

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-5

Nummer 5, 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:2023:0221JUD001620521](#) 21-02-2023

G.K. t. Cyprus, EHRM 21 februari 2023, nr. 16205/21

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

[ECLI:CE:ECHR:2023:0221JUD004323713](#) 21-02-2023

Catana t. Moldavië, EHRM 21 februari 2023, nr. 43237/13

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

[ECLI:CE:ECHR:2023:0216JUD003238013](#) 16-02-2023

Ibrahimbeyov e.a. t. Azerbeidzjan, EHRM 16 februari 2023, nr. 32380/13

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

[ECLI:CE:ECHR:2023:0214JUD002188418](#) 14-02-2023

Halet t. Luxemburg, EHRM (GK) 14 februari 2023, nr. 21884/18

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

[ECLI:CE:ECHR:2023:0131DEC005859821](#) 31-01-2023

Freire Lopes t. Portugal, EHRM 31 januari 2023 (ontv.besl.), nr. 58598/21

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:102](#) 16-02-2023

HYA e.a. (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques), HvJ EU 16 februari 2023, zaak C-349/21

Annotatie

[Valaitis t. Litouwen \(EHRM, 39375/19\) – Stoelendans EHRM/Comité van Ministers: beoordeling tenuitvoerlegging Beizaras en Levickas](#)

L. Glas

Annotatie

[TU & RE t. Google \(HvJ EU, C-460/20\) – Bij verwijderingsverzoek moet verzoeker onjuistheid informatie aantonen](#)

T.F. Walree

Annotatie

[SpaceNet en VD \(HvJ EU, C-793/19 en C-339/20\) – Here we go again: Duitse en Franse dataretentieregeling\(en\) in strijd met Unierecht](#)

D.A.G. van Toor

Annotatie

[Macatė t. Litouwen \(EHRM, 61435/19\) – Homofobie als grond van illegitimiteit](#)

T. Mortier

Annotatie

[Loste t. Frankrijk \(EHRM, nr. 59227/12\) – Over falend toezicht op een uit huis geplaatst kind](#)

M.R. Bruning

Annotatie

[Bakoyanni t. Griekenland \(EHRM, 31012/19\) – Immuniteit van bewindspersonen: weinig anders dan die van parlementariërs](#)

J.L.W. Broeksteeg

RECHTSPRAAK

Catana t. Moldavië, EHRM 21 februari 2023, nr. 43237/13

In Moldavië maakten tot voor kort de minister van Justitie en de procureur-generaal deel uit van de Raad voor de Rechtspraak, die ook belast was met het voeren van tuchtrechtelijke procedures tegen rechters. Het EHRM oordeelt dat dit inherent in strijd is met de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Ook voor de benoeming van hoogleraren in de Raad bestonden te weinig procedurele waarborgen. Tuchtrechtelijke beslissingen genomen door tuchtraden die werden samengesteld uit de Raad waren dan ook in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Inmiddels zijn de procedures overigens veranderd en EVRM-proof gemaakt.

In 2011 zijn er twee tuchtprocedures ingesteld tegen klagster, die rechter was in Chişinău. Een ervan had betrekking op het ten onrechte toepassen van gratiebepalingen op een persoon die werd verdacht van verkrachting onder verzwarende omstandigheden. De andere ging over het ten onrechte ongedaan maken van de beslissing van een openbaar aanklager om een strafzaak in te stellen, nu tegen een dergelijke beslissing geen beroep openstond. De procedures resulteerden in twee ernstige waarschuwingen. Klagster stelde tegen de veroordeling beroep in bij de Hoge Raad van Justitie, maar dat had voor haar niet het gewenste resultaat.

Voor het EHRM heeft klagster onder meer gesteld dat de tuchtprocedure tegen haar niet op een onafhankelijke en onpartijdige manier is gevoerd en dat er onvoldoende toetsing is geweest van de veroordeling, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof stelt voorop dat in dit soort zaken ofwel de tuchtprocedure zelf geheel in overeenstemming moet zijn met art. 6 lid 1 EVRM, ofwel in ieder geval een volwaardige toetsing moet worden gegarandeerd door een rechter die voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM. Gebleken is dat de Hoge Raad van Justitie zich niet kon buigen over het feitencomplex en de juridische kwalificatie daarvan en evenmin iets kon zeggen over de proportionaliteit van de opgelegde tuchtmaatregelen. Dit betekent dat deze instantie niet beschikte over 'full jurisdiction'. Verder is gebleken dat de

tuchtraad die de maatregelen heeft opgelegd niet in meerderheid uit rechters bestond. De Raad voor de Rechtspraak van Moldavië, waarvan de tuchtraden deel uitmaken, is evenmin helemaal samengesteld uit rechters. Ook de minister van Justitie is q.q. lid van deze Raad, wat betekent dat er geen volledige scheiding van machten bestaat tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht. De aanwezigheid van een regeringslid is inherent problematisch in het licht van de onafhankelijkheidseisen van art. 6 lid 1 EVRM, ook bij een passieve rol. Iets soortgelijks geldt voor het lidmaatschap van de procureur-generaal. Het risico van dit soort lidmaatschappen is dat rechters zaken niet helemaal onpartijdig beoordelen uit angst voor een tuchtprocedure, of dat de procureur-generaal niet helemaal onpartijdig staat tegenover rechters met wie deze van mening verschilt. Hoewel in de zaak tegen klaagster de PG zich volgens de regering heeft onthouden van deelname aan de deliberaties van de Raad voor de Rechtspraak, is dat nergens uit gebleken. Er was dan ook gerede twijfel mogelijk over de rol van de PG in de tuchtprocedure. Tot slot bestond de Raad voor de Rechtspraak deels uit hoogleraren in de rechtswetenschap. De benoemingsprocedure daarvoor bevatte geen heel strikte waarborgen. Verkiezing door een meerderheid van het parlement was voldoende en het proces van selectie was niet transparant. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat in de procedures tegen klaagster niet is voldaan aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zoals die zijn vastgelegd in art. 6 lid 1 EVRM. Die bepaling is dan ook geschonden. Wel merkt het Hof ten overvloede nog op dat er inmiddels een wijzigingswet in werking is getreden waardoor de minister van Justitie en de PG niet langer q.q. deel uitmaken van de Raad en er hogere eisen zijn gesteld aan de benoeming van de leden-hoogleraren.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0221JUD004323713

Zaaknummer: 43237/13

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**Freire Lopes t. Portugal, EHRM 31 januari 2023 (ontv.besl.),
nr. 58598/21**

Freire Lopes heeft in 2012 via de bank BES effecten verworven met een waarde van 185.000 euro. BES kocht in 2014 de effecten terug, tegen een rente van 20.000 euro. Vervolgens raakte de bank in zwaar water en werden harde maatregelen getroffen; onder meer werd de bankenlicentie van BES ingetrokken. Door die maatregelen heeft klager zijn aanspraken op de BES nooit te gelde kunnen maken. Het EHRM acht dat niet onredelijk, gelet op de noodzaak van de maatregelen en gelet op het risico dat inherent is aan het opereren op de financiële markten. Geen schending art. 1 EP EVRM.

Ten tijde van de relevante feiten hadden klagers een bankrekening bij BES, een grote Portugese bank, die behoorde tot de Espírito Santo Group (GES). De in Luxemburg gevestigde Espírito Santo Financial Group (ESFG) had 20% van de aandelen in de BES. Van de ESFG was dan weer 49% van de aandelen in handen van de in Portugal gevestigde onderneming Espírito Santo Irmãos SGPS, die op zijn beurt volledig eigendom was van Rio Forte Investments. Rio Forte zelf was volledig eigendom van de 'holding company' Espírito Santo International (ESI), die gevestigd was in Luxemburg. In 2012 verwierf klager 3700 effecten met een totale waarde van 185.000 euro. BES was daarbij financiële intermediair en kocht de effecten in 2014 terug onder betaling van 20.000 euro rente. Later in 2014 werden in Luxemburg onregelmatigheden ontdekt in de bestanden van ESI en vroegen ESI, ESFG en Rio Forte een reorganisatie aan omdat zij hun verplichtingen niet meer konden nakomen. Gelet op de grote verliezen die BES had geleden kreeg BES een verbod opgelegd tot afbetaling van leningen. Later werd de bank opgeheven en werd een 'brugbank', N.B., opgericht om een aantal lopende verplichtingen te kunnen afhandelen. De ECB trok vervolgens de bankenlicentie van BES in. In 2016 verplichtte een rechter N.B. tot terugbetaling van de schuld van 205.000 euro die de bank aan klager had, maar in hoger beroep werd deze uitspraak ongedaan gemaakt.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hij groot verlies heeft geleden door de liquidatie van de bank en doordat zijn spaargelden – waarvan hij dacht die veilig te hebben belegd – niet kunnen worden terugbetaald. Het Hof stelt voorop dat de onderhavige zaak voortkomt uit een horizontale relatie tussen een individu en een commerciële bank. Duidelijk is dat BES al vanaf 2014 geen effecten meer mocht uitbetalen en dat er daarna een reeks maatregelen is getroffen die hebben geleid tot het intrekken van de bankenlicentie van BES. Het Hof kan er niet op speculeren wat er voor klager gebeurd zou zijn als de getroffen maatregelen niet waren genomen. Het ging hier voor klager om een financiële investering waaraan de nodige risico's waren verbonden die te maken hebben met de werking van een niet-gereguleerde markt in een tijd van wijdverbreide economische crisis. De maatregelen zelf waren gebaseerd op een wettelijke grondslag en hingen samen met de bestrijding van de Europa-brede economische crisis van 2008. Gelet op de economische context en de positie van BES had de staat een zekere discretionaire ruimte om te beoordelen welke maatregelen nodig waren. Daarbij is ervoor gekozen om zoveel mogelijk 'toxische' elementen uit BES weg te snijden, waardoor volledige instorting zou kunnen worden voorkomen. Daarbij is het voor klager zeker problematisch geweest dat zijn aanspraken niet zijn overgedragen aan N.B., maar zelfs als die keuze gemaakt was, was er nog geen zekerheid geweest dat klager zijn geld had teruggekregen. Het Hof acht de nationale rechterlijke beoordeling van de zaak van klager niet onredelijk. Gelet op dit alles overweegt het dat op nationaal niveau een aanvaardbaar evenwicht is gevonden tussen de betrokken belangen, zodat art. 1 EP niet kennelijk is geschonden. De zaak is dan ook niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0131DECO05859821

Zaaknummer: 58598/21

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

G.K. t. Cyprus, EHRM 21 februari 2023, nr. 16205/21

In 2017 heeft de Cypriotische G.K. haar kind meegenomen uit de VS, zonder instemming van de vader. De Cypriotische autoriteiten oordeelden dat het kind moest worden teruggegeven aan de in de VS wonende vader. Daarbij speelde mee dat G.K.'s verklaringen over geweld door de vader onbetrouwbaar en tegenstrijdig waren. Het EHRM oordeelt dat de procedure in Cyprus zorgvuldig is geweest. G.K. heeft geprobeerd die te traineren om een voldongenfeitsituatie te creëren en terugkeer te verhinderen, maar het EHRM staat dat niet toe. Het besluit tot terugkeer was verenigbaar met art. 8 EVRM.

In 2016 trouwde klaggster, een Cypriotische die toen in de VS woonde, met een Amerikaans staatsburger; hun zoon werd in datzelfde jaar geboren. In 2017 diende klaggster een klacht over huiselijk geweld in tegen de vader, verzocht zij bescherming en verhuisde ze naar een 'safe house'. Snel daarna verhuisde ze met haar zoon naar Cyprus, met medewerking van de Cypriotische autoriteiten. De vader verzocht in 2018 aan de Amerikaanse autoriteiten op basis van de Haagse Conventie om bij de Cypriotische autoriteiten aan te dringen op terugkeer. In 2019 verzochten de Cypriotische autoriteiten bij de Cypriotische rechter om terugkeer van het kind naar de VS te bevelen. Klagster sprak daar haar bezwaren tegen uit, gelet op de gewelddadigheid van de vader; de vader sprak dit tegen. Op 17 maart 2020 zou een zitting plaatsvinden in de zaak, maar die werd verdaagd vanwege de coronapandemie. Uiteindelijk deed de Cypriotische rechtbank uitspraak op 21 januari 2021. De rechtbank oordeelde dat het relaas van de vader betrouwbaar was, terwijl klagsters verklaringen algemeen, vaag en tegenstrijdig waren. In hoger beroep werd dit oordeel bevestigd. Daardoor bestond er geen bezwaar tegen het overbrengen van het kind naar de VS, wat in 2021 is gebeurd.

Voor het EVRM heeft klaggster gesteld dat inbreuk is gemaakt op haar art. 8-rechten door de lange duur van de procedure en door de beslissing om het kind te laten terugkeren naar de VS. Het Hof stelt voorop dat de nationale procedures zorgvuldig zijn verlopen en dat de gegeven oordelen goed gemotiveerd en gerechtvaardigd waren. Veel van de stellingen van klaggster

waren tegenstrijdig of onvoldoende onderbouwd. Tijdens kruisverhoren heeft ze bovendien geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om hem vragen te stellen over eventueel gewelddadig gedrag. Verder stelt art. 13(b) van de Haagse Conventie dat de enkele schade die voortvloeit uit de scheiding tussen de ouder die een kind ten onrechte heeft ontvoerd en het kind geen geldige reden oplevert om het kind niet te laten terugkeren. In dit geval zijn er voldoende garanties geboden voor een goede terugkeer en landing van het kind in de VS. Weliswaar is het kind zelf niet gehoord, maar daarvoor zijn voldoende redenen gegeven in verband met de jonge leeftijd (drie jaar oud) en de wens van klaagster zelf om hem niet in de procedures te betrekken. Er zijn wel vertragingen in de procedure geslopen die deels te wijten zijn aan het langzame optreden van de nationale autoriteiten en de rechter, maar deels ook aan het gedrag van klaagster. Daarvan zou echter vooral klaagster zelf profiteren, terwijl de Haagse Conventie nu juist is gericht tegen het kunnen trekken van profijt van een zelfgecreëerde situatie door de ontvoerende ouder. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof geen schending vast van art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0221JUD001620521

Zaaknummer: 16205/21

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Halet t. Luxemburg, EHRM (GK) 14 februari 2023, nr. 21884/18

In de ‘Luxleaks’-affaire heeft een (oud-)medewerker van PricewaterhouseCoopers (PwC) duizenden pagina’s met informatie over belastingteruggaves aan een journalist overhandigd. Vanwege reputatieaantasting van PwC is hij veroordeeld tot een boete. Een Kamer van het EHRM achtte dat eerder gerechtvaardigd. De Grote Kamer ziet in Europese ontwikkelingen reden om de vaste klokkenluiderscriteria aan te scherpen en te verfijnen. De nationale rechter heeft die criteria op zichzelf zorgvuldig toegepast, maar heeft volgens het Hof toch een verkeerde belangenafweging gemaakt. Het Hof stelt zijn eigen afweging daarvoor in de plaats en stelt vast dat art. 10 EVRM is geschonden.

Klager werkte voor PricewaterhouseCoopers (PwC) in Luxemburg, waarbij hij onder meer was belast met het voorbereiden van aanvragen voor belastingteruggave voor zijn cliënten. Tussen 2012 en 2014 deden verschillende media verslag van praktijken (in de periode 2002-2012) waarin PwC vooral voor grote multinationals zeer gunstige belastingafspraken wist te maken met de Luxemburgse belastingautoriteiten. In 2010 heeft klager, nadat hij zijn ontslag had ingediend bij PwC, zo’n 45.000 pagina’s aan vertrouwelijke documenten gekopieerd, inclusief een groot aantal pagina’s over voorlopige belastingteruggaves. In 2011 heeft klager deze documenten op verzoek van een journalist – E.P. – aan hem overhandigd. Later heeft klager nog meer documenten aan E.P. overhandigd. In 2013 en 2014 is in een televisieprogramma en in een aantal online media over de documenten gerapporteerd. Dit is later bekend geworden als de ‘Luxleaks’-zaak, in verband waarmee klager en E.P. strafrechtelijk zijn vervolgd op aanklacht van PwC. E.P. is daarbij vrijgesproken, maar klager is veroordeeld tot een boete van 1000 euro en betaling van een symbolische schadevergoeding aan PwC van een euro in verband met de aangedane schade aan de reputatie.

Op 11 mei 2021 oordeelde het EHRM dat de veroordeling van klager geen schending opleverde van art. 10 EVRM. Klager heeft verzocht om de zaak voor te leggen aan de Grote Kamer. Een panel van het Hof kende dit verzoek in september 2021 toe.

De uitingsvrijheid op de werkvloer – zowel in private ondernemingen als bij de overheid – wordt volgens de Grote Kamer consistent beschermd in zijn rechtspraak. Daarbij heeft zich geleidelijk aan een zekere rechtspraak over klokkenluiders ontwikkeld, waarbij met name de *Guja*-criteria van belang zijn. Deze criteria zijn niet alleen bij klokkenluiders in de publieke sector toegepast, maar ook ten aanzien van de private sector. De Grote Kamer benadrukt dat zijn rechtspraak over klokkenluiden consistent is, maar onderkent dat zich sinds *Guja* (besloten in 2008) verschillende ontwikkelingen hebben voorgedaan. Het gaat daarbij met name om de plaats die klokkenluiders in democratische samenlevingen innemen, het belang van hun rol bij het openbaar maken van informatie van algemeen belang, en de manier waarop de bescherming van klokkenluiders op Europees en internationaal niveau is ontwikkeld. Het Hof ziet de voorliggende zaak dan ook als een gelegenheid om niet alleen de bestaande criteria te herbevestigen en te consolideren, maar ook om ze te verfijnen in het licht van de veranderde context.

