

Nieuwsbrief - EHRC Updates 2024-15

Nummer 15, 2024

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:2024:0829JUD004468121 29-08-2024

Tsulukidze en Rusulashvili t. Georgië, EHRM 29 augustus 2024, nrs. 44681/21 en 17256/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD002462222 29-08-2024

Pasquinelli e.a. t. San Marino, EHRM 29 augustus 2024, nr. 24622/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD005946421 29-08-2024

Khachapuridze en Khachidze t. Georgië, EHRM 29 augustus 2024, nrs. 59464/21 en 13079/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD001738920 27-08-2024

Yasak t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 17389/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD000098918 27-08-2024

W.R. t. Nederland, EHRM 27 augustus 2024, nr. 989/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD002879110 27-08-2024

Namik Yüksel t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 28791/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD003288719 27-08-2024

I.G. t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 32887/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD001502816 27-08-2024

Hrachya Haratyunyan t. Armenië, EHRM 27 augustus 2024, nr. 15028/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD002000722 27-08-2024

Bielau t. Oostenrijk, EHRM 27 augustus 2024, nr. 20007/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0824JUD005005812 27-08-2024

B.D. t. België, EHRM 27 augustus 2024, nr. 50058/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD004222118 25-07-2024

Z|danoka t. Letland (nr. 2), EHRM 25 juli 2024, nr. 42221/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD006366419 25-07-2024

M.A. e.a. t. Frankrijk, EHRM 25 juli 2024, nrs. 63664/19 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD003421019 25-07-2024

D.H. e.a. t. Zweden, EHRM 25 juli 2024, nr. 34210/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD000232720 25-07-2024

Couso Permuy t. Spanje, EHRM 25 juli 2024, nr. 2327/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0718JUD004086122 18-07-2024

Hanovs t. Letland, EHRM 18 juli 2024, nr. 40861/22

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0718JUD005094220 18-07-2024

Djeri e.a. t. Letland, EHRM 18 juli 2024, nr. 50942/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0716JUD0041373121 16-07-2024

Meli en Swinkels Family Brewers N.V. t. Albanië, EHRM 16 juli 2024, nrs. 41373/21 en 48801/21

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2024:0709DEC004707020 09-07-2024

Levrault t. Monaco, EHRM 9 juli 2024 (ontv.besl.), nr. 47070/20

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:657 29-07-2024

protectus, HvJ EU (GK) 29 juli 2024, zaak C-185/23

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:636 29-07-2024

CU (Assistance sociale – Discrimination indirecte), HvJ EU 29 juli 2024, gev. zaken C-112/22 en C-223/22

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2024:639 29-07-2024

Belgian Association of Tax Lawyers e.a., HvJ EU 29 juli 2024, zaak C-623/22

Annotatie

Z. t. Tsjechië (EHRM, 37782/21) – De priester en het meisje: over de positieve verplichtingen van artikel 3 en 8 EVRM

P.S. Bakker

Annotatie

Yüksel Yalçinkaya t. Turkije (EHRM, 15669/20) – Digitaal bewijs: Unieke kenmerken, unieke toetsing?

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

Annotatie

M.N. (EncroChat) (HvJ EU C-670/22) – Grensoverschrijdende aspecten van de EncroChat-operatie

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

Annotatie

La Quadrature du Net II (HvJ EU, C-470/21) – Meer ruimte voor bewaarplicht van identificerende gegevens

J.J. Oerlemans en M. Hagens

Annotatie

Kokëdhima t. Albanië (EHRM, 55159/16) – Belangenverstrengeling in het parlement

J.L.W. Broeksteeg

Annotatie

Auray e.a. t. Frankrijk (EHRM, 1162/22) en Arnold en Marthaler t. Zwitserland (EHRM, 77686/16 en 76791/16)

M.A.D.W. de Jong

RECHTSPRAAK

**Belgian Association of Tax Lawyers e.a., HvJ EU 29 juli
2024, zaak C-623/22**

Naar aanleiding van een verzoek van de Belgian Association of Tax Lawyers onderzoekt het HvJ EU of een meldingsplicht voor agressieve grensoverschrijdende fiscale planningsconstructies in strijd is met verschillende in het EU-Grondrechtenhandvest opgenomen bepalingen. Het HvJ EU acht de bepalingen van de richtlijn voldoende duidelijk omschreven om te voldoen aan het legaliteitsvereiste van art. 49 Hv. De kennisgevingsplicht is verder niet in strijd met het beroepsgeheim voor zover het andere beroepsbeoefenaren dan advocaten betreft. Tot slot is de meldingsplicht evenmin in strijd met het recht op persoonlijke ontplooiing zoals dat in art. 7 Hv kan worden ingelezen.

De Belgian Association of Tax Lawyers en anderen (BATL) en verschillende andere belangenbehartigers van advocaten hebben bij het Belgische Grondwettelijk Hof geprocedeerd over de geldigheid van een aantal bepalingen van een wet van 20 december 2019 tot omzetting van richtlijn 2018/822. Deze richtlijn heeft betrekking op de samenwerking tussen nationale belastingautoriteiten en bevat voorschriften en procedures voor de uitwisseling van inlichtingen voor belastingdoeleinden. In 2018 is in de richtlijn een verplichting ingevoerd om mogelijk agressieve grensoverschrijdende fiscale planningsconstructies te melden bij de bevoegde autoriteiten. BATL e.a. zijn van oordeel dat de relevante bepalingen uit de richtlijn in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel en met art. 7 en 49 Hv en hebben het Grondwettelijk Hof verzocht om te oordelen over de geldigheid ervan. Het Grondwettelijk Hof heeft aan dit verzoek gehoor gegeven.

Ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel wijst het HvJ EU erop dat de meldingsplicht van toepassing is op elke vorm van nationale belastingen, maar niet op btw, douanerechten en accijnzen. Die vallen namelijk onder andere EU-wetgeving. De vraag is of daarbij sprake is van

ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen. Als vergelijkingsmaatstaf moet dan het doel van de verplichting worden gekozen. Dit is het bestrijden van agressieve fiscale planning en het vermijden van belastingontwijking en -ontduiking. Gelet op deze doelstellingen acht het Hof de gemaakte keuzes voor het materieel toepassingsbereik niet onredelijk en ook niet kennelijk ongeschikt.

Voor wat betreft het in art. 49 Hv neergelegde legaliteitsbeginsel geldt dat dit in overeenstemming met de EHRM-rechtspraak moet worden neergelegd. Volgens deze rechtspraak en de rechtspraak van het HvJ EU zelf staat het lex-certa-beginsel niet in de weg aan geleidelijke verduidelijking van regelgeving wanneer mensen op basis van de regels in ieder geval kunnen voorspellen welk handelen of nalaten het voorwerp kan zijn van strafrechtelijke sancties. Van beroepsbeoefenaren (niet van anderen) mag ook wel worden verwacht dat zij grote voorzichtigheid aan de dag leggen en eventueel deskundig advies inwinnen over de mogelijke gevolgen van een bepaalde handeling. Het HvJ EU toetst de verschillende begrippen uit de richtlijn aan deze uitgangspunten en oordeelt dat zij niet overmatig onduidelijk of onnauwkeurig zijn. Dit betekent dat de richtlijn niet in strijd is met art. 7 en 49 lid 1 Hv.

Een andere vraag van het Belgische Grondwettelijk Hof heeft betrekking op de in de richtlijn opgenomen kennisgevingsplicht en de verhouding tussen die verplichting en het beroepsgeheim van intermediairs die geen advocaat zijn. Ten behoeve van de uitleg van deze bepaling vergelijkt het Hof de diverse taalversies van de richtlijn en het concludeert dat de draagwijdte ervan niet duidelijk en eenduidig vanuit een letterlijke uitleg kan worden bepaald. Het HvJ EU merkt ook op dat de regeling is gebaseerd op OESO-documenten en -modelvoorschriften. Wordt daarnaar gekeken, dan wordt duidelijk dat niet alle beroepsbeoefenaren een beroep kunnen doen op het beroepsgeheim of gelijkwaardige beroepsvereisten inzake vertrouwelijkheid, maar alleen diegenen die net als advocaten wettelijk gerechtigd zijn de vertegenwoordiging in rechte te verzekeren. Een dergelijke uitleg wordt ook ondersteund door het doel van de richtlijn bepaling.

In die uitleg toetst het Hof vervolgens de betreffende richtlijn bepaling aan art. 7 Hv, uitgelegd in het licht van de EHRM-rechtspraak overeenkomstig art. 52 lid 3 Hv. Zowel het EHRM en het HvJ EU hebben het fundamentele karakter van het beroepsgeheim van advocaten benadrukt en daarbij geoordeeld dat dit beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd door de bijzondere taak die advocaten hebben in een democratische samenleving, namelijk het verdedigen van justitiabelen. Daarbij staan de vrijheid om een advocaat te raadplegen en het vereiste van loyaliteit van de advocaat jegens zijn cliënt voorop. In het licht hiervan heeft het HvJ EU al eerder geoordeeld dat een kennisgevingsplicht als die in de richtlijn onverenigbaar is met art. 7 Hv. De bijzondere positie van advocaten maakt tegelijkertijd dat dit alleen geldt

voor personen die hun beroepsactiviteit uitoefenen onder een van de beroepstitels die worden genoemd in art. 1 lid 2 sub a van richtlijn 98/5. Voor andere beroepsbeoefenaren geldt dit niet, zodat de betreffende richtlijnbevestiging (art. 8 bis ter lid 5 van richtlijn 2011/16) niet ongeldig is.

Een volgende vraag heeft betrekking op een mogelijke aantasting van het recht op bescherming van het privéleven die voortvloeit uit de verplichting om een constructie te melden die weliswaar een fiscaal voordeel nastreeft, maar dat doet op rechtmatige wijze en zonder dat er sprake is van misbruik. Zo'n verplichting beperkt volgens BATL e.a. de vrijheid van een belastingplichtige om de fiscaal voordeligste weg te kiezen en die van een intermediair om zo'n constructie te bedenken. Ook in dit verband moet art. 7 Hv weer worden uitgelegd in het licht van de EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM. Het begrip privéleven is in deze rechtspraak ruim uitgelegd en omvat ook een begrip persoonlijke autonomie en persoonlijke ontplooiing. Daartoe rekent het EHRM ook persoonlijke ontwikkeling en relationele privacy, waaronder beroeps- of zakelijke activiteiten. Daaruit leidt het HvJ EU af dat het begrip in ieder geval de vrijheid inhoudt van eenieder om zijn leven en zijn activiteiten te organiseren, zowel op persoonlijk als beroepsmatig of zakelijk vlak. Wel zijn daarbij verdergaande beperkingen toelaatbaar in het licht van art. 8 lid 2 EVRM.

De onderhavige richtlijn heeft tot gevolg dat de vrijheid van marktdeelnemers wordt geraakt om hun belastingdruk zelf te beperken en fiscaal voordelige structuren te kiezen. De meldingsplicht kan daarbij en ontmoedigende werking hebben en raakt daarmee inderdaad de door art. 7 Hv beschermde rechten. Art. 52 lid 1 Hv staat wel beperkingen toe van dit grondrecht, mits die de daarin neergelegde eisen voldoen. De kern van het grondrecht wordt in dit geval niet geraakt, nu uitsluitend sprake is van een meldingsplicht van gegevens waaruit het bedenken en de implementatie van een mogelijk agressieve fiscale constructie blijken. De bestrijding van agressieve fiscale planning en de vermijding van het risico van belastingontwijking en -ontduiking vormen door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang. Het HvJ EU acht de verplichting daarbij een bijzonder doeltreffend middel dat een snelle reactie op agressieve fiscale planingsstructuren mogelijk maakt. De inlichtingen die moeten worden gegeven lijken ook niet verder te gaan dan nodig is en kunnen volgens het HvJ EU ook niet onevenredig worden gevonden. Deze meldingsplicht is dan ook niet ongeldig wegens strijd met art. 7 Hv.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 29-07-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:639

Zaaknummer: C-623/22

Wetsartikelen: EVRM art. 8, Hv art. 7, Hv art. 20, Hv art. 21, Hv art. 49 lid 1, Hv art. 52 lid 1, Hv art. 52

lid 3 en Rl 2011/16/EU; Rl (EU) 2018/822

RECHTSPRAAK

B.D. t. België, EHRM 27 augustus 2024, nr. 50058/12

B.D. is in 1999 aangehouden wegens inbraak. Omdat hij psychiatrisch patiënt bleek, is hij vastgehouden in een psychiatrisch bijgebouw van de gevangenis van Gent, in afwachting van definitieve plaatsing in een geschikte psychiatrische inrichting en een behandelplan. In België kan een psychiatrische patiënt alleen opkomen tegen zo'n detentiebeslissing via een advocaat, maar B.D. had geen goede rechtsbijstand. Het EHRM oordeelt dat daardoor geen effectieve toegang tot een rechter is geboden. Dit is des te problematischer omdat het probleem van slechte omgang met psychiatrische patiënten structureel is. Dit levert schendingen op van art. 5 lid 1 en lid 4 EVRM.

Klager is in 1999 aangehouden wegens inbraak, maar hij werd niet verantwoordelijk gehouden voor zijn daden. In plaats daarvan is hij tijdelijk in een psychiatrisch bijgebouw van de gevangenis van Gent geplaatst, in afwachting van definitieve plaatsing in een geschikte psychiatrische inrichting. Hij heeft tussen mei 1999 en mei 2009, met korte onderbrekingen, in dit bijgebouw verbleven. In 2009 is klagers voorwaardelijke invrijheidstelling bevolen, maar in 2010 werd hij opnieuw gearresteerd na inbraak en geweldpleging. Hij is daarop in de sociale afdeling van de gevangenis van Merksplas geplaatst, maar al snel werd besloten tot internering in het psychiatrisch bijgebouw van de gevangenis van Gent. Daartegen kon klager niet zelf beroep instellen; dat kon alleen zijn advocaat doen, maar deze heeft dat nagelaten. In de periode 2010-2011 is klager verschillende keren met proefverlof gegaan, maar keerde hij daar steeds niet van terug tot hij door de politie weer werd aangehouden. In 2015 is hij opgenomen in het forensisch psychiatrisch centrum Gent, waar hij tot zijn voorwaardelijke vrijlating in 2020 heeft verbleven.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn internering in het psychiatrisch bijgebouw niet in overeenstemming was met art. 5 lid 1 (e) en lid 4 EVRM. Het Hof onderzoekt allereerst de klacht over art. 5 lid 4 EVRM, die betrekking heeft op de noodzaak van bijstand door een advocaat om beroep te kunnen aantekenen tegen een beslissing omtrent internering in een

psychiatrische inrichting en toegang te krijgen tot het dossier. In het geval van klager staat vast dat zijn psychiatrische klachten hem beletten om een gerechtelijke procedure naar behoren te voeren. Het is dan niet onredelijk om bijstand door een advocaat te vergen. In dit geval is echter relevant dat klager verschillende keren te kennen heeft gegeven beroep te willen instellen en dat hij daarbij ook een advocaat heeft verzocht om dit voor hem te doen. Doordat de laatste dat heeft nagelaten, had klager geen eigen mogelijkheid om beroep in te stellen. Op zijn verzoeken is verder steeds erg formalistisch gereageerd. Dit alles is des te problematischer nu het EHRM al eerder heeft vastgesteld dat in België structurele problemen bestaan bij de plaatsing van gedetineerden in psychiatrische inrichtingen. Daarmee is België niet tegemoetgekomen aan de in art. 5 lid 4 EVRM neergelegde verplichting om daadwerkelijke toegang te bieden tot een rechtsmiddel om de rechtmatigheid van een detentie te kunnen laten toetsen.

Het Hof onderzoekt daarna de klacht over de (langdurige) plaatsing in een psychiatrische vleugel, zonder nader psychiatrisch onderzoek en zonder concreet behandelplan. Het overweegt dat het al in talrijke andere uitspraken heeft geoordeeld dat deze handelwijze strijd oplevert met art. 5 lid 1 EVRM. Dat klager in dit geval in een psychiatrische vleugel van een gevangenis verkeerde en niet in de gevangenis zelf, maakt de conclusie van het Hof niet anders: art. 5 lid 1 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0824JUD005005812

Zaaknummer: 50058/12

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (e) en EVRM art. 5 lid 4

RECHTSPRAAK

Bielau t. Oostenrijk, EHRM 27 augustus 2024, nr. 20007/22

Een holistisch arts heeft op zijn website een stuk geplaatst waarin hij het gevaar van virusinfecties bestrijdt en claimt dat vaccinaties zinloos en schadelijk zijn. Hij heeft daarvoor een voorwaardelijke tuchtrechtelijke boete opgelegd gekregen. Het EHRM overweegt dat de gegeven informatie onjuist en potentieel gevaarlijk was, maar wel een ruim bereik kon hebben door de plaatsing op een openbare website. Gelet daarop acht het de opgelegde sanctie niet in strijd met de door art. 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid.

Klager is een huisarts die zich ook bezighoudt met holistische geneeskunde en homeopathie. In 2016 publiceerde hij op zijn eigen website een artikel waarin hij zich kritisch uitsprak over vaccinaties en waarin hij claimde dat ziektes en virussen en natuurfenomenen zijn waartegen vaccinatie niet helpt. In 2017 werd hij hiervoor tuchtrechtelijk gestraft omdat de gegeven informatie niet objectief en onjuist was; hij kreeg een voorwaardelijke boete opgelegd van 2000 euro.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de boete in strijd met de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) is opgelegd. Het Hof wijst erop dat het al eerder heeft erkend dat beperkingen van de uitingsvrijheid nodig kunnen zijn om de volksgezondheid en de rechten van anderen te beschermen. Er is dan ook een legitiem doel voor de opgelegde boete. De nationale rechters hebben geoordeeld dat de informatie op de website eenzijdig en negatief van aard was. Bovendien was de informatie niet in overeenstemming met de erkende staat van de medische wetenschap. Van belang is verder dat het bereik van de website potentieel ruim is en het stuk ook toegankelijk was voor mensen zonder medische kennis. Het internet is zeer waardevol als het gaat om informatievoorziening, maar het Hof heeft eerder ook al gewezen op de risico's van snelle verspreiding van nieuws en berichtgeving voor de grondrechten. De waarde en voordelen van vaccinatie zijn algemeen erkend. Verder wijst het Hof erop dat staten een positieve verplichting hebben op grond van art. 2 en 8 EVRM om het leven en de gezondheid van hun inwoners te beschermen. In dit licht is de uitingsvrijheid van artsen niet onbegrensd.

als zij die vrijheid gebruiken om informatie te geven die potentieel schadelijk is. De sanctie was in dit geval niet bijzonder hoog, zeker omdat het ging om een voorwaardelijke boete. Alles bijeen nemend komt het Hof dan ook tot de slotsom dat art. 10 EVRM niet is geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD002000722

Zaaknummer: 20007/22

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Couso Permuy t. Spanje, EHRM 25 juli 2024, nr. 2327/20

Een Spaanse cameraman is in 2003 gedood tijdens een Amerikaanse raketaanval op een hotel in Irak. Zijn broer wil dat de verantwoordelijke Amerikaanse militairen worden vervolgd. Er is een onderzoek ingesteld, maar de Spaanse wetgeving is later zodanig gewijzigd dat de strafrechter niet langer rechtsmacht heeft. Het Hof acht deze wijziging redelijk om rechterlijke overbelasting te bestrijden. Omdat er nog civiele schadevergoedingsmogelijkheden bestaan en vervolging nog wel mogelijk is als de verdachten zich op Spaans grondgebied bevinden, is ook geen sprake van een disproportionele schending van het recht op toegang tot de rechter. Geen schending van art. 6 EVRM.

In 2003 is klagers broer, een Spaanse cameraman, gedood in Irak toen een Amerikaanse tank het vuur opende op het hotel waar hij verbleef, net als de andere leden van de internationale pers die verslag deden van de militaire operatie. Klager en andere nabestaanden hebben daarop in Spanje een strafzaak geïnitieerd tegen drie Amerikaanse militairen, gebruikmakend van de rechtsmacht om te oordelen over ernstige misdrijven gepleegd jegens Spaanse staatsburgers buiten Spaans grondgebied. Tijdens het strafrechtelijk onderzoek zijn tal van onderzoekshandelingen uitgevoerd en is informatie gevraagd aan de Amerikaanse autoriteiten. In 2011 werden de drie militairen formeel beschuldigd van oorlogsmisdrijven en moord en is een arrestatie- en uitleveringsverzoek aan de VS gericht. Aan dit verzoek is geen gehoor gegeven.

In 2009 en 2014 werd nieuwe wetgeving aangenomen waarin nadere eisen werden gesteld aan de rechtsmacht van Spaanse rechters om over in het buitenland gepleegde misdrijven te oordelen. In 2015 oordeelde de bevoegde rechter dat deze wetgeving tot gevolg had dat het handelen van de drie militairen niet meer onder zijn rechtsmacht viel; anders dan voorheen vormde de Spaanse nationaliteit van het slachtoffer daarvoor onvoldoende grond. Na dit

oordeel is ook het strafrechtelijk onderzoek beëindigd. De Spaanse Hoge Raad bevestigde dit oordeel in 2016. Aan de weduwe van het slachtoffer is na een bestuursrechtelijke procedure wel een schadevergoeding toegekend.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de aanpassing van de Spaanse wetgeving ertoe leidde dat hij zijn belangen niet meer in rechte kon vertegenwoordigen, in strijd met art. 6 EVRM. Het Hof overweegt dat de wijziging van de wetgeving was ingegeven door legitieme overwegingen rondom de overbelasting van rechtbanken door extraterritoriale zaken en de daarbij spelende moeilijkheden bij de bewijsgaring. Klager heeft bovendien gelegenheid gehad om de kwestie voor te leggen ten behoeve van strafrechtelijk onderzoek. Dit onderzoek is uitgebreid en zeer gedegen uitgevoerd, en is pas beëindigd nadat de rechters op redelijke gronden hadden besloten dat zij geen rechtsmacht meer hadden om over de zaak te beslissen. De nieuwe rechtsmachtgrond, die luidde dat er een voldoende link tussen een misdrijf en Spanje moest bestaan, acht het Hof ook niet onredelijk. Daarnaast is duidelijk dat de nieuwe criteria betekenen dat de zaak kan worden heropend wanneer de verdachten zich op Spaans grondgebied begeven. Ook zou klager nog een civiele procedure kunnen starten tot schadevergoeding. Gelet op deze omstandigheden is er geen schending van het recht op toegang tot de rechter zoals vastgelegd in art. 6 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD000232720

Zaaknummer: 2327/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6

RECHTSPRAAK

CU (Assistance sociale – Discrimination indirecte), HvJ EU 29 juli 2024, gev. zaken C-112/22 en C-223/22

In Italië geldt dat derdelanders die langdurig ingezetene zijn in aanmerking komen voor een basisinkomen, op de voorwaarde dat zij tien jaar in Italië hebben verbleven, waarvan de laatste twee jaar ononderbroken. De nationale rechter heeft gevraagd of dit verenigbaar is met het Europees Sociaal Handvest en het gelijkheidsbeginsel. Het HvJ EU benadrukt dat het niet bevoegd is het ESH uit te leggen. Het overweegt dat de gestelde eis indirecte discriminatie jegens langdurig ingezetenen derdelanders oplevert. Deze ongelijke behandeling is in strijd is met art. 11 lid 1 (d) van richtlijn 2003/109.

CU en ND zijn derdelanders die resp. sinds 2012 en 2013 in Italië als ingezetenen zijn ingeschreven. Zij zijn er in 2020 van beschuldigd valselijk te hebben verklaard dat zij voldoen aan de voorwaarden voor toekenning van een basisinkomen, waaronder de voorwaarde van een verblijf in Italië van tenminste tien jaar, waarvan de laatste twee jaar ononderbroken. De verwijzende rechter vraagt zich af of deze voorwaarde leidt tot ongerechtvaardigde ongelijke behandeling tussen houders van een verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen en eigen onderdanen. Hij heeft hierover prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

In zijn vragen heeft de verwijzende rechter onder meer gevraagd of de regeling verenigbaar is met art. 30 en 31 van het Europees Sociaal Handvest. Het HvJ EU stelt voorop dat het niet bevoegd is om het ESH uit te leggen, al is art. 34 lid 3 Hv op de genoemde bepalingen geïnspireerd. Het doet over deze verenigbaarheid dan ook geen uitspraak.

Het basisinkomen vormt een sociale uitkering die onder de in richtlijn 2003/109 bedoelde uitkeringen valt. De toekenning daarvan valt krachtens art. 51 lid 1 Hv dan ook binnen de werkingssfeer van het Handvest. De status van langdurig ingezetene in de zin van de richtlijn komt overeen met het hoogst bereikbare niveau van integratie van derdelanders. Dit rechtvaardigt dat zij op dezelfde manier worden behandeld als de onderdanen van het

gastland als het gaat om sociale zekerheid, sociale bijstand en sociale bescherming.

Een verblijfsvoorwaarde van tien jaar, waarvan de laatste twee jaar ononderbroken, leidt tot een indirecte discriminatie van derdelanders, omdat de voorwaarde voornamelijk buitenlanders treft. Van belang is daarbij dat art. 11 lid 2 van de richtlijn een uitputtende opsomming bevat van situaties waarin lidstaten mogen afwijken van het uitgangspunt van gelijke behandeling van langdurig ingezetenen derdelanders en eigen onderdanen. In het bijzonder is een ongelijke behandeling niet te rechtvaardigen door de stelling dat zij zich vanwege de respectieve banden met de lidstaat niet in een gelijke positie bevinden. De richtlijn stelt daarbij als uitgangspunt dat van langdurig verblijf sprake is wanneer een derdelander vijf jaar legaal en ononderbroken op het grondgebied van een lidstaat heeft verblijven. De in Italië gestelde verblijfsvoorwaarde is dan ook in strijd met art. 11 lid 1 (d) van richtlijn 2003/109.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 29-07-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:636

Zaaknummer: C-112/22 en C-223/22

Wetsartikelen: ESH art. 30, ESH art. 31, Hv art. 34, Hv art. 51 lid 1, RL 2003/109/EG art. 11 lid 1 (d) en RL 2003/109/EG art. 11 lid 2

RECHTSPRAAK

D.H. e.a. t. Zweden, EHRM 25 juli 2024, nr. 34210/19

De van oorsprong Ethiopische D.H. – die door polio als kind gehandicapt is geraakt – heeft in Zweden asiel gekregen. Haar verzoek tot gezinshereniging is afgewezen omdat zij niet aan een inkomenseis voldeed. Het Hof wijst haar stelling af dat Zweden bij de toepassing van deze eis meer rekening had moeten houden met haar handicap. Zij heeft niet aangetoond dat ze geen werk zou kunnen doen waarvoor ze niet zou hoeven te staan of lopen. Ook heeft Zweden genoeg gedaan om haar te accommoderen. Art. 8 jo. 14 zijn dan ook niet geschonden. Vgl. ook Okubamichael Debru t. Zweden, nr. 49755/18, ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD004975518.

Eerste klager, geboren in Ethiopië, is in 2014 Zweden binnengekomen en heeft daar asiel aangevraagd en verkregen. In 2017 heeft zij verzocht om gezinshereniging met haar in Soedan woonachtige kinderen en moeder, maar dit verzoek is afgewezen omdat eerste klager niet aan de gestelde inkomensvereisten voldeed en haar woning te klein was om vier mensen te huisvesten. De afwijzing bleef in beroep in stand. Het feit dat klager als gevolg van polio niet goed kon lopen, deed daaraan niet af.

In het licht van art. 8 EVRM onderzoekt het Hof of deze beslissing in strijd was met de positieve verplichtingen van de staat om het gezinsleven te beschermen. Het Hof benadrukt dat klager een bepaalde periode de tijd had om een gezinsherenigingsverzoek in te dienen zonder dat de inkomensstijg gold. Zij heeft dat niet gedaan, terwijl het Hof daar geen objectieve redenen voor ziet. Weliswaar is klager gehandicapt en is het voor haar moeilijk om werk te doen dat veel staan en zitten vereist, maar zij kan wel achter een bureau werkzaamheden uitvoeren. Klager heeft geen bewijs aangeleverd waaruit blijkt dat zij het redelijke gedaan heeft om alsnog aan de inkomenseis te voldoen. Het Hof acht verder van belang dat er weliswaar bijzondere banden zijn tussen klager en haar moeder en haar kinderen, maar dat contact niet onmogelijk is en klager hen ook in Soedan kan bezoeken. In de kinderrechten kan ook niet een recht worden gelezen voor ieder kind om te worden toegelaten tot een land

waar het beter af of. Gelet hierop oordeelt het Hof dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Klaagster heeft verder aangevoerd, ondersteund door enkele interveniënten, dat art. 8 jo. 14 EVRM is geschonden doordat sprake is van indirect onderscheid op grond van haar handicap. Ook in dit verband benadrukt het Hof dat klaagster weliswaar gehandicapt was, maar dat haar dit niet onmogelijk maakte om werk te vinden. Klaagster heeft daarnaast in Zweden de nodige ondersteuning ontvangen die haar toegang tot de arbeidsmarkt kon vergemakkelijken, zoals cursussen Zweeds; ook had zij een openbaarvervoerpas en een scooter. Aangetoond is dan ook niet dat de staat klaagster anders had moeten behandelen in verband met haar verminderde mobiliteit of haar beperkte beschikbaarheid op de arbeidsmarkt. Dit klachtonderdeel is dan ook kennelijk ongegrond.

