



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Jong, T. de; Jong T. de

### Citation

Jong, T. de. (2017, September 13). *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/52962>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/52962>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/52962> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Jong, T. de

**Title:** Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

**Issue Date:** 2017-09-13

## 6 | De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM

### 6.1 INLEIDING

De centrale vraag van dit hoofdstuk luidt: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in artikel 8 EVRM? Conform de eerdere hoofdstukken wordt ook in dit hoofdstuk bezien in hoeverre deze procedurele eisen van toegevoegde waarde zijn ten aanzien van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Om deze vragen te beantwoorden zal worden ingegaan op het volgende. Anders dan de absolute rechten in de artikelen 2 en 3 EVRM, mag het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privé- en familielevens wel worden beperkt. Mits deze beperking voldoet aan de in het tweede lid genoemde criteria. Heeft deze beperkingsmogelijkheid consequenties voor de procedurele eisen die het Hof onder artikel 8 EVRM inleest? Is het Hof strenger ten aanzien van de procedurele eisen die het onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod formuleerde? Hoe verhoudt de ruime *margin of appreciation* zich tot de procedurele eisen van artikel 8 EVRM? Wat is de reden voor het Hof om procedurele eisen te formuleren? Is de toets aan deze procedurele eisen vooral afhankelijk van de omstandigheden van het geval? Of kunnen ook meer algemene toepasbare principes worden afgeleid uit de EHRM-jurisprudentie? Verder kan artikel 8 EVRM een rol spelen in gezinsherenigingszaken en uitzettingszaken: gelden hier ook procedurele verplichtingen? En zo ja, vertonen deze verplichtingen overeenkomsten met de procedurele waarborgen van artikel 6 EVRM? Hoe verhoudt dit zich dan tot de principiële uitsluiting van artikel 6 EVRM op het vreemdelingenrecht?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst volgt de achtergrond van artikel 8 EVRM (paragraaf 6.2). Ten tweede volgt het zwaartepunt van dit hoofdstuk waarin ik aan de hand van een zestal materiële rechtsterreinen de 'proceduralisering' van artikel 8 EVRM uiteenzet (paragraaf 6.3). Ten derde ga ik in op artikel 8 EVRM in relatie tot artikel 6 en 13 EVRM (paragraaf 6.4), gevolgd door de beantwoording van de vraag tot welke nationale actor de procedurele plichten zich *de facto* richten (paragraaf 6.5) en de conclusie (paragraaf 6.6). In lijn met de vorige hoofdstukken zal ook in dit hoofdstuk, waar mogelijk, een verband worden gelegd met de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM, de artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

## 6.2 ACHTERGROND ARTIKEL 8 EVRM

### 6.2.1 Het recht op respect voor het privé-, familie-, en gezinsleven

Artikel 8 EVRM omvat het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. De omvang (*scope*) van de door dit artikel beschermde rechten is ruim.<sup>1</sup> Onder voormeld recht vallen ook veel moreel gevoelige kwesties,<sup>2</sup> zoals het huwelijk tussen dezelfde seksen, of adoptie door een koppel van dezelfde seksen, en ook euthanasie en abortus. Gelet op de essentie van dit onderzoek, geef ik in het hierna volgende echter geen volledige weergave van de diverse (gevoelige) onderwerpen die onder artikel 8 EVRM een rol kunnen spelen. Voor zover relevant voor dit onderzoek, komen deze kwesties wel aan de orde in het kader van de procedurele eisen van artikel 8 EVRM.<sup>3</sup>

De tekst van artikel 8 EVRM luidt als volgt:

‘1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

In het eerste lid is te lezen dat een ieder, naast het zojuist al genoemde recht dat een ieder toekomt op respect voor zijn privéleven en familie- en gezinsleven, recht heeft op respect voor zijn woning en correspondentie. In de jurisprudentie van het Hof zijn deze afzonderlijke deelaspecten van het overkoepelende recht op eerbied voor het privé-, en familie- en gezinsleven verder ingevuld.<sup>4</sup> Deze deelaspecten hebben een autonome betekenis en zijn hiermee dus niet afhankelijk van de kwalificatie naar nationaal recht.<sup>5</sup>

Het tweede lid van artikel 8 EVRM geeft de voorwaarden en de legitieme beperkingsgronden op grond waarvan een inmenging in het recht op privacy eventueel gerechtvaardigd kan zijn.<sup>6</sup> Aan de hand van een toets aan drie

1 Harris e.a. 2014, p. 522; Van de Lanotte & Haeck 2004, p. 729 e.v.

2 Zie o.m. de Leidse dissertatie van Nelleke Koffeman over moreel gevoelige onderwerpen en grensoverschrijdend verkeer binnen de EU. Koffeman 2015 (voor artikel 8 EVRM, i.h.b. p. 347 e.v.)

3 Zie paragraaf 6.3.

4 Zie hierover onder meer de volgende handboeken: Schabas 2015, p. 358 e.v.; White & Ovey 2014, p. 334-360 (family life) en p. 361-410 (private life, the home and correspondence); Harris e.a. 2014, p. 522 e.v. en Van Dijk e.a. 2006, p. 663-750.

5 Harris e.a. 2014, p. 522.

6 Zie in meer algemene zin over de beperking van niet-absolute rechten: Gerards 2011a, p. 112-166.

cumulatieve voorwaarden wordt bepaald of de beperking van het recht gerechtvaardigd is of niet.<sup>7</sup> Ten eerste moet zijn voldaan aan het vereiste 'bij wet voorzien' (het *lawfulness* vereiste). Een beperking van het recht op privacy vereist een wettelijke basis in het nationale recht. Ten tweede – hoewel de opbouw van het tweede lid anders doet vermoeden – moet de beperking een 'legitiem doel' dienen. Deze doelen zijn: de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ten derde moet de beperking 'noodzakelijk in een democratische samenleving' zijn.<sup>8</sup> Dit vereiste bestaat uit de volgende twee componenten: 'a pressing social need', oftewel een dwingende maatschappelijke behoefte en daarnaast moet de beperking 'evenredig' zijn.<sup>9</sup> Dit laatste ziet op de proportionaliteitstoets.<sup>10</sup> De inbreuk makende maatregel dient in een evenredige verhouding te staan tot het legitieme doel. Onderdeel van deze proportionaliteitstoets is ook de vraag of niet een minder vergaande maatregel kon worden getroffen. Het gaat dan om de vraag naar de subsidiariteit van de maatregel.<sup>11</sup>

## 6.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM: de materiële component

Zoals onder veel EVRM-rechten rusten ook onder artikel 8 EVRM positieve verplichtingen op de Staat.<sup>12</sup> Van belang in dit kader is de zaak *Marckx*.<sup>13</sup> In deze zaak werd naar Belgisch recht een onderscheid gemaakt tussen wettige en onwettige kinderen, en dit had tot gevolg dat tussen een moeder en haar dochter de familierechtelijke banden ontbraken. Dit was van invloed op hun erfrechtelijke positie.<sup>14</sup> In de onderhavige zaak expliciteert het Hof vervolgens de positieve verplichtingen onder 8 EVRM:

---

7 Vgl. ook over de beperking van de rechten in de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM: Harris e.a. 2014, p. 503-521; White & Ovey 2014, p. 307-333.

8 Zie Gerards (Gerards 2011a) op respectievelijk: p. 112 e.v., p. 132 e.v. en p. 140 e.v.

9 Gerards 2011a, p. 144 e.v.

10 In de literatuur is deze toets in drie delen opgedeeld, is de maatregel geschikt, noodzakelijk en proportioneel *stricto sensu*, zie: Den Houdijker 2012.

11 Gerards 2011a, p. 144 e.v.

12 Vgl. ook Lavrysen 2016.

13 EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 6833/74 (Grote Kamer) (*Marckx t. België*). Hoewel het in deze zaak gaat om een positieve verplichtingen in het kader van de bescherming van 'family life', geldt deze verplichting ook in het kader van de bescherming van 'private life' (EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*) onder 8 EVRM.

14 Van der Velde 2009, p. 1.

‘This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court’s view, *the existence in domestic law of legal safeguards* that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family [cursivering: TdJ].’<sup>15</sup>

De eerste positieve verplichting die het Hof in deze zaak formuleerde ziet dus op de verplichting om in het nationale recht te voorzien in een ‘legislative and administrative framework’.<sup>16</sup> Met behulp van dit wettelijke en bestuurlijke kader kunnen de rechten van artikel 8 EVRM worden gerealiseerd. In de milieu-context is over deze verplichting ook nog opgemerkt dat met deze regelgeving een effectieve bescherming dient te worden geboden tegen de risico’s waarvan de overheid wist of had moeten weten.<sup>17</sup> In de tweede plaats zien de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM op de verplichting om maatregelen te nemen om te voorkomen dat burgers onderling inbreuk maken op elkaars rechten zoals beschermd door artikel 8 EVRM.<sup>18</sup> De positieve verplichtingen rusten dus ook op de Staat in kwesties waarin de horizontale rechtsverhouding centraal staat. Dit zagen we eerder onder de artikelen 2 en 3 EVRM.

Nu duidelijk is welke positieve verplichtingen het Hof onder artikel 8 EVRM heeft geformuleerd, is het interessant om te kijken hoe invulling wordt gegeven aan deze verplichting en welke factoren daarbij een rol spelen.

In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *A, B en C*<sup>19</sup> heeft het Hof overwogen dat het lastig is om precies te duiden wat nu met ‘respect’ voor het privé- en familieleven wordt bedoeld in het geval van de positieve verplichtingen, vanwege de uiteenlopende praktijken en situaties in de Staten met als gevolg dat dit per zaak verschilt.<sup>20</sup> Toch biedt het Hof wel enkele aanknopingspunten in de vorm van factoren met behulp waarvan de inhoud van de positieve verplichtingen kan worden bepaald:

‘(...) certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States. *Some factors concern the applicant*: the importance of the interest at stake and whether “fundamental values” or “essential

15 EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 6833/74, par. 31 (Grote Kamer) (*Marckx t. België*). Zie ook: Van der Velde 2009, p. 1-2.

16 Harris e.a. 2014, p. 533.

17 Sanderink 2015b, onder C.5.2. (digitaal geraadpleegd) en de verwijzing naar onder meer: EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453, m.nt. T. Barkhuysen, *EHRC* 2005, 12, m.nt. Janssen, *NJ* 2005, 344, m.nt. E. Dommering, par. 56 (*Moreno Gómez t. Spanje*), ter onderbouwing dat de bescherming ‘effective and practical’ dient te zijn.

18 Vgl. o.m.: Harris e.a. 2014, p. 533; Grabenwarter 2014, p. 219 e.v.; White & Ovey 2014, p. 338-339 (family life) en p. 365 (private life).

19 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

20 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05, par. 248 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

aspects" of private life are in issue; and the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8. *Some factors concern the position of the State: whether the alleged obligation is narrow and defined or broad and indeterminate; and the extent of any burden the obligation would impose on the State* [cursivering: TdJ].<sup>21</sup>

De hiervoor weergegeven factoren kunnen zowel een rol spelen bij de invulling van de materiële positieve verplichting als de procedurele positieve verplichting. Het belang dat op het spel staat en of het om essentiële aspecten van het privé leven gaat, zijn materieel van aard maar kunnen de aanwezigheid van procedurele waarborgen in het nationale recht verlangen en het belang onderstrepen.<sup>22</sup> Bovendien hanteert het Hof hier een *fair balance*-test in plaats van de *reasonable knowledge* test onder de artikelen 2 en 3 EVRM.

De materiële positieve verplichtingen zijn divers,<sup>23</sup> en dit maakt het lastiger om een afgebakende opsomming te geven van dit type verplichtingen.<sup>24</sup> Een voorbeeld van een verplichting onder artikel 8 EVRM is de plicht voor de Staat om een vreemdeling toe te laten (en eventueel te laten verblijven) op het grondgebied,<sup>25</sup> of om handhavend op te treden tegen geluidshinder.<sup>26</sup> Ook het nemen van meer praktische maatregelen is onderdeel van de materiële positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM.<sup>27</sup> Onder artikel 8 EVRM geldt verder, naast de plicht om bepaalde verboden gedragingen strafrechtelijk te sanctioneren,<sup>28</sup> de (faciliterende) plicht om gedetineerden in de gelegenheid te stellen zich voort te planten.<sup>29</sup>

De toets aan de positieve verplichting van artikel 8 EVRM ziet, net als bij de negatieve onthoudingsverplichting, op een *fair balance*-toets tussen de

---

21 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05, par. 248 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

22 De wisselwerking tussen de materiële en procedurele aspecten van een zaak werd ook duidelijk in de hoofdstukken 4 en 5, en in het hierna volgende hoofdstuk 7 over artikel 1 EP EVRM.

23 Zie ook hoofdstuk 4 en 5.

24 Zie opnieuw: Gerards 2011a, p. 239.

25 Zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 338.

26 EHRM 20 mei 2010, AB 2011, 1, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 63-66 (*Oluic t. Kroatië*).

27 Zo illustreert de volgende zaak: EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 212 en 216 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*). Zie voor de feiten en de overlap tussen de materiële positieve verplichtingen onder 8 en 2 EVRM, hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.

28 Zie Grabenwarter 2014 op p. 219 e.v. over de strafrechtelijke sanctionering van verkrachting en seksueel misbruik, waarbij met name minderjarigen en kwetsbare groepen extra moeten worden beschermd.

29 Gerards (Gerards 2011a, p. 239) verwijst naar: EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

conflicterende belangen. Hierbij spelen de in het tweede lid genoemde beperkingsvoorwaarden een rol.<sup>30</sup> Onder beide type verplichtingen hebben de Staten bovendien een *margin of appreciation*.<sup>31</sup>

### 6.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 8 EVRM

De overkoepelende procedurele kernverplichting onder artikel 8 EVRM ziet op het vereiste van een zorgvuldige nationale besluitvormingsprocedure. Deze kernverplichting bestaat uit diverse procedurele verplichtingen. Zo kan het gaan om de verplichting voor de nationale autoriteiten om de betrokkene tijdig informatie te verschaffen over het te nemen besluit en om de verplichting om de betrokkene te horen of op de hoogte te brengen van de inzet van bepaalde bevoegdheden (notificatieplicht). Daarnaast kan het (vooraf) doen van onderzoek (bijvoorbeeld door deskundigen te raadplegen) onderdeel zijn van een zorgvuldige besluitvormingsprocedure, als ook de aanwezigheid van een rechtsmiddel in het nationale recht. Dit laatste vereiste kan zowel in de (verlengde) besluitvormingsfase een rol spelen, als in de fase voor de rechter.

Minder expliciet verwoord door het Hof, maar niettemin van belang voor het nationale procesrecht, is de verplichting die op de Staat kan rusten om in de nationale belangenafweging rekening te houden met het feit dat het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep of wat in het beste belang van het kind is.

Hoewel de procedurele kernverplichting onder artikel 8 EVRM zich dus vooral concentreert op het nationale besluitvormingsproces, bestaat ten aanzien van sommige verplichtingen overlap met de eisen die gelden in de rechterlijke fase. Zo kan bijvoorbeeld het horen van betrokkenen en het raadplegen van deskundigenrapporten ook, of juist, in de rechterlijke procedure een rol spelen.<sup>32</sup>

De hiervoor weergegeven procedurele eisen zijn ontleend aan de jurisprudentie van het Hof over artikel 8 EVRM. Op diverse terreinen is de procedurele ontwikkeling van artikel 8 EVRM aanwezig.<sup>33</sup> Zo heeft het Straatsburgse Hof procedurele waarborgen ontwikkeld in familie-en gezinsgerelateerde zaken.<sup>34</sup> Daarnaast heeft het Hof meerdere malen overwogen dat in de gevallen waarin potentieel risico aanwezig is voor de leefomgeving, op de nationale autoriteiten de plicht rust om vooraf onderzoek te doen om eventuele milieu- en gezond-

---

30 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 86 en in combinatie met het Handvest (artikelen 7, 8 en 35 en 37); Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 103-104. EHRM 4 december 2007, *EHRC* 2008, 13, m.nt. E. Brems, *NJ* 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-bull.* 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

31 Vgl.: White & Ovey 2014, p. 365; Harris e.a. 2014, p. 504.

32 Zie ook eerder hoofdstuk 2 over artikel 6 en 13 EVRM.

33 Zie: Christoffersen 2009, p. 463 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 535.

34 Vgl. o.m.: Forder 2015, onder C.1 (digitaal geraadpleegd).

heidsrisico's in kaart te brengen. Bovendien moeten de betrokken burgers tijdig over besluiten die potentieel van invloed zijn op de gezondheid of anderszins hinder veroorzaken worden geïnformeerd. Ook in zaken waarin groepen mensen worden gedwongen om te verhuizen, denk hierbij aan Roma, heeft het EHRM procedurele eisen gesteld. Zo ook in privacy-kwesties waarbij het om allerhande vormen van toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie gaat. Verder heeft het Hof in het kader van de inzet van geheime strafrechtelijke bevoegdheden procedurele waarborgen gecreëerd waaraan de overheid zich dient te houden. Tot slot gelden ook in gezinsvorming- en herenigingszaken procedurele verplichtingen.<sup>35</sup>

Vanwege het enorme toepassingsbereik van artikel 8 EVRM is het niet haalbaar om een uitputtend overzicht te geven van *alle* terreinen waarop door het Hof procedurele eisen zijn ontwikkeld. Het is dus mogelijk dat ook op andere terreinen die raken aan het privé- en familielevens procedurele eisen gelden.<sup>36</sup> Voorgaande terreinen geven echter een goed beeld van de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM. De keuze voor een bespreking van de procedurele waarborgen op voornoemde terreinen is zowel gebaseerd op de eerder aangehaalde literatuur als op de keuze om in deze studie in te zoomen op het bestuursrecht. Tegelijkertijd komen ook de procedurele eisen aan bod die gelden op de niet-bestuursrechtelijke terreinen, omdat deze eisen toch illustratief zijn voor de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM.<sup>37</sup>

Het plan van aanpak van deze paragraaf is als volgt. Voor elk terrein/elke categorie zaken afzonderlijk geldt dat ik begin met een bespreking van een belangrijke zaak. Vervolgens zet ik de procedurele plichten per terrein verder uiteen en probeer deze te duiden aan de hand van andere (recente(re)) EHRM-uitspraken. Om te beginnen volgt een weergave van de procedurele eisen in familie gerelateerde zaken (paragraaf 6.3.1), gevolgd door de procedurele condities in milieuzaken (paragraaf 6.3.2). Vervolgens komen de procedurele waarborgen in leefomgevingszaken (paragraaf 6.3.3) en privacy-kwesties (paragraaf 6.3.4) aan bod. Tot slot volgt de procedurele trend in het vreemdelingenrecht (paragraaf 6.3.5) en in het geval van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden (paragraaf 6.3.6).<sup>38</sup>

---

35 Zie opnieuw: Christoffersen 2009, p. 463 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 535.

36 Hierbij valt te denken aan medische zaken en huiselijk geweld-zaken. In de laatste categorie zaken fungeert artikel 8 EVRM dan als een vangnet voor artikel 2 en/of 3 EVRM. Deze materie is echter strafrechtelijk van aard en valt derhalve buiten het bereik van deze studie.

37 Waarbij de bespreking in relevante handboeken het vertrekpunt vormde (o.m.: Harris e.a. 2014, White & Ovey 2014 en Grabenwarter 2014). Aangevuld met recente(re) jurisprudentie die is gepubliceerd in onder meer de *AB*, de *JV* en de *EHRC*.

38 Hoewel het strafrecht buiten het bereik van deze studie valt, ga ik hier toch kort op in. Zie nader paragraaf 6.3.6.

### 6.3.1 Familie gerelateerde zaken: omgangsrecht met kinderen

Het familieleven dat onder artikel 8 EVRM bescherming geniet is omvangrijk, zo ook de procedurele waarborgen die het EHRM in dit kader heeft ontwikkeld. Achtereenvolgens zijn onder de noemer ‘familieleven’ procedurele eisen ingelezen in artikel 8- zaken die zien op de omgang met kinderen, de ouderlijke macht, adoptie en kinderontvoering.<sup>39</sup> De *margin of appreciation* die de Staten toekomt in familiekwesaties is afhankelijk van de aard van de zaak en de ernst van de belangen die op het spel staan. Zo is deze ruim in de gevallen waarin het gaat om de noodzakelijkheidstoets van het voornemen om een kind onder jeugdzorg te plaatsen, en is de ruimte beperkter in de gevallen waarin het gaat om verdere beperkingen van het recht op omgang met de kinderen.<sup>40</sup> Het Hof is strenger op dit laatste punt, omdat dit type beslissingen vaak onomkeerbaar is vanwege de consequenties die dit teruggedraaien van zulke beslissingen voor de kinderen kan hebben. De kinderen hebben in de tussentijd dan immers vaak al een band opgebouwd met hun nieuwe verzorgers/ouders.<sup>41</sup>

In de parallelle uitspraken *O., H., W., B. en R.*<sup>42</sup> werd voor het eerst door het Hof bepaald dat ouders in voldoende mate in de besluitvormingsprocedure moeten worden betrokken.<sup>43</sup> In deze uitspraken ging het om zaken waarin ouders de beperking/beëindiging van de omgang met hun kinderen aanvochten. Naar de opvatting van de ouders waren zij onvoldoende betrokken in de besluitvormingsprocedure, was een rechterlijke beoordeling afwezig en tot slot beklaagden zij zich over de duur van de procedure.<sup>44</sup> In de genoemde

39 Zie Forder 2015, onder C.1 (o.a. C.1.2.15 en C.1.2.26) (digitaal geraadpleegd). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 564-575. De procedurele ontwikkeling in kinderontvoeringszaken en het jeugdstrafrecht valt vanwege de strafrechtelijke aard buiten het bereik van dit onderzoek. In het kader van artikel 3 en 6 EVRM heeft het Hof wel overwogen dat bij de inrichting van de strafrechtelijke procedure van de jeugdige delinquent rekening dient te worden gehouden met wat in het beste belang van het kind is, en bovendien de jeugdige delinquent over materiële en procedurele waarborgen dient te beschikken, zie: EHRM 23 maart 2016, *EHRM* 2016, 146, m.nt. M.I. van Drunick, par. 138 en par. 194-196 (Grote Kamer) (*Blokhin t. Rusland*).

40 White & Ovey 2014, p. 340; EHRM 13 juli 2000, *EHRM* 2000, 73, m.nt. Janssen, par. 50 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Herhaald in o.m. EHRM 6 oktober 2015, *EHRM* 2015, 239, par. 68 (*N.P. t. Moldavië*).

41 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 62 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Bevestigd in: EHRM 13 maart 2012, *EHRM* 2012, 111, m.nt. M. Bruning (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*). Ook in ontvoeringszaken en ‘accesss’ en contact met kinderen-zaken spreekt het EHRM van de onomkeerbaarheid van de beslissingen vanwege de nadelige gevolgen hiervan voor het kind.

42 Christoffersen 2009, p. 465 en zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 699. Alle uitspraken zijn afzonderlijk gedaan in de zaken van respectievelijk *O., H., W., B. en R.* en allemaal op: EHRM 8 juli 1987 (Grote Kamer).

43 Zie de noot van Brems bij: EHRM 20 december 2001, *EHRM* 2002, 15, m.nt. E. Brems, par. 45 (*Buchberger t. Oostenrijk*).