Het eerste *Guja*-criterium betreft de gebruikte kanalen om informatie naar voren te brengen. Het Hof heeft steeds benadrukt dat het benutten van interne, hiërarchische kanalen de voorkeur heeft. Het gaat echter niet om een absolute rangorde: in bepaalde omstandigheden kan het aangewezen zijn om meteen naar buiten te treden, bijvoorbeeld als er een risico is van represaillemaatregelen of wanneer informatie de wezenlijke kern van bepaalde bedrijfsactiviteiten betreft. De omstandigheden van het geval bepalen dus wat het voorkeurskanaal zou moeten zijn.

Het tweede criteria gaat over de authenticiteit van de informatie die de klokkenluider deelt. Van een klokkenluider kan niet altijd worden gevergd dat deze alle informatie checkt. Het kan ook niet altijd aan een klokkenluider worden tegengeworpen dat de verspreide informatie achteraf incorrect blijkt te zijn. Wel is een voldoende mate van zorgvuldigheid van belang; klokkenluiders moeten zich verantwoordelijk gedragen.

Een klokkenluider moet in de derde plaats een motief hebben dat betrekking heeft op het belang van de onderneming of het algemeen belang; persoonlijk gewin is geen aanvaardbaar motief. Ook moet de klokkenluider te goeder trouw zijn, een element dat nauw samenhangt met dat van authenticiteit van de gedeelde informatie.

Het Hof onderzoekt in de vierde plaats altijd of het delen van informatie in het ‘algemeen belang’ is. Wanneer dat het geval is, kan alleen op basis van de context van de zaak worden

vastgesteld. Het kan bijvoorbeeld gaan om politieke en beleidskwesties, zoals informatie over ongepast gedrag bij een hooggeplaatste politicus, het overschrijden van bevoegdheidsgrenzen door de veiligheidsdiensten. Ook kan het gaan om 'kwestieus' gedrag door bepaalde overheidsambtenaren, bijvoorbeeld onrechtmatig of anderszins laakbaar handelen. Het gaat er vooral om of het algemene publiek een legitiem belang zou kunnen hebben bij het hebben van bepaalde informatie om een oordeel te kunnen geven over de vraag of sprake is van een aantasting van een algemeen belang. Het gewicht van het algemeen belang kan wel per geval verschillen. Zo is informatie over duidelijk onrechtmatig handelen belangrijker dan informatie over laakbaar, maar niet duidelijk onrechtmatig optreden.

Hoewel het 'algemeen belang' een criterium is dat vooral geassocieerd wordt met overheidsorganen en ambtenaren, kunnen verwante criteria ook voor de private sector gelden. Ook ondernemingen hebben een zekere 'accountability' en moeten openstaan voor het beoordelen van hun handelen door de buitenwereld.

Het vijfde *Guja*-criterium is dat het belang bij het delen van informatie zwaarder moet wegen dan het nadeel dat daarmee wordt toegebracht aan de werkgever. Bij het definiëren van 'nadeel' voor de werkgever is daarbij lang uitgegaan van een zeker publiek nadeel. Bij private partijen kan ook sprake zijn van nadeel, bijvoorbeeld als het delen van informatie heeft geleid tot financiële of reputatieschade. Daarnaast kan er ook in die gevallen sprake zijn van breder nadeel voor de economie als geheel of een schending van beroepsgeheim. Gekeken moet dan ook niet alleen worden naar het directe, meeste concrete nadeel, maar naar de bredere gevolgen en nadelen van het handelen van een klokkenluider.

Verder moet volgens de *Guja*-criteria worden gekeken naar de zwaarte van de opgelegde sancties. Hoe zwaarder deze zijn, hoe groter het risico is van een 'chilling effect' op potentiële klokkenluiders. Met name strafrechtelijke vervolging heeft veel gevolgen, ook als uiteindelijk geen hoge straf wordt opgelegd.

De klager heeft ook nog aan het EHRM gevraagd om nader in te gaan op de definitie van een 'klokkenluider'. Een eenduidige definitie van dit begrip ontbreekt tot nu toe namelijk, maar precies dat is voor de Grote Kamer om weg te willen blijven van het geven van een abstracte en algemene definitie. In plaats daarvan zal het per geval onderzoeken of in een concrete situatie sprake is geweest van klokkenluiden.

Ten slotte gaat het Hof in op de rol die het moet spelen in klokkenluiderszaken. Het wijst daarbij op zijn subsidiaire en toezichthoudende rol. Daarbij benadrukt het dat het in toenemende mate de verwachting heeft dat nationale rechters zijn rechtspraak in hun oordelen zullen betrekken als die rechtspraak materieel en stabiel is en als het vrij

gemakkelijk is om daaruit een reeks objectieve beginselen en criteria te destilleren. Gebeurt dat niet, bijvoorbeeld doordat er zo weinig informatie wordt gegeven in de uitspraak dat het Hof niet kan beoordelen of de juiste criteria zijn toegepast, dan kan het Hof een schending vinden. Worden de EHRM-criteria wel met zorg toegepast, dan kan het Hof dit in zijn beoordeling betrekken en kan het alleen anders oordelen dan de nationale rechter als daarvoor zwaarwegende redenen bestaan.

De op deze manier nader verfijnde en verduidelijkte criteria past het Hof vervolgens toe op de feiten van de voorliggende zaak. Daarbij stelt het voorop dat de Luxemburgse rechter de zaak heeft beoordeeld aan de hand van art. 10 EVRM en daarbij de EHRM-criteria in acht heeft genomen. In het bijzonder is het Hof te spreken over de manier waarop de Luxemburgse rechter de verschillende *Guja*-criteria één voor één is nagelopen. Op zichzelf is er daardoor weinig aanleiding voor het Hof zelf om in deze zaak een belangenafweging uit te voeren. Het wijst er echter ook op dat het in de onderhavige uitspraak de verschillende criteria verder heeft verfijnd en verduidelijkt. Het moet de nationale belangenafweging dus in het licht van die verduidelijkte criteria beoordelen. Als daarbij blijkt dat de uitgevoerde afweging niet aan die criteria voldoet, zal het Hof alsnog zelf een afweging moeten maken.

Kijkend naar de toepassing van de verschillende criteria overweegt het Hof allereerst dat het feit dat er in Luxemburg al een debat over belastingpraktijken gaande was niet maakt dat informatie die klager heeft gedeeld niet meer relevant is. Het kan in het legitieme belang van het publiek zijn om ervan op de hoogte te zijn. Het doel van klokkenluiden is verder niet alleen om informatie over onderwerpen van algemeen belang publiek te maken, maar ook om te proberen een verandering teweeg te brengen. Soms moet ook van verschillende kanten informatie naar buiten worden gebracht voor overheden er daadwerkelijk naar gaan handelen en moet de samenleving in algemene zin worden gemobiliseerd.

De belastingaangiften die het onderwerp waren van de onderhavige zaak bevatten volgens de nationale rechter relevante informatie. Volgens het Hof zouden ze nieuw inzichten kunnen geven in het lopende debat over belastingontwijking en -ontduiking. Klager had doelbewust alleen de aangiften openbaar gemaakt van grote multinationals die bekend waren bij het publiek, omdat die het meest illustratief waren voor de praktijken die hij aan de kaak wilde stellen. Het Hof acht de informatie die werd gedeeld daarmee duidelijk van algemeen belang.

Voor het Hof is duidelijk dat PwC reputatieschade heeft geleden als gevolg van de openbaarmaking van de documenten. Tegelijkertijd is op de langere termijn de schade beperkt gebleven. Zoals het Hof eerder heeft vermeld moet echter niet alleen naar de aangetaste concrete belangen worden gekeken, maar ook naar meer abstracte belangen. Daarbij heeft de staat gewezen op de waarde van beroepsgeheim – hetgeen het Hof omarmt –

en op de goede naam van multinationals in het algemeen. Het Hof zelf wijst erop dat er daarnaast een algemeen belang was bij het tegengaan van diefstal van gegevens. Uiteindelijk lijkt de nationale rechter echter vooral het belang bij imagobescherming te hebben meegewogen; aan de andere betrokken belangen is minder waarde toegekend.

Gelet hierop is het Hof van oordeel dat de nationale rechter geen goede belangenafweging heeft gemaakt, met name doordat een overmatig restrictieve interpretatie is gegeven van het betrokken algemene belang en door de al te sterke focus op de imagobelangen van PwC. In het licht van de overwegingen die het zelf heeft gewijd aan het gewicht van de betrokken belangen komt het Hof zelf tot een andere afweging, die het voor die van de nationale rechter in de plaats stelt.

Tot slot overweegt het Hof dan nog dat klager voor zijn handelen strafrechtelijk is veroordeeld tot een boete. Dat is een sanctie die het nodige ‘chilling effect’ kan opleveren. Gelet daarop oordeelt het Hof dat de veroordeling niet proportioneel is aan het nagestreefde doel, zodat art. 10 EVRM is geschonden (12 stemmen tegen 5).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 14-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0214JUD002188418

Zaaknummer: 21884/18

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

HYA e.a. (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques), HvJ EU 16 februari 2023, zaak C-349/21

Naar Bulgaars recht moet een verzoek om een machtiging voor het aftappen van telefoons uitgebreid worden onderbouwd met verwijzing naar relevante rechtsregels en feiten en met beoordeling van eventuele alternatieve maatregelen. De eigenlijke rechterlijke machtiging is niet gemotiveerd en volgt een standaardtekst. Zolang alle relevante gegevens over de machtiging via ‘kruislingse lezing’ van verzoek en machtiging maar te vinden zijn, acht het HvJ dit niet problematisch. De rechten op effectieve rechtsbescherming onder art. 47 Hv kunnen op die manier immers nog steeds effectief worden uitgeoefend, zodat is voldaan aan de eveneens uit art. 47 voortvloeiende motiveringsplicht.

In 2017 heeft het bijzonder openbaar ministerie in Bulgarije bij een rechtbank zeven verzoeken ingediend tot machtiging voor het aftappen van telefoongesprekken. Deze verzoeken waren met redenen omkleed, zodat ze zijn ingewilligd. De machtigingen zijn gegoten in de vorm van een vooraf opgestelde standaardtekst die alle mogelijke gevallen waarin machtiging kan worden verleend moet bestrijken, zonder enige verwijzing naar feitelijke en juridische omstandigheden, met uitzondering van de duur waarvoor de machtiging tot het gebruik van de bijzondere inlichtingentechnieken werd verleend. In de machtigingen is vermeld dat de wettelijke bepalingen zijn nageleefd, maar wordt onder meer geen geïndividualiseerde informatie gegeven over de redenen waarom de telefoongesprekken mogen worden afgetapt en of er is gekeken naar alternatieven. In verband met deze praktijk heeft de verwijzende rechter een aantal vragen aan het HvJ voorgelegd over de verenigbaarheid daarvan met het Handvest.

Het HvJ wijst erop dat art. 47 tweede alinea Hv een motiveringsverplichting voor rechterlijke uitspraken bevat, net als art. 6 lid 1 EVRM, waarmee art. 47 Hv correspondeert. Het door art. 47 Hv gewaarborgde recht op daadwerkelijke rechterlijke toetsing vereist dat een

belanghebbende kennis kan nemen van de gronden van de tegen hem genomen beslissing. Dat moet hij hetzij kunnen doen door lezing van die beslissing zelf, hetzij doordat de redenen hem worden meegedeeld. Dit is van belang omdat de motivering de belanghebbende de mogelijkheid biedt om zijn rechten onder zo goed mogelijke omstandigheden te verdedigen. Zo moet men met volledige kennis van zaken kunnen beslissen of hij zich tot een bevoegde rechter wendt met het verzoek om de rechtmatigheid van die beslissing te toetsen.

In het onderhavige geval kunnen de betrokkene door middel van een 'kruislingse lezing' van de machtiging en het met redenen omklede verzoek gemakkelijk en ondubbelzinnig de precieze redenen begrijpen waarom de machtiging is verleend en hoe lang die geldig is. Als dat in andere gevallen niet mogelijk blijkt, dan zou in die gevallen de motiveringsplicht niet worden geëerbiedigd. Het HvJ wijst er daarbij op dat ook het EHRM al heeft geoordeeld met betrekking tot vonnissen van de verwijzende rechter dat het ontbreken van een geïndividualiseerde beoordeling niet automatisch kan leiden tot de conclusie dat de rechter die de machtiging heeft verleend het verzoek niet correct heeft onderzocht.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 16-02-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:102

Zaaknummer: C-349/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1, Hv art. 47 en RL 2002/58/EG art. 15 lid 1

RECHTSPRAAK

Ibrahimbeyov e.a. t. Azerbeidzjan, EHRM 16 februari 2023, nr. 32380/13

Ibrahimbeyov en enkele anderen hadden stukken grond gekocht van de gemeente. Later bleek dat die grond niet verkocht had mogen worden en zijn de eigendomstitels vernietigd. Het Hof overweegt dat het beginsel van ‘good governance’ niet in de weg hoeft te staan aan correctie van gemaakte fouten, maar dat daarbij wel het evenredigheidsbeginsel moet worden gerespecteerd. In het onderhavige geval hebben de kopers geen compensatie gekregen, maar gebleken is dat zij daarvoor wel mogelijkheden hebben gehad. Art. 1 EP EVRM is dan ook niet geschonden.

Deze zaak heeft betrekking op de beweerdelijk onrechtmatige vernietiging van klagers' eigendomstitel ten aanzien van een aantal stukken grond, zonder dat zij daarvoor compensatie hebben gekregen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat deze situatie in strijd is met art. 1 EP EVRM. Het Hof stelt voorop dat klagers het eigendom van de stukken grond rechtmatig en te goeder trouw hebben verworven door het te kopen van de gemeente. Pas later bleek dat er bij de verkoop onregelmatigheden waren en dat de grond nooit had mogen worden verkocht. Het Hof wijst erop dat het beginsel van ‘good governance’ niet kan betekenen dat de autoriteiten gemaakte fouten niet kunnen corrigeren, al mag dat niet leiden tot een disproportionele inbreuk op het eigendomsrecht. De vraag is of het in dit geval terecht was dat klagers geen compensatie hebben gekregen. Daarbij is het Hof gebleken dat alle vier de klagers een mogelijkheid hadden gehad om compensatie te verkrijgen, maar daarvan geen gebruik hebben gemaakt. Zij hebben niet onderbouwd dat de compensatie die zij hadden kunnen krijgen niet toereikend zou zijn. Hoewel de vernietiging van de eigendomstitels in dit geval dus was toe te rekenen aan de staat, is daardoor uiteindelijk geen sprake van een ontbrekende ‘fair balance’. Art. 1 EP is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0216JUD003238013

Zaaknummer: 32380/13

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

ANNOTATIE

**Valaitis t. Litouwen (EHRM, 39375/19) – Stoelendans
EHRM/Comité van Ministers: beoordeling
tenuitvoerlegging Beizaras en Levickas*****L. Glas***

1. Begin 2020 stelt het EHRM in *Beizaras en Levickas t. Litouwen* ‘voor het eerst en unaniem vast dat de weigering van de Staat om online hate speech tegen twee jongens wegens hun homoseksualiteit te vervolgen een schending van hun recht op privéleven en het discriminatieverbod oplevert’.[1] Het EHRM moest toen vaststellen dat zelfs de Litouwse Hoge Raad in zijn uitspraken het ‘excentrieke gedrag’ van seksuele minderheden en hun plicht om opvattingen en tradities van anderen te respecteren benadrukte.[2] Beizaras en Levickas waren het slachtoffer geworden van online homofobe *hate speech* nadat zij een foto op Facebook hadden gepost waarop zij elkaar kusten. De klager in onderhavige zaak – Valaitis – was slachtoffer van eenzelfde type *hate speech* vanwege een stuk dat hij had gepubliceerd op de website van een grote Litouwse krant. Een andere parallel tussen de twee zaken is dat onderzoek naar de haatzaaiende commentaren niet (goed) van de grond kwam. In het geval van Beizaras en Levickas weigerde de openbaar aanklager geheel om een strafrechtelijk onderzoek te doen en in het geval van Valaitis werd na een aanvankelijke weigering een onderzoek ingesteld, maar werd dat onderzoek beëindigd omdat er geen misdrijven zouden zijn gepleegd. Het verdere verloop van de twee zaken komt deels overeen aangezien de drie mannen naar het EHRM zijn gestapt,[3] maar verschilt op één belangrijk punt, want de uitspraak *Beizaras en Levickas t. Litouwen* vormde voor de openbaar aanklager aanleiding om het strafrechtelijk onderzoek naar de *hate speech* tegen Valaitis te heropenen. Daarmee is het verloop van de zaak van Valaitis onlosmakelijk verbonden met de tenuitvoerlegging van *Beizaras en Levickas t. Litouwen* en de algemene maatregelen die genomen zijn om die uitspraak ten uitvoer te leggen. Het merendeel van deze noot zal gaan over die verbondenheid en in het bijzonder hoe die verbondenheid de taakverdeling tussen het EHRM en het Comité van Ministers beïnvloedt (randnummers 2-3). Daarnaast stip ik in het laatste randnummer (4) een geheel ander punt aan, namelijk het gewicht dat het EHRM toekent aan de beoordeling van de algemene tenuitvoerleggingsmaatregelen door een ngo zoals verwoord op

een Straatsburgse conferentie. Overigens is mijn inschatting dat Litouwen ook echt haar best heeft gedaan om de *Beizaras en Levickas*-uitspraak ten uitvoer te leggen en dat de nationale autoriteiten er in de zaak van klager tegenaan liepen dat het technisch niet mogelijk was om te achterhalen wie de reaguurders waren, maar dit terzijde.