Noot van de redactie: op 25 juli 2024 deed het EHRM ook uitspraak in een enigszins vergelijkbare zaak, namelijk *Okubamichael Debru t. Zweden*, nr. 49755/18, ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD004975518. In die zaak ging het om een 63-jarige man die wat gezondheidsproblemen had. Ook in zijn geval acht het Hof het echter niet aantoonbaar dat hij niet kon werken en dat hij dus aan de inkomenseisen moest kunnen voldoen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD003421019

Zaaknummer: 34210/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Djeri e.a. t. Letland, EHRM 18 juli 2024, nr. 50942/20

In Letland wordt voorschools onderwijs sinds 2018 alleen in het Lets aangeboden. Dit voorschoolse onderwijs valt alleen binnen het recht op onderwijs van art. 2 EP EVRM en het discriminatieverbod van art. 14 EVRM voor zover het verplicht is. Voor dat onderwijs geldt dat het niet onredelijk is om het alleen in de nationale taal aan te bieden. Dat geldt zeker nu voorzieningen zijn getroffen waardoor kinderen Russisch kunnen leren als minderheidstaal. Art. 2 EP EVRM jo. art. 14 EVRM zijn dan ook niet geschonden.

Klagers behoren tot de Russischspreekende minderheid in Letland. In Letland is Lets de enige erkende nationale taal. Toen Letland onafhankelijk werd, werd onderwijs aanvankelijk nog in zowel het Lets als het Russisch aangeboden, maar in de loop van de tijd is het Lets als onderwijstaal steeds belangrijker geworden. Sinds 2018 bepaalt een wet voor voorschoolse educatie dat op spel gebaseerde lessen voor kinderen ouder dan vijf jaar in het Lets moeten worden gegeven, tenzij het gaat om activiteiten die erop zijn gericht kinderen een minderheidstaal en etnische cultuur te leren beheersen. Klagers (kinderen en hun ouders) hebben hier bezwaar tegen en hebben een constitutionele klacht over de wetgeving ingediend, maar zonder succes.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de Letse taalwetgeving in strijd is met het discriminatieverbod (art. 14 EVRM), al dan niet in samenhang met het recht op onderwijs (art. 2 EP EVRM). Het Hof wijst erop dat het al eerder over deze wetgeving heeft geoordeeld en daarbij heeft benadrukt dat art. 2 EP geen recht bevat op onderwijs in een bepaalde taal. Nu het Lets in Letland de enige erkende nationale taal is, is de klacht over art. 2 EP EVRM als zodanig niet-ontvankelijk *ratione materiae*.

Art. 2 EP EVRM is wel toepasselijk bezien in samenhang met art. 14 EVRM waar het voorschools onderwijs betreft waarvoor de leerplicht geldt, dus voor kinderen tussen 5 en 7 jaar oud. Voor jongere kinderen is het voorschoolse onderwijs optioneel, waardoor het buiten

bereik van art. 2 EP EVRM valt. De klacht is voor dat onderwijs dan ook niet-ontvankelijk *ratione materiae*. Voor zover de klacht wel ontvankelijk is, is duidelijk dat sprake is van een ongelijke behandeling op grond van taal, waarbij Russisch- en Letssprekende kinderen zich bij het volgen van het voorschoolse onderwijs in een vergelijkbare situatie bevinden. Het doel van de wetgeving is, zoals het Hof eerder ook al heeft geoordeeld, om het Lets na decennia van Sovjetoverheersing te versterken en kinderen goed voor te bereiden op het eigenlijke primaire onderwijs. De wetgeving heeft daarbij primair als functie om eerder bestaande ongelijkheden op te heffen. Bovendien was is het steeds mogelijk om het Russisch als minderheidstaal te leren, zeker ook gedurende de tweede fase van de voorschoolse educatie. Dit betekent dat de ongelijke behandeling redelijk en proportioneel is, en daarmee verenigbaar met art. 14 jo. 2 EP EVRM.

Het Hof benadrukt dat het beginsel van redelijke tegemoetkoming ('reasonable accommodation') kan vergen dat voorzieningen worden getroffen voor Russischsprekende kinderen met bijzondere leerbehoeften. Klagers hebben echter niet voldoende onderbouwd of de wetgeving in dit soort situaties wel leidt tot discriminatie. Op dit punt is dan ook geen schending van art. 14 en art. 2 EP EVRM vaststelbaar.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0718JUD005094220

Zaaknummer: 50942/20

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

RECHTSPRAAK

Hanovs t. Letland, EHRM 18 juli 2024, nr. 40861/22

Toen Hanovs de hond uitliet, gearmd lopend met zijn mannelijke partner, werden zij verbaal aangevallen door een man die bezwaar had tegen hun publieke vertoon van affectie. De politie zag hierin geen haatmisdrijf; de man werd alleen veroordeeld wegens ‘hooliganisme’. Het Hof benadrukt dat ook in een situatie als deze, waarin geen fysieke schade is toegebracht, de menselijke waardigheid kan zijn geraakt. Als staten homofobe uitdrukkingen niet actief bestrijden en bagatelliseren, kan vijandig gedrag jegens LHBTI-personen zelfs worden aangewakkerd. Letland heeft art. 3, 8 en 14 EVRM geschonden door dit onvoldoende te onderkennen en de aanval niet als haatmisdrijf te kwalificeren.

In 2020 riep een man, JP, beledigende en homo-onvriendelijke dingen naar klager en zijn (mannelijke) partner toen zij gearmd hun hond uitlieten in het park. De man probeerde klager ook te slaan, waarop zijn partner de politie belde. JP werd hiervoor vervolgd, maar alleen wegens ‘hooliganisme’ en niet wegens een haatmisdrijf. Hij kreeg uiteindelijk een boete van 70 euro opgelegd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze bestraffing betekent dat Letland onvoldoende heeft gedaan om zijn rechten onder art. 3, 8 en 14 EVRM te beschermen. Het Hof benadrukt dat aanvallen op LHBTI-personen die zijn ingegeven door het publiekelijk tonen van affectie een duidelijke aanslag betekenen op hun menselijke waardigheid. Een moment van intimiteit wordt daardoor een moment van angst en trauma. Bovendien kan het ertoe leiden dat mensen geen fundamentele menselijke emoties meer durven uit te drukken in het openbaar en dat ze worden gemarginaliseerd. Ook als er geen fysieke schade is toegebracht, vergt dit een adequate reactie van de overheid.

In het onderhavige geval staat het discriminatoire motief van de aanval op klager buiten kijf. De politie en de vervolgingsautoriteiten hebben de wetgeving over haatmisdrijven echter zeer

strikt toegepast. Ze hebben het incident gebagatelliseerd en getrivialiseerd. Dit is niet verenigbaar met de verplichting die de staten onder het EVRM hebben om homofobe aanvallen te voorkomen en te bestrijden. Integendeel, het roept de schijn op dat dit soort aanvallen straffeloos kan plaatsvinden, waardoor vijandig gedrag jegens LHBTI-personen wordt genormaliseerd en intolerantie en discriminatie verder kunnen worden aangewakkerd. Art. 3 en 8 EVRM, in samenhang met art. 14 EVRM, zijn dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0718JUDoo4086122

Zaaknummer: 40861/22

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

**Hrachya Haratyunyan t. Armenië, EHRM 27 augustus 2024,
nr. 15028/16**

Haratyunyan werkte van 2002 tot 2011 als afdelingshoofd bij een Armeens publiek elektriciteitsbedrijf. Na zijn vertrek riep het bedrijf een procedure in het leven om vermoedens van corruptie vertrouwelijk te melden voor nader onderzoek. Haratyunyan maakte daarvan gebruik, maar werd uiteindelijk beboet omdat hij de reputatie van een collega zou hebben beschadigd. Het EHRM oordeelt dat klokkenluidersbescherming zich kan uitstrekken tot ex-werknemers als deze van meldingen negatieve gevolgen ervaren. De Guja-criteria toepassend concludeert het dat de sanctieoplegging ongerechtvaardigd en strijdig met art. 10 EVRM was.

Van 2002-2011 werkte klager als hoofd van de afdeling veiligheid en administratie van een Armeens elektriciteitsbedrijf (ENA), dat destijds in handen was van een Russische onderneming. Op zeker moment publiceerde het bedrijf een stuk over corruptiebestrijding op zijn website, waarin medewerkers werden uitgenodigd om eventuele vermoedens van corruptie anoniem te melden. Klager gaf gehoor aan die uitnodiging, ook al was hij niet meer werkzaam bij het bedrijf. Hij stuurde in 2012 een mail met gedetailleerde informatie over mogelijk corrupt gedrag van collega V.B. naar het mailadres dat in de uitnodiging was genoemd. Daarop is de betrokken dienst van het bedrijf gevraagd om de informatie te verifiëren en is het rapport aan V.B. voorgelegd met het verzoek om een reactie te geven. Nader intern onderzoek wees uit dat de informatie die klager had verstrekt deels onjuist was. Daarop heeft V.B. een smaadprocedure tegen klager ingesteld, die in eerste instantie onsuccesvol was omdat klager de informatie in volstrekte vertrouwelijkheid had gegeven, maar na verder procederen leidde tot de verplichting om publiekelijk excuses aan te bieden voor de aantijgingen en een boete te betalen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn uitingsvrijheid is geschonden door de opgelegde verplichting en boete. Het Hof onderzoekt allereerst of de zaak als een klokkenluiderskwestie moet worden aangeduid, gelet op het feit dat daarvoor specifieke toetsingscriteria gelden. In dit verband is van belang dat klager nooit publiekelijk informatie heeft gegeven, maar alleen interne kanalen heeft benut in reactie op een expliciet verzoek om vermoedens van corrupte praktijken door te geven. Het Hof beredeneert dat de klokkenluidersbescherming ook nog van toepassing kan zijn op voormalige werknemers, wanneer de meldingen van vermoede misstanden in ieder geval betrekking hebben op een periode waarin de melder nog in dienst was. Bepalend is dan of de voormalige medewerker negatieve consequenties heeft ondervonden als gevolg van een melding. In het voorliggende geval is daar duidelijk sprake van en is de situatie ook verder vergelijkbaar met een klokkenluiderssituatie. Het EHRM toetst dan ook in het licht van de *Guja*-criteria of de opgelegde sanctie verenigbaar is met art. 10 EVRM.

Het Hof benadrukt daarbij dat klager gebruik heeft gemaakt van expliciet en doelbewust opengestelde interne kanalen om melding te maken van zijn vermoedens. Hij wilde daarbij gebruikmaken van deze procedure om een intern onderzoek naar de gegrondheid daarvan mogelijk te maken. Zeker nu de vertrouwelijkheid van zijn melding gegarandeerd zou worden, kan klager niet worden verweten dat hij onzorgvuldig met de informatie is omgegaan. De aantijgingen betroffen een kwestie van duidelijk algemeen belang, iets waaraan de nationale rechters ten onrechte geen aandacht hebben besteed. De gevolgen van de vertrouwelijke melding van klager voor V.B.'s reputatie waren beperkt. Klager is vooral verweten dat hij niet zelf heeft geverifieerd of zijn melding op juiste feiten was gebaseerd. Het Hof benadrukt dat een klokkenluider het soms bij het verkeerde eind kan hebben omdat hij geen volledig beeld heeft van een bepaalde situatie. Dat kan hem dan niet worden verweten. Zeker nu de opgelegde sanctie substantieel was, oordeelt het EHRM dat art. 10 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD001502816

Zaaknummer: 15028/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

I.G. t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 32887/19

I.G. – die fysieke en geestelijke beperkingen heeft – is in 2002 met geweld verkracht door vier minderjarigen. De jongste van hen was nog geen twaalf jaar oud en kon daarom niet strafrechtelijk worden vervolgd. De anderen (waarvan er een overleed) werden aanvankelijk vrijgesproken, maar later werd de zaak teruggewezen. Op zeker moment is de zaak afgesloten vanwege het lange tijdsverloop, al heeft I.G. wel een schadevergoeding gekregen. Het EHRM begrijpt dat de staat heeft geprobeerd rekening te houden met de jonge leeftijd van de beschuldigen, maar ziet in de vertraging een schending van art. 3 EVRM. Deze is niet voldoende gecompenseerd.

Klager heeft een aantal fysieke en geestelijke beperkingen. In 2002 werd hij het slachtoffer van een groepsverkrachting en doodsb bedreigingen door vier kinderen, waarvan er één jonger was dan 12, twee jonger dan 13 en één nog net geen 17. Het oudste kind kwam later te overlijden. Ten aanzien van de jongste drie oordeelde de kinderrechtster dat de verkrachting niet kon worden bewezen omdat onmogelijk kon worden vastgesteld dat zij al geslachtsrijp waren en de beweerdte verkrachting konden uitvoeren. In hoger beroep werd de vrijspraak vernietigd en werd de zaak terugverwezen voor herbeoordeling, maar deze procedure werd vanwege de lange duur ervan beëindigd. Uiteindelijk heeft het Turkse constitutionele hof erkend dat de staat niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan; in verband daarmee is klager een zekere schadevergoeding toegekend.

Klager heeft in het licht van art. 3 en 13 EVRM gesteld dat de staat zijn procedurele verplichtingen onvoldoende is nagekomen. Het Hof benadrukt dat op nationaal niveau voldoende is komen vast te staan dat klager inderdaad is verkracht en dat er geweld tegen hem is gebruikt. De daders waren destijds allemaal minderjarig; een van hen was zelfs nog zo jong dat hij nog niet strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gehouden voor zijn handelen. Het is belangrijk dat de staat in een dergelijk geval zorgvuldig te werk gaat en passende maatregelen neemt bij onderzoek en vervolging. In het onderhavige geval is de jongste verdachte helemaal

niet vervolgd vanwege zijn leeftijd en is de oudste overleden tijdens het onderzoek. Voor de andere verdachten geldt dat de procedure veel te lang heeft geduurd, namelijk meer dan 13 jaar.

In het licht van art. 34 EVRM overweegt het EHRM ten slotte dat het Turkse constitutionele hof heeft erkend dat de staat zijn positieve verplichtingen niet is nagekomen. De toegekende compensatie is echter aanzienlijk lager dan redelijk zou zijn in een geval als dit, zodat art. 3 EVRM geschonden kan worden geacht.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD003288719

Zaaknummer: 32887/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 34

RECHTSPRAAK

Khachapuridze en Khachidze t. Georgië, EHRM 29 augustus 2024, nrs. 59464/21 en 13079/22

Khachapuridze en Khachidze zijn vervolgd op verdenking van verbale en fysieke mishandeling van een rechter tijdens een strandvakantie. Er waren getuigen, maar enkele van hen waren toeristen die ter zitting niet meer konden worden gehoord. Bij de zitting waren Khachapuridze en Khachidze op afstand aanwezig, maar werden zij op zeker moment uitgesloten omdat zij de orde van de zitting verstoorden. Het niet kunnen horen van een aantal getuigen zonder voldoende compenserende maatregelen te treffen en de volledige uitsluiting van de zitting hebben volgens het Hof de procedure als geheel oneerlijk gemaakt, zodat art. 6 EVRM is geschonden.

In 2016 kwamen er twee aangiftes binnen bij de politie over een incident op een strand tijdens de vakantieperiode. De eerste aangifte was van eerste klagster, die stelde dat een rechter (G.M.), die daar ook op vakantie was, haar en haar zoon (derde klager) fysiek en verbaal had aangevallen. Vlak daarna kwam er een soortgelijke aangifte van G.M. binnen over klagster en haar gezin. Daarop is een strafrechtelijk onderzoek ingesteld waarbij eerste en tweede klagers zijn aangehouden en getuigen zijn ondervraagd. Derde klager kon door ziekte niet als getuige worden gehoord. Tot de getuigen behoorden ook toeristen die op het strand waren, en die na het afleggen van hun verklaringen Georgië weer hadden verlaten. Zij konden dan ook niet ter zitting worden ondervraagd. Tijdens de zitting, waaraan klagers op afstand deelnamen, zijn zij berispt wegens ongepast gedrag jegens G.M. en de rechtbank. Uiteindelijk zijn zij in verband met haar gedrag uitgesloten van de zitting. Eerste en tweede klagers zijn veroordeeld tot een strafrechtelijke boete.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat is gehandeld in strijd met art. 6 lid 1 en lid 3 EVRM doordat zij niet alle getuigen op dezelfde manier hebben kunnen ondervragen als de officier van justitie, hun veroordeling grotendeels was gebaseerd op verklaringen van afwezige

getuigen, en het niet in de rechtszaal kunnen bijwonen van het volledige proces.

Over de afwezige getuigen overweegt het Hof dat klagers niet hebben aangetoond waarom zij ter zitting gehoord hadden moeten worden. De inhoud van hun verklaringen gaf daar geen aanleiding toe. De vraag is nog wel of derde klager voldoende kon worden gehoord als getuige, nu hij gelet op zijn ziekte niet in persoon aanwezig kon zijn. Weliswaar waren er videobeelden van het incident, maar derde klager was voor de eerste twee klagers de belangrijkste getuige. Het was dan ook wel begrijpelijk dat zij hem als getuige wilden laten ondervragen. Derde klager kon weliswaar niet via een videoverbinding worden gehoord, maar de zitting had kunnen worden uitgesteld en een gemotiveerd verzoek daartoe is tijdig ingediend.

Over het gebruik van de bij de politie eerder afgelegde verklaringen als bewijsmateriaal overweegt het Hof dat onvoldoende inspanningen zijn verricht om drie van hen uit te nodigen voor de zitting. Ook zijn geen goede redenen gegeven voor de gestelde onmogelijkheid om deze getuigen, voor zover traceerbaar, op afstand te ondervragen. De eerder afgelegde verklaringen vormden niet het enige bewijs tegen eerste en tweede klagers, maar gebleken is dat zij wel een aanmerkelijke rol speelden in de veroordeling. Klagers waren in de procedure vertegenwoordigd door een advocaat en konden hun eigen lezing presenteren van de feiten. Toch zijn er volgens het Hof onvoldoende factoren die compensatie kunnen opleveren voor het ontbreken van de mogelijkheid om een aantal getuigen in persoon te horen.

Tot slot gaat het Hof in op de uitsluiting van klagers van de zitting vanwege hun verstoringen van de procesorde. Eerste klaagster heeft zich inderdaad misdragen door steeds weer het woord te nemen, terwijl zij al verschillende keren was gewaarschuwd. Tot op zekere hoogte geldt dit ook voor tweede klager, maar deze heeft minder kans gekregen om zijn punten te maken. Het Hof overweegt verder dat er andere oplossingen beschikbaar waren om te voorkomen dat klagers de zitting zouden verstoren, bijvoorbeeld door hen op 'mute' te zetten of hun advocaten te vragen hen tot de orde te roepen.

Deze factoren bij elkaar nemend, acht het Hof de procedure als geheel oneerlijk. Art. 6 lid 1 en lid 3 (c) en (d) EVRM zijn dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD005946421

Zaaknummer: 59464/21 en 13079/22

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

RECHTSPRAAK

Levrault t. Monaco, EHRM 9 juli 2024 (ontv.besl.), nr. 47070/20

Een Franse rechter is op basis van een bilaterale overeenkomst tussen Frankrijk en Monaco voor een periode van drie jaar gedetacheerd als rechter in Monaco. Zijn verzoek om na drie jaar voor verlenging in aanmerking te komen wordt niet gehonoreerd. Hij kan hierover niet procederen, maar het EHRM overweegt dat er ook geen sprake was van een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen. Verlenging was geen recht of automatisme, maar betrof uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, gebaseerd op een overeenkomst over internationale betrekkingen. Art. 6 EVRM is dan ook niet van toepassing, zodat de klacht niet-ontvankelijk is.

Klager, een Frans staatsburger, werd in 2016 benoemd tot rechter in de Monegaskische rechterlijke macht voor de periode 1 september 2016 tot 31 augustus 2019. Daarbij werd hij gedetacheerd in een rechtbank van eerste aanleg. In 2018 verzocht klager om een verlenging van deze detachering voor een volgende periode van 3 jaar. Hoewel de bevoegde organen hierover positief adviseerden, besloten de Monegaskische autoriteiten niet tot verlenging van de detachering. In plaats daarvan werd hij benoemd op een rechterlijke positie in Frankrijk. Hierover procedeerde klager, maar de Hoge Raad van Monaco bepaalde dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op beslissingen als de onderhavige, zodat hij de zaak niet inhoudelijk kon beoordelen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de onmogelijkheid om op te komen tegen de beslissing de detachering niet te verlengen in strijd is met art. 6 EVRM. Het Hof moet daarbij eerst nagaan of in de voorliggende zaak sprake is van een geschil dat betrekking heeft op burgerlijke rechten en verplichtingen. De Monegaskische Hoge Raad heeft geoordeeld dat klager geen 'recht' op verlenging had, nu verlenging niet als automatisme is vastgelegd in de

toepasselijke samenwerkingsovereenkomst tussen Frankrijk en Monaco. De regeling voor detachering vloeit voort uit een bilaterale internationale overeenkomst die onderdeel vormt van de diplomatieke en vriendschappelijke banden tussen de twee staten. Gebleken is niet dat de beslissing tot het niet-verlengen van de detachering heeft geleid tot problemen bij de rechtspleging in Monaco voor het specifieke onderwerp waarop de detachering betrekking had. Bovendien heeft klager in de drie jaar waarin hij actief is geweest alle vrijheid en ruimte gekregen om zijn werkzaamheden uit te voeren. Het feit dat klager positieve beoordelingen heeft gekregen in de periode van zijn activiteit maakt niet dat hij daarmee een recht op herbenoeming heeft verworven. Een en ander betekent dat niet kan worden gezegd dat klagers klacht betrekking heeft op een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM, zodat de klacht niet-ontvankelijk is.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0709DECoo4707020

Zaaknummer: 47070/20

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

M.A. e.a. t. Frankrijk, EHRM 25 juli 2024, nrs. 63664/19 e.a.

In Frankrijk is sinds 2016 het gebruik van seksuele dienstverlening verboden. Daartegen zijn 261 sekswerkers opgekomen, omdat het verbod naar hun mening inbreuk maakt op hun privéleven. Het wettelijk verbod is ingegeven door het legitieme doel van de bestrijding van seksuele uitbuiting en mensenhandel. Er is veel verschil van mening, nationaal en internationaal, over de beste aanpak hiervan. Het Hof kent daarom een ruime margin of appreciation toe, ook omdat hierover in het Franse parlement uitvoerig is gedebatteerd. Het ziet geen reden om af te wijken van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt, zodat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Klagers zijn 261 mensen van verschillende nationaliteiten, die allemaal legaal in de seksindustrie werken. Hun klacht richt zich op een in 2016 ingesteld wettelijk verbod op het gebruik van de diensten van prostitué(es), dat ook geldt wanneer sprake is van wederzijdse instemming tussen volwassenen. Volgens klagers heeft dit verbod geleid tot een aanzienlijke verslechtering van hun arbeidsomstandigheden. Zij hebben op nationaal niveau verzocht om intrekking van de wet en zij hebben hierover ook geprocedeerd, maar het Constitutionele Hof heeft geoordeeld dat de wet niet in strijd is met het recht op respect voor het privéleven of enig ander grondwettelijk recht.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het wettelijk verbod op het gebruik van seksuele diensten leidt tot een schending van art. 8 EVRM. De regering heeft aangevoerd dat het verbod was ingegeven door het tegengaan van mensenhandel en onder meer voortkwam uit internationale aanbevelingen en verplichtingen. Frankrijk heeft voor een abolitionistische aanpak heeft gekozen, onder meer op basis van het VN-verdrag tot bestrijding van mensenhandel en seksuele exploitatie. Volgens dit verdrag is prostitutie onverenigbaar met de menselijke waardigheid. De benadering waarbij het gebruik van seksuele diensten wordt verboden is gebaseerd op een Noords model, dat tot doel heeft om prostitutie te bestrijden door de vraag naar seksuele diensten weg te nemen.

Het Hof benadrukt dat het ook zelf eerder al heeft geoordeeld dat prostitutie onverenigbaar is met de menselijke waardigheid voor zover het gaat om gedwongen handelen. Ook heeft het positieve verplichtingen geformuleerd om uitbuiting en mensenhandel te bestrijden. De Franse doelstellingen kunnen dan ook worden gezien als legitiem in het licht van art. 8 EVRM.

Ten aanzien van de proportionaliteit acht het Hof het relevant dat de aanpak van prostitutie veel morele en ethische vragen oproept en dat er verschillende meningen bestaan over de vraag of prostitutie altijd een vorm van uitbuiting oplevert of dat sprake kan zijn van daadwerkelijk wederzijds goedvinden. Hierover bestaat binnen Europa geen consensus, net zomin als tussen en binnen internationale organisaties. Dit betekent dat de staten een ruime margin of appreciation hebben om hierin hun eigen keuzes te maken.

Voor de relevante Franse wet geldt dat die deel uitmaakt van een bredere aanpak om prostitutie en uitbuiting aan te pakken. Deze aanpak is het resultaat van intensief en uitgebreid parlementair debat en vormt onderdeel van een bredere discussie over de beste aanpak van bestrijding van geweld tegen vrouwen. Ook in een dergelijk geval moet de wetgever extra ruimte toekomen en is het in beginsel niet aan het Hof om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de staat. Een terughoudende toets op willekeur is dan aangewezen.

In dit verband herhaalt het Hof nogmaals dat het parlement alle relevante belangen en zorgen in zijn debatten heeft betrokken en dat een zo breed mogelijke aanpak van seksuele uitbuiting is gekozen. De partijen en interveniënten zijn het er bovendien over eens dat de intrekking van eerdere wetgeving, die tippelen en prostitutie als zodanig strafbaar stelde, positieve effecten heeft gehad. Ondanks de gestelde negatieve effecten van de huidige wetgeving, is het Hof er dan ook van overtuigd dat de gemaakte keuzes niet getuigen van een verkeerde of ontoereikende belangenafweging. Het Hof stelt dan ook geen schending vast van art. 8 EVRM, al overweegt het nog wel dat het aan de staat is om de effecten en werking van de wet steeds te blijven evalueren, ook in het licht van eventuele veranderingen in de Europese opvattingen en standaarden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD006366419

Zaaknummer: 63664/19 e.a.

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Meli en Swinkels Family Brewers N.V. t. Albanië, EHRM 16 juli 2024, nrs. 41373/21 en 48801/21

In twee verschillende zaken hebben een individu en een bierbrouwerij procedures gevoerd en daarbij een constitutionele klacht ingediend bij het Albanese Constitutionele Hof. In beide zaken werden de verzoeken afgewezen omdat de vereiste minimale meerderheid in de kamer niet was bereikt. Hiervoor werd geen andere motivering gegeven dan een weergave van de stemverhoudingen. Het Hof acht het vereiste van een minimale meerderheid voor het behandelen van constitutionele klachten niet onredelijk. Een nadere, inhoudelijke motivering was echter wel vereist in het licht van het recht op een eerlijk proces. Dit betekent dat art. 6 EVRM is geschonden.

Klagers in de twee gevoegde zaken zijn respectievelijk een Albanese burger en een in Nederland gevestigde bierbrouwerij. Eerste klager procedeerde in 2008 over het eigendom van een stuk grond. Uiteindelijk diende hij een verzoek tot beoordeling van de zaak in bij het Albanese Constitutionele Hof. De afwijzing van zijn verzoek werd minimaal gemotiveerd met een korte verwijzing naar de toepasselijke rechtsregels en weergave van de stemverhoudingen, namelijk 4-2 voor een eerste klachtonderdeel en 3-3 voor een tweede klachtonderdeel. Ook de bierbrouwerij heeft een geschil voor het Albanese Constitutionele Hof gebracht en daarbij een minimaal gemotiveerde afwijzing ontvangen met een weergave van de stemverhoudingen en de bestaande verdeeldheid binnen het Constitutionele Hof.

