

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-2

Nummer 2, 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:2023:0112JUD007628614 12-01-2023

Pařízek t. Tsjechië, EHRM 12 januari 2023, nr. 76286/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0112JUD002727615 12-01-2023

Ovcharenko en Kolos t. Oekraïne, EHRM 12 januari 2023, nrs. 27276/15 en 33692/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0112JUD002770015 12-01-2023

Kilic t. Oostenrijk, EHRM 12 januari 2023, nr. 27700/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD006353919 20-12-2022

Zemmour t. Frankrijk, EHRM 20 december 2022, nr. 63539/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD003724121 20-12-2022

S.H. t. Malta, EHRM 20 december 2022, nr. 37241/21

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD005328218 20-12-2022

Moraru en Marin t. Roemenië, EHRM 20 december 2022, nrs. 53282/18 en 31428/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD003101219 20-12-2022

Bakoyanni t. Griekenland, EHRM 20 december 2022, nr. 31012/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUD002116420 15-12-2022

Rutar en Rutar Marketing C.O.O. t. Slovenië, EHRM 15 december 2022, nr. 21164/20

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:9](#) 12-01-2023

TP (Monteur audiovisuel pour la télévision publique), HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-356/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:3](#) 12-01-2023

Österreichische Post, HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-154/21

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:13](#) 12-01-2023

Migracijos departamentas (Motifs de persécution fondés sur des opinions politiques), HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-280/21

Annotatie

[Yakovlyev t. Oekraïne \(EHRM, nr. 42010/18\) – Dwangvoeding na een week hongerstaking is schending van art. 3 EVRM](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

[Sovim SA \(HvJ EU, C-37/20 en C-601/20\) – Actieve openbaarmaking van data op het internet in strijd met het Handvest](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Kavala t. Turkije \(EHRM, 28749/18\) – De uitkomst van de tweede inbreukprocedure ooit voor het EHRM: Laat Osman Kavala vrij!](#)

L.R. Glas

Annotatie

[Juszczyszyn t. Polen \(EHRM, 35599/20\) – Veel bevestiging en een beetje ontwikkeling van de Europese rechtstaatspraak](#)

M. Leloup

Annotatie

[Grzęda t. Polen \(EHRM, nr. 43572/18\) – Grote Kamer Europees Mensenrechtenhof vernietigend over de Poolse gerechtelijke hervormingen](#)

S. Lambrecht

Annotatie

[Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije \(EHRM, 70078/12\) - Toetsing in abstracto van inbreuken op het recht op respect voor het privéleven](#)

D.A.G. van Toor

Annotatie

Dimici t. Turkije (EHRM, nr. 70133/16) – Discriminatie naar geslacht in uit 1563 stammende stichtingsakte

J.H. Gerards en C. Mak

Annotatie

D.K. t. Italië (EHRM, 14260/17) – De ontbrekende klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond bij zedendelicten tegen minderjarigen

J.L.F. Groenhuijsen en M.A.P. Timmerman

Annotatie

Angerjäv en Greinoman t. Estland (EHRM, nrs. 16358/18 en 34964/18) – Mag de rechter een kritische advocaat uit de procedure verwijderen?

J.E. Soeharno

RECHTSPRAAK

Bakoyanni t. Griekenland, EHRM 20 december 2022, nr. 31012/19

Een minister heeft een tweet geplaatst waarin hij zich heel kritisch uitsprak over een parlamentslid. Het parlamentslid deed aangifte van laster, maar onder de Griekse Grondwet kan alleen het parlement zelf een strafvervolgung jegens een minister initiëren. Nu het parlement dat niet deed, was er voor het parlamentslid geen mogelijkheid om de aantasting van haar goede naam via een uitspraak recht te zetten, nu alleen strafrechtelijke uitspraken tegen private individuen worden gepubliceerd. Het EHRM oordeelt dat daardoor het recht op toegang tot de rechter is geschonden.

Klaagster is lid van het Griekse parlement. In 2018 aanvaardde ze een uitnodiging om de inauguratie van de Turkse president Erdogan bij te wonen. De toenmalige Griekse Minister van Defensie, P.K., plaatste daarop een zeer kritische tweet over klaagster. Zij diende een aanklacht in wegens laster. Omdat P.K. op dat moment inmiddels minister-af was en lid was van het parlement, werd de zaak doorgestuurd naar de parlementaire commissie voor ethische zaken met het oog op mogelijke opheffing van de parlementaire immuniteit. P.K. stelde daarbij dat hij niet kon worden vervolgd vanwege zijn eerdere functie als Minister. De parlementaire commissie volgde hem in dit oordeel en bepaalde dat alleen het parlement zelf vervolging van P.K. kon initiëren. Het parlement deed dit uiteindelijk niet. Klaagster heeft vervolgens voor de civiele rechter geprocedeerd tegen P.K. In eerste aanleg is zij in het gelijk gesteld en werd P.K. veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. Een hoger beroep in de zaak is nog aanhangig.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden door de onmogelijkheid om een strafzaak jegens P.K. in te stellen. Het Hof benadrukt dat het toekennen van parlementaire immuniteit niet per definitie leidt tot een disproportionele aantasting van het recht op een eerlijk proces. Het is echter niet aanvaardbaar als staten zonder meer hele categorieën van civiele of strafrechtelijke procedures aan de rechtsmacht

van rechters onttrekken. Per geval moet worden nagegaan of er een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen, enerzijds, het belang om binnen het parlement een betekenisvol debat te kunnen houden en de belangen van kiezers te behartigen en, anderzijds, het recht op toegang tot de rechter. Daarbij speelt ook een rol of iemand voldoende alternatieven ter beschikking heeft om zijn belangen te laten vertegenwoordigen.

Ten aanzien van de voorliggende zaak overweegt het Hof dat op grond van de nationale Grondwet een bijzondere procedure gold voor het vervolgen van (voormalige) ministers, waarbij het parlement exclusieve bevoegdheid had om te beslissen over het initiëren van een strafzaak. Klaagster is tegelijkertijd door deze regel een belangrijke mogelijkheid tot het verkrijgen van rechtsherstel rondom de aantasting van haar reputatie ontzegd. Voor haar zou vooral belangrijk zijn geweest dat de uitspraak in de strafrechtelijke procedure zou worden gepubliceerd, iets dat in Griekenland alleen mogelijk is in strafzaken en niet in civiele zaken. De weigering om de immuniteit op te heffen is daardoor in strijd met het recht op toegang tot de rechter en daarmee met art. 6 lid 1 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD003101219

Zaaknummer: 31012/19

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Migracijos departamentas (Motifs de persécution fondés sur des opinions politiques), HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-280/21

Een derdelander heeft een asielaanvraag ingediend omdat, na een zakelijk conflict in zijn thuisland, hij op beweerdelijk corrupte wijze strafrechtelijk is vervolgd. De vraag is opgekomen of daarbij sprake is van een vervolging wegens ‘politieke overtuiging’. Het HvJ wijst erop dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd, in lijn met rechtspraak van het EHRM en aanwijzingen van de UNHCR. Het oordeelt dat van zo’n vervolging ook sprake is in omstandigheden als die in het hoofdgeding, zij het dat daarbij wel aannemelijk moet worden gemaakt dat die zich inderdaad zo hebben voorgedaan.

In 2019 heeft derdelander P.I. een asielaanvraag ingediend in Litouwen, omdat tegen hem beweerdelijk op instigatie van een met de veiligheidsdiensten verbonden ondernemer een strafrechtelijke procedure was gestart. In 2020 is het verzoek afgewezen, omdat P.I.’s vervolging niet overeenkwamen met de in het Verdrag van Genève genoemde gronden, zoals die van politieke overtuiging. In verband met de procedure hierover zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Het HvJ EU stelt voorop dat in dit geval de toepasselijke richtlijn 2011/95 moet worden uitgelegd in het licht van het Verdrag van Genève en het Handvest. Volgens de richtlijn moet er voor het kunnen verlenen van asiel een oorzakelijk verband bestaan tussen de daden van vervolging of de afwezigheid van bescherming daartegen en ten minste één van de vijf gronden voor vervolging genoemd in art. 10 van de richtlijn, waaronder ‘politieke overtuiging’. Art. 10 van de richtlijn geeft daarbij een verdere uitleg van dit begrip. Het HvJ EU wijst erop dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd, zoals dat ook wordt gedaan door onder meer de UNHCR; die uitleg komt in dit verband bijzondere betekenis toe. Bovendien moet rekening worden gehouden met art. 11 Hv, dat de uitingsvrijheid en de toegang tot informatie beschermt

als een van de wezenlijke grondslagen voor een democratische samenleving. Het EHRM heeft dat bevestigd in zijn rechtspraak over de verwante bepaling art. 10 EVRM, die ondersteunt dat een ruime uitleg moet worden gegeven aan het begrip ‘politieke overtuiging’ zoals dat in de richtlijn is opgenomen. Het HvJ wijst er verder op dat het al een aantal uitspraken heeft gedaan waarin het voor die ruime uitleg heeft gekozen. Het stelt nu vast dat art. 10 van de richtlijn ook van toepassing is als niet-overheidsactoren illegaal tegen iemand opereren, wanneer die actoren, wegens hun corrupte banden met de staat, in staat zijn het repressieve apparaat van die staat ten nadele van de betrokkene in te zetten, ook al was diens vordering ingegeven door de verdediging van zijn persoonlijke vermogensrechtelijke en economische belangen. Wel moet in een geval als dit op alle omstandigheden worden gelet om de aannemelijkheid van deze ‘politieke overtuiging’ die de vervolgingsactoren aan de betrokkene toeschrijven te onderzoeken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:13

Zaaknummer: C-280/21

Wetsartikelen: EVRM art. 10, Hv art. 11 en Rl 2011/95/EU, art. 2 (d), art. 10 lid 1 en lid 2, art. 13

RECHTSPRAAK

Kilic t. Oostenrijk, EHRM 12 januari 2023, nr. 27700/15

Vanwege slechte hygiënische omstandigheden zijn de kinderen van het echtpaar Kilic via een noodmaatregel uit huis geplaatst. De oudsten konden later terugkeren, maar de jongste twee zijn in een pleeggezin geplaatst. Vanwege het gedrag van de ouders zijn de bezoekmogelijkheden beperkt. De maatregelen zijn volgens het EHRM zorgvuldig genomen en zijn in het belang van de kinderen. Het pleeggezin was niet islamitisch, maar zo'n gezin was ook niet voorhanden. Er zijn geen aanwijzingen dat het belang bij behoud van religieuze, taalkundige en culturele banden tussen ouders en kinderen is geschonden. Art. 8 en 9 EVRM zijn dan ook voldoende gerespecteerd.

Klagers zijn een gehuwd stel met de Turkse nationaliteit; zij hangen het islamitische geloof aan. Ze hebben vijf kinderen, waarvan er twee de Oostenrijkse nationaliteit hebben naast de Turkse. Na verschillende meldingen over de slechte hygiënische en woonomstandigheden van de kinderen werden de kinderen in 2010 als noodmaatregel door de bevoegde instantie (de YWO) uit huis geplaatst. De drie oudste kinderen werden in een opvanghuis geplaatst, de jongste werden in noodpleegzorg genomen. Nadat er verbeteringen waren aangebracht in de omstandigheden in de woning, werden er enige bezoekrechten toegekend waardoor de kinderen hun ouders konden bezoeken. Daarbij hebben de ouders geprobeerd de kinderen niet terug te brengen, waarop de bezoekregeling werd aangepast. De ouders werden verder woedend toen ze zagen dat een van de kinderen die in de noodpleegzorg was opgenomen een kettinkje met een kruisje droeg; zij probeerden het kind met geweld mee te nemen.

Uiteindelijk werden de ouders volledig uit de ouderlijke macht ontzet en werden de kinderen in pleegzorg gegeven. Daarbij werd de pleegmoeder opgedragen dat zij de religie van de kinderen zou respecteren. Later, in 2013, keerden de drie oudste kinderen terug naar hun ouders. De jongste twee bleven wel in pleegzorg. Omdat zij veel stress ondervonden door de bezoeken aan hun ouders, bleven de bezoekrechten beperkt. Een procedure die klagers aanspannen omdat er jegens hen sprake was van gedwongen 'verchristelijking' bleef zonder

succes.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het in strijd is met art. 8 en 9 EVRM dat de jongste kinderen in een pleeggezin werden geplaatst en er te weinig werd gedaan om recht te doen aan hun culturele, taalkundige en religieuze achtergrond. Ten aanzien van art. 9 EVRM wijst het Hof erop dat uithuisplaatsing van een kind onvermijdelijk tot gevolg heeft dat er minder ruimte is om het kind in overeenstemming met de eigen opvattingen op te voeden. Toch besluit het de zaak niet alleen te beoordelen op grond van art. 8 EVRM, maar die bepaling ook te lezen in het licht van art. 9 EVRM.

Het Hof overweegt dat er zeer uitgebreid en zorgvuldig over de kwesties is geprocedeerd op nationaal niveau. De ouders zijn daar steeds goed in betrokken en verschillende deskundigen zijn geraadpleegd. Gebleken is niet dat de initiële uithuisplaatsing van de twee jongste kinderen niet als noodmaatregel was bedoeld en ingestoken. De rechters hebben goed toegelicht dat de bezoeken voor de kinderen erg belastend waren als gevolg van het gedrag van de ouders. Verder zijn de oudste drie kinderen juist wel naar hun ouders terug kunnen keren zodra dat weer verstandig leek. In de tussentijd hebben de jongste kinderen een goede band met hun pleegouders opgebouwd. Gelet daarop acht het Hof de beslissingen rondom de uithuisplaatsing, de pleegzorg en de bezoeksregeling niet in strijd met art. 8 lid 2 EVRM.

Ten aanzien van de culturele, taalkundige en religieuze opvoeding van de kinderen overweegt het Hof dat de nationale autoriteiten die aspecten moeten betrekken bij hun beoordeling van de uithuisplaatsing en toewijzing aan een bepaald pleeggezin. Daarbij moeten de belangen van het kind centraal staan. Onbetwist is dat er in Wenen weinig islamitische pleeggezinnen beschikbaar waren, ondanks inspanningen van de autoriteiten om hun aantal te vergroten. Verder is duidelijk dat er pogingen zijn gedaan om de kinderen in ieder geval bij familie onder te brengen. Klagers hebben aanvankelijk ook geen wensen uitgesproken ten aanzien van het pleeggezin en werden pas boos toen zij een van hun kinderen met een kruisje zagen. Op dat moment waren er al gevestigde banden tussen de kinderen en de pleegouders en waren er relevante redenen om aan te nemen dat het ongunstig zou zijn voor de kinderen om hen weer uit dit pleeggezin weg te halen. De moeder legde bovendien uit dat het kind het kruisje uit een kauwgumbalautomaat had gekregen en het per se wilde dragen, maar dat zij er als pleegouders zeker niet op aandrongen. Het Hof acht dat aannemelijk. Het Hof is verder niet bereid om aan te nemen dat er een taalbarrière ontstond tussen de ouders en hun kinderen doordat die minder goed Turks dan Duits spraken. Die had ook kunnen worden ondervangen door de kinderen een taalcursus te laten volgen, maar daar is nooit om verzocht. Gelet op deze overwegingen acht het Hof op dit punt art. 8 in samenhang met art. 9 EVRM niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0112JUD002770015

Zaaknummer: 27700/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 9

RECHTSPRAAK

**Moraru en Marin t. Roemenië, EHRM 20 december 2022,
nrs. 53282/18 en 31428/20**

In Roemenië gold tot voor kort een verschillende pensioenleeftijd voor mannelijke en vrouwelijke ambtenaren. Het EHRM overweegt dat voor zo'n onderscheid naar leeftijd zeer zwaarwegende redenen moeten worden aangevoerd. Die zijn er in een geval als dit echter niet. Het Hof oordeelt dat de verschillende pensioenleeftijden leiden tot het voortzetten van een gestereotypeerd beeld van genderrollen. Ook behandelt de absoluut en algemeen geformuleerde regelgeving vrouwen ten onrechte als een homogene groep zonder eigen zeggenschap over hun beroepsleven en carrièrewensen. Gelet daarop oordeelt het EHRM dat de wetgeving een schending oplevert van art. 1 P12 EVRM.

Eerste klagster werkte voor een onderdeel van de Roemeense Belastingdienst. Toen ze in 2016 de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwen bereikte, verzocht ze om tot haar 65^{ste} levensjaar te mogen blijven doorwerken, zoals ook mannen dat kunnen doen. Haar contract werd niettemin op haar verjaardag van rechtswege beëindigd. Zij procedeerde hierover, waarbij zij in eerste aanleg in het gelijk werd gesteld omdat pensionering een recht en geen verplichting moest zijn. In hoger beroep werd dit oordeel echter herzien, omdat een verder duidelijke wet in eerste aanleg niet goed was toegepast. Voor tweede klagster gold een soortgelijke situatie, zij het dat zij niet heeft verzocht om dezelfde pensioenleeftijd als geldt voor mannelijke werknemers, maar om een verlenging van haar aanstelling.

Voor het EHRM hebben beide klagsters gesteld dat het door art. 1 P12 EVRM beschermde gelijkheidsbeginsel is aangetast door de verplichting voor vrouwelijke werknemers om met pensioen te gaan op een lagere leeftijd dan geldt voor mannelijke werknemers. Het Hof gaat allereerst in op de vraag of deze bepaling in het onderhavige geval van toepassing is. Daarbij wijst het erop dat volgens het toelichtende rapport bij Protocol 12 vier categorieën van

situaties worden benoemd waarin het discriminatieverbod kan worden toegepast. In het onderhavige geval garandeert de nationale gelijkebehandelingswetgeving gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. De pensioenbeslissingen zijn in de voorgelegde zaken bovendien genomen door overheidsorganen, die duidelijk door die wetgeving zijn gebonden. Dit betekent dat de kwestie binnen het bereik van de eerste twee in de toelichting genoemde categorieën valt. Art. 1 P12 EVRM kan daardoor inderdaad worden toegepast.

Het Hof herhaalt vervolgens de rechtspraakbeginselen die van toepassing zijn in gelijkebehandelingszaken. In het bijzonder benadrukt het dat er in de lidstaten van de Raad van Europa brede consensus bestaat over het belang van gelijkheid op grond van geslacht. Dat betekent dat zeer zwaarwegende redenen nodig zijn om een ongelijke behandeling op die grond te kunnen rechtvaardigen. Het Hof heeft eerder al vastgesteld dat een verschil in pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen een onderscheid op grond van geslacht oplevert. Het Hof merkt op dat in de situatie van tweede klagster er bovendien een verschil in behandeling lijkt te bestaan tussen ambtenaren en andere werknemers, nu gewone werknemers wel toestemming kunnen krijgen om door te werken tot dezelfde pensioenleeftijd als geldt voor mannen. Uiteindelijk gaat het ook in haar zaak echter primair om het verschil in behandeling van mannen en vrouwen op de werkvloer.

Het Hof benadrukt vervolgens dat staten een ruime *margin of appreciation* toekomt als het gaat om het nemen van algemene maatregelen op het terrein van sociaal of economisch beleid. Aanpassingen van wetgeving moeten daarbij geleidelijk plaatsvinden om de voorzienbaarheid van het pensioenstelsel en de rechtszekerheid niet in gevaar te brengen. Tegelijkertijd geldt de al genoemde eis dat heel zwaarwegende redenen moeten worden gegeven voor een onderscheid op grond van geslacht. Daardoor komt staten maar een beperkte *margin of appreciation* toe als het gaat om het nemen van maatregelen die zijn gebaseerd op die grond. Het Hof benadrukt dat het voortzetten van regelgeving waarin een verschil in pensioenleeftijd is neergelegd voor mannen en vrouwen neerkomt op het voortzetten van een gestereotypeerd beeld van genderrollen. Ook behandelt deze absoluut en algemeen geformuleerde regelgeving vrouwen als een homogene groep zonder zeggenschap. Hun persoonlijke situaties of wensen op het gebied van beroepsleven en loopbaanontwikkeling en hun afstemming op die van mannen worden volledig genegeerd. Dat is ook in de voorgelegde gevallen wel gebleken, waarin niet is gekeken naar de eigen wensen van klagsters. Zij hebben die wel heel expliciet voorgelegd, waarbij eerste klagster ook uitdrukkelijk heeft gewezen op de EU-wetgeving op dit terrein. Het EHRM wijst er daarnaast nog op dat er geen overtuigende financiële of systemische argumenten zijn voorgelegd ter rechtvaardiging van het verschil. Inmiddels hebben nationale rechters ook geoordeeld dat de wetgeving in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, al hebben klagsters daar niet van kunnen profiteren. Gelet op dit alles is

art. 1 P12 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD005328218

Zaaknummer: 53282/18 en 31428/20

Wetsartikelen: EVRM art. 1 P12

RECHTSPRAAK

Österreichische Post, HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-154/21

In het hoofdgeding zijn vragen ingediend over het recht op inzage in persoonsgegevens. Met name wil de verzoeker concrete informatie ontvangen over de ontvangers van door een verwerkingsverantwoordelijke verzamelde gegevens. Het HvJ oordeelt dat het recht van inzage belangrijk is om andere rechten te kunnen uitoefenen, zoals het recht op rectificatie, vergetelheid en verwerkingsbeperking. In verband daarmee is een verwerkingsverantwoordelijke verplicht om de identiteit van ontvangers mee te delen, tenzij dit onmogelijk of disproportioneel zou zijn.

In 2019 heeft RW Österreichische Post verzocht om op grond van art. 15 AVG inzage te verkrijgen in de persoonsgegevens die het bedrijf over hem opslaat en hem informatie te geven over de ontvangers daarvan. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een procedure waarin prejudiciële vragen aan het HvJ zijn voorgelegd.

De centrale vraag hierbij is of art. 15 lid 1 (c) AVG zo moet worden uitgelegd dat het in die bepaling bedoelde recht van de betrokkene om inzage te verkrijgen van de hem betreffende persoonsgegevens, meebrengt dat de verwerkingsverantwoordelijke, wanneer die gegevens aan ontvangers zijn of zullen worden verstrekt, verplicht is om aan de betrokkene de concrete identiteit van deze ontvangers mee te delen. In dit verband wijst het HvJ er onder meer op dat het recht van inzage vooral belangrijk is om mensen een aantal rechten uit te laten oefenen, namelijk het recht op rectificatie, op vergetelheid en op beperking van de verwerking. Om die rechten te kunnen benutten moet de betrokkene in ieder geval beschikken over informatie over de concrete ontvangers van de persoonsgegevens als die al met derden zijn gedeeld. Dit houdt ook verband met de in art. 8 Hv vastgelegde rechten op persoonsgegevensbescherming. Een uitzondering op deze regel kan alleen worden gemaakt als het onmogelijk is voor de verwerkingsverantwoordelijke om de ontvangers te identificeren of als de verzoeken om inzage ongegrond of buitensporig van aard zijn.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:3

Zaaknummer: C-154/21

Wetsartikelen: Vo 2016/679, art. 15 lid 1 (c)

RECHTSPRAAK

**Ovcharenko en Kolos t. Oekraïne, EHRM 12 januari 2023,
nrs. 27276/15 en 33692/15**

Verskillende rechters in het Constitutionele Hof van Oekraïne zijn in 2014 vanuit het parlement ontslagen, na de massale protesten tegen de vorige regering. Volgens het parlement hadden de rechters hun ambtseed geschonden door een aantal constitutionele amendementen ongrondwettig te verklaren en door een aantal andere uitspraken. Het EHRM stelt vast dat art. 8 EVRM op dit ontslag van toepassing is. De wettelijke basis voor het ontslag voldeed in de bijzondere omstandigheden van het geval niet aan de te stellen hoge voorzienbaarheidsvereisten. Ook zijn uitspraken hierover onvoldoende gemotiveerd. Strijd met art. 6 en 8 EVRM.

Klagers zijn in 2006 benoemd tot rechter in het Constitutionele Hof van Oekraïne. Op dezelfde datum nam het parlement een wet aan op grond waarvan de constitutionaliteit van wijzigingen van de Grondwet niet door het Constitutionele Hof kon worden beoordeeld. De betreffende wettelijke bepaling werd later door het Constitutionele Hof ongrondwettig gevonden. Na grote protesten in 2013 vond in 2014 een aantal constitutionele aanpassingen plaats. Daarbij verklaarde het parlement onder meer dat de rechters in het Constitutionele Hof in strijd met de grondwet waren benoemd en zouden moeten worden ontslagen. Ook stelde het nieuwe parlement dat het Constitutionele Hof op een ongrondwettige manier over de Grondwet had geoordeeld. In het verlengde hiervan hebben klagers hun ontslag aangeboden, maar tegelijkertijd hebben zij de ontslagbeslissing betwist. Het parlement verzocht de Hoge Raad over de kwestie te oordelen; deze kwam tot de bevinding dat het beroep van beide klagers ongegrond was.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat hun ontslag een ongerechtvaardigde inbreuk oplevert op hun recht op respect voor hun privéleven. Het EHRM buigt zich in het licht van de *Denisov*-criteria allereerst op de toepasselijkheid van art. 8 EVRM. Het overweegt

dat de redenen die zijn gegeven voor het ontslag puur waren gericht op de manier waarop klagers het rechterlijk ambt hadden bekleed. Klagers stelling dat het ging om een willekeurige en politiek gemotiveerde beslissing betekent nog niet dat hun privéleven erdoor is aangetast. Wel acht het Hof voldoende aannemelijk dat de ontslagbeslissing een aanzienlijke impact had op klagers reputatie en financiële positie. Gelet daarop is art. 8 EVRM toch van toepassing.