2. De zojuist aangehaalde verbondenheid brengt het EHRM potentieel in een lastig parket, want het EHRM heeft consequent geoordeeld dat het niet bevoegd is om na te gaan of een staat de verplichtingen uit hoofde van een uitspraak is nagekomen.[4] Dit is immers de taak van het Comité van Ministers onder art. 46, lid 2 EVRM. Tegelijkertijd staat het feit dat een zaak verbonden is met algemene tenuitvoerleggingsmaatregelen die zijn getroffen naar aanleiding van een eerdere uitspraak niet aan de ontvankelijkheid van zo'n zaak in de weg.[5] Het is bovendien niet nieuw dat een klacht (deels) betrekking heeft op algemene maatregelen die zijn getroffen om een eerdere uitspraak ten uitvoer te leggen. In andere zaken waarin dit speelde, heeft het EHRM zijn goedkeuring aan de getroffen maatregelen gegeven, alhoewel het die maatregelen niet in detail beoordeelde.[6] Desalniettemin laat het EHRM de taakverdeling tussen zichzelf en het Comité van Ministers in de onderhavige uitspraak wel erg vergaand verwateren doordat het de vraag of de nationale autoriteiten de uitspraak *Beizaras en Levickas t. Litouwen* ten uitvoer hebben gelegd afzonderlijk en uitgebreid beantwoordt. Hiertoe vat het eerst zijn bevindingen in die uitspraak samen (pars. 95-97) en vervolgens de reactie van de nationale autoriteiten op die uitspraak (pars. 98-107). Het beoordeelt bijvoorbeeld de aangepast positie van de Litouwse Hoge Raad positief. Deze beschouwingen monden uit in de volgende conclusie: 'the Lithuanian authorities have taken wide-ranging and multifaceted measures to increase the capacity of the Lithuanian criminal justice system to adequately respond to hate speech and hate crimes and thus to address the issues raised by the Court' in de eerdere uitspraak.[7] Door de gekozen werkwijze beoordeelt het EHRM niet alleen de tenuitvoerleggingsmaatregelen, maar is zijn beoordeling ook in hoge mate abstract in die zin dat een groot deel van de beoordeling losstaat van de feiten in de zaak van Valaitis.

3. Wanneer het EHRM uiteindelijk de klacht van Valaitis onder de loep neemt, vallen twee dingen op vanuit institutioneel perspectief. Ten eerste blijft de beoordeling redelijk abstract aangezien het EHRM vergaand als volgt redeneert: omdat er afdoende algemene maatregelen zijn getroffen, heeft er in de zaak van klager geen schending plaatsgevonden (en discrimineren de autoriteiten bijvoorbeeld niet meer). Zoals in de *dissenting opinion* van rechter Krenč valt te lezen, is er hierdoor weinig ruimte om in te gaan op argumenten van klager. De *dissenter* werpt bijvoorbeeld terecht de vraag op (waar het EHRM geheel niet bij stilstaat) of het rechtsmiddel waarvan klager gebruik heeft gemaakt wel effectief is in de zin van art. 13 EVRM. Dit kan worden betwijfeld omdat aan de heropening van het onderzoek door de openbaar aanklager een lange periode van stilstand voorafging. Ten tweede is het

opvallend dat, doordat het EHRM zich vergaand baseert op hoe het Comité van Ministers de tenuitvoerleggingsmaatregelen heeft beoordeelt, de beoordeling door de ministers beïnvloedt hoe de individuele klacht wordt gewogen. Zo merkt het EHRM bijvoorbeeld op dat het Comité van Ministers, toen het de individuele maatregelen die Litouwen heeft getroffen om *Beizaras en Levickas* ten uitvoer te leggen beoordeelde, opmerkte dat, alhoewel het strafrechtelijk onderzoek naar alle relevante online commentaren was heropend, de auteurs van de commentaren niet allemaal waren geïdentificeerd en veroordeeld. Het Comité van Ministers vond het echter voldoende dat het onderzoek naar nog niet geïdentificeerd auteurs kon worden heropend, mochten zij worden geïdentificeerd en op voorwaarde dat misdrijven niet waren verjaard. In de onderhavige zaak speelt iets vergelijkbaars, aldus het EHRM, en volgens het EHRM is er geen reden om anders te oordelen dan het Comité van Ministers.[8] Er is dus niet alleen sprake van stoelendans tussen de twee instituten doordat het EHRM de tenuitvoerleggingsmaatregelen beoordeelt, maar ook doordat het Comité van Ministers nu mede lijkt te bepalen of er een schending in de zaak van klager heeft plaatsgevonden.

4. Naast de hoofdrol die het EHRM het Comité van Ministers toebedeelt, spelen ook twee Litouwse ngo's een bijrol in de uitspraak. Zij krijgen deze rol doordat de regering erop wijst dat de twee ngo's de maatregelen die zijn getroffen om een effectief rechtsmiddel te creëren voor slachtoffers van homofobe online *hate speech* positief hebben beoordeeld. Om dit te staven, verwijst de regering naar de commentaren van twee ngo-vertegenwoordigers tijdens een hybride conferentie die plaatsvond op 8 oktober 2020. Deze door het EHRM georganiseerde conferentie droeg de titel: 'A *Living Instrument* For Everyone: The Role of the European Convention on Human Rights in Advancing Equality for LGBTI Persons'. De ngo's waar het om ging waren de ngo die *Beizaras* en *Levickas* vertegenwoordigde op nationaal niveau en voor het EHRM en een ngo die in de zaak van die twee klagers intervenieerde in Straatsburg. Het EHRM verwijst naar dit punt van de regering bij zijn beoordeling van de getroffen maatregelen en benadrukt dat klager niets tegen dit punt in heeft gebracht. Volgens het Hof toont dit aan dat de mening van deze twee organisaties is veranderd en dat zij niet langer van mening zijn dat de overheid ambivalent staat tegenover LGBTI-personen. Bij deze gang van zaken plaats ik drie kanttekeningen. Ten eerste is het niet eenvoudig om de bron die de regering aanhaalt te raadplegen, waardoor het lastig is om te controleren of het klopt wat de regering beweert over wat gezegd is tijdens de conferentie. De link naar de opnames van de conferentie wordt niet in de uitspraak weergegeven. Uiteindelijk kon ik de link achterhalen omdat hij werd weergegeven in het meest recente actie plan dat Litouwen naar het Comité van Ministers heeft gestuurd,[9] maar de bron blijft lastig raadpleegbaar bij gebrek aan een transcriptie. Ten tweede zouden vraagtekens geplaatst kunnen worden bij hoe representatief hetgeen tijdens de conferentie is gezegd is voor *civil society* in Litouwen. Nu is dit in deze zaak echter waarschijnlijk niet zo'n groot probleem, gezien de voorgeschiedenis van de ngo's in de

zaak van Beizaras en Levickas. Ten derde bestaat er onder ‘Rule 9’ van het reglement van het Comité van Ministers de mogelijkheid voor ngo’s om hun zienswijze te communiceren over de getroffen algemene maatregelen.[10] Nu dit niet is gebeurd in deze zaak is het de vraag of het EHRM moet steunen op een niet goed raadpleegbare bron waarvan niet duidelijk is hoe representatief hetgeen dat daarin wordt verkondigd is voor de Litouwse *civil society*.

Lize Glas

[1] *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815, «EHRC Updates» m.nt. Janssen, par. 1 (noot).

[2] *Beizaras en Levickas t. Litouwen* (reeds aangehaald), par. 152. Zie over homofobie in Litouwen ook *Macaté t. Litouwen*, EHRM 24 januari 2023, nr. 61435/19, ECLI:CE:ECHR:2023:0123JUD006143519.

[3] Overigens werden deze stappen feitelijk door de LGL Association voor Beizaras en Levickas gezet, zie de relevant uitspraak, pars. 78-83.

[4] *Kurić e.a. t. Slovenië*, EHRM (GK) 12 maart 2014, nr. 26828/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0312JUD002682806, par. 142. Zie ook *Sidabras e.a. t. Litouwen*, EHRM 23 juni 2015, nrs. 50421/08 en 56213/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0623JUD005042108, par. 103.

[5] Tenzij de klager een klacht brengt op grond van art. 46, lid 1 EVRM. Dergelijke klachten zijn niet-ontvankelijk *ratione materiae*, zie uitgebreider: L.R. Glas, ‘The European Court of Human Rights supervising the execution of its judgments’, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2019, afl. 3, p. 232. Klachten over *individuele* tenuivoerleggingsmaatregelen zijn niet ontvankelijk tenzij de klager over een nieuwe kwestie klaagt, zie uitgebreider: hetzelfde artikel, p. 234-236.

[6] Glas (reeds aangehaald), p. 240.

[7] Onderhavige uitspraak, par. 107.

[8] Onderhavige uitspraak, par. 111.

[9] Comité van Ministers, ‘Communication from Lithuania concerning the case of Beizaras and Levickas v. Lithuania’, 31 augustus 2021, DH-DD(2021)852. Zie voor de opname <https://vodmanager.coe.int/coe/webcast/coe/2020-10-08-5/en>.

[10] Zie de Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements.

ANNOTATIE

**TU & RE t. Google (HvJ EU, C-460/20) – Bij
verwijderingsverzoek moet verzoeker onjuistheid
informatie aantonen*****T.F. Walree***

1. Het recht op vergetelheid (art. 17 AVG) geeft een 'betrokkene'[1] de mogelijkheid om een zoekmachine te verzoeken zoekresultaten over hem te verwijderen. In dit arrest geeft het Hof van Justitie door beantwoording van twee prejudiciële vragen verder invulling aan dat recht. Ten eerste gaat het in op de vraag wie de bewijslast draagt ten aanzien van het aantonen van de (on)juistheid van informatie bij een verwijderingsverzoek door de betrokkene omdat het zoekresultaat volgens hem verwijst naar onjuiste informatie. Ten tweede spreekt het Hof zich uit over de vraag in welke context 'miniaturen' (of: 'thumbnails') moeten worden beoordeeld bij een verwijderingsverzoek door een betrokkene. Dit arrest hakt op die punten knopen door, maar werpt ook veel nieuwe vragen op.

2. Eerst een samenvatting van de feiten. Een omstreden website (G-net) publiceert drie kritische artikelen over het investeringsmodel van de investeringsmaatschappij van twee bestuurders. Die artikelen werden vergezeld van foto's van de bestuurders in allerlei luxe voertuigen. Volgens de bestuurders konden die foto's, in samenhang met de artikelen, de suggestie wekken dat zij in door derden gefinancierde luxe leefden. De bestuurders en ook andere nieuwsbronnen stellen dat G-net een chantagemodel hanteert: dat wil zeggen dat zij tegen betaling 'kritische' berichten verwijderd van haar website. Bij het zoeken naar de namen van bestuurders en de bedrijfsnaam werden de publicaties in de resultatenlijst van Google vermeld. Ook gaf Google bij het zoeken naar afbeeldingen met deze zoektermen de foto's uit het artikel in de vorm van miniaturen weer in de lijst met zoekresultaten. De bestuurders vragen Google om de links naar de artikelen en miniaturen uit de zoekresultaten te verwijderen. De bestuurders krijgen nul op hun rekest en stappen naar de Duitse rechter. Die wijst hun vorderingen in eerste en tweede aanleg af. De zaak belandt uiteindelijk bij het Bundesgerichtshof, die prejudiciële vragen stelt.

3. Op grond van art. 17 lid 3 sub a AVG moet een zoekmachine bij de beoordeling van een

verwijderingsverzoek een belangenafweging maken tussen enerzijds het recht op vrije meningsuiting van de aanbieder van de inhoud en recht op informatie van internetgebruikers en anderzijds het recht op de bescherming van persoonsgegevens van degene die om verwijdering van de links verzoekt. Het Hof signaleert dat de bescherming van persoonsgegevens ‘in de regel voorrang’ heeft op het gerechtvaardigde belang van internetgebruikers die de informatie over de betrokkene zouden willen raadplegen. Het Hof zegt echter ook dat in bepaalde omstandigheden het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie zwaarder kan wegen dan het belang van de verzoeker. Dit zal zich met name voordoen als de verzoeker een publiek figuur is.[2] Uiteraard is het voor die belangenafweging ook relevant of de inhoud waarnaar het zoekresultaat verwijst juist is.[3] Het recht op de bescherming van persoonsgegevens zal in elk geval zwaarder wegen wanneer ‘ten minste een niet onbeduidend deel van de informatie waarop het verzoek tot verwijdering van links betrekking heeft, onjuist blijkt te zijn’.[4] De verspreiding van en toegang tot onjuiste informatie valt immers niet onder het recht op informatie. Daarbij maakt het Hof wel onderscheid tussen ‘feitelijke beweringen’ en ‘waardeoordelen’.[5]

4. Tot dit arrest was het nog onbepaald op wie de bewijslast rust ten aanzien van het (on)juiste karakter van informatie. Het Hof geeft hierover duidelijkheid bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag: het is de verzoeker die moet bewijzen dat de informatie over hem in de gelinkte inhoud ‘kennelijk onjuist’ is.[6] Hij hoeft niet aan te tonen dat alle informatie onjuist is: het moet ten minste gaan om ‘een niet onbeduidend deel van die informatie’.[7] Die drempel werkt niet alleen in het voordeel van de verzoeker, maar is ook in het belang van het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie. Het voorkomt namelijk de onevenredige verwijdering van links naar inhoud waarvan de onjuiste informatie slechts van gering belang is, bijvoorbeeld als het gaat om kleine of onbelangrijke onjuistheden in een artikel.

5. Het Hof onderzoekt in het arrest ook of het overleggen van een beslissing in een procedure tegen de aanbieder van de inhoud - waarin de onjuistheid van de informatie is vastgesteld - als voorwaarde mag gelden voor de inwilliging van een verwijderingsverzoek door de zoekmachine, voor zover het voor de verzoeker redelijkerwijs mogelijk was om ‘rechtsbescherming’ te verkrijgen. Het Hof vindt het overleggen van een ‘rechterlijke beslissing’ aan de zoekmachine - voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is voor de verzoeker - een ‘onredelijke last’ voor de verzoeker. Het overleggen van een dergelijke beslissing kan dus geen (minimum)voorwaarde zijn voor inwilliging van een verwijderingsverzoek door een zoekmachine. Dat geldt óók voor rechterlijke beslissingen na een kort geding.[8]

6. Bovenstaande laat onverlet dat een zoekmachine een verwijderingsverzoek hoe dan ook moet inwilligen als de betrokkene aan de zoekmachine een tegen de aanbieder rechterlijke

beslissing overlegt waarin is vastgesteld dat ‘een niet onbeduidend deel van de informatie in de gelinkte inhoud op zijn minst op het eerste gezicht onjuist is’.[9] Omdat het Hof het in het kader van rechtsbescherming uitsluitend heeft over een ‘rechterlijke beslissing’, is het onduidelijk of ook een toezichthouder kan vaststellen dat de informatie in kwestie onjuist is, waardoor een verwijderingsverzoek door een zoekmachine moet worden ingewilligd. Rechtsbescherming kan namelijk door de betrokkene ook worden ingeroepen bij de toezichthouder (de Autoriteit Persoonsgegevens).[10]

7. Voor zover de verzoeker *geen* rechterlijke beslissing (waaruit de onjuistheid van die informatie blijkt) kan overleggen, hoeft de verzoeker volgens het Hof voor de inwilliging van zijn verwijderingsverzoek ‘alleen bewijzen aan te leveren als, gelet op de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs van hem kan worden verlangd dat hij ze opzoekt om die kennelijke onjuistheid aan te tonen.’[11] In dit arrest konden betrokkenen in theorie vrij eenvoudig financiële gegevens overleggen aan Google, waarmee zij eenvoudig konden aantonen dat zij zich niet schuldig maakten aan financieel wanbeheer. Er zijn echter oneindig veel scenario’s denkbaar waarin een betrokkene wordt beticht van een *doen*, maar waarin hij onmogelijk het tegendeel kan bewijzen. Dat probleem zal vooral spelen bij aantijgingen in de privésfeer, zoals dat de betrokkene zou vreemdgaan of regelmatig prostituees bezoekt. Het zal voor de betrokkene in die gevallen haast onmogelijk zijn om te bewijzen dat hij juist *niets* heeft gedaan. Van hem kan niet worden verlangd dat hij bewijs aan de zoekmachine overlegt waaruit de onjuistheid van die informatie blijkt. In dergelijke gevallen zal een zoekmachine, naar de letter van dit arrest, dus een verwijderingsverzoek door de betrokkene moeten inwilligen. In gevallen waarin bewijs van de verzoeker niet redelijkerwijs kan worden verlangd, ligt het wel voor de hand dat de verzoeker moet aangeven waarom bewijs van de kennelijke onjuistheid niet van hem kan worden verlangd en dat hij - voor zover dat kan - aannemelijk moet maken waarom die informatie over hem onjuist is. Voor zover wél bewijs van de verzoeker kan worden verlangd, en hij de onjuistheid daarvan niet kan aantonen, kan de zoekmachine overigens alsnog besluiten om gehoor te geven aan het verwijderingsverzoek omdat het belang van de verzoeker zwaarder weegt dan het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie.

8. Daarnaast is het nog de vraag hoe de zoekmachine kan beoordelen dat van een verzoeker ‘redelijkerwijs kan worden verlangd’ dat hij bewijzen opzoekt om de onjuistheid van de informatie in de gelinkte inhoud aan te tonen. Voor zover dit van de betrokkene kan worden verlangd, is het óók nog de vraag welke maatstaven gelden voor dat bewijs dat door de betrokkene moet worden geleverd. Kennelijk moet uit dat bewijs de ‘kennelijke onjuistheid’ van die informatie snel blijken. Voorts kun je je afvragen of het wenselijk is dat een zoekmachine van een betrokkene mag verlangen dat hij privé-gegevens overlegt om de

onjuistheid van de informatie aan te tonen. Het is echter de vraag of een zoekmachine dit daadwerkelijk ook zal doen. Als het gaat om kwesties binnen de privésfeer, kan een zoekmachine dat verwijderingsverzoek ook inwilligen zonder bewijs van de onjuistheid van de informatie omdat in die gevallen het recht op de bescherming van persoonsgegevens in de regel voorrang heeft op het recht van de vrijheid van meningsuiting en informatie.[12] Met andere woorden, zelfs als de informatie waar blijkt te zijn, kan het belang van de betrokkene bij verwijdering van het zoekresultaat zwaarder wegen.