Voor het EHRM hebben de beide klagers gesteld dat hen de toegang tot het Constitutionele Hof in strijd met art. 6 lid 1 EVRM is ontzegd en dat daarvoor bovendien een ontoereikende motivering is gegeven. Het Hof merkt op dat het eerder in een zaak over stakende stemmen bij het Constitutionele Hof heeft geoordeeld dat daarvoor een oplossing moest worden gevonden. Het Albanese parlement heeft daarop vastgelegd dat in alle gevallen waarin de stemmen staken of minder dan vijf rechters een verzoek in behandeling willen nemen, de

constitutionele klacht moet worden afgewezen. Op zichzelf is een dergelijk vereiste niet ongebruikelijk in het constitutionele recht en het is ook niet onredelijk. Het recht op toegang tot de rechter is hierdoor dan ook niet geschonden.

De motivering in de zaken van klagers bestond uitsluitend uit informatie over de uitkomsten van de stemming die binnen het Constitutionele Hof had plaatsgevonden, maar bevatte geen indicatie van de materiële overwegingen die daaraan ten grondslag lagen. De Albanese wet over constitutionele toetsing vereist zo'n materiële argumentatie echter wel, en later is de praktijk van het Constitutionele Hof op dit punt ook aangepast. Klagers hebben van die aanpassing echter niet kunnen profiteren. Het ontbreken van een motivering levert dan ook strijd op met art. 6 EVRM.

Voor wat betreft de overige klachten over art. 6 EVRM wijst het Hof erop naar aanleiding van de uitspraak van het Hof de zaak op nationaal niveau kan worden heropend, zodat de Albanese rechters alsnog een inhoudelijk oordeel kunnen geven in hun zaak. Dit betekent dat het niet nodig is dat het Hof deze klachtonderdelen zelf onderzoekt.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 16-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0716JUD0041373121

Zaaknummer: 41373/21 en 48801/21

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Namik Yüksel t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 28791/10

Namik Yüksel en zijn echtgenote zijn in 2006 veroordeeld tot een gevangenisstraf. Waar de echtgenote in haar cel voor hun zoon kon zorgen, kon Namik Yüksel zijn zoon maar vier keer per maand ontmoeten. Het EHRM overweegt dat de belangen van het kind voorop moeten staan bij beslissingen over zaken als contact tussen vader en zoon. Daarbij brengt een gevangenisregime inherente beperkingen mee. In dit geval is zorgvuldig bekeken welke mate van contact redelijk kon zijn. Het Hof ziet geen reden om tot een andere conclusie te komen. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager en zijn echtgenote zijn in 2006 veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens betrokkenheid bij een terroristische organisatie. Zij werden in verschillende gevangenissen geplaatst, maar later alsnog in dezelfde gevangenis overgebracht. Klager bracht bij de gevangenisautoriteiten onder de aandacht dat zijn echtgenote in deze gevangenis wel met hun gezamenlijke kind contact kon hebben, maar hij niet. Daarop werden wel enige bezoeken toegestaan, maar het contact was nog steeds veel beperkter dan dat met de moeder.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat dit bezoeksregime in strijd is met het recht op respect voor het gezinsleven (art. 8 EVRM). Het Hof benadrukt dat de belangen van het kind altijd voorop moeten staan bij beslissingen die ook kinderen raken. De staat heeft bovendien een positieve verplichting om het contact van kinderen met hun ouders te faciliteren, al is dit een inspannings- en geen resultaatverplichting. Voor detentiesituaties bestaat er weinig internationale consensus waaruit blijkt hoe specifiek invulling moet worden gegeven aan deze algemene uitgangspunten. Het Hof moet dan ook vooral nagaan hoe in het concrete geval met die uitgangspunten is omgegaan. Klager kon vier keer per maand zijn zoon fysiek ontmoeten. De beslissing omtrent de bezoekrechten is genomen door een team bestaande uit een gevangenisarts, een docent en een psycholoog, die goed konden beoordelen wat de beste oplossing was in de gegeven omstandigheden. Daarmee zijn alle stappen genomen die

redelijkerwijs van de staat konden worden verwacht. Klager heeft ook niet duidelijk gemaakt wat nog meer mogelijk was geweest. Dit betekent dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD002879110

Zaaknummer: 28791/10

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Pasquinelli e.a. t. San Marino, EHRM 29 augustus 2024, nr. 24622/22

In San Marino is in 2021 het gezondheidszorgpersoneel opgeroepen om zich te laten vaccineren tegen Covid-19. Coronavaccinaties waren niet verplicht, maar personeel dat zich niet liet inenten, kon in het uiterste geval wel tijdelijk worden geschorst. Het EHRM acht deze regeling aanvaardbaar in het licht van het doel van bescherming van de volksgezondheid, onder meer nu duidelijk is dat ongevaccineerden vatbaarder waren voor coronabesmetting en het virus vervolgens gemakkelijker konden verspreiden. De regeling was bovendien niet onredelijk bezwarend, nu verschillende alternatieven beschikbaar waren, zoals werken in een functie zonder patiëntcontacten. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

In 2021 werd in San Marino al het gezondheidszorgpersoneel opgeroepen om zich te laten vaccineren tegen Covid-19. Als personeelsleden dat weigerden, moesten volgens de wet de gezondheidsdiensten in eerste instantie proberen het contact tussen deze personeelsleden en patiënten en anderen te minimaliseren, bijvoorbeeld door hen tijdelijk een andere functie te geven of hen maatschappelijke dienstverlening te laten verrichten tegen een gering salaris. In het uiterste geval, als deze opties niet beschikbaar waren of niet werden aanvaard, kon een personeelslid tijdelijk uit de functie worden ontheven.

Klagers zijn een groep gezondheidszorgpersoneel met bezwaren tegen Covid-19-vaccinaties en die allemaal getroffen zijn door een van de genoemde maatregelen. Volgens hen was de verplichting en de handhaving daarvan disproportioneel en in strijd met art. 8 EVRM.

Het Hof stelt voorop dat de coronavaccinatie niet verplicht was en bovendien een wettelijke grondslag had. Bij de beoordeling van de proportionaliteit is van belang dat tijdens de pandemie besmetting met het coronavirus grote gevolgen kon hebben voor individuen en voor de volksgezondheid. Het Hof gaat niet in op de vraag of klagers – als ongevaccineerd

gezondheidszorgpersoneel – een groter risico voor anderen vormden dan gevaccineerden. Wel staat vast dat ongevaccineerden vatbaarder waren voor besmetting met Covid-19 en het virus vervolgens gemakkelijk konden verspreiden.

De gewraakte vaccinatieregeling werd pas ingevoerd toen Covid al een tijdlang bestond, maar andere beperkende en beschermende maatregelen al werden afgebouwd. Het Hof acht het niet onredelijk dat de maatregelen alleen werden verzacht voor mensen die zelf minder risico zouden lopen. Op dat moment stond tegelijkertijd vast dat ongevaccineerden een groter gevaar liepen om ernstig ziek te worden van corona. Relevant is voor het Hof verder dat de vaccinatieregeling niet de waardigheid of het emotionele welzijn van klagers heeft aangetast en geen vergaand negatieve invloed heeft gehad op hun financiële positie en materiele welvaart. Tot slot is van belang dat de regelgeving verschillende opties creëerde en dat de klagers die het meeste nadeel hebben ondervonden, het minste gebruik hebben gehad van deze opties. Zo hebben zij ook vrijwilligerswerk geweigerd. Daar komt bij dat veel mensen onvermijdelijk financieel nadeel hebben geleden door de pandemie. Door het treffen van deze maatregelen is San Marino dan ook niet de grenzen van de margin of appreciation te buiten gegaan, die in een geval als dit heel ruim is. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klagers hebben verder aangevoerd dat de regeling waarbij alleen gevaccineerden hun werkzaamheden konden blijven uitvoeren een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling opleverde zoals verboden door art. 1 P12 en art. 8 jo. 14 EVRM. Het Hof neemt gemakshalve aan dat de status als ongevaccineerd persoon als ‘grond’ van onderscheid in de zin van art. 14 EVRM kan worden gekwalificeerd. Het heeft onder art. 8 EVRM al geoordeeld dat de regeling als zodanig verenigbaar is met art. 8 EVRM, inclusief de voorkeursbehandeling die in zekere zin schuilging in de regeling voor gevaccineerden. Niet alleen was deze behandeling in overeenstemming met de ingeschatte risico’s van niet-vaccinatie, maar ook was een zekere voorkeursbehandeling gerechtvaardigd als aanmoediging voor het ondergaan van zo’n vaccinatie. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD002462222

Zaaknummer: 24622/22

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 14 en EVRM art. 1 P12

RECHTSPRAAK

protectus, HvJ EU (GK) 29 juli 2024, zaak C-185/23

Een beveiligingsonderneming heeft een veiligheidscertificaat dat haar toegang geeft tot bepaalde (strikt) geheime informatie. Later wordt het certificaat ingetrokken, op basis van geheime informatie die niet wordt gedeeld. Het HvJ EU overweegt dat dergelijke intrekkingen normaliter niet binnen het toepassingsbereik van het Handvest vallen; dat is hier anders omdat het gaat om een door EU-recht bestreken veiligheidscertificaat. Art. 47 Hv verzet zich niet tegen het niet-meedelen van bepaalde vertrouwelijke informatie, maar alleen als een rechter heeft vastgesteld dat daarvoor dwingende redenen bestaan die zwaarder wegen dan het recht op een eerlijk proces en als voldoende procedurele waarborgen worden geboden.

De nationale beveiligingsinstantie van Slowakije (NBS) heeft aan verzoekster in het hoofdgeding – protectus – in 2018 een veiligheidsattest afgegeven waardoor zij kennis kan nemen van als ‘strikt geheim’ gerubriceerde informatie en ‘geheime’ informatie kan overdragen of opstellen. Vervolgens heeft NBS kennis gekregen van niet-gerubriceerde informatie over verzoekster waaruit verdenkingen van integriteitsschendingen bleken. NBS heeft hierop in 2020 het veiligheidsattest ingetrokken. Een bezwaar van verzoekster daartegen is afgewezen op basis van gerubriceerde informatie waartoe noch verzoekster, noch haar advocaat toegang had. Ook bij rechterlijke toetsing heeft de president van de rechtbank de gerubriceerde delen van het dossier van inzage uitgesloten. In verband hiermee heeft de verwijzende rechtbank een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd.

De eerste vraag is of de voorgelegde materie binnen het toepassingsbereik van het Handvest valt, gelet op art. 51 lid 1 Hv. Naar de huidige stand van het EU-recht is er geen wetgeving die besluiten van lidstaten betreft om toegang te verlenen tot naar nationaal recht gerubriceerde informatie. De intrekking van een veiligheidsattest lijkt daardoor niet de uitvoering van EU-recht in de zin van art. 51 lid 1 Hv te impliceren. Dat kan anders zijn als het specifiek gaat om

een industrieel veiligheidscertificaat dat toegang geeft tot EUCI (een VMV), nu daarop besluit 2013/488 van toepassing is. Daarbij moet niet alleen de afgifte van en het toezicht op deze specifieke veiligheidscertificaten worden gerekend tot het toepassingsbereik, maar ook de intrekking ervan. Dit geldt ook als bij deze intrekking naar nationaal recht sprake is van een discretionaire bevoegdheid.

De vraag is vervolgens of art. 47 Hv zich verzet tegen het beperken van de toegang van de houder van een VMV tot gerubriceerde informatie waarop de intrekking van die VMV is gebaseerd. Het HvJ EU onderzoekt daarbij allereerst of art. 47 Hv van toepassing is, nu de vraag is of het in dit geval gaat om een 'recht' op toekenning van een VMV. Het HvJ EU overweegt dat niettemin de intrekking van een VMV tot gevolg heeft dat een marktdeelnemer de toestemming verliest om toegang te krijgen tot EUCI en dat hem daardoor de mogelijkheid wordt ontnomen om bepaalde offertes uit te brengen. Gelet daarop moet zo'n marktdeelnemer op grond van art. 47 Hv kunnen beschikken over een doeltreffende voorziening in rechte om de intrekking van de VMV te kunnen betwisten.

Van zo'n doeltreffende voorziening kan alleen sprake zijn als de voormalige houder van een VMV toegang heeft tot de redenen waarop de intrekking van die andere veiligheidsmachtiging berust, aangezien alleen die toegang hem in staat stelt de aard te begrijpen van de redenen die uiteindelijk hebben geleid tot de intrekking van die VMV en dus om eventueel die redenen te betwisten. Uitzonderingen zijn mogelijk, maar dan moet een rechter worden belast met een onafhankelijk onderzoek van alle aangevoerde feitelijke en juridische gegevens om te beoordelen of er dwingende redenen zijn van bijvoorbeeld staatsveiligheid die zich er daadwerkelijk tegen verzetten dat alle of een gedeelte van de redenen voor de betrokken intrekking en het daarop betrekking hebbende bewijsstukken worden meegedeeld. In verband daarmee moet de rechter kennis kunnen nemen van alle redenen en de daarop betrekking hebbende bewijsstukken op grond waarvan intrekking heeft plaatsgevonden. Daarnaast moet de rechter de aangevoerde dwingende redenen terdege afwegen tegen het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming. Daarbij is van belang dat het beginsel van hoor en wederhoor zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd. Het enkel geven van toegang tot de gerubriceerde informatie aan de advocaat van belanghebbende kan volgens het Hof niet volstaan.

Aan de belanghebbende dient hoe dan ook de essentie van de redenen te worden meegedeeld die ten grondslag liggen aan de intrekking. De noodzakelijke bescherming van met name de staatsveiligheid of de internationale betrekkingen mag namelijk niet tot gevolg hebben dat de belanghebbende zijn recht om te worden gehoord wordt ontnomen en daardoor zijn recht op een voorziening in rechte tegen die intrekking ineffectief wordt.

Als de rechter oordeelt dat inderdaad geen toegang mag worden gegeven tot de bewijsstukken, is het verder aan de rechter om te beoordelen in hoeverre dit gebrek aan toegang invloed mag hebben op de bewijskracht van deze stukken en om consequenties uit de stukken te trekken. De nationale rechter moet daarvoor zelf in ieder geval toegang hebben tot deze stukken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 29-07-2024

ECLI: ECLI:EU:C:2024:657

Zaaknummer: C-185/23

Wetsartikelen: Hv art. 47, Hv art. 51 lid 1 en Besluit 2013/488/EU

RECHTSPRAAK

W.R. t. Nederland, EHRM 27 augustus 2024, nr. 989/18

In 2014 werd W.R. aangehouden op verdenking van moord of doodslag op zijn ex-echtgenote. Hij legde een aantal bekende verklaringen af en werd uiteindelijk veroordeeld wegens moord. Voor het EHRM heeft hij gesteld dat hij niet bij alle verhoren voldoende is bijgestaan door een advocaat. Het EHRM onderzoekt of hierdoor de procedure als geheel oneerlijk is geworden. Dat is niet zo, nu W.R. is gewezen op zijn zwijgrecht, hij verder is bijgestaan door een advocaat en zijn verdediging goed heeft kunnen voeren, en de bekentenissen niet het enige bewijs vormden. Daardoor is art. 6 lid 3 (c) EVRM niet geschonden.

In 2014 werd C.O. vermist. Zij was voor het laatst gezien in de woning van klager, haar ex-echtgenoot. In de woning van klager werden verdachte objecten en bloedspetters gevonden, waardoor de verdenking ontstond dat klager de garage in brand had willen steken. De dag erna werd klager aangehouden op verdenking van doodslag en daarbij werd hij gewezen op de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door een advocaat. Klager reageerde niet op die mogelijkheid en wilde geen verklaring afleggen. Later sprak hij wel met een advocaat. Hoewel hem de cautie werd gegeven, legde hij een volledige verklaring af waarin hij bekende zijn ex te hebben gedood. Door de verklaring van klager kon de politie het overleden slachtoffer traceren. Klager legde op verschillende achtereenvolgende dagen nadere, gedetailleerde en bekende verklaringen af, steeds na de cautie te hebben gekregen. Enkele dagen later zei hij echter een aantal verklaringen te willen intrekken en kwam hij met andere lezingen van de feiten zoals hij die eerder had gepresenteerd. Uiteindelijk veroordeelde de rechtbank klager wegens doodslag, maar sprak zij hem vrij van moord. Hoewel er een vooropgezette doelstelling leek te zijn, was klager op het moment van het doden van de ex-echtgenote in grote verwarring en kon niet worden aangenomen dat de voorgenomen moord daadwerkelijk was uitgevoerd. In hoger beroep kwam het gerechtshof tot een ander oordeel en werd klager tot veertien jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens moord.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 6 lid 1 en lid 3 (c) EVRM is geschonden omdat hij tijdens het eerste verhoor en tijdens het eerste huisbezoek niet werd bijgestaan door een advocaat, terwijl de toen afgelegde verklaringen wel zijn toegelaten als bewijs. Het Hof roept zijn *Salduz*-rechtspraak in herinnering en het merkt op dat inmiddels de regelgeving en uitvoeringspraktijk in Nederland zijn veranderd. Klager heeft van de gewijzigde wetgeving echter niet kunnen profiteren, omdat zijn zaak zich voor de inwerkingtreding daarvan afspeelde. Het Hof moet dan ook nagaan of de eerlijkheid van de procedure is aangetast doordat klager niet steeds is bijgestaan door een advocaat. Daarbij is relevant dat klager geen kwetsbare verdachte was en dat ook nergens uit is gebleken dat hij niet in staat zou zijn om vragen te beantwoorden. Verder is klager verschillende keren expliciet gewezen op zijn zwijgrecht. Uit de opgenomen verklaringen kan ook niet worden afgeleid dat hij deze onder druk heeft afgelegd. Hij heeft deze verklaringen uiteindelijk ook niet helemaal ingetrokken of gewijzigd. Het is in die omstandigheden aan de nationale rechter om de bewijswaarde van een verklaring te beoordelen. De uiteindelijke veroordeling was niet alleen gebaseerd op de verklaringen, maar ook nog op ander bewijsmateriaal dat de bekentenissen ondersteunde. Tijdens de procedure heeft hij – bijgestaan door een advocaat – zijn verdediging goed kunnen voeren en heeft hij toegang gekregen tot al het relevante materiaal. De procedure als geheel kan dan ook als eerlijk worden gezien, zodat deze niet in strijd is met art. 6 lid 1 en lid 3 (c) EVRM (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD000098918

Zaaknummer: 989/18

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

RECHTSPRAAK

Yasak t. Turkije, EHRM 27 augustus 2024, nr. 17389/20

Na de mislukte coup van 2015 is Yasak veroordeeld wegens lidmaatschap van en activiteiten voor de illegale en gewapende terroristische organisatie FETO|/PDY. Hij acht dat onvoorzienbaar omdat de organisatie destijds nog niet illegaal was. Nationale rechters hebben echter geoordeeld dat de organisatie toen al bezig was met illegale activiteiten en een geheime structuur had, waarin Yasak vergaand was betrokken. Gelet daarop kon hij volgens het Hof weten dat zijn handelen strafbaar kon zijn, zodat art. 7 EVRM niet is geschonden. De gevangenisomstandigheden waarin Yasak vast zat waren weliswaar zeer slecht, maar niet zodanig dat ook art. 3 EVRM is geschonden.

Na de mislukte coup in 2015 zijn diverse onderzoeken ingesteld, waaronder een onderzoek naar de betrokkenheid van E.B. Deze werd ervan verdacht leiding te geven aan een geheim opleidingsinstituut. Volgens gegevens bij de opsporing had E.B. telefonisch contact gehad met onder meer klager. Gelet daarop werd klager in 2017 aangehouden en beschuldigd van lidmaatschap van en activiteiten voor een illegale organisatie. Hij is daarvoor veroordeeld tot 7,5 jaar gevangenisstraf.

Voor het EHRM heeft klager allereerst geklaagd over de zeer slechte gevangeniscondities tijdens zijn voorarrest en na zijn veroordeling. Het Hof merkt op dat Turkije door de vele aanhoudingen na de coup te kampen had met grote overbevolking van gevangenen. Klagers persoonlijke ruimte wisselde van 3,6 m² tot 6 m². Hij moest regelmatig op een matras op de grond slapen, maar dat laatste is niet als zodanig in strijd met art. 3 EVRM. Het valt voor het Hof niet vast te stellen of de sanitaire en hygiënische omstandigheden beneden de maat waren. De omstandigheden zijn daardoor niet aantoonbaar van zodanige ernst dat art. 3 EVRM is geschonden.

Klager heeft daarnaast gesteld dat zijn veroordeling onvoorzienbaar was en daarmee in strijd

was met art. 7 EVRM. Ten tijde van de relevante feiten was de FETO|PDY namelijk nog niet gekwalificeerd als een verboden, gewapende terroristische organisatie. Het Hof heeft eerder uitspraken gedaan waarin het een schending heeft vastgesteld voor veroordelingen die primair op het gebruik van de berichtendienst ByLock waren gebaseerd. In het onderhavige geval was dit echter niet de grondslag van de veroordeling, maar was deze gebaseerd op een ruimere reeks van bewijsmateriaal dat wees op lidmaatschap van een gewapende terroristische organisatie. Dat FETO|PDY nog niet was aangemerkt als verboden organisatie is niet doorslaggevend als het gaat om de vraag of klager zijn veroordeling had kunnen voorzien. Er was veel bewijs waaruit bleek dat klager welbewust onderdeel was gaan uitmaken van de organisatie en de geheime structuur ervan. Er was overtuigend bewijs dat klager een codenaam had en een belangrijke rol speelde bij de opleiding van mensen binnen de structuur van de organisatie. Ook in die tijd al moet voor klager duidelijk zijn geweest dat veel activiteiten niet legaal waren en hij bij het ontplooiën ervan geen EVRM-rechten uitoefende. Verder is er veel bewijs geleverd waaruit kon blijken dat klager directe kennis had van de activiteiten en doelstellingen van de organisatie en wist hoe deze werkte. Dit maakt de kwestie heel anders dan de situatie waarin iemand vanwege het loutere gebruik van een berichtendienst wordt gezien als lid van een verboden gewapende terroristische organisatie. De rechters hebben in deze zaak juist een voorzienbare en niet al te expansieve uitleg gegeven van de toepasselijke strafrechtelijke bepalingen, zodat art. 7 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0827JUD001738920

Zaaknummer: 17389/20

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 7

RECHTSPRAAK

Z|danoka t. Letland (nr. 2), EHRM 25 juli 2024, nr. 42221/18

Z|danoka is in 1971 actief geworden bij de Letse Communistische Partij en heeft ook na de Letse onafhankelijkheid altijd de ambitie gekoesterd om politiek actief te zijn. Door een partijverbod en een verbod op verkiesbaarheid van voormalige leden van de Communistische Partij kan zij zich echter niet verkiesbaar stellen voor het Letse parlement. Het EHRM acht dat niet onredelijk, gelet op de opvattingen en overtuigingen van Z|danoka en in het licht van de geopolitieke verhoudingen met buurland Rusland. Zeker nu Z|danoka wel politiek actief is als Europarlementariër levert het verbod geen schending op van art. 3 EP EVRM.

Klaagster sloot zich in 1971 aan bij de Letse Communistische Partij en oefende daarvoor belangrijke politieke functies uit. Nadat Letland in 1991 zijn onafhankelijkheid had hersteld werd de Communistische Partij verboden. Klaagster mocht in 1998 en 2002 niet deelnemen aan de parlementsverkiezingen vanwege haar eerdere lidmaatschap van de Communistische Partij. Het EHRM oordeelde in 2006 dat deze beperking van haar passief kiesrecht niet onredelijk of disproportioneel was. Voor verkiezing in het Europees Parlement golden soortgelijke wettelijke beperkingen op het passief kiesrecht niet. Klaagster is tussen 2004 en 2024 Europarlementariër geweest.

In 2017 verzocht klaagster – die zich verkiesbaar wilde stellen voor de parlementsverkiezingen van 2018 – het Constitutionele Hof om een oordeel te geven over het verbod op verkiesbaarheid in het parlement voor voormalige leden van de Communistische Partij, maar zonder succes.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat de beperking van het passief kiesrecht in strijd is met verschillende EVRM-bepalingen. Het Hof beoordeelt de zaak in het licht van art. 3 EP EVRM. De regering heeft aangevoerd dat het verbod is ingegeven door verschillende overwegingen, die te maken hebben met de onafhankelijkheid van de staat, de bescherming

van de constitutionele rechtsorde en nationale veiligheid. Deze doelstellingen acht het Hof legitiem.

Het recente individuele gedrag van klagster is volgens het Hof in het licht van deze algemene doelstellingen niet relevant. Belangrijker is het gegeven dat klagster zichzelf niet heeft gedistantieerd van de antidemocratische houding van de Communistische Partij tijdens het bewind in het Sovjettijdperk. Zij heeft bovendien een procedure op tegenspraak kunnen voeren waarbij zij geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om aantijgingen jegens haar persoon te weerleggen. Wellicht zou het Hof in andere gevallen bezwaar kunnen hebben tegen de gemaakte keuze om de onverkiesbaarheid voort te zetten, maar het moet nu ook rekening houden met de bijzondere context waarin het parlement (tot driemaal toe) heeft besloten de wetgeving niet in te trekken. Die context is die waarin Rusland een buurland is van Letland en recent is overgegaan tot het bezetten van delen van Georgië en Oekraïne. Van een grote mate van stabiliteit is in Letland dan ook geen sprake meer en het kan in die omstandigheden redelijk zijn om burgerlijke disloyaliteit en bedreiging van beschermde waarden extra gewicht toe te kennen.

Het Hof acht ten slotte van belang dat de onverkiesbaarheid in het nationale parlement niet in de weg heeft gestaan aan het opbouwen van een politieke loopbaan als Europarlementariër.

Deze overwegingen in acht nemend concludeert het Hof dat de uitsluiting van klagster van het passief kiesrecht voor het nationale parlement verenigbaar is met art. 3 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 25-07-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0725JUD004222118

Zaaknummer: 42221/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 EP

RECHTSPRAAK

Tsulukidze en Rusulashvili t. Georgië, EHRM 29 augustus 2024, nrs. 44681/21 en 17256/22

Twee ontslagen werknemers hebben arbeidsrechtelijk geprocedeerd tegen hun voormalige werkgever. Tijdens de rechtszaak bleek dat de juridisch assistent van een van de rechters de dochter was van de advocaat van de werkgever. De werknemers probeerden daarop zonder succes de rechter te wraken. Het Hof wijst erop dat juridisch assistenten in Georgië veel voorbereidingswerk doen en soms ook uitspraken concipiëren. Zij moeten dus ook aan zekere onpartijdigheidseisen voldoen, maar er is geen procedure om hen van een zaak te halen. In dit geval kon betrokkenheid van de assistent een beeld van objectieve partijdigheid oproepen, in strijd met art. 6 EVRM.

Klagers waren in dienst bij een distributiebedrijf voor elektriciteit (Telasi) toen dit bedrijf in 2016 werd geherstructureerd. In verband daarmee raakte tweede klager zijn functie kwijt en werd eerste klager aanvankelijk overgeplaatst, maar vervolgens ontslagen. Eerste klager heeft een arbeidsrechtelijke procedure tegen Telasi gevoerd, waarin een kamer van drie rechters in laatste instantie oordeelde. Klager stelde dat een van hen, L.M., niet onpartijdig was omdat zijn juridisch assistent de dochter was van de advocaat die Telasi vertegenwoordigde en die ook de bedrijfsjurist was voor Telasi. Wrakingsverzoeken die eerste klager in verband hiermee indiende waren niet succesvol. Zijn beroep werd ongegrond verklaard. Ook tweede klager heeft tegen Telasi geprocedeerd, ook in zijn zaak oordeelde L.M. mee en ook zijn wrakingsverzoeken zijn ongegrond verklaard.