Over de rechtvaardiging merkt het Hof op dat het zich in *Oleksandr Volkov* al heeft uitgesproken over de redenen waarom klagers werden ontslagen en over de wettelijke grondslag daarvoor. In die zaak oordeelde het Hof dat de geldende wetgeving niet voldoende bescherming bood tegen willekeur en niet voldeed aan de eis van voorzienbaarheid. De onderhavige zaak is echter in die zin anders dat de onderhavige zaak niet een gewone rechter betrof, maar een lid van het Constitutionele Hof. Op die rechters zijn bijzondere regels van toepassing. Daarnaast zijn er later nog andere wettelijke regelingen aangenomen die niet golden in de situatie van *Volkov*. Het Hof moet daarom alsnog onderzoeken of in het geval van klagers de wettelijke basis kon volstaan in het licht van art. 8 lid 2 EVRM. Daarbij stelt het vast dat de nieuwere wetgeving geen significant grotere voorzienbaarheid heeft opgeleverd. Onduidelijk is ook waarom de relevante bepalingen niet zo zijn uitgelegd dat ze immuniteit van de rechters van het Constitutionele Hof opleverden, ook waar het ging om bescherming tegen ontslag. Het parlement heeft voor de gegeven uitleg geen goede redenen gegeven, net zomin als uiteindelijk de Hoge Raad. Dit is problematisch, omdat de verantwoordelijkheid van rechters voor inhoudelijke rechterlijke activiteiten een zeer delicate kwestie is. Alleen als sprake is van een ernstige en flagrante aantasting van nationaal recht, willekeur of een ernstige verdraaiing van de feiten kan er een reden zijn om in te grijpen. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het eventuele bestaan van goede of kwade trouw bij de rechter. Uit een rechtsvergelijkend onderzoek blijkt ook dat er een duidelijke trend bestaat binnen de lidstaten naar het stellen van hoge eisen bij de sanctionering van rechters in dit type zaken. De Venetiëcommissie heeft zich ook al kritisch uitgesproken over de gang van zaken in Oekraïne, nu het ging om rechterlijke oordelen over kwesties die ook binnen Oekraïne sterk controversieel waren. Ook PACE heeft geoordeeld dat er vraagtekens te stellen waren bij de constitutionaliteit van de amendementen die in 2004 waren aangenomen. Dit betekent volgens het EHRM dat er sprake was van een situatie van onacceptabele rechtsonzekerheid, die des te problematischer is omdat het gaat om de rechtspositie van rechters in een hof dat een cruciale rol speelt in het onderhouden van de rechtsstaat en democratie in Oekraïne. Hoewel het Hof enig begrip heeft voor de omstandigheden in Oekraïne ten tijde van het ontslag, namelijk een situatie van massale protesten, oordeelt het dat er toch te weinig rechtsbasis bestond voor het ontslag. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Klagers hebben daarnaast gesteld dat hun zaken niet zijn beoordeeld door een rechter die voldoet aan de eisen van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt voorop dat het effectiviteitsbeginsel vereist dat de stellingen van partijen daadwerkelijk worden 'gehoord', dat wil zeggen voldoende worden onderzocht door een rechtbank. Ook moeten er voldoende redenen worden gegeven voor een oordeel. In het onderhavige geval is de ontslagbelissing gegeven door een niet onafhankelijk orgaan, zodat een *ex post* rechterlijke toetsing met 'full jurisdiction' noodzakelijk was. In het onderhavige geval is echter onvoldoende motivering gegeven voor het rechterlijk oordeel in de zaak van klagers. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook geschonden.

Tot slot hebben klagers gesteld dat art. 18 EVRM is geschonden, omdat hun ontslag politiek zou zijn gemotiveerd. Het Hof wijst erop dat het heeft geoordeeld dat de ontslagbeslissing een twijfelachtige basis had en in strijd was met art. 8 EVRM. Het ziet echter onvoldoende aanwijzingen dat het ontslag gebaseerd was op andere gronden dan zijn aangevoerd of dat er anderszins een verborgen agenda bestond. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0112JUD002727615

Zaaknummer: 27276/15 en 33692/15

Wetsartikelen: EHRM art. 6 lid 1, EHRM art. 8 en EHRM art. 18

RECHTSPRAAK

Pařízek t. Tsjechië, EHRM 12 januari 2023, nr. 76286/14

Par|i|zek heeft lange tijd een heel lage huur voor zijn woning betaald, omdat die onder een rentecontrolesysteem viel. Na een wijziging van rechtspraak van het Tsjechische Constitutionele Hof is de huur flink omhooggegaan. Het EHRM oordeelt dat de wijziging weliswaar niet het gevolg was van bijzondere wetgeving, maar dat de constitutionele rechtspraak voldoende duidelijk en voorspelbaar was om als rechtsbasis te kunnen gelden. De aanpassingen waren gericht op het gelijktrekken van het huursysteem in Tsjechië ten voordele van woningeigenaren die lange tijd geen marktconforme huur konden rekenen. Dat is gerechtvaardigd en niet strijdig met art. 1 EP EVRM.

Klager woonde al sinds 1999 in een huis waarvoor een rentecontrolesysteem gold. Na verkoop van het huis dat klager huurt is de rente flink omhooggegaan. Klager heeft geprocedeerd over een schending van zijn financiële situatie hierdoor, maar is daarbij niet in het gelijk gesteld.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat sprake is van een schending van zijn door art. 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht. De eerste vraag die opkomt is of er een voldoende wettelijke basis was voor de aanpassingen van het rentecontrolesysteem, nu die niet in wetgeving zijn vastgelegd, maar voortvloeiden uit rechtspraak. Het EHRM heeft al eerder geoordeeld in een zaak tegen Tsjechië dat er gedurende een bepaalde periode een rechtsbasis voor renteverhogingen ontbrak. In het onderhavige geval ontbrak bijzondere wetgeving eveneens, maar was er wel een duidelijke rechtspraaklijn ontstaan van het Constitutionele Hof. Het Constitutionele Hof heeft ook het nodige gedaan om tegenstrijdige lagere rechtspraak te uniformeren. Er was daarmee een voldoende wettelijke basis voor de aanpassingen. De overwegingen die ten grondslag lagen aan deze rechtspraaklijn waren dat er een ongelijkheid was ontstaan tussen verschillende groepen die werden geraakt door de deregulering van de rentetarieven en dat het nodig was om die te beëindigen. Volgens het EHRM is dat een legitiem doel. Het Hof heeft verder eerder al geoordeeld dat het oude systeem van strenge rentecontrole een ongerechtvaardigde aantasting van huiseigenaren

opleverde, die nauwelijks mogelijkheden hadden om de rente te verhogen. Het is in dit soort gevallen zaak om te komen tot een eerlijke verdeling van de sociale en financiële lasten. Het nieuwe systeem is volgens het Hof een onontkoombaar gevolg van de wens om de relatie tussen huurders en verhuurders aan te passen. Klager heeft bovendien jaren voordeel gehad van het bestaande rentecontrolesysteem, waarbij zijn rente aanmerkelijk lager was dan die op de particuliere markt. Nu bovendien niet is aangetoond dat hij excessief nadeel heeft ondervonden van de verandering, is art. 1 EP EVRM niet geschonden.

Klager heeft verder gesteld dat sprake was van inconsistente rechtspraak in deze kwestie, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof heeft t.a.v. art. 1 EP EVRM al bepaald dat de uitspraken van het Constitutionele Hof een einde hebben gemaakt aan onzekerheid en leidden tot voldoende voorspelbare en duidelijke criteria. De lagere rechters moesten in overeenstemming hiermee oordelen, hetgeen ze op een geleidelijke manier ook hebben gedaan. Gelet daarop oordeelt het Hof dat art. 6 lid 1 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0112JUD007628614

Zaaknummer: 76286/14

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

RECHTSPRAAK

S.H. t. Malta, EHRM 20 december 2022, nr. 37241/21

Een asielzoeker heeft in Malta gesteld dat hij in zijn herkomstland Bangladesh risico voor vervolging loopt vanwege uitingen die hij als journalist heeft gedaan. Zijn asielrelaas werd echter onvoldoende geloofwaardig gevonden, zodat hem een terugkeerbesluit is opgelegd. Het EHRM stelt dat asielzoekers recht hebben op juridische bijstand. Als ze die niet krijgen, moet hen het voordeel van de twijfel worden gegeven als een asielrelaas niet helemaal sluitend is. Mede gelet op andere onvolkomenheden in de Maltese asielprocedure oordeelt het Hof dat art. 13 jo. 3 EVRM is geschonden.

Klager is in 2019 vanuit Bangladesh naar Malta gereisd. Bij aankomst in Malta is hij meteen in vreemdelingendetentie geplaatst. Klager diende een asielverzoek in, waarbij hij stelde dat hij in Bangladesh als journalist was vervolgd omdat hij in 2018 kritisch verslag had gedaan van onregelmatigheden in de verkiezingen. Zijn asielverzoeken zijn echter afgewezen en er werd een terugkeerbesluit genomen. Dat is na een interimmaatregel van het EHRM wel tijdelijk geschorst.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de Maltese autoriteiten zijn asielaanvraag onvoldoende zorgvuldig hebben beoordeeld en dat hij geen effectief rechtsmiddel had om daartegen op te komen, in strijd met art. 3 jo. 13 EVRM. Het Hof gaat allereerst in op de klachten over art. 13 EVRM. Het benadrukt dat die bepaling impliceert dat asielzoekers de nodige informatie moeten krijgen over de asielprocedure, in een voor hen begrijpelijke taal, en dat ook enige bijstand door een tolk-vertaler moet kunnen worden geboden. In het onderhavige geval heeft klager niet aannemelijk gemaakt dat hij onvoldoende informatie heeft gekregen. Verder staat vast dat tijdens het horen van klager een tolk aanwezig was. Klager heeft echter geen rechtsbijstand gekregen bij de voorbereiding van zijn asielaanvraag, terwijl het Hof ook in andere zaken tegen Malta zijn zorgen over het gebrek van juridische bijstand al heeft uitgesproken. De tekortkomingen lijken daarbij tijdens de Covid-19-pandemie nog te zijn verergerd. Het Hof geeft verder aan dat het asielrelaas van klager minder flagrant

inconsistent is dan de nationale rechter heeft geoordeeld. Zeker nu klager geen procesvertegenwoordiging had, moet hem het voordeel van de twijfel worden gegeven waar het gaat om de geloofwaardigheid van zijn asielrelaas en de aangeleverde documenten. Zelfs als een deel van de stellingen niet helemaal plausibel is, doet dat niet noodzakelijk afbreuk aan de algehele geloofwaardigheid van iemands verhaal. De autoriteiten hebben verder niet geprobeerd het relaas te verifiëren. Ook hebben ze geen gedetailleerde en duidelijke redenen voor de afwijzing van het asielverzoek gegeven. Voor klager werd het daardoor moeilijk om die afwijzing aan te vechten. Zeker nu er de nodige vertragingen in de procedure zijn geslopen, is het Hof van oordeel dat klager geen effectieve waarborgen zijn geboden tegen willekeurige verwijdering. Bij de tweede en derde asielverzoeken die zijn ingediend geldt hetzelfde, niet in het minst omdat in die zaken geen individuele risicobeoordelingen hebben plaatsgevonden. Dat betekent ook dat niet is nagegaan wat het risico voor klager zou zijn bij terugkeer naar Bangladesh. Gelet hierop is art. 13 jo. art. 3 EVRM geschonden. In het verlengde hiervan oordeelt het Hof bovendien dat art. 3 EVRM zou worden geschonden bij verwijdering van klager naar Bangladesh zonder hernieuwde inhoudelijke beoordeling van zijn asielrelaas.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD003724121

Zaaknummer: 37241/21

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

**TP (Monteur audiovisuel pour la télévision publique), HvJ
EU 12 januari 2023, zaak C-356/21**

Een zelfstandige programmamaker heeft op basis van kortlopende dienstverleningsovereenkomsten een aantal activiteiten verricht voor de nationale publieke televisieomroep. Op zeker moment is geen nieuwe dienstverleningsovereenkomst gesloten, beweerdelijk vanwege de seksuele geaardheid van de programmamaker. Het HvJ oordeelt dat het niet opnieuw sluiten van een dienstverleningsovereenkomst met een zelfstandige als ‘ontslag’ in het licht van richtlijn 2000/78/EG kan worden gezien. In de contractvrijheid van art. 16 Hv kan geen rechtvaardiging worden gezien voor onderscheid naar seksuele geaardheid bij het sluiten van dergelijke overeenkomsten.

Tussen 2010 en 2017 heeft verzoeker in het kader van zijn economische activiteit als zelfstandige een aantal opeenvolgende kortlopende dienstverleningsovereenkomsten gesloten met TP, een onderneming die een nationale publieke televisieomroep in Polen exploiteert, met als enige aandeelhouder het ministerie van Financiën. Verzoeker heeft in dit verband korte tijd redactionele activiteiten verricht. Na enige tijd werd verzoeker niet meer ingepland voor dienstperiodes en daarna is geen nieuwe dienstverleningsovereenkomst met hem gesloten. Volgens verzoeker houdt dit verband met zijn seksuele geaardheid en de inhoud van een video die hij voor de opdrachtgever had gemaakt. Daarover heeft hij geprocedeerd. In verband met die procedure zijn vragen opgekomen die de rechter aan het HvJ heeft voorgelegd.

Het HvJ gaat allereerst in op de vraag of richtlijn 2000/78/EG, die discriminatie in arbeid en beroep verbiedt, van toepassing is op een dienstverleningsovereenkomst als de onderhavige. Daarbij moet de werkingssfeer van de richtlijn ruim worden opgevat. Het HvJ besluit op dit punt dat het begrip ‘voorwaarden voor toegang’ tot arbeid als zelfstandige in de zin van art. 3 lid 1 (a) van richtlijn 2000/78 ook het sluiten van zo’n overeenkomst omvat. Het begrip

‘ontslag’ uit die richtlijn is in een zaak als de onderhavige ook van toepassing omdat het gaat om een gedwongen beëindiging van een zelfstandige activiteit, waardoor de zelfstandige zich in een kwetsbare positie kan bevinden die vergelijkbaar is met die van een ontslagen werknemer.

Als de nationale rechter zou vaststellen dat er inderdaad sprake is van discriminatie naar seksuele geaardheid bij deze vorm van ontslag, komt de vraag op of dit ontslag toch kan worden gerechtvaardigd op grond van art. 2 lid 5 van de richtlijn. Als uitzondering op het gelijkheidsbeginsel moet die bepaling strikt worden uitgelegd. De nationale wettelijke bepaling waarop in dit geval een beroep is gedaan bij de invulling van art. 2 lid 5 van de richtlijn heeft als doel de contractvrijheid te beschermen. Dat gebeurt door de vrije keuze van de contractpartij te garanderen, voor zover die keuze niet is gebaseerd op geslacht, ras, etnische afstamming of nationaliteit. Dit is op zichzelf in overeenstemming met art. 16 Hv, waarbij echter geldt dat de vrijheid van ondernemerschap geen absolute gelding heeft en in relatie tot haar maatschappelijke functie moet worden beschouwd. Het HvJ wijst erop dat het niet aanvaardbaar is dat op grond van de contractvrijheid zou worden geweigerd om een overeenkomst te sluiten met iemand vanwege diens seksuele geaardheid. Zou dat wel worden aanvaard, dan zou het discriminatieverbod zoals vastgelegd in de richtlijn iedere nuttige werking worden ontnomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:9

Zaaknummer: C-356/21

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

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG, Hv art. 16, RL 2000/78/EG art. 2 lid 5 en RL 2000/78/EG art. 3 lid 1(a) en (c)

RECHTSPRAAK

**Zemmour t. Frankrijk, EHRM 20 december 2022, nr.
63539/19**

De Franse journalist en politicus Zemmour – die in de meest recente presidentsverkiezingen kandidaat was – heeft in 2016 tijdens een praatprogramma uitspraken gedaan die beweerdelijk aanzetten tot moslimhaat. Hij is daarvoor door de Franse rechter veroordeeld tot een geldboete. Het EHRM benadrukt dat er grenzen aan de uitingsvrijheid zijn als het gaat om het welbewust aanzetten tot haat en discriminatie. De door de nationale rechter gegeven kwalificatie van Zemmours uitspraken als haatzaaiend was redelijk; het ging volgens het EHRM zelfs om het doelbewust ondermijnen van de sociale samenhang. De veroordeling is dan ook niet in strijd met art. 10 EVRM.

Klager is een Franse politiek journalist die sinds 2021 ook actief is in de Franse politiek. In 2016 was klager te gast in een praatprogramma op de Franse televisiezender *France 5*. Hij presenteerde daar zijn boek *Un quinquennat pour rien* ('Een termijn van vijf jaar voor niets'), waarvan het eerste hoofdstuk was getiteld 'La France au défi de l'Islam' ('Frankrijk en de uitdaging van de Islam'). In het programma deed klager een aantal uitspraken die maakten dat een belangenbehartigingsorganisatie aangifte deed wegens aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon of groep vanwege afkomst of lidmaatschap van een specifieke etniciteit, nationaliteit, ras of religie. In 2017 oordeelde de strafrechter dat de vijf uitspraken waar de aangifte zich op richtte inderdaad in strijd waren met de relevante bepaling uit het Franse wetboek van strafrecht. Klager werd daarom veroordeeld tot betaling van een boete van 3000 euro.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de veroordeling in strijd is met de vrijheid van meningsuiting, zoals beschermd door art. 10 EVRM. Frankrijk heeft als preliminair verweer gesteld dat aan de uitspraken van klager geen bescherming door het EVRM toekomt, nu de uitspraken moeten worden gezien als misbruik van recht als bedoeld in art. 17 EVRM. Volgens

het Hof gaat het er in dit geval om te onderzoeken of de uitspraken van klager tot doel hadden om haat of geweld aan te wakkeren en de centrale waarden van het EVRM te ondermijnen. Dat doel was volgens het Hof bij de uitspraken die klager tijdens het programma deed niet onmiddellijk evident. Gelet daarop kan niet worden gesproken van misbruik van recht in de zin van art. 17 EVRM, zodat de klacht niet op die grond niet-ontvankelijk kan worden verklaard.

Ten gronde overweegt het Hof dat er een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke basis bestond voor de veroordeling en dat hiermee het legitieme doel werd gediend van bescherming van anderen tegen discriminatie. Het wijst erop dat in een democratische samenleving de vrijheid van meningsuiting van essentieel belang is en dat die ook schokkende uitingen kan omvatten. Een constante in de rechtspraak van het Hof is tegelijkertijd dat uitingen waarin geweld, haat, xenofobie of andere vormen van onverdraagzaamheid worden bepleit of gerechtvaardigd, normaliter niet worden beschermd. Een oproep tot discriminatie is volgens het Hof een oproep tot onverdraagzaamheid, die samen met oproepen tot geweld en haat een van de grenzen vormt die bij de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting nooit mogen worden overschreden. Het is in democratische samenlevingen in beginsel noodzakelijk om alle vormen van meningsuiting die haat op basis van onverdraagzaamheid propageren, bevorderen of rechtvaardigen, te bestraffen. De daarbij gekozen maatregelen moeten wel adequaat en proportioneel zijn. In *Perinçek* heeft het Hof voor de beoordeling van het optreden van de overheid al een aantal criteria geformuleerd, die het nu herhaalt. Daarbij benadrukt het nog dat het bij 'aanzetten tot haat' niet noodzakelijk hoeft te gaan om een oproep tot een bepaalde gewelddaad of een ander strafbaar feit. Het beledigen, belachelijk maken of belasteren van bepaalde groepen kan voor de autoriteiten voldoende zijn om de bestrijding van racistische uitingen voorrang te geven boven onverantwoorde vrijheid van meningsuiting.

In het licht van deze uitgangspunten beoordeelt het Hof vervolgens de veroordeling van klager. Daarbij wijst het allereerst op de specifieke context van de uitingen. Klager deed die in een op *prime time* uitgezonden televisieprogramma. Het ging daarbij enerzijds om een onderwerp van algemeen belang, maar anderzijds moet rekening worden gehouden met de bekendheid van klager en met het feit dat zijn uitlatingen een aanzienlijke impact konden hebben op het publiek. Ook is klager zelf journalist en kan hij – ook al presenteerde hij zich tijdens het programma vooral als auteur van het boek – worden aangesproken op zijn plichten en verantwoordelijkheden in het licht van art. 10 lid 2 EVRM. Het Hof wijst er verder op dat de nationale rechter heeft overwogen dat klager met zijn uitspraken islamitische gelovigen heeft voorgesteld als een bedreiging voor de openbare veiligheid en de republikeinse waarden en heeft gesteld dat zij noodzakelijkerwijs solidair zijn met het geweld dat in naam van hun

geloof wordt gepleegd. De nationale rechter oordeelde dat daarmee een algemeen gevoel van afwijzing jegens de islamitische bevolkingsgroep als geheel kan zijn aangewakkerd. Ook het Hof zelf is van oordeel dat de uitspraken in feite negatieve en discriminerende beweringen bevatten die een breuk tussen de Franse en de moslingemeenschap kunnen veroorzaken. Het gebruik van agressieve en ongenueanceerde taal om bijvoorbeeld de 'kolonisatie' van Frankrijk door moslims aan de kaak te stellen was daarbij discriminerend bedoeld. In deze omstandigheden en in het licht van art. 17 EVRM behoren de opmerkingen van verzoeker volgens het Hof niet tot een categorie van uitingen die de verhoogde bescherming van art. 10 genieten. De Franse autoriteiten beschikten dan ook over een ruime beoordelingsmarge om deze te beperken. Het Hof herhaalt in dit verband ook dat het van het grootste belang is rassendiscriminatie in al haar vormen en uitingen te bestrijden. Ook herinnert het eraan dat negatieve stereotypering van een sociale groep tot op zekere hoogte het identiteitsgevoel van die groep en het gevoel van eigenwaarde en zelfvertrouwen van de leden ervan kan aantasten. Verder overweegt het Hof dat de uitingen zodanig waren dat ze – geplaatst in de context waarin ze werden gedaan – bedoeld konden zijn om de sociale samenhang in de staat te ondermijnen. Gelet op dat alles had de staat voldoende redenen om in te grijpen. De daarbij opgelegde sanctie – die veel lager is dan het maximum dat de relevante wetsbepalingen toestaan – is daarbij niet disproportioneel. Art. 10 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD006353919

Zaaknummer: 63539/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10 en EVRM art. 17

RECHTSPRAAK

Rutar en Rutar Marketing C.O.O. t. Slovenië, EHRM 15 december 2022, nr. 21164/20

In een procedure over oneerlijke handelspraktijken heeft een onderneming de rechtbank verzocht om prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU over de juiste uitleg van een EU-richtlijn. De nationale rechter heeft dit verzoek zonder enige motivering terzijde gelegd. Het EHRM oordeelt in overeenstemming met zijn vaste rechtspraak dat dit in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM, zeker nu het verzoek voldoende was onderbouwd met feiten en argumenten en het niet kennelijk irrelevant of overbodig was.

In 2018 is een bestuursrechtelijke procedure ingesteld tegen klager en de klagende onderneming (waarvan klager de marketingdirecteur is) in verband met misleidende promotie die voor het bedrijf was gemaakt en die in strijd was met een EU-richtlijn over oneerlijke handelspraktijken. In verband daarmee hebben klagers geprocedeerd, waarbij zij onder meer aan de rechtbank hebben verzocht om prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU over de uitleg van de richtlijn. De rechtbank heeft klagers niet in het gelijk gesteld en is in haar uitspraak niet ingegaan op het verzoek om prejudiciële vragen te stellen. Hierover hebben klagers een constitutionele klacht voorgelegd aan het Constitutionele Hof, waarbij zij ook hebben aangegeven dat de weigering om prejudiciële vragen voor te leggen in strijd zou zijn met art. 6 EVRM. Het Constitutionele Hof heeft hun verzoek niet-ontvankelijk verklaard.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de Sloveense rechtbank in strijd heeft gehandeld met art. 6 EVRM door hun verzoek om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het EHRM niet expliciet te adresseren. Het EHRM gaat allereerst in op de vraag of klagers hun zaak op de juiste manier aan het Constitutionele Hof hebben voorgelegd, nu de regering heeft betoogd dat dit niet het geval was en dat daardoor niet alle beschikbare rechtsmiddelen zijn uitgeput. Het komt tot de conclusie dat de eisen waaraan niet zou zijn voldaan op het moment van de relevante feiten niet redelijkerwijs bekend konden zijn bij klagers en wijst het preliminaire verweer van de regering daarom van de hand.

