

KRONIEK EU EN MENSENRECHTEN

Juni 2022 - september 2022

Malu Beijer, Bas van Bockel, Nienke van der Have & Aniel Pahladsingh *

Samenvatting | Deze kroniek signaleert en becommentarieert de belangrijkste mensenrechtelijke ontwikkelingen in de EU, met nadruk op mensenrechtelijk relevante beleidsontwikkelingen en institutionele ontwikkelingen. Daarnaast is er regelmatig aandacht voor mensenrechtelijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2023/07

Inleiding

Na de pandemie werd het afgelopen jaar op Europees niveau gedomineerd door allerlei maatregelen als gevolg van de Russische oorlogsagressie in Oekraïne en de daarmee samenhangende energiecrisis en de ontstane hoge inflaties in Europa. Toch sloot de Europese Unie af met een vrij onverwacht en ongekend schandaal dat zich binnen de eigen institutionele gelederen lijkt hebben afgespeeld.

Meerdere (oud-)Europarlementariërs zouden steekpenningen van Qatar hebben ontvangen. Eva Kaili, tot voor kort vicevoorzitter van het Europees Parlement, en oud-Europarlementariër Pier Antonio Panzeri vervullen hoofdrollen in dit schandaal. Zij werden tezamen met anderen gearresteerd en bij huiszoekingen van verschillende andere Europarlementariërs en hun medewerkers werden grote sommen contant geld aangetroffen. Qatar zou druk bezig zijn geweest om diens imago op te poetsen. Sinds het land de organisatie van het WK voetbal ter hand heeft genomen heeft het vooral veel negatieve publiciteit ontvangen. Er gaat van alles mis op het terrein van de mensenrechten. Arbeidsmigranten verricht(t)en hun werk in erbarmelijke omstandigheden. Voor velen leidde dit zelfs tot dodelijke afloop. Ook is er veel aan te merken op de bescherming van de lhbtq+-personen in het land.¹ Qatar staat daarmee niet goed te boek.

De onthullingen over de mogelijke betrokkenheid van (oud-)leden van het Europees Parlement bij de Qatarese omkoppingen hebben velen gechoqueerd.² Het leidt inmiddels (terecht) tot grote verontwaardiging. Het omkooptschandaal werpt een schaduw op het aanzien van de EU als geheel. De waarden van de democratie, de rechtsstaat en de eerbiediging van de mensenrechten zouden hoog in het vaandel staan. Ze maken immers een belangrijk onderdeel uit van het interne en het externe beleid van de EU en de EU spreekt haar lidstaten erop aan.

■ Mr. dr. M.P. Beijer is senior wetgevingsadviseur EU-recht en grondrechten bij de Afdeling advisering van de Raad van State en daarnaast research fellow bij de Radboud Universiteit. Mr. dr. Nienke van der Have is Programme Officer bij het EU Grondrechtenagentschap. Mr. A. Pahladsingh is senior EU jurist bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbanken Rotterdam en Amsterdam. De auteurs schrijven deze kroniek op persoonlijke titel.

1 Zie bijv. VN Mensenrechtenraad (25 april 2022), 'Concluding observations of the initial report of Qatar', https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2537&Lang=en.

2 Zie bijv. 'Corruption scandal 'damaging' to EU credibility, says Charles Michel', *Politico* 21 december 2022, www.politico.eu/article/charles-michel-corruption-scandal-european-union-qatargate/.

De instellingen willen het (bij tijden al wankel) vertrouwen in de EU nu snel herwinnen. Onder meer heeft Von der Leyen al voorgesteld om een ethische commissie op te richten om alle EU-instellingen te controleren. Eva Kaili werd daarnaast onmiddellijk uit haar fractie en haar functie gezet en bevindt zich op het moment van schrijven in een Brusselse gevangenis. Hoewel Eva Kaili al een gedeeltelijke bekentenis zou hebben afgelegd, ligt de onderste steen nog niet boven. Ongetwijfeld volgen er meer saillante onthullingen rondom het schandaal en wordt duidelijk hoe groot de betrokkenheid van andere leden uit het Brusselse circuit bij deze praktijken is.

Te midden van dit schandaal schrijven wij aan het eind van dit jaar over een aantal belangrijke ontwikkelingen op mensenrechtelijk vlak die zich in de laatste maanden van het jaar binnen de Unie hebben voorgedaan. Wij berichten u over de vorderingen op de regulering van kunstmatige intelligentie en de strijd tegen de rechtsstatelijke achteruitgang van Hongarije. Daarnaast wordt een aantal interessante arresten van het Hof van Justitie besproken waar invulling is gegeven aan het EU Handvest. Aan de orde komen: de Anti-witwasrichtlijn en het zogeheten UBO-register, het recht op een eerlijk proces in strafzaken en een tweetal arresten op het terrein van het migratierecht over de ambtshalve toetsing in bewaringszaken en de vraag of ernstig zieke derdelanders kunnen worden uitgezet.

Vanaf heden schrijven we deze kroniek helaas zonder de zeer enthousiasmerende inzet van Bas van Bockel. Zijn humoristische en scherpe observaties over al hetgeen zich op het bredere politieke strijdtoneel van de EU voordoet en waartegen de mensenrechtelijke ontwikkelingen op EU-niveau mede moeten worden begrepen, zullen worden gemist. Wij danken hem voor zijn inzet om de bredere ontwikkelingen op het EU-niveau en de geopolitieke dimensie daarvan telkens goed voor het voetlicht te brengen en in deze mensenrechtelijke kroniek te verweven. Wij wensen hem veel succes bij zijn andere werkzaamheden, voor nu en in de toekomst.