Voor het EHRM hebben beide klagers gesteld dat de betrokkenheid van L.M. als rechter bij de beoordeling van hun zaak in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof overweegt dat juridisch assistenten bij de voorbereiding van de zaak een belangrijke rol spelen en dat hen soms ook wordt gevraagd om uitspraken te concipiëren. Dit betekent dat degene die zo'n rol vervult moet voldoen aan de onpartijdigheidsregels van art. 6 EVRM. In het onderhavige geval is niet

helemaal duidelijk hoe groot de betrokkenheid van de dochter van de advocaat van Telasi precies was. Niettemin is het goed voorstelbaar dat klagers hebben aangenomen dat zij tenminste een zekere rol speelde bij de ondersteuning van rechter L.M. Nu haar vader als advocaat van een van de partijen optrad, kan het beeld van een belangenconflict zijn ontstaan. Naar Georgisch recht bestaat er geen procedure om te verzoeken om in dit soort gevallen een juridisch assistent van een zaak te halen. De wrakingsprocedure is de enige beschikbare weg voor procespartijen. De wrakingskamers hebben in deze zaken echter heel snel geconcludeerd dat er geen betrokkenheid of belangenverstrengeling was, zonder goed te kijken naar de aard en omvang van de betrokkenheid van de juridisch assistent. Deze oppervlakkige beoordeling zal de twijfels bij klagers niet hebben kunnen wegnemen. Daar komt nog bij dat de wrakingskamer gedeeltelijk bestond uit rechters uit de kamer die over de zaken zou beslissen, terwijl tegen de kamer als geheel een wrakingsverzoek was ingediend. Een en ander maakt dat klagers volgens het Hof terecht konden aannemen dat onvoldoende procedurele waarborgen zijn geboden in hun zaak. Art. 6 lid 1 is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 29-08-2024

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2024:0829JUD004468121

Zaaknummer: 44681/21 en 17256/22

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

ANNOTATIE

**Z. t. Tsjechië (EHRM, 37782/21) – De priester en het meisje:
over de positieve verplichtingen van artikel 3 en 8 EVRM*****P.S. Bakker***

1. Het thema van ‘de priester en het meisje’ heeft in het verleden niet alleen schrijvers en filmmakers geïnspireerd,[1] maar vormt ook het treurigstemmende decor van een recente uitspraak van het in Straatsburg zetelende EHRM. De zaak gaat over een jonge Tsjechische vrouw die in de jaren nul theologie in Praag studeert en tijdens haar studie in een moeilijke periode terechtkomt. Een priester-docent ‘ontfermt’ zich in die tijd over haar, met herhaald ongewenst seksueel contact tussen beiden tot gevolg. Het Tsjechische openbaar ministerie gaat echter niet tot vervolging van de man over en een gang naar het Tsjechische constitutioneel hof mag evenmin baten. In Straatsburg heeft de vrouw wel succes.

De feiten

2. Z. is een Tsjechische vrouw (1981) die in 2003 start met een studie theologie in Praag. Bij de theologische faculteit aldaar volgt zij onder meer lessen van de priester V.K. Zij bouwt met hem een vertrouwensband op en deelt met hem onder meer dat zij als jong meisje door een andere priester (V.Z.) seksueel is misbruikt en vertelt hem over de nadien door haar ervaren moeilijkheden in verband met dit ondergane misbruik. In 2009 laat Z. de geestelijke autoriteiten weten dat zij tussen 2008 en 2009 meermaals ongewenst seksueel is bejegend door genoemde V.K. Dit gebeurde in een periode waarin zij geestelijk aangedaan was door het overlijden van haar vader, een verminderde gezondheid had als gevolg van een ondergane hartoperatie en last had van de traumatische herinnering aan het misbruik door V.Z. De priester V.K. wordt daarop door de geestelijke autoriteiten gesommeerd om zijn kloostergemeenschap te verlaten en vertrekt naar een klooster in Italië. Tien jaar later wordt, op basis van de informatie die is verzameld tijdens een onderzoek betreffende priester V.Z., een onderzoek tegen V.K. gestart. Tijdens dat onderzoek wordt Z. bevraagd door de politie. Zij vertelt de politie onder meer dat zij haar fysieke contacten met V.K. aanvankelijk had gezien als een poging van hem om haar te helpen, maar dat deze incidenten zijn geïntensiveerd na de

dood van haar vader, die V.K. naar haar zeggen wilde ‘vervangen’. Zij vertelt verder onder meer dat V.K. haar tijdens een verblijf in een klooster in juni 2008 seksueel heeft betast en een maand later heeft geprobeerd haar te penetreren. Ze verklaart verder dat ze toen erg bang is geworden, zich bezoedeld en schuldig heeft gevoeld en dat ze bang was dat ze haar theologiestudie niet zou kunnen voltooien. Ze brengt bij de politie ook naar voren dat ze later V.K. meerdere keren heeft verteld dat ze niet instemde met zijn seksuele handelingen, zonder echter in staat te zijn geweest zich actief te verdedigen. In 2020 stuurt V.K. de politie een verklaring waarin hij toegeeft zich onethisch te hebben gedragen, maar waarin hij volhoudt dat Z. destijds instemde met hun fysieke contacten. De politie besluit vervolgens het onderzoek te staken. Op basis van de toen vigerende Wet nr. 140/1961 (Strafwetboek) concludeert de politie dat de handelingen van V.K., hoewel onverenigbaar met zijn plichten en de goede zeden, geen misdrijf hebben gevormd. De politie is van mening dat deze handelingen niet kunnen worden gekarakteriseerd als seksueel misbruik, aangezien Z. op het relevante moment geen minderjarige was en V.K. geen voordeel heeft kunnen trekken uit haar afhankelijkheid van hem, aangezien zij niet onder zijn controle stond. Het was volgens de politie ook geen geval van verkrachting, aangezien V.K. geen geweld of dreiging met geweld heeft gebruikt en Z. haar bezwaren pas na – en niet tijdens – de betreffende seksuele handelingen heeft geuit.[2] De politie merkt op dat de handelingen van de verdachte mogelijk seksuele dwang zouden hebben gevormd onder het nieuwe Strafwetboek (Wet nr. 40/2009), maar dat dit wetboek pas op 1 januari 2010 in werking is getreden en dus dateert van na de betreffende gebeurtenissen. Z. gaat in beroep tegen de beslissing van de politie, maar de officier van justitie wijst haar beroep af, hoewel deze benadrukt noch de handelingen van de priester noch het lijden van Z. te willen bagatelliseren. De officier van justitie is van mening dat Z. niet onder de controle van V.K. heeft gestaan, zoals bedoeld in de relevante jurisprudentie (namelijk zoals in de relatie van een ouder ten opzichte van zijn of haar kind, van een voogd ten opzichte van een persoon zonder juridische capaciteit, of van een leraar ten opzichte van een leerling), en dat het haar niet aan de mogelijkheid heeft ontbroken om zichzelf te verdedigen. Het gemeentelijke parket bevestigt later die beslissing, die het als naar behoren gemotiveerd beschouwt. Z. dient hierop een constitutioneel beroep in, dat in 2021 niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Het Hof

3. Bij het EHRM klaagt Z. met verwijzing naar de art. 3 (verbod op onmenselijke of vernederende behandeling) en art. 8 (recht op eerbiediging van het privéleven) van het EVRM over de restrictieve interpretatie door de autoriteiten van de bestanddelen van de misdrijven verkrachting en seksueel misbruik onder Wet nr. 140/1961 (Strafwetboek), over het feit dat dit juridische kader onvoldoende was om een effectieve bestraffing van de (naar haar zeggen)

tegen haar gepleegde seksuele misdrijven te waarborgen en over het ontbreken van een effectief onderzoek naar haar beschuldigingen van seksueel misbruik. Deze klachten vinden bij (de Kleine Kamer van) het Hof gehoor.

4. Het Hof overweegt daartoe onder meer dat de politie blijkbaar van mening is geweest dat, om de betreffende handelingen als strafbaar te kunnen aanduiden, het nodig zou zijn geweest dat Z. haar bezwaren al tijdens de gewraakte seksuele handelingen had geuit. Het Hof wijft de Tsjechische autoriteiten aan dat zij in dit kader blijkbaar geen belang hebben gehecht aan de omstandigheid dat Z. haar bezwaren achteraf wel meermaals heeft geuit, en geen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat de priester zich destijds heeft kunnen vergissen in de veronderstelling dat Z. instemde met zijn gedrag. Evenmin hebben de autoriteiten er rekening mee gehouden dat Z. mogelijk ten tijde van het gewraakte handelen redenen heeft gehad om passief te blijven, of niet tegen V.K. in te gaan vanwege zijn gezagspositie, zonder echter in te stemmen met die handelingen. De autoriteiten hebben, ondanks de uitlatingen van Z. die op seksueel misbruik wezen, het niet nodig geacht de geloofwaardigheid van haar verklaringen in de relevante context te beoordelen of de omstandigheden als geheel te onderzoeken. In het bijzonder had door de autoriteiten rekening dienen te worden gehouden met de psychologische staat van Z., al was het maar om te bepalen of zij gebukt ging onder een mogelijke posttraumatische reactie op het misbruik dat zij zei eerder zijdens V.Z. te hebben ondergaan respectievelijk om te bezien in hoeverre Z. zich destijds in een bijzonder kwetsbare en afhankelijke situatie ten opzichte van V.K. bevond. Het Hof merkt op dat in de nationale rechtspraak ten tijde van het gewraakte handelen door V.K. werd onderkend dat in bepaalde situaties een staat van machteloosheid (veroorzaakt door bijvoorbeeld alcohol, drugs, ziekte of handicap) kan bestaan waardoor een slachtoffer niet in staat is eigen wensen te uiten of zichzelf te verdedigen. Een dergelijke juridische benadering houdt echter niet voldoende rekening met situaties van ‘aangetast consent’ als gevolg van misbruik van kwetsbaarheid. Bovendien houdt deze benadering niet voldoende rekening met de psychologische reacties van slachtoffers van seksueel misbruik in het algemeen. Het is in het licht van deze restrictieve interpretatie van de bestanddelen van het delict verkrachting, zoals gedefinieerd in Wet nr. 140/1961 (Strafwetboek), dat de autoriteiten die verantwoordelijk waren voor het onderzoek, hebben besloten dit te staken en zich hebben beperkt tot de vaststelling dat Z. destijds een volwassen vrouw was die niet onder controle van V.K. stond, niet aan een ziekte leed en dus niet het vermogen heeft ontbeerd om zichzelf te verdedigen. Dit alles wordt door het Hof als een ‘gebrekkige benadering’ getypeerd, die resulteert in het eindoordeel dat de Tsjechische Staat zijn positieve verplichting niet is nagekomen, inhoudende het voorzien in een strafrechtstelsel dat effectief in staat is dit soort (door Z. als klagster gestelde) niet-consensuele seksuele handelingen te bestraffen. Het Hof constateert op basis van het voorgaande dat sprake is geweest van een schending van de art. 3 en 8 EVRM en kent Z. op de

voet van art. 41 EVRM een billijke genoegdoening toe. Ook wijst het Hof erop dat het niet aan hem is om te beslissen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de vermeende dader en dat zijn bovenstaande bevinding dus niet kan worden geïnterpreteerd als een oordeel over diens schuld of als een oproep om het onderzoek in de onderhavige zaak te heropenen.

Analyse

5. Deze uitspraak borduurt voort op – en kan niet los gezien worden van – de bekende, ruim 20 jaar geleden gewezen uitspraak *M.C. t. Bulgarije*.^[3] Daarin oordeelde het Hof, kort gezegd, dat er (anno 2003) een duidelijke trend aanwijsbaar is richting een meer contextuele en minder rigide opvatting van wat verkrachting juridisch behelst:

‘154. In respect of the means to ensure adequate protection against rape States undoubtedly enjoy a wide margin of appreciation. In particular, perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches are to be taken into account.

155. The limits of the national authorities’ margin of appreciation are nonetheless circumscribed by the Convention provisions. In interpreting them, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (...).

156. The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of jurisdictions. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area (...).

(...)

161. Regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms (“coercion”, “violence”, “duress”, “threat”, “ruse”, “surprise” or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence (...).

162. The Court also notes that the member States of the Council of Europe, through the Committee of Ministers, have agreed that penalising non-consensual sexual acts, “[including] in cases where the victim does not show signs of resistance”, is necessary for the effective protection of women against violence (...) and have urged the implementation of further reforms in this area.

(...)

164. *As submitted by the intervener, the evolving understanding of the manner in which rape is experienced by the victim has shown that victims of sexual abuse – in particular, girls below the age of majority, – often provide no physical resistance because of a variety of psychological factors or because they fear violence on the part of the perpetrator.*

(...)

166. *In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.'*

6. Ergo: tijden veranderen en waar we wellicht vroeger (nog) niet van verkrachting spraken, kijken we daar anno 2003 soms (heel) anders tegenaan.[4] Een grondige beschouwing van onder meer de context rondom de gereleveerde gebeurtenissen en de persoon van het slachtoffer respectievelijk een soepeler en eigentijdser hantering van de wetstermen kan anno 2003 heel wel tot de gevolgtrekking voeren dat er sprake is van een verkrachtingsdaad in de zin van de strafwet, ook al is er geen fysiek geweld of fysieke dwang aan te pas gekomen en ook al heeft het slachtoffer zich op het *moment suprême* niet (lichamelijk) verzet. Indien de verantwoordelijke nationale autoriteiten een ouderwetse en starre opvatting van het verkrachtingsbegrip blijven toepassen, waarbij zonder 'proof of physical force and physical resistance' steevast niet tot verkrachting wordt geconcludeerd (en daarnaar ook geen verder onderzoek wordt gedaan), vormt dit (zo lees ik het arrest) - niettegenstaande de 'wide margin of appreciation' van Verdragsstaten om adequate strafrechtelijke bescherming tegen verkrachting op te tuigen - een miskennis van de positieve verplichtingen die de art. 3 en 8 EVRM heden ten dage op de Verdragsstaten leggen. Die twee bepalingen zijn niet in 'steen gehouwen' maar evolueren mee met de veranderende (mensenrechtelijke) opvattingen binnen de Raad van Europa, ook over een onderwerp als (bestrafing van) verkrachting (par. 166). Deze gedachtegang zal niet verbazen voor degenen die weten dat 'Straatsburg' er al jaren prat op gaat dat het EVRM is te beschouwen als een 'living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions': het EVRM en de daarin vervatte fundamentele rechten moeten *dynamisch* en *evolutief* worden geïnterpreteerd, hetgeen met zich brengt dat bij de uitleg leidend is de betekenis die het verdrag in de feitelijke en maatschappelijke omstandigheden (context) van het *heden* heeft.[5] Dit brengt noodzakelijkerwijs mee dat ook de inhoud van de in bepaalde verdragsartikelen vervatte positieve verplichtingen verandering kan ondergaan.

6. Aldus gezien wordt (een stuk) begrijpelijker waar het in de Tsjechische zaak van Z. aan heeft geschort. De opsporingsautoriteiten hebben, niettegenstaande de duidelijke vingerwijzing in par. 161 van het (al een aanzienlijk aantal jaren eerder gewezen) arrest *M.C. t. Bulgarije*, nagelaten adequaat onderzoek te (blijven) doen naar de precieze omstandigheden waarin Z. zegt seksueel te zijn misbruikt, waaronder onderzoek naar de psychische omstandigheden waarin Z. zegt destijds te hebben verkeerd. Dit handelen van de autoriteiten, waarbij de relevante context rondom het gestelde seksueel misbruik is genegeerd, is ingegeven door een starre, en - in het licht van genoemd arrest - achterhaalde opvatting van het verkrachtingsbegrip. Een schending van de in art. 3 en 8 EVRM vervatte positieve verplichtingen is het gevolg. Art. 3, omdat in dat artikel onder omstandigheden de positieve verplichting voor de autoriteiten besloten kan liggen om een officieel onderzoek uit te voeren (lees hier: af te maken);[6] art. 8 omdat de in die bepaling vervatte positieve verplichting om iemands fysieke integriteit te beschermen ook betrekking kan hebben op de effectiviteit van strafrechtelijk onderzoek.[7] Ook die effectiviteit was hier in het geding.[8]

7. De les die (ook) uit dit nieuwe Straatsburgse arrest kan worden getrokken is denkkelijk driedig. 1. Nationale strafrechtelijke wetstermen die ruimte laten voor interpretatie dienen in beginsel zo veel mogelijk EVRM-conform te worden uitgelegd;[9] 2. Dit is niet alleen een taak voor de strafrechter, maar geldt ook als leidraad voor de opsporingsambtenaren tijdens hun onderzoek. 3. Verouderde wetgeving vormt geen vrijbrief om achterhaalde opvattingen over rechtvaardigheid en seksuele moraal te handhaven, die elders in Europa al geruime tijd geen weerklink meer vinden.

Prof. mr. P.S. Bakker, Raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, bijzonder hoogleraar rechtspraak aan de Radboud Universiteit Nijmegen en tevens verbonden aan de VU Amsterdam. De auteur dankt zijn Nijmeegse collega Michiel van Emmerik voor diens commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage

[1] Te denken valt onder meer aan Gerard van Westerloo's *De pater en het meisje* (De Bezige Bij: Amsterdam 2010) en de eind jaren vijftig door Gustav Ucicky geregisseerde Oostenrijkse film *Der Priester und das Mädchen*.

[2] Verkrachting was ten tijde van het gewraakte handelen geregeld in artikel 241 van die wet, luidende (in de door mij vanuit het Engels gemaakte vertaling): "Een persoon die door middel van bedreiging of onmiddellijk geweld een andere persoon dwingt tot geslachtsgemeenschap of om een soortgelijke seksuele handeling te ondergaan, of misbruik maakt van de onbekwaamheid van anderen om zichzelf te verdedigen tegen een dergelijke daad, wordt gestraft met een gevangenisstraf tussen de 2 en 8 jaren."

[3] EHRM 4 december 2003, 39272/9, EHRC 2004/6 (m.nt. G. Mols).

[4] De per 1 juli 2024 van kracht zijnde Wet Seksuele Misdrijven is van deze veranderde tijden en opvattingen een duidelijk voorbeeld. De Rijksoverheid (www.metelkaartrekkenwedegrens.nl/wet-seksuele-misdrijven) over deze nieuwe wet: “Met deze wet zijn slachtoffers van seksueel geweld en seksueel grensoverschrijdend gedrag strafrechtelijk beter beschermd. Meer vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag, ook online, zijn strafbaar en straffen zijn verhoogd. Voor aanranding en verkrachting hoeft geen sprake meer te zijn van dwang. (...) Over seks bestaan veel verschillende opvattingen. De één gaat er makkelijker mee om dan de ander. Maar voor iedereen geldt dat seks altijd vrijwillig en gelijkwaardig moet zijn. Iets wat je allebei wilt. Niet omdat een ander zich aan je opdringt. De oude wetgeving sloot niet meer aan bij wat we als samenleving acceptabel vinden. (...)”.

[5] Zie onder meer de uitspraak van het EHRM inzake *Soering t. Verenigd Koninkrijk* van 7 juli 1989, Serie A, 161, NJ 1990/158, par. 102. Vgl. ook annotator Mols onder *M.C t. Bulgarije*: “De uitspraak is een mooi voorbeeld van de dynamiek van het EVRM. Het is geen statisch verdrag, maar het wordt telkens uitgelegd en toegepast afhankelijk van de ontwikkeling in de rechtspraak en andere voor de effectieve bescherming van fundamentele rechten relevante ontwikkelingen.”

[6] Zie par. 151 van *M.C. t. Bulgarije*: “In a number of cases Article 3 of the Convention gives rise to a positive obligation to conduct an official investigation (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3290, 102). Such positive obligations cannot be considered in principle to be limited solely to cases of ill-treatment by State agents (see, *mutatis mutandis*, *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I).”

[7] Zie par. 152 van *M.C. t. Bulgarije*: “Further, the Court has not excluded the possibilities that the State’s positive obligation under Article 8 to safeguard the individual’s physical integrity may extend to questions relating to the effectiveness of a criminal investigation (see *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3164, 128.).”

[8] Vgl. *A, B en C t. Letland*, EHRM 31 maart 2016, 30808/11, EHRC 2016/163: “149. Concerning such serious acts, the State’s positive obligation under Articles 3 and 8 to safeguard the individual’s physical integrity may also extend to questions relating to the effectiveness of the criminal investigation (see, among other authorities, *C.A.S. and C.S. v. Romania*, cited above, § 72; *M.P. and Others v. Bulgaria*, no. 22457/08, §§ 109 and 110, 15 November 2011; and *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 152) and to the possibility of obtaining reparation and redress (see, *mutatis mutandis*, *C.A.S. and C.S. v. Romania*, cited above, § 72), although there is no absolute

right to obtain the prosecution or conviction of any particular person where there were no culpable failures in seeking to hold perpetrators of criminal offences accountable (see, for example, *Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, § 64, 27 November 2007, and *Szula v. the United Kingdom* (dec.), no. 18727/06, 4 January 2007). 150. As to acts which do not attain the seriousness of those at issue in *X and Y v. the Netherlands* (cited above) and *M.C. v Bulgaria* (cited above), the Court has examined under Article 8 the State's obligation to protect, for example, a minor against malicious misrepresentation (see *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, §§ 45-49, ECHR 2008). The act in that case did not involve any physical violence, but could not be considered trivial as it entailed a potential threat to the minor's physical and mental welfare, brought about by the impugned situation, namely that he had been made a target for approaches by paedophiles. The act constituted a criminal offence under domestic law and the Court considered that practical and effective protection of the applicant required the availability of a remedy enabling the actual offender to be identified and brought to justice."

[9] Vgl. F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, 'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht. Kluwer: Deventer 2008, p. 33-34 en E.C. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid* (diss. UU), Bju: Den Haag 2021, p. 232. Zie echter ook artikel 7 EVRM, waarop overigens door de Staat in deze zaak vergeefs een beroep werd gedaan.

ANNOTATIE

Yüksel Yalçinkaya t. Turkije (EHRM, 15669/20) – Digitaal bewijs: Unieke kenmerken, unieke toetsing?***D.A.G. van Toor en C.M. Taylor Parkins-Ozephius***

1. De nasleep van de (vermeende) coup, georganiseerd door aanhangers van Fetullah Gülen (de organisatie wordt *Fetullahçı Terör Örgütü* (FETÖ) genoemd), heeft veel mensenrechtelijke vraagstukken opgeleverd. Al eerder publiceerde *EHRC Updates* annotaties over klachten van mensenrechtenschendingen naar aanleiding van het optreden van de autoriteiten tegen de organisatie en haar leden die verantwoordelijk voor de couppoging zouden zijn. Een stroom van klachten die het Hof heeft bereikt – er zijn nog meer dan 8.000 klachten aanhangig –, [1] heeft betrekking op het gebruik van de smartphone-applicatie *ByLock*. [2] Deze berichtenservice – die gebruik maakt van cryptografie, vergelijkbaar met gangbare services zoals *WhatsApp* en *Signal* – is, volgens de Turkse autoriteiten, [3] speciaal ontwikkeld voor FETÖ (als organisatie). Het (enkel) geïnstalleerd hebben van *ByLock* wordt daarom door de autoriteiten gezien als een duidelijke aanwijzing van betrokkenheid bij de als terroristische organisatie bestempelde beweging rondom Gülen.

2. In de door een van ondergetekenden geannoteerde zaak *Akgun* [4] gaat het om de vraag of het voorarrest van vermeende leden van FETÖ gerechtvaardigd was: meer specifiek over de vraag of het gebruik van de cryptocommunicatieapplicatie *ByLock* bewezen kan worden en, zo ja, of dat voldoende is om een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 5 lid 1 sub c EVRM aan te nemen. In de onderhavige zaak gaat het niet om het voorarrest van de klager – net zoals vele andere gearresteerden iemand met een openbare functie, *in casu* een docent –, maar om de *veroordeling* van de klager voor het lidmaatschap van een terroristische organisatie op basis van het feit dat hij *ByLock* heeft gebruikt. Dat is een duidelijke stap verder dan in de eerdere *ByLock*-zaken. Net zoals in de voorarrest-zaken gaat het in de onderhavige zaak wel alleen over het *gebruik* van de applicatie. Inhoudelijke berichten die via de applicatie zijn uitgewisseld, liggen *niet* ten grondslag aan de veroordeling (par. 311).

3. Op basis van de hierboven genoemde uitspraken is het niet verwonderlijk dat Yalçinkaya klaagt over schending van het Verdrag door de omstandigheden waaronder hij is

veroordeeld.[5] De *installatie* van een cryptocommunicatieapplicatie is namelijk onvoldoende gebleken voor het aannemen van een redelijk vermoeden van schuld (*Akgun*, par. 173). Die lijn doorredenerend zou het (met enig gevoel voor *understatement*) verrassend zijn dat het enkele *gebruik* hiervan wel voldoende belastend zou zijn voor een bewezenverklaring van deelname aan een criminele of terroristische organisatie. Yalçinkaya klaagt in de onderhavige zaak in het bijzonder op grond van artikel 6 lid 1 EVRM dat de gegevens met betrekking tot zijn gebruik van de *ByLock*-applicatie, die het doorslaggevende bewijs vormden voor zijn veroordeling, onrechtmatig zijn verkregen en daarom ontoelaatbaar hadden moeten worden verklaard (rns. 4-7).[6] Daarnaast beargumenteert klager dat de relevante gegevens waarop zijn veroordeling berust niet aan hem beschikbaar zijn gesteld om deze te onderzoeken of aan te vechten. Dit is in strijd met het *equality of arms*-beginsel (rns. 8-11). Beide punten – de beoordeling van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs en het *equality of arms*-beginsel – komen samen in de laatste twee randnummers (rns. 12-13).

4. Alvorens de klachten over schending van artikel 6 EVRM inhoudelijk te behandelen, besteedt het EHRM aandacht aan het bijzondere karakter van digitaal bewijs, waarbij hij zich de vraag stelt of dit karakter een aanpassing vereist van het gebruikelijke toetsingskader voor de beoordeling van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Het EHRM erkent (par. 312) dat digitaal bewijs, zoals de data van de *ByLock*-applicatie, een bijzondere status heeft, vanwege de unieke kenmerken en uitdagingen die het met zich brengt. Digitaal bewijs is immers inherent vatbaarder (in vergelijking met bijvoorbeeld het geheugen van een getuige [7]) voor vernietiging, beschadiging, wijziging of manipulatie. Bovendien kan de complexiteit van de technologie die nodig is voor het verzamelen, beveiligen, verwerken en analyseren van dergelijk bewijs het voor nationale instanties moeilijk maken om de authenticiteit, nauwkeurigheid en integriteit ervan vast te stellen. Desondanks stelt het Hof dat deze factoren geen aanleiding geven om de waarborgen uit artikel 6 lid 1 EVRM strenger of soepeler toe te passen. De kernvraag blijft, ook in deze onderhavige zaak, de vraag naar de *overall fairness of the proceedings* (par. 313). Uit bestendige rechtspraak van het EHRM volgt dat, wanneer klachten over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs worden ingediend, die vervolgens worden beoordeeld op (i) of de verdediging de authenticiteit van het bewijs kon aanvechten; (ii) de kwaliteit van het bewijs; en (iii) of daarnaast ondersteunend bewijs aanwezig was.[8]

5. Dat de kwaliteit van het bewijs (en de eventuele afwezigheid van ondersteunend bewijs) van belang zijn bij de beoordeling of het proces in zijn geheel eerlijk is geweest, is vreemd.[9] Met de kwaliteit van het bewijs, in onderlinge samenhang met andere bewijsmiddelen bezien, kan de *waarheidsgetroouwheid* van de aanklacht worden beoordeeld. In hoeverre kan met voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld dat de verdachte het ten laste gelegde feit

heeft gepleegd? Hoe hoger de (inherente) betrouwbaarheid van een bewijsmiddel of hoe meer verschillende bewijsmiddelen tot dezelfde conclusie leiden des te zekerder kan de rechter zijn in zijn vaststelling daaromtrent. De vaststelling van de waarheid is iets heel anders dan de beoordeling of een proces eerlijk is. De inherente kwaliteit van bewijsmiddelen heeft geenszins invloed op de uitoefening van verdedigingsrechten en op fundamentele belangen van de maatschappij bij onafhankelijke, onpartijdige en openbare rechtspraak. Sommige EHRM-rechters hebben zich in het verleden al kritisch uitgelaten over het vereenzelvigen van waarheidsgetrouwheid en eerlijkheid.[10] Vooralsnog ziet het EHRM geen aanleiding om die bestendige rechtspraak te wijzigen; ook niet als het gaat om digitaal bewijs.