Ten aanzien van de vraag of prejudiciële vragen hadden moeten worden gesteld overweegt het Hof dat klagers een duidelijk geformuleerd en met argumenten ondersteund verzoek hebben neergelegd om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. Het verzoek was ook niet *prima facie* onredelijk of irrelevant. De uitspraak van de nationale rechter maakt niet duidelijk waarom dit verzoek zonder enige motivering kon worden afgewezen. In dit opzicht wijst het EHRM op zijn vaste rechtspraak waaruit blijkt dat een rechterlijk oordeel moet berusten op voldoende objectieve gronden. Nu dat in dit geval niet is gebeurd, is art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 15-12-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:1215JUDoo2116420

Zaaknummer: 21164/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

ANNOTATIE

**Yakovlyev t. Oekraïne (EHRM, nr. 42010/18) –
Dwangvoeding na een week hongerstaking is schending
van art. 3 EVRM**

prof. mr. A.C. Hendriks

1. Over Oekraïne horen we sinds de oorlog tegen Rusland bovenal begripvolle reacties. We zouden soms haast vergeten dat er in Oekraïne naast het oorlogsgeweld ook andere mensenrechtelijke problemen bestaan, niet in de laatste plaats de armzalige detentieomstandigheden. Voor klager in de zaak *Yakovlyev t. Oekraïne* waren die omstandigheden, waaronder temperaturen van minder dan 11°C, aanleiding om in 2018 samen met negen andere gedetineerden in hongerstaking te gaan. De nationale autoriteiten hadden de hongerstaking op basis van een rechterlijke uitspraak binnen enkele dagen na aanvang doorbroken, door klager vloeibaar voedsel via een maagsonde toe te dienen. Klager had korte tijd daarop zijn hongerstaking beëindigd, maar bij het EHRM wel een klacht ingediend stellend dat Oekraïne art. 3 EVRM had geschonden.

2. Het is bepaald niet voor het eerst dat het EHRM moet oordelen over de toelaatbaarheid van dwangvoeding bij gedetineerden die in hongerstaking zijn gegaan. Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat een hongerstaking een te respecteren vorm van protest is. De nationale autoriteiten hebben op grond van art. 2 EVRM tegelijkertijd de plicht ervoor te waken dat een hongerstaking geen bedreiging vormt voor de gezondheid en het leven van de betrokkene.[1] Bij een dergelijke dreiging bestaat er geen verplichting voor de autoriteiten om een hongerstaker te ontslaan uit de gevangenis,[2] maar in geval van een medische noodzaak is er voor de autoriteiten wel een rechtvaardiging om dwangvoeding toe te dienen. Dat laatste kan echter alleen mits dat geschiedt op een zorgvuldige en respectvolle wijze. Als aan deze voorwaarden niet is voldaan is het toedienen van dwangvoeding in strijd met de eisen van art. 3 EVRM.[3] In de zaak *Yakovlyev t. Oekraïne* komt het EHRM tot de conclusie dat het doorbreken van de hongerstaking bij klager strijdig was met de eisen van art. 3 EVRM. Het EHRM bouwt daarbij voort op de bestaande rechtspraak, maar voegt daar enkele overwegingen aan toe – terwijl andere mijns inziens relevante punten onbesproken blijven

3. In de zaak *Yakovlyev t. Oekraïne* kijkt het EHRM in overeenstemming met de bestaande rechtspraak naar de therapeutische noodzaak om de hongerstaking te doorbreken. Het Hof gaat voorbij aan de omstandigheid dat twee (gevangenis)artsen, die klager binnen een week na de start van zijn hongerstaking hadden beoordeeld, hadden verklaard dat zijn gezondheid en zijn leven ernstig in gevaar waren en de nationale rechter dit een reden vond om dwangvoeding toe te dienen. Het EHRM stelt vast dat geen pogingen waren ondernomen om met klager te spreken over de consequenties van zijn hongerstaking, dat hij fysiek in staat was de rechtszitting bij te wonen en dat er op het moment van toediening van dwangvoeding nog geen noodzaak bestond om hem op te nemen in een ziekenhuis. Daarentegen gingen de autoriteiten al na een week van hongerstaking over tot het toedienen van dwangvoeding. Volgens het EHRM was er aldus geen aantoonbare noodzaak om verplichte dwangvoeding toe te dienen.[4] Daar komt bij dat de gevangenisartsen en nationale rechter geen nadere eisen aan de dwangvoeding hadden gesteld, zoals onder meer volgens de nationale wet- en regelgeving had moeten gebeuren. Daarmee was volgens het EHRM sprake van een schending van art. 3 EHRM, ook al had klager korte tijd na de start van de dwangvoeding zijn hongerstaking beëindigd.

4. De conclusie van het EHRM, dat sprake was van een schending van art. 3 EVRM, komt mij voor als juist. Dat geldt evenwel ook om twee andere niet nader besproken redenen. De dwangvoeding – het toedienen van vloeibaar voedsel via een maagsonde – was verstrekt door een gevangenismedewerker, niet zijnde een arts. Dit terwijl de klager gehandboeid was en klaagde over de bijwerkingen van de behandeling. Het toedienen van vloeibaar voedsel is een diep op de lichamelijke integriteit inbreuk makende maatregel. Bij deze ingreep was er weliswaar een arts die toezicht hield, maar uit niets blijkt dat de betrokken medewerker medisch gekwalificeerd was om deze ingreep uit te voeren. En was er – in het kader van het spreken en wellicht overtuigen van klager – gevraagd om informed consent voor het zo lang mogelijk afhouden van gedwongen voedseltoediening en het verkrijgen van instemming over de vorm en wijze van toediening van voeding? Daarover zegt de uitspraak niets. Evenmin was gebleken van een noodzaak om klager te handboeien bij het toedienen van dwangvoeding. Dit lijkt bovenal te zijn gebeurd door een gevoelde noodzaak om klager te vernederen en hem te dwingen zijn hongerstaking op te geven. Alles bij elkaar waren er dus verschillende redenen om het doorbreken van de hongerstaking strijdig te achten met art. 3 EVRM. Niet duidelijk is waarom het EHRM die andere gronden niet heeft geëxpliciteerd.

5. Het EHRM merkt tot slot niets op over de omstandigheid dat de gevangenisautoriteiten en gevangenisartsen allerlei medische gegevens hadden overgelegd aan de nationale rechter om de dwangvoeding te kunnen rechtvaardigen. Was dit in overeenstemming met art. 8 EVRM? Art. 8 EVRM stelt toch strenge eisen aan de verwerking van medische persoonsgegevens en

het medisch beroepsgeheim?[5] In deze situatie is het overleggen van medische informatie, mits noodzakelijk, mijns inziens gerechtvaardigd, zo niet noodzakelijk. Voor het maken van een inbreuk op de integriteit van een gedetineerde, waaronder door middel van dwangvoeding, moeten de nationale autoriteiten kunnen aantonen dat dit noodzakelijk en proportioneel is.[6] Volgens mij kan dat niet anders dan via het overleggen van medische gegevens. Bovendien was klager aanwezig tijdens de rechtszitting, zodat hij bepaalde zaken ter zitting zonodig had kunnen bestrijden. Van een schending van art. 8 EVRM – waarover klager overigens niet had geklaagd – was daarom geen sprake, maar het was goed geweest als het EHRM dat expliciet had geoordeeld.

6. Het EHRM blijft aldus kritisch over het mogen doorbreken van een hongerstaking door middel van het toedienen van dwangvoeding. Alleen in geval van een aantoonbare noodzaak is dat toegestaan, als laatste redmiddel om de gezondheid en het leven van de hongerstaker te kunnen redden. Dwangvoeding moet dan zorgvuldig en respectvol worden toegediend. In de zaak *Yakovlyev t. Oekraïne* was aantoonbaar niet aan deze voorwaarden voldaan en concludeert het EHRM terecht dat art. 3 EVRM was geschonden.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Zie *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, EHRM 5 april 2005, nr. 54825/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0405JUD005482500, «EHRC» 2005/50 m.nt. Van der Velde en *Ciorap t. Moldavië*, EHRM 19 juni 2007, nr. 12066/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0619JUD001206602, *GJ* 2007/129 m.nt. Hendriks.

[2] *Mouisel t. Frankrijk*, EHRM 14 november 2002, nr. 67263/01, ECLI:CE:ECHR:2002:1114JUD006726301, «EHRC» 2003/2 m.nt. De Jonge en *Ünsal en Timik t. Turkije*, EHRM 8 juni 2021 (ontv.besl.), nr. 36331/20, ECLI:CE:ECHR:2021:0608DEC003633120.

[3] *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, EHRM 5 april 2005, nr. 54825/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0405JUD005482500, «EHRC» 2005/50 m.nt. Van der Velde en *Ciorap t. Moldavië*, EHRM 19 juni 2007, nr. 12066/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0619JUD001206602, *GJ* 2007/129 m.nt. Hendriks.

[4] *Yakovlyev t. Oekraïne*, par. 47.

[5] *Z. t. Finland*, EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0225JUD002200993, *NJ* 1999/516, m.nt. Knigge, *NJCM-Bulletin* 1997, p.

712 m.nt. Hendriks.

[6] In gelijke zin *Shtukaturv t. Rusland*, EHRM 27 maart 2008, nr. 44009/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0327JUD004400905, «EHRC» 2008/74 m.nt. Forder.

ANNOTATIE

Sovim SA (HvJ EU, C-37/20 en C-601/20) – Actieve openbaarmaking van data op het internet in strijd met het Handvest***B. van der Sloot***

1. Weer legt het EU Hof van Justitie een bom onder een regime dat tot openbaarmaking van gegevens strekt. In 2021 wees het Hof reeds een verstekkend arrest^[1] over Letse wetgeving waarin toegang tot data kon worden verkregen door iedereen die daarom verzocht. Daarbij werd niet gekeken naar welk doel de verzoekende partij nastreefde en dus ook niet naar de vraag of dat doel in overeenstemming was met het oorspronkelijke doel van de gegevensverwerking, in casu het tegengaan van verkeersovertredingen en daarmee het vergroten van de verkeersveiligheid. Omdat niet was aangetoond dat de nieuwe verwerkingen dat oorspronkelijke doel dienden constateerde het Hof van Justitie een schending van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die onder meer het vereiste van doelspecificatie en -binding kent in art. 5: ‘voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld en mogen vervolgens niet verder op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt.’ De uitspraak legde een potentiële bom onder de EU regimes voor open data en hergebruik van overheidsinformatie, zoals de Richtlijn Open Overheid.^[2]

2. Een probleem is dat de EU globaal twee soorten wetten aanneemt die moeilijk met elkaar verenigbaar zijn: privacy- en gegevensbeschermingswetgeving aan de ene kant en wetgeving aangaande open data en het hergebruik van informatie aan de andere kant. In de laatste wetgeving staat doorgaans vermeld dat de wetgeving niets afdoet aan de rechten op privacy en gegevensbescherming, zoals onder meer vervat in de Algemene Verordening Gegevensbescherming;^[3] bovendien gaan art. 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de EU boven secundaire wetgeving op het punt van open data en het hergebruik van data. Als er dus persoonsgegevens in een dataset staan of daaruit vallen af te leiden, dan moet er volledig rekening worden gehouden met de principes uit de AVG en de regels die zijn uitgekristalliseerd in de jurisprudentie aangaande het fundamentele recht op privacy en gegevensbescherming. Daarbij moet worden bedacht dat bijna alle datasets persoonsgegevens

bevatten en dat zelfs sterk geanonimiseerde datasets vaak toch kunnen worden gereïdentificeerd of in een combinatie met andere datasets kunnen leiden tot persoonsgegevens.[4] Dit levert grote knelpunten op, omdat het openbaar maken voor hergebruik contrair lijkt aan vrijwel de meeste uitgangspunten van de AVG. Zo vereist de AVG het vertrouwelijk behandelen van gegevens en het beveiligen van de gegevens, zodat derden daar geen toegang tot krijgen; is het uitgangspunt dat gegevens alleen voor het oorspronkelijke doel mogen worden verwerkt en dus niet mogen worden hergebruikt voor andere doeleinden (bijvoorbeeld overheidsdata die voor commerciële doeleinden worden hergebruikt); en dat gegevensverwerking zo minimaal mogelijk moet zijn en dat de data weer verwijderd moeten worden zodra ze niet meer nodig zijn voor het oorspronkelijke doel van verwerking.

3. Alhoewel experts er zeker sinds 2003[5] op wijzen dat de twee juridische raamwerken zich fundamenteel niet tot elkaar verhouden en er dus meer duidelijkheid dient te worden verschaft,[6] heeft de EU dat nochtans niet gedaan. Sterker nog, het is meer en meer in gaan zetten op strengere privacy- en gegevensbeschermingswetgeving en tegelijkertijd op richtlijnen die partijen steeds meer aanzetten om gegevens actief openbaar te maken voor hergebruik door derde partijen. Een gevolg van deze constellatie is dat zowel nationale overheden als dataverwerkende organisaties zich met twee verschillende EU raamwerken geconfronteerd zagen en meenden daar een ‘balans’ in te moeten zoeken. Dat betekende doorgaans dat zij gegevens wel openbaar maakten, maar bijvoorbeeld de meest direct identificerende of gevoelige persoonsgegevens uit de datasets filterden. Dat is problematisch omdat juridisch gezien het volstrekt duidelijk is dat het niet gaat om twee gelijkwaardige juridische stelsels; gegevens mogen alleen openbaar worden gemaakt voor hergebruik als dat volledig voldoet aan alle eisen die volgen uit art. 7 en 8 van het Handvest, de AVG en andere privacy- en gegevensbeschermingswetgeving. In de Letse zaak uit 2021 bevestigde het Hof dit expliciet. Alhoewel het daar ging om passieve openbaarmaking (openbaarmaking van data op verzoek), lijkt de meest logische interpretatie om de uitspraak ook door te trekken naar actieve openbaarmaking (het op eigen initiatief openbaar maken van datasets, vaak op het internet, doorgaans toegankelijk voor iedereen zonder voorwaarden). Ondanks dat deze uitspraak werd verspreid onder overheidsorganisaties die data openbaar maakten, gingen de meesten door met business as usual. Wellicht dat de onderhavige uitspraak van het Hof uit eind 2022 hier verandering in brengt.

4. De zaak gaat over het openbaar maken van gegevens over marktpartijen. Bij marktverkeer is altijd een zekere mate van openbaarheid gebruikelijk geweest; zo zijn bedrijven geregistreerd, met de namen van de bestuurders en eventuele wederwaardigheden, zodat de betrouwbaarheid van partijen kan worden gecontroleerd. Bijvoorbeeld een onderzoeksbureau met de naam Veritas klinkt veelbelovend, maar als blijkt dat Diederik Stapel de directeur is

kan er toch enige aarzeling bestaan om met dit bedrijf in zee te gaan. Aan de traditie van openbaarheid op dit punt zijn er vanaf 2001 successievelijk en gradueel twee zaken veranderd (net zoals dat er meer in het algemeen een traditie bestond van openbaarheid van bestuur waarin kritische burgers en onderzoeksjournalisten toegang konden krijgen tot specifieke overheidsdocumenten, maar dat dit door de EU is veranderd door te eisen dat overheidsinformatie actief openbaar wordt gemaakt, voor iedereen toegankelijk is, voor hergebruik geschikt wordt gemaakt en dat dit niet de controle op de macht ten doel heeft, maar het hergebruik voor commerciële doeleinden). Ten eerste heeft de EU gestimuleerd dat bestaande data over marktpartijen actief openbaar worden gemaakt, bij voorkeur op het internet. Dat betekent dat niet alleen marktpartijen navraag doen naar de achtergrond van een bedrijf waar zij mogelijk zaken mee willen doen, maar dat een ieder de gegevens kan raadplegen. Dat heeft onder meer met zich meegebracht dat bij eenmansbedrijven de naam en het adres van privépersonen beschikbaar is, wat bijvoorbeeld tot ongevraagde advertenties en spam heeft geleid. Ten tweede heeft de EU vereist dat meer data beschikbaar worden gemaakt, ook met het oog op andere doeleinden. Een voorbeeld is de Richtlijn aangaande witwassen en terrorismefinanciering,[7] waaruit volgt dat informatie over begunstigden van ondernemingen openbaar dient te worden gemaakt. De Luxemburgse implementatiewet, waar het in casu om draait, vereist dat de volgende informatie over de uiteindelijk begunstigden van de geregistreerde entiteiten moet worden ingeschreven en bewaard in het register van de uiteindelijk begunstigden: naam, nationaliteit(en), geboortedag, geboortemaand, geboortjaar, geboorteplaats, woonstaat, volledig privé- of zakelijk adres. Voor personen die zijn ingeschreven in het Rijksregister van natuurlijke personen: het identificatienummer, voor personen die niet in Luxemburg wonen en niet zijn ingeschreven in het Rijksregister van natuurlijke personen: een buitenlands identificatienummer, de aard van het gehouden daadwerkelijke belang en de omvang van het gehouden daadwerkelijke belang.

5. Zowel in de EU richtlijn aangaande witwassen en terrorismefinanciering als in de Luxemburgse wet stond een uitzondering op openbaarmaking die van toepassing is als er onevenredige nadelen waren voor de begunstigde bij de openbaarmaking van deze data. De zaak voor het Hof van Justitie is een samenvoeging van twee zaken die op Luxemburgs niveau speelden en waarover de Luxemburgse rechter prejudiciële vragen heeft gesteld. In beide zaken werd een verzoek om een uitzondering afgewezen. De Luxemburgse rechter stelt een vrij divers palet van vragen die het Hof allemaal onder de privacy- en gegevensbeschermingsnoemer schaaft, een teken dat het er inderdaad van uitgaat dat dit het overkoepelende kader is. Het neemt daartoe twee stappen.

6. Ten eerste bekijkt het of er een inmenging is met het recht op privacy en/of gegevensbescherming. Dat is evident zo, omdat het gaat om een verwerking van

persoonsgegevens. Sterker nog, zo stelt het Hof, het gaat om een ernstige inmenging, onder meer omdat de informatie vrijelijk toegankelijk is voor iedereen en omdat het hergebruik van deze informatie voor andere doeleinden dus niet kan worden uitgesloten, zeker nu de gegevens op het internet zijn gepubliceerd en zij kunnen worden opgeslagen en verder verspreid. Dit betekent dat het voor betrokkenen in geval van dergelijke opeenvolgende verwerkingen des te moeilijker of zelfs illusoir wordt zich doeltreffend tegen misbruik te verdedigen.

7. Ten tweede bekijkt het of deze inmenging gerechtvaardigd is. De EU Richtlijn en de Luxemburgse implementatie daarvan geven een juridische basis voor de verwerking van persoonsgegevens. Ook schendt de openbaarmaking van de gegevens niet de essentie of de wezenlijke inhoud van art. 7 en 8 van het Handvest. Ten aanzien van het publieke belang wordt opgemerkt dat de EU, door te voorzien in de toegang tot informatie over uiteindelijk begunstigen beoogt het witwassen van geld en de financiering van terrorisme te voorkomen door via een grotere transparantie een omgeving te creëren die minder gemakkelijk daartoe kan worden gebruikt. Deze doelstelling vormt een doelstelling van algemeen belang die volgens het Hof zelfs zware inmengingen in de door de art. 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten kan rechtvaardigen. Ten aanzien van het legitieme doel merkt het Hof evenwel iets wezenlijks op. 'Voor zover de Raad van de Europese Unie in deze context bovendien uitdrukkelijk verwijst naar het beginsel van openheid, zoals dat voortvloeit uit de art. 1 en 10 VEU alsook uit art. 15 VWEU, moet worden opgemerkt dat dit beginsel, zoals deze instelling zelf benadrukt, een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk maakt en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie waarborgt ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem. Hoewel dit beginsel in dit verband vooral concreet gestalte krijgt in eisen van institutionele en procedurele transparantie in het kader van publieke taken, waaronder het gebruik van overheidsmiddelen, ontbreekt een dergelijk verband met openbare instellingen wanneer, zoals in het onderhavige geval, de betrokken maatregel tot doel heeft gegevens betreffende de identiteit van particuliere uiteindelijk begunstigen en de aard en de omvang van hun economische belangen in de vennootschappen en andere juridische entiteiten toegankelijk te maken voor de leden van de bevolking. Bijgevolg kan het beginsel van openheid, zoals dat voortvloeit uit de artikelen 1 en 10 VEU alsook uit artikel 15 VWEU, als zodanig niet worden beschouwd als een doelstelling van algemeen belang die de uit de toegang van de leden van de bevolking tot informatie over uiteindelijk begunstigen resulterende inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten kan rechtvaardigen (par. 60-62).'

8. Dan komt het tot de wezenlijke inhoud van de uitspraak, namelijk de vraag naar de

noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de inmenging. De Commissie heeft daarbij aangegeven dat het lastig is om toegang tot de gegevens slechts te beperken tot personen of organisaties met een legitiem belang, omdat dat legitieme belang lastig te definiëren is en dus zowel tot grote diversiteit tussen Lidstaten kan leiden als tot zeer restrictieve beperkingen in de toegang tot de gegevens. Daarom is er voor gekozen om simpelweg te bepalen dat iedereen toegang zou moeten hebben tot de data. Met deze redenering maakt het Hof korte metten door te stellen dat 'het feit dat het moeilijk kan zijn om nauwkeurig vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden publieke toegang tot informatie over de uiteindelijk begunstigten mogelijk is, niet kan rechtvaardigen dat de Uniewetgever bepaalt dat alle leden van de bevolking toegang hebben tot deze informatie (par. 72)'.

9. Het vervolgt door op te merken dat er zeker partijen zijn die een legitiem belang hebben bij toegang tot de informatie, zoals organisaties die zaken willen doen met respectievelijke ondernemingen en journalisten en maatschappelijke organisaties die onderzoek doen naar witwassen en terrorismefinanciering, maar de noodzaak om iedereen toegang te geven tot de informatie ontbreekt. Sterker nog, het Hof stelt dat het in principe primair aan overheidspartijen is om onderzoek te doen naar witwassen en terrorismefinanciering. Het merkt op 'dat het een feit blijft dat de bestrijding van het witwassen van geld en van terrorismefinanciering in de eerste plaats een zaak is van de overheid en van entiteiten zoals kredietinstellingen of financiële instellingen die uit hoofde van hun activiteiten ter zake specifieke verplichtingen hebben. Het is overigens om die reden dat artikel 30, lid 5, eerste alinea, onder a) en b), van de gewijzigde richtlijn 2015/849 bepaalt dat informatie over de uiteindelijk begunstigde in alle gevallen toegankelijk moet zijn voor de bevoegde autoriteiten en de financiële-inlichtingeneenheden, zonder enige beperking, en voor de meldingsplichtige entiteiten, in het kader van het cliëntenonderzoek (par. 83-84)'.

10. Tot slot zoomt het in op de mogelijkheid voor specifieke partijen om een uitzondering te vragen ten aanzien van de openbaarmaking van hun gegevens. Daarbij is het Hof kritisch op twee bepalingen in de richtlijn die Lidstaten veel interpretatieruimte geven: ten eerste mogen zij zelf bepalen of ook andere dan in de EU richtlijn genoemde informatie openbaar moet worden gemaakt en ten tweede mogen zij bepalen onder welke voorwaarden er een uitzondering geldt. Dit maakt dat de wetgeving op dit punt niet voldoende helder en duidelijk is, zeker gezien de aanzienlijke inmenging op de fundamentele rechten van burgers. Het is overigens interessant dat het Hof dit euvel niet bespreekt onder de vraag of er een voldoende juridische basis is voor de inmenging, omdat zowel het Hof van Justitie als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in toenemende mate aannemen dat er niet alleen een wettelijke basis dient te zijn, maar dat die wet ook aan tal van kwaliteitseisen moet voldoen, zoals dat die

voldoende toegankelijk, helder en specifiek dient te zijn.[8] Deze vrijblijvendheid brengt met zich dat er geen evenwichtige afweging heeft plaatsgevonden tussen de nagestreefde publieke doeleinden en de bescherming van de grondrechten als vervat in art.en 7 en 8 van het Handvest.

11. Dit arrest heeft grote commotie veroorzaakt bij nationale Kamers van Koophandel, handelsregisters en andere overheidsinstanties die actief gegevens openbaar maken. En terecht. Het Hof benadrukt nog maar weer eens dat art. 7 en 8 van het Handvest boven secundaire wetgeving op het gebied van openbaarheid van informatie en het hergebruik van data gaan. Belangrijk is daarbij dat partijen altijd schermten met het feit dat er geen misbruik van de gegevens hoefde plaats te vinden als de data vrijelijk beschikbaar zouden zijn, dat gegevens niet voor andere, onverenigbare doeleinden hoefden te worden ingezet. Als partij A gegevens openbaar maakt en partij B daar toegang toe krijgt en de gegevens vervolgens verwerkt voor een ander, onverenigbaar doel, dan is dat niet de schuld van partij A, zo werd vaak geopperd, maar die van partij B. Partij B houdt zich immers niet aan de AVG en art. 7 en 8 van het Handvest. Ammehoela, zegt het Hof van Justitie nu: als gegevens op het internet worden gezet en vrijelijk beschikbaar zijn voor iedereen dan kun je er vergif op innemen dat die gegevens ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Juridisch geformuleerd: partij A heeft een zorgplicht om alles wat redelijkerwijs mogelijk is te doen om misbruik of onrechtmatig gebruik van de door haar ter beschikking gestelde gegevens te voorkomen. Een belangrijke consequentie van deze uitspraak is ook dat een ander argument van tafel wordt geveegd. Vaak werd gesteld dat er drie doelen voor verwerking waren bij het openbaar maken van gegevens: (1) het oorspronkelijke doel voor de verwerking van partij A, (2) de openbaarmaking van de gegevens door partij A en (3) het nieuwe doel van de verwerking van partij B. In deze lijn van argumentatie dient (2), het openbaar maken van gegevens, dus een eigenstandig doel; het openbaar maken van gegevens is als zodanig een publiek belang, zo werd geopperd, omdat het bijdraagt aan een open samenleving, transparantie en een controleerbare overheid en de controleerbaarheid van commerciële ondernemingen. Experts gaven al langer aan dat dit argument niet opgaat, omdat 'transparantie' of soortgelijke doeleinden niet specifiek genoeg zijn om aan het doelspecificatiebeginsel te voldoen (welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden). Het Hof veegt ook dit argument van tafel, waardoor slechts doel (1) en (3) overblijven en zowel de vraag is in hoeverre (2) bedraagt aan doel (1) als in hoeverre (3) bijdraagt aan doel (1). Hieruit volgt dat publieke en actieve openbaarmaking bijna per definitie problematisch is; deze uitspraak kan derhalve zeer verstrekkende gevolgen hebben. Tot slot valt op dat het Hof zeer kritisch is op EU wetgeving die zeer algemeen en vaag blijft en veel overlaat aan Lidstaten. In hoeverre deze lijn bredere repercussies zal krijgen is nog niet duidelijk, maar EU wetgeving is bijna per definitie vaag en laat bijna altijd veel ruimte over aan Lidstaten, zeker op het gebied van fundamentele rechten. Zelfs de Algemene

Verordening Gegevensbescherming, die het fundamentele recht op gegevensbescherming op EU niveau zou neerleggen middels een direct werkend juridisch kader, iets waarvan toen deze optie werd voorgesteld door sommigen werd gezegd dat dat waanzin zou zijn, omdat Verordeningen geschikt zouden zijn om visquota vast te stellen, niet om mensenrechten in te kaderen, kent eigenlijk slechts zeer algemene principes en beginselen, die verdere invulling en concretisering behoeven van Lidstaten, sectoren en gegevensverwerkende organisaties. Het is interessant om te zien of deze bandering door het Hof de komende jaren wordt voortgezet en bredere gevolgen krijgt.

