a statutory safeguard’.[4] Daarmee was de overdracht van informatie effectief geblokkeerd.

5. Nogmaals, bepaaldelijk heeft het Hof in *Van Weerelt* niet vastgesteld dat de gevorderde informatie *niet wilsafhankelijk* was. Dat maakt het interessant om de feiten in de twee casussen te vergelijken, in het licht van de criteria die het Hof gebruikt om onderscheid te maken tussen wilsafhankelijke informatie en wilsonafhankelijke informatie. Die criteria zijn de volgende: waar het om schriftelijke stukken gaat vallen deze niet onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel wanneer de autoriteiten kunnen aantonen dat de dwang gericht is op de verkrijging van ‘specific pre-existing documents - thus, documents that have *not* been created as a result of the very compulsion for the purpose of the criminal proceedings,’ terwijl die stukken relevant zijn voor het aan de orde zijnde onderzoek en de autoriteiten ‘aware’ zijn van het bestaan ervan. Onderscheid dient in dat verband te worden gemaakt tussen dergelijke situaties en die waarin autoriteiten een individu proberen bewijs te laten verstrekken over door hem beweerdelijk begane delicten (of beboetbare feiten), door hem te dwingen stukken te verstrekken ‘which they believe must exist, although they are not certain of it’. Die laatste situatie ziet het Hof als ‘fishing expeditions’.[5]

6. De autoriteiten dienen aldus te kunnen aantonen dat zij (i) specifiek geduide stukken vorderen; (ii) die reeds bestaan; (iii) aldus niet door dwang zijn gecreëerd, terwijl zij (iv) weten dat die stukken bestaan. De feiten in *Van Weerelt* en *De Legé* vergelijkend vanuit deze criteria, zijn interessante feitelijke verschillen te zien in de informatiepositie van de autoriteiten op de momenten waarop dwang is ingezet in de twee gevallen. In de zaak van *Van Weerelt* hadden Duitse fiscale autoriteiten informatie verkregen met betrekking tot door niet-ingezetenen van Liechtenstein bij Liechtensteinse banken gehouden vermogen, waaronder ook door Nederlandse ingezetenen. Op basis van Art. 4 van de Richtlijn van de Europese Raad betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van de directe belastingen,[6] was een dossier bevattende 'bijzonderheden' aangaande de Nederlandse ingezetenen verstrekt aan de Nederlandse Belastingdienst, met toestemming om die informatie in het kader van een strafvervolgning te gebruiken. Op het moment dat bij de klager in die zaak een informatievordering werd gedaan was bekend dat een Liechtensteinse stichting (C.) in 1986 was opgezet om een in Zwitserland gehouden bankrekening te beheren. Die stichting werd beheerd door een trustee in Liechtenstein. Blijkens de statuten van de stichting was klager de 'first beneficiary of all assets and revenues, as well as of any possible liquidation proceeds ... during his lifetime and without any restriction.' De stichting werd in 2000 opgeheven.[7] In zijn reactie, via zijn raadsman, op het verzoek om informatie van de fiscus, ontkende klager niet dat hij betrokken was bij de stichting, maar stelde daarbij dat hij daarover enkel 'the sketchiest recollection' had en bovendien niet beschikte over pertinente documenten. Hij verzocht de fiscus ook om nadere informatie. Uiteindelijk stuurde de fiscus informatie, waarin aan klager de bovengenoemde informatie bekend werd gemaakt, alsmede de nadere informatie dat bekend was dat hij competenties had over de stichting en dat de Nederlandse fiscale autoriteiten wetenschap hadden van 'dozens of similar cases, the pattern in all cases being the same: although ostensibly ownership of assets was vested in the Liechtenstein foundation, the existence and content of the relevant bye-laws, letter of authority and appointment of the economic beneficiary demonstrated that in real terms ownership of the assets lay with whoever had set up the foundation'. De fiscus stelde zich op het standpunt dat een vergelijkbare constructie aan de orde moet zijn geweest bij de C. stichting en vorderde alle bij de stichting behorende documenten en rekeningen.[8]