9. Over de beoordeling van het verwijderingsverzoek zegt het Hof dat de zoekmachine zich moet baseren 'op alle betrokken rechten en belangen en op alle omstandigheden van het concrete geval'.^[14] Anders gezegd, de zoekmachine heeft geen plicht om zelf bij te dragen 'aan de vaststelling of de gelinkte inhoud al dan niet juist is'. Dit zou hem anders een last opleggen die verder gaat dan zijn 'verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden' die hij heeft op grond van eerdere rechtspraak.^[15] Ook zou een dergelijke last volgens het Hof het reële risico met zich brengen dat de zoekmachine 'nagenoeg systematisch' links zou verwijderen na verzoeken daartoe, om te voorkomen dat hij anders onderzoek moet doen naar 'de feiten die relevant zijn om vast te stellen of de gelinkte inhoud al dan niet juist is'.^[16] Terecht constateert het Hof dat daarmee het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie onder druk zou komen te staan.

10. De zoekmachine moet het verwijderingsverzoek dus inwilligen als de verzoeker 'relevante en afdoende bewijzen overlegt die zijn verzoek kunnen staven en aantonen dat de informatie in de gelinkte inhoud, of ten minste een niet onbeduidend deel van die informatie, kennelijk onjuist is'.^[17] In hoeverre de zoekmachine de feiten uit het bewijs van de verzoeker moet onderzoeken, maakt het Hof niet expliciet duidelijk. Het lijkt erop dat het Hof geen zware onderzoeksplicht oplegt aan de zoekmachines. Het Hof zegt immers dat verzoeker bewijs moet leveren waaruit de 'kennelijke onjuistheid' van de informatie blijkt. De zoekmachines komt daarom een grote mate van beoordelingsvrijheid toe bij de beoordeling van het bewijs dat de verzoeker aanlevert.

11. Als de onjuistheid van die informatie niet duidelijk blijkt uit het door de verzoeker overlegde bewijsmateriaal, hoeft de zoekmachine het verwijderingsverzoek niet in te willigen als een rechterlijke beslissing waaruit die onjuistheid blijkt, ontbreekt.^[18] Het Hof zegt in dit kader ook dat als de informatie bijdraagt aan een debat van algemeen belang, bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het recht op vrijheid van meningsuiting en informatie. Het Hof lijkt daarmee te suggereren dat de bewijslast voor de verzoeker ten aanzien van de onjuistheid van de informatie hoger ligt als het gaat om informatie die bijdraagt aan een debat van algemeen belang. Draagt die informatie niet bij aan een debat van algemeen belang, dan is de vraag of de informatie al dan niet juist is ook minder van belang, omdat in die gevallen het recht

op bescherming van persoonsgegevens in de regel voorrang heeft op recht van de vrijheid van meningsuiting en informatie.

12. Ten slotte benadrukt het Hof bij het beantwoorden van de eerste prejudiciële vraag dat als de zoekmachine het verwijderingsverzoek niet inwilligt, de verzoeker de mogelijkheid moet hebben om zich tot de toezichthouder of rechter te wenden. Als een administratieve of gerechtelijke procedure wordt ingeleid over de vermeende onjuistheid van informatie in gelinkte inhoud, moet de zoekmachine bij de zoekresultaten 'een waarschuwing opnemen over het bestaan van een dergelijke procedure.' [19] Dit arrest roept daarmee een notificatieplicht voor de zoekmachine in het leven. Dat betekent dus een extra administratieve last voor zoekmachines. Wel is vereist dat de zoekmachine van die procedure op de hoogte is gebracht. Ook deze notificatieplicht roept vragen op. Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld over welke ingeleide procedure het Hof het eigenlijk heeft: gaat het om een procedure tegen de aanbieder van de inhoud of om een procedure tegen de zoekmachine? Aannemelijk is dat het gaat om een procedure tegen de zoekmachine: deze overweging komt immers direct nadat het Hof zegt dat de betrokkene na afwijzing van het verwijderingsverzoek beroepsmogelijkheden heeft. Daarnaast rijst de vraag wanneer er eigenlijk sprake is van een inleiding van een procedure bij een toezichthouder. Betekent dit dat er een klacht is gedaan door de betrokkene bij de toezichthouder? Of moet de toezichthouder daadwerkelijk in de onderzoekende fase zitten? Bijna vijf jaar na inwerkingtreding van de AVG weten we immers dat dat wel even kan duren, als de toezichthouder überhaupt al besluit om na een klacht een onderzoek te starten. [20]

13. Vervolgens buigt het Hof zich over de tweede prejudiciële vraag: moet een zoekmachine bij de beoordeling van een verwijderingsverzoek dat ertoe strekt om miniaturen te verwijderen op doorslaggevende wijze rekening houden met de oorspronkelijke context waarin deze foto's op internet werden geplaatst? Het Hof vindt van niet. Volgens het Hof kunnen miniatuurweergaven een bijzonder ernstige inmenging vormen in de rechten van de betrokkene. [21] Bovendien is er bij miniaturen sprake van twee verschillende gegevensverwerkingen: de plaatsing van de foto op de website (door de aanbieder) en de miniatuurweergave in de zoekresultaten (door de zoekmachine). Terecht signaleert het Hof dat deze partijen verschillende belangen hebben bij de plaatsing en ook dat de gevolgen van die afzonderlijke plaatsingen verschillend kunnen zijn voor de betrokkene. [22] Dit alles brengt met zich dat de miniatuurweergave 'autonoom' moet worden beoordeeld. Dat wil zeggen dat de zoekmachine moet kijken naar de informatieve waarde van de foto's los van de context van de publicatie op de oorspronkelijke website. Daarbij moet hij wel alle tekst in aanmerking nemen die direct bij de weergave van deze foto's in de zoekresultaten is geplaatst, omdat die meer duidelijkheid kan geven over de informatieve waarde daarvan. [23]

14. Die autonome beoordeling kan dus met zich brengen dat een zoekmachine een miniatuur moet verwijderen als in die context de belangen van de verzoeker zwaarder wegen, ook als de publicatie van die foto in de oorspronkelijke context (op een website) op zichzelf rechtmatig is.[24] Ook moeten links naar websites én foto's afzonderlijk door de zoekmachine worden beoordeeld. Het is dus mogelijk dat een zoekmachine een verzoek tot verwijdering van links naar informatie op een website moet afwijzen omdat de vrijheid van meningsuiting en informatie voorrang heeft, maar dat het een verzoek tot het verwijderen van miniaturen wel moet toewijzen omdat in die context het recht op de bescherming van hun persoonsgegevens wél zwaarder weegt.[25] Andersom werkt dat niet zo. Als het verzoek tot verwijdering van links wordt ingewilligd, moeten ook *altijd* de miniaturen van de bij die website opgenomen foto's worden verwijderd. Met andere woorden, de zoekmachine kan de belangenafweging bij het verwijderingsverzoek van miniaturen overslaan als hij reeds heeft vastgesteld dat de links naar het artikel moeten worden verwijderd. Als de miniaturen nog zouden worden weergegeven, zouden internetgebruikers immers nog steeds eenvoudig toegang hebben tot de website waarnaar deze miniaturen verwijzen. Dat zou afbreuk doen aan het 'nuttig effect' van het verwijderen van de links naar het artikel.[26]

T.F. Walree

Universitair docent privaatrecht en technologie, Radboud Universiteit

Of counsel, Freshfields Bruckhaus Deringer

[1] Art. 4 sub 1: de betrokkene is een natuurlijke persoon van wie persoonsgegevens worden verwerkt.

[2] *TU & RE t. Google*, punt 62, 63, 65.

[3] *TU & RE t. Google*, punt 64.

[4] *TU & RE t. Google*, punt 65.

[5] *TU & RE t. Google*, punt 66.

[6] *TU & RE t. Google*, punt 68.

[7] Zie ook *TU & RE t. Google*, punt 74.

[8] *TU & RE t. Google*, punt 68.

[9] *TU & RE t. Google*, punt 72.

[10] Zie art. 77-79 AVG.

[11] Punt 68.

[12] *TU & RE t. Google*, punt 62. Zie ook *Caroline von Hannover t. Duitsland*, EHRM 24 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ6531, NJ 2005/22.

[13] *TU & RE t. Google*, punt 69.

[14] *TU & RE t. Google*, punt 70-71.

[15] *GC e.a. t. CNIL*, HvJ EU 24 september 2019, C|136/17, EU:C:2019:773, punt 47.

[16] *TU & RE t. Google*, punt 71.

[17] *TU & RE t. Google*, punt 72.

[18] *TU & RE t. Google*, punt 73.

[19] *TU & RE t. Google*, punt 76.

[20] Nationale Ombudsman, 'Voor een dichte deur. Een onderzoek naar hoe de Autoriteit Persoonsgegevens omgaat met ongenoegen van burgers over de behandeling van privacyklachten', *nationaleombudsman.nl* 21 december 2021.

[21] *TU & RE t. Google*, punt 94 en 100.

[22] Zie ook *Google Spain en Google t. Costeja*, HvJ EU 13 mei 2014, C|131/12, EU:C:2014:317, punt 86.

[23] *TU & RE t. Google*, punt 106.

[24] *TU & RE t. Google*, punt 102.

[25] *TU & RE t. Google*, punt 106.

[26] *TU & RE t. Google*, punt 107.

ANNOTATIE

SpaceNet en VD (HvJ EU, C-793/19 en C-339/20) – Here we go again: Duitse en Franse dataretentieregeling(en) in strijd met Unierecht***D.A.G. van Toor***

1. In strafzaken is het verzamelen van elektronisch bewijsmateriaal vaak essentieel voor de waarheidsvinding.[1] Niet alleen in *cybercrime*-onderzoeken, maar ook in klassieke strafonderzoeken speelt digitaal bewijs een cruciale rol.[2] Het is daarom niet verwonderlijk dat dataretentie een belangrijk thema is: na analyse van historische locatie- en verkeersgegevens kan een overzicht worden verkregen *waar* een persoon is geweest en met *wie* (althans met welk telefoonnummer) hij contact heeft gelegd. Zo leidde de gevorderde gegevens in de recent in dit tijdschrift geannoteerde zaak *An Garda* naar de dader, terwijl de moord zonder de toevallige vondst van de telefoon van het slachtoffer en de daaropvolgende uitgevaardigde gegevensvorderingen hoogstwaarschijnlijk onopgelost zou zijn gebleven.[3] Richtlijn 2002/58/EG[4] biedt lidstaten daarom de mogelijkheid om privacybeperkende wetgeving te creëren ‘die nodig zijn voor de bescherming van de openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid (met inbegrip van het economisch welzijn van de staat wanneer de activiteit verband houdt met de staatsveiligheid) en de wetshandhaving op strafrechtelijk gebied’ (art. 15). Met Richtlijn 2006/24/EG[5] trachtte de EU de dataretentie door telecommunicatieaanbieders te verplichten en te harmoniseren (art. 1). Artikelen 5 en 6 van die Richtlijn tezamen bezien, leidt tot de conclusie dat *alle* metadata die telecommunicatieaanbieders over hun klanten verkrijgen voor ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar *moeten* worden bewaard. Ook in de onderhavige zaken gaat het om de interpretatie van het hierboven aangehaalde artikel 15 Richtlijn 2002/58/EG.

2. Sinds die bepalingen – met ongebreidelde overheidsmacht, waarbij telecommunicatieaanbieders tot lakeien van handhavingsautoriteiten zijn “verheven” – van kracht zijn en lidstaten telecommunicatieaanbieders verplichten data te bewaren, is een strijd losgebarsten over de precieze spelregels rond de opslag van de data en, nog belangrijker, de mogelijkheid voor de strafvorderlijke autoriteiten om die data te vorderen ten behoeve van de opsporing.[6] Met het eerder aangehaalde arrest *Digital Rights Ireland* werd de toon door het

Hof van Justitie EU gezet: dataretentie en de mogelijkheid om data te gebruiken voor de in artikel 15 Richtlijn 2002/58/EG genoemde doelen is van evident belang (par. 44, *Digital Rights Ireland*), maar dat betekent nog niet dat ongedifferentieerde en ongelimiteerde opslag van die data door telecommunicatieaanbieders en toegang tot die data door de autoriteiten door de beugel kan (par. 51, *Digital Rights Ireland*). De gehele Richtlijn wordt door het Hof van Justitie EU ongeldig verklaard. Een (!) dag later besloot Tele2 in Zweden te stoppen met zijn dataretentie en bracht de Zweedse Telecommunicatieautoriteit (PTS) hiervan op de hoogte. De Zweedse autoriteiten zijn echter van mening dat de omzetting van Richtlijn 2006/24/EG in zijn nationale wetgeving – de ongelimiteerde en ongedifferentieerde dataretentie – niet in strijd is met de mensenrechtelijke bescherming volgend uit het EU recht en het EVRM. Uit *Digital Rights Ireland* zou niet volgen dat de ongelimiteerde en ongedifferentieerde opslag op problemen stoot omdat Richtlijn 2002/58/EG dataretentie mogelijk maakt, maar slechts dat Richtlijn 2006/24/EG ongeldig zou zijn. Deze argumentatie snijdt (natuurlijk) geen hout. In *Tele2* oordeelt het Hof van Justitie EU dat het feit dat lidstaten op grond van artikel 15 Richtlijn 2002/58/EG telecommunicatieaanbieders mogen verplichten data te bewaren niet betekent dat geen recht moet worden gedaan aan de bescherming van mensenrechten (artt. 7, 8 en 11 Hv) en de voor inbreukmakende wetgeving geldende rechtvaardigingscriteria (art. 52 Hv) (par. 112, *Tele2*). Vervolgens geeft het Hof van Justitie EU de lidstaten huiswerk, ondanks dat het vormgeven van de precieze spelregels aan de nationale wetgevers wordt overgelaten (par. 118, *Tele2*): zo moet in ieder geval een systeem van voorafgaande onafhankelijke controle op vorderingen tot toegang tot de data worden ingericht (par. 120, *Tele2*).

3. Dat huiswerk is door vele lidstaten echter nog steeds niet correct gemaakt. Zo werd in *Prokuratuur* duidelijk uiteengezet dat de vervolgende autoriteit (onder omstandigheden) onvoldoende onafhankelijk is om *a priori* te oordelen over toegang tot bewaarde data, omdat het ‘openbaar ministerie immers niet tot taak (heeft) om een geschil in volledige onafhankelijkheid te beslechten, maar om het, in voorkomend geval, als procespartij die de strafvordering instelt, voor te leggen aan de bevoegde rechter.’[7] In de recente zaak die Dwyer aanspande tegen de vergaande toegang tot gegevens door de Ierse *An Garda* oordeelt het Hof van Justitie EU dat toetsing *a posteriori* via een klachtenregeling een onvoldoende waarborg tegen misbruik vormt.[8] Verder oordeelt het Hof van Justitie EU in *An Garda* dat gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens mogelijk niet in strijd is met het recht, terwijl identificerende gegevens zoals een IP-adres wel ongedifferentieerd kunnen worden opgeslagen.[9] In beide gevallen mag de data wel alleen zo lang als strikt noodzakelijk worden opgeslagen.[10] Juist dat punt staat in de onderhavige Duitse zaak (*Spacenet*) centraal: Duitsland kent wel een ongedifferentieerde opslag, maar die is – in vergelijking met alle in deze annotatie hierboven aangehaalde zaken – kort te noemen, namelijk slechts enkele weken (par. 33, *Spacenet*). Ter vergelyk, in *VD* – waarin het Hof van Justitie EU voor het eerst oordeelt

dat ook als het gaat om toegang tot gegevens door de Autoriteit Financiële Markt op basis van de Richtlijn en Verordening Marktmisbruik dit onder de e-Privacy Richtlijn moeten worden beoordeeld – stond namelijk een retentieperiode van één jaar centraal.

4. Dat maakt vooral *Spacenet* een interessante zaak in het licht van de andere dataretentie-arresten. Kan de beperkte Duitse retentieperiode, ook al is de retentie ongedifferentieerd en algemeen (par. 83),^[11] voldoen aan de in de eerder aangehaalde jurisprudentie genoemde periode van strikte noodzakelijkheid ter bestrijding van zware criminaliteit? Of anders geformuleerd: is ongerichte bewaring van gegevens gerechtvaardigd voor een korte periode (par. 85)? Het Hof van Justitie EU beoordeelt dit in het licht van de ernst van de inmenging, die nader wordt geoperationaliseerd door in hoeverre door de opgeslagen gegevens een zeer precies beeld over het privéleven van een gebruiker van een elektronisch communicatiemiddel wordt verschaft (par. 89). Let wel: het gaat daarom al om de *bewaring*, en niet om de toegang. Het is, volgens het Hof van Justitie EU, namelijk de bewaring die al een ernstige inmenging in het te beschermen privéleven veroorzaakt, doordat die bewaring de noodzakelijke voorwaarde is voor toegang tot de gegevens en door de opslag het risico ontstaat dat zeer precieze conclusies over eindgebruikers privéleven kunnen worden getrokken.

5. Het antwoord op de twee hierboven gestelde vragen is dan ook duidelijk negatief. Ten behoeve van de bestrijding van zware criminaliteit is alleen *gerichte bewaring* mogelijk, op basis van objectieve en niet-discrimatoire gronden, voor een periode niet langer dan strikt noodzakelijk (par. 131). Wel is een ongedifferentieerde en algemene bewaarplicht voor IP-adressen mogelijk ten behoeve van de bestrijding van *zware criminaliteit* en voor zo lang als strikt noodzakelijk (par. 131). Ook is een ongedifferentieerde en algemene bewaarplicht met betrekking tot identificerende gegevens mogelijk ten behoeve van de bestrijding van *criminaliteit* (en dus niet slechts wanneer sprake is van de bestrijding van zware criminaliteit (par. 131)). Dit betekent dat – ook met inachtneming van het eerder aangehaalde arrest *Prokuratuur* –,^[12] mocht de Nederlandse regering in de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering wederom kiezen voor een verplichte bewaarplicht, een naar (i) de aard van de gegevens; en (ii) naar de aard van de te bestrijden criminaliteit een gedifferentieerde regeling dient te worden ontworpen.