44 Christoffersen 2009, p. 464.

zaken gaf het Hof te kennen dat artikel 8 EVRM geen expliciete procedurele waarborgen omvat, maar dat dit niet wegneemt dat er wel degelijk eisen aan de besluitvormingsprocedure kunnen worden gesteld.<sup>45</sup>

In de zaak *W.* zijn klagers niet geïnformeerd over de langdurige uithuisplaatsing van hun kind en evenmin over de mogelijk daarop volgende adoptie door de adoptieouders.<sup>46</sup> Daarnaast is dit besluit niet tijdig aan de ouders ter beschikking gesteld en ook zijn de ouders niet geconsulteerd over het voornemen om de omgang met hun kind te beëindigen. Juist dit laatste aspect laat het Hof zwaar meewegen nu naar het oordeel van de Committee of Adoption and Foster Care de omgang slechts mag worden beperkt en niet beëindigd.<sup>47</sup> Op grond van het voorgaande concludeert het Hof dat de ouders onvoldoende zijn betrokken in de besluitvormingsprocedure.<sup>48</sup>

De hiervoor genoemde zaken zijn vrij gedateerd (1987). Toch kunnen ze wel worden gezien als enkele van de eerste zaken waarin het Hof expliciet procedurele waarborgen formuleerde onder artikel 8 EVRM in de gevallen waarin het gaat om een beperking van de omgang met kinderen. Het Hof heeft deze koers voortgezet in latere jurisprudentie. Bij besluiten die raken aan het familieleven dient in de nationale procedure voldoende aandacht te zijn voor de belangen van de ouders en hun rol in de besluitvormingsprocedure.<sup>49</sup> In de Grote Kamer-uitspraak in de zaak *Elsholz*<sup>50</sup> kwam het Hof eveneens tot een procedurele schending. De vader van het buiten het huwelijk geboren kind werd de omgang geweigerd, en in de procedure voorafgaand aan dit besluit ontbrak een psychologisch rapport. Daarnaast is de vader niet gehoord, en het Hof overweegt ook in meer algemene zin dat de vader onvoldoende is

---

45 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 62-63 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Toen nog als onderdeel van de negatieve verplichtingen, aldus Lavrysen (Lavrysen 2016, p. 76).

46 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 67 sub b (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*).

47 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 67 sub b en c (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*).

48 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 68 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: Christoffersen 2009, p. 465 en recenter: EHRM 26 september 2013, zaaknr. 4962/11, par. 108-110 (*Zambotto Perrin t. Frankrijk*).

49 Van Dijk e.a. 2006, p. 700. EHRM 24 februari 1995, zaaknr. 16424/90 (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*).

50 EHRM 13 juli 2000, EHRC 2000, 73, m.nt. Janssen, i.h.b. par. 53 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Zie ook de verwijzing naar andere zaken waarin het Hof in gaat op het wel of niet betrekken van de ouders zoals genoemd door Van Dijk e.a. 2006, p. 700 onder noot nummer 151. Zij noemen onder meer: EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 28945/95, par. 83 (Grote Kamer) (*T.P. en K.M. t. Verenigd Koninkrijk*) (uithuisplaatsing als gevolg van vermeend seksueel misbruik; ouder onvoldoende betrokken in besluitvormingsprocedure); EHRM 20 december 2001, EHRC 2002, 15, m.nt. E. Brems, par. 45 (*Buchberger t. Oostenrijk*) (kind opgenomen in publieke zorg zonder dat nieuwe informatie aan ouder ter beschikking is gesteld); EHRM 11 oktober 2001, zaaknr. 34045/96, par. 47 (*Hoffmann t. Duitsland*) (geen omgang vader met kind, maar geen schending nu voldoende in besluitvormingsprocedure betrokken).

betrokken in de besluitvormingsprocedure.<sup>51</sup> Verder kan nog gewezen worden op twee zaken waarin het Hof ingaat op de plicht die op de nationale autoriteiten rust om over voldoende feitelijke informatie te beschikken voordat tot een ingrijpende maatregel als de uithuisplaatsing van het kind wordt besloten.<sup>52</sup>

Illustratief voor de procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 8 EVRM formuleert ten aanzien van het betrekken van de ouders in de besluitvormingsprocedure is de zaak *Venema*.<sup>53</sup>

Klagers in deze zaak zijn de ouders Venema. Volgens de medische deskundigen zou de moeder van de elf maanden oude baby Kimberly aan het Münchhausen-by-proxysyndroom lijden. Bij dit syndroom wordt door een ouder (of naaste) medische zorg gezocht voor een kind om zo aandacht voor zichzelf te genereren. Hierbij kan een ziekte worden bedacht en kunnen symptomen zelfs veroorzaakt worden door de ouder. In casu heeft de baby last van ademhalingsproblemen. Naar aanleiding van overleg met en rapporten van medisch specialisten wordt door de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: Raad) een verzoek gedaan tot een voorlopige ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van de baby. De kinderrechter kent het verzoek toe. In de procedure in Straatsburg stellen klagers onder meer dat zij onvoldoende in het besluitvormingsproces zijn betrokken, waarbij zij een beroep doen op artikel 8 en 6 EVRM.

Het Hof behandelt de klachten van klagers onder artikel 8 EVRM. In de eerste plaats overweegt het Hof dat voor de ouders de mogelijkheid dient te bestaan om over de informatie te beschikken op grond waarvan de autoriteiten overgaan tot de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van hun kind. Dit stelt de ouder in de gelegenheid om effectief deel te nemen aan de besluitvormingsprocedure, inclusief het aanvoeren van tegenargumenten.<sup>54</sup> Vervolgens nuanceert het Hof het betrekken van de ouders bij de voorgenomen maatregel in die gevallen waarin de dreiging juist door de ouders wordt veroorzaakt, en een voorafgaande waarschuwing de effectiviteit van de maatregel kan dwarsbomen.<sup>55</sup> Dit laat echter onverlet dat op de nationale autoriteiten de plicht rust om voorafgaand aan het besluit tot ondertoezichtstelling en uithuis-

51 Vgl. Christoffersen 2009, p. 473; Van Dijk e.a. 2006, p. 700. Overigens merkt Brems in de noot bij de zaak *Buchberger* (EHRM 20 december 2001, *EHRC* 2002, 15, m.nt. E. Brems (*Buchberger t. Oostenrijk*)) op dat het Hof in de zaak *Elsholz* ook een schending van artikel 6 EVRM eerste lid (equality of arms) aanneemt. Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 577 over het betrekken in de besluitvormingsprocedure.

52 Den Houdijker 2012, p. 311 en de verwijzing naar de zaken: EHRM 19 november 1999, zaaknr. 31127/96 (*E.P. t. Italië*) en EHRM 13 juli 2000, zaaknr. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italië*). Christoffersen typeert de zaak *E.P.* tegen Italië als een 'grensgeval' zaak nu het procedurele gebrek ziet op een inhoudelijk punt, namelijk: het ontbreken van feitelijke informatie ter ondersteuning van de inmenging. Christoffersen 2009, p. 469 en de verwijzing onder noot nummer 578.

53 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer (*Venema t. Nederland*).

54 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 91-92 (*Venema t. Nederland*).

55 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 93 (*Venema t. Nederland*).

plaatsing, zorgvuldig onderzoek te doen naar de impact van deze maatregel. Ook dient in dit onderzoek te worden gekeken naar mogelijke alternatieven:

'The Court must however be satisfied that the national authorities were entitled to consider that there existed circumstances justifying the abrupt removal of the child from the care of its parents without any prior contact or consultation. In particular, it is for the respondent State to establish that *a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the parents and the child, as well as of the possible alternatives to the removal of the child from its family, was carried out prior to the implementation of a care measure (...)* [cursivering: TdJ].<sup>56</sup>

Deze voorafgaande onderzoeksplicht lijkt op de preventieve onderzoeksplicht die het EHRM in milieuzaken heeft geformuleerd.<sup>57</sup> In tegenstelling tot de procedurele onderzoeksplichten van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het folterverbod (artikel 3 EVRM) die gelden *na* de gebeurtenis, geldt onder artikel 8 EVRM een *voorafgaande* onderzoeksplicht. Ook in artikel 3 EVRM asielzaken formuleerde het EHRM deze voorafgaande procedurele onderzoeksplicht.<sup>58</sup> Deze voorafgaande onderzoeksplicht is ingegeven door de aard van de zaak. Om te *voorkomen* dat de (onomkeerbare) schade zich voordoet, moet vooraf onderzoek worden gedaan.

In het daarna volgende specificieert het EHRM wat het verstaat onder het vereiste om de ouders in voldoende mate te betrekken in de besluitvormingsprocedure. Allereerst gaat het Hof in op het niet tijdig betrekken van de ouders in de procedure. Gevolgd door een opsomming van de tekortkomingen in de procedure die zien op de nalatigheid van de artsen om het advies van de Raad met de ouders te bespreken. De Raad heeft nagelaten te controleren of de ouders op de hoogte zijn gesteld ten aanzien van de over hen bestaande zorgen. Op geen enkel moment zijn de ouders gevraagd hierover hun visie te geven, noch zijn de ouders op een andere manier betrokken in de procedure:

'Turning to the facts of the instant case, the Court observes that, irrespective of the Child Welfare Board's *allegedly tardy involvement in the procedure*, the doctors at Leiden University Hospital had been monitoring Kimberly's situation as of August 1994 and were expressing real concern about Mrs Venema's mental condition. *It cannot be overlooked that the Child Welfare Board advised the doctors at Leiden University Hospital to discuss their concerns with Mr and Mrs Venema. This advice was not followed.* The Court finds it surprising that the Child Welfare Board's representative at the meeting held on 20 December 1994 to discuss Kimberly's case *did not renew this advice or ascertain whether the applicants had been consulted about the concerns being expressed about them.* In the event, the Board obtained a joint report of Leiden University Hospital and Curium on 2 January 1995. In response to questions put

---

56 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 93 (*Venema t. Nederland*).

57 Zie nader paragraaf 6.3.2.

58 Zie hoofdstuk 5.

by the Board, a revised version was transmitted to it on 3 January 1995. This report concluded that Kimberly's life was at risk and that urgent action was required. On the basis of this report, the juvenile judge decided on 4 January 1995 to issue provisional orders, valid until 11 January 1995, ordering Kimberly's placement under supervision and away from her family. *At no stage were the applicants asked to comment on the concerns about them or in any other way involved in the procedure.*'

De noodzaak voor de door de rechter genomen voorlopige maatregelen ontbreekt bovendien, aangezien de baby van 20 december 1994 tot en met 6 januari 1995 veilig in het ziekenhuis verbleef:

'It is to be further noted that on 20 December 1994 Kimberly was in hospital, where she remained until 6 January 1995. During this time she was thus in perfect safety. When the applicants came to collect Kimberly from the hospital on 6 January 1995, they were told that they were not allowed to take her home and that they were not allowed to see her. *This must have come to them as a complete surprise as the hospital doctors, who had informed the Child Welfare Board of their analysis of Kimberly's health situation, had not discussed this with her parents* [cursivering: TdJ].'<sup>59</sup>

Waarom de klagers niet in de gelegenheid zijn gesteld de beweringen in twijfel te trekken is voor het Hof niet duidelijk. Een mogelijke onvoorspelbare reactie van de ouders in het geval dat de uithuisplaatsing met hen besproken zou zijn kan van belang zijn volgens het Hof. Toch is dit in casu onvoldoende om de ouders uit te sluiten van de procedure die van 'immense personal importance to them' is.<sup>60</sup> Onder verwijzing naar een eerdere zaak merkt het Hof op dat in die zaak meer bewijs aanwezig was dat het welzijn van het kind gevaar liep, terwijl in die zaak de autoriteiten de ouders wel hadden betrokken in de procedure.<sup>61</sup>

Verder zijn de ouders niet in de gelegenheid gesteld om de betrouwbaarheid van de informatie te betwisten, of eigen informatie toe te voegen aan het dossier. Pas vier dagen na het besluit van uithuisplaatsing worden de ouders gehoord en in de gelegenheid gesteld de zorgen van de Raad te weerspreken. Nog voordat de ouders dus zijn gehoord of de mogelijkheid is geboden om tegen de betrouwbaarheid van de door de Raad geuite angst in te gaan, is de baby al uit huis geplaatst. Deze maatregel heeft directe impact op de baby, en dat maakt het lastig om dit achteraf te herstellen.<sup>62</sup>

Naar het oordeel van het Hof hadden de ouders in de gelegenheid moeten worden gesteld hun opvatting naar voren te brengen, en wel voordat het voorlopige besluit van de uithuisplaatsing werd genomen. Nu dit niet is gebeurd, heeft dit tot gevolg dat klagers en hun kind ruim vijf maanden van

59 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 94-95 (*Venema t. Nederland*).

60 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 96 (*Venema t. Nederland*).

61 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 96 (*Venema t. Nederland*).

62 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 97 (*Venema t. Nederland*).

elkaar gescheiden zijn geweest.<sup>63</sup> Daarnaast had de Raad naar een andere oplossing kunnen zoeken, die meer recht zou hebben gedaan aan de belangen van de ouders. Ook had het advies van de Raad aan de kinderrechtster vollediger moeten zijn.

In latere jurisprudentie heeft het Hof meerdere malen het belang van een zorgvuldige nationale procedure bevestigd,<sup>64</sup> en daarnaast de waarde die het toekent aan het belang van het kind.<sup>65</sup> Zo bepaalde het Hof dat het belang van het kind om de waarheid over zijn afkomst te weten prevaleert boven dat van de wens van de (tot dan toe) wettelijke vader om het vaderschap te behouden. In casu is binnen de nationale procedure voldoende aandacht geweest voor het belang van het kind, en daarnaast kan het kind, ook nadat bekend is dat de wettelijke vader niet de biologische vader is, wel bij zijn moeder en wettelijke vader blijven wonen.<sup>66</sup> Eind 2015 bepaalde het Hof dat het kind (in casu in de leeftijd van tien tot dertien jaar) in de gezagsprocedure moet worden gehoord. Het is dus niet aan de ouders om te bepalen wat in het beste belang van het kind is, maar dit is aan het kind zelf.<sup>67</sup> Volgens de annotator is met deze uitspraak een echte stap gezet ten aanzien van het recht van elk kind om te worden gehoord in beslissingen die hem/haar aangaan.<sup>68</sup>

Tot besluit enkele opmerkingen. In familiezaken waarin artikel 8 EVRM een rol speelt kent het Hof veel gewicht toe aan het belang van het kind. Zo is het in het belang van het kind dat de band tussen hem en zijn ouder(s) indien mogelijk blijft behouden.<sup>69</sup> In de gevallen dat het belang van het kind mogelijk

---

63 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 98 (*Venema t. Nederland*). Meer inhoudelijk: op grond van de second opinion blijkt dat de medische gronden om ouders en het kind te scheiden ontbreken, zie de weergave van de feiten door de Boer bij zijn noot (*NJ* 2004, 632).

64 EHRM 17 januari 2012, *EHRC* 2012, 82 (*Kopfen Liberda t. Oostenrijk*) (weigering bezoekrecht aan toegewezen pleegkind; onnodig lange procedure); EHRM 2 april 2015, *EHRC* 2015, 123 (*Ribic t. Kroatie*) (omgang met zoon; excessief lange duur procedure); EHRM 29 april 2014, *EHRC* 2014, 170 (*Z.J. t. Litouwen*) (zorgvuldige besluitvormingsprocedure (par.104) en belang van het kind meegenomen). In het kader van gedwongen verblijf in het ziekenhuis: belang kind maar ook motiveringsplicht en onderzoek naar alternatieven: EHRM 11 december 2014, *EHRC* 2015, 42, m.nt. A.C. Hendriks (*Hanzelkovi t. Tsjechië*). Onzorgvuldig onderzoek door rechters naar vermeend verzuim gynaecoloog: EHRM 24 juni 2014, *EHRC* 2014, 203 (*A.K. t. Letland*).

65 EHRM 25 september 2015, *EHRC* 2015, 205 (*G.S. t. Georgië*) (kinderontvoering; onvoldoende rekening gehouden met belang van het kind); EHRM 27 januari 2015, 95, m.nt. B. van der Sloot (*Paradiso en Campanelli t. Italië*) (draagmoederschap; niet gehandeld in het belang van het kind); EHRM 16 december 2014, *NJB* 2015, 643 (*Chbibbi Loudoudi e.a. t. België*) (adoptie; zorgvuldige procedure en rekening gehouden met belang van het kind).

66 EHRM 14 januari 2016, *EHRC* 2016, 76, m.nt. S. Florescu (*Mandet t. Frankrijk*).

67 EHRM 3 september 2015, *EHRC* 2015, 234, m.nt. M. Bruning, i.h.b. par. 176-187 (*M & M t. Kroatie*).

68 Zie Bruning onder punt 10 van de noot.

69 Harris e.a. 2014, p. 570. In EHRM 21 januari 2014, *NJB* 2014, 679 (*Zhou t. Italië*) hebben de nationale autoriteiten onvoldoende gedaan om de relatie tussen moeder en zoon in stand te houden.

conflicteert met de procedurele rechten van de ouders, prevaleert het belang van het kind.<sup>70</sup> Bij de invulling van het belang van het kind en de toets aan de redenen die worden gegeven voor een voorgenomen beperking van de omgang tussen de biologische ouder(s) en het kind kijkt het Hof naar de leeftijd, de mate van volwassenheid en uitgesproken wensen van het kind, het effect van de beperking van het contact op het kind en de relatie van het kind met de ouders.<sup>71</sup> Met het belang van het kind moet dus ook op nationaal niveau in de belangenafweging rekening worden gehouden. Hoewel het belang van het kind materieel wordt ingevuld, heeft dit toch ook procedurele implicaties. Met het belang van het kind dient immers rekening te worden gehouden in de belangenafweging op nationaal niveau. Bovendien dient het een bepaald gewicht te krijgen binnen de procedure. De mogelijke onomkeerbaarheid van een uithuisplaatsingsbesluit en het gegeven dat kinderen behoren tot een kwetsbare groep heeft tot gevolg dat de Staat extra zorgvuldig moet handelen in dit type zaken. Hierbij gaat het dan om de hiervoor genoemde procedurele waarborgen waaronder het betrekken van de ouders in de besluitvormingsprocedure, maar ook het onder omstandigheden horen van het kind zelf.<sup>72</sup> Daarnaast dient voorafgaand aan een te nemen besluit onderzoek te worden gedaan naar de impact van de maatregel en moeten alternatieven worden onderzocht. Tot slot vertonen ook de procedurele eisen die het Hof onder artikel 8 EVRM in familiezaken heeft ontwikkeld overlap met de artikel 6 EVRM eisen, bijvoorbeeld in kinderbeschermingszaken.<sup>73</sup> De eisen onder artikel 8 EVRM zien zowel op de fase voorafgaand aan de procedure bij de rechter, als ook op de rechterlijke procedure, terwijl artikel 6 EVRM over het algemeen beperkt blijft tot de rechterlijke fase.<sup>74</sup> Voor zover het gaat om procedurele eisen onder artikel 8 EVRM die zien op de besluitvormende fase, zijn deze eisen van toegevoegde waarde ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM. Immers: artikel 6 EVRM beperkt zich in principe tot de rechterlijke fase. Ook voor artikel 13 EVRM geldt dat het nationale rechtsmiddel doorgaans ziet op de mogelijkheid om tegen een reeds genomen besluit op te komen.

---

70 EHRM 13 juli 2000, *EHRC* 2000, 73, m.nt. Janssen, par. 50 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Ook opgemerkt door De Boer in zijn noot bij de zaak *Venema* onder punt 5.

71 Harris e.a. 2014, p. 570 en de daar genoemde jurisprudentie.

72 Over het horen van kinderen en het wel/niet betrekken van psychologische rapporten in de beoordeling: EHRM 19 augustus 2003, *EHRC* 2003, 70, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Sommerfeld t. Duitsland*) en EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 136, m.nt. S.F.F. Wortmann (Grote Kamer) (*Sahin t. Duitsland*). Vgl. ook: Van Dijk e.a. 2006, p. 700 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 573.

73 Forder 2015, onder C.1.2.30 (digitaal geraadpleegd).

74 Forder 2015, onder C.1.2.30 (digitaal geraadpleegd).

### 6.3.2 Milieuzaken: milieu/gezondheidsrisico's

Artikel 8 EVRM biedt geen algemeen recht op bescherming van het milieu.<sup>75</sup> Onder omstandigheden kan artikel 8 EVRM via de bescherming van de deelbelangen wel van toepassing zijn in omgevings-gerelateerde kwesties.<sup>76</sup> Zo kan ook stank en geluidsoverlast interfereren met het recht op de bescherming van het privé- en familielevens waaronder de inmenging in het huisrecht ('home').<sup>77</sup> Een algemene verslechtering van het milieu is onvoldoende voor de toepassing van artikel 8 EVRM; het moet wel gaan om een schadelijk effect op iemands familie- en/of privéleven.<sup>78</sup> Daarnaast moet de aantasting van het recht van betrokkene voldoende ernstig zijn. Het Hof vat dit in de zaak *Fadeyeva*<sup>79</sup> treffend samen:

'(...) in order to fall within the scope of Article 8, complaints relating to environmental nuisances have to show, firstly, that there was an actual interference with the applicant's private sphere, and, secondly, that a level of severity [verwezen wordt naar 'a certain minimum level': Td]] was attained.'<sup>80</sup>

De uitkomst van de toets van wat kwalificeert als een minimum van ernst is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>81</sup> Factoren die invulling geven aan deze toets zijn de intensiteit en duur van de hinder en de fysieke of mentale effecten. Bij de uitleg van de intensiteit kan de eventuele overschrijding van (inter)nationale regelgeving met betrekking tot huisvesting, geluid of luchtkwaliteit een rol spelen.<sup>82</sup> Ook kijkt het Hof naar de algemene context van de omgeving. Van een verdedigbare klacht onder artikel 8 EVRM is geen

---

75 EHRM 19 augustus 2003, *EHRC* 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 96 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), '(...) There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, (...)':

76 Sanderink 2015a, p. 44.

77 Harris e.a. 2014, p. 582.

78 White & Ovey 2014, p. 403 en de daar genoemde overweging (par. 52) uit de zaak *Kyrtatos*. EHRM 22 mei 2003, *EHRC* 2003, 57, m.nt. Janssen (*Kyrtatos t. Griekenland*).

79 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*) (luchtvervuiling afkomstig van uitstoot staalfabriek).

80 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 70 (*Fadeyeva t. Rusland*).

81 Zie: EHRM 3 juli 2012, *EHRC* 2012, 206, m.nt. A.E.M. Leijten (*Martínez Martínez en Pino Manzano t. Spanje*) (overlast vanwege exploitatie steengroeve en illegale huisvesting in voor industrie bestemd gebied). In casu ontbrak de mate van ernst: overdag werd de geluidsnorm niet overschreden, 's nachts slechts met vier tot zes decibel en onderzoek wees uit dat er wel stofdeeltjes waren aangetroffen op de meubels van klager, maar niet in de lucht. Verder komt ook de vrijwillige risicoaanvaarding van klagers veel gewicht toe: klagers geven geen gevolg aan de afwijzingen van hun verzoeken door de gemeente om in het industriegebied te wonen en te werken. Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 585.

82 Zo merken Brouwer en Hesselman op onder verwijzing naar o.a. EHRM 9 november 2010, *AB* 2012, 16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 23-24 (*Dées t. Hongarije*): Brouwer & Hesselman 2015 (onder punt 3).

sprake als de verslechtering van het milieu te verwaarlozen is in vergelijking met milieugevaren inherent aan het moderne leven.<sup>83</sup>

In milieuzaken laat het Hof de Staten een ruime *margin of appreciation*. De Staten zijn het beste in staat, en beschikken over de juiste middelen, om de belangenafweging te maken.<sup>84</sup> De inhoudelijke beoordelingsruimte die de overheid wordt gegund, laat wel ruimte voor het Hof om procedurele eisen te stellen aan de inrichting van de nationale procedure.

#### *Procedurele kernverplichtingen in milieuzaken*

In de eerste plaats rust op de nationale autoriteiten de plicht om voorafgaand aan een te nemen besluit met potentiële milieugevaren en/of gezondheidsrisico's onderzoek te doen of te laten doen naar deze eventuele gevaren en/of risico's.<sup>85</sup> In de tweede plaats rust op de autoriteiten van de lidstaten een informatieplicht.<sup>86</sup> Dit betekent dat de betrokkenen moeten worden geïnformeerd over potentiële milieugevaren en/of gezondheidsrisico's. Sanderink wijst erop dat deze informatie op verzoek van de betrokkenen dient te worden verleend, en dat onder artikel 8 EVRM ambtshalve informatieverstrekking nauwelijks<sup>87</sup> tot niet wordt vereist.<sup>88</sup> Deze informatieplicht omvat ook een toegankelijke procedure. Dit betekent dus dat naar nationaal recht de mogelijkheid dient te worden geboden om een verzoek in te dienen, en in geval van een afwijzing hier tegen op te komen.<sup>89</sup> Als afzonderlijk, en tegelijkertijd deels overkoepelend, vereiste kan in de derde plaats worden gewezen op het in voldoende mate betrekken van de burgers in de besluitvormingsprocedure. Dit kan betekenen dat betrokkenen de mogelijkheid wordt geboden om hun

83 Zo is te lezen in par. 69 van dezelfde zaak. Vgl. ook: Sanderink 2015a, p. 44-52 over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in omgevingszaken en de daar genoemde jurisprudentie (zie i.h.b. p. 48-51 voor de weergave van EHRM-zaken waarop artikel 8 EVRM wel en niet van toepassing is verklaard). Vgl. o.m. voor de toepassing van het 'minimumniveau van ernst': EHRM 1 juli 2008, zaaknr. 71146/01 (*Borysiewicz t. Polen*) (geluidsoverlast nabij naaiatelier, klacht t.a.v. artikel 8 EVRM niet ontv.) en EHRM 26 februari 2008, AB 2008, 225, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 85, m.nt. Backes (ontv.besl.) (*Fåggerskiöld t. Zweden*) (geluidsoverschrijding van minder dan 40 decibel veroorzaakt door windmolens niet voldoende ernstig: klacht niet ontvankelijk).