6. Terug naar de kwaliteit van het bewijs. Volgens Yalçinkaya is de betrouwbaarheid van het bewijs in zijn zaak in het geding gekomen door het feit dat de Turkse autoriteiten de *ByLock*-gegevens heimelijk en zonder enige rechterlijke toetsing of andere procedurele waarborgen hebben verzameld (par. 314). Het Hof erkent dat de betrouwbaarheid van het bewijs eerder in twijfel kan worden getrokken wanneer de verzameling of verwerking van dit bewijs niet is onderworpen aan onafhankelijk toezicht, aan rechterlijke toetsing achteraf of als het niet gepaard gaat met andere procedurele waarborgen dan wel bevestigd wordt door ander bewijs (par. 315). De relevante gegevens zijn in de onderhavige zaak op enig moment verzameld door de MIT (de Turkse *national intelligence agency*), waarna deze maandenlang zijn bewaard alvorens deze aan de vervolgende autoriteiten zijn overgedragen. Nu uit de informatie uit het dossier blijkt dat bij het verzamelen van de data geen sprake was van *onafhankelijk toezicht* en feitelijk ook geen rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden voorafgaand aan of tijdens de verkrijging, meent het Hof dat de twijfels van Yalçinkaya over de betrouwbaarheid van het bewijs niet zomaar als ongegrond (of te abstract) hadden mogen worden afgedaan. Overigens laat het EHRM in het midden hoe dat toezicht vorm zou moeten worden gegeven. Dat is een gemiste kans: onafhankelijk toezicht *tijdens* de verkrijging – als dat praktisch is te organiseren – is een waarborg tegen (onbewuste) beschadiging of manipulatie van de bestanden. De toezichthouder zou dan kunnen checken of het bronbestand en het vergaarde bestand identiek zijn.

7. Omdat toezicht in de onderhavige zaak dus ontbreekt, gaat het EHRM over tot analyse van de omstandigheden waaronder de gegevens in beslag zijn genomen en of er maatregelen zijn genomen door het MIT of de rechterlijke autoriteiten om de betrouwbaarheid van het bewijs te waarborgen (par. 317). Het EHRM meent echter dat hij niet zelf kan beoordelen of de door MIT genomen voorzorgsmaatregelen – o.a. de automatische vergaring, zonder menselijke tussenkomst; de hash-waarde werd vastgesteld voor de overdracht van de gegevens (par. 292-293) – de betrouwbaarheid en integriteit van het bewijs voldoende waarborgen, vooral omdat de nationale instanties deze beoordeling niet hebben uitgevoerd (par. 318). In de nationale

procedure is de juistheid van de verkregen *ByLock*-gegevens wel op andere aanvullende manieren getest, waardoor op basis van metadata^[11] kon worden geverifieerd dat de telefoon van klager daadwerkelijk verbinding heeft gemaakt met de applicatie (par. 319). De rechtmatigheid, nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van deze metadata worden door de klager betwist, maar het Hof acht die argumenten niet voldoende (en niet voldoende specifiek onderbouwd) om de beoordeling van de nationale instanties in twijfel te trekken (par. 320-323). Hoe dan ook, de analyse van de authenticiteit van het digitale bewijs in de onderhavige zaak laat zien dat dit onderzoek anders plaatsvindt en plaats moet vinden dan bij traditioneel bewijs: bij een getuige wordt waarde gehecht aan directe ondervraging ter zitting om de kwaliteit van het bewijs vast te stellen, terwijl bij digitaal bewijs factoren als hash-waarden en verificatie via metadata worden gebruikt. Het valt daarom te betreuren dat het EHRM de kans heeft laten liggen om hierover stelliger een standpunt in te nemen en voorwaarden te scheppen voor onder meer de verkrijging en opslag van digitaal bewijs ten behoeve van de kwaliteitstoets (in aanvulling op de mogelijkheid om het bewijs te betwisten).^[12]

8. Het is overigens niet het deel over de kwaliteit van het bewijs uit deze uitspraak waarover in de (Nederlandse) rechtspraak al veel te doen is geweest. Direct na publicatie hebben verschillende advocaten, verwijzend naar de onderhavige zaak, verweer gevoerd over de inzage in datasets afkomstig van gekraakte, afgeluisterde of in beslag genomen berichten van cryptocommunicatieaanbieders.^[13] Nederlandse advocaten hebben (opportunistisch) geprobeerd de door de Hoge Raad ingezette lijn in *Ennetcom*^[14] te wijzigen door te beargumenteren dat de onderhavige zaak een bredere mogelijkheid tot inzage in door de politie verzamelde berichten zou toestaan. Deze verzoeken worden stevast afgewezen: zo verwerpt de rechtbank Gelderland het verweer om inzage in de volledige EncroChat-dataset, omdat die dataset, anders dan de gefilterde dataset, niet van belang is om de betrouwbaarheid van de berichten in de zaak tegen de verdachte te onderzoeken.^[15] Vooralsnog heeft het onderstaande arrest op dit punt tot een storm in een glas water geleid.

9. Uit de Nederlandse zaken – en dan gaat het niet alleen om zaken waarin een beroep op het onderhavige arrest is gedaan, maar eigenlijk om alle zaken waarin cryptocommunicatieberichten zijn gebruikt en de verdediging een verzoek tot vergaande inzage in de dataset heeft gedaan – blijkt heel duidelijk dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de ruwe data en de gefilterde data.^[16] De ruwe dataset beslaat alle data die in het bezit van de autoriteiten is; dus de berichten van alle gebruikers van een applicatie. De gefilterde data is de data die door de autoriteiten als relevant voor (nog niet nader gespecificeerde) strafrechtelijke onderzoeken wordt bestempeld. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een gefilterde dataset bestaande uit berichten waarin het woord cocaïne is gebruikt. De standaardlijn in de rechtspraak, gebaseerd op *Rook* en *Sigurður Einarsson*, is dat de gefilterde

dataset door de verdediging mag worden ingezien en onderzocht en dat (indirecte) inspraak mogelijk is op de samenstelling daarvan.[17]

10. In de onderhavige zaak beargumenteert klager dat hij inzage nodig heeft in de *ruwe* dataset (iets dat op basis van de eerder aangehaalde zaken *Rook* en *Sigurður Einarsson* niet als verplicht onder artikel 6 EVRM wordt gezien) om (i) de betrouwbaarheid en integriteit van de berichten te onderzoeken; (ii) naar ontlastend bewijs te zoeken; en (iii) onderzoek te kunnen verrichten naar de claim van de overheid dat *ByLock* inderdaad een door FETÖ gecreëerde en uitsluitend door hen gebruikte applicatie is (par. 325). Omdat de ruwe dataset, inclusief andere informatie over *ByLock*, is gebruikt om te bewijzen dat alleen FETÖ-leden de applicatie gebruiken en daardoor gebruikers van de applicatie onderdeel uitmaken van de organisatie van FETÖ, overweegt het EHRM dat klager mogelijk inzage moet krijgen in meer data dan alleen de berichten die zien op *zijn* betrokkenheid (par. 328). Hieruit wordt duidelijk dat de aard van de aanklacht – *in casu* deelname aan een terroristische organisatie, waarbij de applicatie onderdeel uitmaakt van de organisatie – invloed heeft in hoeverre inzage in de data moet worden gegeven. Ondanks dat in deze zaak het gebruik van de applicatie onderdeel van de aanklacht is, benadrukt het EHRM dat het inzagerecht niet absoluut is (par. 329). Uiteindelijk moet een *fair balance* worden getroffen tussen de verdedigingsrechten enerzijds en gegronde redenen om inzage te weigeren anderzijds (zoals bijvoorbeeld nationale veiligheid of de bescherming van rechten van derden). Daarbij is het van belang dat over de weigering tot inzage (par. 331) of contra-expertise (par. 333) naar de verdediging (gemotiveerd) wordt gecommuniceerd. Dat is in de onderhavige zaak niet gebeurd: bijna alle verzoeken van de verdediging zijn onbeantwoord gebleven. Dit stilzwijgen wordt door het EHRM als een van de redenen genoemd waarom van voldoende waarborgen voor een daadwerkelijke mogelijkheid om het bewijs te onderzoeken en te betwisten geen sprake is geweest en het proces in zijn geheel niet eerlijk is geweest (par. 341).

11. Hetgeen in randnummer 10 onder (ii) werd genoemd en in de meeste zaken de onderbouwing van het inzageverzoek is, is een verzoek tot het doen van zelfstandig onderzoek in de dataset. Vaak wordt hierbij genoemd dat de verdediging onderzoek wenst te verrichten naar ontlastend materiaal dat zich mogelijk in de dataset bevindt. Hierbij krijgt de verdediging vaak nul op het rekest: dit verzoek wordt veelal afgedaan op basis van een gebrekkige motivering. Een andere optie via het *equality of arms*-beginsel is het indienen van een verzoek tot het verrichten van onderzoek naar de *aard* van de data. Dat verzoek lijkt op basis van dit arrest kansrijk, mits de resultaten van dat onderzoek bij kunnen dragen aan de beoordeling van de aanklacht. Dat zal wel het geval zijn als het communicatiemiddel – zoals in het onderhavige geval – essentieel is om te bewijzen dat de verdachte deel uitmaakt van een terroristische of criminele organisatie. Wanneer de aanklacht ziet op individuele delicten –

zoals handelingen met betrekking tot overtreding van de Opiumwet of geweldsmisdrijven, waarbij de handelingen bewezen kunnen worden door de inhoud van de berichten – ligt het voor de hand dat ook dit verzoek wordt afgewezen.[18] Het verzoek tot nader onderzoek in een dataset naar de aard van de data is een fundamenteel ander verzoek dan hetgeen aan het begin van dit randnummer werd opgemerkt. Het gaat bij dit verzoek enerzijds om het vinden van nog onbekend gebleven, althans niet als zodanig geïdentificeerd, bewijs dat ontlastend kan werken – en waarvan dus de *inhoud* van het gegeven essentieel is – en anderzijds om het verrichten van onderzoek naar de kwaliteit van een gegeven. Bij dat laatste wordt de inhoud van het gegeven ter discussie gesteld door onderzoek te verrichten naar de inherente kwaliteit van het gegeven op basis van de *cia-triad*: is het gegeven vertrouwelijk (*confidential*) behandeld?; is het gegeven integer, in de zin van niet gemanipuleerd?; is het gegeven toegankelijk (*available*)?

12. Het zijn juist deze (en andere) aspecten van een gegeven (die kunnen worden gebruikt in een digitaal forensische analyse) die een andere invulling van het toetsingskader rechtvaardigen, althans waardoor de beoordeling van de kwaliteit van het bewijs in het licht van het overige bewijs overbodig is. Indien de verdediging in staat wordt gesteld om op basis van deze aspecten de authenticiteit van het bewijs aan te vechten is voldaan aan het eerste criterium (rn. 4). De kwaliteit van het digitale bewijs kan vervolgens worden getoetst door de inherente betrouwbaarheid van een gegeven vast te stellen op basis van de eigenschappen van het gegeven; een digitaal bestand heeft *inherente* kwaliteiten waardoor kan worden beoordeeld dat het bestand niet is gewijzigd, beschadigd of gemanipuleerd sinds de verkrijging. Dat is anders bij een getuige: er bestaat geen hersenonderzoek waarmee kan worden vastgesteld dat de getuige zich al dan niet bewust of onbewust heeft laten beïnvloeden bij het aanmaken, opslaan of reproduceren van een herinnering. Bij getuigenverklaringen is het daarom van essentieel belang om de feiten en omstandigheden waarover een getuige verklaart te verankeren in ondersteunend bewijs. Bij digitaal bewijs waarvan de inherente betrouwbaarheid is vastgesteld, is deze stap niet meer nodig om de kwaliteit van het bewijs vast te stellen. Het is daarom verrassend dat, zoals in randnummer 4 is besproken, het EHRM het opgestelde toetsingskader onverkort van toepassing verklaart op digitaal bewijs (terwijl hij zelf wel opmerkt dat digitaal bewijs unieke eigenschappen heeft).

13. We ronden af: Een aantal punten uit dit arrest – naast het grote aantal *dissents* – valt op. Ten eerste hinkt het EHRM nog op twee gedachten met betrekking tot het toetsingskader bij gebruik van digitaal bewijs. Enerzijds wordt terecht benoemd dat digitaal bewijs anders is dan traditioneel bewijs, terwijl anderzijds het traditionele toetsingskader wel onverkort van toepassing wordt verklaard. Het zou meer recht doen aan het bijzondere karakter van digitaal bewijs en aan het creëren van een daadwerkelijke mogelijkheid om het bewijs op

betrouwbaarheid te onderzoeken om aspecten in de verslaglegging te verplichten zodat de *inherente* kwaliteit van digitaal bewijs te allen tijde kan worden beoordeeld. Ook de *dissenters* Ravarani en anderen benadrukken dit punt: het EHRM had de zaak kunnen beoordelen in het licht van de minimumeisen die worden gesteld aan de beoordeling van bewijs, namelijk of die beoordeling arbitrair of overduidelijk onredelijk is. Als volledig voorbij wordt gegaan aan digitaal forensische analyse, terwijl de veroordeling volledig berust op digitaal bewijs, dan is die beoordeling volgens ons evident onredelijk. Ten tweede valt op dat het laatste over inzage in datasets nog niet is gezegd of geschreven. Op basis van eerdere zaken leek te kunnen worden geconcludeerd dat de ruwe data niet behoort tot de categorie relevante stukken waartoe de verdediging het recht tot inzage kan ontlenen. In de onderhavige zaak lijkt aanleiding te kunnen worden gevonden om daarover anders te beslissen als de applicatie als middel – en dus niet de individuele inhoudelijke chatberichten – van belang is voor de beoordeling van de aanklacht.

D.A.G. (Dave) van Toor

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

C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephius

Docent-promovenda straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht

[1] Zie de gedeeltelijk *dissenting opinion* van Schembri Orland bij onderhavig arrest, rn. 11.

[2] Zie bijvoorbeeld: *Aydin Sefa Akay t. Turkije*, EHRM 23 april 2024, NR. 59/17, ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD0000005917); *Parildak t. Turkije*, EHRM 19 maart 2024, nr. 66375/17 ECLI:CE:ECHR:2024:0319JUD006637517; *Telek e.a. t. Turkije*, nrs. 66763/17, 66767/17 en 15891/18, EHRM 21 maart 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0321JUD006676317.

[3] Anders: Fox-IT, *Expert Witness Report on ByLock Investigation*, Delft: FoxIT 2017.

[4] *Akgün t. Turkije*, EHRM 20 juli 2021, nr. 19699/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001969918, – Het gebruik van een cryptocommunicatieapplicatie als voldoende grond voor een redelijk vermoeden van schuld, «EHRC Updates» april 2022, m.nt. Van Toor.

- [5] We bespreken in deze annotatie alleen de klachten betreffende artikel 6 EVRM.
- [6] Overigens is dit een standpunt dat door klagers vaker, maar altijd zonder succes, naar voren is gebracht. Zie bijv. *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC Updates» 2018/13, m.nt. Van Toor.
- [7] Zie bijv. het nieuwsbericht over de professionele standaard voor het horen van getuigen. 'Rechtspsycholoog Annelies Vredeveldt: 'Geheugen is geen videocamera''.
<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechtspsycholoog-Annelies-Vredeveldt-Geheugen-is-geen-videocamera.aspx>.
- [8] Bijv. *Bykov t. Rusland*, EHRM 10 maart 2009 (GK), nr. 4378/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, «EHRC» 2009/69 m.nt. Ölçer.
- [9] Van Toor schreef al vaker kritisch over het gebruiken van kwaliteitseisen in eerlijkheidsbeoordelingen. Zie *Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, «EHRC Updates» 2018/13, m.nt. Van Toor; *Ćwik t. Polen*, EHRM 5 november 2020, nr. 31454/10, ECLI:CE:ECHR:2020:1105JUD003145410 – Bewijsuitsluiting na schending art. 3 EVRM, in het bijzonder bij onrechtmatigheid door andere burgers, EHRC Updates december 2022, m.nt. Van Toor.
- [10] Zie de *dissenting opinions* van Loucaides (onder *Khan t. Verenigd Koninkrijk*), Tulkens (onder *P.G. & J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), Spielmann (onder *Bykov t. Rusland*) en Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku en Power (over de doelredenering onder *Gäfgen t. Duitsland*).
- [11] Deze metadata bestond uit CGNAT-data en HTS-records. CGNAT-data (*Carrier-Grade Network Address Translation data*) verwijst naar gegevens die worden gebruikt om netwerkverkeer van verschillende apparaten te beheren en te monitoren. Deze data maakt het mogelijk om te achterhalen welke gebruiker gekoppeld is aan een dynamisch en/of gedeeld IP-adres op een specifiek moment, ondanks dat meerdere gebruikers hetzelfde publieke IP-adres delen. HTS-records (*Historical Traffic Data records*) zijn gegevens die inzicht geven in het communicatieverkeer van een specifieke gebruiker over een bepaalde periode.
- [12] Vgl. de benadering van de Grote Kamer van het EHRM in de navolgende zaken: in deze zaken staan bulkinterceptie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten en het recht op privacy ex. artikel 8 EVRM centraal. In deze arresten heeft het EHRM de nodige duidelijkheid verschaft met betrekking tot onder andere procedures en de wijze waarop met digitaal materiaal omgegaan moet worden door zelfs acht minimumwaarborgen voor deze specifieke

situatie te schetsen: *Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, «EHRC Updates» september 2021, m.nt. Hagens en Oerlemans; *Centrum för Rättvisa t. Zweden*, EHRM 25 mei 2021, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208, «EHRC Updates» september 2021, m.nt. Hagens en Oerlemans.

[13] Een simpele zoekslag (d.d. 14 augustus 2024) naar *Yalçinkaya*, en als filter het rechtsgebied strafrecht, op rechtspraak.nl levert dertien hits op. Twaalf van deze zaken gaan over inzage in datasets.

[14] HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900. Ook in EncroChat-zaken worden de verzoeken tot vergaande inzage afgewezen; zie J.J. Oerlemans & D.A.G. van Toor, 'Legal aspects of the EncroChat operation: a human rights perspective', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (30) 2022, p. 310-329.

[15] Rb. Gelderland 28 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3241.

[16] Zie voor gedetailleerde uiteenzetting over de verschillende soorten datasets: M. Galič, 'De rechten van de verdediging in de context van omvangrijke datasets en geavanceerde zoekmachines: een suggesties voor uitbreiding', *BSb* 2021, 2.

[17] *Rook t. Duitsland*, EHRM 25 juli 2019, nr. 1586/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0725JUD000158615, *Rook t. Duitsland*; *Sigurður Einarsson en anderen t. IJsland*, EHRM 4 juni 2019, nr. 39757/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD003975715.

[18] Zie bijv. Rb. Limburg 4 maart 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:1310: 'De verdediging heeft daarnaast op geen enkele wijze concreet onderbouwd waarom de beantwoording van de door de verdediging gestelde vragen omtrent de betrokkenheid van Europol en de beweerde ontbrekende of achtergehouden data van belang is voor enige door de rechtbank in deze concrete strafzaak te nemen beslissing'.

ANNOTATIE

**M.N. (EncroChat) (HvJ EU C-670/22) –
Grensoverschrijdende aspecten van de EncroChat-operatie*****D.A.G. van Toor en C.M. Taylor Parkins-Ozephius***

1. De EncroChat-operatie heeft tot een aardverschuiving in het strafprocesrechtelijke landschap geleid: eind 2022 stond de teller op meer dan tweehonderd rechterlijke uitspraken waarin EncroChat-berichten als bewijs werden gebruikt.[1] Een simpele zoekslag in strafrechtelijke uitspraken van feitenrechters op rechtspraak.nl levert medio 2024 657 hits op (deze hits zijn, gezien het omvangrijke aantal, niet nader onderzocht). Het onderhavige arrest is evenwel het eerste internationaalrechtelijke arrest over de EncroChat-operatie. De operatie wordt in deze noot niet nader toegelicht;[2] het is voldoende om te weten dat de door de Nederlandse autoriteiten ontwikkelde spyware op een totaal van 66.134 geregistreerde toestellen werd geïnstalleerd – de spyware werd als update op de toestellen gepusht, maar niet automatisch geïnstalleerd – bij 32.477 gebruikers in 122 verschillende landen. Een, gezien deze omvang, ongelooflijk succesvolle operatie waarmee ongekennde inzichten in de wereldwijde criminaliteit is verkregen. Ongeveer 4.600 van de 66.134 toestellen bevonden zich, tijdens de installatie van de spyware, op het Duitse grondgebied. De Duitse autoriteiten haken, middels een op 2 juni 2020 uitgevaardigd Europees onderzoeksbevel (hierna: EOB), aan bij de operatie die op 1 april 2020 officieel van start is gegaan met de installatie van de spyware (maar waar meerdere besprekingen tussen verschillende lidstaten aan vooraf zijn gegaan). Vanaf het moment van de uitvaardiging van het EOB (2 juni 2020), en na aanvullende verzoeken in september 2020 en juli 2021, hebben de Duitse autoriteiten onbegrensde toegang tot de via Europol uitgewisselde Encrochat-berichten. M.N. – de naamgever aan het onderhavige arrest – is een van de personen die naar aanleiding van de analyse van de EncroChat-berichten in beeld komt als verdachte van overtreding van de Duitse Opiumwet.

2. De verdenking en strafzaak tegen M.N. (en de EncroChat-operatie in het algemeen) hebben de pennen losgemaakt in Duitsland, met een veel fundamenteelere discussie binnen de rechtspraak zelf in vergelijking met de Nederlandse praktijk.[3] De onderhavige prejudiciële vragen zijn de volgende stap in die discussie. Het is het *Landgericht*[4] Berlijn dat de grote roerganger in deze discussie is en ook de onderhavige prejudiciële vragen heeft gesteld. In

punt 30 van het arrest staat deze achtergrond kort, maar krachtig, aangeduid: het *Landgericht* deelt de uitleg die het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH; Duitse cassatierechter) aan artikel 6 en 31 van richtlijn 2014/41/EU betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (hierna: EOB-Richtlijn) geeft niet (en neemt daarmee geen genoegen nadat het BGH de zaak M.N. terugwees, omdat het *Landgericht* de verkrijging van de EncroChat-berichten middels het EOB als onrechtmatig had bestempeld).

3. Het is namelijk een onderdeel van het openbaar ministerie (het *Generalstaatsanwaltschaft* in Frankfurt, vergelijkbaar met het ressortsparket in Nederland) die het EOB tot het verkrijgen van onbeperkte toegang tot de EncroChat-gegevens heeft uitgevaardigd. Het *Landgericht*, daarbij verwijzend naar *Prokuratuur*,^[5] neemt de stelling in dat deze instantie een onvoldoende onafhankelijke autoriteit is (punt 30). De in Duitsland geldende bevoegdheid voor vergelijkbare handeling is (volgens de meerderheid van de Duitse gerechten, incl. het BGH) paragraaf 100b *Strafprozessordnung* (het Duitse wetboek van strafvordering, hierna: *StPO*), waarin duidelijk staat dat de rechter bevoegd is toestemming te verlenen voor onlinedoorzoeking.^[6] Op basis van artikel 6 EOB-Richtlijn had de situatie volgens het *Landgericht* in Duitsland dus niet rechtmatig op deze wijze kunnen plaatsvinden; het verzoek is namelijk door vertegenwoordigers van de staande magistratuur uitgevaardigd, zonder voorafgaande onafhankelijke controle (hieronder rns. 4-5). Ook op andere punten neemt het *Landgericht* een ander standpunt in dan het BGH: (i) volgens het *Landgericht* voldoet het EOB niet aan het evenredigheidsbeginsel, omdat niet tegen elke individuele gebruiker van EncroChat een *verdenking* bestond, maar wel tegen elke gebruiker opsporingshandelingen zijn verricht (punten 35-36); (ii) het EOB moet wél aan het geldende nationale recht, via artikel 6 EOB-Richtlijn, worden getoetst, omdat deze bepaling ook op de *overdracht* van bewijs ziet en niet alleen op de *vergaring* van bewijs (punten 39-40; deze en de vorige vraag worden gezamenlijk beantwoord door het HvJ EU; rns. 6-8); en (iii) dat artikel 31 EOB-Richtlijn vereist dat de kennisgeving van een operatie als EncroChat (welke volgens het *Landgericht* onder de interceptie van *telecommunicatie* valt) indien de interceptie wordt uitgevoerd op het grondgebied van een andere lidstaat moet worden gericht aan een bij het onderzoek onafhankelijke autoriteit (en dus niet aan het openbaar ministerie); (iv) tevens worden vraagtekens geplaatst bij de beoogde beschermde belangen door dit artikel (punten 43-46; hieronder rns. 9-14). Deze punten worden hieronder nader besproken, waarna wij tot een afronding komen in rn. 15.

4. De eerste prejudiciële vraag betreft de uitleg die aan het begrip *rechterlijke autoriteit* wordt gegeven. Uit artikel 1 EOB-Richtlijn volgt dat een EOB kan worden uitgevaardigd door een rechterlijke autoriteit, maar dat begrip wordt in de Richtlijn niet nader uitgewerkt. Het is, gezien onder andere het *Prokuratuur*-arrest (eerder aangehaald), niet verwonderlijk dat deze

EOB-bepaling vragen oproept. In *Prokuratuur* heeft het HvJ EU namelijk geoordeeld dat een officier van justitie die betrokken is bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten een onvoldoende onafhankelijke autoriteit is om te oordelen over de toegang tot gegevens opgeslagen door telecommunicatieaanbieders. In de meeste strafforderlijke systemen is de officier van justitie zowel de leidinggevende over de opsporing als de persoon die tot vervolging overgaat. Het is dan natuurlijk al snel dat het verkrijgen van (veel) data in de ogen van de officier van justitie van belang is voor zijn zaak, en dat een wat meer magistratelijke toets mogelijk niet van hem kan worden verwacht. Specifiek in *Prokuratuur* acht het HvJ EU de officier van justitie in de procedure in Estland onvoldoende onafhankelijk, ongeacht het feit dat de officier van justitie wettelijk gezien aan waarheidsvinding doet en dus zowel belastend als ontlastend bewijs dient te verzamelen (punten 55-56; *Prokuratuur*). De toetsende instantie bij het vorderen van gegevens moet een derde zijn, die geen verband heeft met de autoriteit die de vordering indient (punt 54; *Prokuratuur*).

5. Met betrekking tot het EOB wordt de soep echter niet zo heet gegeten: de betekenis van rechterlijke autoriteit in die Richtlijn wordt bepaald door het in artikel 2 onder c genoemde begrip 'uitvaardigende autoriteit'.^[7] In de zin van de EOB-Richtlijn is de uitvaardigende autoriteit de autoriteit die naar nationaal recht bevoegd is in een zaak.^[8] Dat betekent dat de officier van justitie, die volgens het recht van de uitvaardigende staat in de nationale procedure bevoegd is om (zoals in het onderhavige geval) te beslissen over de *overdracht* van bewijs, onder het begrip uitvaardigende autoriteit valt in de zin van het EOB (punt 74). De Duitse regering beargumenteert dat, op grond van artikel 100e lid 6 StPO, de overdracht van het bewijs (anders de *vergaring* van het bewijs) niet met rechterlijke toestemming hoeft plaats te vinden. Het HvJ EU kaatst, op basis van dit standpunt van de Duitse regering, de bal terug: het is het *Landgericht* dat moet oordelen of dit de juiste uitleg van het nationale recht is. Het is evenwel, op basis van de eerder aangehaalde jurisprudentie, niet zo dat in het kader van het EOB het begrip rechterlijke autoriteit dezelfde betekenis toekomt als in *Prokuratuur*. Als het nationale recht de officier van justitie (die ook de vervolgende autoriteit kan zijn) als bevoegd bestempelt voor een bepaalde handeling, dan is hij de competente uitvaardigende autoriteit. Voor de Nederlandse EncroChat-zaken is deze discussie niet van belang: Nederland was betrokken bij de *vergaring* van het bewijs, en daarvoor heeft een Nederlandse rechter-commissaris te Rotterdam op 27 maart 2020 toestemming verleend. Voor de overdracht van de gegevens naar andere strafdossiers heeft dezelfde rechter-commissaris per 6 augustus 2020 toestemming verleend.

6. Na de beantwoording van de hierboven besproken eerste prejudiciële vraag beantwoordt het HvJ EU de tweede en derde vraag gezamenlijk (punt 85). De tweede vraag betreft de zienswijze van het *Landgericht* over de afwezigheid van een verdenking tegen alle individuele

gebruikers, terwijl tegen hen wel (ingrijpende) opsporingshandelingen zijn verricht. Het Hof behandelt die vraag tezamen met de vraag naar de wijze waarop de verdediging doeltreffend commentaar op de *vergaring* van het bewijs kan leveren en in hoeverre voor de rechtmatigheid van de *vergaring* aan het nationale recht moet worden getoetst. Het HvJ EU herformuleert deze vragen naar de vaststelling van de noodzakelijkheid en evenredigheid van de onderzoeksmaatregelen (punt 88). Dit moet volgens artikel 6 EOB-Richtlijn worden vastgesteld aan de hand van het recht van de *uitvaardigende* staat – in dit geval dus Duitsland – (punt 87-88). Aan de hand van het Duitse recht moet derhalve worden bepaald of voor de *overdracht* van bewijs een individuele, specifieke verdenking noodzakelijk is. Hetzelfde geldt voor alle andere voorwaarden; aan de hand van het nationale recht moet worden bepaald of in dezelfde omstandigheden in een vergelijkbare binnenlandse zaak de overdracht van bewijs mogelijk zou zijn (punt 92).