6. Tot slot nog een opmerking over de aanhangige prejudiciële vragen die de Hoge Raad stelde naar aanleiding van het *Prokuratuur*-arrest.^[13] De derde vraag uit het *Post-Prokuratuur*-arrest luidt: 'Kan het verlenen van toegang aan overheidsinstanties tot verkeers- en locatiegegevens (anders dan uitsluitend identificerende gegevens) met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten onder Richtlijn 2002/58/EG worden toegestaan als geen sprake is van ernstige strafbare feiten of ernstige criminaliteit, namelijk als

in het concrete geval het verlenen van toegang tot die gegevens – naar mag worden aangenomen – slechts een geringe inmenging veroorzaakt in met name het recht op bescherming van het privéleven van de gebruiker als bedoeld in artikel 2, onder b, Richtlijn 2002/58/EG? Het antwoord op deze vraag ligt duidelijk besloten in het daarna gewezen arrest *An Garda* en de twee onderhavige arresten: de *bewaring* van, en niet pas de *toegang* tot, verkeers- en locatiegegevens vormen per definitie een grove inmenging op het privéleven van eindgebruikers.

Dave van Toor

[1] P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, WODC 2016, p. 6; M. Viersma, ‘Teruggeven na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?’, *Strafblad* 2019, 1, p. 29.

[2] Zoals Henseler in zijn lectorale rede heeft betoogd, maken smartphones tot wel 80 procent uit van het digitale bewijs in strafzaken: J. Henseler, ‘De (R)evolutie van Digitaal Bewijs’, lectorale rede 21 november 2017, Hogeschool Leiden, p. 13. Zie ook J.J. Oerlemans, ‘Beschouwing rapport Commissie-Koops: strafvordering in het digitale tijdperk’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2018; B.J. Koops & J.J. Oerlemans, *Strafrecht en ICT* (Monografieën recht en informatietechnologie), Den Haag: SDU 2019, p. 125; S. Royer & J.J. Oerlemans, ‘Naar een nieuwe regeling voor beslag op gegevensdragers’, *Computerrecht* 2017/200, p. 277. Dat het digitale bewijs ook daadwerkelijk wordt gebruikt in niet-cybercrimezaken blijkt onder meer uit ‘Digitaal bewijs in moordzaken’, *Computerrecht* 2019/125, p. 225-226 & ‘Digitaal bewijs in strafzaken’, *Computerrecht* 2020/38, p. 69-70.

[3] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, par. 112 *EHRC Updates november 2022*, m.nt. Jansen en Te Molder.

[4] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

[5] Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG.

[6] *Digital Rights Ireland*, HvJ EU (GK) 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, «EHRC» 2014/140, m.nt. Koning; *Tele2*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79, m.nt. Koning; *La Quadrature du Net*, HvJ EU (GK) 6 oktober 2020, C-511/18 e.a., ECLI:EU:C:2020:791, EHRC Updates januari 2021, m.nt. Schroers; *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, *EHRC Updates november 2022*, m.nt. Jansen en Te Molder).

[7] *Prokuratuur*, HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, par. 55 *EHRC Updates mei 2021*, m.nt. Van Toor

[8] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, par. 112 *EHRC Updates november 2022*, m.nt. Jansen en Te Molder.

[9] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, par. 101 *EHRC Updates november 2022*, m.nt. Jansen en Te Molder.

[10] *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, par. 112 *EHRC Updates november 2022*, m.nt. Jansen en Te Molder.

[11] Het Hof van Justitie EU is daarover niet mild: 'Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dus dat de door deze nationale regeling voorgeschreven bewaring van verkeers- en locatiegegevens betrekking heeft op nagenoeg de hele bevolking, zonder dat de betrokkenen zich – al was het maar indirect – in een situatie bevinden die aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging. Evenzo stelt die regeling de algemene en vanuit een persoonlijk, temporeel en geografisch oogpunt ongedifferentieerde bewaring – zonder grondslag – van het merendeel van de verkeers- en locatiegegevens verplicht, waarvan de omvang in wezen overeenkomt met die van de gegevens die werden bewaard in de zaken die hebben geleid tot de in punt 78 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.'

[12] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475.

[13] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475.

ANNOTATIE

Macatė t. Litouwen (EHRM, 61435/19) – Homofobie als grond van illegitimiteit

T. Mortier

1. Zaken waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('het Hof') oordeelt dat een aangevochten maatregel geen legitiem doel nastreeft, zijn schaars in de rechtspraak. Nog zeldzamer zijn arresten waarin het Hof oordeelt dat een democratisch aangenomen wet een legitiem doel mist. Niettemin was dit het eindoordeel van het Hof in de zaak *Macatė t. Litouwen*. In deze noot bekijken we de redenering van het Hof met betrekking tot (de afwezigheid van) het legitiem doel van naderbij en contrasteren we dit met eerdere zaken waarin het Hof zich diende uit te spreken over de toelaatbaarheid van maatregelen die beogen de zichtbaarheid van LGBTQI+-issues te beperken.

Feiten

2. De zaak *Macatė t. Litouwen* betreft een aantal restrictieve maatregelen die genomen werden ten aanzien van de publicatie en verspreiding van een sprookjesboek, waarin in twee sprookjes de protagonist een relatie had met een persoon van hetzelfde geslacht. Voor het schrijven van het sprookjesboek had de auteur subsidies aangevraagd bij het Litouws Ministerie van Cultuur, waarbij ze reeds in haar aanvraag vermeldde dat het haar bedoeling was om in haar sprookjes leden van traditioneel gemarginaliseerde groepen te vermelden, opdat kinderen bijgebracht werd dat eenieder het verdiende om aanvaard te worden in de maatschappij. Het Ministerie verleende de subsidie, waarna de Litouwse Universiteit van Onderwijswetenschappen het boek publiceerde en verspreidde.[1]

3. Het boek kon echter snel op protest rekenen. Het Ministerie vorderde een onderzoek naar de potentieel schadelijke impact van het boek op kinderen, waarna de universiteit besloot de publicatie van het boek *on hold* te zetten. Het door het Ministerie gevorderde inspectieverslag concludeerde dat de twee sprookjes waarin een *same-sex* koppel voorgesteld werd, in strijd waren met een Litouwse wet die tot doel had minderjarigen te 'beschermen' tegen blootstelling aan andere vormen van familielevens dan die dewelke voorgeschreven waren in

de Litouwse wetgeving. Vermits tot op heden Litouwen enkel voorziet in de erkenning van relaties tussen koppels van verschillend geslacht, moet de betrokken bepaling dan ook gelezen worden als een verbod op de blootstelling van kinderen aan *same-sex* relaties. De universiteit besloot hierop een waarschuwingslabel bij het boek te laten plaatsen, waarmee aangegeven werd dat het boek informatie bevatte die volgens de Litouwse wet potentieel schadelijk zou kunnen zijn voor kinderen jonger dan veertien jaar.

4. De auteur stelde vervolgens een vordering in bij de Litouwse districtsrechtbank, waarin ze zowel de tijdelijke stopzetting van de verspreiding van het boek als de verdere verspreiding met waarschuwingslabel aanvocht. Hierbij voerde ze aan dat deze beslissingen ingegeven waren door homofobie en dat de sprookjes geenszins informatie bevatten die schadelijk zou kunnen zijn voor minderjarige lezers. Zowel de districtsrechtbank als het hof van beroep verwierpen haar vordering, maar het Hooggerechtshof verwees de zaak terug naar de bodemrechters omdat de potentieel negatieve impact van de sprookjes op minderjarige lezers onvoldoende onderzocht was. Dit leidde echter niet tot andere conclusies; zowel de districtsrechtbank als het hof van beroep steunden haast exclusief op het inspectieverslag. Daarnaast oordeelde het hof van beroep dat bepaalde passages in een van de sprookjes (waarin twee vrouwen elkaar de liefde verklaren en in elkaars armen in slaap vallen) een beschrijving van 'vleselijke liefde' ('*carnal love*') vormden, wat niet passend was binnen een sprookje bedoeld voor kinderen. De auteur wendde zich vervolgens tot het Europees Hof, waarin ze aanvoerde dat de tijdelijke stopzetting van de verspreiding en de herneming hiervan met een waarschuwingslabel neerkwamen op een ongerechtvaardigde inperking van de artikelen 10 en 14 EVRM.

Het arrest

5. Ofschoon de beperkende maatregelen opgelegd waren door de Litouwse universiteit, oordeelde het Hof dat deze toch toe te schrijven waren aan de overheid. De bepalingen in het geding schreven immers administratieve aansprakelijkheid voor voor eenieder die mogelijks 'schadelijke' informatie onder kinderen verspreidde zonder hierbij de waarschuwingsvereisten in acht te nemen. Dit liet het Hof toe te toetsen of de opgelegde maatregelen bestaanbaar waren met artikel 10 EVRM. Zowel de tijdelijke onderbreking in de verspreiding, als het waarschuwingslabel dat aan het boek gehecht werd bij de herneming ervan werden aanzien als een inperking die niet alleen de reputatie van de auteur in kwestie raakte, maar ook een *chilling effect* had op andere auteurs die gelijkaardige verhalen wilden publiceren. Deze maatregelen hadden een wettelijke basis in de omstreden bepaling die minderjarigen afschermde van blootstelling aan andere vormen van familie dan dewelke erkend zijn door het Litouws recht. Het Hof uitte wel twijfels bij de voorzienbaarheid van de bewoordingen van deze bepaling, maar besloot niet dieper in te gaan op deze kwestie in het

licht van de meer prangende problemen met het doel van de maatregelen.

6. De Litouwse overheid stelde dat de maatregelen twee doelstellingen nastreefden: de bescherming van kinderen tegen seksueel expliciet materiaal, en de bescherming van kinderen tegen informatie die *same-sex* relaties als ‘superieur’ aan man-vrouwrelaties voorstelde. Het Hof schoof de eerste doelstelling al snel aan de kant; niet alleen was er niets seksueel expliciets aan de betrokken passages, maar de wet waarin de bepaling op grond waarvan de maatregelen genomen waren, voorkwam, bevatte tevens andere bepalingen die specifiek de bescherming van kinderen tegen erotische of seksuele informatie betroffen. Ook de tweede doelstelling bleek niet relevant; het boek beoogde net tolerantie en verdraagzaamheid jegens sociaal uitgesloten groepen te promoten.

7. Het Hof had perfect op dit punt de controle onder artikel 10 kunnen beëindigen. Dit deed het echter niet; het Hof dook in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wettelijke bepaling en vond onder meer in de wetshistorie en de parlementaire debatten verscheidene aanwijzingen dat de ogenschijnlijke bedoeling van de wetgever was om kinderen te behoeden van enige blootstelling aan *same-sex* relaties in het algemeen – zelfs in die gevallen waar deze niet als een ‘superieure’ relatievorm voorgesteld werden. Dit bleek ook de enige manier waarop de bepaling op dat moment toegepast was geweest. Het Hof besloot dan ook om zijn controle verder te zetten met als doelstelling het vermijden dat kinderen informatie over *same-sex* relaties krijgen.

Hoewel het Hof de belangen van het kind van primordiaal belang acht, oordeelde het dat er geen wetenschappelijk bewijs was dat kennis over homoseksualiteit, of een open publiek debat over de sociale status van seksuele minderheden in het algemeen, op eender welke manier kinderen negatief beïnvloedt. Dergelijke blootstelling zou integendeel bevorderlijk zijn voor sociale inclusie, en kinderen hiervan afschermen had volgens heel wat internationaal materiaal net schadelijke gevolgen. Het Hof bracht in herinnering dat pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid aan de basis van het Verdrag lagen. Hieruit volgt dat een bepaalde seksuele oriëntatie als inferieur bestempelen, of een type familie als de enige ware vorm van familielevens uitdragen, ‘nooit aanvaardbaar zijn onder het Verdrag’. Hieraan gaven de beperkingen in deze zaak wel uiting; de Litouwse overheid had, met het aannemen van de betrokken wet en het opleggen van de maatregelen, bijgedragen aan de aanhoudende stigmatisering van *same-sex* relaties binnen Litouwen door deze als minder aanvaardbaar en dus minderwaardig aan man-vrouwrelaties voor te stellen. Dit druiste in tegen de beginselen van pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid, op grond waarvan het Hof concludeerde dat het doel achter de maatregelen niet legitiem was. In het licht van deze vaststelling oordeelde het Hof dat er geen nood was om de zaak nog verder te onderzoeken onder artikel 14 – een vaststelling waarover de *dissenting opinion* zich kritisch uitliet, maar waar we in deze annotatie

niet verder op ingaan.[2]

Het onderzoek naar de ‘ware’ doelstelling

8. De *Macaté*-zaak is niet de eerste waarin het Hof gevraagd werd te oordelen over de toelaatbaarheid van maatregelen gericht tegen pro-LGBTQI+-boodschappen of -verenigingen. Zo moest het Hof zich reeds meermaals uitspreken over de vraag of een verbod op een Pride-opkomst gerechtvaardigd is,[3] over de bestaanbaarheid met het Verdrag van wetgeving die de verspreiding van zogenaamde ‘LGBTQI+-propaganda’ verbiedt,[4] of over andere restrictieve maatregelen jegens pro-LGBTQI+-verenigingen.[5] Hoewel het Hof in deze zaken besloot dat deze beperkingen niet gerechtvaardigd waren, bleef het op één vlak toch steeds wat terughoudend – met name de vraag welke de achterliggende doelstelling van de maatregelen was.

9. De vraag naar de legitimiteit van een doelstelling is van een andere aard dan de vraag naar de proportionaliteit of pertinentie van een maatregel. Wanneer een maatregel niet proportioneel of pertinent is, zegt het Hof in feite dat de overheid de achterliggende doelstelling op zich perfect mag nastreven – gewoon niet op de manier waarop het nu gebeurde. Is de maatregel niet proportioneel, dan werden de rechten van individuen zwaarder ingeperkt dan nodig was om de doelstelling te bereiken. Als de maatregel volgens het Hof niet pertinent is, spreekt het Hof zich evenmin uit over de toelaatbaarheid van de nagestreefde doelstelling; het oordeelt louter dat de doelstelling met de gekozen maatregel niet (afdoende) bereikt zou kunnen worden. De pertinentie- en proportionaliteitsvragen zijn dus contextafhankelijk. De vraag naar de legitimiteit van de doelstelling peilt echter naar iets anders; is een doelstelling niet legitiem, dan kan deze *nooit* nagestreefd worden – ongeacht de omstandigheden. In plaats van een contextafhankelijke vraag, is het dus een categorische stap in de rechtvaardiging van inperkingen op verdragsrechten. Dit maakt het onderzoek ernaar meteen veel gevoeliger, wat mede verklaart waarom het Hof traditioneel slechts heel uitzonderlijk zijn onderzoek in deze fase van de rechtvaardigingstoets afrondt.[6]

10. Eenzelfde terughoudendheid zien we in een aantal van de zaken waarin de overheid de maatschappelijke zichtbaarheid van LGB-personen trachtte in te perken. Zo liet het Hof in *Alekseyev* nog bewust in het midden wat de doelstelling van het verbod op de Pride-opkomst was, omdat ‘het verbod sowieso toch niet noodzakelijk was in een democratische samenleving’,[7] een aanpak die (helaas) ook in andere materies geregeld terugkeert.[8] In *Bayev* wierp de Russische overheid als een van haar doelstellingen op dat ze kinderen wilde afschermen van positieve afbeeldingen van homoseksualiteit, uit angst dat dit hun ontwikkeling zou verhinderen en hen kwetsbaarder zou maken voor misbruik – waarbij homoseksualiteit en pedofilie impliciet op gelijke voet geplaatst werden.[9] Toch aanvaardde

het Hof in te zien ook dat deze doelstelling legitiem was – maar het verbod was niet pertinent om deze te bereiken, aangezien kinderen de waarden van diversiteit en gelijkheid bijbrengen net *bevorderlijk* was voor hun ontwikkeling. In het licht van deze contraproductiviteit uitte het Hof wel het vermoeden dat een mogelijke negatieve bias jegens LGB-personen aan de grondslag van de maatregel kon liggen – maar het eindoordeel bleef er een van pertinentie, niet van illegitimitéit.^[10]

Op zich mag dit niet heel verwonderlijk heten; vermits de legitimiteitstoets een categorische is, zal het Hof de bescherming van de belangen van kinderen niet snel als illegitiem bestempelen. De terughoudendheid van het Hof situeert zich dan ook in diens weigerachtigheid om vraagtekens te plaatsen bij de *waarachtigheid* van de doelstellingen zoals die geargumenteed werden door de overheid. Hoewel het Hof wel liet doorschemeren dat het vermoedde dat de ware beweegreden van de Russische overheid in *Alekseyev en Bayev* in homofobie gegrond was, ging het hier niet expliciet op in, waardoor de verholen vooroordelen en vijandigheid jegens LGB-personen precies dat bleven: verholen.

11. Ook in *Macaté* oordeelde het Hof in eerste instantie dat de beperkende maatregelen geen verband hielden met de doelstelling om kinderen te beschermen (hetzij tegen seksueel expliciete media, hetzij tegen het idee dat *same-sex* relaties ‘superieur’ waren). Waar dit arrest echter verschilt van *Alekseyev en Bayev*, is dat het Hof hier niet stopte. Aan de hand van eerdere versies van de bepaling die aan de basis lag van de maatregelen, de hiermee gepaard gaande (internationale) controverse en de manier waarop de bepaling in de praktijk toegepast werd, legde het Hof de ware doelstelling van de Litouwse wetgever bloot: door kinderen af te schermen van het idee dat *same-sex* relaties net zo aanvaardbaar zijn als *different-sex* relaties, wou het de historische onderdrukking van LGB-personen in stand houden. Voor het eerst wijst het Hof expliciet aan dat de pogingen van overheden om LGB-personen uit de aandacht te houden uit vrees voor (onder meer) gevaren voor de publieke veiligheid, volksgezondheid of kindbescherming voortvloeien uit een gedeelde drijfveer: homofobie.