84 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 76-83 (*Giacomelli t. Italië*).

85 Harris e.a. 2014, p. 582-583; Sanderink 2015a, p. 198 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 86.

86 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73 en zie ook o.m. EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 14967/89 (Grote Kamer) (*Guerra t. Italië*). Vgl. ook: Schabas 2015, p. 387-388.

87 Mogelijk uit eigen beweging van de overheid in de zaak *Vilnes e.a. t. Noorwegen* volgens Sanderink, en zoals door mij betoogd in mijn noot bij deze uitspraak. Deze zaak komt verderop in deze paragraaf aan bod.

88 Sanderink 2015a, p. 288-292.

89 Sanderink 2015b, onder C.5.4.6 (digitaal geraadpleegd). Zie over de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie uitgebreid paragraaf 6.3.4 van dit hoofdstuk.

zienswijze naar voren te brengen.<sup>90</sup> Met de informatieplicht kan onder omstandigheden ook gevolg worden gegeven aan het betrekken van burgers in het besluitvormingsproces. Een van de aspecten van dit proces is tenslotte de informatievoorziening. Helder is de volgende overweging van het Hof ten aanzien van deze procedurele verplichtingen:

*'Where a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must firstly involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals' rights and to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake. The importance of public access to the conclusions of such studies and to information which would enable members of the public to assess the danger to which they are exposed is beyond question. Lastly, the individuals concerned must also be able to appeal to the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision-making process [cursivering: TdJ].'*<sup>91</sup>

Onderdeel van artikel 8 EVRM is bovendien dat de betrokkene de mogelijkheid moet hebben om bij de rechter in beroep te gaan tegen een besluit, handeling of nalaten aan de zijde van de overheid indien hij vindt dat zijn belangen of bezwaren onvoldoende in het besluitvormingsproces zijn betrokken.<sup>92</sup> De beroepsmogelijkheid is mijns inziens een impliciete referentie aan een effectief rechtsmiddel van artikel 13 en ook artikel 6 EVRM. De eisen overlappen hier dus.<sup>93</sup> Overigens merkt het Hof de mogelijkheid van beroep ook in sommige gevallen aan als onderdeel van het in voldoende mate betrekken van burgers in de besluitvormingsprocedure.<sup>94</sup>

Vanwege de leesbaarheid behandel ik de plicht tot het (laten) doen van een voorafgaand onderzoek, de toegankelijkheid van de procedure en de (actieve) informatieplicht afzonderlijk. Ook zoom ik in deze paragraaf nog in op enkele andere procedurele eisen onder artikel 8 EVRM in milieuzaken waaronder de tenuitvoerlegging van de uitspraak, de duur van de procedure en het belang van het tijdig nemen van een eindbeslissing door de rechter.

#### *Voorafgaand onderzoek*

Een veelgenoemde uitspraak<sup>95</sup> in het kader van de procedurele plichten in milieuzaken is om te beginnen de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Hatton*

---

90 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73. EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2011, 138, par. 67 (*Grimkovskaya t. Oekraïne*).

91 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 119 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

92 Vgl. ook: Brouwer & Hesselman 2015, onder punt 3.

93 Zie Harris e.a. 2014, p. 536.

94 Aldus Sanderink 2015b, onder C.5.4.3 (digitaal geraadpleegd).

95 Vgl. o.m.: Harris e.a. 2014, p. 583; Den Houdijker 2012, p. 317; Christoffersen 2009, p. 495; Van Dijk e.a. 2006, p. 727-728.

*e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk.<sup>96</sup> Deze uitspraak is zowel illustratief voor de voorafgaande onderzoeksverplichting als voor de eis van het betrekken van de burgers in de besluitvormingsprocedure.

Klagers in deze zaak zijn omwonenden van het vliegveld Heathrow. Zij klagen over toegenomen geluidsoverlast van de nachtvluchten tussen 23.30 uur en 06.00 uur als gevolg van het vliegschema 1993. De overvliegende vliegtuigen zouden hun nachtrust verstoren en een inmenging in hun privéleven opleveren. Het gaat hier om de vraag of er een *fair balance* is tussen de belangen van de omwonenden en de economische belangen van de Staat. In kwesties waar economische belangen een rol spelen komt aan de overheid een *margin of appreciation* toe. Bovendien kunnen economische belangen een beperking van het recht op familie- en privéleven rechtvaardigen (zie lid twee van artikel 8 EVRM).<sup>97</sup>

In gevallen waarin het gaat om besluitvorming in complexe zaken die zien op milieu- en economisch beleid rust op de autoriteiten de plicht om studies en onderzoeken naar de mogelijke schadelijke effecten mee te nemen om uiteindelijk een goede belangenafweging te kunnen maken.<sup>98</sup> Deze plicht is overigens niet onbegrensd:

‘(...) this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to *each and every aspect* of the matter to be decided.’<sup>99</sup>

In casu is door de Britse autoriteiten gedurende een lange periode onderzoek gedaan naar de invloed van de nachtvluchten op de nachtrust. De bevindingen van dit onderzoek zijn aan de klagers beschikbaar gesteld. Ook hebben de betrokkenen hun zienswijze kunnen geven: klagers zijn namelijk in de gelegenheid gesteld om te reageren op de onderzoeksbevindingen. Bovendien bestond voor de omwonenden de mogelijkheid om vervolgbeslissingen of het vliegschema zelf aan te vechten. Dit ziet op de vraag naar de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht. Een vereiste dat we kennen van artikel 13 EVRM.<sup>100</sup> Het ligt voor de hand dat een meer praktische overweging reden voor het Hof is om dit vereiste onder artikel 8 EVRM te behandelen. Onder omstandigheden kan de aanwezigheid van een rechtsmiddel om beroep in te kunnen stellen tegen een beslissing dus onderdeel van artikel 8 EVRM

96 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

97 Harris e.a. 2014, p. 583.

98 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); Lavrysen 2016, p. 78.

99 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

100 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

zijn. De Grote Kamer van het Hof komt tot de slotsom dat, hoewel de *fair balance* ontbreekt, artikel 8 EVRM noch materieel noch procedureel is geschonden.<sup>101</sup> Van effectieve rechtsbescherming onder artikel 13 EVRM is in casu echter geen sprake. De toets van de nationale rechters is te marginaal, en daardoor kan geen inhoudelijk oordeel worden gegeven over de rechtvaardigheid van de beperking van de rechten van de omwonenden.<sup>102</sup> De omvang van de toets als onderdeel van artikel 13 is vaste rechtspraak van het Hof.<sup>103</sup>

In de tweede plaats de zaak *Tătar*,<sup>104</sup> die extra aandacht verdient. In de eerste plaats omdat de nationale autoriteiten in casu tekort schieten ten aanzien van de kwaliteit van hun voorafgaande onderzoeksplicht onder artikel 8 EVRM, en in de tweede plaats omdat het Hof in deze zaak voor het eerst het voorzorgsbeginsel introduceert en hierbij ook refereert aan de eventuele 'irreversible nature of the potential harm'.<sup>105</sup>

Klagers in deze zaak zijn vader en zoon. In het gebied waar zij wonen is in 1998 aan een bedrijf een vergunning verleend voor de exploitatie van een goudmijn. Bij het goudwinningsproces wordt gebruik gemaakt van natriumcyanide, een giftige stof. Uit het uitgevoerde onderzoek naar de milieueffecten, in het kader van de vergunningverlening, volgt dat de goudwinning is toegestaan, maar niet vrij is van risico's. Na een groot ongeluk in het bedrijf in januari 2000 komt een grote hoeveelheid natriumcyanide terecht in de bodem, het water en de lucht van Roemenië en omliggende landen. Hoewel diverse onderzoeken van (inter)nationale organisaties de toename van deze schadelijke stof bevestigen en de toegestane hoeveelheid van deze stof wordt overschreden, gaat het bedrijf toch door met zijn werkzaamheden. Het verergeren van de gezondheidsklachten van de omwonenden brengt hier ook geen verandering in. Klager (de vader) ontvangt op zijn verzoek om een onderzoek te verrichten naar het handelen van het bedrijf nul op het rekest. De gestarte strafrechtelijke procedure is evenmin succesvol.

---

101 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 129 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Ook in de volgende zaken was de nationale procedure op orde: EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*) (omwonenden vliegveld klagen over verlenging veelgebruikte startbaan vanwege geluidsoverlast) en EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 103 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*) (autoriteiten voldoen aan hun plicht om voorafgaand aan besluitvorming met potentiële risico's voor het milieu/veiligheid onderzoek te (laten) verrichten; klagers verzetten zich tegen de vergunningverlening voor de aanleg van twee terminals in een havengebied voor de opslag van vloeibaar gas en de verleende ontheffingen om gevaarlijke stoffen in de terminals te kunnen opslaan vanwege de angst voor ontsnapping van vloeibaar gas tijdens het transport). Zie ook: Sanderink 2015a, p. 200.

102 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 141-142 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

103 Zie ook hoofdstuk 2, i.h.b. paragraaf 2.3.

104 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

105 Vgl. ook: Brouwer & Hesselman 2015.

In Straatsburg krijgen de klagers wel gehoor. Hoewel een causaal verband tussen de astma van de zoon en de vrijgekomen natriumcyanide en verslechtering van de gezondheid niet is aangetoond, pleit dit de nationale autoriteiten nog niet vrij van het nemen van behoorlijke te vergen maatregelen ter bescherming van een gezonde leefomgeving. De Roemeense autoriteiten schieten tekort ten aanzien van een aantal positieve verplichtingen, en dit resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.<sup>106</sup>

Om te beginnen hebben de Roemeense autoriteiten nagelaten om een goed onderzoek te verrichten naar de mogelijke risico's van de werkzaamheden van het bedrijf. Zowel voor als na het ongeluk in 2000.<sup>107</sup> Uitgevoerde studies naar de milieueffecten van de activiteiten van het bedrijf zijn niet in de beoordeling van de autoriteiten betrokken.<sup>108</sup>

Verder maakt de introductie van het voorzorgsbeginsel door het Hof deze uitspraak relevant. In de woorden van het Hof:

'Par ailleurs, le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique.'<sup>109</sup>

Op grond van het voorzorgsbeginsel mag bij een ontbrekende wetenschappelijke consensus over het gevaar voor het milieu/de gezondheid niet af worden gezien van het nemen van effectieve en evenredige maatregelen om ernstige en onomkeerbare schade aan het milieu/de gezondheid te voorkomen.<sup>110</sup> Met de introductie van dit voorzorgsbeginsel nemen de plichten voor de nationale autoriteiten toe. Ook in de gevallen tenslotte waarin niet met zekerheid vaststaat dat bepaalde risico's voor de gezondheid of het milieu zich zullen realiseren, kan op de Staat de verplichting rusten om voorzorgsmaatregelen te treffen.

Verderop in de uitspraak spreekt het Hof opnieuw het belang van het voorzorgsbeginsel uit, in het bijzonder in relatie tot de voortzetting van de activiteiten *na* het ongeluk in 2000. Het Hof concretiseert het voorzorgsbeginsel met de verplichting om betrokkenen te informeren over de schadelijke activiteit in de periode na het ongeluk.<sup>111</sup> De Roemeense autoriteiten schieten tekort

---

106 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 125 (*Tătar t. Roemenië*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 584.

107 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 98-112 (*Tătar t. Roemenië*).

108 Par. 110-111 van de uitspraak. Zie ook EHRM 7 april 2009, zaaknr. 6586/03, par. 73 (*Brândușe t. Roemenië*) (nalaten doen van voorafgaand onderzoek).

109 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 109 (*Tătar t. Roemenië*).

110 Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 88.

111 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 120 e.v. (*Tătar t. Roemenië*).

op dit punt. Barkhuysen en Van Emmerik zijn kritisch ten aanzien van wat het voorzorgsbeginsel nu concreet voor de Staat betekent. Niet duidelijk is welke voorzorgsmaatregelen nu nodig zijn en vanaf wanneer. Evenmin is duidelijk welk gewicht mag en kan worden toegekend aan economische belangen en het wel of niet verbieden van activiteiten.<sup>112</sup> Het Hof laat verder na om aan te geven onder welke voorwaarden de goudwinning wel door zou mogen gaan.<sup>113</sup> Tegelijkertijd: de Nederlandse bestuursrechter zou dit waarschijnlijk ook niet doen, omdat hij daarmee te veel op de stoel van het bestuur zou plaatsnemen.

In de hiervoor geciteerde overweging noemt het Hof ook expliciet de potentieel 'onomkeerbare schade' ('*de dommage irréversible*'). Deze term zagen we eerder onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken en ook in de hiervoor besproken uithuisplaatsingszaken. Kenmerkend voor de EHRM-jurisprudentie is dat veel afhangt van de omstandigheden van het geval. Het Hof refereert in *Tătar* aan de onomkeerbaarheid van de schade aan het milieu, en dus de gezondheid van de (betrokken) mensen,<sup>114</sup> in relatie tot het voorzorgsbeginsel. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden heeft gezegd in eerdere of latere jurisprudentie, is het denkbaar dat de potentiële 'onomkeerbare schade' aan het milieu en daarmee potentieel voor de gezondheid van mensen in milieukwesties eveneens kan fungeren als een waarschuwingssignaal voor de nationale autoriteiten om (extra) zorgvuldig te werk te gaan. Met als doel te voorkomen dat de 'onomkeerbare schade' zich verwezenlijkt. Ook de ernstige gevolgen kunnen tenslotte dienen als een alarmbel. Hoe ernstiger de gevolgen, hoe groter de plichten voor de nationale autoriteiten om vooraf onderzoek te doen of maatregelen te treffen. Bovendien: de eventuele onomkeerbaarheid van schade betekent doorgaans dat de gevolgen ernstig zijn. In het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM (vereiste minimum van ernst) heeft het Hof overigens wel met meer woorden gerefereerd aan de moeilijk om te keren potentiële schade ten aanzien van de gezondheidsrisico's (in casu als gevolg van aanleg begraafplaats nabij een woning met vervuiling van het drinkwater tot gevolg).<sup>115</sup>

Vanuit het perspectief van de klager bezien wordt de bewijsplicht met de introductie van het voorzorgsbeginsel iets versoepeld. Het causaal verband tussen de ziekte en de activiteit hoeft niet altijd aanwezig te zijn.<sup>116</sup> Overigens

---

112 Barkhuysen en Van Emmerik sluiten hier aan bij de kritische kanttekening van annotator Peeters (EHRC 2009, 40).

113 Zie onder de punten 2 en 3 van de noot van Barkhuysen en Van Emmerik.

114 Een algemeen recht op een schoon leefmilieu bestaat niet, er moet wel een link zijn met de gezondheid van mensen voor de toepassing van 8 EVRM: EHRM 2 december 2010, EHRC 2011, 34 (*Atanasov t. Bulgarije*).

115 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 83 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

116 Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik onder punt 4 en 5. zie Sanderink 2015b, onder C 5.1.2. (digitaal geraadpleegd), nu ook toekomstige gezondheidsschade voorkomen dient te worden.

zijn de gevolgen voor de gezondheid van een bepaalde activiteit doorgaans lastig vast te stellen, en daarom is in omgevingsgerelateerde zaken onder artikel 8 EVRM vooral het genot van de woning en de kwaliteit van leven van belang, omdat een aantasting hiervan gemakkelijker is te bewijzen.<sup>117</sup>

Een meer concrete invulling van het voorzorgsbeginsel is te vinden in de hierna te bespreken Vilnes e.a.-zaak.<sup>118</sup> Met deze uitspraak heeft het Hof de positieve procedurele informatieverplichting onder artikel 8 EVRM verruimd.

#### *Informatieplicht en toegankelijkheid procedure*

Bij de informatieplicht gaat het erom dat de betrokken burgers de informatie ontvangen die van belang kan zijn voor hun gezondheid. De nationale autoriteiten schoten hierin tekort in de zaak *Guerra e.a.*<sup>119</sup> In deze zaak woonden klagers op 1 km afstand van een chemische fabriek. Het was in casu aan de nationale autoriteiten om de klagers te voorzien ('to provide') van de benodigde gezondheids-/veiligheidsinformatie, zonder dat hiertoe een verzoek was gedaan door klagers.<sup>120</sup> Met behulp van deze informatie hadden klagers kunnen besluiten om wel of niet te verhuizen vanwege mogelijk ernstige gevolgen voor hun gezondheid.<sup>121</sup>

Ook de toegankelijkheid van de procedure maakt onderdeel uit van de informatieplicht. In die zin dat een toegankelijke procedure aanwezig moet zijn in het nationale recht, met behulp waarvan betrokkenen de benodigde informatie kunnen krijgen, en in beroep kunnen gaan als deze informatie hen wordt geweigerd. In de Grote Kamer-uitspraak in de *Roche*-zaak ontbreekt de mogelijkheid voor klager om de informatie te verkrijgen over de risico's van zijn deelname aan de door het leger uitgevoerde testen in 1960 waarbij hij is blootgesteld aan giftige stoffen, als gevolg waarvan hij stelt vanaf 1992 met gezondheidsklachten te kampen.<sup>122</sup>

In *Hardy en Maile*,<sup>123</sup> waarin het ging om het risico van het lekken van vloeibaar aardgas en de daarmee gepaard gaande gevaren voor de gezondheid/het milieu, was een toegankelijke procedure teneinde de gewenste informatie te krijgen wel aanwezig.<sup>124</sup>

117 Zo is te lezen bij Sanderink: Sanderink 2015b, onder C 5.1.1 en 5.1.2. (digitaal geraadpleegd).

118 EHRM 5 december 2013, *AB* 2014, 105, m.nt. T. de Jong, *EHRC* 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, *JAR* 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, *NJ* 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

119 EHRM 19 februari 1998, *JB* 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*).

120 EHRM 19 februari 1998, *JB* 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa, par. 60 (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*). White & Ovey 2014, p. 403-404. Zie ook mijn annotatie onder punt 4 bij de zaak *Vilnes e.a.* (*AB* 2014, 105).

121 Harris e.a. 2014, p. 584.

122 EHRM 19 oktober 2005, *EHRC* 2005, 118, *NJ* 2009, 453, par. 167 (Grote Kamer) (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook de verwijzingen naar onder meer de zaak *Gaskin, Guerra en McGinley en Egan*. Zie ook: Lavrysen 2016, p. 69.

123 EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 103 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*).

124 EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 103, par. 249-250 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*).

*Actieve openbaarmakingsplicht*

Een stap verder gaat het Hof ten aanzien van de informatieplicht in *Vilnes e.a.*<sup>125</sup> In deze zaak heeft het EHRM namelijk een actieve openbaarmakingsplicht geformuleerd. Hoewel deze zaak niet direct in het hokje ‘milieuzaken’ is te plaatsen (het gaat om werk gerelateerde risico’s), wil ik toch om verschillende redenen op deze plaats stilstaan bij deze uitspraak. Allereerst omdat met deze zaak de informatieplicht onder artikel 8 EVRM is uitgebreid, en ten tweede vanwege de verdere concretisering van het voorzorgsbeginsel<sup>126</sup> (ten opzichte van de uitleg van dit principe in *Tătar e.a.*).<sup>127</sup> Ten derde is deze uitspraak een bevestiging van de sterk op het individu georiënteerde benadering van het Hof.<sup>128</sup>

Klagers in deze zaak zijn zeven voormalig duikers (vijf Noren, een Zweed en een IJslander). Tussen 1965 en 1990 hebben klagers deelgenomen aan diverse duikoperaties in de Noordzee ten behoeve van de olie-industrie. Klagers stelden dat zij als gevolg van de (lange en korte) duikoperaties momenteel gezondheidsproblemen hebben. Zij stelden dat hun leven en gezondheid in gevaar is gebracht door onder meer de door de toezichthoudende autoriteiten verleende dispensatie ten aanzien van veiligheidsvoorschriften en daarnaast het gebruik van niet gestandaardiseerde decompressietabellen.

De autoriteiten zijn ervan op de hoogte dat tussen de 350 en 400 duikers, waaronder klagers, kampen met gezondheidsproblemen. Studies naar de lange termijn effecten van duiken hebben aangetoond dat er een mogelijk verband is tussen het duiken en de schade aan het zenuwstelsel. In een onafhankelijk onderzoek uit 2002 is geoordeeld dat de Staat juridisch en financieel aansprakelijk is voor de verwondingen van de duikers in de Noordzee en dat de duikers moeten worden gecompenseerd. Hierop is door de Noorse regering een schadevergoedingssysteem in het leven geroepen; juridische aansprakelijkheid erkende de regering echter niet.

In de nationale procedure is aan klagers compensatie geboden in de vorm van een uitkering, soms in combinatie met een schadevergoeding. Verder oordeelde de nationale rechtbank dat Noorwegen verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gezondheidsschade die duikers hebben opgelopen. Anders luiden de oordelen van de hoger beroepsrechter en de Noorse Hoge Raad. De Staat kon niet aansprakelijk worden gehouden voor de door Vilnes (eerste klager) geleden schade vanwege een ontbrekend causaal verband. Evenmin kon de Staat verantwoordelijk worden gehouden op grond van de aansprake-

---

125 EHRM 5 december 2013, *AB* 2014, 105, m.nt. T. de Jong, *EHRC* 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, *JAR* 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, *NJ* 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

126 Zie over het voorzorgsbeginsel voor het nationale bestuurs/milieurecht: Barkhuysen & Onrust 2010 en Van der Velde 2015.

127 EHRM 27 januari 2009, *AB* 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

128 Op voornoemde punten ben ik ook in mijn annotatie reeds ingegaan. Bij de bespreking van deze punten sluit ik hier dan ook bij aan.

lijkheidswetgeving voor werkgevers. Tot slot was door de Staat voorzien in een systeem van implementatie, inspectie en toezicht op de door de Staat voorgeschreven veiligheidsmaatregelen.

Het oordeel van het EHRM valt anders uit. Uit artikel 8 EVRM volgt de plicht om toegang tot essentiële informatie te bieden, om het voor individuen mogelijk te maken om risico's voor hun gezondheid en veiligheid te onderzoeken. De Noorse autoriteiten hadden uit eigen beweging moeten verzekeren dat de duikers de essentiële informatie met betrekking tot de decompressie-tabellen daadwerkelijk hadden ontvangen.<sup>129</sup>

In eerdere zaken zag de informatieplicht vooral op het verstrekken van informatie door de autoriteiten als hiervoor een verzoek was ingediend. Met uitzondering overigens van de eerder genoemde zaak *Guerra e.a.* waarin het verzoek geen voorwaarde was.<sup>130</sup> Een aanwijzing voor het verstrekken van informatie uit eigen beweging kan ook voorzichtig worden gevonden in de zaak *Di Sarno e.a.*,<sup>131</sup> zo merkt Sanderink op.<sup>132</sup> In deze zaak verwijst het EHRM naar een bepaling in het Verdrag van Aarhus op grond waarvan de nationale overheden verplicht zijn om in geval van onmiddellijk (door de mens/natuur veroorzaakt) gevaar voor de gezondheid/het milieu burgers de beschikbare informatie te verstrekken.<sup>133</sup> Naar analogie zou deze verplichting dan ook onder artikel 8 EVRM kunnen gelden.<sup>134</sup> In de Noorse duikerszaak rust op de autoriteiten echter de plicht om uit eigen beweging de voor de veiligheid/gezondheid van de betrokkenen informatie te verstrekken. Sterker nog: de autoriteiten dienen er voor te zorgen dat deze informatie daadwerkelijk bij de duikers terecht komt.