7. Dat geldt niet voor de *vergaring* van het bewijs; als het bewijs al in bezit is van de uitvoerende staat – in dit geval Frankrijk – hoeft in de uitvaardigende staat niet te zijn voldaan aan de materiële voorwaarden met betrekking tot de vergaring van het bewijs (punt 96). Het HvJ EU roept vervolgens, als een soort nabrander, nog ter herinnering dat het beginsel van wederzijdse erkenning berust op wederzijds vertrouwen dat andere lidstaten de geldende normen handhaven. Deze formulering zal de Nederlandse lezer en EncroChat-ingewijde niet vreemd voorkomen: alle verzoeken tot (vergaande) controle op de rechtmatigheid van de vergaring van het bewijs zijn door Nederlandse rechters op dezelfde wijze afgewezen.[9]

8. Ten slotte verbindt het HvJ EU aan de beantwoording van vragen twee en drie een vaag geformuleerde verplichting om de verdedigingsrechten te waarborgen wanneer de rechter de door de uitvoering van het EOB verkregen bewijs *gebruikt* (punt 104 e.v.). De verdediging moet in de gelegenheid worden gesteld om *doeltreffend* commentaar te leveren op het bewijsmateriaal. Het is volstrekt onduidelijk op welke wijze de nationale rechter hieraan kan bijdragen, zeker in het licht van de eerdere opmerking dat de nationale rechter niet in de rechtmatigheidstoets van de vergaring van het bewijs mag treden. Bij het rechtmatig vergaren van digitaal bewijs horen namelijk ook voorwaarden met betrekking tot het verkrijgen, opslaan en ter beschikking stellen van het materiaal waarbij de authenticiteit van de gegevens niet (onbewust) wordt geschonden. Moeten dergelijke aspecten – die betrouwbaarheidsvereisten in een rechtmatigheidsjasje zijn – als pure betrouwbaarheidsvereisten worden behandeld en dient de rechter dan op basis van het feit dat hij de authenticiteit van het bewijs in onvoldoende mate kan vaststellen het bewijs op die grond buiten beschouwing te laten? Welke verantwoordelijkheden hebben de autoriteiten dan om informatie te verstrekken zodat de authenticiteit van de gegevens kan worden beoordeeld om van een voldoende doeltreffend commentaar te spreken? Of bedoelt het HvJ EU hier,

simpelweg en kort gezegd, alleen dat de verdediging de mogelijkheid moet worden geboden de authenticiteit te betwisten?[10] Omdat onduidelijk is wanneer sprake is van een doeltreffend commentaar, en in hoeverre de autoriteiten de verdediging daarvoor (technische) informatie ter beschikking moet stellen, is de invloed van deze passage op het Nederlandse strafproces onzeker. Hoogstwaarschijnlijk zal, met betrekking tot de waarheidsgetrouwheid van de EncroChat-berichten, weinig veranderen: die berichten vinden vaak ondersteuning in ander bewijs, zoals de in beslag genomen verboden middelen en wapens, een kroongetuigeverklaring en/of de verklaringen van of de onderzoeken aan de slachtoffers van het toegepaste geweld. Hierdoor zal een veroordeling niet enkel en mogelijk ook niet doorslaggevend op digitaal bewijs berusten.[11]

9. Het HvJ EU gaat vervolgens over tot de beantwoording van de vierde prejudiciële vraag, die feitelijk uit drie onderdelen bestaat die zich richten op de interpretatie van artikel 31 EOB-Richtlijn. Uit dit artikel vloeit een notificatieplicht voort voor de interceperende lidstaat (in dit geval Frankrijk) in het geval de interceptie van *telecommunicatie* betrekking heeft op een persoon wiens communicatieadres in gebruik is op het grondgebied van een andere lidstaat en de interceptie kan worden uitgevoerd zonder technische bijstand van die andere lidstaat (in dit geval Duitsland). Deze kennisgeving moet gericht zijn aan de *bevoegde autoriteit* van de andere lidstaat (de 'in kennis gestelde lidstaat') en dient voorafgaand aan de interceptie plaats te vinden in gevallen waar de autoriteit van de interceperende lidstaat weet dat de persoon zich in de andere lidstaat bevindt of zal bevinden op het moment van het geven van de interceptieopdracht. Indien de interceperende lidstaat pas tijdens de interceptie ontdekt dat de persoon zich tijdens de interceptie in een andere lidstaat bevindt of heeft bevonden, kan de kennisgeving ook tijdens of na de interceptie plaatsvinden. Uit lid 3 volgt dat de bevoegde autoriteit van de in kennis gestelde lidstaat de mogelijkheid heeft om binnen uiterlijk 96 uur na ontvangst van de kennisgeving de interceptie te verbieden of te beëindigen als deze in een vergelijkbare binnenlandse zaak niet zou zijn toegestaan. In het geval dat dan al materiaal is geïntercepteerd, kan worden bepaald dat de reeds vergaarde gegevens niet mogen worden gebruikt (in de in kennis gestelde lidstaat), of dat deze enkel onder specifieke voorwaarden mogen worden gebruikt.

10. De in artikel 31 centraal staande notificatieverplichting, die overigens niet is gekoppeld aan een EOB, treedt dus pas in werking indien sprake is van de interceptie van *telecommunicatie*. Het BGH meende dat de EncroChat-operatie hier niet onder zou vallen. Het *Landgericht* heeft echter een andere opvatting en kwalificeert de Franse gegevensextractiemaatregel wel als interceptie van telecommunicatie (punt 43). Het HvJ EU roept ter beantwoording van deze vraag in herinnering dat volgens vaste rechtspraak elke term uit een Unierechtelijke bepaling die niet specifiek verwijst naar nationale wetgeving, op dezelfde manier moet worden

uitgelegd in alle lidstaten. Ten behoeve van deze eenvormige uitleg moet niet alleen naar de woorden van de bepaling zelf worden gekeken, maar ook naar de context en het doel van de regeling waar zij deel van uitmaken (punt 109).[12] Het HvJ EU bevestigt vervolgens dat de term telecommunicatie autonoom en uniform moet worden geïnterpreteerd volgens het Unierecht, bij gebrek aan een definitiebepaling in de richtlijn of specifieke verwijzing naar het recht van de lidstaten, alvorens de term uit te leggen aan de hand van de hiervoor genoemde handvatten. Kijkend naar de bewoordingen verwijst telecommunicatie, naar ‘het geheel van procedés voor de overdracht van informatie op afstand.’ In de context van de bepaling waar de term in wordt gebezigd, valt op dat in een bijbehorende bijlage met betrekking tot telecommunicatie zowel een telefoonnummer, IP-nummer als een e-mailadres wordt genoemd. Tevens blijkt uit overweging 30 van de EOB-Richtlijn dat de samenwerking inzake de interceptie van telecommunicatie niet enkel de inhoud van deze communicatie betreft, maar ook de bijbehorende verkeers- en locatiegegevens. Uit deze argumentatie (punten 111-114) volgt de conclusie dat ‘de infiltratie van eindapparatuur teneinde zowel communicatiegegevens als verkeers- en locatiegegevens van een internet-gebaseerde communicatiedienst te vergaren, een interceptie van telecommunicatie in de zin van artikel 31, lid 1, van de EOB-Richtlijn is.’ Op basis van deze uitleg valt de EncroChat-operatie te kwalificeren als interceptie van telecommunicatie.[13] In dat geval was er dus een kennisgevingsverplichting waarbij de bevoegde Duitse autoriteit door Frankrijk op de hoogte moest worden gebracht van de operatie op Duits grondgebied. Maar wie is nu de bevoegde autoriteit?

11. Het *Landgericht* meent dat de in artikel 31 genoemde *bevoegde autoriteit* die de kennisgeving dient te ontvangen een rechterlijke instantie zou moeten zijn, die niet met enig onderzoek belast is en die geen belang heeft bij het verkrijgen van de gegevens (punt 44). Het HvJ EU merkt op dat de Uniewetgever in de richtlijn niet heeft gespecificeerd of de bevoegde autoriteit een administratieve of gerechtelijke instantie moet zijn. Daarnaast blijkt uit het kennisgevingsformulier uit de bijlage van de EOB-Richtlijn dat enkel ‘de in kennis gestelde lidstaat’ dient te worden ingevuld en niet ook de autoriteit. Op basis van het voorgaande – en dus voornamelijk het gebrek aan specifieke informatie over de autoriteit – maakt het HvJ EU op dat het de lidstaten vrijstaat om deze autoriteit aan te wijzen. Als de intercepterende lidstaat niet weet wie de bevoegde autoriteit is, kan de kennisgeving aan een geschikte autoriteit van de in kennis gestelde lidstaat worden gestuurd. Deze autoriteit moet de kennisgeving ambtshalve doorsturen naar de juiste instantie als zij niet zelf bevoegd is, om de werking van artikel 31 van de EOB-Richtlijn te waarborgen (punten 116-119). Ook in § 91g, lid 6, IRG (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*), waarin artikel 31 van richtlijn 2014/41 naar Duits recht is omgezet, wordt niet bepaald wie de juiste autoriteit is. Een kennisgeving aan een onderdeel van het openbaar ministerie (en de verplichting van dat ambt

om de kennisgeving eventueel door te sturen) is derhalve voldoende om van een kennisgeving aan een *bevoegde autoriteit* te spreken.

12. Het derde onderdeel van de vierde prejudiciële vraag ziet niet op de uitleg van een begrip uit artikel 31 van de EOB-richtlijn, zoals de voorgaande onderdelen, maar op de vraag of dit artikel ook strekt tot de bescherming van de rechten van degene wiens telecommunicatie wordt geïntercepteerd en of die bescherming zich ook uitstrekt tot het gebruik van de vergaarde gegevens in een strafprocedure in de lidstaat op wiens grondgebied de interceptie heeft plaatsgevonden. Het HvJ EU benadrukt ten behoeve van de beantwoording van deze vraag eerst dat bij de in dit artikel bedoelde intercepties geen sprake is van een EOB, waardoor de hierbij behorende voorwaarden en waarborgen niet van toepassing zijn (punt 121). Volgens het HvJ EU is de beoogde bescherming van artikel 31 EOB-Richtlijn tweeledig. Zo volgt uit lid 3 een beoordelingsmarge voor de (bevoegde autoriteit van de) lidstaat, waar het gaat om de binnenlandse beoordeling of de interceptie in een vergelijkbare binnenlandse zaak zou zijn toegestaan, waar bij een negatieve uitkomst de in kennis gestelde lidstaat de intercepterende lidstaat kan informeren of de interceptie mag doorgaan of niet (en of eventueel al geïntercepteerd materiaal niet of enkel onder voorwaarden mag worden gebruikt). Deze bepaling beschermt hierdoor niet enkel de soevereiniteit van lidstaten, maar waarborgt ook het beschermingsniveau in de lidstaat met betrekking tot de interceptie van telecommunicatie. Aangezien de interceptie een inbreuk vormt op het recht op eerbiediging van het privéleven en communicatie (artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de EU), volgt volgens het HvJ EU dat artikel 31 zich ook uitstrekt tot de bescherming van de rechten van de betrokken personen en het gebruik van de verkregen gegevens in strafprocedures in de in kennis gestelde lidstaat. De wijze waarop deze bescherming precies werkt, blijft echter onduidelijk. Uit de beantwoording van de vraag blijkt immers niet wat de gevolgen (zouden moeten) zijn indien de kennisgeving niet (of te laat) heeft plaatsgevonden en of dit nog op enige wijze te repareren valt indien de interceptie naar nationaal recht mocht plaatsvinden en het materiaal gebruikt wordt in het strafproces tegen de betrokken persoon.

13. Het antwoord op dit derde aspect van de vierde vraag is wellicht het meest verrassend voor Nederland. Op het punt van de bescherming van artikel 31 EOB-Richtlijn is namelijk een discrepantie te herkennen tussen de interpretatie van het HvJ EU en de Hoge Raad. Het HvJ EU is hier duidelijk in: de rechten van de desbetreffende persoon worden hierdoor ook beschermd, gezien de interceptie een inbreuk op zijn rechten vormt. De Hoge Raad meende dat 'de [...] regelingen niet zijn geschreven ter bescherming van specifieke belangen van de af te tappen of afgetapte persoon, maar verband houden met, kort gezegd, de soevereiniteit van de betrokken landen en het daaraan verbonden uitgangspunt dat het aan de autoriteiten van een land is om te bepalen welke opsporingsactiviteiten op het eigen grondgebied

plaatsvinden, ook al hebben de activiteiten hun uitwerking mede in andere landen.’[14] Deze discrepantie tussen de uitleg van het HvJ EU en de Hoge Raad blijkt in de praktijk echter allesbehalve zaligmakend te zijn voor de advocaten die hier wellicht nieuwe kansen in zagen. Verschillende advocaten hebben ter onderbouwing van een onrechtmatigheidsverweer gewezen op de ontbrekende kennisgeving, waardoor de belangen van de verdachte ook niet zijn meegewogen bij de in het geheel ontbrekende toets of volgens het Nederlandse recht de interceptie doorgang kon vinden.[15] Artikel 31 van de EOB-Richtlijn is echter niet van toepassing op de in Nederland uitgevoerde interceptie van de EncroChat-data. Zoals eerder gesteld, was Nederland immers betrokken bij de *vergaring* van het bewijs en lag het initiatief voor de interceptie van de telecommunicatie mede bij Nederland, waardoor een kennisgeving niet vereist was. Desondanks heeft een Nederlandse rechter-commissaris wel toestemming verleend voor zowel het binnendringen van de geautomatiseerde werken als het hierop volgende aftappen van de telecommunicatie. Door deze rechterlijke toetsing voorafgaand aan de interceptie kan worden aangenomen dat de belangen van de personen waarbij de interceptie plaatsvond voldoende zijn gewaarborgd. Deze belangen spelen immers altijd een rol bij de afweging die voorafgaat aan het al dan niet verlenen van machtigingen voor het binnendringen van een geautomatiseerd werk en het hierop volgende opnemen/aftappen van telecommunicatie.[16]

14. Voor Duitsland zijn de antwoorden op alle onderdelen van de vierde vraag van belang. Uit de antwoorden op deze vraag blijkt dat, zoals het *Landgericht* al meende, de EncroChat-operatie wél als interceptie van *telecommunicatie* moet worden beschouwd (en hoogstwaarschijnlijk niet als onlinedoorzoeking ex §100b StPO kan worden bestempeld). Hierdoor bestond een notificatieplicht voor de intercepterende lidstaat – in dit geval Frankrijk –, voor de intercepties voorafgaand aan het uitvaardigen van het EOB (dus tussen 1 april en 2 juni). Naar aanleiding van het ontvangen van deze kennisgeving had de *bevoegde autoriteit*, die zoals het BGH van mening was niet per se een onafhankelijke rechterlijke autoriteit hoeft te zijn, een oordeel moeten vellen over of de interceptie op basis van het nationale recht zou zijn toegestaan en of de interceptie (onder voorwaarden) doorgang kon vinden. De interpretatie van het nationale recht is hier aldus van doorslaggevend belang. Dit is al een punt van discussie geweest in de Duitse rechtspraak: het *Landgericht* meende dat het StPO geen bulkinterceptiebevoegdheid kent waarbij communicatie wordt afgeluisterd van personen waartegen geen verdenking bestaat, waarna het *Kammergericht*[17] deze beschikking vernietigde en meende dat er wel een geschikte grondslag bestaat en er ook (op enig moment) een verdenking bestond.[18] Deze discussie zal op nationaal niveau nu beslecht moeten worden.

15. Het moge duidelijk zijn: in Duitsland zal de discussie over EncroChat op basis van dit

arrest verder worden gevoerd. De interpretatie van het nationale recht zal doorslaggevend zijn om te bepalen of het EOB voor de *overdracht* van het bewijs rechtmatig is uitgevaardigd.[19] Met betrekking tot de *vergaring* van het bewijs voorafgaand aan het uitgevaardigde EOB is duidelijk geworden dat de Franse autoriteiten een kennisgeving aan Duitsland hadden moeten sturen over de interceptie van telecommunicatie op Duits grondgebied, waarna de Duitse bevoegde autoriteit had moeten toetsen of deze interceptie in een soortgelijke binnenlandse zaak zou zijn toegestaan. Nu dit beide niet is gebeurd, zal ook hier de interpretatie van het nationale recht van belang zijn voor de (eventuele) gevolgen hiervan voor de Duitse EncroChat-zaken. In theorie is het arrest ook voor Nederland van belang. In tegenstelling tot een eerdere vaststelling van de Hoge Raad blijkt immers dat de rechtsbescherming van artikel 31 EOB-Richtlijn wel degelijk ook op de desbetreffende individuen is gericht en niet enkel op de soevereiniteit van de lidstaat. In de praktijk heeft het onderhavige arrest echter geen directe betekenis voor de EncroChat-zaken in Nederland gezien de Nederlandse betrokkenheid bij de *vergaring* van de data, waardoor enerzijds de beslissingen over de *overdracht* van het bewijs niet van belang zijn en anderzijds artikel 31 EOB-Richtlijn niet van toepassing is.

D.A.G. (Dave) van Toor

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

C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephius

Docent-promovenda straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht

[1] J.J. Oerlemans & D.A.G. van Toor, 'Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2022, 3-4, p. 309.

[2] Zie Oerlemans & Van Toor 2022 voor meer informatie over de operatie.

[3] Zie hierover uitgebreid D.A.G. van Toor, 'Het gebruik van resultaten uit de EncroChathack in de Duitse strafrechtspleging', *TBS&H* 2022, 2.

[4] *Landgerichte* zijn competent met betrekking tot de zwaardere strafzaken, terwijl de *Amtgerichte* competent zijn lichtere strafzaken (tot een maximumstraf van vier jaar

gevangenisstraf) te behandelen.

[5] HvJ EU 2 maart 2021, ECLI:EU:C:2021:152, *Prokuratuur* (HvJ EU, C-746/18) – Differentiatie en beperkingen van dataretentie door telecommunicatieaanbieders en de vorderingsvoorwaarden, *EHRC Updates* maart 2021, m.nt. Van Toor.

[6] Overigens bestaat discussie of de handeling een onlinedoorzoeking (§100b StPO) betreft of interceptie van telecommunicatie aan de bron (§100a StPO). Zie bijv. OLG Schleswig, beslissing van 29 april 2021 - 2 Ws 47/21, r.o. II. Voor beide bevoegdheden is een machtiging van de rechter-commissaris (*Richtervorbehalt*) noodzakelijk.

[7] *Staatsanwaltschaft Graz (Dienst voor belastingstrafzaken van Düsseldorf)*, HvJ EU 2 maart 2023, C|16/22, ECLI:EU:C:2023:148, punten 27 en 28.

[8] *Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten)*, HvJ EU 8 december 2020, C|584/19, ECLI:EU:C:2020:1002, punten 50 en 51.

[9] Oerlemans & Van Toor 2022; zie ook HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, r.o. 6.7-6.11.

[10] Vgl. de rechtspraak van het EHRM op dit punt: *Yüksel Yalçinkaya t. Turkije*, EHRM 26 september 2023, zaaknr. 15669/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0926JUD001566920, par. 312, *EHRC Updates* september, m.nt. Van Toor & Taylor Parkins-Ozephuis.

[11] Zie voor een zaak waarin dat wel het geval was en de invloed daarvan op de beoordeling van verdedigingsrechten: *Yüksel Yalçinkaya t. Turkije*, EHRM 26 september 2023, zaaknr. 15669/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0926JUD001566920, *EHRC Updates* september, m.nt. Van Toor & Taylor Parkins-Ozephuis.

[12] *Ekro*, HvJ EU 18 januari 1984, 327/82, ECLI:EU:C:1984:11, punt 11, en *Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten)*, HvJ EU 8 december 2020, C|584/19, ECLI:EU:C:2020:1002, punt 49.

[13] Het verdient in dit kader opmerking dat ondanks dat de Nederlandse wetgeving en de Hoge Raad in dit kader enkel spreken over het opnemen/aftappen van telecommunicatie en de wettelijke grondslag van de hackbevoegdheid niet in een kennisgevingsverplichting voorziet – wat zou kunnen worden opgevat als een indicatie dat deze kennisgevingsverplichting niet van toepassing zou zijn op de hackbevoegdheid –, de kennisgevingsverplichting ook onverkort op de hackbevoegdheid van toepassing is. De memorie van toelichting bij de Wet Computercriminaliteit III (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 372, nr. 3, p. 9-10 & 25) bevestigt dit: een aparte regeling werd niet nodig geacht, nu voor het opnemen van de telecommunicatie (ook na het binnendringen in een geautomatiseerd werk)

hoe dan ook een apart bevel vereist is die wel voorziet in deze verplichting.

Tevens lijkt het HvJ EU hiermee een voorschot te nemen op de beslissing onder welke Duitse strafvorderlijke bepaling de opsporingshandeling valt. In rn. 3 en eindnoot 6 berichtten wij over de discussie of de handeling een onlinedoorzoeking is of de interceptie van telecommunicatie aan de bron. Het antwoord dat het HvJ EU op het eerste deel van de vierde vraag geeft, lijkt erop te duiden dat de handeling interceptie aan de bron is.

[14] HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, r.o. 6.23.4.

[15] Vgl. bijvoorbeeld Rb. Gelderland 28 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3241 inzake EncroChat-data, Rb. Gelderland 4 juli 2024 en Rb. Oost-Brabant 18 juli 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:3404 inzake EncroChat, SkyECC en Anom-data.

[16] Volgens de rechtbank Gelderland (28 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3241) blijkt dit ook uit de afgegeven machtigingen: “De rechtbank overweegt voorts dat uit de genoemde 126uba en 126t Sv-machtigingen door de rechter-commissaris ook blijkt dat er, mede vanwege de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die gemaakt zou kunnen worden en teneinde de belangen van de verdediging in de zin van artikel 6 EVRM te waarborgen, ten aanzien van Nederlandse gebruikers een extra rechterlijke toetsing naar Nederlandse maatstaven is aangelegd en dat er in dat kader ook (extra) voorwaarden aan de aangekondigde interceptie zijn gesteld. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank materieel voldaan aan hetgeen het Hof van Justitie in het arrest van 30 april 2024 vereist terzake waarborgen voor gebruikers van communicatiemiddelen waarvan interceptie plaatsvindt op het grondgebied van een lidstaat door opsporingsdiensten van een andere lidstaat, zonder technische bijstand van de lidstaat waar die gebruikers zich bevinden.”

[17] Het *Kammergericht* is de naam van de hogere instantie (*Oberlandesgericht*) van specifiek het *Landgericht* Berlijn.

[18] Van Toor 2022, p. 103-104.

[19] Het HvJ EU geeft overigens wel aan dat wanneer het EOB onrechtmatig is, de nationale rechter de verkregen bewijzen niet mag gebruiken als de verdediging geen doeltreffend commentaar heeft kunnen leveren en het bewijs van doorslaggevende betekenis is (punt 131).

ANNOTATIE

La Quadrature du Net II (HvJ EU, C-470/21) – Meer ruimte voor bewaarplicht van identificerende gegevens***J.J. Oerlemans en M. Hagens*****Inleiding**

1. Deze dataretentie-uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) gaat over de toegang tot identificerende gegevens en de verwerking daarvan door een Franse toezichthouder (Hadopi) die schendingen van auteursrechten op internet tegengaat. De Franse privacyvoorvechter en non-profit organisatie *La Quadrature du Net* heeft met een aantal andere belangenorganisaties een zaak tegen de Franse staat aangespannen, omdat zij van mening zijn dat een bewaarplicht voor dit doeleinde een disproportionele inbreuk maakt op de fundamentele rechten van personen. Eerder boekte de belangenorganisatie *La Quadrature du Net* succes met een soortgelijke procedure.[1] Naar aanleiding van de zojuist genoemde en andere ‘dateretentiezaken’ heeft het HvJ EU vanaf 2014 duidelijk gemaakt dat een algemene, ongedifferentieerde bewaarplicht van verkeersgegevens (waaronder locatiegegevens) voor opsporingsdoeleinden niet toelaatbaar is.[2]

In de daaropvolgende jurisprudentie worden daarbij nuances op dit verbod gemaakt met verwijzing naar de typen gegevens die worden opgeslagen, de ernst van de criminaliteit waarvoor de gegevens worden gebruikt en beperkingen in tijd en gebied. [3] In het onderhavige arrest *La Quadrature du Net II* acht het HvJ EU een algemene bewaarplicht van identificerende gegevens van internetgebruikers om auteursrechtinbreuken tegen te gaan onder voorwaarden toelaatbaar. Het gaat daarbij met name om een duidelijke regeling met waarborgen tegen misbruik, voorwaarden voor de verwerking van de gegevens, het toezicht daarop en de rechten van een betrokkene als het tot een procedure komt. Het arrest van de voltallige kamer van het HvJ EU is belangwekkend, omdat het staten en de Europese Commissie meer ruimte biedt voor wetgeving voor een ruimere bewaarplicht van identificerende gegevens van internetgebruikers dan eerdere jurisprudentie.