7. In het geval van *De Legé* ontving de belastingdienst, eveneens op basis van dezelfde Richtlijn alsmede een bilateraal fiscaal verdrag met België, informatie van de Belgische fiscale autoriteiten over bankrekeningen die door Nederlandse ingezetenen zouden worden gehouden bij de bank X. in Luxemburg. Die informatie zag ook op de balans van die rekeningen op verschillende data tussen 1994-1996. De informatie was gestolen van de bank en werd aangetroffen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek in België. Klager werd geïdentificeerd als een van de rekeninghouders op basis van de verstrekte informatie.[9] Op

een gegeven moment kreeg de raadsman van klager inzage in geredigeerde stukken die de fiscus in handen had. Klager betwistte de bewijswaarde daarvan, omdat de 'provenance' van die stukken onduidelijk was en omdat ze zozeer geredigeerd waren dat ze 'meaningless' waren.[10] Tijdens de nationale rechtsgang droeg de fiscus ook de volgende informatie aan. In de eerste plaats zou er een *renseignement* zijn die betrekking had op een buitenlandse bankrekening. In de tweede plaats had 'experience' ook hier aangetoond 'that the identification of the holders of such accounts had in almost all cases been correct.' In de derde plaats was klager geïdentificeerd als rekeninghouder, terwijl klager de vragen omtrent de bankrekeningen niet had beantwoord dan wel niet in negatieve zin had beantwoord.[11]

8. In *De Legé* komt het Hof wel tot duiding van de aard van het materiaal. Dat is ook het punt in het toetsingskader waar het blijft hangen en zonder verder te toetsen vaststelt dat het *nemo tenetur*-beginsel niet van toepassing is. Het Hof heeft geen twijfel dat het in dit geval gaat om 'pre-existing documents' en overweegt voorts dat de autoriteiten van het bestaan daarvan op de hoogte waren, omdat reeds was vastgesteld dat klager een bankrekening hield in Luxemburg in de relevante periode. Daarom was hier geen sprake van een 'fishing-expedition'. De gevraagde stukken waren voorts specifiek aangegeven (het verzoek was aldus niet te breed opgesteld). De opgelegde dwangsom was ook niet van dien aard dat daardoor sprake zou zijn van behandeling in strijd met art. 3 EVRM (hetgeen bij de beantwoording van deze vraag van belang is, omdat met art. 3 EVRM strijdige behandeling juist met zich mee kan brengen dat dwang bij de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal (toch) in strijd kan zijn met het *nemo tenetur*-beginsel).[12]

9. Opvallend is dat het erop lijkt - in ieder geval op basis van de in de beslissing en uitspraak beschikbare informatie - dat de autoriteiten in het geval van *Van Weerelt* aantoonbaar een sterkere (in ieder geval meer gedetailleerde) informatiepositie hadden over een door deze klager in het buitenland gehouden bankrekening. In *De Legé* speelt voorts dat de informatie gestolen was van de bank, een gegeven waar het Hof niets mee doet, maar toch vragen zou kunnen oproepen over de inhoudelijke betrouwbaarheid daarvan. Wat de inhoud van die informatie betreft, uit de uitspraak wordt niet duidelijk hoe die precies kon leiden (met zekerheid) tot de identificatie van klager als rekeninghouder. Van belang lijkt ook te zijn in dit verband dat de stukken waarmee de autoriteiten in ieder geval aan De Legé hebben 'aangetoond' dat zij al wisten dat er een rekening bestond (en aldus ook dat daarbij behorende stukken zouden bestaan), niet zeer concreet waren (al dan niet alleen omdat zij geredigeerd waren). Hij kon er in ieder geval niet veel van maken.