Bart van der Sloot

[1] B, C|439/19, 22 juni 2021: ECLI:EU:C:2021:504.

[2] Richtlijn (Eu) 2019/1024 Van Het Europees Parlement En De Raad van 20 juni 2019 inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie.

[3] Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) .

[4] B. Van der Sloot, S. Van Schendel & C. A. F. López, The influence of (technical) developments on the concept of personal data in relation to the GDPR, 2002, WODC.

[5] Richtlijn 2013/37/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

[6] Zie o.a. B. van der Sloot, 'On the fabrication of sausages, or of open government and private data', eJournal of eDemocracy & Open Government, 3 2011 (2)).

[7] Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie. Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

[8] B. Van der Sloot, The quality of law: How the European Court of Human Rights gradually

became a European Constitutional Court for privacy cases. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 11, 2020, 160. G. Malgieri & P. de Hert, One European legal framework for surveillance: The ECtHR's expanded legality testing copied by the CJEU. In *Surveillance and privacy in the digital age: European, transatlantic and global perspectives*, 2021. (pp. 255-295. Bloomsbury Publishing.

ANNOTATIE

Kavala t. Turkije (EHRM, 28749/18) – De uitkomst van de tweede inbreukprocedure ooit voor het EHRM: Laat Osman Kavala vrij!***L.R. Glas***

1. In 2019 oordeelde het EHRM dat de zakenman en mensenrechtenverdediger Osman Kavala niet alleen ten onrechte in voorarrest zat (schending art. 5, eerste lid, EVRM), maar ook dat zijn arrestatie ten doel had om hem het zwijgen op te leggen (schending art. 18 EVRM).[1] De gefingeerde gronden voor zijn arrestatie hielden verband met de demonstraties in het Gezipark uit 2013 en de coup poging uit 2016 in Turkije. Dit oordeel liet Turkije weinig speelruimte bij de tenuitvoerlegging van de uitspraak: Kavala moest worden vrijgelaten. Het EHRM maakte dit expliciet duidelijk in zijn uitspraak.[2] Desondanks weigert Turkije Kavala vrij te laten, alhoewel de precieze gronden voor zijn detentie zijn gewijzigd. Ook veelvuldige tussenkomst door het Comité van Ministers[3] en anderen, waaronder de secretaris-generaal van de Raad van Europa,[4] bracht Turkije niet op een andere gedachte. Vorig jaar probeerde het Comité van Ministers het tij te keren door de inzet van de inbreukprocedure voor het EHRM onder art. 46, vierde lid, EVRM. Deze bepaling geeft de ministers de bevoegdheid om aan het EHRM de vraag voor te leggen of een staat heeft verzuimd een Straatsburgse uitspraak ten uitvoer te leggen.[5] Het antwoord van het EHRM in de inbreukprocedure[6] is weinig verassend: Turkije heeft dit inderdaad verzuimd en heeft daarmee art. 46, eerste lid, EVRM geschonden waarin de verplichting tot tenuitvoerlegging van een uitspraak waarin het EHRM een schending vaststelt, is vastgelegd.

2. De cynische lezer zou zich kunnen afvragen wat de inbreukprocedure nu toevoegt, zowel juridisch als praktisch, aangezien het duidelijk was dat Turkije én Kavala moest vrijlaten én dat het door dit niet te doen zijn verplichting tot tenuitvoerlegging van de eerdere uitspraak heeft verzaakt. Bovendien valt te betwijfelen of de tweede uitspraak tot enige verandering zal leiden. Deze twijfel is logisch omdat Turkije duidelijk ter kwader trouw handelt, zoals onder meer blijkt uit de schending van art. 18 EVRM en uit het feit dat de rechters die Kavala hadden vrijgesproken op een bepaald punt een onderzoek naar disciplinaire maatregelen werd opgelegd. Daarbij hebben verschillende senior *state officials*, waaronder president Erdoğan, de

eerste uitspraak van het EHRM bekritiseerd. ‘The ECHR has no job here anymore... because he was convicted’, aldus Erdoğan.[7] Bovendien kan het EHRM bij de vaststelling van een schending van art. 46, eerste lid, EVRM geen boete of iets dergelijks aan Turkije opleggen, waardoor de inbreukprocedure geen stimulans van een financiële aard toevoegt om tot tenuitvoerlegging over te gaan. Aangezien de kans dus groot is dat Turkije Kavala ondanks een inbreukprocedure niet zal vrijlaten, leiden zowel het EHRM als het Comité van Ministers bij inzet van de procedure nog meer gezichtsverlies dan daarvoor: Turkije negeert dan twee uitspraken in plaats van één, waaronder nu ook een Grote Kamer-uitspraak.[8] Tegelijkertijd kan een inbreukprocedure extra druk uitoefenen op de betrokken staat om een uitspraak te volgen. Nadat het Comité van Ministers de eerste (en tot de inbreukprocedure in *Kavala t. Turkije* enige) inbreukprocedure was gestart in de zaak *Mammadov t. Azerbaidjan*, werd klager opeens vrijgelaten. Mogelijk was dit het resultaat van het in stelling brengen van de procedure.[9] Een wat meer principiële lezer zou bovendien kunnen aandragen dat de handelswijze van Turkije in de zaak *Kavala* simpelweg niet ongemoeid mag blijven en dat alleen daarom al de inbreukprocedure moest worden ingezet. Bijzonder verontrustend is dat niet alleen de uitvoerende macht weigert tot actie over te gaan, maar dat ook het Turkse Constitutionele Hof erbij blijft dat het recht op vrijheid van Kavala niet is geschonden.[10] De uitspraak uit 2019 legt dan ook ‘pervasive problems regarding the independence and impartiality of the Turkish judiciary’ bloot volgens het Comité van Ministers.[11] De vraag is wel waarom het Comité van Ministers juist in deze zaak een inbreukprocedure is gestart en niet in een van de vele andere uitspraken die niet ten uitvoer worden gelegd,[12] waarover hieronder meer.[13]

3. De cynische lezer zou zich ook kunnen afvragen of een juridisch weinig opzienbarende en praktisch waarschijnlijk weinig relevante uitspraak een annotatie rechtvaardigt. Een annotatie is desondanks gerechtvaardigd in mijn ogen omdat dit nog maar de tweede keer is dat het EHRM een uitspraak heeft gedaan in een inbreukprocedure (de eerste keer in de hierboven genoemde zaak *Mammadov t. Azerbaidjan*), waardoor de uitspraak kan helpen om bijvoorbeeld te verduidelijken waarover het zich wel en niet zal uitlaten in een inbreuk-uitspraak. De rest van deze annotatie zal hoofdpunten uit de uitspraak bespreken. Daarna ga ik in op verschillen en overeenkomsten tussen deze inbreukprocedure en die in de zaak van *Mammadov*.

4. Het EHRM maakt ten eerste korte metten met het punt van Turkije dat het Comité van Ministers niet bevoegd zou zijn om een inbreukprocedure te starten in deze zaak. Dit is niet alleen aan het Comité van Ministers om te beslissen (zijn ‘procedural prerogative’), maar ook een kwestie die nauw samenhangt met de inhoudelijke behandeling van de vraag die het Comité van Ministers heeft voorgelegd aan het EHRM.

5. Alhoewel de inbreukprocedure niet bedoeld is om wederom de vraag te stellen of de

betrokken staat het EVRM heeft geschonden, want dat is immers al in de eerste uitspraak vastgesteld,[14] besteedt het Hof wel enige aandacht aan de reikwijdte van zijn eerste uitspraak. Het benadrukt dat uit de eerste uitspraak volgt dat de nationale autoriteiten Kavala op geen enkele grond kunnen aanspreken op feiten gerelateerd aan de gebeurtenissen in het Gezipark en de couppoging. Daarom, en omdat het Hof dit bovendien expliciet had verordonneerd in zijn eerste uitspraak, was de enige maatregel die Turkije kon nemen om aan zijn verplichtingen onder art. 46, eerste lid, EVRM te voldoen het vrijlaten van Kavala. Nu dit niet is gebeurd, heeft Turkije zich alleen dan aan zijn verplichtingen uit hoofde van de eerste uitspraak gehouden wanneer klager nu gevangen wordt gehouden op andere gronden dan eerst. Bovendien mogen die gronden niet verwant zijn aan de feiten die aan de eerder ingeroepen gronden ten grondslag lagen. Aangezien het Hof constateert dat de relevante feiten in wezen hetzelfde zijn, hoeft het EHRM alleen uit zijn eerdere uitspraak te herhalen dat die feiten horen bij het werk van een mensenrechtenverdediger die aan het hoofd van een ngo staat en dus geen geronde reden zijn om Kavala vast te houden. Zoals eerder gezegd: een weinig juridisch interessant en een niet verbazingwekkend dictum: Turkije heeft art. 46, eerste lid, EVRM geschonden.

6. Het EHRM verduidelijkt nog een aantal andere punten, dit naar aanleiding van verzoeken van Kavala. Klager had onder meer het EHRM gevraagd om te concluderen dat art. 5, eerste lid, EVRM en art. 18 EVRM nog steeds worden geschonden en om opnieuw aanwijzingen te geven over de benodigde tenuitvoerleggingsmaatregelen. Het Hof oordeelt dat het hiertoe niet bevoegd is; het buigt zich enkel over de vraag of art. 46, eerste lid, EVRM is geschonden. Ook vroeg Kavala onder art. 41 EVRM een vergoeding voor de morele schade die hij had geleden en voor de kosten die hij had gemaakt. Mammadov had niet een vergelijkbaar verzoek ingediend tijdens de inbreukprocedure waardoor het Hof nog niet eerder duidelijk heeft kunnen maken of zo'n claim enige kans van slagen heeft. Het Hof bepaalt dat het niet bevoegd is om onder art. 41 EVRM een vergoeding toe te kennen voor de geleden (morele) schade vanwege een schending gezien de aard van de procedure. Heel precies licht het Hof dit niet toe, aangezien het terugverwijst naar een andere alinea wanneer het de aard van de procedure noemt. Blijkbaar lijdt klager naar aanleiding van een schending van de verplichting tot ten uitvoerlegging geen schade die het Hof wil of kan vergoeden. Ergens is dit te begrijpen omdat er veel zaken niet (tijdig) ten uitvoer worden gelegd.[15] Wanneer het Hof in een inbreukprocedure onder art. 41 EVRM een schadevergoeding zou toekennen vanwege het niet naleven van art. 46, eerste lid, EVRM dan zou dat leiden tot ongelijkheid tussen klagers wiens uitspraak niet ten uitvoer wordt gelegd en waarbij dit niet tot een inbreukprocedure leidt en klagers wiens uitspraak niet ten uitvoer wordt gelegd en waarbij dit (heel uitzonderlijk) wel tot een dergelijke procedure leidt. Overigens kent het Hof wel een vergoeding toe voor het werk van de vertegenwoordigers van klager (twee professoren die veel hebben gepubliceerd over

het EHRM).

7. Zoals eerder is aangegeven en zoals ook blijkt uit de conclusie in de inbreuk-uitspraak, is het duidelijk dat Turkije ter kwader trouw handelt. Het EHRM benadrukt dan ook uitgebreid dat de goede werking van het Verdragssysteem rust op de aanname dat de staten ter goeder trouw handelen en dat het niet-tenuitvoerleggen van een uitspraak onverenigbaar is met de *rule of law*. Deze gewichtige woorden hebben echter nog geen effect gesorteerd. Kavala zit nog steeds vast vanwege ditmaal een veroordeling tot levenslang en Turkije blijft de bevindingen van het EHRM betwisten.[16]

8. Nadat de inbreukprocedure het licht had gezien, vroeg men zich af of zij ooit zou worden ingezet.[17] Dit kwam doordat een twee-derde meerderheid bij het Comité van Ministers is vereist om de procedure te beginnen[18] en omdat de opstellers van het onderliggende protocol hadden benadrukt dat de procedure alleen in uitzonderlijke omstandigheden mag worden ingezet,[19] waardoor de drempel voor inzet hoog is[20]. Nu zijn deze twee moeilijkheden niet alleen overwonnen in een zaak tegen Azerbeidzjan, maar ook in een tegen Turkije. Volgens Dzehtsiarou was de reputatie van Azerbeidzjan van belang bij de selectie: 'Azerbeidzjan has a poor human rights record, it is considered dictatorial and it is not perceived as a state that shares common European values.'[21] Dat de procedure nu ook tegen Turkije is ingezet zegt daarom niet alleen iets over de gebrekkige tenuitvoerlegging in de zaak *Kavala t. Turkije*, maar maakt waarschijnlijk ook duidelijk dat de andere Verdragsstaten Turkije als een land zien met weinig respect voor de mensenrechten en de rechtsstaat. Dit ondanks dat Turkije qua grootte van een ander kaliber is dan Azerbeidzjan en ondanks dat Turkije, anders dan Azerbeidzjan,[22] waarschijnlijk wel invloedrijk genoeg is om de Raad van Europa te destabiliseren tot op zekere hoogte. Nu de procedure eenmaal is ingezet tegen Turkije, zal het Comité van Ministers in de toekomst waarschijnlijk ook minder twijfel hebben om het in te zetten tegen andere landen die niet bepaald het braafste jongetje/meisje van de klas zijn.

9. Het is verder opvallend dat de uitzonderlijke omstandigheden in de Azerbeidzjaanse en Turkse zaak zeer vergelijkbaar zijn: in beide zaken was klager een dissident die onterecht vastzat, wat een schending van art. 5 en art. 18 EVRM opleverde. Het Comité van Ministers is dus bereid de drempel te nemen voor de inzet van de inbreukprocedure in een relatief heldere tenuitvoerleggingssituatie die betrekking heeft op één individu (die moet worden vrijgelaten). Dan rest wel de vraag waarom juist de zaken van Mammadov en Kavala zijn uitgekozen – een vraag die ik helaas niet kan beantwoorden, want zij zijn niet de enige klagers die niet gelijk in vrijheid zijn gesteld nadat het EHRM een schending van art. 5 EVRM vaststelde. Illustratief is dat van de 'main themes of leading cases under enhanced supervision' in 2021 tien procent draaide om de rechtmatigheid van detentie en aanverwante zaken.[23] In beide inbreuk-uitspraken laat het Hof de vereiste algemene maatregelen overigens expliciet links liggen

(ondanks dat die wel degelijk nog genomen moesten worden); de individuele maatregelen zijn de ‘main aspect’[24] of de ‘essential question’[25] van de inbreuk-uitspraak.

10. Een verschil tussen de *Mammadov*- en *Kavala*-inbreukprocedure, dat het Hof zelf ook benoemt,[26] is dat het in de eerste *Kavala*-uitspraak Turkije onder art. 46 EVRM had opgeroepen om klager vrij te laten. Nadat het Hof dit heeft benoemd, verduidelijkt het – voor het eerst op deze wijze voor zover deze auteur weet – welke drie gevolgen deze aanwijzing heeft. Ten eerste stelt zo’n aanwijzing het EHRM in staat om ervoor te zorgen dat, zodra het een uitspraak heeft gewezen, de bescherming die het EVRM biedt effectief is en dat wordt voorkomen dat een schending voortduurt. Ten tweede helpen de aanwijzingen het EHRM om het Comité van Ministers bij te staan in zijn toezichthoudende taak. Tot slot maken de aanwijzingen het mogelijk voor en vereisten zij van de betrokken staat om de door het EHRM vastgestelde schending zo snel mogelijk te beëindigen.[27]

L.R. Glas

[1] *Kavala t. Turkije*, EHRM, 10 december 2019, nr. 28749/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1210JUD002874918.

[2] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), pars. 239-240.

[3] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), pars 70-81 en. 88-99.

[4] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 75.

[5] Zie voor een bespreking van de (achtergrond) van de procedure onder meer L.R. Glas, ‘The Committee of Ministers goes nuclear: infringement proceedings against Azerbaijan in the case of Ilgar Mammadov’, *Strasbourg Observers*, 20 december 2017.

[6] Zie *Mammadov t. Azerbaijan*, EHRM (GK), 29 mei 2019, nr. 15172/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0529JUD001517213, «EHRC» 2019/8 m.nt. Glas, par. 2 (noot) voor een uitgebreidere bespreking voor achtergrond van de procedure.

[7] A. Kucukgocmen, ‘Turkey’s Erdogan says ECHR ruling on joined philanthropist Kavala no longer applies’, *Reuters*, 28 April 2022.

[8] Zie ook F. de Londras en K. Dzehtsiarou, ‘Mission Impossible ? Addressing non-execution through infringement proceedings in the European Court of Human Rights’, *International and Comparative Law Quarterly* 2017, afl. 2, p. 467-490.

[9] *Mammadov t. Azerbaijan* (reeds aangehaald), par. 10 (noot).

[10] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), pars. 59-60.

[11] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 74. Zie hierover uitgebreider E. Turkut, 'Osman Kavala v. Turkey: Unravelling the matryoshka dolls', *Strasbourg Observers*, 12 December 2019.

[12] Zie hierover bijvoorbeeld Comité van Ministers, 'Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights 2021. 15th Annual report of the Committee of Ministers', maart 2022.

[13] Zie randnummers 8-9.

[14] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 175.

[15] Comité van Ministers (annual report; reeds aangehaald).

[16] Comité van Ministers, 'Notes on the agenda', CM/Notes/1451/H46-40, 8 december 2022.

[17] Zie hierover bijvoorbeeld de Londras en Dzehtsiarou (reeds aangehaald).

[18] Art. 46, vierde lid, EVRM

[19] Explanatory report to Protocol No. 14, 13 mei 2004, par. 100.

[20] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 129.

[21] K. Dzehtsiarou, 'Mammadov v. Azerbaijan: It is about effectiveness of the Strasbourg System', *Strasbourg Observers*, 15 juni 2018.

[22] *Idem*.

[23] Comité van Ministers (annual report; reeds aangehaald), p. 62.

[24] *Mammadov t. Azerbaijan* (reeds aangehaald), par. 180.

[25] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 138.

[26] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 146.

[27] *Kavala t. Turkije* (art. 46, lid vier, EVRM), par. 148

ANNOTATIE

Juszczyszyn t. Polen (EHRM, 35599/20) – Veel bevestiging en een beetje ontwikkeling van de Europese rechtstaatrechtspraak**M. Leloup**

1. Het arrest *Juszczyszyn*[1] is de nieuwste toevoeging aan een reeks arresten over de staat van de rechtsstaat en het respect voor de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen. Meer bepaald ging het in deze zaak om een Poolse rechter die uit zijn functie ontheven werd door de nieuw ingestelde Disciplinaire Kamer van het Hooggerechtshof nadat hij de rechtmatigheid van de benoeming van een andere rechter in twijfel had getrokken, aangezien deze laatste was benoemd door de nieuw samengestelde Raad voor de Rechtspraak. Het EHRM bouwt in zijn arrest grotendeels voort op de principes die het in eerdere arresten reeds heeft uiteengezet, maar voegt hier en daar toch een interessant aspect toe.

Feiten

2. De feiten van de zaak kunnen, met enige zin voor vereenvoudiging, als volgt worden samengevat. Op 20 november 2019 hoorde de heer Juszczyszyn als een alleenzettelende rechter een beroep in een burgerrechtelijke zaak. Als onderdeel van dit beroep, vaardigde Juszczyszyn een beslissing uit waarin hij de voorzitter van het Parlement (*Sejm*) ertoe verplichtte om een kopie door te sturen van de lijsten van de personen die de kandidaten voor de nieuwe samenstelling van de Raad voor de Rechtspraak hadden onderschreven. Juszczyszyn oordeelde dat dit nodig was om na te gaan of de rechter die in eerste instantie in de zaak voor hem had geoordeeld wel als een onafhankelijke en bij wet ingestelde rechter kon worden beschouwd, aangezien die rechter was benoemd door de nieuw samengestelde Raad voor de Rechtspraak. Juszczyszyn gaf hiermee, naar eigen zeggen, uitvoering aan de vereisten die het Hof van Justitie in zijn *A.K.*-arrest had geïntroduceerd.[2]

3. Hierop startte de tuchtofficier voor rechters evenwel een tuchtprocedure tegen Juszczyszyn. Volgens de officier had de beslissing van Juszczyszyn, waarmee hij de legitimiteit van de aanstelling van een mederechter in vraag stelde, de waardigheid van het ambt aangetast en

maakte hij daarmee misbruik van zijn bevoegdheid. Hij had zichzelf een bevoegdheid toegekend die in beginsel enkel aan de President van het land toekomt.

4. In eerste instantie werd Juszczyzsyn vrijgesproken door de Disciplinaire Kamer. In beroep stelde de Disciplinaire Kamer echter vast dat zijn gedrag wel degelijk een tuchtrechtelijk fout had uitgemaakt en besloot dan ook om hem te schorsen en zijn salaris voor 40% te verminderen gedurende de schorsing. De Disciplinaire Kamer steunde daarbij op het feit dat Juszczyzsyn zowel de Poolse wet als de Grondwet had geschonden met zijn beslissing om de aanstelling van een andere rechter in twijfel te trekken. Daarmee had hij bovendien het imago van de rechterlijke macht geschaad en de constitutionele rechtsorde geschonden.

Arrest

5. Juszczyzsyn beriep zich voor het EHRM op verschillende verdragsrechten. Zo wierp hij op dat de Disciplinaire Kamer niet als een bij wet ingesteld tribunaal in de zin van art. 6, eerste lid, EVRM kon worden beschouwd. Daarenboven haalde hij aan dat de tuchtstraf een schending van art. 8 EVRM uitmaakte. Ten slotte was hij van oordeel dat de tuchtstraf in essentie bedoeld was om hem en andere rechters te ontraden om de rechtmatigheid van de benoeming van andere rechters te controleren en wierp hij een schending van art. 18 EVRM op.

6. Het EHRM volgde Juszczyzsyn in al deze argumenten. Het steunde daarbij voornamelijk op de principes die het in eerdere rechtspraak had uiteengezet. Zo had het Hof in het arrest *Reczkowicz* van juli 2021 al eerder geoordeeld dat de Disciplinaire Kamer in haar huidige samenstelling, met rechters benoemd door de nieuwe Raad voor de Rechtspraak, niet langer als een bij wet ingesteld tribunaal kan worden beschouwd.[3] Het Hof stelde dat er in deze zaak geen redenen waren om tot een ander besluit te komen.

7. Wat de klacht onder art. 8 EVRM betrof, paste het Hof de zogenaamde *consequence-based approach* toe, die het in het arrest *Denisov* van de Grote Kamer had ontwikkeld.[4] Het Hof oordeelde dat de tuchtsanctie die Juszczyzsyn werd opgelegd een voldoende zwaarwegende impact had gehad op zijn persoonlijke en professionele levenssfeer, waardoor art. 8 EVRM van toepassing was. Bijgevolg moest de inmenging voldoen aan de drie standaard beperkingsvoorwaarden. De tuchtsanctie voor Juszczyzsyn struikelde al over de eerste horde, de legaliteitstoets. Hoewel er wel degelijk een wettelijke basis was in het nationale recht, vond het Hof dat de relevante wetsbepaling, zoals geïnterpreteerd door de Disciplinaire Kamer, niet voldoende voorzienbaar was in zijn gevolgen. Het kon volgens het Hof niet als een 'kennelijke en grove schending van het recht' worden beschouwd dat Juszczyzsyn het recht op een onafhankelijk en bij wet ingesteld tribunaal van de partijen in het geschil voor hem wilde

beschermen. De interpretatie door de Disciplinaire Kamer was volgens het Hof dan ook manifest onredelijk. Dit was des te meer het geval omdat het instellen van een tuchtsanctie wegens de inhoud van een rechterlijke uitspraak als een uitzonderlijke maatregel moet worden beschouwd, die gelet op het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid restrictief moet worden geïnterpreteerd. Bovendien stelde het Hof ook vast dat de Disciplinaire Kamer, als niet bij wet ingesteld tribunaal, geen afdoende procedurele waarborgen kon bieden. Bijgevolg was de wet niet voorzienbaar en was er een schending van art. 8 EVRM.