Animositeit als grondslag van illegitimitéit

12. Onder meer de artikelen 8-11 EVRM vermelden expliciet welke doelstellingen binnen het Verdrag als legitiem gezien kunnen worden. Dankzij de brede interpretatie die het Hof aan deze doelen geeft, waardoor nagenoeg elke doelstelling binnen de reikwijdte van de door het Verdrag als legitiem bestempelde doelen valt, en de neiging van het Hof om de kwestie van de legitimiteit van het doel bij geval van twijfel niet te behandelen ‘omdat de maatregel sowieso niet noodzakelijk is in een democratische samenleving’, heeft het Hof nog slechts zelden de kans gegrepen om aan te geven aan de hand van welke waarden de legitimiteit dan wel illegitimitéit van doelstellingen afgeleid moet worden. In de rechtspraak vinden we slechts een

beperkt aantal voorbeelden terug. Zo vindt het Hof het niet legitiem dat de overheid een groep individuen ongelijk behandelt met als enige doelstelling dat dit voor haar minder werk inhoudt dan wanneer ze de betrokken groep wél gelijk zou behandelen.[11] De doelstelling om stereotypen te bestendigen (bijvoorbeeld over de traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen in de samenleving)[12] of om zuiver tegemoet te willen komen aan de maatschappelijke meerderheidsopinie[13] worden evenmin aanvaard door het Hof. Animositeit jegens *same-sex* relaties mag vanaf heden dus aan dit lijstje toegevoegd worden, en dit op grond van het feit dat dergelijke animositeit indruist tegen de beginselen van ‘gelijkheid, pluralisme en tolerantie’ – kernwaarden binnen een democratische samenleving volgens het Hof.

13. Hoewel het Hof reeds lang vereist dat een onderscheid in behandeling op grond van seksuele oriëntatie onder artikel 14 gerechtvaardigd wordt door ‘zeer belangrijke redenen’ (*‘very weighty reasons’*) en erkent dat seksuele oriëntatie niet de enige motiverende factor voor de overheid mag zijn om een verdragsrecht in te perken,[14] mag de expliciete manier waarop het Hof respect voor *same-sex* relaties als inherent aan een democratische samenleving omschrijft, niet onderschat worden. Naast het feit dat het Hof in onderhavige zaak een zeldzame theoretische grondslag geeft aan zijn legitimiteitscontrole, geeft deze inherente verbondenheid aan de basiswaarden uiting aan het feit dat, conservatieve (meerderheids)opinies ten spijt, gelijk respect voor seksuele oriëntatie werkelijk aan de kern van het Verdrag ligt. Dit geeft ook een bepalingsoverschrijdende dimensie aan deze conclusie; de intentie om te discrimineren op grond van seksuele oriëntatie is niet enkel strijdig met artikel 14, maar druist in tegen *het Verdrag als geheel*.

Conclusie

14. *Macaté t. Litouwen* heeft het potentieel om een impact te hebben die verder reikt dan enkel deze zaak. Als het Hof de diepgravende aanpak uit *Macaté* ook in andere zaken omtrent discriminatie tegen LGB-personen gaat toepassen, zou dit een grote stap vooruit betekenen wat betreft de bescherming van LGB-personen in Europa. Door doorheen de geveinsde zorgen om kinderbescherming, volksgezondheid of publieke moraal te kijken en de onderliggende homofobie niet alleen aan te kaarten, maar ook uitdrukkelijk af te keuren, breekt het Hof bestaande stigma’s omtrent LGB-personen mee af. Onder meer de omstreden Hongaarse anti-LGBT-propagandawetten of de Poolse LGBT-vrije zones zouden in het vizier van deze aanpak kunnen komen. Laat ons dan ook hopen dat *Macaté* de deur definitief openzet voor een grondigere toetsing van de achterliggende doelstellingen bij wetten die rechten van LGB-personen inperken in de toekomst.

Tobias Mortier

Doctoraal onderzoeker en FWO-aspirant aan de Universiteit Gent, verbonden aan het Human Rights Centre en ConstitUGent

[1] Een collectie van de sprookjes is terug te vinden op de volgende link: <http://amberheart.lt/>.

[2] *Macatè t. Litouwen*, EHRM 23 januari 2023, nr. 61435/19, ECLI:CE:ECHR:2023:0123JUD006143519, *Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Lubarda, Guerra Martins and Zünd, joined by Judge Küris*.

[3] *Alekseyev t. Rusland*, EHRM 21 oktober 2010, nrs. 4916/07 e.a., ECLI:CE:ECHR:2010:1021JUD000491607; *Berkman t. Rusland*, EHRM 1 December 2020, nr. 46712/15, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD004671215.

[4] *Bayev e.a. t. Rusland*, EHRM 20 juni 2017, nrs. 67667/09 e.a., ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709.

[5] *Bączkowski e.a. t. Polen*, EHRM 3 mei 2007, nr. 1543/06, ECLI:CE:ECHR:2007:0503JUD000154306; *Zhdanov e.a. t. Rusland*, EHRM 16 juli 2019, nrs. 12200/08 e.a., ECLI:CE:ECHR:2019:0716JUD001220008.

[6] Zie voor een uitzonderlijk voorbeeld waar het Hof een doelstelling wél als illegitiem bestempelt: *Darby t. Zweden*, EHRM 23 oktober 1990, nr. 11581/85, ECLI:CE:ECHR:1990:1023JUD001158185; par. 33-34.

[7] *Alekseyev t. Rusland*, reeds aangehaald, par. 69.

[8] Zie bijvoorbeeld *Polyakh e.a. t. Oekraïne*, EHRM 17 oktober 2019, nrs. 58812/15 e.a., ECLI:CE:ECHR:2019:1017JUD005881215, par. 282; *Dareskizb Ltd t. Armenië*, EHRM 21 september 2021, nr. 61737/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0921JUD006173708, par. 75. Zie ook T. Mortier, 'Preventing Disorder or Silencing Political Opposition? On (the Lack of) Legitimate Aims in *Dareskizb Ltd v. Armenia*', *Strasbourg Observers*, 29 oktober 2021, <https://strasbourgobservers.com/2021/10/29/preventing-disorder-or-silencing-political-opposition-on-the-lack-of-legitimate-aims-in-dareskizb-ltd-v-armenia/>.

[9] *Bayev e.a. t. Rusland*, reeds aangehaald, *Dissenting Opinion of Judge Dedov*. Zie ook L. Lavrysen, 'Bayev and Others v. Russia: On Judge Dedov's Outrageously Homophobic Dissent', *Strasbourg Observers* 13 juli 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/07/13/bayev-and-others-v-russia-on-judge-dedovs-outrageously-homophobic-dissent/>.

[10] *Bayev e.a. t. Rusland*, reeds aangehaald, pars. 74-82.

[11] *Darby t. Zweden*, reeds aangehaald, par. 33.

[12] *Gruba e.a. t. Rusland*, EHRM 6 juli 2021, nrs. 66180/09 e.a.,
ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD006618009, par. 80; *Beeler t. Zwitserland*, EHRM 11 oktober 2022,
nr. 78630/12, ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007863012, par. 110.

[13] *Dickson t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04,
ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204, par. 75; *Bayev e.a. t. Rusland*, reeds aangehaald, par.
68.

[14] Zie onder meer *X e.a. t. Oostenrijk*, EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07,
ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007, par. 99.

ANNOTATIE

Loste t. Frankrijk (EHRM, nr. 59227/12) – Over falend toezicht op een uit huis geplaatst kind***M.R. Bruning***

1. Deze zaak draait in de kern om de vraag of de Franse verantwoordelijke autoriteiten voldoende hebben gedaan om een meisje, France Loste te beschermen tegen seksueel misbruik, en daarmee hebben voldaan aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM. Dit meisje, dat vanaf haar vijfde jaar bijna dertien jaar in een pleeggezin opgroeide tot aan haar meerderjarigheid, is slachtoffer geworden van seksueel misbruik door haar pleegvader vanaf jonge leeftijd. Daarbij is zij als kind met een islamitische achtergrond opgegroeid in een pleeggezin dat tot Jehova's Getuigen behoorde. De pleegouders voedden het meisje vanuit deze religieuze achtergrond op zonder enige ruimte te geven om haar islamitische achtergrond te waarderen en te voeden. De verantwoordelijke autoriteiten die toezicht hadden moeten houden op de ontwikkeling en de veiligheid van het meisje, waren van dit alles niet op de hoogte. Pas toen France op zeventienjarige leeftijd een ernstig verkeersongeluk kreeg en tijdens haar ziekenhuisverblijf de pleegouders het ziekenhuis lieten weten dat zij geen toestemming gaven om bloedproducten te gebruiken voor hun pleegdochter, raakte het medische personeel op de hoogte van het feit dat het pleeggezin Jehova's Getuige was. De pleegzorgautoriteiten zullen hiervan vervolgens ook op de hoogte zijn gesteld door het ziekenhuis, aangezien vervangende toestemming voor het gebruik van bloedproducten nodig was.

2. France Loste verzoekt acht jaar nadat zij meerderjarig is geworden om inzage in haar jeugdbeschermingsdossier en besluit vervolgens om procedures te starten tegen haar pleegvader (strafrechtelijk en civielrechtelijk) en de Staat (bestuursrechtelijk) omdat zij slachtoffer is van seksueel misbruik in het pleeggezin. De acties slagen niet vanwege de strafrechtelijke verjaringstermijn en de beslissing van het Franse Gerechtshof dat de Staat niet aansprakelijk kon worden gehouden voor nalatig handelen van de jeugdbeschermingsautoriteiten, aangezien deze verantwoordelijkheid gedecentraliseerd was en daarom niet onder het rijk, maar onder het departement viel. Vervolgens start zij een bestuursrechtelijke procedure tegen het departement, maar ook deze actie slaagt niet vanwege

een beslissing van de rechtbank dat ook ten aanzien van deze procedure de verjaringstermijn inmiddels was verstreken. De bestuursrechtbank verklaart daarom het verzoek van France Loste niet-ontvankelijk. France Loste dient vervolgens een klacht in bij het EHRM over het ontbreken van een effectief rechtsmiddel om de aansprakelijkheid van de kinderschermingsautoriteiten te kunnen laten vaststellen. Het Hof besluit deze klacht onder art. 3, 9 en 13 EVRM te behandelen. In de kern gaat de zaak dus over de vraag of de Staat zich voldoende heeft ingespannen om dit pleegkind te beschermen tegen seksueel misbruik.

3. Het is niet de eerste keer dat het EHRM zich moest buigen over de vraag of er voor de verantwoordelijke autoriteiten een positieve verplichting bestaat om kinderen tegen seksueel misbruik binnen het gezin of in een instelling te beschermen door passende acties te treffen en hoe ver deze acties reiken om de rechten die voortvloeien uit art. 3 EVRM voor kinderen te garanderen. Het EHRM heeft als vaste lijn in de jurisprudentie aangenomen dat passende acties moeten worden getroffen die leiden tot een effectieve bescherming van kinderen tegen vormen van onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM), zoals seksueel misbruik of andere vormen van kindermishandeling, indien de Staat *op de hoogte was of had moeten zijn* van het vóórkomen van geweld.[1] Afhankelijk van de vorm van geweld tegen kinderen thuis, op school of in een instelling, zal een verdragsstaat eerder of juist minder snel op de hoogte kunnen zijn van wat er speelde. Als het immers gaat om fysieke vormen van kindermishandeling waarbij sporen op het lichaam van het kind te vinden zullen zijn, zal eerder gesteld kunnen worden dat een verdragsstaat op de hoogte had kunnen zijn van wat speelde dan als het gaat om seksueel misbruik, dat veelal onzichtbaar is en als groot geheim wordt megedragen door een kind. In eerdere uitspraken van het EHRM tegen het Verenigd Koninkrijk kan dit helder worden geïllustreerd. In de zaak *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk* uit 2001,[2] waar vier kinderen bij het EHRM klaagden dat de Staat hen onvoldoende had beschermd tegen ernstige vormen van fysieke mishandeling en verwaarlozing, was sprake van vele meldingen over vermoedens van kindermishandeling door verschillende beroepskrachten (onder meer vanuit de school van de kinderen), bureaus en uiteindelijk zelfs door de moeder zelf, en hadden de wijkagenten bij een huisbezoek geconstateerd dat sprake was van een omgeving die ongeschikt voor kinderen was om te wonen. Dergelijke omstandigheden maken het gemakkelijk om te constateren dat de verdragsstaat op de hoogte was, of op zijn minst had moeten zijn, van deze situatie, en dat de positieve verplichting om deze kinderen te beschermen daarom opging. Maar in de zaak *D.P. en J.C. t. Verenigd Koninkrijk*,[3] waar het ging om seksueel misbruik in het gezin door de stiefvader, concludeerde het EHRM dat niet kon worden vastgesteld dat de verdragsstaat van het seksueel misbruik dat speelde op de hoogte was of had kunnen zijn. In deze zaak waren hulpverleners betrokken die het gezin gedurende vele jaren regelmatig bezochten en ondersteunden bij de aanpak van multi-problematiek. In deze zaak waren er geen signalen van seksueel misbruik; de moeder was op

de hoogte maar verborg het seksueel misbruik door haar partner en de kinderen bleven hierover zwijgen in de contacten die zij met de hulpverleners hadden. Pas toen zij volwassen waren, begonnen zij te spreken over het seksueel misbruik in hun jeugd. In deze zaak oordeelde het EHRM dat er geen aanleiding bestond voor de verantwoordelijke autoriteiten om seksueel misbruik te vermoeden en dat zij daarom niet hadden kunnen weten dat dit speelde; er was daarom geen sprake van een schending van art. 3 EVRM.

4. Als het gaat om geweld tegen uit huis geplaatste kinderen die niet thuis kunnen opgroeien, is de positieve verplichting van verdragsstaten om kinderen te beschermen tegen alle vormen van geweld volgens het EHRM nog prominenter aanwezig.[4] In dergelijke situaties waarin verantwoordelijke autoriteiten de taak hebben om deze extra kwetsbare kinderen te beschermen, zijn deze kinderen immers overgeleverd aan het toezicht op hun veiligheid door deze autoriteiten. Dit volgt ook uit eerdere uitspraken van het EHRM ten aanzien van kinderen die buiten het gezin slachtoffer werden van seksueel misbruik op school[5] of in een weeshuis[6] of zelfs kwamen te overlijden door ernstige ondervoeding in een weeshuis dat niet langer de financiële middelen had om in de eerste levensbehoeften van de daar verblijvende kinderen te voorzien[7]. Positieve verplichtingen van de verdragsstaat ter bescherming van kinderen tegen ernstige vormen van geweld die in dergelijke omstandigheden moeten worden nageleefd, betreffen niet louter een wettelijke strafbaarstelling en beleidsregels, maar gaan, zo benadrukt het EHRM in *Loste* opnieuw, vooral over effectieve en concreet te treffen maatregelen en acties om deze bescherming die in theorie bestaat, ook te realiseren in de dagelijkse uitvoeringspraktijk. Daarbij verwijst het EHRM naar het Verdrag van Lanzarote, waarin onder meer de internationale verplichting is vastgelegd om kinderen effectief te beschermen tegen seksueel geweld. Verder onderstreept het EHRM dat het Hof doorgaans retrospectief, met terugwerkende kracht, oordeelt over een situatie die in het verleden heeft plaatsgevonden, en dat er daarom voor gewaakt moet worden dat bij een beoordeling van de vraag of de verdragsstaat had kunnen weten dat geweld tegen kinderen plaatsvond, de tijdsgebonden context centraal staat.

5. Het EHRM geeft een streng oordeel bij de toepassing van bovenstaande uitgangspunten op de casus die voorligt in *Loste*. Dat strenge oordeel is niet gericht op de wettelijke en beleidsmatige maatregelen die Frankrijk heeft getroffen om uit huis geplaatste kinderen te beschermen. Er bestonden namelijk wel degelijk wettelijke bepalingen en beleid die enerzijds seksueel misbruik tegen kinderen strafbaar stellen, en anderzijds voorschrijven dat de jeugdbeschermingsautoriteiten ten aanzien van uit huis geplaatste kinderen verantwoordelijk zijn voor het garanderen van de veiligheid, de bescherming en het welzijn van het kind en tevens voor het jaarlijks aan de kinderrechter overhandigen van een rapportage over de situatie van het pleegkind dat onder hun hoede is. Ook hebben zij de verplichting om

pleegouders te screenen en zodoende te controleren of een pleegkind in een veilige nieuwe thuissituatie terechtkomt, en om telkens na twee jaar pleeggezinplaatsing een zitting bij de kinderrechter te laten plaatsvinden, waarna de uithuisplaatsing verlengd kan worden. Maar wettelijke en beleidsmatige acties moeten volgens het EHRM gepaard gaan met maatregelen en acties om kinderen preventief te beschermen tegen seksueel geweld en om seksueel geweld te identificeren. Met andere woorden, een wettelijke strafbaarstelling van geweld tegen kinderen is niet genoeg, maar is pas het begin. Daadwerkelijk te treffen maatregelen en acties die leiden tot een effectieve bescherming van kinderen moeten worden genomen, juist voor kinderen die op jonge leeftijd uit huis worden geplaatst en daarmee de zorgen van hun biologische ouder(s) moeten missen, aldus het Hof.