10. De beslissing in *Van Weerelt* en de uitspraak in *De Legé* tonen dat zorgvuldigheid gepast is bij de scheiding van 'wilsafhankelijke' en 'wilsonafhankelijke' informatie waar het gaat om de (ook wel geschakeerde) grijze categorie van stukken. Voorts is een koppeling te maken tussen

dit aspect van de *De Legé*-uitspraak en het tweede aspect dat in deze noot wordt belicht. Dat tweede punt ziet op het beoordelingskader dat het Hof in deze uitspraak heeft neergelegd. In het bijzonder gaat het daarbij om de eerste twee principes (met betrekking tot eerlijkheid in de zin van art. 6 EVRM), waarmee het Hof dit kader heeft ingeleid. In de eerste plaats gaat het daarbij om het principe dat '(t)he right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right', maar dat 'what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case', zodat '(t)he Court's primary concern under Article 6 § 1' is om 'the overall fairness of the criminal proceedings' te beoordelen. Daarom dient '(c)ompliance with the requirements of a fair trial' te worden onderzocht 'in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings'.^[13]

11. Dat is een welbekende formule. Dat het Hof het noemt sluit aan bij de sterke tendens in de Straatsburgse rechtspraak de beoordeling van de beperking van (en omgang met) verschillende eerlijk procesrechten steeds meer vanuit het perspectief van deze algehele eerlijkheidstoets te verrichten. Dat wil zeggen, naast de specifieke criteria die van toepassing zijn bij de verschillende deelrechten, wordt de algehele eerlijkheid ook nog als sluitstuk ingezet, als een laatste correctiemechanisme, via hetwelk een bij toetsing aan de criteria geïndiceerde uitkomst toch anders kan uitpakken in het concrete geval. Dat kan in het voordeel zijn van een klager, maar ook in zijn nadeel. In het laatste geval (dat vaak voorkomt), komt dat neer op nuanceren van bescherming door vervaging van lijnen die gegeven zijn met deelrecht specifieke criteria, *blurry lines* aldus in plaats van harde. Over die tendens is rechter Pinto de Albuquerque terecht kritisch in zijn *dissenting opinion* bij 's Hof uitspraak in *Murtazaliyeva t. Rusland*. Daarin wijst hij op 'the corrosive expansion of the overall fairness test to the assessment of alleged violations of the right to examine defence witnesses'. Die test is volgens hem 'nothing more than a blank cheque for the domestic courts to do whatever they want with Article 6 § 3 rights and for the Court to confirm the outcome of the proceedings.' Nadat het recht op ondervraging van belastende getuigen en het recht op rechtsbijstand is verzwakt in de rechtspraak door koppeling van de algehele eerlijkheidstoets daaraan, sluit de *Murtazaliyeva*-uitspraak (die ziet op het recht op ontlastende getuigen) volgens hem 'the circle, by revisiting the *Perna* test [met betrekking tot ontlastende getuigen: FPÖ] on the basis of the overall fairness test'. Daarmee ontstaat ook een 'unfortunate triangle' met betrekking tot deze rechten, hetgeen voor rechter Pinto de Albuquerque met zich meebrengt dat 'the Court erroneously pursues the double path of persistently watering down defence rights and "deferential[ly]" abandoning its supervisory powers to the domestic courts. The silent assault on the rights of the defence in criminal procedure has been incontrovertibly stepped up, to

such an extent that one wonders where it will stop'.[14]

12. Uit *De Legé* blijkt in ieder geval niet dat die 'silent assault' stopt bij het *nemo tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht). De kritiek van rechter Pinto de Albuquerque is zeker ook van een grote betekenis bij de koppeling van de algehele eerlijkheidstoets aan deze fundamentele rechten.