Verder staat de ontbrekende wetenschappelijke consensus over de mogelijke gevaren voor de gezondheid/veiligheid niet aan de verplichting van de Staten in de weg om maatregelen te nemen om ernstige gevolgen voor de veiligheid/gezondheid te voorkomen, zo overweegt het Hof:

'Having regard to all of the above-mentioned considerations, in particular the authorities' role in authorising diving operations and in protecting the safety of such operations as well as the lack of scientific consensus at the time regarding the long-term effects of decompression sickness and the uncertainty about these matters which existed

---

129 Deze weergave van de feiten is grotendeels ontleend aan de samenvatting van de feiten bij mijn annotatie van deze zaak (*AB* 2014, 105) en de door mij gemaakte bewerking voor het *NJB* (*NJB* 2014, 418).

130 Zie eerder in dit hoofdstuk, en vgl. ook Sanderink 2015a, p. 290 e.v.

131 EHRM 10 januari 2012, *EHRC* 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*) (Afvalcrisis; geen schending procedurele component artikel 8 EVRM nu de Italiaanse overheid onderzoek heeft laten doen (in 2005 en 2008) naar gevolgen van het leven in een vervuilde leefomgeving en deze rapporten waren toegankelijk en daarmee is aan de informatieplicht voldaan, zie par. 113).

132 Sanderink 2015a, p. 290-291.

133 EHRM 10 januari 2012, *EHRC* 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*).

134 Aldus Sanderink 2015a, p. 291.

*at the time, in order to minimise the possibility of damage a very cautious approach was called for.*<sup>135</sup>

Overigens spreekt het Hof in casu niet van onomkeerbare schade als trigger voor de Staat om extra alert te zijn, en voor het Hof als reden om de eisen aan te scherpen. Toch is het niet ondenkbaar dat de eventuele onomkeerbaarheid van de schade in casu wel een rol heeft gespeeld.

Vervolgens gaat het Hof in op de actieve informatieplicht:

*'In the Court's view it would therefore have been reasonable for the authorities to take the precaution of ensuring that the companies observe full transparency about the diving tables used and that the applicants, and other divers like them, receive information on the differences between tables, as well as on their concerns for the divers' safety and health, which constituted essential information that they needed to be able to assess the risk to their health and to give informed consent to the risks involved.'*<sup>136</sup>

De autoriteiten hadden dus de voorzorgsmaatregel moeten nemen om te verzekeren dat de duikbedrijven volledige transparantie zouden betrachten met betrekking tot de gebruikte duiktabellen. Met behulp van deze essentiële informatie (over de verschillen tussen de duiktabellen en de zorgen voor de veiligheid/gezondheid van duikers) kan het gezondheidsrisico worden onderzocht en kan ten aanzien van de aanwezige risico's weloverwogen instemming worden verleend door de duikers.

Vervolgens geeft het Hof ook nog aan hoe de autoriteiten gevolg hadden kunnen geven aan deze voorzorgsmaatregel:

*'This the authorities could have done when, for example, granting authorisation of diving operations and upon inspections. Had they done so they might conceivably have helped to eliminate sooner the use of rapid tables as a means for companies to promote their own commercial interests, potentially adding to the risks to divers' health and safety.'*<sup>137</sup>

Door dit niet te doen, zijn de nationale autoriteiten hun verplichtingen onder artikel 8 EVRM niet nagekomen. Dit resulteert in een schending van het recht op respect voor het privé- en familielevens.

---

135 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

136 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

137 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

De formulering van deze plicht is in sterke mate ingegeven door de specifieke feiten van het geval. Zo speelde ook een rol dat Noorwegen vanwege concurrentiedoeleinden de decompressietabellen niet eerder openbaar had gemaakt en hiermee dus de gezondheid van zijn werknemers van ondergeschikt belang vond. De voorafgaande actieve openbaarmakingsplicht heeft tot doel dat de duikers voordat zij onder water zouden duiken op de hoogte waren van de mogelijke risico's voor hun gezondheid/veiligheid. Door deze informatie in casu niet aan de duikers beschikbaar te stellen, hebben zij de voors en tegens van de duikoperaties niet tegen elkaar af kunnen wegen. Deze uitspraak laat dus zien dat onder omstandigheden op de Staat de plicht kan rusten om in geval van gevaar voor de veiligheid/gezondheid in de publieke/private sfeer, op voorhand uit eigen beweging ervoor te zorgen dat de relevante informatie bij de betrokkenen terechtkomt. Zelfs in de gevallen dat niet vaststaat dat bepaalde ernstige gevolgen zich zullen voordoen. Onder artikel 2 EVRM heeft het Hof ook bepaald dat de nationale autoriteiten uit eigen beweging de mensen dienen te informeren over voor hun recht op leven gevaarlijke situaties/activiteiten in het kader van omgevingsrechtelijke zaken.<sup>138</sup> Hoe ernstiger de gevolgen, hoe strenger en verstrekkender de verplichtingen die het Hof aan de Staat oplegt.

In de derde plaats tot slot kan in deze zaak een bevestiging worden gevonden van de waarde die het Hof hecht aan de rechtsbescherming van het individu. In casu hebben de duikers geen enkele poging gedaan om de voor hen relevante informatie over de duiktabellen te verkrijgen. Het Hof gaat in deze zaak volledig voorbij aan de mogelijkheid die naar Noors recht bestond om de informatie te krijgen, en in eerdere zaken leek het Hof daar wel rekening mee te houden.<sup>139</sup> In deze zaak zoomt het Hof sterk in op de verplichting die op de Staat rust ten behoeve van de bescherming van het individu. De eigen verantwoordelijkheid die klagers dragen voor het niet beschikken over de informatie, mede als gevolg van het nalaten een informatieverzoek in te dienen, is voor het Hof geen reden om zich soepeler op te stellen in de richting van de Staat.

#### *Ten uitvoerlegging rechterlijke uitspraak*

Onderdeel van artikel 8 EVRM is onder omstandigheden ook de ten uitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak. Dit is op het eerste gezicht een typisch 6 EVRM-vereiste.<sup>140</sup> In de Turkse zaak *Tapkyn e.a.*<sup>141</sup> is de rechterlijke uitspraak niet ten uitvoer gelegd. Aan de overige procedurele 8 EVRM-eisen, waaronder het voorafgaand aan de vergunningverlening doen van diverse onderzoeken gedurende een lange periode, het organiseren van bijeenkomsten om de

---

138 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.2.

139 Dit punt maakte ik eerder in mijn annotatie onder punt 7 (AB 2014, 105).

140 Zie hoofdstuk 2.

141 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

betrokkenen te informeren en het bieden van toegang tot de relevante informatie aan de omwonenden in de regio en de klagers, is wel voldaan.<sup>142</sup>

In casu heeft de Turkse Raad van State de vergunning vernietigd voor het winnen van goud in een mijn met behulp van cyaankali. Bij het winnen van goud via cyaankali kan het schadelijke cyaan in de bodem, de lucht of het water terechtkomen. Ondanks deze rechterlijke uitspraak hebben de Turkse uitvoerende autoriteiten groen licht gegeven om deze manier van goudwinning door te zetten.<sup>143</sup> Klagers wendden zich tot het Straatsburgse Hof en verzetten zich onder meer tegen de verleende vergunning vanwege de inmenging in hun recht op een gezonde leefomgeving. Daarnaast ondervinden zij geluidshinder bij de winning van het goud. Verder stellen ze dat het langdurig voortslappende geschil tussen de autoriteiten en de regionale bevolking hun privéleven ondraaglijk maakt, en doen hierbij een beroep op artikel 8 EVRM.<sup>144</sup>

De uitvoerende autoriteiten hebben de rechterlijke uitspraak waarin de vergunning voor de goudwinning is vernietigd niet ten uitvoer gelegd. Pas tien maanden na deze uitspraak is opdracht gegeven tot sluiting van de mijn.<sup>145</sup> Bovendien heeft de Turkse regering in een latere niet openbaar gemaakte beslissing met terugwerkende kracht (de werkzaamheden waren al een jaar eerder van start gegaan) toestemming verleend voor de voortzetting van de werkzaamheden.<sup>146</sup> Het EHRM oordeelt dat de nationale uitvoerende autoriteiten zich dienen te houden aan de rechterlijke uitspraak en deze ten uitvoer moeten leggen.<sup>147</sup> Het nalaten resulteert erin dat de procedurele garanties onder artikel 8 EVRM aan klagers zijn ontnomen.<sup>148</sup>

In de later gewezen uitspraak in de Italiaanse zaak *Giacomelli*<sup>149</sup> hebben de uitvoerende autoriteiten eveneens nagelaten om uitvoering te geven aan de uitspraken van de rechter. Op 30 meter afstand van het huis van klagster *Giacomelli* is een fabriek gevestigd waar vanaf 1982 (schadelijk) afval wordt verwerkt. Elke vijf jaar verleenden de nationale autoriteiten een vergunning voor deze fabriek. In 1989 is aan het bedrijf toestemming verleend om schadelijk en giftig afval te verwerken. Klagster is hierop diverse bestuursrechtelijke procedures gestart. Uiteindelijk is door de hoogste Italiaanse rechter de vergunning vernietigd nu de nationale autoriteiten na hadden gelaten om voorafgaand onderzoek te (laten) doen naar mogelijke risico's voor de gezondheid/leef-

---

142 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 120 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

143 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 125 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

144 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 104-106 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

145 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 122 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

146 Vgl. ook: Van Dijk e.a. 2006, p. 728-729.

147 Deze verplichting geldt overigens ook onder het eigendomsrecht, zie hoofdstuk 7.

148 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 122 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242 (*Dzemyuk t. Oekraïne*) (verontreiniging drinkwater als gevolg van aanleg begraafplaats; risico aantasting gezondheid acht Hof ondanks ontbrekend causaal verband aanwezig).

149 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Giacomelli t. Italië*).

omgeving. De uitspraak wordt echter niet nageleefd. Het EHRM concludeert tot een schending van artikel 8 EVRM.<sup>150</sup> Interessant in deze uitspraak is bovendien de nu volgende overweging van het Hof waarin het de omvang van de *margin of appreciation* koppelt aan het gewicht dat aan de belangen van klaagster is gegeven en of zij beschikte over procedurele waarborgen:

‘(...) the scope of the margin of appreciation allowed to the respondent State, the Court must therefore examine whether due weight was given to the applicant’s interests and whether sufficient procedural safeguards were available to her.’<sup>151</sup>

Het voorgaande impliceert dat de Staat meer inhoudelijke beslissingsruimte toekomt op voorwaarde dat de nationale procedure voldoende procedurele waarborgen omvat.

#### *Duur van de procedure en noodzaak van rechterlijke eindbeslissing*

Het doen van een uitspraak binnen een redelijke termijn, opnieuw een 6 EVRM-eis, kan ook onderdeel zijn van artikel 8 EVRM.<sup>152</sup> Zo kwam het EHRM tot een schending van dit artikel in een zaak waarin klaagster meer dan tien jaar hinder ondervond van een luidruchtige bar onder haar woning. Dit terwijl een procedure bij het bestuursorgaan en de rechter aanhangig was gemaakt. Dit maakte de procedure ineffectief.<sup>153</sup>

Ook het nalaten om een eindbeslissing te nemen voor bijna zestien jaar was voor het Hof reden in de zaak *Bor*<sup>154</sup> (geluidsoverlast van dieseltreinen) te concluderen tot een schending van artikel 8 EVRM. De aanwezigheid van regelgeving is niet voldoende, in de praktijk dienen de regels tijdig en effectief te worden toegepast.<sup>155</sup> De nationale rechters hadden in deze zaak nagelaten om maatregelen te nemen om de rechten van klager te beschermen. Dit had tot gevolg dat klager voor bijna zestien jaar is geconfronteerd met een individuele disproportionele last.

150 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 89-98 (*Giacomelli t. Italië*).

151 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 84 (*Giacomelli t. Italië*). Vgl. Brems (Brems 2013) en de verwijzing naar: EHRM 27 maart 2008, zaaknr. 44009/05, par. 89 (*Shtukaturov t. Rusland*).

152 Het motiveren van de rechterlijke uitspraak kan ook deel uitmaken van de toets onder 8 EVRM: Sanderink 2015b, onder C.5.4.9 en de daar genoemde EHRM-jurisprudentie (digitaal geraadpleegd).

153 EHRM 24 april 2014, zaaknr. 27310/09, par. 158-160 (*Udovičić t. Kroatië*).

154 EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 211, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 27 (*Bor t. Hongarije*) (geluidsoverlast van dieseltreinen).

155 EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 211, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 27 (*Bor t. Hongarije*).

### 6.3.3 Leefomgevingszaken: verplaatsing van groepen personen

Illustratief voor het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale procedure in leefomgevingszaken zijn de Roma-zaken.<sup>156</sup> Daarnaast wordt in dit type zaken opnieuw duidelijk dat kwetsbare groepen extra bescherming genieten, materieel en/of procedureel.

In de eerste plaats de zaak *Buckley*.<sup>157</sup> In casu wordt aan klaagster Buckley (van Roma origine) een vergunning geweigerd om op haar eigen grond in een caravan te wonen. Het Hof laat weten dat de besluitvormingsprocedure eerlijk moet zijn en dat daarnaast rekening moet worden gehouden met de door artikel 8 EVRM beschermde belangen:

‘Whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right such as the one in issue in the present case is conferred on national authorities, the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. Indeed it is settled case-law that, whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, *the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8.*<sup>158</sup>

In deze zaak oordeelt het Hof overigens dat naar nationaal recht voldoende adequate procedurele waarborgen aanwezig waren die het belang van klaagster beschermen. Zo bestond op nationaal niveau de mogelijkheid voor klaagster om in (hoger) beroep te gaan tegen de weigering. Verder is bij de belangenafweging voldoende onderzoek gedaan door de Britse autoriteiten en zijn er bovendien alternatieven geboden aan klaagster. Tot slot oordeelt het Hof dat de door de autoriteiten gegeven redenen ‘relevant and sufficient’<sup>159</sup> zijn.<sup>160</sup> Het EHRM heeft in latere vergelijkbare zaken waarin het ging om de bescherming van Romaminderheden de procedurele plicht van een eerlijke besluitvormingsprocedure en belangenafweging onder artikel 8 EVRM herhaald.<sup>161</sup>

---

156 Vgl. ook: Christoffersen 2009, p. 493-494. Zie over het Nederlandse woonwagenbeleid vanuit mensenrechtelijk perspectief: Huijbers 2015, p. 387-417. Zie daarnaast de Leidse dissertatie van Ingrid Leijten (Leijten 2015).

157 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

158 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 76 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

159 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 84 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

160 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 78-84 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

161 Zie de verwijzing van Christoffersen naar de parallelle Grote Kamer uitspraken in de zaken tegen het Verenigd Koninkrijk (Christoffersen 2009, p. 493 onder noot nummer 700) naar onder meer: EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 91 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24882/94 (Grote Kamer) (*Beard t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24876/94 (Grote Kamer) (*Coster t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25289/94 (Grote Kamer) en EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25154/94 (*Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*).

In de zaak *Chapman*<sup>162</sup> wordt de bijzondere bescherming voor kwetsbare groepen, zoals Roma, duidelijk zichtbaar.<sup>163</sup> In dit verband overweegt het Hof als volgt:

‘The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases. To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the Contracting States by virtue of Article 8 to facilitate the gypsy way of life.’<sup>164</sup>

Het voorgaande is bevestigd in onder meer de zaak *Connors* – uitzetting van een Roma familie van een gemeentelijk terrein waar de familie rechtmatig verbleef.<sup>165</sup> Het faciliteren van de ‘gypsy way of life’ is in beginsel meer materieel van aard. Dit laat onverlet dat het feit dat het hier gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep wel genoeg gewicht dient te krijgen in de belangenafweging op nationaal niveau. Daarmee kan gezegd worden dat deze verplichting tevens een procedurele dimensie heeft.<sup>166</sup> De *Connors*-uitspraak is relevant om twee redenen. Allereerst omdat het EHRM hier wijst op het verband tussen de omvang van de *margin of appreciation* die de Staat toekomt en de ernst van de inmenging:

‘This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as the nature of the aim pursued by the restrictions. *The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights* [cursivering: TdJ].’

De *margin of appreciation* van de Staat is in principe ruim in sociaal-economische en ruimtelijke ordeningszaken.<sup>167</sup> Een inmenging die raakt aan de ‘intimate or key rights’ van betrokkene maakt echter dat deze ruimte voor de Staat kleiner wordt.<sup>168</sup>

Het Hof gaat in deze overweging ook in op het verschil met het eigendomsrecht, door te overwegen dat:

---

162 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

163 Vgl. ook: Leijten 2015, p. 336 e.v.

164 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 96 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

165 EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

166 De meningen in de literatuur lopen uiteen. Zo kwalificeert Lavrysen dit eerder als een materiële positieve verplichting (Lavrysen 2016, p. 109-110), is Brems genuanceerd (Brems 2013, p. 137 en 154) en kwalificeren Peroni & Timmer de verplichting als procedureel (Peroni & Timmer 2013, p. 1056 en 1076-1077).

167 Leijten 2015, p. 345 e.v.

168 Vgl. ook: Lavrysen 2016, p. 190-191.

'(...) in spheres such as housing, which play a central role in the welfare and economic policies of modern societies, it will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (...). It may be noted however that this was in the context of Article 1 of Protocol No. 1, not Article 8 which concerns rights of central importance to the individual's identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community.'

Dit is dus anders voor artikel 8 EVRM. Het gaat dan om rechten die van belang zijn voor de persoonlijke identiteit, het zelfbeschikkingsrecht en de fysieke en morele integriteit. Maar ook om het behoud van relaties met anderen en een gevestigde en veilige plaats in de maatschappij. Het Hof concludeert vervolgens, onder verwijzing naar de eerder in dit hoofdstuk uitvoerig besproken zaak *Hatton*.<sup>169</sup>

'Where general social and economic policy considerations have arisen in the context of Article 8 itself, the scope of the margin of appreciation depends on the context of the case, with particular significance attaching to the extent of the intrusion into the personal sphere of the applicant [cursivering: TdJ].'<sup>170</sup>

De mate van inmenging in het recht van het individu is dus bepalend voor de omvang van de *margin of appreciation*. Hoe fundamenteler het recht, of sommige aspecten van een recht, hoe meer reden bestaat voor het Hof om de nationale gang van zaken strenger te toetsen, en dus de *margin of appreciation* te beperken. Het Hof differentieert hier dus tussen de fundamentele rechten van de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM, waarbij kernaspecten van het recht en de mate van inmenging daarin bepalend zijn voor de uiteindelijke striktheid van de toets, en de ruimte die de Staat krijgt.<sup>171</sup> Dit impliceert bovendien dat hoe ernstiger de gevolgen voor het individu, hoe meer reden voor het Hof om strenger te toetsen. In deze toets focust het Hof zelf steeds

---

169 Paragraaf 103 en 123.

170 EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 82 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

171 Differentiatie binnen artikel 8 EVRM zien we ook terug in: EHRM 27 augustus 2015, EHRC 2015, 232, m.nt. B.C. van Beers (Grote Kamer) (*Parrillo t. Italië*), waarin het gaat om het wettelijk verbod van donatie van *in vitro* bevruchte eicellen aan de wetenschap en het EHRM dit verbod binnen de ruime *margin* vindt vallen van de Staat, en dus toelaatbaar. Bovendien acht het Hof (par. 174) 'the right invoked by the applicant to donate embryos to scientific research is not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the Convention as it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity.' Was dit wel het geval geweest, dan zou het Hof misschien de beoordelingsruimte van de Staat beperken, en ook eerder de toets aanscherpen en (extra) procedurele waarborgen in de nationale procedure verlangen.

vaker<sup>172</sup> op de procedure, en in mindere mate op de materiële aspecten van een zaak. In de zaak *Connors* schoten de procedurele waarborgen ook tekort. Zo zijn de redenen voor de verwijdering van klagers niet door een onafhankelijk rechtscollege onderzocht.<sup>173</sup>

In de uitspraken in de zaken *Yordanova e.a.*<sup>174</sup> en *Winterstein e.a.*<sup>175</sup> benadrukt het EHRM het belang van de proportionaliteitstoets op nationaal niveau.

Allereerst de zaak *Yordanova e.a.* waarin klagers een groep van ruim twintig Roma zijn die in zelfgebouwde illegale huizen in een buitenwijk van Sofia wonen. De Bulgaarse autoriteiten hebben deze illegale bewoning decennialang gedoogd. Bij besluit van 17 september 2005 is een uitzetting van klagers gevorderd. Binnen een week moesten klagers hun huis verlaten; alternatieve huisvesting ontbrak. Een voorlopige maatregel van het EHRM heeft het uitzettingsbesluit geschorst. Dit maakt het uitzettingsbesluit nog niet ongeldig. Klagers wendden zich tot het Hof en beroepen zich op diverse EVRM-bepalingen, waaronder artikel 8 EVRM.<sup>176</sup>

In de onderhavige zaak noemt het Hof vijf factoren<sup>177</sup> die van invloed zijn op de omvang van de *margin of appreciation* die de nationale autoriteiten toekomt.<sup>178</sup> Om te beginnen komt de Staat in principe een ruime *margin of appreciation* toe ten aanzien van het sociaal-economisch beleid, waaronder huisvesting en stedelijke/landelijke ordening (zie onder i). Vervolgens herhaalt het Hof dat bij de bepaling van de omvang van de beoordelingsruimte in 8 EVRM-zaken aangaande sociaal-economisch beleid, in het bijzonder belang toekomt aan de mate van inmenging in de persoonlijke levenssfeer van klager (zie onder ii).<sup>179</sup> In de daarop volgende overweging wijst het Hof op het belang van de procedurele waarborgen bij het bepalen of de Staat binnen zijn beoordelingsmarge is gebleven (onder iii):

---

172 Zie Leijten 2015, p. 336 en de verwijzing naar de *Buckley* zaak, waarin het Hof niet ingaat op de materiële aspecten van de zaak, maar zich tot een toets aan de aanwezige procedurele waarborgen op nationaal niveau beperkt. Vgl. ook de hierna te bespreken zaken *Yordanova e.a.* en *Winterstein e.a.*

173 EHRM 14 juli 2004, *EHRC* 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 94 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

174 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

175 EHRM 17 oktober 2013, *EHRC* 2014, 31, m.nt. K. Henrard (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

176 Op dit klachtonderdeel ga ik in het hierna volgende in. Ik sta dus niet stil bij andere interessante aspecten van deze zaak, waaronder de wijze waarop het Hof de klacht onder artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) afdoet. Hiervoor verwijs ik naar de lezenswaardige annotatie van Henrard (*EHRC* 2012, 149) en zie ook Leijten 2015, p. 344.

177 Alle par. 118. Zie in meer algemene zin over de factoren die van invloed zijn op de omvang van de *margin of appreciation*: Lavrysen 2016, p. 189-191.

178 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

179 Eerder in o.m.: EHRM 14 juli 2004, *EHRC* 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 82 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

'The procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has remained within its margin of appreciation.'<sup>180</sup>

In dit verband wijst het Hof op een eerlijke besluitvormingsprocedure, waarbij voldoende recht is gedaan aan de door artikel 8 EVRM gewaarborgde belangen, en noemt de eerder in deze paragraaf besproken zaken *Buckley*<sup>181</sup> en *Chapman*.<sup>182</sup> Onder verwijzing naar *McCann*<sup>183</sup> overweegt het Hof dat het 'noodzakelijk in een democratische rechtsstaat'-vereiste als onderdeel van de lid 2-toets zowel een vraag naar de procedure als de inhoud kan zijn:

'In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8. The "necessary in a democratic society" requirement under Article 8 § 2 raises a question of procedure as well of substance'.<sup>184</sup>

Interessant is de volgende overweging van het Hof waarin het wijst op het belang van de proportionaliteitstoets op nationaal niveau door een onafhankelijk rechtcollege. Volledigheidshalve de betreffende overweging (onder punt iv):

'Since the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right under Article 8 to respect for one's home, any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality and reasonableness of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8, notwithstanding that, under domestic law, he has no right of occupation. This means, among other things, that where relevant arguments concerning the proportionality of the interference have been raised by the applicant in domestic judicial proceedings, the domestic courts should examine them in detail and provide adequate reasons'.<sup>185</sup>

Dit vereiste, dat het Hof hier in het kader van de omvang van de *margin of appreciation* van artikel 8 EVRM formuleert in huisvestingszaken, richt zich expliciet tot de nationale rechters. Bovendien overweegt het Hof dat de argumenten van klager in detail moeten worden onderzocht en dient het rechterlijk oordeel te worden gemotiveerd. Deze vereisten zijn onderdeel van de toetsings-

---

180 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

181 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 76 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

182 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 92 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

183 EHRM 13 mei 2008, zaaknr. 19009/04, par. 26 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*).

184 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

185 Onder verwijzing naar: EHRM 21 september 2010, zaaknr. 37341/06, par. 67-68 en 74 (*Kay e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 juni 2011, zaaknr. 48833/10, par. 65 (*Orlić t. Kroatië*).

omvang, een vereiste dat we (genuanceerder) kennen van artikel 6 EVRM en ook van artikel 13 EVRM.<sup>186</sup> Deze vereisten trekt het Hof in casu dus door naar artikel 8 EVRM.