8. In een laatste stap boog het Hof zich uiteindelijk over de klacht omtrent art. 18 EVRM. Het Hof herhaalde hierbij de basisbeginselen die het had uiteengezet in het Grote Kamer-arrest *Merabishvili*.^[5] Juszczyszyn betoogde dat de tuchtsanctie was opgelegd om rechters te ontmoedigen om de rechtmatigheid van de benoeming van andere rechters na te gaan. De Poolse overheid, daarentegen, stelde dat de sanctie mede tot doel had om de degelijke werking van het gerechtelijk apparaat veilig te stellen. Het Hof erkende dat dat argument onder de bredere noemer van het vrijwaren van de rechten en vrijheden van anderen, zoals vermeld in art. 8, tweede lid, EVRM kon worden geplaatst.

9. De fundamentele vraag om al dan niet tot een schending van art. 18 EVRM te besluiten, was dan welke van deze twee doelen als overheersend moest worden beschouwd. Het Hof verwees in zijn overwegingen naar de algemene context in Polen wat betreft de reorganisatie van het gerechtelijk apparaat, zoals het ook al in de Grote Kamer-zaak in *Grzęda* had gedaan. Gelet op die context was het Hof overtuigd van het feit dat rechters aan sancties zouden worden onderworpen als ze de benoemingen van de nieuw samengestelde Raad voor de Rechtspraak in twijfel zouden trekken. Dat werd volgens het Hof bevestigd door een wetswijziging die na de feiten in de zaak *Juszczyszyn* was aangenomen en die een nieuwe tuchtsanctie voor rechters instelde wanneer deze de rechtmatigheid van de benoeming van andere rechters in twijfel trokken. Het Hof verwees daarbij ook naar de kritiek die de Commissie van Venetië op die wet had geuit en naar het feit dat de Europese Commissie een inbreukprocedure was gestart tegen deze wet. Op basis van die overwegingen stelde het Hof dat de overwegende reden van de tuchtsanctie erin bestond om Juszczyszyn te straffen en om hem en andere rechters te ontmoedigen om de rechtmatigheid van de benoeming van andere rechters in twijfel te trekken. Aangezien dat dat doel onverenigbaar is met het Verdrag, was er een schending van art. 18 EVRM.

Bespreking

10. Het arrest *Juszczyszyn* is een lijvig arrest van meer dan 100 pagina's. Zoals hierboven reeds aangegeven, steunt het Hof op veel punten evenwel op beginselen die reeds in voorgaande arresten waren ontwikkeld. Hoewel *Juszczyszyn* dan ook niet als baanbrekend moet worden

beschouwd, staan er toch een aantal noemenswaardige zaken in het arrest. In wat volgt wordt er op elk van de drie artikelen (art. 6, art. 8 en art. 18 EVRM) ingegaan.

11. Wat art. 6 EVRM betreft, is de uitkomst in *Juszczyszyn* grotendeels een kopie van het arrest *Reczkowicz*. Het EHRM herhaalt simpelweg de stappen die het in dat laatstgenoemde arrest heeft uiteengezet, en komt tot de conclusie dat de rechters van de Disciplinaire Kamer in het Poolse Hooggerechtshof niet bij wet zijn ingesteld. Het Hof is bovendien al tot exact dezelfde conclusie gekomen in eerdere arresten over de Burgerlijke Kamer en de Kamer voor Buitengewoon Toezicht.[6] Het feit dat er een schending van het recht op een bij wet ingesteld tribunaal wordt gevonden in deze zaak is dan ook allerm minst een verrassing.

12. Wat voornamelijk interessant is aan deze zaak is dat het Hof voor de eerste maal reageert op de arresten van het Pools Grondwettelijk Hof waarin het stelde dat art. 6, eerste lid, EVRM op bepaalde punten onverenigbaar is met de Poolse Grondwet.[7] Het Hof merkt hierbij op dat dat arrest was uitgesproken door een kamer waarin rechter M.M. zetelde, die het voorwerp was van het arrest *Xero Flor*, waarin het Hof tot de conclusie kwam dat het Pools Grondwettelijk Hof niet meer als een bij wet ingesteld tribunaal kan worden beschouwd.[8] De deelname van diezelfde rechter doet, volgens het EHRM, noodzakelijkerwijze twijfels rijzen over de legitimiteit van die uitspraak door het Pools Grondwettelijk Hof.

13. Meer fundamenteel herhaalt het EHRM daarnaast dat alle Verdragspartijen ertoe gehouden zijn hun verplichtingen onder internationaal recht te respecteren. Op grond van art. 27 van het Weens Verdrag omtrent het verdragenrecht kunnen staten zich niet op nationaal recht – inclusief hun Grondwet – beroepen om die internationale verplichtingen niet na te komen. Daarmee zet het EHRM een tamelijk droge streep door het argument van de Poolse overheid en maakt het ondubbelzinnig duidelijk dat de Poolse rechterlijke organisatie de Verdragsstandaarden zal moeten respecteren.

14. Ook wat art. 8 EVRM betreft, blijft het arrest grotendeels op reeds bewandelde paden. Het *Denisov*-arrest, waarin het Hof de *consequence-based approach* heeft ontwikkeld, ging reeds over een rechter die een tuchtsanctie aanvocht en is daarna al verschillende malen gebruikt in zaken met nationale rechters als verzoekers.[9]

15. De uiteindelijke vaststelling van een schending in deze zaak verdient evenwel wat meer aandacht. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, ligt de schending in het feit dat de wetbepaling, zoals geïnterpreteerd door de Disciplinaire Kamer, niet voldoende voorzienbaar was om aan de legaliteitstoets te voldoen. De overwegingen die daarbij een doorslaggevende rol lijken te hebben gespeeld voor het Hof zijn het feit dat het opleggen van een disciplinaire sanctie voor het geven van een bepaalde rechterlijke uitspraak een uitzonderlijke maatregel

moet blijven en restrictief moet worden geïnterpreteerd, gelet op het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid. Bovendien zegt het Hof dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat de beslissing door Juszczyszyn ingegeven was door enige andere reden dan het proberen beschermen van de standaarden uit art. 6 EVRM. Ook het feit dat er niet afdoende procedurele waarborgen waren om de arbitraire toepassing van de betrokken wetgeving te garanderen, gelet op het feit dat de Disciplinaire Kamer niet als bij wet ingesteld tribunaal kon worden beschouwd, werd door het Hof in de analyse meegenomen.

16. Het valt op dat het bovenstaande toch overwegingen zijn die allemaal nog maar weinig te maken lijken te hebben met de vraag of de wetbepaling, zoals geïnterpreteerd door de Disciplinaire Kamer, nog voldoende voorzienbaar is, en eerder lijken te neigen naar een proportionaliteitstoets. Het had, in dat licht, misschien overtuigender geweest om de zaak niet onder de legaliteitstoets af te doen, maar onder de vraag of de disciplinaire sanctie wel noodzakelijk was in een democratische samenleving.

17. Wat, tenslotte, de toepassing van art. 18 EVRM betreft, is de zaak iets vernieuwender. Hoewel er al een eerder arrest is waarin deze bepaling wordt toegepast op de situatie van een nationale rechter,[10] is het de eerste zaak over de staat van de Poolse rechtsstaat waarin deze bepaling wordt besproken. In die zin is de analyse die het Hof hier maakt waarschijnlijk toonaangevend voor de andere hangende zaken waarin een klacht omtrent art. 18 EVRM wordt opgeworpen. Het valt hierbij op dat het Hof in deze zaak opnieuw een contextuele benadering gebruikt,[11] waarin het de individuele zaak van Juszczyszyn plaatst in het bredere kader van de gerechtelijke hervormingen in Polen.[12] Het bouwt daarenboven verder op zijn eerdere rechtspraak, waarin het Hof reeds had geoordeeld dat de wetgeving in Polen zo was aangepast dat de uitvoerende macht een doorslaggevende invloed had gekregen over de samenstelling van de Raad van de Rechtspraak, waardoor deze op haar beurt direct of indirect invloed kon uitoefenen over de rechterlijke benoemingen.[13]

18. Een laatste punt dat hier nog moet worden aangestipt, is dat deze uitspraak waarschijnlijk van belang zal zijn voor toekomstige zaken, zowel voor het EHRM als voor het Hof van Justitie. Er werd hierboven al opgemerkt dat de Poolse wetgever in 2019 een wet heeft aangenomen die het rechters verbiedt om de rechtmatigheid van de benoeming van mederechters in vraag te stellen. Deze zogenaamde *muzzle law* (muilkorfwet) heeft aanleiding gegeven tot een inbreukprocedure voor het Hof van Justitie, die op dit moment nog hangende is. Hoewel het in het arrest *Juszczyszyn* gaat om de interpretatie van een algemeen begrip in het tuchtrecht voor rechters, heeft het Hof hier wel duidelijk aangegeven dat rechters maar moeilijk gestraft kunnen worden omwille van het feit dat ze de standaarden van art. 6, eerste lid, EVRM proberen te beschermen. Het lijkt dan ook niet onwaarschijnlijk dat het arrest *Juszczyszyn* tekenend zal zijn voor de richting die de Europese Hoven zullen uitgaan en kan

het arrest daarbij al een eerste stap zetten. Zo heeft Advocaat-Generaal Collins op 15 december in zijn conclusie in de inbreukprocedure voor het Hof van Justitie ook geoordeeld dat de muilkorfwet in strijd is met Unierechtelijke bepalingen omtrent het recht op een onafhankelijk bij wet ingesteld tribunaal. Al moet worden opgemerkt dat hij daarbij niet op het arrest *Juszczyszyn* heeft gesteund.^[14] Zo blijft de Europese rechtspraak omtrent rechterlijke onafhankelijkheid zich gestaag ontwikkelen.

Mathieu Leloup

Universitair Docent Staats- en Bestuursrecht, Tilburg University

[1] *Juszczyszyn t. Polen*, EHRM 6 oktober 2022, nr. 35599/20, ECLI:CE:ECHR:2022:1006JUD003559920.

[2] *A.K., CP en DO*, HvJ 19 november 2019, zaken C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

[3] *Reczkowicz t. Polen*, EHRM 22 juli 2021, nr. 43447/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719.

[4] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911.

[5] *Merabishvili t. Georgië*, EHRM (GK) 28 november 2017, nr. 72508/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007250813.

[6] *Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*, EHRM 8 november 2021, nrs. 49868/19, 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819; *Advance Pharma sp. z o.o. t. Polen*, EHRM 3 februari 2022, nr. 1469/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920.

[7] Arrest Pools Grondwettelijk Hof 10 maart 2022, nr. K 7/21.

[8] *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. t. Polen*, EHRM 7 mei 2021, nr. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

[9] *Bv. Xhoxhaj t. Albanië*, EHRM 9 februari 2021, nr. 15227/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001522719; *Gumenyuk e.a. t. Oekraïne*, EHRM 22 juli 2021, nr. 11423/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD001142319.

[10] *Miroslava Todorova t. Bulgarije*, EHRM 19 oktober 2021, nr. 40072/13, ECLI:CE:ECHR:2021:1019JUD004007213.

[11] Zie ook: J. FINNERTY, “*Juszczyszyn v. Poland*: Article 18 ECHR’s Conservative Contribution To The Polish Rule of Law Crisis”, Strasbourg Observers, 22 november 2022.

[12] Zie ook *Grzęda t. Polen*, EHRM (GK) 15 maart 2022, nr. 43572/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD004357218, «EHRC Updates» 2022-0101, m.nt. Lambrecht.

[13] Bijvoorbeeld: *Advance Pharma sp. z o.o. t. Polen*, EHRM 3 februari 2022; *Reczkowicz t. Polen*, EHRM 22 juli 2021.

[14] Conclusie van Advocaat Generaal Collins van 15 december 2022 in zaak C-204/21, *Commission v Poland (indépendance et vie privée des juges)*

ANNOTATIE

Grzęda t. Polen (EHRM, nr. 43572/18) – Grote Kamer Europees Mensenrechtenhof vernietigend over de Poolse gerechtelijke hervormingen

S. Lambrecht

Uitdrukkelijke bekrachtiging van kamerarresten: “Niets minder, maar ook niets meer”

1. Op 15 maart 2022 heeft de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) zich voor het eerst uitgesproken over de Poolse gerechtelijke hervormingen. De zaak is tot de Grote Kamer gekomen via afstand van rechtsmacht door de Kamer.[1] Al in verscheidene Kamerarresten heeft het Hof geoordeeld dat de Poolse hervormingen de rechterlijke onafhankelijkheid en de rechtsstaat fundamenteel verzwakken.[2] Op de dag van de uitspraak van het Grote Kamerarrest waren er nog een honderdtal zaken hangende over de reorganisatie van de Poolse rechterlijke macht.

2. Rechter Grzęda zag zijn mandaat als lid van de Nationale Raad voor Justitie vroegtijdig beëindigd zonder dit te kunnen aanvechten. Het Hof oordeelde unaniem, met uitzondering van de Poolse rechter, dat dit in strijd is met artikel 6 EVRM. In dit lange arrest put de Grote Kamer sterk uit wat al gezegd is in een aantal recente Kamerarresten tegen Polen.[3] Vernieuwend lezen deze 127 pagina's dus niet. Het Hof neemt in het arrest wel zijn tijd om de Poolse situatie in detail te bestuderen en besluit opnieuw dat de Poolse wetgevende en uitvoerende macht bewust hervormingen hebben doorgevoerd en blijven doorvoeren die tot doel hebben de rechterlijke macht ernstig te verzwakken. Het sluit zich zo aan bij de Deense en Nederlandse overheid, de VN speciale rapporteur voor de onafhankelijkheid van rechters en juristen, Amnesty International, de Internationale Commissie van Juristen, het Europese Netwerk voor Raden voor Justitie, de Helsinki Mensenrechtenstichting en de Poolse vereniging van rechters Iustitia, die zijn tussengekomen in de zaak. In de uitdrukkelijke bekrachtiging door de Grote Kamer van de Kamerarresten schuilt volgens rechter Lemmens de meerwaarde van dit arrest. Niets minder, maar ook niets meer.[4]

Rechter Grzęda en een ‘meer democratische’ Nationale Raad voor Justitie

3. Op 11 januari 2016 verkoos de algemene vergadering van het Poolse Hoogste Administratieve Hof, met deelname van vertegenwoordigers van de regionale administratieve hoven, rechter Grzęda als lid van de Nationale Raad voor Justitie voor een mandaat van vier jaar (par. 31). De Nationale Raad voor Justitie is een grondwettelijk orgaan dat waakt over de onafhankelijkheid van rechtbanken en rechters. Een van de belangrijkste taken van de Raad is het beoordelen en voordragen van kandidaat-rechters voor alle niveaus en types van rechtbanken (par. 32). De Poolse Grondwet bepaalt dat vijftien leden van de Raad moeten worden gekozen uit de rechters van het Hooggerechtshof, de gewone rechtbanken, de administratieve rechtbanken en de militaire rechtbanken.

4. In januari 2017 kondigde de regering plannen aan voor een grootschalige gerechtelijke hervorming van de Nationale Raad voor Justitie om de efficiëntie van de rechtsbedeling te versterken en de verkiezing van de leden democratischer te maken (par. 34). Voortaan zou de *Sejm*, de Poolse Kamer van volksvertegenwoordigers, in plaats van de gerechtelijke raden de rechterlijke leden van de Raad kiezen. Ook zou de ambtstermijn van de zittende rechterlijke leden, zoals rechter Grzęda, onmiddellijk worden beëindigd (par. 35).

5. Ondanks de zeer kritische adviezen van tal van nationale en internationale instanties werd de hervorming van de Nationale Raad voor Justitie doorgevoerd met de wet van 8 december 2017 (par. 50-52). Achttien rechters, op een totaal van een tienduizendtal, besloten zich verkiesbaar te stellen voor de nieuwe Raad (par. 53). De grote meerderheid van rechters kozen ervoor de verkiezingen van de nieuwe Raad te boycotten (par. 58). Op 16 maart 2018 heeft de *Sejm* vijftien nieuwe rechterlijke leden gekozen. De nieuwe Raad telt geen enkele vertegenwoordiger van de hoven van beroep, het hooggerechtshof of de militaire rechtbanken. Op dezelfde dag werd het mandaat van de zittende rechterlijke leden, waaronder rechter Grzęda, beëindigd op grond van de wijzigingswet van 2017, zonder dat zij daarvan officieel op de hoogte werden gebracht. De wijzigingswet van 2017 voorzag in geen enkele procedure om de voortijdige beëindiging van hun mandaat aan te vechten (par. 54-55).

6. Op 17 september 2018 schorste de Algemene Vergadering van het Europese Netwerk van Raden voor Justitie (ENCJ) het lidmaatschap van de van de Poolse Raad voor Justitie, aangezien de Raad niet meer onafhankelijk was van de wetgevende en uitvoerende macht. Op 28 oktober 2021 heeft de Algemene Vergadering de Poolse Raad uit het Netwerk gezet, nu de Raad niet meer voldeed aan de onafhankelijkheidswaarborgen (par. 59).

Bescherming tegen voortijdige beëindiging mandaat Nationale Raad voor Justitie: art. 6 EVRM van toepassing

7. De juridische kernvraag waar het Hof zich over moet uitspreken, is of rechter Grzęda zich

wel kan beroepen op de bescherming van art. 6 EVRM. Volgens het Hof valt het geschil tussen rechter Grzęda en de Poolse autoriteiten over de voortijdige beëindiging van zijn mandaat als zittend rechterlijk lid van de Poolse Nationale Raad voor Justitie onder het toepassingsgebied van art. 6 EVRM. Het recht op een vierjarig mandaat vloeit volgens het Hof rechtstreeks voort uit de Poolse Grondwet. Hoewel de motivering niet even helder leest op dit punt, is de conclusie dit wel (par. 266-286).

8. Het Hof oordeelt eveneens dat dit recht een burgerlijk recht is in de zin van art. 6, eerste lid, EVRM. Voor geschillen over de rechtmatigheid van beslissingen die betrekking hebben op de rechten van een ambtenaar of, in dit geval, een rechter, heeft het Hof de *Eskelinen*-toets ontwikkeld.[5] Zo kan een Staat zich niet beroepen op de status van ambtenaar (of magistraat) om de bescherming van art. 6 EVRM uit te sluiten, tenzij (1) in het nationale recht de toegang tot de rechter voor het ambt uitdrukkelijk is uitgesloten en (2) die uitsluiting gerechtvaardigd is op objectieve gronden in het belang van de Staat (par. 260-264).

9. In deze zaak verfijnt de Grote Kamer die toets verder. Nieuw aan deze zaak is immers dat het hier niet gaat over de voornaamste beroepsactiviteit van rechter Grzęda maar een nevenmandaat. In het licht daarvan, en de prominente publiekrechtelijke kenmerken van de zaak, past het Hof de eerste voorwaarde van de *Eskelinen*-toets aan (par. 288). Het Hof is bereid te aanvaarden dat de eerste voorwaarde ook bij een *impliciete* uitsluiting kan vervuld zijn (par. 292). Ondanks die aankondiging, laat het Hof uiteindelijk open of aan de eerste voorwaarde is voldaan, nu de tweede voorwaarde toch niet vervuld is (par. 294). Rechter Lemmens betreurt dit terecht in zijn *concurring opinion*. [6]

De Eskelinen-toets bij ondermijning van de rechterlijke onafhankelijkheid

10. Bij de beoordeling of de uitsluiting van toegang tot de rechter gerechtvaardigd zou zijn op objectieve gronden in het belang van de Staat, wijdt het Hof vele alinea's aan de rechtsstaat en het belang van de rechterlijke onafhankelijkheid. Opmerkelijk is dat het die vraagstukken al aansnijdt in het ontvankelijkheidsonderzoek en niet voorbehoudt voor het onderzoek ten gronde. Volgens rechter Lemmens glijdt het Hof zo te ver af van het loutere onderzoek of het ingeroepen recht wel van 'burgerlijke' aard is en maakt het Hof geen gebruik van de gelegenheid om de rechtspraak verder te verduidelijken op dit punt.[7]

11. De meerwaarde bevindt zich dus vooral in de krachtige bevestiging van eerdere rechtspraak. Zo stelt het Hof dat de *raison d'être* en de taak om de rechterlijke onafhankelijkheid te waarborgen, vereisen dat de Nationale Raad voor Justitie autonomie geniet ten aanzien van de politieke macht van de Staat. De voortijdige verwijdering van een rechterlijk lid kan volgens het Hof de onafhankelijkheid van de Raad aantasten en

problematisch zijn in het licht van de rechtsstaat (par. 300). Het stelt ook uitdrukkelijk de interpretatie en legitimiteit van het arrest van het (illegitiem samengesteld) Poolse Grondwettelijk Hof van 20 juni 2017 in vraag, waarbij het Grondwettelijk Hof afstand doet van zijn eerdere positie dat rechterlijke leden van de Nationale Raad voor Justitie moeten worden verkozen door rechters (par. 315). Rekening houdend met de beslissingen van het Hooggerechtshof en het arrest van het Hoogste Administratieve Hof, komt het Hof tot het besluit dat de fundamentele wijziging in de wijze van verkiezing van de rechterlijke leden van de Nationale Raad voor Justitie, samen met de vervroegde beëindiging van het mandaat van zittende rechterlijke leden, betekent dat de onafhankelijkheid van de Raad niet langer gewaarborgd is. De Grote Kamer onderschrijft zo uitdrukkelijk het EHRM arrest *Reckowicz* en ook het Hof van Justitie arrest *Commissie t. Polen* (par. 322).[8]

12. De *in concreto*-toets doet het Hof niet afschrikken om ook de algemene problematiek van de Poolse gerechtelijke hervormingen aan te snijden. Zo mag een hervorming er niet toe leiden dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en haar bestuursorganen wordt aangetast (par. 323). Het Hof beklemtoont in dit licht de positieve dimensie van het subsidiariteitsbeginsel en de primaire verantwoordelijkheid van Staten om de rechten uit het EVRM te waarborgen.[9] Aangezien het EVRM-systeem niet goed kan functioneren zonder onafhankelijke rechters, acht het Hof de taak van Staten om de rechterlijke onafhankelijkheid te waarborgen van cruciaal belang (par. 324).

13. De uitsluiting van een fundamentele waarborg voor de bescherming van een verdedigbaar burgerlijk recht dat nauw samenhangt met de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid, kan volgens het Hof dan ook niet worden geacht in het belang te zijn van de rechtsstaat (par. 326). Leden van de rechterlijke macht dienen, net als andere burgers, bescherming te genieten tegen de willekeur van de wetgevende en de uitvoerende macht. Alleen het toezicht door een onafhankelijke rechterlijke instantie op de rechtmatigheid van een maatregel als ontzetting uit het ambt kan deze bescherming doeltreffend maken (par. 327).

Bescherming van de leden van de Nationale Raad voor Justitie in een ruimere context van democratische terugslag

14. Het Hof heeft tot slot niet veel woorden meer nodig om te besluiten dat het gebrek aan een daadwerkelijk rechtsmiddel voor rechter Grzęda om de vroegtijdige beëindiging van zijn mandaat bij de Nationale Raad voor Justitie aan te vechten, zijn recht op toegang tot de rechter schendt. Uit de cruciale rol die de Nationale Raad voor Justitie speelt in het waarborgen van de rechterlijke onafhankelijkheid en de nauwe band tussen de integriteit van de rechterlijke benoemingsprocedure en rechterlijke onafhankelijkheid, vloeit volgens het Hof

voort dat *in casu* gelijkaardige procedurele waarborgen beschikbaar moeten zijn als bij ontslag of ontzetting van rechters (par. 345). Het Hof houdt ook rekening met de algemene context van de verscheidene hervormingen van de Poolse regering – waarvan deze zaak maar één problematisch aspect omvat – en die hebben geleid tot de verzwakking van de rechterlijke onafhankelijkheid en de naleving van de rechtsstaatstandaarden (par. 346).

15. Ten slotte merkt het Hof in opvallend felle bewoordingen op ‘dat de aaneenschakeling van gebeurtenissen in Polen [...] levendig aantoonde dat de opeenvolgende justitiële hervormingen gericht waren op de verzwakking van de rechterlijke onafhankelijkheid, te beginnen met de ernstige onregelmatigheden bij de verkiezing van de rechters van het Grondwettelijk Hof in december 2015, vervolgens met name de hervorming van het NCJ [de Nationale Raad voor Justitie] en de oprichting van nieuwe kamers in het Hooggerechtshof, terwijl de Minister van Justitie meer controle kreeg over de rechtbanken en zijn rol op het gebied van de rechterlijke discipline werd vergroot’ (par 348). Vervolgens acht het van belang te verwijzen naar zijn arresten over de reorganisatie van het Poolse rechtsstelsel (*Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*; *Broda en Bojara*; *Reczkowicz*, reeds aangehaald) en de zaken waarover het Hof van Justitie van de Europese Unie, het Poolse Hooggerechtshof en het Poolse Hoogste Administratieve Hof al hebben beslist. ‘Als gevolg van de opeenvolgende hervormingen’, besluit het Hof, ‘is de rechterlijke macht - een autonome tak van de staatsmacht - blootgesteld aan inmenging door de uitvoerende en de wetgevende macht en daardoor aanzienlijk verzwakt’ (par 348). De zaak van rechter Grzęda is ‘een voorbeeld van deze algemene tendens’ (par 348).