6. Ondanks deze context van wet- en regelgeving en beleid, die door het Hof als geschikt wettelijk kader wordt beoordeeld voor de preventie en identificatie van geweld tegen pleegkinderen, is in deze casus geen sprake geweest van effectieve bescherming van klaagster door de Franse bevoegde autoriteiten. Het Hof concludeert dat de Franse jeugdbeschermingsautoriteiten onvoldoende maatregelen hebben getroffen om het onder hun verantwoordelijkheid geplaatste pleegkind te beschermen tegen seksueel misbruik en haar veiligheid te garanderen in het pleeggezin. In welk opzicht hebben de Franse autoriteiten dan gefaald om effectieve maatregelen en acties te treffen? Dat ligt in de gebrekkige uitvoering van deze wettelijke context en begon volgens het EHRM vanaf de start van de door de kinderrechter uitgesproken uithuisplaatsing van het jonge meisje. Pas elf maanden na de plaatsing van het destijds vijfjarige meisje in het pleeggezin is een eerste huisbezoek afgelegd. Het EHRM spreekt daarover verbazing uit, aangezien juist de eerste periode van een uithuisplaatsing cruciaal en gevoelig is en het er aldus op lijkt dat er onvoldoende bereidheid bij de autoriteiten aanwezig leek om toezicht te houden op de veiligheid en het welzijn van het jonge pleegkind. Het EHRM benoemt daarbij dat gedurende de pleeggezinplaatsing, die twaalf jaar heeft geduurd, ook geen sprake is geweest van regelmatige evaluaties van de uithuisplaatsing met behulp van huisbezoeken. In de twaalf jaar uithuisplaatsing zijn in totaal zes huisbezoeken uitgevoerd, soms pas weer vijf jaar na het laatste huisbezoek aan het pleegkind en het pleeggezin. De rapportages die naar aanleiding van een huisbezoek werden opgesteld, waren volgens het Hof zeer beknopt en formeel. Tijdens het tweede huisbezoek (in 1978), ongeveer anderhalf jaar na de start van de uithuisplaatsing, toen het meisje zeven jaar oud was, werd in de rapportage opgemerkt dat het meisje zenuwachtig was en dat ze was blijven zitten in de eerste klas van de basisschool. Toch is er vervolgens ongeveer tweeënhalf jaar gewacht met het volgende huisbezoek en is volgens het Hof evenmin enig bewijs voorhanden dat de jeugdbeschermingsautoriteiten contact hebben gelegd met de basisschool. Achteraf blijkt dat in deze periode het seksueel misbruik door de pleegvader van het meisje is begonnen. Dat het EHRM voorstander is van een nauwe samenwerking tussen betrokken

instanties bij kinderen over wie zorgen bestaan, waarbij relevante informatie wordt uitgewisseld, werd ook al duidelijk in de uitspraak *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage*.^[8] Daarin besliste het Hof tot een schending van art. 3 EVRM door Frankrijk in een casus waarin een jong meisje uiteindelijk door het handelen van haar ouders om het leven was gebracht na jaren van zware kindermishandeling zonder dat door de betrokken autoriteiten voldoende maatregelen waren getroffen om haar te beschermen.

Een bijkomend probleem is dat de wettelijke plicht tot een jaarlijkse verslaglegging over de situatie van het pleegkind aan de kinderrechter niet naar behoren is nageleefd, aangezien slechts na twee jaar en na vier jaar een dergelijk verslag werd ingediend. Dit alles geeft het Hof de indruk dat ten aanzien van klagster vanaf de start van de uithuisplaatsing geen regelmatige en voldoende evaluatie van de pleeggezinplaatsing heeft plaatsgehad en dat hier ook geen intentie toe was. Daarbij merkt het Hof tevens op dat de jeugdbeschermingsautoriteiten in de eerste tien jaar uithuisplaatsing in het pleeggezin niet op de hoogte waren van de achtergrond van het pleeggezin als Jehova's Getuigen waarin het pleegkind werd meegenomen, waarover straks meer. Dit bevestigt voor het Hof de langdurige verwaarlozing van de taken die de autoriteiten hadden ten opzichte van het pleegkind die ertoe heeft geleid dat geen sprake was van effectieve bescherming van dit pleegkind tegen geweld in het pleeggezin.

7. Daarbij maakt het Hof korte metten met het argument van de verdragsstaat dat deze niet op de hoogte had kunnen zijn van het seksueel misbruik dat zich in het pleeggezin afspeelde. Het Hof herhaalt dat niet hoeft te worden aangetoond dat het seksueel misbruik niet zou hebben plaatsgehad als de verdragsstaat passende maatregelen had getroffen. Het gaat volgens het Hof om een lagere drempel: de staat kan al verantwoordelijk worden gehouden als sprake is van “*a failure to take reasonably available measures which could have had a real prospect of altering the outcome of mitigating the harm is sufficient to engage the responsibility of the State*”.^[9] In deze zaak verwijst het Hof daarbij ook naar de enige nationale rechter die over het seksueel misbruik een oordeel heeft geveld en heeft vastgesteld dat het seksueel misbruik mogelijk was door het tekortschieten van de jeugdbeschermingsautoriteiten die hadden moeten toezien op de veiligheid en het welzijn van het pleegkind. Dit oordeel bevestigt voor het Hof dat de verdragsstaat onvoldoende maatregelen heeft getroffen om te voldoen aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM in situaties van kindermishandeling. Terecht merkt het Hof daarbij nog op dat de verantwoordelijke autoriteiten bij het treffen van effectieve maatregelen een vertrouwensrelatie met het pleegkind hadden moeten opbouwen en naar haar hadden moeten luisteren om goed te kunnen inschatten wat er speelde binnen het gezin. In de periode tussen 1983 en 1988 is echter geen enkel huisbezoek afgelegd, terwijl het meisje op veertienjarige leeftijd in 1985 bij de congregatie van Jehova's Getuigen een

verklaring heeft afgelegd over het seksueel misbruik. Met het Hof ben ik het eens dat dit aangeeft dat er, bij een vertrouwensband tussen de autoriteiten en het meisje, wel degelijk een grote kans was geweest dat het meisje signalen had afgegeven over het seksueel misbruik. Het pleegkind is mijns inziens niet serieus genomen en er is niet geïnvesteerd in het creëren van een veilig klimaat waarin door middel van gesprekken met het meisje het toezicht op haar veiligheid invulling werd gegeven.

8. Hoewel het Hof in deze context art. 12 IVRK niet noemt (en nergens in de uitspraak verwijst naar IVRK-bepalingen), is het recht van het kind om gehoord te worden bij uitstek van toepassing op deze situatie.^[10] Want om daadwerkelijk effectief te kunnen toezien op de veiligheid van een pleegkind, is het noodzakelijk dat pleegkinderen zelf een stem krijgen en in elk geval gestimuleerd en gefaciliteerd worden om zich uit te spreken over mogelijke situaties van geweld. Signalen van geweld zullen niet zomaar worden gegeven door pleegkinderen en daarom moet worden geïnvesteerd in een kindvriendelijk klimaat waarin het afgeven van signalen eenvoudiger wordt. Als jeugdbeschermingsautoriteiten bij huisbezoeken enkel met het pleegkind spreken waar pleegouders bij zijn, bevordert dit niet dat signalen door een pleegkind worden afgegeven.

9. Ten aanzien van de klacht op grond van art. 3 EVRM concludeert het EHRM dus tot een schending van art. 3 EVRM aangezien niet is voldaan aan de positieve verplichtingen om kinderen te beschermen tegen vormen van kindermishandeling. In veel kindermishandelingszaken waarbij het Hof moet oordelen of voldaan is aan de verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 EVRM, is het oordeel gebaseerd op procedurele verplichtingen, bijvoorbeeld als het opsporings- en vervolgingsonderzoek te lang heeft geduurd of onvoldoende serieus is genomen.^[11] In deze uitspraak concludeert het Hof echter tot een schending van art. 3 EVRM op basis van de materiële component van art. 3 EVRM: aan de positieve verplichtingen om kinderen effectief te beschermen tegen geweld is in materieel opzicht niet voldaan.

10. Niet alleen het falende toezicht op langdurige pleeggezinplaatsingen, maar ook het tekortschieten in het respecteren van de religieuze achtergrond van het pleegkind is een thema dat voor Nederland interessant is. Klaagster klaagt namelijk ook op grond van art. 9 EVRM dat de verantwoordelijke autoriteiten niet de noodzakelijke maatregelen hebben getroffen om de haar islamitische achtergrond in het pleeggezin van Jehova's Getuigen te garanderen. In Frankrijk tekenen pleegouders bij een rechterlijke plaatsing van een pleegkind in hun gezin een contract waarin is vastgelegd dat zij 'passende maatregelen treffen om de politieke, levensbeschouwelijke en politieke achtergrond van het pleegkind en haar oorspronkelijke familie te respecteren'. Klaagster stelt dat de autoriteiten geen maatregelen hebben getroffen waarmee de pleegouders werden aangespoord om zich aan dit onderdeel

van het pleegcontract te houden. De Franse Staat probeert deze klacht te weerleggen door te stellen dat het meisje op vijfjarige leeftijd, toen zij in het pleeggezin werd geplaatst, veel te jong was om zelf te bepalen wat haar religieuze overtuiging was. Met haar islamitische biologische familie werden alle banden verbroken en zij heeft geen weerstand getoond toen zij door het pleeggezin werd bekeerd als Jehova's Getuige.

11. Bij de beoordeling van deze klacht gaat het Hof eerst in op het verschil met de uitspraak *Abdi Ibrahim t. Noorwegen*,^[12] waarin ook het recht op vrijheid van religie van een pleegkind centraal stond. Het Hof geeft aan dat de zaken verschillend zijn: in deze zaak gaat het om een pleegkind dat zelf een beroep doet op haar recht op religie, met andere woorden het recht van een kind op vrijheid van religie, terwijl het in de eerdere zaak ging om een moeder die een klacht indiende over de uithuisplaatsing van haar jonge kind, waarbij volgens haar sprake was van een schending van haar recht op family life (art. 8 EVRM) en van haar recht om haar kind op te voeden met haar eigen religie. In de eerdere zaak is art. 9 in het licht van art. 8 EVRM meegenomen bij de klacht van de moeder, terwijl het Hof in *Loste* zaak aanleiding ziet om de klacht van het voormalige pleegkind enkel onder art. 9 EVRM te behandelen. Zoals in *Abdi Ibrahim* duidelijk werd, hebben de verantwoordelijke autoriteiten geen resultaats-, maar een inspanningsverplichting om een pleeggezin te zoeken met dezelfde religieuze achtergrond als die van het pleegkind. Het Hof gaat vervolgens in op de jonge leeftijd van het pleegkind ten tijde van de plaatsing in het pleeggezin en stelt dat bij een vijfjarig kind ten aanzien van het recht op vrijheid van religie sprake is van een religieuze achtergrond die nog in ontwikkeling is; daarom moet de invulling van de vrijheid van religie en de vraag of zij een vrije keuze had in haar bekering tot Jehova's Getuige anders worden benaderd dan wanneer zij ouder was en sprake was van voldoende rijpheid en volwassenheid en volle autonomie om een eigen keuze te maken ten aanzien van een religieuze achtergrond. Daarom oordeelt het Hof vervolgens slechts aan de hand van de vraag of de neutraliteitsclausule uit het pleegcontract, die voorschrijft dat de religieuze achtergrond van het kind wordt gerespecteerd door de pleegouders, voldoende is nageleefd en hier voldoende toezicht op is uitgeoefend.

12. In de beantwoording van deze vraag grijpt het Hof terug op zijn eerdere oordeel dat door de jeugdbeschermingsautoriteiten te weinig is geïnvesteerd in de toezichthoudende taak om de veiligheid en het welzijn van het pleegkind te garanderen. Daarbij benoemt het Hof opnieuw dat onvoldoende maatregelen zijn getroffen om het pleegkind zelf te spreken, bijvoorbeeld op een andere locatie dan in het pleeggezin, en niet is getracht om een vertrouwensrelatie met het pleegkind tot stand te brengen, aangezien er gedurende twaalf jaar uithuisplaatsing in het pleeggezin slechts zes huisbezoeken zijn afgelegd. Het argument van de verdragsstaat dat de autoriteiten niet op de hoogte waren van de religieuze achtergrond van de pleegouders wordt door het Hof verworpen. Zelfs als de autoriteiten hiervan bij de start van de

pleeggezinplaatsing niet op de hoogte waren, dan hadden ze er in de loop van de plaatsing achter moeten komen. In elk geval kwamen ze hiervan op de hoogte toen het meisje een ernstig auto-ongeluk had overleefd en tijdens haar verblijf in het ziekenhuis door de pleegouders werd aangegeven dat zij vanwege haar achtergrond als Jehova's Getuige geen bloedproducten mocht hebben. Het Hof memoreert dat zelfs daarna in het jeugdbeschermingsdossier slechts is terug te vinden dat de hulpverlener een discussie hierover heeft gevoerd met de pleegmoeder, terwijl de kinderrechter opnieuw heeft beslist over de uithuisplaatsing en naar alle waarschijnlijkheid niet is geïnformeerd over deze nieuwe inzichten. Concluderend oordeelt het Hof dat de bevoegde autoriteiten niet de noodzakelijke maatregelen hebben getroffen om de voorwaarden van de pleeggezinplaatsing ten aanzien van de religieuze achtergrond van het pleegkind na te leven en te respecteren; daarom is sprake van een schending van art. 9 EVRM. Dit oordeel is mijns inziens juist en hangt nauw samen met de schending van art. 3 EVRM. Dit pleegkind is zo ongeveer aan haar lot overgelaten vanaf haar uithuisplaatsing en het toezicht op de uithuisplaatsing is in geen enkel opzicht serieus genomen. Dit heeft ertoe kunnen leiden dat haar recht op vrijheid van religieuze achtergrond niet is gerespecteerd en dat zij niet is beschermd tegen het seksueel misbruik door haar vader, terwijl zij geen enkele band meer had met haar biologische ouders en deze dus ook niet voor haar op konden komen. Zij is niet gezien en niet gehoord door de verantwoordelijke autoriteiten die als wettelijke taak hebben om haar te beschermen en haar veiligheid te garanderen. Dit levert een ernstig falen op van de jeugdbeschermingsautoriteiten en betekent een schending van zowel art. 3 als art. 9 EVRM.

13. Over de derde klacht van klagster houd ik het kort. De klacht hield in dat voor haar een effectief rechtsmiddel ontbrak om de aansprakelijkheid van de jeugdbeschermingsautoriteiten te kunnen laten vaststellen. Het Hof stelt vast dat er geen inhoudelijke beoordeling van de zaak heeft plaatsgevonden en dat niet voldoende rekening is gehouden met het feit dat klagster pas in 1999 toegang kreeg tot haar dossier. Pas vanaf dat moment had zij voldoende informatie om te kunnen aannemen dat de geleden schade toerekenbaar waren aan de kinderbeschermingsautoriteiten. Bij het verklaren dat de zaak verjaard was hebben de nationale rechters zich volgens het Hof excessief formalistisch opgesteld, in strijd met art. 13 jo. 3 en 9 EVRM, en met dit oordeel ben ik het eens. Juist in de meest gruwelijke kindermishandelingszaken waar sprake is van seksueel misbruik en de fysieke integriteit van een kind ernstig wordt geschonden, is het van groot belang dat slachtoffers voldoende mogelijkheid hebben om, bijvoorbeeld bij langdurige verdringing van deze feiten, op latere leeftijd alsnog een procedure te starten. Zowel het Verdrag van Lanzarote^[13] als de EU-Richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderpornografie^[14] sporen verdragsstaten dan ook aan om de verjaringstermijnen ten aanzien van seksueel misbruik te verruimen. Excessief formalisme past hier niet bij. In

Nederland hebben de genoemde Europese bepalingen er overigens toe geleid dat er sinds 1 april 2013 geen verjaringstermijn meer geldt voor ernstige seksuele misdrijven tegen kinderen met een straf van acht jaar of meer.[15]

14. Hoe dan ook is de uitspraak bij uitstek relevant voor Nederland. In 2019 bleek uit onderzoek van de commissie-De Winter, die zich in opdracht van de Nederlandse regering boog over het vraagstuk van geweld in de Nederlandse jeugdzorg vanaf 1945, dat in de gehele periode fysiek, psychisch en seksueel geweld in de jeugdzorg voorkwam ten aanzien van uit huis geplaatste kinderen.[16] Uit bevolkingsonderzoek bleek dat bijna een kwart van de ondervraagden die uit huis waren geplaatst, nooit te maken had gekregen met enig fysiek of psychisch geweld. Daarbij is gebleken dat kinderen die in pleeggezinnen waren geplaatst, minder geweld hebben ervaren dan in instellingen. Kinderen die uit huis zijn geplaatst, vaak omdat het thuis niet veilig was, hebben dus een grotere kans om tijdens een uithuisplaatsing met geweld te maken te krijgen.[17] Op grond van relevante mensen- en kinderrechten hebben kinderen die niet thuis kunnen wonen, recht op extra bescherming, onder meer tegen alle vormen van geweld, en recht op periodieke evaluatie.[18] Toch is uit het onderzoek van de commissie-De Winter gebleken dat het toezicht op kinderen in instellingen en pleeggezinnen grote manco's heeft gekend en dat doorgaans bij geweld niet is ingegrepen.

15. Kinderen die in Nederland via de kinderrechter uit huis worden geplaatst, staan onder voogdij (na een maatregel van gezagsbeëindiging) of hebben te maken met een maatregel van ondertoezichtstelling en een machtiging uithuisplaatsing, die maximaal een jaar kunnen duren en telkens voor de duur van een jaar kunnen worden verlengd. Voor deze laatste groep is er in elk geval jaarlijks een verlengingszitting, waarbij de uithuisplaatsing wordt geëvalueerd. Maar bij minderjarigen die met een voogdijmaatregel uit huis worden geplaatst en doorgaans worden begeleid door een voogd die werkzaam is bij een gecertificeerde instelling, is er geen jaarlijks toetsingsmoment. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was een jaarlijkse toetsende taak van de Raad voor de Kinderbescherming opgenomen ten aanzien van de uitvoering van de voogdijmaatregel door de gecertificeerde instelling, maar deze bepaling is uiteindelijk niet ingevoerd. In de juridische literatuur gaan stemmen op die stellen dat deze wettelijke regeling voogdijkinderen in de kou laat staan vanwege dit gebrek aan een wettelijke toetsingsplicht van de uithuisplaatsing en het ontbreken van een geschillenregeling voor uit huis geplaatste kinderen en ouders die te maken krijgen met voogdij van een gecertificeerde instelling.[19] Ook de commissie-De Winter gaf aan dat het gebrek van een wettelijke plicht om de voortgang van een uithuisplaatsing voor deze groep uit huis geplaatste kinderen er toe kan leiden dat de voogd minder aandacht schenkt aan kinderen die het op het eerste gezicht redelijk doen: *“Dit terwijl uit de verhalen van degenen die zich tot het meldpunt geweld in de jeugdzorg hebben gericht, is gebleken dat zwijgen een onderdeel vormde van de*

overlevingsstrategie van uit huis geplaatste kinderen die blootstonden aan geweld. Juist die zwijgende kinderen lopen het grootste risico dat ze door de voogd over het hoofd worden gezien”.[20] De commissie-De Winter adviseerde in 2019 daarom onder meer dat het nodig is dat er controle komt op de wijze waarop de voogden een uithuisplaatsing invullen, bijvoorbeeld door de voogd jaarlijks te laten rapporteren aan de Raad voor de Kinderbescherming. Ook werd geadviseerd dat het voor een kind dat onder voogdij staat en uit huis is geplaatst de mogelijkheid moet komen om vragen en geschillen met betrekking tot de uitoefening van de voogdij aan de kinderrechter voor te leggen.[21] Deze aanbevelingen werden in september 2022 opnieuw gedaan in de eindevaluatie van de wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen.[22] Er is, mede op grond van deze zaak, wat mij betreft aanleiding om een wettelijke periodieke evaluatie van de uithuisplaatsing van kinderen onder voogdij serieus op te pakken en werk te maken van wettelijke aanpassingen waarmee het toezicht op deze kinderen beter wordt geregeld.