Tot slot de vijfde overweging. Wanneer de nationale autoriteiten verzuimen te verklaren of argumenten te geven waarom uitzetting van klagers noodzakelijk was, trekt het Hof de conclusie dat het legitieme doel van de eigendomscontrole het aflegt tegen het recht van klager op zijn huis (onder v).

Met Henrard ben ik eens dat het Hof bij deze factoren ook reeds ingaat op de effectieve belangenafweging en de proportionaliteitstoets: de appreciatie-marge en de evenredigheidstoets lopen hier dus door elkaar.<sup>187</sup> Bovendien zijn de aanwezige procedurele waarborgen in het nationale recht en de proportionaliteitstoets opnieuw van invloed op de toepasselijke *margin*.<sup>188</sup>

In *Yordanova* legt het Hof veel nadruk op de proportionaliteitstoets van de maatregel. Deze toets richt zich vooral op de rechterlijke autoriteiten, en daarnaast wijst het EHRM opnieuw ook op het belang van een eerlijke besluitvormingsprocedure waarbij met name de uitvoerende autoriteiten aan zet zijn. In het kader van de besluitvorming wijst het Hof erop dat de Bulgaarse wetgeving de gemeentelijke autoriteiten niet verplicht om de verschillende belangen en de proportionaliteit in hun besluit mee te nemen. De gemeentelijke autoriteiten hebben slechts gesteld dat klagers onrechtmatig op het betreffende stuk grond verbleven, en de nationale rechters weigerden om in te gaan op de argumenten van klagers die zagen op de proportionaliteit en de lange duur dat klagers daar hebben gewoond.<sup>189</sup> Verder hadden de nationale autoriteiten rekening moeten houden met de gevolgen van de uitzetting voor klagers, en het risico van het niet langer hebben van een thuis.<sup>190</sup> Ook is voor de nationale wetgever een belangrijke taak weggelegd. Zeker nu de wetgeving de gemeentelijke autoriteiten thans niet verplicht tot een proportionaliteitstoets, en dit op grond van artikel 8 EVRM wel mogelijk moet zijn.

In casu gaat het om personen die behoren tot een bijzondere sociale achtergestelde groep. Dit is voor het Hof reden om te overwegen dat hier rekening mee moet worden gehouden in de proportionaliteitstoets op nationaal niveau:

‘In the context of Article 8, in cases such as the present one, the applicants’ specificity as a social group and their needs must be one of the relevant factors in the proportionality assessment that the national authorities are under a duty to undertake.’<sup>191</sup>

---

186 Zie hoofdstuk 2, i.h.b. par. 2.2.2.3 en par. 2.3.

187 Zie Henrard onder punt 6 en par. 118 van de uitspraak.

188 Leijten 2015, p. 347.

189 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 122 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

190 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 126 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

191 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 129 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

Het Hof noemt zelfs expliciet dat dit aspect een gewichtige factor is in zaken waarin het gaat om onrechtmatig verblijf.<sup>192</sup>

De proportionaliteitstoets geeft de verwevenheid van de materiële en procedurele aspecten van deze zaak goed weer.<sup>193</sup> Immers, het vereiste dat op nationaal niveau de proportionaliteit van het besluit moet worden getoetst, is aan te merken als een procedureel vereiste. Dat daarbij gewicht toekomt aan het gegeven dat het gaat om personen behorend tot een sociaal achtergestelde groep is eveneens te kwalificeren als een procedureel vereiste. Het is tenslotte aan de nationale autoriteiten om in voldoende mate rekening te houden met dit aspect bij de evenredigheidstoets van de maatregel. De proportionaliteitstoets wordt echter, vanzelfsprekend, ingevuld met materiële criteria: waaronder de duur van de illegale bewoning, de mogelijkheden voor alternatieve huisvesting en de kwetsbaarheid van deze groep.<sup>194</sup> In deze uitspraak legt het Hof de nadruk op het verloop van de *procedure* op nationaal niveau, en laat het na om een meer inhoudelijk oordeel te vellen over de zaak. Dit is in lijn met de subsidiaire positie van het Hof en ook de ruime *margin of appreciation*. Tegelijkertijd roept dit de vraag op of een dergelijke procedurele uitkomst van de zaak bevredigend is voor klagers. Het is dan immers denkbaar dat zolang de nationale procedure zorgvuldig is verlopen het Hof geen reden ziet om een meer inhoudelijk oordeel te geven over het besluit.<sup>195</sup> Met als gevolg dat een voor klagers inhoudelijk onwenselijk besluit, mits zorgvuldig tot stand gekomen, overeind blijft. Het Hof benadrukt zelf regelmatig het belang dat het hecht aan een procedurele beoordeling.<sup>196</sup> Wanneer de nationale inmenging proportioneel is en dus binnen de belangenafweging voldoende

---

192 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 133 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

193 Vgl. ook Leijten 2015, p. 341.

194 Brems spreekt in dit verband van een zogenaamde ‘substance-flavoured procedural review’ van het Hof. Hierbij gaat het om ‘a review of the quality of the human rights scrutiny performed at the domestic level’ (zie Brems 2017). De beoordeling is procedureel van aard; de nadruk van het onderzoek ligt echter op hoe de nationale autoriteiten de inhoud van de zaak hebben behandeld, aldus Lavrysen onder verwijzing naar Brems (Lavrysen 2016, p. 181 en p. 109-110).

195 Vgl. ook Gerards 2017 en de verwijzing naar het achtergrond document van een aantal rechters voor de opening van het juridische jaar 2015: [http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar\\_background\\_paper\\_2015\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf), met name onder de punten 37 e.v. en de verwijzing daar naar: EHRM 12 juni 2014, *EHRC* 2014, 219, m.nt. A.J. Overbeeke, par. 150-151 (Grote Kamer) (Fernández Martínez t. Spanje) (geen verlenging arbeidscontract van godsdienstleraar, een katholieke getrouwde priester en vader, nadat bekend is geworden dat hij zich verzet tegen standpunten van de katholieke kerk – waaronder abortus, echtscheiding – was legitiem en proportioneel; geen schending van artikel 8 EVRM). De beoordeling van de Spaanse autoriteiten was gemotiveerd en niet willekeurig, aldus het Hof.

196 Zie Gerards 2017 en de verwijzing naar de Bijdrage van het Hof aan de conferentie in Brussel: [http://www.echr.coe.int/Documents/2015\\_Brussels\\_Conference\\_Contribution\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2015_Brussels_Conference_Contribution_Court_ENG.pdf), zie onder punt 6 e.v. Zie ook hoofdstuk 7 van Nussberger in dezelfde bundel ten aanzien van het nadeel voor klager van een procedurele beoordeling door het Hof.

rekening is gehouden met het belang van klager en het besluit/rechterlijk oordeel is gemotiveerd, ontbreekt voor het Hof,<sup>197</sup> de noodzaak om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen voor dat van de nationale autoriteiten.<sup>198</sup> Een procedurele beoordeling van de nationale belangenafweging volstaat dan.

Een bevestiging van hetgeen het Hof heeft bepaald in *Yordanova e.a.* zien we in *Winterstein e.a.*<sup>199</sup> Het gaat in deze zaak om een langdurig door de autoriteiten gedoogde illegale bewoning. Ook in deze zaak is niet aangetoond dat de uitzetting noodzakelijk was. De gemeentelijke autoriteiten en de nationale rechters hebben onvoldoende rekening gehouden met de kwetsbare positie waarin Roma zich bevinden.<sup>200</sup> Bij de invulling van de proportionaliteitstoets dient op nationaal niveau rekening te worden gehouden met de lange duur van de bewoning, de lange tijd dat deze bewoning is gedoogd en tot slot de groepsdimensie.<sup>201</sup> Het Hof komt zowel tot een procedurele als een materiële schending van artikel 8 EVRM.

Het voorgaande illustreert tot slot dat een waterdicht onderscheid tussen deel I en deel II van deze studie ontbreekt. Het Hof leest diverse procedurele waarborgen in in artikel 8 EVRM (deel I) en tegelijkertijd beperkt het zijn eigen toets in sommige gevallen<sup>202</sup> tot een (semi) procedurele toets (deel II) waarbij het de naleving van de onder artikel 8 EVRM geformuleerde procedurele verplichtingen (inclusief materiële criteria) toetst (deel I).<sup>203</sup>

#### 6.3.4 Privacy kwesties: toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie

Voor wat betreft de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie bestaat voor een deel overlap met het recht op informatie in milieuzaken.<sup>204</sup> Ook in milieuzaken kan het tenslotte gaan om gezondheids/veiligheidsinformatie

197 Zie eerder: hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.2.1.

198 EHRM 20 mei 2014, zaaknr. 4241/12, par. 57-58 (*Mc. Donald t. het Verenigd Koninkrijk*) (beperking nachtelijke verpleging van een oude beperkt mobiele dame; beperking niet voorzien bij wet op dat punt schending artikel 8 EVRM. De klacht is kennelijk ongegrond ingevolge artikel 35, lid 3 en lid 4 t.a.v. de keuze om de nachtelijke verpleging te beperken vanwege de *margin of appreciation* op dit terrein en de omgang met schaarse middelen; de beperking is noodzakelijk in een democratische samenleving volgens het Hof en de belangafweging was proportioneel).

199 Leijten 2015, p. 341 e.v.

200 EHRM 17 oktober 2013, EHRC 2014, 31, m.nt. K. Henrard, par. 161 (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

201 EHRM 17 oktober 2013, EHRC 2014, 31, m.nt. K. Henrard, par. 160 (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

202 Steeds vaker, zie de bijdragen van Brems (2017) en Nussberger (2017).

203 Gerards duidt de in deel I van deze studie beschreven ontwikkeling in combinatie met de beoordeling van de kwaliteit van de nationale besluitvorming (inclusief de wetgever) op proportionaliteit als 'procedural turn'. Zie Brems & Gerards 2017 en Gerards 2017. Zie over de 'procedural turn' ook: Arnardóttir 2017.

204 Zie paragraaf 6.3.2.

voor de betrokkene(n). Dit type informatie geldt doorgaans wel voor meer mensen, denk hierbij aan gezondheidsrisico's voor omwonenden van een fabriek. Onder omstandigheden zijn de nationale autoriteiten verplicht om uit eigen beweging onder artikel 8 EVRM informatie te verstrekken (zie *Vilnes e.a.*),<sup>205</sup> en bovendien dient in ieder geval te zijn voorzien in een procedure om informatie te verkrijgen.<sup>206</sup>

In de kern komt de procedurele plicht die het Hof in het kader van de toegang tot de persoonlijke/vertrouwelijke informatie heeft ingelezen neer op de mogelijkheid naar nationaal recht om de weigering van de openbaarmaking van de persoonlijke/vertrouwelijke informatie aan te vechten. Het kan zo zijn dat belangen van derden aan de openbaarmaking van de informatie in de weg staan. Een eventuele weigering moet wel worden gemotiveerd.

In de eerste plaats is in het kader van de toegang tot persoonlijke informatie de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Gaskin*<sup>207</sup> van belang. Klager Gaskin is in zijn jeugd in verschillende pleeggezinnen opgegroeid. Klager stelt dat hij niet in alle pleeggezinnen goed is behandeld. Het verzoek om informatie over deze periode levert niets op: de autoriteiten weigeren de gegevens uit de persoonsdossiers te verstrekken. Het Hof oordeelt in deze zaak dat het ontbreken van een onafhankelijke autoriteit die de weigering van het informatieverzoek beoordeelt, ontbreekt. Dit resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.<sup>208</sup> Het vereiste dat een onafhankelijke autoriteit een oordeel moet kunnen geven over de rechtmatigheid van het besluit, en dat voor betrokkene dus de mogelijkheid moet bestaan om zich tot deze autoriteit te wenden is een artikel 13 EVRM vereiste, en wordt hier dus onderdeel van artikel 8 EVRM.<sup>209</sup>

Ten grondslag aan een dergelijk informatieverzoek ligt vaak een 'vital interest' van betrokkene. Dergelijke informatie is voor de betrokkene nodig om zijn/haar jeugd beter te kunnen begrijpen, en daarmee een vollediger beeld van de persoonlijke identiteit te krijgen. Tegelijkertijd is juist de vertrouwelijkheid van de informatie van belang om objectieve en betrouwbare informatie

---

205 Zie: EHRM 5 december 2013, *AB* 2014, 105, m.nt. T. de Jong, *EHRC* 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, *JAR* 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, *NJ* 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

206 Zie ook: EHRM 19 oktober 2005, *EHRC* 2005, 118, *NJ* 2009, 453 par. 167 (Grote Kamer) (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 19 februari 1998, *JB* 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa, par. 60 (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*).

207 EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659, m.nt. E. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).

208 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10454/83, par. 49 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*). Een bevestiging van deze 'independent review' en het ontbreken van een rechtsmiddel tegen een afwijzing is te vinden in: EHRM 24 september 2002, zaaknr. 39393/98, i.h.b. par. 30 en 31 (*M.G. t. Verenigd Koninkrijk*) (verzoek om informatie gegevens 'social service').

209 Onder verwijzing naar deze zaak (en ook de *Hatton*-zaak) wijst Lavrysen op de relatie tussen het proportionaliteitsbeginsel en de verplichting om toegang te bieden tot effectieve remedies. Wanneer deze remedies ontbreken is de inmenging immers per definitie disproportioneel. Lavrysen 2016, p. 179-181.

te verkrijgen, en daarnaast met het oog op belangen van derden.<sup>210</sup> Het zijn dus deze belangen die op nationaal niveau moeten worden gewogen om te kunnen beslissen op het informatieverzoek.

In aansluiting op het voorgaande kan gewezen worden op de zaak *Mikulic*<sup>211</sup> waarin de vermeende vader van klagster niet meewerkt aan een DNA-test. Opnieuw benadrukt het Hof hier het vitale belang van klagster voor haar ontwikkeling en identiteitsvorming om te weten wie haar biologische vader is.<sup>212</sup> Het ontbreken van procedurele maatregelen naar nationaal recht om op andere wijze het vaderschap binnen afzienbare tijd vast te stellen, is voor het Hof reden om te oordelen dat de Kroatische autoriteiten hier tekort zijn geschoten in de bescherming van het recht op privéleven van klagster. Hoewel onder artikel 8 EVRM aan de Staat een *margin of appreciation* toekomt, laat dit onverlet dat:

‘(...) under such a system the interests of the individual seeking the establishment of paternity must be secured when paternity cannot be established by means of DNA testing. The lack of any procedural measure to compel the alleged father to comply with the court order is only in conformity with the principle of proportionality if it provides alternative means enabling an independent authority to determine the paternity claim speedily. No such procedure was available to the applicant in the present case (...) [cursivering: TdJ].’<sup>213</sup>

De vaststelling van het vaderschap dient dus bovendien ‘speedily’ te gebeuren. In een zaak waarin de moeder op haar sterfbed de naam van de biologische vader aan haar 52 jarige dochter had verteld, probeerde de dochter vervolgens tevergeefs het juridisch vaderschap vast te stellen.<sup>214</sup> De verjaringstermijnen werden namelijk strikt gehanteerd door de nationale autoriteiten, en dit excessief formalisme wijst het Hof van de hand.

Verder dient ook in de gevallen dat het gaat om toegang tot persoonlijke vertrouwelijke informatie te zijn voorzien in een toegankelijke procedure.<sup>215</sup>

210 EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659, m.nt. E. Dommering, par. 49 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).

211 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen (*Mikulic t. Kroatië*). Zie voor een vergelijkbare zaak: EHRM 30 mei 2006, RvdW 2006, 721 (*Ebru en Tayfun Engin Colak t. Turkije*).

212 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen, par. 64 (*Mikulic t. Kroatië*). Zie een recentere bevestiging van dit belang van het kind om de identiteit te weten: EHRM 14 januari 2016, EHRC 2016, 76, m.nt. S. Florescu (*Mandet t. Frankrijk*).

213 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen, par. 64 (*Mikulic t. Kroatië*).

214 Zie EHRM 20 december 2007, EHRC 2008, 3, m.nt. F.M.J. den Houdijker (*Phinikaridou t. Cyprus*), zoals genoemd op p. 382 in White & Ovey 2014.

215 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 563-564.

In dit kader kan gewezen worden op de ontvankelijkheidsbeslissing *Brinks* tegen Nederland.<sup>216</sup>

In *Brinks* heeft klager bij de Minister van Binnenlandse Zaken verschillende Wob – verzoeken ingediend met het verzoek om inzage in over hem verzamelde gegevens. De Minister heeft de verzoeken afgewezen en de rechtbank heeft een deel van de gegevens ter beschikking gesteld. De ABRvS schaart zich uiteindelijk achter het besluit van de Minister om de gegevens niet te verstrekken. Klager wil inzage in deze gegevens, omdat hij meent dat dit nadelige gevolgen voor zijn privéleven heeft gehad, in het bijzonder bij het vinden van een baan. De Minister heeft de verzoeken geweigerd nu het zowel informatie over derden kan bevatten als informatie over de werkwijze en werkzaamheden van de veiligheidsdienst.

Het EHRM verklaart de zaak niet-ontvankelijk nu de nationale procedure voorziet in een volle rechterlijke toets. Het gaat hier om een ‘volle’ rechterlijke toets omdat de rechter inzage krijgt in de gegevens en zo de juistheid van de weigering kan beoordelen. De procedure is dus zorgvuldig en tussen het belang van klager en het belang van nationale veiligheid is een redelijke afweging gemaakt. In de sfeer van de nationale veiligheid komen de Staten bovendien een *margin of appreciation* toe.<sup>217</sup>

De procedurele component van artikel 8 EVRM brengt dus met zich dat naar nationaal recht de mogelijkheid moet bestaan om de redelijkheid van een weigering van een persoonlijk of vertrouwelijk informatieverzoek aan te vechten. In de gevallen dat het gaat om toegang tot persoonlijke informatie die nodig is voor de ontwikkeling van iemands identiteit, acht het Hof dit type informatie van vitaal belang. Dit is voor het Hof dan ook reden om het belang van een toegankelijke procedure met betrekking tot deze informatie te onderstrepen. Hoe groter dus het belang dat op het spel staat, hoe meer nadruk het EHRM legt op een eerlijke en zorgvuldige procedure. Ook in de zaken waarin de aantasting ernstig is of kan zijn, zoals in artikel 3 EVRM uitzettingszaken, hecht het Hof waarde aan procedurele zorgvuldigheidseisen en een effectieve procedure voor betrokkenen.

### 6.3.5 Privé- en familielevens en het vreemdelingenrecht

Artikel 8 EVRM kan ook een rol spelen in het vreemdelingenrecht. Een uitzetting kan niet alleen een inmenging opleveren met artikel 3 EVRM<sup>218</sup> maar ook met het recht op familielevens onder artikel 8 EVRM als het gaat om gevestigde

---

216 EHRM 15 juli 2005, *EHRC* 2005, 65, m.nt. Janssen (ontv.besl.) (*Brinks t. Nederland*). Zie ook EHRM 14 februari 2006, *RvdW* 2006, 358 (*Turek t. Slowakije*). Christoffersen 2009, p. 495; Mowbray 2007, p. 503.

217 EHRM 15 juli 2005, *EHRC* 2005, 65, m.nt. Janssen (ontv.besl.) (*Brinks t. Nederland*).

218 Zie hoofdstuk 5, i.h.b. paragraaf 5.3.2 en 5.4.

migranten.<sup>219</sup> Een uitzetting levert immers een doorbreking van familiebanden op. In het merendeel van de EHRM-uitspraken<sup>220</sup> die zien op de uitzetting en een mogelijke inbreuk met artikel 8 EVRM, stellen de nationale autoriteiten zich op het standpunt dat de vreemdeling een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid.<sup>221</sup> Daarnaast kan artikel 8 EVRM aan de orde zijn wanneer het gaat om de toelating ('admission') van een vreemdeling. Met een beroep op het recht op privé-of familielevens wordt geprobeerd een uitzetting te voorkomen of juist een aanspraak op verblijf te realiseren.<sup>222</sup> De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de vraag of het Hof de vraag naar het verblijfsrecht behandelt onder het recht op privé- of familielevens.<sup>223</sup>

Onder artikel 8 EVRM kan het dus zowel gaan om de negatieve verplichting om in principe niet te interfereren met het privé- en/of familielevens van betrokkenen (uitzetting). Daarnaast kan onder omstandigheden de positieve verplichting bestaan onder artikel 8 EVRM om de vreemdeling toe te laten (gezinsvorming/gezinshereniging).<sup>224</sup> Op papier is sprake van een onderscheid tussen de negatieve en positieve verplichtingen: de Staat dient zich te onthouden of juist over te gaan tot actie.<sup>225</sup> De praktijk is echter weerbarstiger: het onderscheid is vaak diffuus.<sup>226</sup> Niettemin bestaan er ook verschillen tussen de negatieve en positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM.<sup>227</sup> Zo is het in het geval van positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM, eerste lid aan de klager om aan te tonen dat zijn belang onder een van de beschermde deelrechten van artikel 8 EVRM valt. Wanneer het echter gaat om een negatieve verplichting is het aan de Staat om te laten zien dat de beperking van het onder artikel 8 EVRM aangenomen recht conform de voorwaarden van het

219 Klaassen 2015, p. 47.

220 In sommige gevallen verblijft de migrant illegaal, zoals bijvoorbeeld in: EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 44 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

221 Vgl. Klaassen 2015, p. 47 en zie ook: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd). Achterliggend legitiem doel is het voorkomen van wanorde of misdaad, en de Staten komen op dit punt een beoordelingsruimte toe (Klaassen 2015, p. 47; Harris e.a. 2014, p. 577). Bij de beoordeling of de uitzetting gerechtvaardigd is, geldt een aantal in de EHRM-jurisprudentie ontwikkelde inhoudelijke criteria, waaronder: de aard en de ernst van het vergrijp, de familiesituatie van betrokkene etc. Landmarkcase in dezen is: EHRM 18 oktober 2006, EHRC 2006, 146, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2006, 417, m.nt. PB, NJ 2007, 415, m.nt. E.A. Alkema, RodW 2007, 164 (Grote Kamer) (*Üner t. Nederland*). Zie ook: Grabenwarter 2014, p. 229 e.v.

222 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 111-112; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 93; Van Dijk e.a. 2006, p. 705. Zie ook: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd) en EHRM 8 december 2011, EHRC 2011, 162, m.nt. Aarrass & Helmink, par. 49 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Klaassen 2015, i.h.b. hoofdstuk 3 en 9, en daarnaast de hierna te bespreken EHRM-jurisprudentie.

223 Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd); Grabenwarter 2014, p. 230.

224 Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd). Vgl. ook: Smyth 2015, p. 73-75.