16. De ruimere context van democratische terugslag in Polen is duidelijk bepalend geweest voor de opbouw van het arrest en de redenering van het Hof. De Grote Kamer wilde een krachtig signaal geven ten voordele van de structurele bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid.[10] Het sluit zich hiermee aan bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en talrijke andere internationale en Europese instanties.

Dr. Sarah Lambrecht

Magistraat (referendaris) bij het Grondwettelijk Hof.

Praktijkassistent Grondwettelijk Recht bij ConstitUGent, Universiteit Gent.

Vrijwillig onderzoeker bij Onderzoeksgroep Overheid en Recht, Universiteit Antwerpen.

[1] Zie hierover S. Talmon, 'Relinquishment of jurisdiction contra legem: The European Court of Human Rights' decision in *Grzęda v. Poland*', *EJIL: Talk !*, 22 juli 2021, <https://www.ejiltalk.org/relinquishment-of-jurisdiction-contra-legem-the-european-court-of-human-rights-decision-in-grzeda-v-poland/>; C. Rizcallah en E. David, 'The Polish judicial reforms under the Grand Chamber's scrutiny: Much fog about Nothing ? A comment of *Grzęda v. Poland*', *Strasbourg Observers*, 26 mei 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/05/26/the-polish-judicial-reforms-under-the-grand-chambers-scrutiny-much-fog-about-nothing-a-comment-of-grzeda-v-poland/>.

[2] *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. t. Polen*, EHRM 7 mei 2021, nr. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, EHRC Updates m.nt. Sillen; *Broda en Bojara t. Polen*, EHRM 29 juni 2021, nr. 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718, EHRC Updates m.nt. Leloup; *Reczkowicz t. Polen*, EHRM 22 juli 2021, nr. 43447/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, EHRC Updates m.nt. Leloup; *Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*, EHRM 8 November 2021, nr. 49868/19 en 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, EHRC Updates m.nt. Leloup; *Advance Pharma sp. z o.o. t. Polen*, EHRM 3 februari 2022, nr. 1469/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, EHRC Updates m.nt. Leloup.

[3] Ibid.

[4] Concurring opinion of Judge Lemmens, par. 2 en 17.

[5] *Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*, EHRM (GK) 19 april 2007, nr. 63235/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500.

[6] Concurring opinion of Judge Lemmens, par. 7-8.

[7] Concurring opinion of Judge Lemmens, par. 13.

[8] *Reczkowicz*, reeds aangehaald; *Europese Commissie t. Polen (tuchtrechtspraak)*, HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, EHRC Updates m.nt. Leloup.

[9] Over de negatieve en positieve dimensie van het subsidiariteitsbeginsel, zie Sarah Lambrecht, 'Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?' (2015) 21 *European Public Law* 257, 271 en 278-279.

[10] C. Rizcallah en E. David, 'The Polish judicial reforms under the Grand Chamber's scrutiny: Much fog about Nothing ? A comment of *Grzęda v. Poland*', *Strasbourg Observers*, 26 mei 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/05/26/the-polish-judicial-reforms-under-the-grand-chambers-scrutiny-much-fog-about-nothing-a-comment-of-grzeda-v-poland/>.

ANNOTATIE

Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije (EHRM, 70078/12) - Toetsing in abstracto van inbreuken op het recht op respect voor het privéleven***D.A.G. van Toor***

1. Het arrest *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije* is een nieuwe loot aan de stam^[1] waarin klagers stellen *mogelijk* slachtoffer te zijn van mensenrechtelijke schendingen door uitoefening van heimelijke bevoegdheden door inlichtingendiensten of opsporende autoriteiten. In de zaken waarnaar in eindnoot 1 is verwezen, heeft het EHRM de klagers het slachtofferstatus toegekend, ondanks dat zij allen niet beperkt zijn in de uitoefening van een mensenrecht. In *Roman Zakharov* (reeds aangehaald, par. 164) overweegt het EHRM daarover als volgt: ‘The Court has consistently held in its case-law that the Convention does not provide for the institution of an *actio popularis* and that its task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention’. Het is dan ook een bijzondere ontwikkeling dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden *mogelijke* schendingen door *eventuele* toepassing van heimelijke bevoegdheden ontvankelijk verklaart en vervolgens *in abstracto* aan artikel 8 EVRM toetst. Het is dit onderwerp – toetsing *in abstracto* van mogelijke mensenrechtenschendingen – dat in deze annotatie centraal staat. Daarbij wordt in de randnummers 2-4 ingegaan op de oorzaak van deze “nieuwe” trend (die inmiddels toch ruim zeven jaar oud is, maar tot op heden zelden is benoemd^[2]). Daarbij komt ook aan bod *wanneer* toetsing *in abstracto* ontvankelijk is. Vervolgens worden in randnummers 5-7 uiteengezet *hoe* zo’n abstracte toetsing eruit ziet en op welke wijze deze toets verschilt van een beoordeling van een concrete klacht. Ten slotte wordt in randnummer 8 de didactische waarde van deze toetsing *in abstracto* toegelicht. Mijns inziens zijn het onderhavige arrest alsmede de eerder aangehaalde arresten van grote waarde voor studenten die regelmatig nieuwe strafvorderlijke wetgeving of wetsvoorstellen in hun essay of scriptie willen toetsen aan artikel 8 EVRM en daarbij dus een toetsing *in abstracto* uitvoeren.

2. Zoals in de inleiding is opgemerkt, is toetsing *in abstracto* van mogelijke mensenrechtelijke schendingen in Straatsburg in beginsel niet mogelijk. Artikel 34 EVRM bepaalt namelijk dat

alleen slachtoffers van mensenrechtelijke schendingen een ontvankelijke klacht kunnen indienen. Volgens de *Practical Guide on Admissibility Criteria* moet het slachtoffer – of anderen die indirect door de concrete schending betroffen zijn – aantonen dat hij direct betroffen is in de uitoefening van zijn rechten. Het enkele feit dat een persoon onder de reikwijdte van een wettelijke heimelijke bevoegdheid valt, is natuurlijk geen bewijs voor een concrete inbreuk op zijn privéleven. Daar staat tegenover dat juist bij heimelijke bevoegdheden het aantonen van een concrete inbreuk schier onmogelijk is, omdat de heimelijk onderzochte persoon vaak geen mededeling krijgt van de uitoefening van die bevoegdheid. Met een mededelingsplicht zou het hele systeem van heimelijke bevoegdheden namelijk de nek om worden gedraaid. Dat betekent echter wel dat, wanneer potentiële slachtoffers niet zeker (kunnen) weten of zij het doelwit van een heimelijke bevoegdheid zijn (geweest), de eventuele schending van artikel 8 EVRM buiten het rechterlijke toezicht valt. Artikel 8 EVRM zou daardoor een lege huls worden bij de normering van heimelijke bevoegdheden. Toetsing *in abstracto* is volgens het Hof dus van belang bij de beoordeling van heimelijke bevoegdheden (*Klass e.a.*, reeds aangehaald, par. 36). De ontwikkeling van de technologie die het mogelijk maakt op grote schaal heimelijke bevoegdheden toe te passen die personen ongedifferentieerd treffen, maken dat toetsing *in abstracto* in jongste jaren van groter belang is geworden (*CfR*, reeds aangehaald, par. 169-177).

3. In het verleden zijn hierover twee sporen in de rechtspraak van het EHRM ontstaan, totdat het EHRM in *Roman Zakharov* tot harmonisatie overging (*Roman Zakharov*, reeds aangehaald, par. 167-172). De ontwikkeling van het tweede spoor lijkt het gevolg te zijn van hetgeen op het einde van randnummer 2 werd gesteld: de mogelijkheid tot heimelijke bulkinterceptie, waardoor het nog moeilijker wordt om aan te tonen dat sprake is van direct slachtofferschap. In het eerste spoor was het namelijk voldoende dat ‘the existence of practices permitting secret surveillance be established and that there was a *reasonable* (mijn cursivering) likelihood that the security services had compiled and retained information’ (*Roman Zakharov*, reeds aangehaald, par. 167). Het tweede spoor verlaat de toets van de redelijke kans dat de persoon slachtoffer is. In dit spoor staat centraal ‘the mere existence of laws and practices which permitted and established a system for effecting secret surveillance of communications entailed a threat of surveillance for all those to whom the legislation might be applied’ (*Roman Zakharov*, reeds aangehaald, par. 168). In *Roman Zakharov* (reeds aangehaald, par. 171; zie ook de verwijzing in *CfR*, reeds aangehaald, par. 167) worden uit deze twee sporen de volgende criteria vastgesteld om te beoordelen of de klager in aanmerking komt voor de slachtofferstatus bij een mogelijke mensenrechtelijke schending door de inzet van heimelijke bevoegdheden. Dit zijn: (i) de reikwijdte van de wettelijke grondslag en of klager onder de reikwijdte valt; (ii) de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht; en (iii) of de klager, vanwege zijn persoonlijke situatie, mogelijk het risico loopt dat zijn communicatie of gerelateerde gegevens worden onderschept en geanalyseerd. Belangrijk is

nog op te merken dat dit *geen* cumulatieve vereisten zijn. In *CfR* (reeds aangehaald, par. 176) overweegt het EHRM dat hij vanwege de enorme beperkingen in de effectieve toetsing van de eventuele inzet van de heimelijke bevoegdheid in de nationale procedure niet toekomt aan de toetsing van het derde criterium.

4. Ook in de onderhavige zaak kunnen klagers aantonen dat een effectief rechtsmiddel in de nationale procedure ontbreekt (par. 264-275). Dit heeft ten eerste te maken met het feit dat personen die worden onderworpen aan heimelijke bevoegdheden in Bulgarije hiervan alleen op de hoogte worden gebracht als een vervolging wordt ingesteld en daarbij het door de heimelijke bevoegdheid verkregen bewijsmateriaal wordt gedeeld met de verdediging (par. 267). Wanneer de inzet van de heimelijke bevoegdheid geen bewijsmateriaal heeft opgeleverd en geen vervolging plaatsvindt, blijft het stil van overheidszijde. Ten tweede heeft een burger, volgens het Bulgaarse cassatiehof, geen recht op eventuele schadevergoeding als hij niet eerst op de hoogte is gebracht van de inzet van de heimelijke bevoegdheid door het Nationale Bureau van Informatie (par. 269). Een *catch-22* dus: de burger krijgt geen mededeling over de toepassing van heimelijke bevoegdheden die geen resultaten oplevert en zonder deze mededeling kan hij in rechte niets beginnen.

5. Dit betekent volgens het EHRM dat in de onderhavige zaak toetsing *in abstracto* gerechtvaardigd is (par. 277). Het EHRM benadrukt dat die toetsing als *overarching requirement* beïnvoudt dat het ‘system must contain effective guarantees – especially review and oversight arrangements – which protect against the inherent risk of abuse and which keep the interference which such a system entails with the rights protected by Article 8 of the Convention to what is “necessary in a democratic society”’ (par. 292). Toch wat verrassend is het als het EHRM vervolgens overgaat tot de toetsing. Hierbij beoordeelt het Hof namelijk: (i) de toegankelijkheid van de wet; (ii) redenen voor de inzet van heimelijke bevoegdheden en de reikwijdte van de wet; (3) duur van de bevoegdheid en de regels voor gegevensverwerking; (4) het autorisatieproces *voorafgaand* aan de inzet; (5) toezichtsmechanisme *tijdens* de inzet; (6) kennisgeving aan de betrokken personen; en (7) beschikbare rechtsmiddelen.

6. Dit zijn voornamelijk criteria die bij toetsing *in concreto* onder de noemer van het rechtvaardigingscriterium in overeenstemming met de wet worden geschaard, vooral met betrekking tot de kwaliteit van de wettelijke bepaling.[3] Het Hof komt in de onderhavige zaak in paragraaf 358 dan ook tot de enigszins verwarrende conclusie dat ‘the Bulgarian laws governing secret surveillance do not fully meet the “quality of law” requirement and are incapable of keeping the “interference” entailed by the system of secret surveillance in Bulgaria to what is “necessary in a democratic society”’. Het lijkt er aldus op dat het EHRM de kwaliteit van de wet gebruikt om te beoordelen of de beperking in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven *proportioneel* is.[4] Het proportionaliteitsvereiste is een

belangrijk, zo niet het belangrijkste onderdeel, bij de toetsing of een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Of een eventuele inbreuk proportioneel is, kan *in abstracto* eigenlijk alleen worden beoordeeld aan de hand van de reikwijdte van de wettelijke bepaling. Daardoor lopen bij de *in abstracto*-toetsing de rechtvaardigingscriteria in overeenstemming met de wet – en dan met name het subcriterium de kwaliteit van de wet – en de noodzakelijkheid in een democratische samenleving door elkaar.

7. In ieder geval is duidelijk dat de kwaliteit van de wet – te weten, de toegankelijkheid, de voorzienbaarheid van de inbreuk en de waarborgen tegen willekeurige inbreuken – ook *in abstracto* een belangrijke rol speelt. Dat is ook niet verwonderlijk: de potentiële schending zou zijn gebaseerd op de toepassing van een bestaande wettelijke bepaling en die bepaling kan uitstekend *in abstracto* worden beoordeeld op de zojuist genoemde criteria. In het onderhavige arrest, net zoals in *CfR* en *BBW* (beide reeds aangehaald), worden de criteria van het legitieme doel en de dwingende maatschappelijke behoefte dan ook niet (expliciet) getoetst.

8. Dit arrest en de *in abstracto*-toetsing hebben mijns inziens ook grote didactische waarde. Niet zelden komt het voor dat een student een nieuwe wettelijke bepaling of een wetsvoorstel inhoudende een opsporingsbevoegdheid^[5] wil toetsen op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM. Aangezien het hierbij vaak, zo niet altijd, om toetsing los van een concrete zaak gaat, is sprake van toetsing *in abstracto*. Het onderhavige arrest, en de andere in deze annotatie aangehaalde arresten, geven de student handen en voeten om zo'n abstracte toets uit te voeren.

D.A.G. van Toor

[1] Zie bijvoorbeeld de *key cases*: *Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, *EHRC Updates september 2021*, m.nt. Hagens en Oerlemans; *Centrum för Rättvisa t. Zweden*, EHRM (GK) 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208, *EHRC Updates september 2021*, m.nt. Hagens en Oerlemans; en *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM (GK) 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306. Voor de vorm merk ik op dat door het EHRM al in 1978 (in *Klass e.a. t. Duitsland*; EHRM 6 september 1978) werd overwogen dat het door de uitoefening van heimelijke bevoegdheden soms onmogelijk is daadwerkelijk aan te tonen dat van een concrete schending sprake is, maar dat dan toch slachtofferstatus kan worden toegekend.

[2] Zo gaan Hagens en Oerlemans in hun annotatie bij *BBW* en *CfR* hierop niet in. Hetzelfde geldt voor artikelen over bulkinterceptie *casu quo untargeted interception*, zie o.a. M. Galic,

‘Bulkbevoegdheden en strafrechtelijk onderzoek’, *TBSH&H* 2022, p. 130-137; R.H.T. Jansen, ‘Big Brother Watch e.a., Centrum för Rättvisa en het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten’, *Computerrecht* 2022/51. Zij gaan allen in op de inhoudelijke beoordeling van de eventuele schending op het recht op respect voor privéleven door bulkinterceptie.

[3] Zie uitgebreid D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. RUN), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 292 e.v.

[4] Anders in *CfR*, waarin het Hof benadrukt dat de wettelijke bepaling onvoldoende waarborgen tegen misbruik bevat.

[5] Om een paar voorbeelden te noemen: de hackbevoegdheid; strafrechtelijk ontruimen van gekraakte gebouwen of woningen; openbronnenonderzoek; de burgerinfiltrant; en (verplicht) grootschalig DNA-onderzoek

ANNOTATIE

Dimici t. Turkije (EHRM, nr. 70133/16) – Discriminatie naar geslacht in uit 1563 stammende stichtingsakte***J.H. Gerards en C. Mak***

1. Bijna twintig jaar geleden, in de bekende zaak *Pla en Puncernau*, vestigde het EHRM twee belangrijke uitgangspunten in zaken over discriminatie door private actoren.[1] Het eerste uitgangspunt is, dat de nationale burgerlijke rechter juridische documenten, ook contracten en testamentaire bepalingen, zo moet uitleggen dat ze niet flagrant in strijd zijn met het EVRM en de EHRM-rechtspraak.[2] Het tweede uitgangspunt is dat de rechter dat *ex nunc* moet doen en dus niet alleen mag kijken naar de bedoelingen van private partijen, maar ook rekening moet houden met ontwikkelingen in de economische, maatschappelijke en juridische realiteit.[3]
2. Het Hof heeft het uitgangspunt later nog een keer bevestigd, in de al even bekende zaak *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*. [4] In die zaak ging het om een huurcontract dat volgens de nationale rechter zo kon worden uitgelegd dat huurders geen schotelantenne aan hun woning mochten bevestigen. Het EHRM oordeelde dat die uitleg inging tegen het recht om informatie te ontvangen, zoals beschermd door art. 10 EVRM.[5] Bij het geven van uitleg aan het huurcontract had de nationale civiele rechter volgens het Hof meer gewicht moeten toekennen aan dit recht dan het belang van de verhuurder om eisen te kunnen stellen aan het gebruik van zijn eigendom.[6]
3. De zaak *Khurshid Mustafa en Tarzibachi* bevatte echter niet het element dat *Pla en Puncernau* nu juist zo spannend maakte, namelijk dat sprake was van een discriminerende wilsuitdrukking die al in een ver verleden op papier was gezet. De testamentaire clausele waar de procedure in *Pla en Puncernau* over ging dateerde al uit 1939. In zo'n zaak speelt nog iets meer dan het vraagstuk van horizontale werking van grondrechten alleen. Het gaat ook om de vraag of het redelijk en wenselijk is dat een wilsuitdrukking anders wordt uitgelegd dan de bedoeling van de erflater zal zijn geweest op het moment waarop de testamentaire bepaling werd opgesteld. Die vraag is de afgelopen twee decennia niet meer op deze manier bij het Hof aan de orde gekomen.[7] Weliswaar heeft het Hof zich sindsdien af en toe uitgesproken over het voortzetten van historische of verouderde vormen van discriminatie in de moderne tijd,

maar het gaat dan bijna altijd om zaken over sociale zekerheid. Tot op zekere hoogte heeft het Hof er in die zaken begrip voor dat het even kan duren voordat wetgeving wordt aangepast, en aanvaardt het dat sprake is van geleidelijke veranderingsprocessen.[8] Alleen als veranderingen te traag verlopen of worden geblokkeerd, dan grijpt het Hof alsnog in.[9] Het Hof veroordeelt dat soort ‘achterlopende’ wetgeving dan vaak scherp, zoals het nog onlangs deed in een zaak over ongelijke pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen in Roemenië.[10] In dat soort zaken is de situatie echter duidelijk anders, in die zin dat het niet gaat om de (discriminatoire) wilsbepaling van individuele personen waarover een civiele rechter moet oordelen.

4. In *Dimici* stond de vraag naar de houdbaarheid van historische, discriminerende wilsuitdrukkingen bij de burgerlijke rechter juist wel centraal. Aan de orde was immers een oprichtingsakte voor een stichting die dateerde uit 1563. Het oprichtingsdocument bevatte een duidelijk discriminerende clause, nu eventuele extra inkomsten die de stichting zou genereren moesten worden uitbetaald aan de *mannelijke* afstammelingen van de stichter. De nationale rechter had dat geaccepteerd, op een sterk vergelijkbare manier waarop de nationale rechter in *Pla en Puncernau* dat had gedaan. De redenering was dat de stichtingsakte eenvoudigweg een reflectie vormde van de sociale opvattingen en ideeën over de rol van vrouwen in de 16^e eeuw. Als uitdrukking van de toenmalige wil van de oprichter van de stichting moest dat uitgangspunt volgens de nationale rechter worden gerespecteerd.[11]

5. Net als in *Pla en Puncernau* wijst het Hof er in *Dimici* op dat die redenering niet door de beugel kan. De nationale burgerlijke rechter heeft als onderdeel van de staat de verplichting om effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie.[12] Dat houdt in dat de staat – en dus ook de rechter – voldoende moet doen om discriminatie te voorkomen en waar nodig te beëindigen. Als het Hof zou aanvaarden dat nationale rechters historische ongelijkheden in de private sfeer blijven voortzetten, zou dat volgens het Hof de betekenis van het discriminatieverbod sterk kunnen ondermijnen. Dat is volgens het Hof heel problematisch, omdat het gelijkheidsbeginsel een van de grondbeginselen is van het EVRM.[13] Nog problematischer is het feit dat het hier gaat om een situatie die ertoe kan leiden dat verouderde beelden over de positie van vrouwen – die niet meer aanvaard zijn in Turkije en in veruit de meeste Europese staten – nog steeds kunnen worden bevestigd.[14] Rechters moeten zich dus bewust zijn van de gelijkheidseisen die tegenwoordig worden gesteld en moeten die als vertrekpunt kiezen.

6. Het Hof lijkt daarmee nog iets strenger te zijn dan het in *Pla en Puncernau* al was. Toen benadrukte het Hof namelijk nog dat de nationale rechter zoveel mogelijk moet zoeken naar een interpretatie die recht doet aan de vrije wil van de contractpartijen, maar daarbij in het achterhoofd moet houden dat die contractpartij ‘cannot be presumed to have meant what he

did not say' en bovendien die uitleg moet kiezen die het nauwst aansluit bij het EVRM en de EHRM-interpretaties.[15] In *Dimici* werpt het Hof de nationale rechter tegen dat hij niet heeft onderzocht of de wil van de stichter in overeenstemming is met het EVRM of met nationale grondrechten en wetgeving, terwijl duidelijk een kwestie voorligt die de gelijkheid van vrouwen en mannen betreft.[16] Ook merkt het Hof op dat de nationale rechters geen redenen hebben aangevoerd om het eigendomsrecht van de stichter voorrang te geven boven het non-discriminatiebeginsel.[17] Dat de eisen in de oprichtingsakte in overeenstemming zouden zijn met het recht zoals dat in 1563 bestond maakt dat volgens het EHRM niet anders, nu de huidige normen van openbare orde en het EVRM het ijkpunt moeten vormen.[18] Van een subtiele verplichting om te zoeken naar een interpretatie die zowel recht doet aan de wensen van de oprichter van de stichting als aan het gelijkheidsbeginsel is dus geen sprake meer. Uitgangspunt is nu dat de stichtingsakte moet worden uitgelegd naar hedendaagse gelijkheidsnormen. Dat zou hoogstens nog anders kunnen zijn als er zeer zwaarwegende redenen tegenover staan, maar het is niet duidelijk wanneer daarvan sprake zou kunnen zijn.

7. De uitspraak bevestigt en versterkt daarmee de betekenis van *Pla en Puncernau* voor horizontale rechtsverhoudingen. Het EHRM benadrukt dat nationale rechters moeten ingrijpen wanneer privaatrechtelijke arrangementen tussen partijen duidelijk in strijd komen met publiekrechtelijke beginselen, in dit geval de gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de verdeling van de extra inkomsten van de stichting. In overeenstemming met de uitspraak in *Pla en Puncernau* bepaalt het Hof daarmee ook dat het non-discriminatiebeginsel zich uitstrekt tot familiërelaties:[19] in *Dimici* was weliswaar geen sprake van de verdeling van een erfenis, maar de verdeling van de extra inkomsten van de stichting verliep wel langs familiërechtelijke lijnen.

8. Het feit dat het EHRM het non-discriminatiebeginsel zo ver laat doorwerken in privé- en familiërelaties, roept de vraag op of een verdergaande doorwerking ook zou zijn gerechtvaardigd in gevallen waarin sprake is van een (commercieel) aanbod aan een algemeen publiek. In het publieke domein zal wellicht nog een sterker argument kunnen worden gemaakt voor de horizontale werking van het non-discriminatiebeginsel dan in privéverhoudingen, zoals de familiërechtelijke verhoudingen waarvan in *Pla en Puncernau* of *Dimici* sprake was. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de discussie die recentelijk is aangewakkerd door de Britse zaak *Lee t. Ashers Bakery*, waarin een bakkerij weigerde een taart te maken met een slogan voor legalisering van het huwelijk voor mensen van gelijk geslacht, omdat dit tegen de religieuze opvattingen van het bedrijf inging.[20] Volgens de Britse hoogste rechter, het UK Supreme Court, was er in dit geval geen sprake van discriminatie, nu de bakkerij onderscheid maakte op grond van de boodschap, niet op grond van de boodschapper. Een klacht in die zaak werd door het EHRM niet-ontvankelijk verklaard, omdat Lee in de

nationale procedure geen direct beroep had gedaan op EVRM-bepalingen en daarmee niet alle nationale instanties had doorlopen alvorens de klacht voor te leggen in Straatsburg.[21] De vraag in hoeverre het non-discriminatiebeginsel de vrijheid van ondernemingen beperkt om klanten te weigeren op basis van religieuze of politieke overtuigingen, heeft het Hof hiermee nog even voor zich uitgeschoven. In het licht van de in *Pla en Puncernau* en *Dimici* uitgezette koers, waarin toetsing van contractsbepalingen uitdrukkelijk wordt genoemd, mag echter worden verwacht dat ook contractenrechtelijke discriminatiekwesties het Hof zullen gaan bereiken.