Aanleiding en prejudiciële vragen

2. In Frankrijk heeft de toezichthouder Hadopi, zeker vergeleken met het stelsel in Nederland, stevige bevoegdheden om auteursrechtinbreuken tegen te gaan.[4] Na een melding van een organisatie van auteursrechthebbenden van een mogelijke inbreuk en de verstrekking van het bijbehorende IP-adres, kan Hadopi dit IP-adres natrekken door de betrokken internetproviders te vragen de betreffende IP-adressen te koppelen aan de bij hen opgeslagen klantgegevens. Deze gegevens worden door de internetprovider bewaard in verband met de Franse bewaarplicht.[5] Als blijkt dat mogelijk een inbreuk op een auteursrechtelijk beschermd werk is gemaakt, kan Hadopi de betrokkene met een bericht waarschuwen en verzoeken de gedraging, waarmee een inbreuk wordt gemaakt op auteursrechten, te beëindigen (na zes maanden kan een tweede waarschuwing uitgaan). Na twee waarschuwingen kan Hadopi de betrokkene notificeren dat mogelijk sprake is van een overtreding van het auteursrecht die kan worden bestraft met een maximumgeldboete van 1.500 euro of 3.000 euro in geval van recidive.[6] Uiteindelijk kan Hadopi melding doen aan het openbaar ministerie dat mogelijk sprake is van strafbare feiten. Het Franse openbaar ministerie kan, als sprake is van een misdrijf, een straf eisen van maximaal drie jaar gevangenisstraf of een geldboete van 300.000 euro.[7]

3. Uit de bovenstaande beschrijving van de werkwijze van Hadopi blijkt duidelijk dat een handhavend onderzoek door de toezichthouder, door gebruik te maken van de verstrekende bevoegdheid identificerende gegevens bij internetproviders op te vragen, een privacy-inbreuk met zich meebrengt. Het gaat hier om een aanzienlijke hoeveelheid verwerkingen van persoonsgegevens. Sinds de oprichting van Hadopi in 2009 zijn meer dan 12,7 miljoen waarschuwingen aan personen verzonden.[8] Om deze reden heeft de belangenorganisatie La Quadrature du Net e.a. een procedure aangespannen. Zij betogen in het bijzonder dat op onevenredige wijze toegang wordt gegeven aan Hadopi tot gevoelige (verkeers)gegevens voor op het internet gepleegde inbreuken op het auteursrecht die niet ernstig zijn, zonder dat er sprake is van voorafgaande toetsing door een rechter of een autoriteit die garanties biedt inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid.[9] Daarbij wordt volgens de organisatie ten eerste in strijd gehandeld met het in de Franse Grondwet vastgelegde recht op eerbiediging van het privéleven en ten tweede met het Unierecht, in het bijzonder artikel 15 van e-Privacyrichtlijn (2002/58) en de artikelen 7, 8, 11 en 52 van het Handvest.[10]

4. De Franse Raad van State (*Conseil d'État*) heeft in reactie hierop het HvJ EU verzocht antwoord te geven op drie prejudiciële vragen die het Hof uitlegt als de vraag of het EU-recht zich verzet tegen de Franse bewaarregeling, waarbij Hadopi toegang heeft tot de identificerende gegevens die door de bewaarplicht worden opgeslagen. De toezichthouder heeft toegang tot deze gegevens bij internetproviders en mag deze gegevens gebruiken in een van de volgende situaties: (a) het opsporen van activiteiten die inbreuken op

auteursrechten kunnen vormen: (b) de identificatie van personen die dergelijke inbreuken zouden maken; en (c) in voorkomend geval optreden tegen deze personen, zonder dat deze toegang/gebruik vooraf door een rechter of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit moet worden getoetst.[11]

Gevoeligheid van IP-adressen

5. Het HvJ EU begint de beantwoording van de vragen met een vaststelling over de gevoeligheid van de gevorderde gegevens en stelt dat ‘in deze specifieke context’ de inbreuk op privacyrechten niet ernstig is, omdat een koppeling moet worden gemaakt tussen het IP-adres en de klantgegevens en het enige doel is de houder van een IP-adres te identificeren, dat is gebruikt voor activiteiten die mogelijk inbreuk maken op auteursrechten.[12] Het gaat volgens het HvJ EU hier niet om IP-adressen (verkeersgegevens) die informatie geven over de communicatie van de gebruiker of zijn locatie, maar om identificerende gegevens. In deze context vindt het HvJ EU de inmenging niet ernstig en kan de inmenging in artikel 15 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn en de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest worden gerechtvaardigd.[13] Het HvJ EU kwalificeert de IP-adressen in lijn met eerdere jurisprudentie wel als verkeersgegevens, maar onderscheidt deze in dit geval van andere categorieën van verkeersgegevens. In die andere, gevoelige, categorieën van verkeersgegevens kan aan de hand van IP-adressen het internetgebruik van personen in beeld worden gebracht of kunnen locatiegegevens een indringend beeld van het privéleven van personen geven.[14]

6. In de voorliggende omstandigheden beschikt Hadopi via rechthebbende organisaties over IP-adressen die mogelijk inbreuk op auteursrechten maken en vraagt Hadopi aan de betrokken internetserviceproviders om de betreffende IP-adressen te koppelen aan bij hen opgeslagen gebruikersgegevens (naam- en adresgegevens). Op grond hiervan kan Hadopi volgens het HvJ EU nog geen precieze conclusies trekken over het privéleven van gebruikers. Daarmee hebben de IP-adressen in deze omstandigheden een identificerend karakter – ondanks dat het naar hun kern verkeersgegevens zijn – en zijn ze minder gevoelig dan wanneer ze worden gebruikt om iemands’ internetgebruik in kaart brengen en zo een nauwkeurig beeld van iemands’ privéleven ontstaat.[15] In dit laatste geval is volgens het HvJ EU sprake van gevoelige verkeersgegevens die een ernstige inbreuk op fundamentele rechten kunnen maken en is op basis van eerdere jurisprudentie een onafhankelijke voorafgaande toets noodzakelijk.[16] Volgens het HvJ EU is daarvan in de getrapte aanpak van Hadopi geen sprake in de eerste fasen van het proces (d.w.z. de waarschuwingen die verzonden worden), maar mogelijk wel in de laatste fase waarin een melding kan worden gedaan bij het Openbaar Ministerie. In die fase kan door het tijdsverloop en de verkregen informatie over de gebruiker een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het internetgebruik van een gebruiker bij Hadopi zijn ontstaan; bijvoorbeeld door een analyse van welke auteursrechtelijk

beschermde door de betrokkene worden bekeken, waardoor een risico bestaat van een zwaardere inbreuk op het privéleven.[17] Daarbij merkt het HvJ EU ook op dat de voorafgaande toetsing van de verkregen gegevens van de rechthebbende organisaties over vermeende schendingen van het auteursrecht in geen geval volledig geautomatiseerd mag zijn en een menselijke afweging van de verschillende legitieme belangen door de tussenkomst van een natuurlijk persoon is vereist, mede gelet op het automatische karakter en de grote schaal van de gegevensverwerking die risico's voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen met zich meebrengen.[18] Het HvJ EU acht overigens het analyseren van 'sporen' of sociale netwerken, zoals gebruikte inloggegevens of contactgegevens als ingrijpender alternatieven.[19]

Bewaarplicht identificerende gegevens mogelijk onder voorwaarden

7. Kort gezegd, kan volgens het HvJ EU de inmenging met artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn en de artikelen 7, 8, 11 en 52 lid 1 van het Handvest door een dergelijke bewaarplicht ter bescherming van intellectuele eigendomsrechten of voor het tegengaan van strafbare feiten onder voorwaarden worden gerechtvaardigd.[20] Een lidstaat kan dus een verplichting tot algemene en ongedifferentieerde bewaring van IP-adressen opleggen met het oog op de bestrijding van strafbare feiten in het algemeen.[21] Het HvJ EU overweegt daarbij dat een IP-adres het enige aanknopingspunt kan zijn om strafbare feiten op het internet te onderzoeken en daders te identificeren. Straffeloosheid dreigt wanneer de toegang tot identificerende gegevens van internetgebruikers op basis van de e-Privacyrichtlijn en het Handvest verboden zouden zijn.[22]

8. Staten die een beperkte bewaarplicht van identificerende gegevens mogelijk maken, moeten daarbij voldoen aan de door het HvJ EU in het arrest gestelde voorwaarden. Volgens het Hof moeten de identificerende gegevens strikt gescheiden worden van eventueel andere opgeslagen verkeersgegevens, zodat bij het combineren daarvan geen nauwkeurige gevolgtrekkingen zijn te maken over het privéleven van de betrokken persoon.[23] In de technische systemen moet een volledige scheiding ("*genuinely watertight*") van de verschillende categorieën bewaarde gegevens worden gegarandeerd en dit moet regelmatig worden gecontroleerd door een publieke autoriteit (die niet dezelfde is als de vorderende autoriteit).[24] De bewaringstermijn moet daarbij tot het strikt noodzakelijke zijn beperkt. Door het gebruik van duidelijke en nauwkeurige regels moet worden verzekerd dat de betrokken personen beschikken over effectieve waarborgen tegen het risico van misbruik en tegen onrechtmatige toegang tot en onrechtmatig gebruik van die gegevens. Ook moet de betrokkene in een procedure bepaalde materiële en procedurele waarborgen genieten die de richtlijn voor het verwerken van persoonsgegevens voor opsporingsinstanties[25] voorschrijft, zoals 1) het recht om opmerkingen te maken; 2) het recht om preciseringen te verkrijgen over

de hem verweten inbreuken op intellectuele eigendomsrechten; 3) toegang hebben tot door Hadopi verwerkte persoonsgegevens (inzagerecht); 4) het recht rectificatie en verwijdering te vragen van door Hadopi verwerkte persoonsgegevens; en 5) alsmede de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit.[26] Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of een nationale wet aan deze voorwaarden voldoet.[27]

Slotbeschouwing

9. Het arrest leidde direct tot kritiek van belangenorganisatie La Quadrature du Net en andere organisaties. Zij maken zich zorgen dat de uitspraak de deur openzet voor andere nationale bewaarplichten voor de identificatie van internetgebruikers om gedigitaliseerde criminaliteit en inbreuken op intellectuele eigendomsrechten tegen te gaan.[28] Omdat wij in Nederland het Franse systeem met een toezichthouder als Hadopi niet kennen, lijkt de uitspraak op het eerste gezicht vergaand: het is alsof het HvJ EU plotseling ruim baan geeft aan staten en aan de Europese Commissie om nieuwe dataretentiewetgeving in te voeren.[29] Toch was ook al in het eerste *La Quadrature du Net*-arrest te lezen dat het HvJ EU een algemene en ongedifferentieerde opslag van identificerende gegevens van internetgebruikers niet als een bijzonder grote inmenging op privacyrechten ziet en een bewaarplicht onder voorwaarden mogelijk acht.[30] De realiteit is dat zonder deze gegevens bepaalde vormen van cybercriminaliteit bijzonder lastig zijn op te sporen en dit volgens het HvJ EU een beperkte bewaarplicht (zonder verkeersgegevens en inhoudelijke gegevens) kan rechtvaardigen.[31] Het HvJ EU bevestigt daarmee deze lijn uit eerdere jurisprudentie en biedt daarbij nieuwe mogelijkheden voor een vorm van dataretentie. Wij signaleren daarbij wel dat het HvJ EU wederom zeer gedetailleerde vereisten voor een dergelijke regeling stelt, bijvoorbeeld met betrekking tot de ‘volledige scheiding van gegevens’, de materiële en procedurele waarborgen in procedures en het verbod op geautomatiseerde besluitvorming. Ondanks deze nuancering op het verbod van een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht, wordt de spanning met de soevereiniteit van staten om hun eigen wetgeving in te richten met deze uitspraak slechts in beperkte mate weggenomen.

J.J. Oerlemans & M. Hagens

Prof. mr. dr. J.J. Oerlemans is bijzonder hoogleraar Inlichtingen en Recht bij de Universiteit Utrecht en universitair docent Strafrecht bij de Universiteit Leiden.

Mr. dr. M. Hagens is senior toezichthouder bij de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD). Deze annotatie is op persoonlijke titel geschreven.

[1] *La Quadrature du Net*, HvJ EU 6 oktober 2020, gev. zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, *EHRC Updates*, m.nt. J. Schoers; *JBP 2021/1-2*, m.nt. J.J. Oerlemans & M. Hagens

[2] *Digital Rights Ireland*, HvJ EU (GK) 8 april 2014, zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, «EHRC» 2014/140 m.nt. M.E. Koning.

[3] *Tele2 Sverige*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79 m.nt. M.E. Koning; *Ministerio Fiscal*, HvJ EU (GK) 2 oktober 2018, C/207/16, ECLI:EU:C:2018:788, «EHRC» 2019/18 m.nt. B. van der Sloot; *Spacenet en VD*, HvJ EU 20 september 2022, gev. zaken C-339/20 en C-397/20, ECLI:EU:C:2022:703, *EHRC Updates*, m.nt. D.A.G. van Toor; *G.D. t. the Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, HvJ EU 5 april 2022, ECLI:EU:C:2022:258, m.nt. R.H.T. Jansen en R.M. te Molder en het overzichtsartikel J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'De dataretentie-uitspraken: is er licht aan het einde van de tunnel?', in: F.C. van der Jagt-Vink, A.M. Klinkenberg & H.R. Kranenborg (red.), *JBP Select. Tien jaar Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*, Sdu 2023, p. 199-232.

[4] Nederland kent op het moment van schrijven geen bewaarplicht om criminaliteit of intellectuele eigendomsrechten tegen te gaan. Bovendien hebben Nederlandse handhavers van auteursrechten geen wettelijk vastgelegde bevoegdheden om deze gegevens te vorderen.

[5] *La Quadrature du Net II*, par. 55. De klantgegevens betreffen de achternaam en voornamen, het postadres en de e-mailadressen, de telefoongegevens en het adres van de telefooninstallatie van de abonnee.

[6] *La Quadrature du Net II*, par. 25 en par. 57.

[7] *La Quadrature du Net II*, par. 57 en par. 145 en par. 147.

[8] *La Quadrature du Net II*, par. 50.

[9] *Concl. AG Szpunar*, HvJ EU 27 oktober 2022, C-470/21, ECLI:EU:C:2022:838, par. 28. Zie over de gevoeligheid van verkeersgegevens (waaronder locatiegegevens) en het vereiste van voorafgaande toestemming ook *Prokuratuur*, HvJ EU 2 maart 2021, C-476/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates*, m.nt. D.A.G. van Toor.

[10] *La Quadrature du Net II*, par. 41-50

[11] *La Quadrature du Net II*, par. 52.

[12] *La Quadrature du Net II*, par. 71-73.

- [13] *La Quadrature du Net II*, par. 74 en 90.
- [14] *La Quadrature du Net II*, par. 75-81.
- [15] *La Quadrature du Net II*, par. 113-115.
- [16] *La Quadrature du Net II*, par. 135-143.
- [17] *La Quadrature du Net II*, par. 141-143 en 145.
- [18] *La Quadrature du Net II*, par. 144-151.
- [19] *La Quadrature du Net II*, par. 120-121.
- [20] Zie ook *La Quadrature du Net II*, par. 164.
- [21] *La Quadrature du Net II*, par. 90 en 92.
- [22] *La Quadrature du Net II*, par. 117 en par. 119 met verwijzing naar *concl. AG Szpunar*, HvJ EU 27 oktober 2022, C-470/21, ECLI:EU:C:2022:838, par. 80-81.
- [23] *La Quadrature du Net II*, par. 83.
- [24] *La Quadrature du Net II*, par. 84, par. 86-87 en par. 89. Zie ook de overwegingen over onafhankelijkheid in par. 125-127.
- [25] Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad.
- [26] *La Quadrature du Net II*, par. 160-163.
- [27] *La Quadrature du Net II*, par. 93 en 94.
- [28] 'Surveillance and Hadopi: EU court buries online anonymity a little further', *laquadrature.net*, 30 april 2024.
- [29] Zie ook *La Quadrature du Net II*, HvJ EU (GK) 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:370, *Computerrecht* 2024/142, m.nt. D. Verhulst.
- [30] Zie *La Quadrature du Net*, par. 152 en 155-159; *Commissioner of the Garda Síochána*, p. 73;

Spacenet en VD, par. 97; *Breyer*, EHRM 20 januari 2020, nr. 50001/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD005000112, par. 92 en 94, *ECHR Updates* 2020/78, m.nt. H.R. Kranenborg en *JBP* 2020/29, m.nt. Kranenborg en J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'De dataretentie-uitspraken: is er licht aan het einde van de tunnel?', in: F.C. van der Jagt-Vink, A.M. Klinkenberg & H.R. Kranenborg (red.), *JBP Select. Tien jaar Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*, Sdu 2023, p. 231.

[31] Zie ook J.J. Oerlemans, M. Hagens & S. Royer, 'Tijd voor een nieuwe bewaarplicht?', *Computerrecht* 2021/59, nr. 2, p. 151-159 en.

ANNOTATIE

Kokëdhima t. Albanië (EHRM, 55159/16) – Belangenverstrengeling in het parlement

J.L.W. Broeksteeg

1. Dit is een van de eerste zaken voor het EHRM over integriteit van volksvertegenwoordigers. Er was al wel Straatsburgse jurisprudentie omtrent incompatibiliteiten en onverenigbaarheden, bijvoorbeeld met betrekking tot ambtenaren, advocaten en officieren van justitie,[1] maar die was er nog niet met betrekking tot privaatrechtelijke (financiële) belangen: in casu gaat het om een parlamentslid dat enig aandeelhouder is van een bedrijf, dat inkomsten verwerft uit contracten met de overheid. Overigens heeft het Hof eerder ook zaken beslist, waarbij het mandaat van parlementariërs werd beëindigd, maar die zijn dermate verschillend van deze zaak, dat zij hier verder niet relevant zijn.[2] Onder 2 en 3 ga ik nader in op de casus en de uitspraak van het EHRM en onder 4 maak ik een vergelijking met Nederland.

2. Klager heeft, als enig aandeelhouder, een bedrijf in internet- en telefoondiensten. Zijn bedrijf doet veel zaken met Albanese overheden. In 2013 wordt hij verkozen tot lid van het parlement. Hij vraagt een ‘hoge inspectie’, die een wettelijke adviesfunctie heeft omtrent belangenverstrengeling en ethiek, hoe om te gaan met het bezit van de aandelen. Het antwoord van deze inspectie was betrekkelijk vaag: het is zijn eigen verantwoordelijkheid om belangenverstrengeling te voorkomen; hij kan advies vragen aan het parlement; de inspectie kan een onderzoek verrichten en dan adviseren wat te doen. Klager wendt zich vervolgens tot de juridische afdeling van het parlement, dat hem wat algemene informatie geeft en hem adviseert onderzoek te laten doen door eerdergenoemde inspectie. Ten langen leste verkoopt klager, nadat hij inmiddels zo’n half jaar parlementariër is (februari 2014), zijn aandelen. Een jaar later verzoekt een fractie in het Albanese parlement om bij het Constitutioneel Hof een procedure te starten vanwege de mogelijke incompatibiliteit van klagers lidmaatschap van het parlement met zijn enig aandeelhouderschap. Het parlement geleidt het verzoek door. In 2016 doet het Constitutioneel Hof uitspraak: het lidmaatschap van het parlement is onverenigbaar met zijn positie als enig aandeelhouder. Art. 70 lid 3 van de grondwet van Albanië schrijft

namelijk (kort weergegeven) voor, dat parlementsleden geen activiteiten mogen ontwikkelen waardoor zij inkomsten van de staat of van lokale overheden krijgen. Daarbij overweegt het Constitutioneel Hof dat klager weliswaar geen nieuwe contracten heeft afgesloten met overheden, maar dat uit eerder afgesloten overeenkomsten wel inkomsten voortvloeiden. Door de incompatibiliteit wordt klager zijn zetel ontnomen.

3. In zaken waarin het Hof toetst aan art. 3 EP EVRM (recht op eerlijke en vrije verkiezingen), neemt het een ruime *margin of appreciation* aan. Het toetst in zulke zaken of een genomen beslissing kennelijk onredelijk of willekeurig, dan wel disproportioneel is. Voor wat betreft de onredelijkheid of willekeur stelt klager voor het Hof dat de uitleg die de het Albanese Constitutioneel Hof geeft aan art. 70 lid 3 van de grondwet niet te verwachten was. Daarmee is het Hof het niet eens. De uitwerking in de wet én de jurisprudentie ter zake geven een duidelijke uitleg. Dat er slechts één eerdere uitspraak is, zoals klager bepleit, maakt dat niet anders. Er kon, aldus het Hof (par. 61) weinig twijfel bestaan over de onverenigbaarheid van het eigenaarschap van een bedrijf dat inkomsten van overheden verkrijgt, met het lidmaatschap van het parlement. Vervolgens gaat het Hof in op het betoog van klager, dat hij na de aanvaarding van zijn parlementszetel geen nieuwe contracten met overheden meer heeft gesloten en dat de inkomsten nog uitsluitend voortvloeiden uit eerder gesloten overeenkomsten. Het Hof geeft toe dat het Albanese Constitutioneel Hof de grondwet strikt interpreteert (par. 64). Maar ook hier kan het Hof, mede gezien de eerdere uitspraak van het Constitutioneel Hof, geen willekeur zien. Ten slotte gaat het Hof in op het betoog van klager dat hij juridische hulp heeft gezocht, maar dat zowel de hoge inspectie als het parlement hem geen duidelijk antwoord konden geven. Het Hof is van oordeel dat klager kennelijk vermoedde dat de combinatie van functies niet mogelijk was, dat hij aan de inspectie ook om een formeel onderzoek had kunnen vragen (par. 66) en dat het uiteindelijk de verantwoordelijkheid van klager zelf is om belangenverstrengeling te vermijden (par. 69). Kortom, het Hof kan geen willekeur aannemen; klager kon de ontzetting van zijn parlementszetel voorzien. Hiervoor gaf ik al aan dat het Hof in kiesrechtzaken ook toetst of de genomen besluiten of maatregelen proportioneel zijn. Dat doet het hier niet, omdat klager niet heeft aangevoerd dat het ontnemen van zijn zetel disproportioneel zou zijn (par. 72). Dat is opvallend, want wellicht dat klager daarmee meer had kunnen bereiken. Alhoewel de grondwet en de jurisprudentie ter zake duidelijk waren, blijft de vraag relevant of de zeer vergaande maatregel van het ontnemen van het parlementaire mandaat opweegt tegen de betrekkelijk geringe 'overtreding' van de regels omtrent belangenverstrengeling. Immers, de situatie heeft 'slechts' een half jaar geduurd, klager heeft de incompatibiliteit zelf ongedaan gemaakt, hij heeft geen nieuwe contracten meer afgesloten na het aanvaarden van zijn zetel en de procedure om de zetel te ontnemen ving pas geruime tijd ná de verkoop van de aandelen aan. Ik zeg hiermee niet dat de maatregel disproportioneel is, maar wel dat een

beroep op proportionaliteit wellicht succesvoller zou zijn geweest. Ten slotte doet klager een beroep op art. 8 EVRM, maar dat is kennelijk ongegrond; de gevolgen van het ontnemen van de parlementszetel voor het recht op zijn privéleven waren de voorziene gevolgen van zijn eigen handelen.

4. Het integriteitsrecht lijkt in Albanië aanzienlijk strikter dan in Nederland. De Albanese regels zijn klip en klaar: geen inkomsten anders dan uit het lidmaatschap van het parlement. In Nederland zijn andere inkomsten dan uit het Kamerlidmaatschap toegestaan. Wel geldt dat deze gedeeltelijk in mindering worden gebracht op de schadeloosstelling (zoals de inkomsten vanwege de Kamer heten). Art. 3 lid 1 van de Wet schadeloosstelling bepaalt dat de schadeloosstelling wordt verminderd 'met de helft van het bedrag waarmee de neveninkomsten van een kamerlid per jaar een bedrag van 14% van de schadeloosstelling te boven gaan', maar de vermindering bedraagt uiteindelijk maximaal 35% van de schadeloosstelling (die ruim 10.000 euro per maand bedraagt). Uit onderzoek blijkt dat veel Kamerleden hun neveninkomsten niet opgeven en dat de administratie en berekening veel tijd kosten.[3] Gevolgen (behalve fiscale) heeft dat niet. Een ander aspect betreft financiële belangen. Dan gaat het niet om inkomsten, maar om (bijvoorbeeld) aandeelhouderschap. Uit de Albanese casus blijkt dat het zijn van enig aandeelhouder onverenigbaar kan zijn met het lidmaatschap van het parlement. De Grondwet van Albanië bevat daarover regels. In Nederland is de gedragscode voor Kamerleden dan relevant. Die kent wel enkele relevante regels, maar is erg vaag in zijn bewoordingen. Van toepassing kan zijn gedragsregel 1: 'Het Kamerlid oefent zijn ambt uit in onafhankelijkheid en in het algemeen belang.' Hij mag dus geen persoonlijke (financiële) belangen meewegen in zijn ambtsuitoefening. Vervolgens is gedragsregel 3 van toepassing: 'Het Kamerlid voldoet aan de registratieverplichtingen die het ambt hem oplegt'. Volgens de toelichting op de regel zijn daaronder ook te verstaan meerderheidsbelangen in een vennootschap. Zulks volgt ook uit art. 15.19 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer: de griffie houdt een register bij van: a. de nevenactiviteiten van de leden; b. de uit de nevenactiviteiten te verwachten of genoten inkomsten; en c. andere redelijkerwijs relevante belangen van leden. Anders dan in het Albanese recht heeft een 'overtreding' van deze regels nauwelijks gevolgen. In Albanië betreft het een incompatibiliteit, waardoor een parlements lid zijn zetel kwijtraakt; in Nederland kan het College van onderzoek integriteit onderzoek verrichten, waarna de Kamer een sanctie kan opleggen, namelijk een aanwijzing, berisping of schorsing (voor maximaal een maand, uitgezonderd stemmingen).[4] Zoals bekend weigeren enkele kamerleden (van FvD) categorisch elke medewerking aan het onderzoek. Een opvallend verschil tussen Albanië en Nederland is, dat in het eerstgenoemde land de Grondwet een regeling ter zake bevat, terwijl in Nederland de regels zijn vervat in codes en regelingen, zonder externe werking en die – zo blijkt uit de praktijk – moeilijk handhaafbaar zijn. Overigens is dat voor leden van de gemeenteraad gedeeltelijk anders. In de

Gemeentewet zijn wel enkele registratieverplichtingen vastgelegd. Bovendien kent deze wet een bepaling (art. 28), op grond waarvan een raadslid niet mag deelnemen aan de beraadslagingen en de stemmingen over 'een aangelegenheid die hem rechtstreeks of middellijk persoonlijk aangaat (...)'. Indien een raadslid dus een financieel belang heeft, dat beïnvloed kan worden door de beraadslagingen of stemmingen, dan is hij daarvan uitgesloten. Indien hij wel deelneemt, dan kunnen zowel de rechter als de regering (art. 268 e.v. Gemeentewet) het besluit vernietigen. Merkwaardigerwijs kent de Grondwet niet zo'n regeling voor Kamerleden. Het laat zien dat het Nederlandse integriteitsrecht betrekkelijk zwak is ontwikkeld.[5]

J.L.W. Broeksteeg

Radboud Universiteit

[1] *Gitonas e.a. t. Griekenland*, EHRM 1 juli 1997, nrs. 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95, 27755/95,

ECLI:CE:ECHR:1997:0701JUD001874791 (ambtenaren); *Ahmed e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 september 1998, nr. 22954/93,

ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002295493 (lokale ambtenaren); *Lykourazos t. Griekenland*, EHRM 15 juni 2006, nr. 33554/03, ECLI:CE:ECHR:2006:0615JUD003355403 (advocaten); *Barski en Świączkowski t. Polen*, EHRM 2 februari 2016, nrs. 13523/12, 14030/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0202DEC001352312.

[2] Te denken valt dan aan ontzetting van het parlementaire mandaat, omdat de betreffende politieke partij is verboden, of vanwege banden met een terroristische organisatie.

[3] Zie bnr.nl, 'Veel Kamerleden melden bijverdiensten niet, mogelijk te veel salaris', 12 december 2023.

[4] Zie daarvoor de 'Regeling toezicht en handhaving gedragscode Leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal'.

[5] Zie ook de recente afscheidsrede van prof.mr. P.P.T. Bovend'Eert, *Naleving van integriteitsregels in het parlement en de regering*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

ANNOTATIE

Auray e.a. t. Frankrijk (EHRM, 1162/22) en Arnold en Marthaler t. Zwitserland (EHRM, 77686/16 en 76791/16)**M.A.D.W. de Jong****1. Inleiding**

De twee in deze combinoot besproken arresten gaan over vergaande preventieve bestuurlijke vrijheidsbeperking van demonstranten. De politie gaat hiertoe over ter handhaving van de openbare orde. In beide zaken is sprake van *kettling*, ofwel het urenlang insluiten van potentiële ordeverstoorers en/of demonstranten in een gesloten politiecordons. In *Auray e.a. t. Frankrijk* blijft het daarbij en wordt de maatregel ingezet om reischoppers zo veel mogelijk van demonstranten te scheiden en zo een geplande demonstratie tegen omstrepen pensioenwetgeving doorgang te verlenen.[1] Het EHRM achtte *kettling* geen vrijheidsbeneming (art. 5 EVRM) in dit geval, maar wel een onrechtmatige aantasting van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM) en de demonstratievrijheid (art. 11 EVRM). De Zwitserse zaak *Arnold en Marthaler* is anders: daar liep een geplande demonstratie waaraan klagers deelnamen ter gelegenheid van de viering van de Dag van de Arbeid ten einde. Om te voorkomen dat aansluitend een verboden demonstratie en rellen ontstonden, begon de politie met *kettling* en identiteitscontroles ter plaatse. Personen die niet bij de spontane demonstraties betrokken waren werden vrijgelaten en meer dan 540 personen die in aanmerking kwamen voor verdere veiligheidscontroles en verwijderingsbevelen, waaronder ook de klagers, bracht de politie geboeid over naar massacellen elders. Daar werden ze enige uren vastgehouden (*Festhaltung für sicherheitspolizeiliche Überprüfung*).[2] Het EHRM acht het overbrengen en vasthouden van klagers willekeurige vrijheidsbeneming. De detentie was niet noodzakelijk omdat *kettling* ordeverstoring reeds voorkwam. Ook in veel andere opzichten werd niet voldaan aan de eisen die het EHRM aan bestuurlijke detentie op grond van art. 5 lid 1 (b) en (c) EVRM stelt, concludeerde het Hof.

2. Drie arresten waarop het EHRM voortbouwt

Eerder oordeelde het EHRM dat actief en effectief politieoptreden ter voorkoming van

ernstige ordeverstoringen mogelijk moet zijn binnen de grenzen van het EVRM om in explosieve omstandigheden de orde te handhaven. Dit kan voor de nationale autoriteiten immers noodzakelijk zijn om aan de positieve verplichtingen te voldoen die uit art. 2 en 3 EVRM voortvloeien. De overheid dient uit dien hoofde actief op te treden om doden, gewonden en grootschalige vernielingen te voorkomen.[3] Collectieve vrijheidsbeperkende maatregelen verdragen zich echter moeizaam met het EVRM en kunnen bovendien de demonstratievrijheid in gevaar brengen als ze in die context worden toegepast. In een reeks arresten over *kettling* en bestuurlijke detentie, ofwel individuele of collectieve vergaande beperking van de bewegingsvrijheid bij (dreigende) grootschalige ordeverstoringen, heeft het EHRM stapsgewijs een beoordelingskader ontwikkeld. Daarmee kan bepaald worden aan welke voorwaarden een dergelijk optreden moet voldoen om binnen de grenzen van art. 5, 11 en 2 P4 EVRM te blijven. Sinds *Austin e.a. t. VK* (2012) heeft het EHRM aangegeven dat van de omstandigheden afhangt of *kettling* als vrijheidsontneming (art. 5 EVRM) of als beperking van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM) moet worden aangemerkt.[4] De criteria die het Hof daarbij aanhoudt en de eisen waar rechtmatige *kettling* aan moet voldoen, worden in *Auray e.a. t. Frankrijk* uitgewerkt en worden hieronder in par. 3-6 besproken, met in par. 7 een aanvullende analyse daarvan. Valt *kettling* en/of preventieve detentie ter handhaving van de openbare orde binnen art. 5 EVRM dan kan dit, onder een reeks voorwaarden, ook toelaatbaar zijn. Sinds de arresten *Ostendorf t. Duitsland* (2012)[5] en *S. V. en A. t. Denemarken* (2018)[6] heeft het EHRM het mogelijk gemaakt dat bij dreigende grootschalige rellen (preventieve) bestuurlijke vrijheidsbeneming van voetbalhooligans mogelijk is om hen respectievelijk aan specifieke wettelijke verplichting te laten voldoen, dan wel om te voorkomen dat ze een specifiek strafbaar feit plegen. Ordehandhaving mag het doel van de detentie zijn, zo lang een spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de maatregel mogelijk is (art. 5 lid 3 EVRM).[7] De eisen die aan bestuurlijke detentie op grond van art. 5 lid 1 EVRM worden gesteld en de intensiteit van de rechterlijke toetsing op dit punt staan centraal in *Arnold en Marthaler t. Zwitserland* en komen hieronder in par. 8-10 aan bod. Ik sluit af met een samenvatting van de belangrijkste conclusies (par. 11).