225 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd) onder verwijzing naar: EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

226 Zo merkt Klaassen op: Klaassen 2015, p. 47 en p. 62-74.

227 Helder uiteengezet door Slingenberg in haar dissertatie: Slingenberg 2012.

tweede lid van dit artikel is.<sup>228</sup> Dit maakt het dus van belang of het Hof een verplichting als positief danwel negatief kwalificeert, omdat het eerste lid onder artikel 8 EVRM gunstiger is voor de Staat nu het in dat geval aan klager is om te laten zien dat de kwestie onder het recht op privé- en familielevens valt.<sup>229</sup> Wel hanteert het Hof, zoals eerder opgemerkt in dit hoofdstuk, dezelfde *fair balance*-toets in het geval van een toets aan de negatieve of positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.<sup>230</sup> Artikel 8 EVRM is tot slot niet onbegrensd. Zo bevat het geen recht op verblijf.<sup>231</sup>

In deze paragraaf gaat het primair – in lijn met de doelstelling van dit onderzoek – om de procedurele waarborgen die het Hof onder artikel 8 EVRM in migratiezaken heeft geformuleerd. Het gaat dan om het beginsel van hoor en wederhoor, de voortvarendheid van de procedure en tot slot het beste belang van het kind. Bij het belang van het kind gaat het erom in welke mate hiermee in de procedure rekening moet worden gehouden. De selectie van de waarborgen is tot stand gekomen aan de hand van een selectie EHRM-uitspraken, en relevante (hand)boeken/artikelen.<sup>232</sup> Gelet op het ontbreken van een waterdichte scheiding tussen de negatieve en positieve verplichtingen,<sup>233</sup> komen in het hiernavolgende zowel EHRM-zaken aan bod waarin beide type verplichtingen afzonderlijk of tegelijkertijd aan de orde zijn.<sup>234</sup> Dit betekent dat het kan gaan om zaken waarin een vreemdeling wordt uitgezet en/of zaken waarin het gaat om de vraag of de vreemdeling aanspraak kan maken op een verblijfstitel.<sup>235</sup>

#### *Hoor en wederhoor*

In *Al Nashif* tegen Bulgarije<sup>236</sup> constateert het Hof onder artikel 8 EVRM een aantal procedurele tekortkomingen in de nationale procedure. De van Palestijnse afkomst staatloze Al Nashif is klager in deze zaak, en woont met zijn vrouw en kinderen in Bulgarije. Zijn verblijfsvergunning is door de Bulgaarse autori-

---

228 Slingenberg 2012, p. 373-375.

229 Slingenberg 2012, p. 375.

230 Klaassen 2015, p. 62. Klaassen is kritisch en stelt voor wel te differentiëren (p. 81-83).

231 EHRM 28 juni 2011, *EHRM* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Nunez t. Noorwegen*).

232 O.m. de uitspraken gepubliceerd in de *EHRM* en *JV*, en daarnaast: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd), Schabas 2015, Klaassen 2015, Harris e.a. 2014, White & Ovey 2014 en Grabenwarter 2014.

233 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd) onder verwijzing naar: EHRM 31 januari 2006, *EHRM* 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*). Zie ook Lavrysen over het lastig te maken onderscheid tussen negatieve verplichtingen en positieve verplichtingen: Lavrysen 2016, i.h.b. p. 53-57.

234 Zie ook Klaassen 2015, i.h.b. zijn paragraaf 'Hybrid obligations', p. 62-77. Treffend brengt Klaassen het diffuse onderscheid tot uitdrukking door de vraag te stellen waarom een weigering van een toelating van de vreemdeling niet net zo goed een inmenging in het recht op privé/familielevens van de betrokkene oplevert (zie p.62).

235 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

236 EHRM 20 juni 2002, *EHRM* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild (*Al Nashif t. Bulgarije*).

teiten echter ingetrokken omdat hij een gevaar zou vormen voor de nationale veiligheid, nu hij religieuze activiteiten zou ontplooiën voor een fundamentalistische organisatie.

In casu ontbreekt een procedure op tegenspraak,<sup>237</sup> zijn de redenen voor het besluit niet aan klager medegedeeld en bestond er geen beroepsmogelijkheid.<sup>238</sup> Onder artikel 13 EVRM gaat het EHRM in op de mogelijkheid van een procedure op tegenspraak. Hoewel procedurele beperkingen vanwege de nationale veiligheid nodig kunnen zijn, betekent dit echter niet dat er helemaal geen procedurele waarborgen meer hoeven te zijn, zo overweegt het Hof:

*‘Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive’s assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary or unreasonable. There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance. Furthermore, the question whether the impugned measure would interfere with the individual’s right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual’s rights must be examined. [cursivering: Td]].’<sup>239</sup>*

Op een manier moet dus een procedure op tegenspraak mogelijk zijn, eventueel met behulp van een ‘special representative’.<sup>240</sup> Deze vertegenwoordiger vertoont veel overeenkomsten met de figuur van de ‘special advocate’ naar Brits recht, waarvan het EHRM in een latere zaak<sup>241</sup> oordeelde dat deze kan bijdragen aan de verdedigingsrechten. Deze advocaat krijgt inzage in de vertrouwelijke stukken, en kan vervolgens namens cliënt (contact na inzage door de ‘special advocate’ met zijn cliënt is verboden) de verdediging voeren. Zo wordt recht gedaan aan het beginsel van een procedure op tegenspraak.<sup>242</sup>

237 Zie ook: EHRM 24 april 2008, *EHRC* 2008, 79, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 264, m.nt. PB (C.G. e.a. t. Bulgarije); EHRM 11 februari 2010, zaaknr. 31465/08 (*Raza t. Bulgarije*) en EHRM 12 februari 2013, zaaknr. 58149/08 (*Amie e.a. t. Bulgarije*).

238 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 126 en 128 voor de conclusie (*Al Nashif t. Bulgarije*).

239 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 137 (*Al Nashif t. Bulgarije*).

240 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 137 (*Al Nashif t. Bulgarije*).

241 EHRM 19 februari 2009, *JV* 2009, 142, m.nt. Van Kempen & T. Spijkerboer (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

242 Zie anders, namelijk een beperkte kennisname van het dossier door de rechter: EHRM 6 december 2007, *EHRC* 2008, 33, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 32, m.nt. PB, par. 61- 63 (*Liu en Liu t. Rusland*).

In de ontvankelijkheidsbeslissing *I.R. en G.T.*<sup>243</sup> heeft het Hof herhaald dat deze speciale advocaten voldoende waarborgen bieden om het recht van artikel 8 EVRM te beschermen. Het ging in deze procedures om ongewenst verklaarde vreemdelingen, vanwege het gevaar voor de nationale veiligheid. Het Hof differentieert overigens wel tussen de procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM en die onder de artikelen 5 en 6 EVRM. Onder de laatste twee artikelen gaat het om vrijheidsontneming en strafrechtelijke vervolging, en het Hof toetst dan strenger.<sup>244</sup> Dit bevestigt opnieuw dat de ernst van de maatregel de toets strenger maakt.

In de uitzettingszaak *Alim* tegen Rusland<sup>245</sup> hebben de autoriteiten nagelaten om een hoorzitting te houden en daarnaast is de echtgenoot van klager niet gehoord.<sup>246</sup> Beide eisen zijn artikel 6 EVRM-eisen en worden hier dus binnen het bereik van artikel 8 EVRM gebracht. Vanuit het perspectief van klager bezien betekent dit een verruiming van de procedurele bescherming onder artikel 8 EVRM. Voor de Staat brengt dit een toename in het aantal procedurele verplichtingen met zich waaraan hij moet voldoen. Het Hof concludeert dat uitzetting van klager in strijd is met artikel 8 EVRM.<sup>247</sup>

#### *Voortvarendheid procedure*

De Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *De Souza Ribeiro*<sup>248</sup> ziet in de kern op een te snelle uitzetting van klager. Dit is de reden om deze uitspraak onder de voortvarendheid van de procedure te bespreken. Daarnaast laat deze uitspraak zien dat het Hof sterk focust op de nationale procedurele gang van zaken, en de effectiviteit en toegankelijkheid van een nationaal rechtsmiddel benadrukt. Verder blijkt er een verschil te bestaan tussen een rechtsmiddel met schorsende werking in het nationale recht in het kader van artikel 3 en artikel 8 EVRM.

Klager in deze zaak is de in Frans Guyana woonachtige De Souza Ribeiro. Vanaf zijn zevende verblijft hij hier met zijn ouders. In 2006 is hij vanwege drugsbezit veroordeeld tot twee maanden voorwaardelijke gevangenisstraf, en een proefperiode van twee jaar. Later, in 2007, wordt klager bij een verkeerscontrole aangehouden, waarbij hij niet kan aantonen dat hij legaal in Frans Guyana verblijft. Hierop is hij door de nationale autoriteiten gearresteerd en

---

243 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 184 (ontv.besl.) (*I.R. en G.T. t. Verenigd Koninkrijk*).

244 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 184, par. 61 e.v. (ontv.besl.) (*I.R. en G.T. t. Verenigd Koninkrijk*).

245 EHRM 27 december 2011, JV 2012, 166 (*Alim t. Rusland*).

246 Par. 97.

247 De autoriteiten hebben verder onvoldoende rekening gehouden met wat in het beste belang van het kind is, en in de belangenafweging is onvoldoende rekening gehouden met of klager een gevaar voor de openbare orde/veiligheid vormde. De impact van het uitzettingsbesluit en het inreisverbod op het familieleven van klager is evenmin onderzocht, en dit gaat buiten de *margin of appreciation* van de Staat, zie par. 96-100.

248 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

is een uitzettingsbevel tegen hem uitgevaardigd. Binnen 36 uur na dit bevel, wordt klager uitgezet. Klager heeft nog wel de dag na het uitzettingsbevel om een rechterlijke toets van het bevel verzocht. Dit weerhoudt de nationale autoriteiten er echter niet van om klager binnen minder dan een uur na zijn verzoek uit te zetten. De rechter verwerpt hierop het beroep van klager: het belang is niet langer aanwezig nu klager is uitgezet. Overigens wordt later alsnog een verblijfsvergunning toegekend aan klager en wordt de eerdere uitzetting na onderzoek door de rechter onrechtmatig verklaard.

In Straatsburg oordeelt de Kamer van het Hof dat geen sprake is van een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM. De Grote Kamer van het Hof oordeelt echter unaniem dat hier wel sprake van is. Van toegang tot een effectief rechtsmiddel is in casu geen sprake.<sup>249</sup>

In tegenstelling tot wat het Hof onder artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM heeft bepaald, acht het Hof het onder artikel 8 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM geen vereiste voor de effectiviteit dat naar nationaal recht een rechtsmiddel met schorsende werking voor handen is.<sup>250</sup> Het Hof laat echter na om dit te motiveren.<sup>251</sup> In beide gevallen gaat het om een uitzetting van de vreemdeling. Met het verschil dat onder artikel 3 EVRM sprake moet zijn van een verdedigbare klacht dat er een reëel risico bestaat van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling met potentiële onomkeerbare schade tot gevolg. In familiezaken onder artikel 8 EVRM is geen sprake van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling bij uitzetting. Toch laat dit onverlet dat zich – zeker in het geval van minderjarige kinderen – wel onomkeerbare schade ten aanzien van de doorbreking van familiebanden kan voordoen. De rechters in hun *dissenting opinion* bij de eerste uitspraak van de Kamer noemen ook de negatieve gevolgen voor het kind van een plotselinge maatregel waarbij hij van (een van) zijn ouder(s) wordt gescheiden.<sup>252</sup> De rechters overwegen:

‘sudden, brutal and often radical separation from one’s family as a result of a removal measure can have a devastating effect on the individual concerned. Detaining, then deporting a person, sometimes far from their family, can cause suffering, anxiety and distress. Especially if the person has no opportunity to submit arguments to, or be heard by, an appropriate national authority before they are deported.’<sup>253</sup>

249 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

250 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 83 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

251 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*). Zie ook de kritische noot van Reneman op dit punt (onder de punten 4 en 5).

252 Zie de verwijzing van Reneman in haar noot onder punt 4.

253 EHRM 30 juni 2011, zaaknr. 22689/07 (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*). Dissenting opinion van de rechters: Spielmann, Berro-Lefevre en Power.

In casu was klager niet minderjarig, toch overweegt de Grote Kamer van het Hof dat de uitzetting van klager hem ‘genuine distress and uncertainty’ moet hebben bezorgd.<sup>254</sup>

In de tweede plaats benadrukt de Grote Kamer in deze uitspraak het belang van een effectief en toegankelijk nationaal rechtsmiddel. Dit is conform het subsidiariteitsbeginsel.<sup>255</sup> Kort op de arrestatie van klager volgde het besluit om klager uit te zetten. Dit wijst op een ontbrekend onderzoek aan de zijde van de nationale autoriteiten (de uitvoerende in dit geval). Vervolgens is klager binnen 36 uur na uitvaardiging van het uitzettingsbesluit daadwerkelijk uitgezet, met als gevolg dat noch de uitvoerende autoriteit, noch de rechter het uitzettingsbesluit hebben kunnen onderzoeken.<sup>256</sup> Het door klager aanhangig gemaakte beroep bij de rechter tegen het uitzettingsbesluit heeft ook niks uitgemaakt: een uur na dit beroep werd hij zonder rechterlijk onderzoek uitgezet.<sup>257</sup>

De 36 uur waarbinnen het uitzettingsbevel ten uitvoer is gelegd, is weinig bevorderlijk voor de in de praktijk aanwezige effectiviteit en toegankelijkheid van het rechtsmiddel. De snelheid van de toegang tot het rechtsmiddel mag niet de praktische effectiviteit in de weg staan.<sup>258</sup> De Grote Kamer van het Hof komt tot de slotsom dat klager in de praktijk niet beschikte over een effectief rechtsmiddel ten aanzien van artikel 8 EVRM toen hij werd uitgezet.<sup>259</sup>

Opvallend aan deze uitspraak is dat het EHRM (de Grote Kamer dit keer) onder artikel 13 EVRM op een terrein waar artikel 6 EVRM is uitgesloten een typische 6 EVRM-eis toepast. Namelijk een *toegankelijk* effectief rechtsmiddel. In theorie beschikte klager in casu over toegang tot een effectief rechtsmiddel: hij kon immers beroep instellen tegen het uitzettingsbesluit. De snelle tenuitvoerlegging van het uitzettingsbesluit maakt een onderzoek naar de rechtmatigheid van het uitzettingsbesluit echter onmogelijk, en daarmee het rechtsmiddel ineffectief en ontoegankelijk. Eerder, in de Nederlandse zaak *G.R.*<sup>260</sup> zagen we iets vergelijkbaars: ook daar paste het Hof via artikel 13 EVRM het toegankelijkheidsvereiste toe in een vreemdelingenrechtelijke casus.

---

254 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 107 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*) en punt 4 van de noot.

255 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 84 en par. 98 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

256 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 88 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

257 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 94-95 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

258 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 95 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

259 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

260 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*).

Met deze uitspraak lijkt het Hof de werkingssfeer van artikel 6 EVRM dus opnieuw onder omstandigheden te verruimen en van toepassing te verklaren op vreemdelingenrechtelijke kwesties. Hoewel de Grote Kamer van het Hof in deze uitspraak overweegt dat artikel 8 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM geen schorsende werking vereist, is in deze uitspraak *de facto* toch sprake van de wens van een rechtsmiddel met schorsende werking. Immers: uitzetting had niet plaats mogen vinden, voordat een onderzoek was uitgevoerd door de rechterlijke autoriteiten.

Tot slot volgt uit deze uitspraak dat, hoewel Staten een ruime beoordelingsruimte toekomt ingevolge artikel 13 EVRM, deze ruimte niet onbegrensd is. Zo dienen de Staten namelijk wel minimum procedurele waarborgen te bieden om betrokkenen tegen willekeurige uitzetting te beschermen.<sup>261</sup>

Anders is de zaak *Butt*,<sup>262</sup> waarin de nationale autoriteiten juist niet snel genoeg het uitzettingsbesluit ten uitvoer hebben gelegd. Terecht merkt Woltjer op dat 'het EHRM [kennelijk] van de verdragsstaten [verwacht] dat zij uitzettingsprocedures zorgvuldig maar wel snel voorbereiden en uitvoeren. Het blijft balanceren tussen zorgvuldigheid en snelheid...'.<sup>263</sup> In het talmen aan de zijde van de Noorse autoriteiten vindt het Hof een uitzonderlijke omstandigheid op grond waarvan de positieve verplichting ontstaat om verblijf toe te staan aan de betrokkene.<sup>264</sup> Hoe meer tijd een tenuitvoerlegging van het uitzettingsbesluit in beslag neemt, hoe groter de aanspraak op verblijf.<sup>265</sup>

Van een lang stilzitten aan de kant van de nationale autoriteiten was eveneens sprake in de zaak *Kaplan*.<sup>266</sup> Het EHRM oordeelde dat de autoriteiten het uitzettingsbesluit niet snel genoeg ten uitvoer hebben gelegd. Dit maakt dat, in combinatie met andere factoren (waaronder onvoldoende gewicht aan belang van het kind), het Hof tot een schending van artikel 8 EVRM komt.

Tot slot *Mugenzi* tegen Frankrijk<sup>267</sup> waarin het Hof de positieve verplichting formuleert voor de Staat om snelheid en soepelheid te betrachten bij de behandeling van aanvragen en gezinsherenigingsprocedures. Deze zaak verschilt van de zaken *Butt* en *Nunez*.<sup>268</sup> In deze twee zaken verbleven klagers en hun kinderen al op het grondgebied van de betreffende Staat, en was de vertraging vooral toe te schrijven aan de Staat en niet zozeer aan de vreemde-

---

261 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 97 en par. 79 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

262 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 40, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*), i.h.b. par. 76-91.

263 Zie onder punt 5 van de annotatie van Woltjer.

264 Zie opnieuw onder punt 5 van de annotatie van Woltjer.

265 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

266 EHRM 24 juli 2014, JV 2014, 320, m.nt. J. Werner (*Kaplan e.a. t. Noorwegen*).

267 EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Mugenzi t. Frankrijk*).

268 Zo merkt Woltjer op. Zie voor een bespreking van de zaak *Nunez*, hierna.

lingen.<sup>269</sup> In *Mugenzi* gaat het om een eerste toelating van de gezinsleden van klager.

Klager is de in Rwanda geboren Mugenzi, die in 2003 de vluchtelingenstatus in Frankrijk verkrijgt. Hierop dient Mugenzi een verzoek tot gezinshereniging in voor zijn vrouw en acht kinderen. Dit verzoek wordt afgewezen, en ook het daarop volgende bezwaar van klager en beroep bij de hoogste Franse rechter leveren niks op.

Het EHRM oordeelt dat de weigering om een visum te verlenen geen inmening in het recht op familieleven van klager oplevert. Wel gaat het Hof in op de vraag of sprake is van een schending van de positieve verplichtingen door Frankrijk.<sup>270</sup> Het Hof overweegt dat op Frankrijk de positieve verplichting rust om aanvragen en gezinsherenigingsprocedures voortvarend en inschikkelijk te behandelen. Deze verplichting lijkt het Hof niet in algemene termen te willen formuleren, nu de kwalificatie van klager als erkend vluchteling als voorwaarde wordt gesteld.<sup>271</sup> Het vereiste om aanvragen en dergelijke procedures in het geval dat het gaat om een persoon die de vluchtelingenstatus heeft verkregen voortvarend en flexibel te behandelen baseert het Hof onder meer op regels van de UNHCR en het IVRK.<sup>272</sup> Het Hof refereert in dit kader ook aan de kwetsbaarheid van vluchtelingen, en dit is ook een van de redenen om ten aanzien van deze groep flexibiliteit en snelheid te betrachten. Bovendien stelt juist de gezinshereniging de vluchtelingen in staat om hun leven op te pakken en dit bestempelt het Hof als een fundamenteel recht.<sup>273</sup>

In casu verkeerde klager langdurige tijd in onzekerheid. Het heeft ruim anderhalf jaar geduurd voordat klager een afwijzend besluit ontving op zijn visumaanvraag voor zijn vrouw en kinderen. De bezwaarprocedure nam vijftien maanden in beslag, en de daaropvolgende beroepsprocedure voor de Franse hoogste rechter duurde twee jaar. Totaal heeft klager bijna vijf jaar in onzekerheid verkeerdt.<sup>274</sup> De gebreken die kleven aan de totstandkoming van het bewijs leggen ook veel gewicht in de schaal.<sup>275</sup> De test die is gehanteerd om de leeftijd van twee van de kinderen van klager vast te stellen, staat bekend als onbetrouwbaar. Toch heeft dit de Franse autoriteiten er niet van weerhouden om de uitkomst van de test te volgen. Het voorgaande maakt

---

269 Zie helder onder punt 1 van de noot.

270 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 49 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

271 Aldus Woltjer onder punt 1 van de noot.

272 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 32, 54-56 (*Mugenzi t. Frankrijk*) en zie punt 4 van de noot.

273 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 54 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

274 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 57 e.v. (*Mugenzi t. Frankrijk*) en helder onder punt 4 weergegeven door Woltjer.

275 Zo merkt Woltjer op (punt 4).

dat het EHRM oordeelt dat van een *fair balance* geen sprake is, nu de procedure niet flexibel, doeltreffend en snel is verlopen: schending van artikel 8 EVRM.<sup>276</sup>

Onder omstandigheden, waarbij de omstandigheid dit keer is gelegen in de toekenning van de vluchtelingenstatus, is de Staat verplicht om aanvragen en gezinsherenigingsprocedures voortvarend en coulant te behandelen. Dit vereiste lijkt opnieuw sterk op het redelijke termijn vereiste van artikel 6 EVRM. Over de band van artikel 8 EVRM brengt het Hof dit vereiste toch binnen het bereik van het vreemdelingenrecht. Dat op de Staat ook de plicht rust om souplesse te betrachten, is mede ingegeven door de kwetsbaarheid van vluchtelingen en bovendien het belang dat zij hebben bij gezinshereniging. Zo kunnen zij hun leven weer voort zetten, nadat zij hun land noodgedwongen hebben moeten verlaten.

#### *Beste belang van het kind*

Heeft het belang van het kind procedurele implicaties in verblijfskwesties? De aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden kan de positieve verplichtingen die op de Staat rusten activeren. Een uitzonderlijke omstandigheid kan het belang van het kind zijn. Met andere woorden: de zorg voor een minderjarig kind kan tot gevolg hebben dat aan de ouder een verblijfsvergunning moet worden toegekend.<sup>277</sup> Wanneer ik hierna spreek over het belang van het kind, impliceert dit dat ik uitga van wat in het *beste* belang is van het kind.

Vooropgesteld moet worden dat de invulling van het criterium 'het belang van het kind' gebeurt aan de hand van materiële criteria. Hierbij kan dan gedacht worden aan de leeftijd van het kind, de effectieve familieband etc.<sup>278</sup> Hoewel de invulling van voormeld criterium dus inhoudelijk is, is de verplichting om in de belangenafweging tussen het belang van het individu en het belang van de Staat (waaronder het controleren van immigratie) rekening te houden met het belang van het kind als een procedurele verplichting te kwalificeren. De vervolgvraag, namelijk *hoeveel* gewicht in de nationale belangenafweging toe moet worden gekend aan het belang van het kind, is echter als materieel te kwalificeren. Het belang van het kind als factor waarmee in de nationale belangenafweging rekening moet worden gehouden, toont het diffuse onderscheid tussen de materiële en procedurele component binnen een en hetzelfde EVRM-recht. Een fundamenteel materieel belang als het belang van het kind, kan immers nopen tot het meenemen van dit inhoudelijke belang in de belangenafwegingsprocedure.

276 Woltjer wijst in zijn noot nog op de volgende twee uitspraken (EHRM 10 juli 2014, zaaknr. 2260/10 (*Tanda-Muzinga t. Frankrijk*) en zaaknr. 19113/09 (*Senigo Longue e.a. t. Frankrijk*)) waarin het Hof een vergelijkbare redenering volgt. Hoewel in de tweede zaak klaagster geen vluchtelingenstatus had, aldus Woltjer. Dit vind ik in het licht van de *Mugenzi* uitspraak opmerkelijk. EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 62 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

277 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

278 Zie de heldere uiteenzetting en analyse van Smyth: Smyth 2015.

Hoewel in de hierna te bespreken zaken de nadruk ligt op de inhoudelijke invulling van wat in het beste belang van het kind is, onderstrepen deze zaken tegelijkertijd de noodzaak dat in de nationale afwegingsprocedure rekening wordt gehouden met dit belang. Met andere woorden: binnen de nationale procedure moet hier ruimte voor worden gecreëerd.