9. Vanuit een breder gelijkebehandelingsperspectief is de uitspraak in *Dimici* eveneens van betekenis. De laatste tijd wordt er veel gesproken over systemische en institutionele discriminatie, die vaak helemaal niet bewust of bedoeld is, maar die voortkomt uit diepgewortelde en vaak nauwelijks geziene patronen van achterstelling.[22] Minstens zoveel aandacht krijgt algoritmische discriminatie.[23] Algoritmen suggereren beslissingen op basis van een razendsnelle analyse van bestaande data. Als die data uitdrukking vormen van een bepaalde vooringenomenheid (bias), van stereotiepe opvattingen of van maatschappelijke vooroordelen en stigmata, wat heel vaak het geval blijkt te zijn, kunnen algoritmische toepassingen gemakkelijk leiden tot voortzetting van diepgewortelde discriminatiepatronen.[24] Veel discussies richten zich momenteel op de problemen die deze discriminatievormen opleveren, van ‘ongekend onrecht’ doordat systemische discriminatie doorwerkt in wetgeving en de uitvoering ervan[25] en discriminerende werkculturen[26] tot het inzetten van algoritmes voor risicoprofilering en ‘predictive policing’ met discriminatie als mogelijk effect[27].

10. In al die actuele discussies over institutionele en algoritmische discriminatie bestaat maar weinig aandacht voor de rol die de civiele rechter speelt. Dat is begrijpelijk, omdat de civiele rechter – anders dan de bestuursrechter – minder direct met overheidsbesluiten te maken krijgt die een uitvloeisel zijn van institutioneel discriminerend beleid. Tegelijkertijd kan ook de blik van burgerlijke rechters gekleurd zijn door onbewuste stereotypen of door gevestigde beelden over gedrag of kenmerken van bepaalde groepen mensen. Een uitspraak als die in *Dimici* is belangrijk omdat die ons ervan bewust maakt dat discriminatieproblemen niet alleen in de publieke sector en in wetgeving of beleid een rol spelen, maar natuurlijk ook in de sfeer van horizontale rechtsverhoudingen. In deze zaak lag het er dik bovenop. Het was heel duidelijk dat de stichtingsakte discriminerend was jegens vrouwelijke bestuurders. Dat het dan zaak is dat de burgerlijke rechter ervoor zorgt dat het gelijkheidsbeginsel prevaleert boven de contractvrijheid was bovendien al bekend. De vraag is nu vooral hoever de verplichting, maar ook de verantwoordelijkheid van de civiele rechter hierbij strekt. Ook in tal van arbeidscontracten, huurcontracten, testamentaire bepalingen, of welke andere

overeenkomsten of wilsbeschikkingen kunnen immers meer of minder subtiele vormen van discriminatie schuilgaan, die niet altijd even gemakkelijk te detecteren en te bewijzen zullen zijn.[28] Civiele rechters zullen daar een open oog voor moeten houden en zullen klachten over systemische en institutionele, maar ook historische discriminatie serieus moeten nemen. Op die manier kunnen ook zij een bijdrage leveren aan het tegengaan van bijna onzichtbare vormen van achterstelling.

Janneke Gerards

Chantal Mak

[1] *Pla en Puncernau t. Andorra*, EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801, EHRC 2004/87 m.nt. E. Brems, NJ 2005/508 m.nt. J. de Boer.

[2] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 59.

[3] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 62.

[4] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*, EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, EHRC 2009/17 m.nt. J.H. Gerards, NTM 2009, p. 893 m.nt. L.F.M. Verhey, AB 2009/286 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2010/149 m.nt. E.A. Alkema.

[5] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*, reeds aangehaald (noot 4), par. 44.

[6] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*, reeds aangehaald (noot 4), par. 46-47.

[7] Het Hof kreeg nog wel eens de vraag voorgelegd of een contractuele bepaling in het licht van het gelijkheidsbeginsel moest worden uitgelegd, maar het historische element dat typerend is voor *Pla en Puncernau* en *Dimici* deed zich in die zaak niet voor; zie *Velcea en Mazăre t. Roemenië* (EHRM 1 december 2009, nr. 64301/01, ECLI:CE:ECHR:2009:1201JUD006430101, EHRC 2010/21 m.nt. H. van Hedel, NJ 2010/206 m.nt. S. Perrick).

[8] Zie bijv. *Stec t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 12 april 2006, 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0412JUD006573101, EHRC 2006/72, m.nt. F. Pennings, AB 2006/190, m.nt. F. Pennings, par. 61-65; *Stummer t. Oostenrijk* (GK), EHRM 7 juli 2011, nr. 37452/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD003745202, EHRC 2011/136, m.nt. B. Barentsen; *Bradshaw e.a. t. Malta*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 37121/15, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD003712115, par. 82.

[9] Zie bijv. *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, EHRC 2012/117 m.nt. J.H. Gerards, par. 139-140.

[10] *Moraru en Marin t. Roemenië*, EHRM 20 december 2022, nrs. 53282/18 en 31428/20, ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD005328218.

[11] *Dimici*, par. 143.

[12] *Dimici*, par. 127.

[13] *Dimici*, par. 144.

[14] *Dimici*, par. 145.

[15] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 62.

[16] *Dimici*, par. 143.

[17] *Dimici*, par. 144.

[18] *Dimici*, par. 145.

[19] H. Collins, 'The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner', *Law and Contemporary Problems* 2013, p. 87.

[20] *Lee v Ashers Baking Company* [2018] UKSC 49.

[21] *Lee t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 2021 (ontv. besl.), 18860/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC001886019, par. 77.

[22] Zie bijv. het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Eerste Kamer, *Gelijk recht doen. Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Den Haag, juni 2022, p. 7.

[23] Zie voor Nederland nader bijvoorbeeld B. van der Sloot e.a., *Handreiking non-discriminatie by design*, 2021 (via

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/06/10/handreiking-non-discriminatie-by-design>). Deze handreiking is juist gericht op het tegengaan van discriminatie in algoritmen. Zie over de oorzaken van algoritmische discriminatie en de rol die historische data daarbij spelen ook nader J.H. Gerards en R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussel: Europese Commissie 2020, p. 42, met verdere bronverwijzingen. Zie uitgebreid ook A. Soriano Arnanz, *Posibilidades actuales y futuras para la regulación de la discriminación producida por algoritmos*,

Diss. Universiteit van Valencia 2020, in het Engels te lezen via deze link.

[24] Zie de in de vorige noot genoemde bronnen.

[25] Zie het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht, Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, bijlage. Zie daarnaast o.m. K. Geertsema e.a., 'Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht', *NJB* 2021 (14) p. 1046-1053.

[26] Zie voor de politie bijv. V. Ljubic en O. Verhaar, *Gelijk recht doen. Deelrapport politie, Casusonderzoek Eerste Kamer*, juni 2022; bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken lijkt sprake te zijn van institutioneel racisme; zie J. Omlo e.a., *Racisme bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Een verkennend onderzoek*, Utrecht: Bureau Omlo 2022, via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/12/12/racisme-verkenning-rapport-omlo>.

[27] Zo leverde het systeem-risico-indicatie- of SyRi-systeem verdenkingen van discriminatie op; zie m.n. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.92.

[28] Zie over bewijsvragen: S. De Rey and P. Foubert, 'Private Enforcement of Anti-Discrimination Legislation: Some Perspectives on Locus Standi, Evidence and Remedies' in *Edward Elgar Handbook on European Anti-Discrimination Law* (te verschijnen).

ANNOTATIE

D.K. t. Italië (EHRM, 14260/17) – De ontbrekende klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond bij zedendelicten tegen minderjarigen***J.L.F. Groenhuijsen en M.A.P. Timmerman*****Inleiding**

1. In *D.K. t. Italië* gaat het om de verhouding tussen een in het nationale recht neergelegde vervolgingsuitsluitingsgrond en de positieve verplichting van de staat om op basis van artikel 3 EVRM over te gaan tot effectieve vervolging en berechting van verdachten van seksueel misbruik van kinderen. In onze noot bij deze uitspraak gaan wij eerst in op de beoordeling van vervolgingsuitsluitingsgronden door het EHRM in het kader van artikel 3 EVRM (randnr. 2-11). Daarbij wordt de nadruk gelegd op de klacht als voorwaarde voor vervolging en wordt gezien of veranderde regels omtrent het klachtvereiste op basis van het legaliteitsbeginsel met terugwerkende kracht kunnen of moeten worden toegepast. Daarna gaan wij in op het vereiste van een formele klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond in het Nederlandse straf(proces)recht (randnr. 12-18). Wij kijken daar vooral naar de historische ontwikkeling van de Nederlandse klachtregeling met betrekking tot zedendelicten. Ook komt aan de orde of het huidige en toekomstige Nederlandse recht in overeenstemming is met de verplichtingen die volgen uit artikel 3 EVRM. Randnr.19 bevat een korte afsluiting.

Vervolgingsuitsluitingsgronden en positieve verplichtingen volgend uit artikel 3 EVRM

2. De in *D.K. t. Italië* voorliggende kwestie doet denken aan een andere Italiaanse zaak; de zaak *M.S. t. Italië* waarin het Hof afgelopen zomer uitspraak deed.^[1] Ook in *M.S.* moest het EHRM namelijk beoordelen of het invoeren van een in het Italiaanse recht opgenomen vervolgingsuitsluitingsgrond – in dat geval verjaring van het recht van strafvervolging – tot schending van een uit artikel 3 EVRM volgende positieve verplichting leidde. In *M.S.* was dat volgens het Hof inderdaad het geval, met name omdat de vervolging van huiselijk geweld door de rechterlijke autoriteiten niet voldoende spoedig was aangevat. Het was in die zaak dus het ontijdige handelen van de autoriteiten dat aanleiding gaf tot de EVRM-schending en niet het

enkele inroepen van een wettelijk geregelde vervolgingsuitsluitingsgrond. Dat in Italië – net als overigens in Nederland en in vele andere staten – een ingetreden verjaring als vervolgingsuitsluitingsgrond wordt aangemerkt, keurt het EHRM ook niet in algemene zin af. Het Hof benadrukt zelfs dat een eenmaal ingetreden vervolgingsverjaring op basis van het in artikel 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel tegenover de (gewezen) verdachte moet worden gerespecteerd, ook als dat meebrengt dat tegenover het vermeende slachtoffer door de vervolgende autoriteiten in strijd met artikel 3 EVRM is gehandeld.[2]

3. In de hier geannoteerde uitspraak staat niet de ingetreden verjaring als vervolgingsuitsluitingsgrond centraal, maar het uitblijven van een tijdig ingediende (formele) klacht als voorwaarde voor strafvervolging. Waar het Hof in het algemeen uitgaat van het belang van een verjaringsregeling en de werking van toepasselijke nationale verjaringsregels middels artikel 7 EVRM zelfs enigszins faciliteert,[3] onderwerpt het EHRM beide voormelde vervolgingsbeletselen – de verjaring en de regeling van klachtdelicten – in deze zaak aan nader onderzoek (par. 39-50). Vanwege de zaak die voorligt, richt het Hof zich daarbij op de toepassing van die vervolgingsbeletselen bij zedendelicten met minderjarigen. Het Hof stelt naar aanleiding van vergelijking van het recht van 34 staten onder meer vast, dat in de meerderheid van de onderzochte staten al in de periode tussen 1974 en 1980 een formele klacht geen voorwaarde was voor strafvervolging van (bijna) alle zedendelicten tegen minderjarigen. In de periode vanaf 1984 tot de inwerkingtreding van de Lanzarote Conventie[4] is het uitgangspunt in de absolute meerderheid van de onderzochte staten dat het instellen van strafvervolging onafhankelijk geschiedt van een ingediende klacht. Door de inwerkingtreding[5] van de Lanzarote Conventie is inmiddels in geen van de onderzochte staten een formele klacht een algemene voorwaarde voor de vervolging van zedendelicten tegen kinderen (par. 45). Dat is het gevolg van artikel 32 van voormeld verdrag dat voorschrijft dat de vervolging van seksueel misbruik van kinderen niet afhankelijk mag worden gesteld van *“the report or accusation made by a victim”*.

4. Het Hof betreft de resultaten van zijn rechtsvergelijkende onderzoek bij de beoordeling van de tot 1996 in het Italiaanse recht geformuleerde voorwaarde van een klacht voor de vervolging van seksueel misbruik van minderjarigen. Ook verwijst het EHRM uitdrukkelijk naar het belang van andere toepasselijke internationale instrumenten voor de specifieke betekenis van de positieve verplichting tot effectieve vervolging en berechting van verdachten van seksueel misbruik van minderjarigen (par. 66). De concrete vraag die het EHRM formuleert is, of strijd met positieve verplichtingen volgend uit artikel 3 EVRM ontstaat doordat, tot de wetwijziging in 1996, de mogelijkheid ontbrak om verdachten van zedendelicten tegen minderjarigen te vervolgen als een klacht niet was ingediend (par. 71). In dat verband bekijkt het Hof ook of – zoals door de klager wordt aangevoerd – de Italiaanse

wetgever op basis van artikel 3 EVRM had moeten voorzien in een bepaling die *met terugwerkende kracht* vervolging zonder tijdig ingediende klacht mogelijk maakt vanwege zedendelicten tegen minderjarigen die zijn begaan voorafgaande aan de wetswijziging van 1996.

5. Het Hof komt tot het oordeel dat artikel 3 EVRM niet is geschonden doordat in Italië vervolging zonder tijdig ingediende klacht onmogelijk was vanwege zedendelicten die zijn begaan tegen minderjarigen in de periode vóór de wetswijziging in 1996. De Italiaanse staat is daarom niet tekortgeschoten in zijn positieve verplichting tot effectieve vervolging en berechting van de verdachte van seksueel misbruik van de (destijds) minderjarige klager (par. 90). Anders dan in de eerdergenoemde zaak *M.S.* is de vaststelling dat een vervolgingsuitsluitingsgrond in de weg staat aan de effectieve vervolging en berechting van de vermoedelijke overtreder van het folterverbod in de onderhavige zaak dus niet in strijd met artikel 3 EVRM. Voor deze uitkomst geeft het Hof verschillende redenen.

6. *Ten eerste* wijst het EHRM erop dat zijn rechtspraak over de procedurele verplichtingen volgend uit artikel 3 EVRM weliswaar meebrengt dat een staat verplicht kan zijn *een (strafrechtelijk) onderzoek* naar een voldoende aangevoerde schending van het folterverbod in te stellen. Uit die rechtspraak volgt echter niet dat zo een onderzoek noodzakelijkerwijs en onvoorwaardelijk tot *een daadwerkelijke strafvervolging* van de vermeende dader moet leiden. Het stellen van een tijdig ingediende klacht als voorwaarde voor de strafvervolging van een vermeende overtreding van het folterverbod is daarom niet zonder meer strijdig met de positieve verplichtingen van de staat (par. 77). Aan de wel evident bestaande positieve verplichting tot het doen van effectief onderzoek hebben de Italiaanse autoriteiten in deze zaak voldaan, zo stelt het Hof vast.[6] De autoriteiten hebben namelijk een voldoende diepgravend strafrechtelijk onderzoek geopend nadat de klager haar beschuldigingen over seksueel misbruik kenbaar had gemaakt (par. 69-70, 75). In dat onderzoek is ook voldoende gekeken naar het beschikbare bewijsmateriaal en naar de geldende strafbaarstellingen op basis waarvan een vervolging van de vermeende kindermisbruiker – de oom van de klager – ook mogelijk was (par. 76).

7. Als *tweede reden* voor zijn oordeel dat artikel 3 EVRM niet is geschonden, gebruikt het Hof de periode waarin het vermeende seksueel misbruik van de klager heeft plaatsgevonden (par. 78-79). De klager stelt als minderjarige door haar oom te zijn misbruikt in de jaren 1974-1981.[7] In die periode bestond nog geen internationale verplichting tot het onafhankelijk van een aangifte of klacht mogelijk maken van strafvervolging van verdachten van zedendelicten tegen minderjarigen. Die verplichting kwam pas met de meergenoemde Lanzarote Conventie en het daarin neergelegde artikel 32. In de periode waarin het gestelde seksueel misbruik van de klager heeft plaatsgevonden, bestond ook nog geen duidelijke meerderheidsopvatting in de

verschillende bij het EVRM aangesloten staten dat vervolging van verdachten van zedendelicten met minderjarigen mogelijk moest zijn zonder een formeel ingediende klacht. Doordat de verplichting tot effectieve vervolging en berechting van seksueel misbruik ten tijde van het handelen van de Italiaanse autoriteiten – in de jaren 1999-2003 (par. 70) – nog niet kon worden uitgelegd in het licht van de toen nog niet tot stand gekomen Lanzarote Conventie,[8] is het handelen van de staat in de jaren 1999-2003 niet in strijd met artikel 3 EVRM (par. 80). Daarbij tekent het Hof aan dat zijn conclusie enkel geldt voor de periode waarin mede onder invloed van het ontbreken van concrete internationale verplichtingen tot effectieve vervolging van seksueel misbruik van minderjarigen geen consensus bestond over een ontbrekende klacht als acceptabele vervolgingsuitsluitingsgrond (par. 81).

8. Hoewel het Hof niet zo ver gaat als te zeggen dat het gebruiken van een uitgebleven klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond bij zedendelicten tegen minderjarigen tegenwoordig tot een schending van artikel 3 EVRM zou leiden, klinkt dat geluid wel door. De opvatting dat het inroepen van een ontbrekende klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond bij seksueel misbruik van minderjarigen tegenwoordig niet meer kan, is ook in lijn met verschillende algemenere overwegingen van het EHRM in deze zaak. Zo stelt het Hof niet alleen voorop dat voor de invulling van de positieve verplichtingen uit artikel 3 EVRM wordt gekeken naar andere internationale verplichtingen zoals de Lanzarote Conventie en het Verdrag inzake de rechten van het kind (par. 66 en 81). Het Hof wijst daarnaast op de verzwaarde eisen die op basis van artikel 3 EVRM gelden voor effectief onderzoek naar seksueel misbruik van minderjarigen dat als schending van het folterverbod kwalificeert (par. 72-74). Daarmee bevestigt het EHRM zijn rechtspraak waaruit blijkt dat zedendelicten tegen kinderen vanwege de kwetsbaarheid van de vermeende slachtoffers bijzondere inspanningsverplichtingen voor de staat meebrengen op het terrein van het onderzoek naar, en de vervolging en de berechting van, die strafbare feiten.[9]

9. *Een derde reden* die het Hof naar voren brengt, is kennelijk een reactie op de stelling van de klager dat Italië met terugwerkende kracht had moeten mogelijk maken dat vervolging zonder ingediende formele klacht kon worden ingesteld. Volgens het EHRM dwingen noch de Straatsburgse rechtspraak, noch de toepasselijke internationale instrumenten, noch een eventuele consensus blijkende uit de vergelijking van het recht van de onderzochte staten, tot de retroactieve toepassing van de regel dat strafvervolging (van bepaalde zedendelicten) zonder tijdige formele klacht mogelijk is (par. 82 en 84). Daarbij wijst het EHRM op een uitspraak van het Italiaanse Hof van Cassatie waarin die cassatierechter oordeelt dat de in 1996 ingevoerde regels omtrent de klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond niet louter procedureel van aard zijn, maar mede ook de bestraffing bepalen en zodoende vallen onder het Italiaanse verbod van terugwerkende kracht (par. 30 en 83).[10] Anders dan de Italiaanse

regering aanvoert (par. 60-63), stelt het EHRM echter niet met zoveel woorden vast dat door de retroactieve toepassing van de nieuwe wet mogelijk strijd zou ontstaan met artikel 7 EVRM. Het is volgens ons ook geen uitgemaakte zaak dat het met terugwerkende kracht toepassen van regels die meer ruimte bieden voor vervolging van een verdachte met het Straatsburgse legaliteitsbeginsel in strijd zijn.[11] Wij lichten dat hierna toe.

10. Het Hof maakt met betrekking tot de toepasselijkheid van het legaliteitsbeginsel een onderscheid tussen regels omtrent strafbaarstelling (“*criminal offense*”) en straf (“*penalty*”) enerzijds, en procedurele regels anderzijds.[12] Zuivere procedureregels vallen niet onder de bescherming van het Straatsburgse verbod van terugwerkende kracht van strafbaarstelling en straf. Of regels omtrent een klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond volgens het EHRM onder de bescherming van het in artikel 7 EVRM neergelegde verbod van retroactieve toepassing vallen, blijkt niet direct uit de onderhavige uitspraak. Dat de toepasselijkheid van het Straatsburgse legaliteitsbeginsel niet evident is uitgesloten, valt af te leiden uit de door het Hof aangehaalde opvatting van de Italiaanse cassatierechter en wellicht ook uit de omgang van het EHRM met verjaring als vervolgingsuitsluitingsgrond. Ook ten aanzien van regels die door langere verjaringstermijnen meer ruimte voor vervolging bieden, heeft het Hof namelijk enige beperkingen met betrekking tot terugwerkende kracht aangenomen. Nieuwe, voor de verdachte nadelige, verjaringsregels mogen namelijk enkel met terugwerkende kracht worden toegepast zo lang een reeds lopende verjaring onder de oude, voor de verdachte gunstige, regels niet geheel is ingetreden. Na een ingetreden verjaring is retroactieve toepassing van nieuwe, ongunstige, verjaringsregels dus uitgesloten. Een vergelijkbare redenering zou kunnen worden gevolgd bij nieuwe, voor de verdachte nadelige, regels omtrent de klacht als voorwaarde voor vervolging. Denkbaar is dat de retroactieve toepassing van dergelijke regels op basis van artikel 7 EVRM enkel wordt toegestaan zolang de vervolging onder de oude regels nog mogelijk was, bijvoorbeeld omdat de oude termijn voor indiening van de klacht ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe regels nog niet geheel was verstreken.

11. Hoe het Hof regels omtrent een klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond daadwerkelijk kwalificeert (strafprocesueel en/of materieelrechtelijk), blijft op basis van de onderhavige uitspraak als gezegd speculeren. Het EHRM hoefde op dit punt in deze zaak ook geen klare wijn te schenken, omdat het oordeelt dat juist *geen* verplichting tot retroactieve toepassing van de nieuwe regels bestaat en zo’n toepassing in Italië ook niet heeft plaatsgevonden. Pas als retroactieve toepassing van die regels aan de orde zou zijn, was de vraag gerezen of de terugwerkende kracht verenigbaar is met de uit artikel 7 EVRM volgende verplichtingen. Zou het EHRM die laatste vraag ontkennend beantwoorden dan ligt voor de hand dat het Hof zou aansluiten bij zijn vaste rechtspraak waaruit blijkt dat de positieve verplichtingen volgend uit artikel 3 EVRM er niet toe mogen leiden dat artikel 7 EVRM wordt geschonden.[13]

Klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond in het Nederlandse straf(proces)recht

12. Ook het Nederlandse straf(proces)recht kent diverse klachtdelicten, waarbij vervolging achterwege dient te blijven totdat een klachtgerechtigd slachtoffer een klacht indient. In relatie tot het arrest *D.K. t. Italië* verdient een aantal historische, huidige en toekomstige aspecten van de Nederlandse klachtregeling aandacht.