16. Maar daarmee zijn we er nog niet. Recent onderzoek van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugdbescherming toont aan dat het er ten aanzien van de uitvoering van maatregelen van jeugdbescherming en uithuisplaatsingen slecht voorstaat.[23] Sinds september 2022 heeft de Inspectie haar toezichthoudende taak op de jeugdbeschermingsketen neergelegd omdat hun instrumentarium om te interveniëren en verbetering op de korte termijn te bevorderen is uitgeput. De Inspectie treedt niet langer op wanneer de oorzaken van het niet naleven van wet- en regelgeving liggen in het onvoldoende realiseren van een toereikend aanbod van jeugdbescherming en jeugdhulp. In de publicatie van de Inspectie van 23 februari 2023 blijkt dat de crisis in de jeugdbeschermingsketen voortduurt. Zij concluderen dat niet elk kind met een maatregel de noodzakelijke hulp krijgt en dat rechterlijke beslissingen om kinderen te beschermen niet worden uitgevoerd. Negen van de dertien jeugdbeschermingsorganisaties slaagden er begin 2023 niet in om aan elk kind met een maatregel van kinderbescherming een jeugdbeschermer te koppelen. Op de wachtlijsten en doorstroomlijsten staan soms honderden kinderen. De rechtsbescherming van het kind en ouders is in het geding. Ten aanzien van uit huis geplaatste kinderen is relevant dat er volgens de Inspectie geen direct zicht van de jeugdbeschermer is op hun veiligheid en welzijn. Ook kan er voor kinderen na een uithuisplaatsing onvoldoende worden toegewerkt aan een terugplaatsing. De werkdruk bij de jeugdbeschermingsorganisaties is onverminderd hoog en de organisaties komen veelal niet toe aan het doorvoeren van verbetermaatregelen na een calamiteit vanwege structurele onderbezetting en het hoge verloop, werkonderbrekingen en de hoge werkdruk. Ook rapporteert de Inspectie over het ontbreken van passende hulp voor kinderen met een maatregel van jeugdbescherming, waardoor zij bijvoorbeeld in instellingen worden geplaatst met zware problematiek zonder dat daar specifieke expertise aanwezig is of gesloten worden geplaatst omdat er in de GGZ geen passende plek is. Kortom, signalen om erg somber van te

worden. Want hoe kan er in dit stelsel vol zorgen voldoende tegemoet worden gekomen aan de wettelijke plicht om toezicht te houden op uit huis geplaatste kinderen en te waken voor hun veiligheid en welzijn? Het is voor Nederland de hoogste tijd om de rechten van uit huis geplaatste kinderen serieuzer te nemen. Zowel op het niveau van wet- en regelgeving en beleid als op uitvoeringsniveau zijn dringend verbeteringen nodig.

17. In deze zaak stond het falende toezicht op een uit huis geplaatst kind in een pleeggezin centraal. Vanaf het moment dat het meisje op vijfjarige leeftijd in een pleeggezin was geplaatst, leek er geen actieve houding van de Franse jeugdbeschermingsautoriteiten te zijn om te waken voor de veiligheid en het welzijn van dit meisje. De Franse wettelijke regels en het beleid schreven wel voor dat zowel ten aanzien van de veiligheid en het algemeen welbevinden als van de religieuze achtergrond van uit huis geplaatste kinderen een toezichthoudende verantwoordelijkheid bestond. De bevoegde autoriteiten hadden bijvoorbeeld een jaarlijkse rapportageplicht aan de kinderrechtster die dit meisje uit huis had geplaatst. Deze plicht werd echter slechts minimaal en veel te beperkt nageleefd. Zoals in de meeste kindermishandelingszaken waarover het EHRM heeft beslist, gaat het in de uitvoering mis. Wettelijke bepalingen zijn bepaald niet genoeg om kinderen te beschermen tegen kindermishandeling. Juist in de uitvoering moet voortdurend aandacht zijn voor de verplichtingen waarmee kinderen beschermd kunnen worden.

Mariëlle Bruning

Hoogleraar Jeugdrecht Universiteit Leiden

[1] *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 10 mei 2001, nr. 29392/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295, «EHRC» 2001/46 m.nt. E. Brems.

[2] *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 10 mei 2001, nr. 29392/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295, «EHRC» 2001/46 m.nt. E. Brems.

[3] *D.P. en J.C. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 oktober 2002, nr. 38719/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1010JUD003871997 «EHRC» 2002/98.

[4] *Loste*, par. 86.

[5] *O’Keeffe t. Ierland*, EHRM (GK) 28 januari 2014, nr. 35810/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009, «EHRC» 2014/144 m.nt. R.S.B. Kool.

- [6] *X e.a. t. Bulgarije*, EHRM (GK) 2 februari 2021 (ontv.), nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0202:JUD:002245716 «EHRC» 2021/0069 m.nt. M.R. Bruning.
- [7] *Nencheva e.a. t. Bulgarije*, EHRM 18 juni 2013, nr. 48609/06, ECLI:CE:ECHR:2013:0618JUD:004860906, «EHRC» 2013 m.nt. A.E.M. Leijten.
- [8] *Association Innocence en Danger en Association Enfance te Partage t. Frankrijk*, EHRM 4 juni 2020, nrs. 15343/15 en 16806/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0604JUD:001534315 «EHRC» 2020/0162 m.nt. M.R. Bruning.
- [9] *E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96, ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD:003321896%22%5D%7D" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD:003321896, *NTM/NJCM-Bulletin* 2003, nr. 5, par. 99 m.nt. M.R. Bruning, «EHRC» 2003/14 m.nt. H.L. Janssen.
- [10] Het EHRM heeft uit art. 6 EVRM, maar vooral uit art. 8 EVRM participatierechten van minderjarigen afgeleid, (vanaf 2015) gebaseerd op art. 12 IVRK. Zie voor een uitgebreide analyse van deze EHRM-uitspraken Charlotte Mol, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings according to International and European Human Rights Law – Represented, Heard or Silenced?* (diss. Utrecht), Utrecht 2022.
- [11] Vgl. bijv. *D.M.D. t. Roemenië*, EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:NL:ECHR:2017:1003JUD:002302213, «EHRC» 2018/5 m.nt. M.R. Bruning & F.P. Ölçer.
- [12] *Abdi Ibrahim t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 december 2021, nr. 15379/16, ECLI:CE:ECHR:2021:1210JUD:001537916 «EHRC» 2022/0002 m.nt. K. van der Zon.
- [13] Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik, 25 oktober 2007.
- [14] Richtlijn 2011/92/EU van 13 december 2011.
- [15] Art. 70 lid 2 sub 2 Sr.
- [16] Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg (commissie De Winter), *Onvoldoende beschermd – Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*, Den Haag 2019, p. 85.
- [17] Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg (commissie De Winter), *Onvoldoende beschermd – Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*, Den Haag 2019, p. 105.

- [18] Zie art. 20 en 25 IVRK; zie ook de Richtlijnen voor Kinderen in Alternatieve Zorg, Verenigde Naties 24 februari 2010, A/RES/64/142.
- [19] Zie o.a. M. Kramer, 'De voogdijmaatregel na de herziening kinderbeschermingsmaatregelen: aanpassing noodzakelijk', *FJR* 2017/50, afl. 9, p. 236-238.
- [20] Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg (commissie De Winter), *Onvoldoende beschermd – Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*, Den Haag 2019, p. 99.
- [21] Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg (commissie De Winter), *Onvoldoende beschermd – Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*, Den Haag 2019, p. 99.
- [22] M.R. Bruning, K.A.M. van der Zon, D.J.H. Smeets & H.J. van Boven, *Eindevaluatie Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen – nieuwe rechtsgronden in een haperend jeugdbeschermingsstelsel*, Den Haag: WODC 2022, p. 293-294.
- [23] Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, *Signalen Jeugdbeschermingsketen- februari 2023*, <https://www.igj.nl/actueel/nieuwsbrieven/signalen-jeugdbeschermingsketen/2023/signalen-jeugdbeschermingsketen-februari-2023#article>.

ANNOTATIE

Bakoyanni t. Griekenland (EHRM, 31012/19) – Immunititeit van bewindspersonen: weinig anders dan die van parlementariërs***J.L.W. Broeksteeg***

1. Immunititeit van politieke ambtsdragers kent *grosso modo* twee vormen. In de eerste plaats is er de plaatselijke immunititeit: Kamerleden en ministers genieten immunititeit voor hetgeen zij in de vergaderingen van het parlement zeggen of daaraan schriftelijk overleggen. Het Verenigd Koninkrijk heeft deze vorm van immunititeit. Zij is absoluut, maar haar reikwijdte is beperkt, namelijk tot de vergaderingen van het parlement. In veel andere landen (Duitsland, Italië, Griekenland, maar ook het Europees Parlement) genieten politieke ambtsdragers een bredere immunititeit. Zij kunnen niet strafrechtelijk worden vervolgd of civielrechtelijk worden aangesproken *omdat* zij parlementariër of minister zijn. Veelal geldt dan wel de beperking dat het om gedragingen moet gaan die nauw verband houden met hun parlementaire functie-uitoefening. Vrijwel altijd kan het parlement de immunititeit opheffen dan wel een opdracht tot vervolging geven, waarna de betreffende politieke ambtsdrager alsnog strafrechtelijke of civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Deze vorm van immunititeit is derhalve niet absoluut, maar haar reikwijdte is groot.

2. In de onderhavige Griekse zaak wil een parlementariër de strafrechtelijke vervolging én de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een minister bewerkstelligen. De parlementariër bezoekt de beëdiging van de Turkse president Erdogan; de minister plaatst vervolgens een bericht op Twitter, dat de parlementariër als verbaal geweld en smaad beschouwt. Zij doet daarvan aangifte, vraagt immateriële schadevergoeding en wil dat de rechterlijke uitspraak, in geval van veroordeling, op kosten van de minister in twee Atheense dagbladen wordt gepubliceerd. De aanklager geleidt de aangifte door aan het parlement, waarna een parlementaire commissie onderzoek doet. Zij komt tot de conclusie dat de procedure van het opheffen van de immunititeit niet van toepassing is, omdat het hier om een minister gaat. Dan moet het parlement een opdracht tot vervolging geven, maar een initiatief daartoe is niet van de grond gekomen.

3. De jurisprudentie van het EHRM omtrent immuniteit en toegang tot de rechter onder art. 6 EVRM is consistent. Relevant is hier het legitieme doel van de immuniteit; het Hof noemt dit doel ook in deze Griekse zaak (par. 59). Het gaat dan om de deelname aan het politieke debat en de vertegenwoordiging van de kiezers, zonder vrees om voor deze deelname of vertegenwoordiging verantwoording aan een rechter te hoeven afleggen. Het Hof plaatst dit doel derhalve (terecht) in het licht van de machtenscheiding. Met betrekking tot de eerste vorm (de plaatselijke immuniteit) heeft het Hof geoordeeld dat deze immuniteit weliswaar absoluut is, maar slechts een geringe beperking van het recht op toegang tot de rechter is. In het licht van het legitieme doel van de immuniteit is de beperking proportioneel.^[1] Met betrekking tot de tweede vorm (de bredere immuniteit) onderzoekt het Hof of de betwiste gedraging een rechtstreeks verband heeft met de functie-uitoefening van de politieke ambtsdrager. Indien de gedraging geen direct verband houdt, is de beperking van art. 6 EVRM niet proportioneel (par. 60-61).^[2] In deze zaak overweegt het Hof terecht dat de casus afwijkt van eerdergenoemde zaken (par. 62). Die betroffen parlementariërs; hier gaat het om immuniteit van een minister. Daarvan is slechts één soortgelijke eerdere zaak bekend, namelijk *Anagnostou-Dedouli t. Griekenland*.^[3] Voor het Griekse recht betekent het feit dat het hier om een minister gaat dat andere grondwettelijke bepalingen van toepassing zijn. Voor de toetsing door het Hof blijkt dat echter weinig relevant. Net zoals in de zaken waarin het parlementariërs betreft, toetst het Hof of de betreffende gedraging – hier: het Twitterbericht – nauw verband houdt met de functie-uitoefening van de minister. Dat is niet het geval, aldus het Hof (par. 70): ‘It cannot (...) be said that the impugned conduct was linked to the exercise of his parliamentary or ministerial functions’. Het Hof verwijst naar het overeenkomstige oordeel van de nationale rechter. Het overweegt ook, dat de nationale rechtsgang inmiddels zo is ingericht dat de benadeelde partij schadevergoeding kan vragen bij de rechter, die oordeelt over de aansprakelijkheid van de minister. De weigering van het parlement om de immuniteit van de minister op te heffen, tast daarom de kern van het recht op toegang tot de rechter aan (par. 72).

4. Heeft deze uitspraak gevolgen voor de Nederlandse regeling omtrent immuniteit van politieke ambtsdragers? Nederland heeft een mengvorm van de hiervoor genoemde vormen van immuniteit. In de vergaderingen van de Staten-Generaal geldt een absolute immuniteit (art. 71 Gw). Die lijkt sterk op de Britse parlementaire immuniteit, waarvan het Hof in *A. t. Verenigd Koninkrijk* geoordeeld heeft dat deze dermate beperkt is, dat zij in het licht van het legitieme doel ervan proportioneel is.^[4] In geval van ambtsmisdrijven, begaan door ministers, staatssecretarissen en Kamerleden, kan vervolging alleen geïnitieerd worden door de regering dan wel de Tweede Kamer (art. 119 Gw; uitgewerkt in de Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten, Wmva). Ook dat is een vorm van immuniteit: deze politieke ambtsdragers kunnen alleen terechtstaan na een politieke beslissing. Ik betwijfel of

deze vorm van immuniteit de toets der kritiek van het EHRM kan doorstaan. Enerzijds staan deze ambtsdragers vanwege gewone delicten terecht voor de reguliere rechter, zonder dat daarvoor een besluit van de regering of de Tweede Kamer nodig is. Alleen bij ambtsmisdrijven, dus begaan in de functie, geldt de procedure van art. 119 Gw en de Wmva. Kortom, hier is wel een duidelijk verband tussen de gedraging en de functie-uitoefening. Anderzijds werkt de procedure van art. 119 Gw en de Wmva niet goed. Het is in de praktijk nooit voorgekomen dat de regering of de Tweede Kamer een opdracht tot vervolging heeft gegeven. Een parlementaire commissie-Schouten constateerde dat dit het gevolg is van de procedure. Zij stelt onder meer dat de bevoegdheden van de parlementaire onderzoekscommissie tekortschieten, dat de wettelijke termijn voor onderzoek te beperkt is, dat de procedure niet is toegesneden op onbekende verdachten, dat de toetsingsgronden vaag zijn, etc.[5] De commissie-Fokkens heeft om die reden voorgesteld de procedure drastisch te wijzigen, waarbij hier relevant is dat zij het niet langer wenselijk acht dat politieke ambten beslissen over vervolging van politieke ambtsdragers. Zij stelt voor art. 119 Gw te schrappen en dat de vervolging door het Openbaar Ministerie plaatsvindt, na een opdracht door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.[6] Het zal wel even duren, voordat deze voorstellen in een voorstel tot grondwetsherziening zijn omgezet. Dat zou nochtans om meerdere redenen verstandig zijn; de hier besproken EHRM-uitspraak draagt daar zeker aan bij.

J.L.W. Broeksteeg

[1] *A. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 2002, nr. 35373/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1217JUD003537397, «EHRC» 2003/16, m.nt. Broeksteeg.

[2] Zie onder meer: *Cordova t. Italië*, EHRM 30 januari 2003, no. 45649/99, ECLI:CE:ECHR:2003:0130JUD004564999, «EHRC» 2003/25; *Ielo t. Italië*, EHRM 6 december 2005, nr. 23053/02, ECLI:CE:ECHR:2005:1206JUD002305302, «EHRC» 2006/10, m.nt. Broeksteeg; *Tsalkitzis t. Griekenland*, EHRM 16 november 2006, no. 11801/04, ECLI:CE:ECHR:2006:1116JUD001180104, «EHRC» 2007/11, m.nt. Broeksteeg; *Syngelidis t. Griekenland*, EHRM 11 februari 2010, no. 24895/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0211JUD002489507, «EHRC» 2010/47 m.nt. Hardt.

[3] *Anagnostou-Dedouli t. Griekenland*, EHRM 16 september 2010, nr. 24779/08, ECLI:CE:ECHR:2010:0916JUD002477908.

[4] Zie noot 1. Zie voor Nederlandse jurisprudentie ter zake: HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2302, *AB* 2012/78.

[5] *Kamerstukken II* 2015/16 34 340, nr. 2.

[6] Commissie-Fokkens, *Niet boven maar in de wet*, juli 2021.