3. Kwalificatiecriteria voor *kettling*: vrijheidsbeneming of vrijheidsbeperking?

Het Hof benadrukt in *Auray e.a.* zoals gebruikelijk dat het onderscheid tussen vrijheidsbeneming en -beperking geen principieel maar een gradueel onderscheid is.[8] De criteria uit *Austin e.a. t. VK* zijn bepalend om te achterhalen welke bepaling van toepassing is in zaken die openbare-ordehandhaving betreffen. Sinds *Austin e.a.* redeneert het Hof bovendien dat de noodzaak om de orde te handhaven en de proportionaliteit van het overheidsoptreden mede bepalend zijn voor het toepassingsbereik van art. 5 EVRM. Noodzakelijke, proportionele vrijheidsbeneming kan dan buiten deze bepaling vallen, zoals in

Austin e.a. en *Auray e.a.*, terwijl gebreken op die punten, bij eenzelfde vorm van vrijheidsbeperking, kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van willekeurige vrijheidsbeneming en aldus art. 5 EVRM wel van toepassing wordt geacht.[9] Samengevat bepalen dus de noodzaak van de politie om haar werk te kunnen doen en de feitelijke omstandigheden (de context) in hoge mate of een vrijheidsbeperkende maatregel al dan niet onder art. 5 EVRM valt. Het Hof kijkt daarbij naar (1) de mate of intensiteit van de beperking van de bewegingsvrijheid. Voor de beoordeling daarvan zijn onder meer van belang de aard van de maatregel, de duur en de gevolgen en de wijze van uitvoering. Dit leidt tot een eerste, niet-definitieve inschatting of het om vrijheidsbeneming of -beperking gaat. (2) Als voornoemde omstandigheden op vrijheidsbeneming wijzen wordt vervolgens de context in de overwegingen betrokken en daardoor kan de maatregel van 'kleur verschieten' en toch vrijheidsbeperking wordt aangenomen. Bij (dreigende) grootschalige rellen moeten burgers tijdelijke beperkingen van de bewegingsvrijheid die 'crowd control' tot doel hebben accepteren zonder dat dit vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM is. Dat is het geval bij gerechtvaardigde (noodzakelijk en proportioneel) *kettling* gedurende enkele uren. Anders ligt het bij het geboeid overbrengen en insluiting op het politiebureau voor een vergelijkbare termijn, want dat is zonder meer vrijheidsbeneming, zoals onder meer uit *Arnold en Marthaler* blijkt.[10] (3) Tot slot mogen de beperkende maatregelen niet gebruikt worden om (in)direct de vrijheid van meningsuiting en/of vergadering of betoging aan banden te leggen gelet op het belang van deze grondrechten in een democratische rechtsstaat. Dat neemt niet weg dat de bewegingsvrijheid van demonstranten in sommige gevallen gerechtvaardigd beperkt kan worden (art. 11 lid 2 EVRM).

4. Toetsing en kwalificatie van *kettling* in *Auray e.a.*

Direct relevant voor de beoordeling van *kettling* in de Franse zaak zijn de volgende omstandigheden: Auray was met de tien andere klagers op het Place Bellecour in Lyon, de startlocatie van de demonstratie. Zij bevonden zich in een groep van circa 600 demonstranten, waaronder ook relschoppers die deels voorzien waren van gezichtsbedekking. In overleg met de organisatie van de demonstratie werd rond het middaguur besloten de demonstratie vanaf een andere plaats te laten beginnen. Een uur later werd het politiecordons rond Place Bellecour aangelegd, waar klagers nog verbleven, om te voorkomen dat meer relschoppers zich onder de demonstranten zouden mengen. Klagers konden uiteindelijk niet of nauwelijks meedoen aan de demonstratie die vanaf 14.30 uur van start ging en om 15.45 uur was afgelopen. Zij zijn drie tot vijf en een half uur opgehouden in het politiecordons en konden na identificatie tussen 16.45 en 19.00 uur vertrekken.[11] De kwalificatiecriteria toegepast op deze zaak leveren het volgende op. (*Ad 1*) In het geval van verzoekers wijzen de duur (meerdere uren), aard van de maatregel (volledig gesloten politiecordons), en de gevolgen voor verzoekers (fysiek ongemak

doordat er geen sanitaire voorzieningen en geen eten of drinken beschikbaar was; de politie gebruikte ter bestrijding van de ongeregeldeheden traangas en een waterkanon), op vrijheidsbeneming. (Ad 2-3). De context van deze zaak maakt echter dat geen sprake is van vrijheidsbeneming maar van vrijheidsbeperking. Doorslaggevend is de noodzaak om in casu *kettling* toe te passen. Dit was in casu proportioneel en het minst ingrijpend (subsidiar). De politie gebruikte het niet om de demonstratievrijheid in te perken. Het Hof verwijst hierbij naar het gelijklopende oordeel van de nationale rechter maar zet, onderbouwd met omstandigheden uit het dossier concreet uiteen waarom het tot dezelfde conclusie komt. Aldus toetst het EHRM aldus intensief. Dat lijkt me ook onontkoombaar omdat de feitelijke onderbouwing van de maatregelen door de nationale instanties in wezen bepalen of de bescherming van art. 5 dan wel art. 2 P4 EVRM voor de burger openstaat. Bovendien is het gevaar van willekeurige detentie in deze omstandigheden relatief groot. Toetsing door het Hof is derhalve van groot belang. Samengevat acht het Hof essentieel dat gelet op de die dag al aangerichte vernielingen en het uitgeoefende geweld door een deel van de groep op Place Bellecour en de ervaringen van de dagen ervoor, de Franse autoriteiten objectief gezien genooddaakt waren om actie te ondernemen. Zij dienden maatregelen te nemen om de veiligheid van personen te waarborgen, verdere grote vernielingen te voorkomen en een vreedzaam en veilig verloop van de demonstratie mogelijk te maken. *Kettling* is aantoonbaar ingezet om de demonstratie te faciliteren door te voorkomen dat relschoppers zich bij de demonstratie aansloten, niet om de betoging te belemmeren. Het was de bedoeling dat vreedzame demonstranten Place Bellecour zouden verlaten voor het aanleggen en sluiten van het cordon. Zij kregen daarvoor een uur de tijd. Na het sluiten van het cordon zouden achtergebleven demonstranten er zo snel mogelijk door de politie uitgehaald worden zodat zij aan de demonstratie, die nog moest beginnen, konden deelnemen. Het liep toch anders zonder dat dit de politie aangerekend kon worden. Op het plein ontstonden ongeregeldeheden tussen de politie en de aanwezigen, vooral door opstootjes veroorzaakt door relschoppers die met vuurwerk en stenen naar de politie gooiden, maar ook doordat mensen naar de demonstratie wilden en de gelegenheid kregen om te vertrekken, maar dat deels weigerden omdat andere demonstranten geen toestemming kregen. Daarmee bleef een gemengde groep van demonstranten en relschoppers achter en vertraagde het vrijlaten van demonstranten uit het cordon en later de identificatieprocedures van de achtergebleven mensen, waaronder een deel van de klagers.[12]

5. Kettling gerelateerd aan art. 5, 2 P4 en 11 EVRM

Het EHRM brengt vergaande vrijheidsbeperking van de demonstranten in *Auray e.a. t. Frankrijk* derhalve niet binnen de reikwijdte van art. 5 EVRM, en daarmee vervalt voor burgers een belangrijke waarborg. Ik constateer dat de bescherming van het individu tegen

willekeurige vrijheidsbeneming die ten grondslag ligt aan art. 5 EVRM in geval van proportionele en noodzakelijke *kettling*-maatregelen op een beperkte manier ingevuld wordt. Zij brengt immers niet met zich mee dat een individuele afweging gemaakt moet worden over vrijheidsbeperking, want een beslissing over collectieve vergaande vrijheidsbeperking is toegestaan, als maar voortdurend de noodzaak daarvan geëvalueerd wordt. De beslissing ten aanzien van het collectief moet daarnaast aan de hiervoor genoemde eisen voldoet. Het Hof toetst daarbij intensief op proportionaliteit en subsidiariteit. Voor wat betreft de relatie met de demonstratievrijheid (art. 11 EVRM) is cruciaal dat *kettling* aantoonbaar niet is ingezet om de geplande demonstratie te beperken maar juist om deze te faciliteren. Dat daardoor de individuele demonstratievrijheid in het gedrang is gekomen beïnvloedt niet het rechtskarakter van de *kettling*-maatregel. Zou de overheid *kettling* wel gericht inzetten om de demonstratie te belemmeren dan zou de uitkomst echter anders kunnen zijn. Voorts neemt het voorgaande niet weg dat de vrijheidsbeperking uiteindelijk strijdig is met art. 2 P4 EVRM en art. 11 EVRM. Op deze punten volgt nog een toetsing door het EHRM.

6. Kettling vereist een goed voorzienbare wettelijke regeling

De urenlange opsluiting in het cordon van Auray c.s. is een schending van de bewegingsvrijheid en van de demonstratievrijheid (art. 2 P4 lid 3, art. 11 lid 2 EVRM) oordeelt het EHRM. Dit vanwege het feit dat de vrijheidsbeperking door insluiting in het politiecordons niet bij wet (*by law*) voorzien was. Het Franse recht bevatte geen voldoende voorzienbare regeling die burgers afdoende tegen willekeur beschermt. Dit was overigens onder meer door de Franse nationale ombudsman ook al geconstateerd.[13] *Kettling* was als bevoegdheid destijds niet expliciet geregeld in het nationale recht.[14] De Franse autoriteiten baseerden de maatregel op een wettelijke taakomschrijving voor de Franse overheid om veiligheid te verzekeren en de openbare orde te handhaven. In dat kader diende zij ordeverstoringen waaronder het bestrijden van strafbare samenscholingen te bestraffen. Strafbare samenschatting was wel wettelijk geregeld. Daarnaast bleek uit Franse jurisprudentie dat ordehandhavende maatregelen die fundamentele vrijheden zoals de bewegingsvrijheid beperken, passend, noodzakelijk en evenredig moesten zijn.[15] Al met al levert dit complex van regelgeving en jurisprudentie geen voldoende voorzienbare regeling op. Het Hof zet vervolgens de volgende voorwaarden uiteen voor een voorzienbare regeling betreffende *kettling*. Als voorafgaand aan een demonstratie de bewegingsvrijheid wordt beperkt waardoor ook het betogingsrecht van vreedzame deelnemers geraakt kan worden, is een specifieke regeling betreffende de bevoegdheid inzake *kettling* noodzakelijk om aan de eisen van art. 2, lid 3 P4 te voldoen. Daarin moet worden opgenomen: een precieze omschrijving van de voorwaarden waaronder *kettling* is toegestaan, de wijze waarop (vorm) de maatregel kan worden toegepast en de maximale duur.[16]

7. Analyse

Het Nederlandse openbare-orderecht bevat geen regeling inzake *kettling*. De politie past deze tactiek niet toe rond demonstraties bij mijn weten. Vergaande vrijheidsbeperking, bijvoorbeeld door demonstranten af te voeren in bussen en vervolgens weer in vrijheid te stellen komt echter wel voor zonder dat daar een genoegzame basis voor is. De nationale rechter acht dat vooralsnog onrechtmatig en de hier besproken jurisprudentie laat zien dat dit in lijn is met de jurisprudentie van het EHRM.^[17] *Auray e.a. t. Frankrijk* zet belangrijke lijnen uit voor de Nederlandse ordehandhaving: als tot vergaande vrijheidsbeperking wordt overgegaan zal een specifieke regeling daarvoor noodzakelijk zijn. Meer precies gezegd maakt het arrest het ten aanzien van ordehandhaving rond demonstraties duidelijk dat de *kettling*-methode EVRM-*proof* kan zijn, mits het nationale recht deze tactiek goed regelt (bevoegdheid, situatie, voorwaarden en termijn). Voorts moet de toepassing voldoen aan eisen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. In de context van demonstraties betekent dit dat *kettling* alleen mag worden toegepast in situaties waarin een concrete en acute vrees bestaat voor ernstige rellen. De maatregel moet primair gericht zijn op de beperking van de bewegingsvrijheid van potentieel agressieve groepen en individuen, niet op vreedzame demonstranten of het belemmeren van demonstraties. In beginsel moeten laatstgenoemden de mogelijkheid krijgen om zich te verwijderen voort het cordon wordt aangelegd. Voor zover zij dan toch tijdens (dreigende) ongeregelde heden in het cordon opgesloten raken, moet de politie voortdurend bezien of vrijlating mogelijk is. Het Hof toetst dit alles vrij indringend.

Indien niet is voldaan aan is de eisen, kan de maatregel worden aanmerkt als onrechtmatige vrijheidsberoving (art. 5 EVRM) of onrechtmatige aantasting van de bewegingsvrijheid (art. 2 P4 EVRM), eventueel gecombineerd met schending van art. 11 EVRM indien van toepassing. Is wel aan de eisen voldaan behalve aan de voorwaarde dat de bevoegdheid voldoende gedetailleerd *by law* is geregeld, dan leidt dat alsnog tot schending van art. 2 P4 en eventueel art. 11 EVRM.

8. Arnold & Marthaler: analyse en toetsing door het Bundesgerichtshof

In de Zwitserse zaak werden Arnold en Marthaler tot anderhalf uur na afloop van de demonstratie waaraan ze deelnamen in een cordon vastgehouden. In die tijd hebben zij zich geïdentificeerd met hun rijbewijs. De klacht in Straatsburg spitst zich toe op de preventieve detentiemaatregelen die aansluitend werden genomen: samen met 540 anderen werden ze geboeid overgebracht naar het politiebureau voor verdere controle.^[18] Ruim drie uur later werd aldaar de identiteit nogmaals gecontroleerd en met onmiddellijke ingang een gebiedsverbod voor 24 uur opgelegd voor drie stadswijken in Zürich, waarna klagers mochten

vertrekken, aangezien ze geen strafbaar feit hadden gepleegd.[19] Het Bundesgerichtshof achtte, met verwijzing naar *Ostendorf en S. V. en A.* de vrijheidsbeneming zowel gerechtvaardigd op grond van art. 5 lid 1 (b) (detentie om alsnog aan een wettelijke verplichting te voldoen), als op art. 5 lid 1 (c) (detentie ter voorkoming van een strafbaar feit). Ik vat de redenering even samen om te illustreren dat een dergelijk van de individuele situatie geabstraheerde toetsing in zaken rond bestuurlijke detentie tekort schiet in de ogen van het Hof. Het Bundesgerichtshof redeneerde dat de maatregelen tot doel hadden ernstige ordeverstoringen in het kielzog van illegale demonstraties vanwege de dag van de Arbeid te voorkomen. De grondslag hiervoor lag in de Politiewet, ten eerste in de taakomschrijving tot handhaving van de openbare orde door passende maatregelen te nemen ter voorkoming en bestrijding van strafbare feiten en bescherming tegen gevaar. Daarnaast in de bevoegdheid tot aanhouding voor identiteitscontrole en om na te gaan of betrokkene een strafbaar feit had gepleegd. Als dat redelijkerwijs niet op de openbare weg plaats kon vinden dan mogen betrokkenen volgens het Zwitserse recht naar het politiebureau worden overgebracht, mits onmiddellijke identiteitscontrole noodzakelijk is en het primaire doel is van de verplaatsing.[20] Het Bundesgerichtshof wijst op de ernstige rellen in eerdere jaren, op de mogelijkheid voor mensen om zich te verwijderen voor insluiting en acht het daarom gerechtvaardigd dat de politie ervan uitging dat alle mensen uit het cordon tijdelijk gedetineerd moesten worden voor identificatie en nader onderzoek.[21] Tevens mocht zij daarom aannemen dat betrokkenen een strafbaar feit zouden plegen en dat een groot gevaar voor mensen of materiële schade bestond. Hoewel het Bundesgerichtshof zich op de genoemde jurisprudentie van het EHRM beroept, is de toetsing aan de eisen voor detentie bepaald minder strikt dan het EHRM destijds voorschreef.

9. Analyse en toetsing door het EHRM: schending van art. 5 lid 1(b))

Als het EHRM vervolgens de klachten van Arnold en Marthaler beoordeelt wijst het op meerdere gebreken: zowel ten aanzien van de wettelijke grondslag, de beoordeling van de feiten, als de toepassing van art. 5 EVRM bij bestuurlijke detentie is een andere, meer specifieke beoordeling nodig. Het EHRM komt vervolgens op alle punten tot een andere conclusie dan de nationale rechter. In geval van detentie is met name belangrijk dat de regeling rechtszekerheid (voorzienbaarheid voor de burger) waarborgt en waarborgen biedt tegen willekeur. De wet moet duidelijk maken wanneer detentie kan worden bevolen, voor hoe lang en wanneer verlenging mogelijk is. Een taakomschrijving of bevoegdheid waarin detentie niet expliciet wordt geregeld, zoals de bevoegdheid om passende maatregelen te nemen om de orde te handhaven, voldoet derhalve niet.[22] Het nationale recht bevatte voor de identiteitscontrole en nader onderzoek weliswaar de mogelijkheid van detentie,[23] maar er is niet aangetoond, noch voldoende diepgaand getoetst door de nationale rechter of

detentie in geval van Arnold en Marthaler geschikt, passend en proportioneel was om aan de wettelijke identificatieverplichting te voldoen. Zij hadden zich immers geïdentificeerd, waarom kon op basis van die gegevens het onderzoek niet plaatsvinden? Dat zou minder ingrijpender zijn dan vervoer en detentie op het bureau en dus is die maatregel strijdig met art. 5 EVRM. Het is niet uitgesloten dat de detentie tot doel had betrokkenen gedurende een etmaal van uit de buurt te houden. Het Hof geeft hierbij aan dat dit bij niet diepgaand door het Bundesgerichtshof is onderzocht. Het Hof kan dit dan ook niet meer doen als ware het een feitenrechter in eerste instantie.[24] Tevens wordt duidelijk dat voor elk individu aangetoond moet worden dat in concreto aan de voorwaarden voor de detentiegrondslag van art. 5 is voldaan. De regering voerde aan dat detentie noodzakelijk was vanwege het niet nakomen van de wettelijke verplichting om de openbare orde niet te verstoren (art. 5 lid 1(b)) EVRM. Daarvoor zijn de bepalingen uit de Politiewet echter niet specifiek genoeg en er waren geen concrete omstandigheden aangevoerd die op ordeverstoring door klagers wezen. Integendeel, zij waren niet bij een verboden demonstratie betrokken en er is geen vervolging ingesteld. Voorts is dan vereist dat de politie een concreet bevel had gegeven en dat klagers dit niet (wilden) nakomen, maar ook daarvan is niet gebleken. Bovendien voorkwam *kettling* ordeverstoring dus verdere vrijheidsbeneming was willekeurige detentie, strijdig met art. 5 lid 1(b).[25].

10. EHRM: schending van voorwaarden voor preventieve bestuurlijke detentie (art. 5 lid 1 (c))

Zoals ik in par. 1 aangaf heeft het Hof in het belang van ordehandhaving bij (dreigende) ernstige rellen waarbij mensen in gevaar komen of grote materiële schade dreigt, ook preventieve bestuurlijke detentie mogelijk gemaakt om te voorkomen dat betrokkene een strafbaar feit pleegt.[26] Ook hier ligt willekeurige detentie op de loer en vandaar dat het Hof deze vorm van detentie aan een reeks voorwaarden heeft verbonden die de nationale autoriteiten in elk individueel geval daadwerkelijk moeten toepassen. Dat was ten aanzien van Arnold en Marthaler overduidelijk niet gebeurd. Het Hof eist dat de detentie gelet op het doel evenredig en subsidiair is. Derhalve moeten minder ingrijpende maatregelen eerst overwogen worden en moeten deze niet toereikend zijn gebleken. Er moet aangetoond worden dat betrokkenen, in casu Arnold en Marthaler, zelf op het punt stonden om een concreet, specifiek strafbaar feit te plegen, bijvoorbeeld deelname aan een verboden demonstratie, en dat dit levensgevaar of grote materiële schade had kunnen veroorzaken. Een en ander dient concreet en specifiek onderbouwd te worden door plaats, tijd en mogelijke slachtoffers te omschrijven. Klagers waren echter niet bij een verboden demonstratie. Het meer algemene bewijs naar aanleiding van eerdere ervaringen met dit soort demonstraties en ontwikkelingen buiten de locatie waar klagers zich bevonden, voldoet niet.[27] Ook in andere opzichten is niet aan de

eisen voldaan, met name betreffende subsidiariteit en proportionaliteit oordeelde het EHRM: de detentie was niet noodzakelijk nu *kettling* van klagers reeds eventuele ordeverstoringen en strafbare feiten voorkwam en de Zwitserse autoriteiten hebben niet voortdurend gemonitord hoe lang de detentie inmiddels duurde en evenmin bezien of de detentie beëindigd kon worden. Daarmee is de detentie strijdig met art. 5 lid 1 (c) EVRM aldus het EHRM.

11. Afrondende conclusies

Met de in deze combinoot besproken uitspraken *Arnold en Marthaler t. Zwitserland* en vooral het meest recente arrest *Auray e.a. t. Frankrijk* voegt het EHRM enkele ontbrekende belangrijke elementen toe aan het beoordelingskader voor vrijheidsbeperkende maatregelen bij ordehandhaving. Het Hof maakt duidelijk dat zowel voor vrijheidsbeneming als voor vergaande vrijheidsbeperking zoals bij *kettling* het geval is, het nationale recht een gedetailleerde, specifieke regeling moet bevatten van bestuurlijke vrijheidsbeneming – en vrijheidsbeperking om aan de eisen van respectievelijk art. 5 en art. 2 P4 EVRM te voldoen. De nadruk ligt op de voorzienbaarheid van de vrijheidsbeneming en -beperking voor de burger. Daarnaast dienen het nationale recht en de procedures ter uitvoering van de betreffende regelingen stevige waarborgen tegen willekeur te bevatten. Tot slot moet behoorlijke rechtsbescherming openstaan. Voorts mag vrijheidsbeperking niet primair op vreedzame demonstranten gericht zijn om een inbreuk op het demonstratierecht te voorkomen. Tot slot zijn een op het individu toegesneden afweging en motivering nodig waaruit blijkt dat de vrijheidsbeneming of -beperking voldoet aan eisen van proportionaliteit, noodzakelijkheid en subsidiariteit. De nationale rechter dient het overheidsoptreden indringend te toetsen om te achterhalen of aangetoond is dat in het individuele geval aan de eisen voldaan is. Het EHRM toetst gedetailleerd of dat is gebeurd. Bestuurlijke detentie en bestuurlijke vrijheidsbeperking in de vorm van *kettling* geven andere mogelijkheden aan de overheid dan strafrechtelijk optreden om te orde te handhaven bij dreigende grootschalige rellen rond demonstraties. Het k n ook binnen de voorwaarden die het EVRM stelt, zelfs als maatregelen tegen groepen burgers worden getroffen. In die zin is dit een belangrijke aanvulling op strafrechtelijk optreden in dergelijke omstandigheden. Het eist echter een zorgvuldige, arbeidsintensieve aanpak van politie en bestuur, inclusief een gedegen voorbereiding zodat een en ander procedureel ook zonder problemen verloopt en uiteindelijk ook individuele afwegingen worden gemaakt. Het is derhalve anders, maar niet minder uitdagend of arbeidsintensief dan strafrechtelijk optreden in dergelijke omstandigheden.

M.A.D.W. de Jong

[1] *Auray e.a. t. Frankrijk*, EHRM 8 februari 2024, nr. 1162/22,

ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222" target="_blank">

ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222, «EHRC» 2024-0047, m.n. par. 5-19.

[2] *Arnold en Marthaler t. Zwitserland*, EHRM (GK) 19 december 2023, nrs. 77686/16 en 76791/16, ECLI:CE:ECHR:2024:0208JUD000116222" target="_blank">ECLI:CE:ECHR:2023:1219JUD007768616, «EHRC» 2024-0002, m.n. par. 4-11.

[3] *Giuliano en Gaggio t. Italië*, EHRM 24 maart 2011, nr. 23458/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0324JUD002345802, «EHRC» 2011/87, m.n. par. 244-251.

[4] *Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 maart 2012, nrs. 39692/09 40713/09 en 41008/09, ECLI:NL:XX:2012:BW5601, «EHRC» 2012/12m.nt. M.A.D.W. de Jong.

[5] *In Ostendorf t. Duitsland*, EHRM 7 maart 2013, nr. 15598/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0307JUD001559808, «EHRC» 2013/107 m.nt. M.A.D.W. de Jong, stond art. 5 lid 1 (b) centraal.

[6] *S. V. en A. t. Denmark*, EHRM (GK) 22 oktober 2018, nrs. 35553/12, 36678/12 en 36711/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1022JUD003555312, «EHRC» 2019/26 m.nt. I. Tappeiner, betrof art. 5 lid 1(c).

[7] Uitgebreider hierover: M. de Jong & I. Tappeiner 'Bestuurlijke vrijheidsbeneming bij rellen en demonstraties. De overheid tussen Scylla en Charybdis?', *NJB* 2020/124, p. 114-121.

[8] Zie uitgebreider *De Tommaso t. Italië*, 23 februari 2017, nr. 43395/09, ECLI:CE:ECHR:2017:0223JUD004339509, «EHRC» 2017/118, par. 80-81.

[9] Zie ook *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 41-42 en 66: *kettling* zonder gelegenheid vooraf voor burgers om (alsnog) een wettelijke verplichting na te komen is willekeurige detentie. *Austin e.a.*, reeds aangehaald, par. 52-60, in *Auray e.a.* besproken in par. 57-64.

[10] *Donat en Fassnacht-Albers t. Duitsland*, EHRM 11 februari 2014, nrs. 6315/09 en 12134/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0211DEC00063150, par. 46; *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 41-43

[11] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 4-22 en 65.

[12] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 65-74.

[13] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 84-87, zie ook *De Tommaso*, reeds aangehaald, par. 106-109.

[14] De Conseil d'État en de Franse Nationale ombudsman dringen al langer aan op een meer ingekaderde en gedetailleerde regeling van *kettling*, zie *Auray e.a.* reeds aangehaald, par. 39-42. Het ministerie van Binnenlandse zaken werkte daaraan.

[15] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 35-38.

[16] *Auray e.a.*, reeds aangehaald, par. 92.

[17] Zie Rb Amsterdam 30 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5080, AB 2023/6 m.nt. C.E.J. van Es & K. de Goede.

[18] Zie hierboven par. 1.

[19] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 4-16.

[20] Art. 3 en 21 *Polizeigesetzes des Kantons Zürich*, *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 22-23 en 34.

[21] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 24-27.

[22] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 47-49.

[23] De taakomschrijving van art. 3 *Polizeigesetzes des Kantons Zürich* met de bevoegdheid om passende maatregelen te nemen schoot hiervoor te kort.

[24] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 49-59.

[25] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 65-69.

[26] Zie par. 1, *S.V.A. t. Denemarken* reeds aangehaald en de literatuur in nt. 7 en *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 76.

[27] *Arnold en Marthaler*, reeds aangehaald, par. 71-80. Zie ook *Kurt. t. Oostenrijk* (GC), 15 juni 2021 nr. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315, par. 186. en *S.V. en A*, reeds aangehaald, par. 114-116.