13. Vanuit historisch perspectief betreft dit ten eerste het (inmiddels vervallen) klachtvereiste bij Nederlandse zedendelicten. In het kader van de herziening van de zedenwetgeving in de jaren '70 van de vorige eeuw stelde de Adviescommissie Herziening Zedelijkheidswetgeving vast dat het klachtvereiste bij de artikelen 245 (seksueel binnendringen van minderjarige tussen de 12 en 16 jaar) en 248ter Sr (verleiding van minderjarig tot ontucht) niet behouden diende te blijven. De reden daarvoor is dat de ernst van dit soort feiten en de aard van de rechtsbelangen die daarbij een rol spelen maken dat justitieel ingrijpen niet zou moeten kunnen afstuiten op het ontbreken van een klacht.[14] Hoewel deze gedachtegang destijds werd omarmd, heeft het niet tot een wetswijziging geleid.[15] In het kader van een later wetgevingstraject werd begin jaren '90 van de vorige eeuw juist voorgesteld om alle zedendelicten – behoudens de artikelen 248 en 249 Sr – aan te merken als klachtdelicten voor zover die delicten zijn gepleegd tegen een persoon van 12 tot 16 jaar.[16] Dit wetsvoorstel leidde tot de wet die in december 1991 in werking trad.[17] Dit had tot gevolg dat ontuchtige handelingen met jeugdigen van 12 tot 16 jaar slechts op klacht vervolgbaar werden, indien geen sprake was van geweld, dwang of van misbruik van gezag of vertrouwen. Onder de streep werd met deze wetswijziging het aantal klachtdelicten, het aantal klachtgerechtigden en de klachttermijn binnen de zedenwetgeving aanzienlijk uitgebreid. In de literatuur werd al snel gesignaleerd dat “zonder enig besef van de specifieke ratio van de bestaande klachtregeling” een stormachtige en opmerkelijke ontwikkeling van wetgeving had plaatsgevonden.[18]

14. Daarbij verdient opmerking dat het klachtvereiste bij zedendelicten een wezenlijk andere functie vervulde dan normaliter het geval was. Aan de regeling van klachtdelicten ligt blijkens de wetsgeschiedenis bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 de idee ten grondslag dat de vervolging van bepaalde strafbare feiten het slachtoffer meer zou kunnen schaden, dan dat het gemeenschappelijk belang zou zijn gebaat bij de vervolging van die feiten.[19] Dat de wetgever voorrang verleent aan private belangen via het aanwijzen van klachtdelicten hangt dus samen met de gevolgen die *de vervolging* van dit soort delicten al dan niet met zich brengt en dit staat in beginsel los van de strafwaardigheid van de gedraging. Het doel van de hiervoor omschreven wetswijziging was echter het vinden van een balans tussen enerzijds het recht op seksuele zelfbepaling van jongeren en anderzijds het beschermen van die minderjarigen tegen zedendelicten. De minderjarige kon via een klacht vervolging van ongewilde seksuele handelingen verzoeken en kon met het achterwege laten van een klacht

de vervolging van gewilde seksuele handelingen beletten. De klacht vervulde daarmee een functie bij de vaststelling van de strafwaardigheid van de gedraging. De Hoge Raad overwoog hierover in 1993: *“Van strafwaardigheid van de in art. 247 Sr bedoelde gedragingen jegens minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar oud is na de meergenoemde wetswijziging alleen dan sprake indien de klachtgerechtigden, of een van hen, vervolgingen wensen (wenst), aan welke wens slechts in de door de wet voorgeschreven vorm uiting kan worden gegeven, te weten door het doen van een formele klacht in de zin van art. 164 Sr.”*[20] De Hoge Raad onderstreept hiermee dat – in de periode dat aan zedendelicten een klachtvereiste was verbonden – de materiële strafwaardigheid van overtreding van die strafbepalingen afhing van de ontvangst van een klacht.

15. In de jaren '90 volgt een vijfdelig onderzoeksrapport waarin het functioneren van de klacht bij zedendelicten is geëvalueerd. De onderzoekers concludeerden in 1998 dat de klacht onvoldoende invulling gaf aan de hiervoor omschreven tweeledige doelstelling bij zedendelicten, die bestond uit het vinden van een balans tussen ruimte voor seksuele zelfbepaling door jongeren en het voorkomen van seksueel misbruik. Een hoorrecht voor de betrokkene zou volgens de onderzoekers beter voldoen.[21] Het klachtvereiste bij zedenfeiten is nadien vervangen door artikel 167a Sv dat voorschrijft dat het openbaar ministerie het slachtoffer gelegenheid moet bieden om zijn mening over het strafbare feit kenbaar te maken.[22] Het gaat om een inspanningsverplichting voor het openbaar ministerie om de betrokkene te horen, maar de mening van de minderjarige is niet doorslaggevend voor de vervolgingsbeslissing.[23]

16. Met het oog op de zaak *D.K. t. Italië* is van belang dat het ontbreken van een klacht sinds 2002 in Nederland niet langer een beletsel is dat in de weg kan staan aan de vervolging van zedendelicten. De huidige nationale regeling van klachtdelicten verhoudt zich dan ook goed tot de uit artikel 3 EVRM volgende positieve verplichtingen ten aanzien van de vervolging van seksueel misbruik van minderjarigen. De vraag is of dat ook zo is bij zedendelicten die zijn gepleegd in de periode dat nog wel een klachtvereiste aan de vervolging van die feiten was verbonden. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad uit 2006 kan immers worden afgeleid dat voor feiten die zijn gepleegd voorafgaand aan de invoering van artikel 167a Sv in 2002 nog onverkort het klachtvereiste geldt.[24] Daarbij is verwezen naar de wetsgeschiedenis waarin is verwoord dat – ingevolge artikel 1 lid 2 Sr – het klachtvereiste nog steeds van toepassing is op de strafbaarstellingen in artikelen 245, 247 en 248a[25] Sr indien het feit is gepleegd vóór de afschaffing van het klachtvereiste bij die delicten in 2002. Dit sluit aan op het hiervoor vermelde arrest dat de Hoge Raad wees in 1993 en waaruit volgt dat de klacht bij deze zedendelicten raakt aan de materieelrechtelijke vaststelling van de strafwaardigheid van de gedraging. Ook dit is echter niet problematisch gelet op de overwegingen van het EHRM in de

zaak *D.K. t. Italië*. Het Hof hechtte immers nadrukkelijk belang aan de periode waarin de strafbare feiten zijn gepleegd en of in die periode al een internationale verplichting voor de staten bestond om te voorzien in de mogelijkheid van vervolging zonder klacht. Het klachtvereiste ziet in Nederland slechts op feiten die zijn gepleegd *voordat* de Lanzarote Conventie tot stand kwam. Het is dan ook waarschijnlijk dat het EHRM de Nederlandse situatie, net als de Italiaanse, acceptabel zal achten. Daar komt bij dat het – vanwege het lange tijdsverloop sinds de invoering van artikel 167a Sv en met het oog op de verjaringstermijnen – steeds onwaarschijnlijker wordt dat zich in Nederland een zaak voordoet waarin dezelfde situatie speelt als in *D.K. t. Italië*.

17. Een ander punt van aandacht betreft de opsporing voorafgaand aan de klacht. In de hier geannoteerde zaak oordeelt het Hof dat artikel 3 EVRM een staat weliswaar kan verplichten tot het verrichten van (strafrechtelijk) onderzoek, maar dat dit niet noodzakelijkerwijs tot de daadwerkelijke strafvervolging van een verdachte dient te leiden. De Italiaanse autoriteiten hadden volgens het Hof voldoende diepgravend onderzoek verricht en dit is door het Hof meegewogen bij de beoordeling van de vraag of aan de positieve verplichtingen die volgen uit artikel 3 EVRM is voldaan. De Hoge Raad heeft echter bepaald dat de strekking van de regeling van klachtdelicten met zich brengt dat opsporing in beginsel achterwege dient te blijven zolang een klacht ontbreekt.[26] Dit lijkt evenwel weinig consequenties te hebben nu hiervoor is vastgesteld dat het klachtvereiste nauwelijks nog een rol speelt bij zedendelicten.

18. Dan resteert bespreking van de toekomstige ontwikkelingen ten aanzien van de Nederlandse regeling van klachtdelicten. In *D.K. t. Italië* heeft de klachtgerechtigde wel willen klagen, maar gebeurde dat (ver) buiten de klachttermijn. Tegen die achtergrond verdient opmerking dat de wetgever bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering voornemens is de klachttermijn ten aanzien van alle klachtdelicten te laten vervallen. Redengevend is onder meer dat de klacht “*een obstakel kan vormen voor slachtoffers die een langere tijd nodig hebben om hun vrees voor de dader te boven te komen*”.[27] In zoverre sluit het voorstel voor het nieuwe wetboek dus aan bij rechtspraak van het EHRM waaruit volgt dat bij bepaalde strafbare feiten niet wenselijk is dat een specifieke, binnen een strikte termijn verrichte, actie – bijvoorbeeld een klacht of een vervolgingsdaad – als voorwaarde voor strafvervolging wordt gehanteerd.

Afsluiting

19. De hier geannoteerde uitspraak laat zien dat in Europa een ontwikkeling heeft plaatsgevonden in het denken over de klacht als vervolgingsuitsluitingsgrond bij zedendelicten (tegen minderjarigen). In de uitspraak komt ook naar voren dat van belang kan zijn hoe regels omtrent het klachtvereiste in het nationale recht zijn gekwalificeerd en dat het

Hof geen duidelijk oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 7 EVRM op dergelijke regels. Duidelijker blijkt uit de onderhavige uitspraak dat het op dit moment stellen van een formele klacht als voorwaarde voor vervolging van de verdachte van seksueel misbruik van minderjarigen niet in overeenstemming lijkt met artikel 3 EVRM. Aangezien het ontbreken van een klacht thans niet in de weg staat aan de vervolging van zedendelicten in Nederland, voldoet de Nederlandse wetgeving op dit punt aan de Straatsburgse eisen.

J.L.F. (Joost) Groenhuijsen, Advocaat bij Franken van Kampen Groenhuijsen Advocaten en promovendus onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR), Radboud Universiteit Nijmegen.

M.A.P. (Mikhel) Timmerman, universitair docent straf(proces)recht onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR), Radboud Universiteit Nijmegen.

[1] *M.S. t. Italië*, EHRM 7 juli 2022, nr. 32715/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0707JUD003271519, <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/212245>, m.nt. Timmerman.

[2] Zie nader hierover punten 2-4 van de noot bij *M.S.* en in het bijzonder de verwijzingen naar *Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture requested by the Armenian Court of Cassation*, EHRM (GK) 26 april 2022, nr. P16-2021-001.

[3] Zie wederom punten 2-4 van de noot bij *M.S.*.

[4] Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (Lanzarote Conventie, *Trb.* 2008, 58).

[5] In Nederland is dit verdrag in werking getreden op 1 juli 2010, zie *Trb.* 2010, 156.

[6] Ook als direct duidelijk is dat het gestelde seksueel misbruik dat een schending van het folterverbod inhoudt niet tot strafvervolging kan leiden is de staat gehouden de “*arguable claim*” van de aangever te onderzoeken en zoveel mogelijk feiten over het gestelde misbruik vast te stellen, vgl. *A.P. t. Moldavië*, EHRM 26 oktober 2021, nr. 41086/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1026JUD004108612, par. 32. Verder is van belang dat de positieve onderzoekverplichting van de staat op basis van artikel 3 EVRM niet slechts wordt geactiveerd door een formele klacht, aangifte of beschuldiging, maar enkel doordat de gestelde schending van het folterverbod onder de aandacht van de autoriteiten wordt gebracht, vgl. *I.E. t. Moldavië*, EHRM 26 mei 2020, nr. 45422/13, ECLI:CE:ECHR:2020:0526JUD004542213, par. 42 en 45 en *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM (GK) 21 februari 2021, nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716, par. 213.

[7] Zij voert overigens aan van 1974-1984 te zijn misbruikt door haar oom, maar ergens in 1981 werd zij achttien jaar.

[8] Italië ratificeerde de in 2007 ondertekende Lanzarote Conventie pas in 2013 en in dat jaar trad die ook voor dat land in werking, zie <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=201> en par. 37 van de geannoteerde uitspraak.

[9] Vgl. *M.C. t. Bulgarije*, EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, par. 150-153; *M.G.C. t. Roemenië*, EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD006149511, par. 55-59; *I.C. t. Roemenië*, EHRM 24 mei 2016, nr. 36934/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003693408, par. 51 en 55; *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM (GK) 21 februari 2021, nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716, par. 176-179, 184-192. Ook sluit het Hof in zoverre aan bij zijn benadering in het aloude precedent *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880, *NJ* 1985/525, m.nt. Alkema. In die uitspraak werd de staat veroordeeld vanwege schending van artikel 8 EVRM doordat strafvervolgning wegens het ontbreken van een rechtsgeldige klacht onmogelijk was van de verdachte van seksueel misbruik van een minderjarig verstandelijk gehandicapt kind in een instelling. Die schending was een gevolg van de Nederlandse wet die een klacht van het slachtoffer als voorwaarde voor strafvervolgning vereiste, maar niet de mogelijkheid openstelde dat haar wettelijk vertegenwoordiger de klacht indiende. Aangezien het slachtoffer vanwege haar handicap niet rechtsgeldig een klacht kon indienen en haar vader als wettelijk vertegenwoordiger daartoe volgens de wet niet bevoegd was, bleek strafvervolgning in strijd met de positieve verplichtingen van de staat onmogelijk. Zie nader over deze zaak ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 7-9.

[10] Dat in Italië ook regels omtrent de vervolgingsuitsluitingsgrond verjaring als deels van materieelrechtelijke aard worden aangemerkt, en daarom onder de bescherming van het Italiaanse legaliteitsbeginsel vallen, blijkt duidelijk uit de bekende *Taricco* zaken. In die zaken plaatste het HvJ EU dergelijke regels eerst buiten de werking van het EU legaliteitsbeginsel, maar kwam daar later, na veel ophef in Italië hierover, op terug. Zie *Strafzaak t. Ivo Taricco e.a.*, HvJEU (GK) 8 september 2015, zaak C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, «EHRC» 2015/228, m.nt. Timmerman en *Strafzaak t. M.A.S. en M.B. (Taricco II)*, HvJEU (GK) 5 december 2017, zaak C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, «EHRC» 2018/34, m.nt. Krommendijk.

[11] Zo ook de klager in deze zaak blijkens de samenvatting van haar standpunt in par. 55-56 van de geannoteerde uitspraak.

[12] Zie met verdere verwijzingen hierover M. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle 'nullum crimen, nulla poena sine lege' in EU law and under the ECHR*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 58-59.

[13] Zie punt 4 van de noot bij *M.S.*.

[14] A.L. Melai e.a., Eindrapport Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980, p. 41.

[15] J.L. van den Broek & J.L. van der Neut, 'Klachtvereiste en zedelijkheidswetgeving', in: *DD* 1991, p. 479.

[16] *Kamerstukken II* 1990-1991, 20 930, nr. 15.

[17] *Stb.* 1991, 519.

[18] J.L. van den Broek & J.L. van der Neut, 'Klachtvereiste en zedelijkheidswetgeving', in: *DD* 1991, p. 480-481.

[19] Zie: H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891 (Deel I), p. 493.

[20] HR 23 maart 1993, *NJ* 1993/722, rov. 5.5.

[21] J. Savornin Lohman e.a., *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving: Deelrapportage I*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1998, p. 58-61.

[22] *Stb.* 2002, 388 en *Stb.* 2002, 470.

[23] *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 745, nr. 6, p. 5 en 20.

[24] Zie HR 7 januari 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AV0312*.

[25] Art. 248ter Sr is verletterd naar art. 248a Sr. Zie *Stb.* 1999, 464.

[26] HR 3 mei 1977, *NJ* 1978/692. De Hoge Raad formuleert daarbij wel de uitzondering dat onderzoek mag plaatsvinden indien de klachtgerechtigde dat wenst.

[27] Concept MvT Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 272-273.

ANNOTATIE

Angerjārv en Greinoman t. Estland (EHRM, nrs. 16358/18 en 34964/18) – Mag de rechter een kritische advocaat uit de procedure verwijderen?***J.E. Soeharno***

1. Zelden heb ik een uitspraak van het EHRM met minder instemming gelezen. Het gaat om twee (afzonderlijke) zaken waarin een advocaat tijdens een procedure inhoudelijke kritiek uitte op de rechter. In beide procedures ging de advocaat over tot een formeel verzoek tot verwijdering van de rechter van de zaak. In beide gevallen slaagde dit verzoek niet, maar kon de advocaat wel rekenen op een tegenreactie. Dezelfde rechter (op wie de advocaat kritiek uitte) heeft in beide gevallen de advocaat van de zaak verwijderd tijdens de lopende procedure. Zonder hoor en wederhoor, terwijl er ook geen beroep mogelijk was. In beide zaken werd het handelen van de advocaat, dat de reden vormde voor de verwijdering, nadien ook tuchtrechtelijk getoetst (op grond van de Estse wet moet een rechter verwijdering van de advocaat aan de tuchtrechter doorgeven). In beide gevallen leidde dit niet tot een (gegronde) klacht.

2. De advocaten klagen dat deze (wijze van) verwijdering in strijd is met het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en het recht op een privéleven (artikel 8 EVRM). Een krappe meerderheid van 4 tegen 3, waaronder de Estse rechter, sauveert de gang van zaken en acht artikel 6 lid 1 EVRM niet van toepassing op de verwijderingsbeslissing. Drie rechters vonden daarentegen dat artikel 6 lid 1 EVRM wél van toepassing was en in dit geval ook was geschonden. In de kern waarschuwen zij dat advocaten, zeker nadat zij de onpartijdigheid van de rechter aan de orde hebben willen stellen, niet lichtvaardig de mond mag worden gesnoerd; uiteraard zonder de noodzaak van de bewaking van een goede procesorde te willen miskennen. Overigens zijn alle rechters het eens dat artikel 8 EVRM niet van toepassing is omdat het verband met het privéleven onvoldoende duidelijk is, reden waarom ik de bespreking daarvan in deze noot achterwege laat.

3. Wat heeft nu de meerderheid bewogen? In de kern genomen beschouwt deze verwijdering als een weinig impactvolle *ordemaatregel* (nr. 99), te onderscheiden van een straf (par. 87) of

een disciplinaire maatregel (nr. 99). Deze bij wet voorziene ordemaatregel dient bovendien een legitiem doel, overwogen zij, namelijk '*the precise aim of ensuring the proper and expeditious administration of justice*' (par. 90).

4. Het Hof kijkt dus naar de "*impact of the measure*" op het burgerlijke recht om als advocaat te kunnen optreden (par. 100). Het Hof kent daarbij vooral waarde toe aan de volgende omstandigheden:

de advocaten werden verwijderd van één zaak in één aanleg (verwijdering gold dus niet voor behandeling in beroep of andere zaken voor datzelfde gerecht of diezelfde rechter); en de advocaat-cliëntrelatie kon gewoon in stand blijven (de advocaten konden weliswaar niet meer in de procedure verschijnen maar wel op de achtergrond betrokken blijven).

Gelet hierop acht het Hof de impact van deze ordemaatregel zo gering dat het oordeelt dat het recht om het beroep van advocaat uit te oefenen daardoor niet wezenlijk wordt geraakt: artikel 6 lid 1 EVRM is niet van toepassing. Deze omstandighedenweging gaat mijns inziens echter te kort door de bocht.

5. In de eerste plaats ontbreekt in het arrest (een bespreking van) het gegeven dat de verwijdering verband hield met een wrakingsverzoek door die advocaat van een verwijdering van diezelfde rechter. In zijn *dissenting opinion* gaat rechter Serghides zelfs zover om op basis hiervan te concluderen tot de schijn van partijdigheid van de verwijderende rechter. Al hierom acht hij verwijdering van de advocaat door deze rechter ontoelaatbaar in het licht van artikel 6 EVRM (par. 17 en 21).

6. In de tweede plaats mist een bespreking van toch niet onbelangrijke juridische punten zoals (a) de wel heel ruime wettelijke grondslag om tot verwijdering te mogen overgaan (par. 35, 36); en (b) het ontbreken van hoor en wederhoor. In zijn *dissenting opinion* merkt rechter Krenčinnig op dat zelfs de eigen protocollen van het EHRM wederhoor eisen alvorens een advocaat kan worden verwijderd (par. 15). Hoewel het Hof summier aandacht schenkt aan (c) de onmogelijkheid van beroep (hij merkt onder verwijzing naar eerdere rechtspraak terecht op dat de mogelijkheid van beroep geen vereiste is van artikel 6 lid 1 EVRM), verdient dit mijns inziens meer aandacht in het licht van de eerdergenoemde omstandigheden: (a) de ruime wettelijke grondslag en, met name, (b) het uitblijven van hoor en wederhoor.

7. In de derde plaats trekt het Hof een merkwaardige conclusie uit het feit dat disciplinaire toetsing van de gewraakte gedragingen in het voordeel van de advocaten uitviel. Het Hof komt met een sofisme: verwijdering heeft kennelijk geen invloed op de uitkomst van disciplinaire procedures ten aanzien van dezelfde gedragingen, dus is de impact laag. Mij lijkt dat de wereld

op zijn kop: de advocaat heeft volgens de instantie die daar specifiek over gaat niet onbehoorlijk gehandeld, toch mocht de rechter de advocaat verwijderen op basis van ditzelfde – niet-onbehoorlijke – handelen (par. 99).

8. Dit leidt tot de vraag of de conclusie van Hof, dat de impact gering is, gerechtvaardigd is. Naar mijn indruk miskent hij de impact op: de advocaat, de rechtszoekende en het bredere belang van de goede rechtsbedeling. Ik licht toe.

9. Voor wat betreft de impact op de *advocaat* gaat het Hof niet mee met het aangevoerde argument dat een dergelijke verwijderingsbeslissing de reputatie van de advocaat kan schaden, zo niet in de ogen van de cliënt dan wel breder. Dit kan ik niet goed rijmen met andere beslissingen van het Hof, bijvoorbeeld ten aanzien van rechters waar reeds 'stigma' een relevante overweging was voor bescherming van artikel 6 EVRM.[1] Ik verwijs ook naar de *dissenting opinion* van rechter Krenc: het is moeilijk te verkopen dat reeds enkele waarschuwingen aan rechters, advocaten of artsen konden rekenen op de waarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM, maar dat dit niet geldt voor verwijdering van een advocaat uit een procedure – nota bene een kerntaak van de advocaat (par. 7).

10. Meer fundamenteel mis ik aandacht voor de vraag wat dit betekent voor de bijzondere rol van de advocaat om toegang tot recht voor de *rechtszoekende* te waarborgen. Die toegang komt immers in het gedrang wanneer een cliënt zijn of haar advocaat van de procedure verwijderd ziet worden: vervanging van de advocaat tijdens een lopende procedure kost tijd en geld. Ook moet de cliënt een vertrouwensrelatie opbouwen met een nieuwe advocaat.

11. In het verlengde daarvan besteedt het Hof geen aandacht aan de impact op (de verantwoordelijkheid van de advocaat voor) de *goede rechtsbedeling*. Wat te denken van de, van de advocaat verwachte, kritische rol ten processe? Van deze verwijderingspraktijk kan een *chilling effect* uitgaan: welke advocaat durft nu nog in Estland een pittige discussie aan te gaan met, laat staan kritiek te uiten op een – in zijn of haar ogen niet goed functionerende – rechter? De door het EHRM gesauveerde lijn biedt weinig bescherming voor advocaten die rechterlijke misstanden – klein of groot – binnen de gangbare context van een procedure willen aankaarten. Rechter Krenc wijst er in zijn *dissenting opinion* op dat aan advocaten in dit opzicht een ruime vrijheid van meningsuiting toekomt (par. 13). In plaats daarvan kan nu verwijdering volgen, zelfs als disciplinaire maatregelen de advocaat nadien vrijpleiten. Kortom: het Hof heeft weinig oog voor de meer fundamentele impact van deze verwijderingsmogelijkheid.

12. Ik wil het nog iets scherper stellen. Rebecca Roiphe (NYU) spreekt van de *mob-test*: wat nu als er geen goedwillende persoon, maar een *mob* aan macht is? In andere woorden: stel dat er

sprake is van een *kwaadwillende* rechter, zouden we dan nog comfortabel zijn met dit systeem? De verwijderingen hielden direct verband met eerdere kritiek op de verwijderende rechter. Nu wil ik *for the sake of argument* best aannemen dat in deze twee zaken sprake was van een vervelende, incompetente advocaat en dat de rechter volkomen gelijk had om deze advocaat van de zaak te halen. Maar wat nu als er sprake is van een rechter die niet tegen terechte kritiek kan? Een rechter die de eigen partijdigheid wil verbloemen? Een rechter die bepaalde advocaten maar lastig vindt – neem *mensenrechtenadvocaten* die in sommige landen onder zware druk opereren? Of een rechter die het gemunt heeft op bepaalde procespartijen en hierin een kans ziet om hun procespositie te bemoeilijken? Er zijn in Europa – onder meer in Polen, Hongarije en Turkije – helaas genoeg voorbeelden te vinden waar advocaten onder zware druk, soms ook van rechters, moeten werken.

13. De relevantie van dit arrest voor Nederland is beperkt. Zo bestaat hier geen wettelijke grondslag voor de verwijdering van advocaten (hoewel ik mij niet aan de indruk kan onttrekken dat rechters die soms graag zouden willen hebben). Rechters hebben de mogelijkheid om een klacht in te dienen tegen een advocaat bij de deken, wat in de praktijk zelden tot nooit gebeurt. Wat wel eens gebeurt, is dat de rechter signalen over een advocaat doorgeeft aan de president van het gerecht die deze vervolgens doorgeeft aan de deken. Daaruit volgen soms ook dekenklachten, waarna de tuchtrechter het handelen van de advocaat toetst. Deze route via de tuchtrechter lijkt mij zuiverder dan *ad hoc* gedragstoetsing door de behandelend rechter.

14. Ten slotte kennen ook wij – net als in Estland – het probleem van misbruik van het wrakingsrecht. De Hoge Raad heeft bepaald dat een wrakingskamer in het geval van evident misbruik zoals bij een opeenstapeling van wrakingsverzoeken (van bijvoorbeeld eerst de zittingsrechter en vervolgens de leden van de wrakingskamer), het verzoek tot wraking buiten behandeling kan laten.[2] Dit sluit aan bij vaste rechtspraak van het EHRM dat de hoofdregel, dat de behandeling van een wrakingsverzoek niet achterwege mag worden gelaten, alleen geldt bij een verzoek '*that does not immediately appear to be manifestly devoid of merit.*'[3] Ook dit laat zien dat er minder drastische oplossingen voorhanden zijn dan verwijdering van de advocaat – met alle impact van dien.

Prof. mr. dr. J.E. Soeharno

Universiteit van Amsterdam

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

[1] Cf. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá t. Portugal*. EHRM, 6 november 2018, nrs. 55391/13, 57728/13 en 74041/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, par. 116.

[2] HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770.

[3] *Remli t. Frankrijk*, EHRM, 23 april 1996, nr. 16839/90, ECLI:CE:ECHR:1996:0423JUD001683990, par. 48.