De eerste zaak<sup>279</sup> waarin het Hof refereerde aan het belang van het kind in een migratiezaak is de zaak *Rodrigues da Silva en Hoogkamer*.<sup>280</sup> Vanwege niet gelegaliseerd verblijf dreigt de moeder te worden uitgezet. In het geval dat ten tijde van het ontstaan van de familiebanden de situatie onzeker is, kunnen uitzonderlijke omstandigheden er eventueel toe leiden dat een uitzetting een schending van artikel 8 EVRM oplevert.<sup>281</sup> In casu staat onder andere het belang van het kind van klagster eraan in de weg dat zij wordt uitgezet. Het illegaal verblijf van klagster tijdens de geboorte van het kind verandert hier in dit geval niks aan.<sup>282</sup>

Ook in latere zaken heeft het belang van het kind in grote en minder grote mate een rol gespeeld.<sup>283</sup> De jurisprudentie van het Hof ten aanzien van het belang van het kind in uitzettings- en toelatingskwesities is echter weinig consistent en principieel.<sup>284</sup> Smyth pleit in dit verband voor een meer 'rights based approach', waarbij de in het IVRK relevante rechten als uitgangspunt te worden genomen. Hierbij gaat het dan om het recht op familiehereniging van het kind, het recht te worden gehoord en andere sociaaleconomische rechten.<sup>285</sup> Uit de analyse van de EHRM-jurisprudentie van Smyth komt naar voren dat het gewicht dat het belang van het kind krijgt in de belangenafweging afhankelijk is van de andere factoren die een rol spelen in dit afwegingsproces.<sup>286</sup>

Illustratief voor de betekenis van het belang van het kind en de kwetsbare groep waartoe minderjarige kinderen behoren, is de uitspraak *Nunez*.<sup>287</sup> Klagster in deze zaak is de in de Dominicaanse Republiek geboren Nunez. Bij haar eerste verblijf in Noorwegen wordt ze verdacht van winkeldiefstal, hetgeen uiteindelijk resulteert in een uitzetting en een inreisverbod. Dit weerhoudt Nunez er niet van om enkele maanden na de uitzetting zich opnieuw in Noorwegen te vestigen onder opgave van een andere naam en geboorte-

---

279 Smyth 2015, p. 74.

280 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

281 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 39 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

282 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 44 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

283 Vgl. o.m.: Klaassen 2015, p. 62 e.v.; Smyth 2015 en de daar genoemde jurisprudentie.

284 Aldus Smyth 2015. Klaassen is dezelfde mening toegedaan: Klaassen 2015, p. 80-81.

285 Smyth 2015, p. 85 e.v.

286 Smyth 2015, p. 99 e.v.

287 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*).

datum. Ze trouwt met een Noorse man, ontvangt een arbeidsvergunning (die meerdere keren wordt verlengd) en krijgt ook een verblijfsvergunning. De aanvraag van de Noorse nationaliteit wordt echter beëindigd, omdat haar man wil scheiden. Vervolgens krijgt klagster een relatie met een man die ook de Dominicaanse nationaliteit heeft, en beschikt over een vestigingsvergunning. Met deze man krijgt ze twee kinderen (in 2002 en 2003). Deze kinderen worden niet geregistreerd en hebben evenmin een verblijfsvergunning. In 2001 komt de identiteitsfraude van Nunez aan het licht, en worden haar vergunningen ingetrokken en wordt in 2005 (nadat haar beroep ongegrond is verklaard) besloten tot uitzetting en een inreisverbod. Nunez en de vader van de kinderen zijn inmiddels uit elkaar, en de vader heeft de voogdij gekregen over de kinderen. Tot aan de hoogste instantie krijgt Nunez geen gelijk.

De beslissing van het Straatsburgse Hof is wel in het voordeel van klagster. De identiteitsfraude en de strafrechtelijke veroordeling rechtvaardigen de inmenging in het recht van klagster. Bovendien is een gevaar voor de openbare orde een contra indicatie voor het aannemen van uitzonderlijke omstandigheden die maken dat verblijf is toegestaan.<sup>288</sup> Toch maakt in casu de langdurige procedure,<sup>289</sup> de stress voor de kinderen en de kwetsbaarheid van de kinderen dat het Hof oordeelt dat uitzetting geen doorgang mag vinden. Met een uitzetting wordt immers de band tussen de moeder en de kinderen verbroken. De overweging van het Hof ten aanzien van dit punt:

*'Having regard to all of the above considerations, notably the children's long lasting and close bonds to their mother, the decision in the custody proceedings, the disruption and stress that the children had already experienced and the long period that elapsed before the immigration authorities took their decision to order the applicant's expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the children for the purposes of Article 8 of the Convention. Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children. The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand [cursivering: Td].'*<sup>290</sup>

---

288 Woltjer 2015, onder C 2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

289 Zie ook de hiervoor besproken zaak *Butt* waarin juist het talmen de inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert. Zie punt 5 van de noot van Woltjer bij die zaak.

290 EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum, par. 84 (*Nunez t. Noorwegen*). Zie ook: Reneman 2011.

In de nationale procedure is volgens het EHRM dus onvoldoende gewicht toegekend aan het belang van de kinderen. Het belang van de kinderen is in deze zaak dus de uitzonderlijke omstandigheid op grond waarvan niet tot uitzetting en het inreisverbod mag worden besloten.<sup>291</sup>

Zoals eerder opgemerkt, onder verwijzing naar Smyth en Klaassen, is de betekenis en het gewicht dat het Hof toekent aan het belang van het kind niet altijd consistent en duidelijk.<sup>292</sup> In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*<sup>293</sup> is daar echter deels verandering ingekomen. Deels, omdat ook kritiek is geuit hoe nu precies op nationaal niveau uitvoering dient te worden gegeven aan de verplichting om effectieve bescherming aan kinderen te bieden.<sup>294</sup> Tegelijkertijd noemt de Grote Kamer van het Hof wel vier concrete cumulatieve factoren aan de hand waarvan kan worden bepaald of in het onderhavige geval sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat uitzetting niet mag plaatsvinden en daarmee verblijf dient te worden toegestaan.<sup>295</sup>

Allereerst de feiten in deze zaak. Klaagster in deze zaak is geboren in Paramaribo, en beschikte tot 1975 over de Nederlandse nationaliteit. Met het onafhankelijk worden van Suriname in dat jaar, verkrijgt zij de Surinaamse nationaliteit. Zij begint in 1987 een relatie met een Surinaamse man, en hij is in 1991 naar Nederland verhuisd en heeft in 1993 de Nederlandse nationaliteit verkregen. Klaagster ontvangt in 1997 een visum, na verloop van dit visum blijft ze illegaal in Nederland. Haar verzoeken om een verblijfsvergunning

---

291 Vgl. ook: Woltjer 2015, onder C 2.2.4 (digitaal geraadpleegd). Anders: EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 89, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2012, 170, m.nt. S.K. van Walsum (*Antwi e.a. t. Noorwegen*). In deze zaak ontbreken de uitzonderlijke omstandigheden (par. 103) en zijn de kinderen niet blootgesteld aan stress en dus niet kwetsbaar in dit opzicht (par. 101). Het belang van het kind staat evenmin aan uitzetting in de weg in *Berisha*: EHRM 30 juli 2013, *EHRC* 2013, 223, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Berisha t. Zwitserland*). Overigens was de stemverhouding om geen schending van artikel 8 EVRM aan te nemen nipt: vier tegen drie. Vgl. ook: EHRM 3 november 2011, *EHRC* 2012, 39, m.nt. M.A.K. Klaassen (*Arvelo Aponte t. Nederland*) (uitzetting, geen schending artikel 8 EVRM). In EHRM 24 juli 2014, *JV* 2014, 320, m.nt. J. Werner (*Kaplan e.a. t. Noorwegen*) oordeelt het Hof echter dat onvoldoende rekening is gehouden met het belang van het kind bij uitzetting van de vader, en komt tot een unanieme schending van artikel 8 EVRM.

292 Weinig verhelderend is ook EHRM 8 november 2016, *JV* 2017, 2, m.nt. E. Hilbrink (*El Ghatet t. Zwitserland*) (gezinshereniging, belangenafweging en motivering schieten tekort, unanieme schending artikel 8 EVRM). In deze zaak blijft onduidelijk wat nu de concrete betekenis is van het belang van het kind (en dus het gewicht dat het dient te krijgen in de belangenafweging) in migratiezaken (zie par. 46-54 van de uitspraak). In par. 46 van de uitspraak richt het Hof zich overigens wel expliciet tot de 'domestic courts', wanneer het in algemene termen ingaat op het belang van het kind.

293 EHRM 3 oktober 2014, *AB* 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*). Ex artikel 30 EVRM heeft de Kamer van het Hof de zaak doorverwezen naar de Grote Kamer (14 mei 2013), eerder ontv. besl: 4 december 2012 (zaaknr. 12738/10), klacht art. 8 EVRM ontvankelijk.

294 Zie Den Heijer onder punt 5 in zijn annotatie bij deze uitspraak.

295 Zie par. 115-118 van de uitspraak voor deze factoren.

worden keer op keer afgewezen. Ze trouwt met haar partner, en krijgt twee kinderen (in 2000 en 2005). Ook in 2010 wordt het verzoek van klaagster voor een verblijfsvergunning afgewezen, en wordt zij in hechtenis genomen teneinde de uitzetting te realiseren. De dan zwangere klaagster wordt eind 2010 weer vrijgelaten. In de procedure voor het Hof in Straatsburg staat de vraag centraal of er uitzonderlijke omstandigheden zijn op grond waarvan de uitzetting van klaagster niet verenigbaar zou zijn met artikel 8 EVRM.

Vooropgesteld moet worden dat klaagster op de hoogte was van haar onzekere bestaan toen ze startte met de opbouw van een gezinsleven. Alleen de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden kunnen hier verandering in brengen.<sup>296</sup> Bij het bepalen of sprake is van deze omstandigheden, formuleert het EHRM vier cumulatieve criteria.

Ten eerste gaat het Hof in op het feit dat de echtgenoot van klaagster en haar kinderen beschikken over de Nederlandse nationaliteit. Bovendien beschikte klaagster bij haar geboorte over de Nederlandse nationaliteit, en is zij deze van rechtswege verloren (door het onafhankelijk worden van Suriname).<sup>297</sup> Ten tweede wijst het Hof erop dat klaagster al zestien jaar in Nederland verblijft, en geen strafblad heeft. Hoewel ze geen gehoor heeft gegeven aan de op haar rustende verplichting om Nederland te verlaten, staat daar tegenover dat de Nederlandse autoriteiten al die tijd haar illegale verblijf hebben gedoogd. Dit maakte het voor klaagster mogelijk om sterke familie, sociale en culturele banden met Nederland te ontwikkelen. Bovendien was het adres van klaagster bekend bij de autoriteiten en heeft klaagster meerdere malen verzoeken ingediend teneinde een verblijfsvergunning te bemachtigen.<sup>298</sup> Ook in de eerder in deze paragraaf besproken zaak *Butt*<sup>299</sup> pakte het stilzitten van de autoriteiten niet in hun voordeel uit. Ten derde overweegt het Hof dat, ondanks de ontbrekende onoverkomelijke obstakels die een terugkeer van klaagster met haar man en kinderen onmogelijk maken, deze terugkeer toch een beproeving zou zijn voor hen. De situatie van *alle* familieleden dient in de toets op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM mee te worden genomen.<sup>300</sup> Ten vierde en in de laatste plaats gaat het Hof in op het belang om binnen deze toets de belangen van de kinderen mee te nemen. Hoewel dit belang op zichzelf niet van doorslaggevende betekenis is, moet wel voldoende gewicht aan dit belang worden toegekend. In het kader van de gezinshereniging besteedt het Hof aandacht aan de omstandigheden van de minder-

---

296 EHRM 3 oktober 2014, *AB* 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 113-114 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

297 Par. 115.

298 Par. 116.

299 EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 40, m.nt. A.J. Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*).

300 Par. 117.

jarige kinderen, hun leeftijd, de situatie in het land en de mate waarin de kinderen afhankelijk zijn van hun ouders.<sup>301</sup>

Naar het oordeel van de Grote Kamer van het Hof is de band tussen moeder en kinderen des te meer van belang nu de vader de broodwinner is.<sup>302</sup> De belangenafweging van de nationale autoriteiten is in casu tekort geschoten, en hierbij is onvoldoende gewicht toegekend aan wat in het beste belang van de kinderen is. De overweging van de Grote Kamer:

'(...) the Court considers that they [de nationale autoriteiten: TdJ] fell short of what is required in such cases and it reiterates that national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any such removal in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it. The Court is not convinced that actual evidence on such matters was considered and assessed by the domestic authorities. Accordingly, it must conclude that insufficient weight was given to the best interests of the applicant's children in the decision of the domestic authorities to refuse the applicant's request for a residence permit.'<sup>303</sup>

Hoewel het belang van het kind niet op zichzelf de doorslag geeft, komt het dus wel veel gewicht toe in deze zaak. De Grote Kamer formuleert een nieuwe verplichting voor de Staten.<sup>304</sup> In beginsel moeten de nationale beslissingsautoriteiten bij een uitzetting van de ouder het bewijs in acht nemen en beoordelen op uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit. Met als doel effectieve bescherming en voldoende gewicht te geven aan wat in het beste belang van de betreffende kinderen is. De term 'national decision-making authorities' richt zich met name tot de uitvoerende autoriteiten van de Staat: deze autoriteiten gaan immers in eerste instantie over de vergunningverlening. Deze plicht geldt echter ook voor de rechter. De Grote Kamer komt tot de slotsom dat geen sprake is van een *fair balance* tussen de conflicterende belangen en dat artikel 8 EVRM geschonden is.<sup>305</sup>

### 6.3.6 Strafrechtelijke bevoegdheden: inzet geheime bevoegdheden en binnentreden woningen

Tot slot kan in het kader van de procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM op de procedurele eisen in het geval van strafrechtelijke bevoegdheden

301 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 113-114 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

302 Par. 119.

303 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 120 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

304 Zo merkt Klaassen op: Klaassen 2015, p. 74.

305 Voor deel II van dit onderzoek is deze uitspraak ook relevant, zie nader: hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

worden gewezen.<sup>306</sup> Hoewel het strafrecht buiten het bereik van deze studie valt, is er toch voor gekozen wel kort in te gaan op de procedurele (zorgvuldigheids)eisen gericht op de rechtsbescherming. Deze eisen kunnen namelijk meer algemene procedureel interessante conclusies opleveren.<sup>307</sup> Dit type procedurele eisen formuleert het Hof onder artikel 8 EVRM, en vaak in combinatie met artikel 6 en 13 EVRM.<sup>308</sup> De procedurele regulerings-eisen (data opslag, wie heeft toegang tot de data etc.) blijven vanwege de eerder gekozen begrenzing van dit onderzoek buiten beschouwing.<sup>309</sup>

Vanwege het geheime karakter van de toezichtsbevoegdheden zal het niet snel voorkomen dat de betrokkene een melding ontvangt van het inzetten van een dergelijke bevoegdheid. Dit maakt het van wezenlijk belang dat de procedure geschikte en vergelijkbare garanties omvat om de rechten van het individu te borgen.<sup>310</sup> Bij voorkeur is bij de inzet van een geheime toezichtsbevoegdheid een voorafgaande rechterlijke machtiging afgegeven. Bij het ontbreken hiervan kunnen procedurele waarborgen achteraf deze tekortkoming compenseren.<sup>311</sup> Verder is het zo dat hoe meer de bevoegdheid ingrijpt in het privéleven van iemand, hoe meer adequate en effectieve waarborgen er moeten zijn.<sup>312</sup> Zowel het verlenen van de toestemming en het toezicht op de uitoefening van de bevoegdheid is bij voorkeur in handen van twee (rechterlijke) onafhankelijke instituten.<sup>313</sup>

---

306 Vanwege de centrale vraagstelling van dit onderzoek, met het bestuurs(proces)recht als bijzonder aandachtspunt, sta ik slechts kort stil bij de eisen die het Hof in dit type zaken heeft ontwikkeld. Hoewel relevant voor de punitieve handhaving in het bestuursrecht, zoals in het geval van doorzoekingen bij ondernemingen in het kader van het mededingingsrecht, valt dit buiten het bereik van dit onderzoek (zie hoofdstuk 1).

307 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.

308 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 38 e.v. Zie recent: EHRM 2 april 2015, *AB* 2016, 45, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vinci Construction & Génie Civil et Services t. Frankrijk*) (ten onrechte geen volle rechterlijke toetsing van inbeslagname, ging ook om vertrouwelijke documenten met advocaat).

309 Zie over de afbakening ook hoofdstuk 1, en over dit type eisen: Veegens 2012, p. 208 en daar genoemd onder meer: EHRM 28 juni 2007, zaaknr. 62540/00, par. 75-77 (*De vereniging voor Europese integratie en mensenrechten en Ekimdzhiev t. Bulgarije*); EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 26839/05, par. 152 en 158-170 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*) en zie verder de jurisprudentie genoemd onder noot nummer 757; Gerards 2011a, p. 128 e.v en EHRM 29 juni 2006, *EHRC* 2007, 13, m.nt. Loof (ontv.besl.) (*Weber en Saravia t. Duitsland*).

310 EHRM 6 september 1978, zaaknr. 5029/71, par. 55 (Grote Kamer) (*Klass e.a. t. Duitsland*). Zie ook: EHRM 4 mei 2000, zaaknr. 28341/95, par. 59 (Grote Kamer) (*Rotaru t. Roemenië*).

311 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 47.

312 Zie Veegens 2012, p. 235 en de verwijzing naar: EHRM 16 december 1997, zaaknr. 136/1996/755/954, par. 45 (*Camenzind t. Zwitserland*) en EHRM 2 september 2010, *EHRC* 2010, 123, m.nt. P. De Hert & J. van Caeneghem, par. 71 (*Üzun t. Duitsland*).

313 Veegens 2012, p. 235. Zie verder in dit verband over de (rechterlijke) controle op het gebruik van de geheime toezichtsbevoegdheden en een notificatie achteraf: EHRM 28 juni 2007, zaaknr. 62540/00, par. 85-90 (*De vereniging voor Europese integratie en mensenrechten en Ekimdzhiev t. Bulgarije*) en Veegens 2012, p. 228-231. Vgl. verder: EHRM 2 september 2010, *EHRC* 2010, 123, m.nt. P. De Hert & J. van Caeneghem (*Üzun t. Duitsland*); EHRM 31 maart

In het kader van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden teneinde inlichtingen/informatie te verkrijgen, kan worden gewezen op de *Telegraaf* zaak.<sup>314</sup> Hoewel het hier voornamelijk gaat om de bescherming van de vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 van het Verdrag, laat deze uitspraak wel zien dat bij potentieel niet terug te draaien gevolgen een voorafgaande rechterlijke toets is vereist. Een onafhankelijk orgaan met de bevoegdheid de speciale bevoegdheden te voorkomen of te beëindigen ontbreekt in casu.<sup>315</sup> Daar komt nog bij dat een beoordeling achteraf weinig zin heeft nu het de vertrouwelijkheid van de journalistieke bronnen niet kan herstellen, zo overweegt het Hof:

'(...) review post factum, whether by the Supervisory Board, the Committee on the Intelligence and Security Services of the Lower House of Parliament or the National Ombudsman, cannot restore the confidentiality of journalistic sources once it is destroyed.'<sup>316</sup>

Potentieel onherstelbare schade is dus een belangrijke indicator bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, welke procedurele waarborgen in het nationale recht aanwezig dienen te zijn. Eerder zagen we dit onder artikel 3 EVRM en ook in dit hoofdstuk in uithuisplaatsingszaken. In milieuzaken is door het Hof op de onomkeerbare schade gewezen in het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. Overigens doet zich zowel onder artikel 2 als 3 EVRM de onomkeerbaarheid van de schade, gelet op de rechten die deze artikelen beschermen, eerder voor. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat het Hof onder deze artikelen de onomkeerbare schade ook vaker en explicieter, en in de *general principles* noemt, in vergelijking met bijvoorbeeld artikel 8 EVRM in omgevingsgerelateerde zaken.

Ook in het kader van het binnentreden van woningen heeft het Hof onder artikel 8 EVRM (en ook onder 6 EVRM) bepaald dat een voorafgaande controle de voorkeur heeft.<sup>317</sup> In de gevallen dat alleen achteraf rechterlijke controle aanwezig is, is dit in beginsel niet Straatsburg proof. Alleen de aanwezigheid

---

2016, zaaknr. 34148/07 (*Šantare en Labaznikovs t. Letland*) (telefoontaps, ineffectieve beoordeling rechtmatigheid van telefoontaps). Zie ook: Veegens 2012, p. 241 e.v.

314 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

315 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06, par. 100 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

316 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06, par. 101 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

317 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 42.

van andere misbruik voorkomende waarborgen kan deze tekortkoming wegnemen.<sup>318</sup>

Resumerend: om te beginnen is in deze omvangrijke deelparagraaf stilgestaan bij de procedurele eisen in familie gerelateerde zaken. Bij de bespreking van een selectie zaken viel een aantal zaken op. Allereerst dient de nationale besluitvormingsprocedure in het geval van een beperking/beëindiging van het omgangsrecht met kinderen zorgvuldig te zijn. Dit betekent onder meer dat de ouders dienen te worden geïnformeerd over de te nemen maatregelen, moeten worden gehoord en dat de procedure voldoende voortvarend dient te geschieden. Op dit terrein krijgen sommige 6 EVRM-eisen onder omstandigheden al over de band van artikel 8 EVRM gelding in de besluitvormingsfase. Bij een conflict tussen het belang van de ouders en het belang van het kind, prevaleert het laatste. De waarde die het Hof hecht aan het belang van het kind in de belangenafweging en het gewicht dat dit dient te krijgen, heeft zowel materiële als procedurele implicaties. De verplichting om binnen de nationale belangenafweging rekening te houden met het beste belang van het kind kan als een procedurele verplichting worden gekwalificeerd. Verder verplicht de lastige onomkeerbaarheid van de uithuisplaatsingsbeslissing dat nationale autoriteiten willekeurig tegengaan. Dit doen zij onder meer door voorafgaand aan de maatregel zorgvuldig onderzoek te verrichten.

In de tweede plaats volgde een bespreking van de procedurele eisen die gelden in milieuzaken. Voor veel van de eisen die het Hof in dit verband heeft ontwikkeld, geldt dat deze zien op de nationale besluitvormingsprocedure. Tegelijkertijd kunnen de eisen ook gelden in de fase voor de rechter. In de kern rust in milieukwesties op de Staat de verplichting om voorafgaand aan een te nemen maatregel met potentiële gevolgen voor de gezondheid/het milieu onderzoek te (laten) verrichten. Daarnaast dienen de betrokkenen de beschikking te krijgen over de voor hen relevante informatie (doorgaans op verzoek). Verder geldt dat het publiek in voldoende mate in de besluitvormingsprocedure moet worden betrokken. Dit vereiste houdt sterk verband met het recht op informatie. Interessant was verder dat het EHRM in *Tătar*<sup>319</sup> het voorzorgsbeginsel introduceerde. Op grond van dit beginsel staat onzekerheid over de intreding van schadelijke gevolgen voor de gezondheid in milieu gerelateerde kwesties er niet aan in de weg dat de Staat verplicht kan zijn om maatregelen te treffen die de gevaren beperken. Om zo onomkeerbare milieu

---

318 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 42. Illustratief in dit verband zijn de zaken: EHRM 16 december 1992, zaaknr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*); EHRM 16 december 1997, zaaknr. 136/1996/755/954, (*Camenzind t. Zwitserland*); EHRM 16 april 2002, *EHRC* 2002, 6, m.nt. Janssen, par. 43 en 48-49 (*Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk*) waarin het gaat om een huiszoeking in een onderneming. Voor deze studie is vooral het punt van de al dan niet vereiste voorafgaande rechterlijke machtiging van belang.

319 EHRM 27 januari 2009, *AB* 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

(en daarmee gezondheids)schade te voorkomen. Niet duidelijk uit de jurisprudentie volgt om welke maatregelen het dan dient te gaan. Wel refereerde het Hof in deze uitspraak aan de mogelijke 'onomkeerbare schade' die zich voor kan doen, en dit markeert het belang van het treffen van *voorafgaande* maatregelen.