13. Maar dan is er ook nog par. 62 van de *De Legé*-uitspraak, waarin het Hof de '*Jussila*-exceptie' als tweede inleidende algemene principe neerlegt. Dat principe, ook vaker gebruikt in de rechtspraak met betrekking tot art. 6 EVRM, wordt (zoals gebruikelijk) als volgt weergegeven in *De Legé*: '(t)he Court has found that cases concerning tax surcharges - or tax fines - differ from the hard core of criminal law for the purposes of the Convention, and that, consequently, the guarantees of Article 6 under its criminal head will not necessarily apply with their full stringency'.[15] De *Jussila*-exceptie komt op het volgende neer. Het Hof heeft als bekend de reikwijdte van de notie van een strafvervolging in de eigen rechtspraak sterk uitgebreid, door daaronder ook *sui generis* procedures te begrijpen, voor zover die volgens de criteria van het Hof als punitief kunnen worden aangemerkt. Daaronder valt ook de bestuurlijke boeteprocEDURE, zoals die eveneens in *De Legé* aan de orde is. In de *Jussila*-uitspraak heeft het Hof de ingrijpende impact van die rechtspraak ingeperkt, door te bepalen dat ook indien art. 6 EVRM, onder het strafrechtelijk hoofd daarvan, van toepassing is bij zo een procedure, dat dit niet met zich meebrengt dat alle deelrechten op eerlijkheid ook met dezelfde striktheid dienen te worden verwezenlijkt als die geldt in '*hard core*' strafvervolgingen. *De Legé* is een *non-hard core* zaak, waardoor wellicht niet meteen opvallend is dat het Hof de *Jussila*-exceptie noemt. De toevoeging is echter wel opmerkelijk. In de '*Jussila*-rechtspraak' gaat het vooral (evenals in *Jussila* zelf), om een ander deelrecht op eerlijkheid, te weten het recht op een zitting, daarbij aanwezig te zijn en mondeling argumenten te voeren. De exceptie is ook wel toegepast bij andere deelrechten, bij het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht, tot aan *De Legé*, niet.

14. Het Hof is in deze zaak als gezegd gestopt met toetsing toen het kwam tot de analyse dat het hier niet ging om wilsafhankelijk materiaal. De vraag is dan welke invloed de toevoeging van de *Jussila*-exceptie zou hebben gehad op de beoordeling, in het geval het Hof was uitgegaan van wilsafhankelijke informatie. Mogelijk zou dat met zich mee hebben gebracht dat, ondanks dat daarvan sprake was, omdat deze zaak een *non hard core* strafvervolging betreft, ook het *nemo tenetur*-beginsel op dit punt nader vatbaar is voor '*Jussila*-nuancering'. Dat zou betekenen dat dit beginsel (maar ook zwijgrecht?) minder strikte gelding hebben in *non-hard core* strafvervolgingen. Die gedachte volgend, kan de vraag worden opgeworpen of dit ook zou betekenen dat de omgang met het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal in *hard core* strafvervolgingen juist zorgvuldiger dient te zijn. Dat

zou weer met zich mee kunnen brengen dat de toets die het Hof op dit punt heeft uitgevoerd in *De Legé*, onder werking van de *Jussila*-exceptie, enigszins verwaterd is uitgevoerd. Zo ja, is dat betekenisvol in de context van *sui generis* procedures, omdat informatievorderingen daarmee worden gefaciliteerd. Tegelijkertijd geldt dan ook dat dergelijke analyses strikter dienen te worden uitgevoerd in *hard core* strafvervolgingen. Dit alles zou overigens nadere complexiteit opleveren in reeds moeilijke materie, ook waar het gaat om situaties waarin nog niet duidelijk is via welke weg (bestuurlijke beboeting, *hard core* strafvervolging of anderszins) tot afdoening zal worden overgegaan. Het Hof maakt de omgang met art. 6 EVRM-rechten, waaronder ook het *nemo-tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht), in ieder geval niet gemakkelijker voor de nationale rechter.

F.P. Ölçer

[1] Zie voor een overzicht daarvan, *De Legé t. Nederland*, EHRM 4 oktober 2022, nr. 58342/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, pars. 64-65.

[2] Ontvankelijkheidsbeslissing *Van Weerelt t. Nederland*, EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414.

[3] Zie voor dat kader, *De Legé t. Nederland*, pars. 60-78.

[4] *Van Weerelt t. Nederland*, pars. 60-62.

[5] *De Legé*, par. 76.

[6] Richtlijn van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Statens op het gebied van de directe belastingen (77/799/EEG).

[7] *Van Weerelt*, pars. 3-6.

[8] *Ibid*, par. 17.

[9] *De Legé*, pars. 5-6.

[10] *Ibid*, pars. 15-16.

[11] *Ibid*, par. 21.

[12] Zie in dat verband *Jalloh t. Duitsland*, EHRM (GK) 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000.

[13] *De Legé*, pars. 60-61.

[14] *Dissenting opinion* rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM (GK) 18 december 2018, nr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805.

[15] *De Legé*, par. 62. Zie *Jussila t. Finland*, EHRM (GK) 23 november 2006, nr. 73053/01, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301.