In de derde plaats volgde de procedurele tendens in leefomgevingszaken. In dit type zaken heeft het Hof procedurele eisen voor zowel de uitvoerende autoriteiten als de rechterlijke autoriteiten in het leven geroepen. Bovendien werd duidelijk dat kwetsbare groepen extra bescherming dienen te krijgen in de nationale procedure. Het feit dat het om een kwetsbare groep gaat, is een factor waarmee in de nationale belangenafweging rekening moet worden gehouden. De mate van inmenging, en de vraag of het gaat om 'intimate or key rights' is van invloed op de *margin* die het Hof de Staat laat, en de materiële en procedurele verplichtingen die het vervolgens stelt.

In de vierde plaats is ingegaan op privacy gerelateerde kwesties, waarbij het ging om de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie. Deze verplichting raakt aan de informatieplicht in milieukwesties. De kern procedurele verplichting in privacy kwesties ziet op het bieden van de mogelijkheid om een weigering van een informatieverzoek aan te vechten. Dit betekent dus dat betrokkene een rechtsmiddel moet kunnen aanwenden en daarnaast dient sprake te zijn van 'hoor en wederhoor'. Het Hof benadrukt verder het belang van een toegankelijke procedure in de gevallen dat het gaat om informatie die van 'vital interest' is voor de betrokkene.

In de vijfde plaats volgde het privé- en familieleven in relatie tot vreemdelingenrechtelijke kwesties. Het EHRM heeft steeds meer procedurele garanties onderdeel gemaakt van artikel 8 EVRM in vreemdelingenrechtelijke kwesties. Zo toont de voortvarendheid waarmee besluiten ten uitvoer worden gelegd raakvlakken met het redelijke termijn vereiste van artikel 6 EVRM. Onder artikel 6 EVRM geldt tenslotte dat rechterlijke uitspraken binnen een redelijke termijn dienen te worden gedaan, en ook moeten uitspraken daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd. Onder artikel 8 EVRM wordt de voortvarendheid ten aanzien van de daadwerkelijke uitzetting zowel van betekenis voor de nationale uitvoerende autoriteiten als de rechterlijke autoriteiten. Artikel 8 EVRM brengt de verplichting met zich om voortvarend uitvoer te geven aan een uitzettingsbesluit. Ook de toegankelijkheid van een effectief rechtsmiddel kan onderdeel zijn van artikel 8 EVRM.<sup>320</sup> Daarnaast heeft het Hof een voorwaardelijke positieve verplichting geformuleerd om voortvarend en soepel te werk te gaan in gezinsherenigingsprocedures. Voorwaardelijk, omdat de betrokkene wel over de vluchtelingenstatus moet beschikken.<sup>321</sup> Bovendien

---

320 EHRM 13 december 2012, *EHRC* 2013, 43, *JV* 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*) en EHRM 10 januari 2012, *AB* 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*).

321 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Mugenzi t. Frankrijk*).

kan onder omstandigheden ook het ontbreken van een procedure op tegenspraak<sup>322</sup> binnen het bereik van artikel 8 EVRM worden gebracht.

Tot slot, en in de zesde plaats, is kort stilgestaan bij de procedurele eisen die gelden in het geval van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden. Een relevante bevinding in het kader van dit onderzoek is dat ook in dit type zaken duidelijk werd dat hoe ingrijpender de inmenging, des te groter de noodzaak van procedurele waarborgen ter bescherming van het recht van het individu.

#### 6.4 De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde

Onder de procedurele component van artikel 8 EVRM bevinden zich ook typische 6 EVRM-eisen als de redelijke termijn en het horen van de betrokkenen. Ook de tenuitvoerlegging van de uitspraak neemt het Hof in sommige gevallen mee onder artikel 8 EVRM. De aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel behandelt het Hof doorgaans in combinatie met artikel 13 EVRM. De procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM zien we, uitzonderingen daargelaten, niet als zodanig terug onder artikel 6 en/of 13 EVRM. In het bijzonder niet wanneer deze eisen lijken te zijn gericht op de uitvoerende fase. Evenmin brengen laatstgenoemde procedurele artikelen de verplichting met zich om een onderzoek te doen in het geval van mogelijke gevaren/risico's voor het milieu/de gezondheid, of om de betrokkenen te informeren. Deze procedurele verplichtingen formuleerde het EHRM daarom onder artikel 8 EVRM. Ter effectivering van dit recht en ook vanwege de ruime *margin* die een al te inhoudelijke sturing vanuit Straatsburg onder dit artikel verhindert.

Verder is artikel 6 EVRM, als bekend, niet van toepassing op het terrein van het vreemdelingenrecht.<sup>323</sup> Toepassing over de band van artikel 8 EVRM en/of 13 EVRM kan een omzeiling van dit verbod betekenen, met *de facto* een verruiming van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM tot gevolg.<sup>324</sup>

Naast de eerder in dit hoofdstuk besproken EHRM-zaken,<sup>325</sup> kan ook in *Borisov* tegen Litouwen<sup>326</sup> een voorzichtige beweging worden gevonden van het inlezen van een 6 EVRM-waarborg in artikel 8 EVRM.<sup>327</sup> Voorzichtigheid

322 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild (*Al Nashif t. Bulgarije*); EHRM 27 december 2011, *JV* 2012, 166 (*Alim t. Rusland*).

323 Opnieuw: Van Dijk e.a. 2006, p. 530 en: EHRM 5 oktober 2000, *EHRC* 2000, 84, m.nt. A.W. Heringa, par. 36-40 (*Maaouia t. Frankrijk*). Zie ook uitvoerig over deze uitspraak, en de uitsluiting van artikel 6 EVRM en de relatie tot het Zevende Protocol (artikel 1): Bryan & Langford 2010.

324 In de hierna te bespreken zaken *Al Nashif*, *De Souza Ribeiro* (Grote Kamer), *Kaplan*, *Butt* en *Mugenzi* lijkt het Hof de toepassing van artikel 6 EVRM via artikel 8 en 13 EVRM eveneens te verruimen.

325 Zie paragraaf 6.3.5.

326 EHRM 14 juni 2011, *EHRC* 2011, 120, m.nt. J.H. Gerards (*Borisov t. Litouwen*).

327 EHRM 14 juni 2011, *EHRC* 2011, 120, m.nt. J.H. Gerards (*Borisov t. Litouwen*).

is geboden nu het om een van de rol geschrapte zaak gaat en het Hof de klacht dus niet inhoudelijk behandelt.<sup>328</sup> Het Hof gaat in deze zaak in op de gevolgen van de lange duur van de procedure van de vergunningverlening voor de rechten van klager onder artikel 8 EVRM. Dit laatste impliceert een toepassing van het redelijke termijnvereiste (zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM) in het vreemdelingenrecht.

Een duidelijkere beweging, en daarmee een stap verder gaat het Hof in de zaak *G.R.* tegen Nederland.<sup>329</sup> Niet over de band van een materiële bepaling dit keer, maar via het procedurele artikel 13 EVRM wordt een typische artikel 6 EVRM eis toegepast in een vreemdelingenzaak. Het Hof oordeelt in deze zaak dat de nationale autoriteiten (de toenmalige minister van Vreemdelingenzaken en Integratie en hierin gevolgd door de rechtbank) zich excessief formalistisch hebben opgesteld. Zij hebben namelijk extra documenten gevorderd om een uitzondering mogelijk te maken op het betalen van *leges* in de procedure voor een vergunningaanvraag in het kader van gezinshereniging onder artikel 8 EVRM. Het Hof ziet niet in waarom klager, naast de loonstrook van de bijstandsuitkering van zijn echtgenote en de officiële documenten waaruit blijkt dat hij getrouwd is en op hetzelfde adres als zijn vrouw woont, ook nog een verklaring van zijn bezittingen en inkomsten had moeten overleggen. Daarnaast heeft hij moeten aantonen dat zijn echtgenote alles in het werk heeft gesteld om op andere wijze aan geld te komen om de *leges* te kunnen betalen. Dit acht het Hof des te opmerkelijker nu het inkomen van klager bij de lokale autoriteiten bekend is.<sup>330</sup> Deze excessief formalistische houding heeft ertoe geleid dat klager in strijd met artikel 13 EVRM een overigens effectief rechtsmiddel en toegang tot een rechter is onthouden. Daar komt bij dat het Hof het te betalen bedrag aan *leges* van 830 euro niet in verhouding vindt staan tot het (bijstands)inkomen van het gezin van klager van 988 euro per maand. Het Hof komt dus tot een schending van artikel 13 EVRM.<sup>331</sup>

Over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM merkt het Hof nog het volgende op. Het Hof deelt de opvatting van de Nederlandse regering dat het hier in feite gaat om een beperking van het recht op toegang tot de rechter. Een typische 6 EVRM-eis die tenslotte geen toepassing zou mogen krijgen in een

---

328 Zie de annotatie van Gerards onder punt 6.

329 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*). Zie meer recent ook de ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in de zaak: *N. e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12 (*N. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*)). De klacht van klager die erop ziet dat zij op grond van artikel 6 EVRM moest worden gehoord alvorens naar Sri Lanka te worden uitgezet, vat het Hof op als een klacht die zo is te herformuleren dat deze onder artikel 13 EVRM valt (voorafgaand aan uitzetting onderzoek klacht 3 EVRM en dus rechtsmiddel met schorsende werking) en derhalve beoordeeld dient te worden. Zie par. 128 van de ontvankelijkheidsbeslissing.

330 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 53 en 54 (*G.R. t. Nederland*).

331 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 55 (*G.R. t. Nederland*).

vreemdelingenzaak als de onderhavige. Maar het Hof rekent tot een effectief rechtsmiddel zoals verwoord in artikel 13 EVRM ook een toegankelijke procedure en vindt zoals gezegd dat klager in deze zaak ten onrechte de toegang tot een rechter en een effectief rechtsmiddel is onthouden.<sup>332</sup> Over de band van artikel 13 EVRM brengt het Hof dus een typische 6 EVRM eis, namelijk het recht op toegang tot de rechter, binnen het bereik van het vreemdelingenrecht. Waarom kiest het Hof er in deze zaak voor om over de band van artikel 13 EVRM een typische artikel 6 EVRM waarborg toe te passen? Het Hof had er tenslotte ook voor kunnen kiezen om het in te lezen in artikel 8 EVRM. Misschien dat de toegankelijkheid van de procedure sterker verband houdt met het recht op een effectief rechtsmiddel?<sup>333</sup> De latere uitspraak van de Grote Kamer in de hiervoor besproken zaak *De Souza Ribeiro*<sup>334</sup> lijkt ook in deze richting te wijzen. In deze zaak oordeelde het Hof dat klager onder artikel 13 EVRM evenmin over een *toegankelijk* effectief rechtsmiddel beschikte.

Wat is nu de toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM ten opzichte van de procedurele eisen van 6 en 13 EVRM?

Allereerst lijken veel van de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM zich op de besluitvormingsfase te richten. Daarmee zijn deze eisen van toegevoegde waarde, omdat artikel 6 EVRM in principe niet ziet op het horen/informeren van de betrokkene in de besluitvormingsfase. Evenmin voorziet artikel 13 EVRM in deze plichten. Ook het doen van voorafgaand onderzoek naar mogelijke gevaren voor de gezondheid/het milieu ligt niet besloten in het recht op toegang tot de rechter of een effectief rechtsmiddel. Voor zover in sommige gevallen 6 EVRM-waarborgen in de toets onder artikel 8 EVRM worden meegenomen, is dit vooral vanuit pragmatisch oogpunt. Dit laat echter onverlet dat deze waarborgen dan dus wel een rol kunnen spelen onder het recht op privéleven.

In de tweede plaats kan via het materiële recht op respect voor het privéleven en/of via artikel 13 EVRM een typische 6 EVRM-eis van toepassing zijn in vreemdelingenrechtelijke kwesties. Dit heeft dus een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 6 EVRM tot gevolg, en brengt nieuwe verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich en extra procedurele waarborgen voor de rechtszoekende.

In beide gevallen zijn de procedurele 8 EVRM-waarborgen die in de EHRM-jurisprudentie zijn ontwikkeld van meerwaarde ten opzichte van de reeds bestaande procedurele eisen die expliciet uit het EVRM volgen.

---

332 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 50 en 55 (*G.R. t. Nederland*).

333 Zie ook: Barkhuysen 2012 over excessief formalisme in het bestuursrecht.

334 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

## 6.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Het EHRM laat na om bij de formulering van positieve verplichtingen (materieel en procedureel) expliciet het type nationale actor aan te wijzen die met deze verplichtingen is belast. Voor een antwoord op de vraag of de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM zich tot het uitvoerend orgaan of de rechter richten, kan niettemin een aanknopingspunt worden gevonden in de aard van de zaak, de mogelijke onomkeerbare schade<sup>335</sup> en het type procedurele verplichtingen.

Bij het verlenen van een vergunning op grond waarvan voor het milieu en de gezondheid schadelijke stoffen worden verwerkt, kan het van belang zijn dat de betrokkenen *vooraf* worden geïnformeerd over de mogelijke gevolgen voor hun gezondheid/leefomgeving. De fase waarin deze informatievoorziening plaatsvindt, is vaak het stadium waarin de uitvoerende autoriteit aan zet is. Al in de besluitvormingsfase dienen de betrokken partijen tenslotte (op verzoek) te worden geïnformeerd en/of te worden gehoord. Ook dient voorafgaand aan een eventuele vergunningverlening onderzoek te worden verricht door experts.<sup>336</sup> Verder zijn in zaken waarin het gaat om een uithuisplaatsing van een kind de uitvoerende autoriteiten (inclusief deskundigen) bij uitstek in de positie om informatie te verstrekken, onderzoek te doen, een procedure op tegenspraak te organiseren en in voldoende mate rekening te houden met wat in het beste belang van het kind is.<sup>337</sup> De aard van de zaak en de moeilijk terug te draaien beslissing tot uithuisplaatsing maken in dit geval dus dat bepaalde procedurele waarborgen al in de besluitvormingsfase moeten worden nageleefd. Dit verhindert echter niet dat in dit soort zaken (sommige van) deze eisen ook in de rechterlijke fase gelden, en blijven gelden. De rechter neemt overigens ook doorgaans het uiteindelijke uithuisplaatsingsbesluit.

In het geval van de inzet van geheime strafrechtelijke bevoegdheden verhindert het karakter van deze bevoegdheden dat de betrokkene vooraf een notificatie ontvangt. Toch dient bij voorkeur voorafgaand aan een dergelijke ingrijpende maatregel een (onafhankelijke) rechterlijke toets plaats te vinden. Een rechterlijke toets, hoewel de bevoegdheid op de voorfase ziet. Dit is meteen illustratief voor de moeilijkheid van het aanwijzen van welke nationale actor aan zet is, nu dit door elkaar kan lopen. Indien de rechterlijke toets niet mogelijk is, kan met behulp van procedurele waarborgen achteraf toch recht worden gedaan aan de rechten van betrokkene ex artikel 8 EVRM. Ook kan

---

335 Zie ook de hoofdstukken 4 en 5 over de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM, waarbij toch met name de uitvoerende autoriteiten (inclusief experts) in eerste instantie belast zijn met de snelle start van het onderzoek en het verdere voorspoedige verloop en de veiligstelling van bewijs.

336 Zie paragraaf 6.3.2.

337 Zie paragraaf 6.3.1.

de onherstelbare schade ertoe leiden dat voorafgaand aan de inmenging een rechterlijke toets plaats moet vinden.<sup>338</sup>

Verder is het type verplichting relevant voor de beantwoording van de vraag of de uitvoerende autoriteit of de rechterlijke macht belast is met het naleven van de procedurele verplichting. Veel van de eisen die het Hof heeft geformuleerd onder artikel 8 EVRM zien op een zorgvuldige besluitvormingsprocedure en gelden daarmee veelal in de besluitvormingsfase. Sommige procedurele eisen kunnen zowel een rol spelen in de besluitvormingsfase als in de fase voor de rechter. Bijvoorbeeld het beginsel van hoor en wederhoor en ook de plicht om te motiveren. Ook is het tot slot denkbaar dat het verzuim van een procedurele plicht door het bestuur kan worden hersteld in de rechterlijke fase (mits deze toegepast kan worden door de rechter). Het EHRM beziet de procedure immers op zijn totaliteit.<sup>339</sup>

## 6.6 CONCLUSIE

Onder artikel 8 EVRM heeft het Hof op diverse rechtsterreinen een ruime verzameling procedurele verplichtingen ingelezen. In deze concluderende paragraaf voert het te ver om de procedurele waarborgen die onderdeel zijn van het materiële recht op bescherming van het privé- en familieleven op de diverse rechtsterreinen volledig weer te geven. Daarvoor verwijs ik dan ook naar paragraaf 6.3 van dit hoofdstuk. Voor de diverse rechtsterreinen geldt dat veel van deze procedurele waarborgen zien op een zorgvuldige besluitvorming. Hierbij gaat het dan (niet uitputtend) om het tijdig informeren van betrokkenen, het horen en het doen van voorafgaand onderzoek naar eventuele hinder voor de leefomgeving. Ook een voortvarende besluitvorming en de daadwerkelijke tenuitvoerlegging kunnen in artikel 8 EVRM worden ingelezen. Veel van de procedurele verplichtingen onder dit artikel lijken te zijn gericht tot de uitvoerende autoriteiten, maar dit neemt niet weg dat deze procedurele verplichtingen ook voor de rechter (kunnen) gelden. Voor de vraag welke nationale autoriteit belast is met de uitvoer van deze verplichtingen bieden de aard van de zaak, het type verplichting en de vraag of eventuele onomkeerbare schade dreigt aanknopingspunten.

In essentie zijn de in paragraaf 6.3 vermelde procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in artikel 8 EVRM terug te brengen tot de volgende bevindingen. Om te beginnen komt de Staat onder artikel 8 EVRM een ruime *margin of appreciation* toe. Deze beoordelingsruimte heeft echter geen consequenties voor het formuleren van positieve procedurele verplichtingen. Sterker nog: de ruime inhoudelijke beoordelingsruimte van de Staat biedt voor het Hof juist een

---

338 Zie paragraaf 6.3.6.

339 Het Hof spreekt van 'as a whole'.

opening om procedurele eisen te formuleren. De procedurele verplichtingen staan immers naar hun aard in een wijder verband tot de inhoud van de zaak dan de materiële positieve verplichtingen. Bovendien bestaat er een relatie tussen de omvang van de inhoudelijke ruimte die het Hof de Staat onder artikel 8 EVRM laat, en de aanwezigheid van procedurele garanties in de nationale procedure. Hoe meer procedurele garanties bestaan en hoe meer gewicht aan de belangen van de betrokkene op nationaal niveau is toegekend, des te meer inhoudelijke beoordelingsruimte de Staat toekomt.

In de tweede plaats is ook de 8 EVRM-jurisprudentie casuïstisch van aard. Dit maakt het opnieuw lastig om meer algemene conclusies aan de uitspraken van het Hof te verbinden. Toch brengt de bestudering van deze EHRM-jurisprudentie een aantal factoren die houvast bieden om het voor de betrokken partijen mogelijk te maken om te anticiperen op de uitspraken van het Hof. Deze factoren fungeren bovendien als een alarmbel voor de nationale autoriteiten om in sommige gevallen extra zorgvuldig te werk te gaan en, indien aan de orde, de belangenafweging af te stemmen op de uit de EHRM-jurisprudentie voortvloeiende (materiële en procedurele) eisen.

Het fundamentele karakter van het recht is de eerste factor die kan dienen als handvat én als waarschuwingssignaal. Hoe fundamenteler het recht, hoe meer waarde het Hof hecht aan procedurele zorgvuldigheidseisen in de nationale procedure. Zo kan het op het spel staan van iemands vitale belang (toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie) of iemands 'intimate or key rights' (Roma zaken) reden te meer zijn voor het Hof om van de Staten te verlangen dat in het nationale recht is voorzien in een toegankelijke en effectieve procedure.

De tweede factor is een mengvorm van de ernst van de inmenging in het recht en de daarmee doorgaans gepaard gaande ernstige gevolgen voor de betrokkene en de onomkeerbare schade. De onomkeerbare mogelijke schade die kan ontstaan door het nemen van een maatregel of het nalaten daarvan, activeert de verplichting voor de nationale autoriteiten om de procedurele maatregelen na te leven (onder meer het doen van zorgvuldig onderzoek). Zo kan voorkomen worden dat deze onomkeerbare schade zich realiseert. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in uithuisplaatsingszaken (ten aanzien van de onomkeerbaarheid van de besluiten), maar ook in milieuzaken (zij het voorzichtiger) en zelfs (zij het nog voorzichtiger) in bronbeschermingszaken. Wanneer de ernst van de aantasting van het recht en het (fundamentele) belang van de persoon in kwestie als uitgangspunt worden genomen, vervaagt op onderdelen het onderscheid tussen de absolute en relatieve rechten. Een ernstige aantasting van iemands absolute fundamentele recht of vitale belang onder een relatief recht leidt er in beide gevallen toe dat het Hof de aanwezigheid van procedurele eisen in het nationale recht onderstreept en aanscherpt. Een inmenging in een absoluut recht als het recht op leven, is per definitie ernstig en levert direct een schending op. De positieve verplichtingen onder dit artikel toetst het Hof dan ook streng. In de gevallen waarin een vitaal

belang onder artikel 8 EVRM ernstig wordt aangetast, gelden ook strenge procedurele eisen, net als onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Het Hof differentieert dus binnen artikel 8 EVRM. Het ene door artikel 8 EVRM beschermde deelbelang krijgt meer procedurele bescherming dan het andere in de nationale procedure. Dit is afhankelijk van de ernst van de aantasting en in welk deelbelang een inmenging plaatsvindt. Hierdoor vervaagt op punten het onderscheid tussen de de procedurele eisen onder de absolute en relatieve rechten.

De derde factor ziet op het behoren tot een kwetsbare groep en de implicaties die dit kan hebben voor de nationale belangenafweging. In de gevallen dat het gaat om een inmenging in het recht van een persoon behorend tot een kwetsbare groep, heeft het Hof positieve procedurele verplichtingen geformuleerd. In de belangenafweging moet rekening worden gehouden met het feit dat het gaat om personen die deel uit maken van een kwetsbare groep. De wijze waarop hier uiteindelijk rekening mee wordt gehouden, wordt materieel ingevuld, maar de plicht om dit te doen is procedureel van aard. Bovendien kan het behoren tot een kwetsbare groep ook de procedurele verplichting activeren om voortvarend te werk te gaan en betrokkenen te horen. Dit bevestigt opnieuw de wisselwerking tussen de materiële en procedurele component binnen een en dezelfde zaak. De inhoudelijke kwetsbaarheidscomponent activeert de procedurele verplichting.

De vierde factor houdt verband met factor drie en ziet op het beste belang van het kind. De verplichting om in de nationale belangenafweging rekening te houden met het belang van het kind is opnieuw een procedurele verplichting die vervolgens in de daadwerkelijke besluitvorming materieel wordt ingevuld.

Voormelde factoren maken het mogelijk om in de enorme brei zaaksgebonden EHRM-jurisprudentie orde aan te brengen. Zo kan de nationale praktijk op voorhand zoveel mogelijk conform de EVRM-standaarden worden ingericht.

In hoeverre zijn de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM nu van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Om te beginnen kunnen over de band van artikel 8 en/of 13 EVRM in het vreemdelingenrecht 6 EVRM-eisen worden toegepast. Hierbij gaat het om eisen als de voortvarendheid met betrekking tot de duur van de procedure, het horen en ook de toegang tot een effectief en toegankelijk rechtsmiddel. Onder omstandigheden kunnen deze eisen dus onderdeel zijn van artikel 8 EVRM en zo van toepassing worden op het vreemdelingenrecht. Het Hof heeft met het inlezen van procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM dit materiële artikel niet alleen een procedurele betekenis heeft gegeven. Het Hof heeft daarnaast via dit artikel, en soms via artikel 13 EVRM, het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op het vreemdelingenrecht omzeild. Daarmee heeft het Hof het aantal procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten op dit rechtsgebied uitgebreid. In dit opzicht zijn de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM van toegevoegde waarde. Deze waarborgen leveren nieuwe procedurele

verplichtingen op ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM. Bovendien breiden zij de fase waarin en het terrein waarop deze eisen gelden uit.

Tot slot maakt het enorme toepassingsbereik van artikel 8 EVRM dat veel zaken raken aan de door dit artikel beschermde belangen. Dit onderstreept het belang voor alle nationale actoren om op de hoogte te zijn van de verplichtingen/aanspraken die hieruit voortvloeien.