Kunstmatige intelligentie

Kunstmatige Intelligentie (*Artificial Intelligence*, AI) is inmiddels alomtegenwoordig en iedereen heeft er – bewust of onbewust – wel eens mee te maken. Van het aanvragen van bepaalde publieke voorzieningen zoals toeslagen of subsidies tot de informatie die je te zien krijgt in je sociale media *feed*: steeds meer beslissingen worden genomen door of met behulp van AI. Na het toeslagenschandaal mag het geen verrassing meer heten dat deze beslissingen ook inbreuk kunnen maken op fundamentele rechten. In het toeslagenschandaal heeft een gecompliceerde set van factoren uiteindelijk geleid tot schrijnende uitkomsten voor duizenden gedupeerde ouders en gezinnen. Eén van die factoren was het gebruik van een algoritme door de Belastingdienst dat mensen onterecht profileerde als fraudeurs, mede op basis van dubbele nationaliteit.³

Om ervoor te zorgen dat AI niet leidt tot beslissingen die fundamentele rechten schenden is regelgeving nodig. De EU-instellingen zijn daar al een poosje druk mee bezig. In de eerste kroniek van 2022, waar we aandacht schonken aan verschillende wetsvoorstellen op het terrein van de regulering van digitale technologieën, werd al even kort gerefereerd aan het voorstel

3 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, 'Ongekend onrecht', Bijlage bij *Kamerstukken II 2020/2021*, 35510, nr. 2, 17 december 2020, 20201217_eindverslag_parlamentaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf (tweedekamer.nl), p. 14.

voor een verordening betreffende AI, de zogeheten *AI Act*.⁴ De Commissie kwam in april 2021 met het voorstel en na intensieve onderhandelingen werden de lidstaten op 6 december 2022 het eens over hun gemeenschappelijke aanpak.⁵ Dat betekent nog niet dat de onderhandelingen voorbij zijn. Het Europees Parlement (EP) moet ook nog haar positie bepalen voordat de trilogie van start kunnen gaan, waar naar verwachting op zijn vroegst begin 2023 de stemmingen zullen plaatsvinden. Met een recordaantal van 3312 ingediende amendementen – nog meer dan bij de Algemene Verordening Gegevensbescherming in 2013 – is het komen tot een gemeenschappelijke positie voor de rapporteurs in het EP geen gemakkelijke opgave.⁶

Het voorstel voor de *AI Act* is gebaseerd op een risico-model. Het bevat regels voor AI-systemen met een onaanvaardbaar, hoog of beperkt risico. De gevaarlijkste vormen van AI worden verboden, waarmee ook fundamentele rechten worden beschermd. Een voorbeeld is het toekennen van een 'sociale score' aan individuen door de overheid als dit leidt tot ongunstige behandeling (Artikel 5). Daarnaast bevat het voorstel uitgebreide verplichtingen voor hoog-risico AI. Wat hoog-risico AI inhoudt wordt grotendeels omschreven in Bijlage III en de classificatie hangt samen met de risico's voor gezondheid, veiligheid en fundamentele rechten. Het gaat bijvoorbeeld over AI-systemen die worden gebruikt voor biometrische identificatie op afstand of AI-systemen die door of namens overheidsinstanties worden gebruikt om te beoordelen of mensen in aanmerking komen voor overheidsuitkeringen en -diensten, evenals voor het intrekken of terugvorderen van dergelijke uitkeringen en diensten (Bijlage III, punt 1, onder a en punt 5 onder a). Onder deze laatste omschrijving zou bijvoorbeeld het hierboven omschreven algoritme van de Belastingdienst vallen. Als een AI-systeem is gecategoriseerd als hoog risico zullen allerlei documentatie- en transparantievereisten gaan gelden (zie bijvoorbeeld Artikel 11 en 13), moet het AI-systeem een conformiteitsbeoordeling ondergaan voordat het in gebruik mag worden genomen (Artikel 43) en ook daarna moet er een systeem voor risicobeheer zijn (Artikel 9). In het kader van deze verplichtingen voor een conformiteitsbeoordeling en risicobeheer spelen veiligheid maar – als het aan de Raad en het EP ligt – ook fundamentele rechten een belangrijke rol spelen. Daarbij zou moeten worden gekeken naar de fundamentele rechten die kunnen worden geraakt gezien het doel van het hoog-risico AI-systeem (Artikel 9, tweede lid, onderdeel a van de gemeenschappelijke aanpak van de Raad).

Het EU Grondrechtenagentschap pleit sinds 2020 en de publicatie van haar rapport over AI en fundamentele rechten al voor zo'n *ex ante* beoordeling van AI en *ex post* vormen van risicobeheer met betrekking tot (mogelijke) inbreuken op fundamentele rechten, zoals die nu worden besproken in het kader van de *AI Act*.⁷ In december 2022 is een nieuw rapport verschenen

4 Zie *NTM/NJCM-Bull.* jaargang 47 (2022), afl. 1; Voorstel voor een verordening 2021/0106 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>.

5 Tekst van de gemeenschappelijke aanpak waarover op 6 december is gestemd: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/en/pdf>.

6 De Verordening betreffende AI trok 3312 individuele amendementen aan, 2021/0106(COD), 13 juni 2022, www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ40-AM-732844_EN.pdf. De Algemene Verordening Gegevensbescherming trok in 2013 3133 individuele amendementen aan, 012/001(COD), 8 maart 2013, www.euro-parl.europa.eu/cmsdata/59691/att_20130508ATT65826-1904109918722471199.pdf.

7 EU Grondrechtenagentschap, *Getting the future right: Artificial Intelligence and fundamental rights*, Luxemburg: Publication Office of the European Union 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf.

van het Grondrechtenagentschap over AI, ditmaal met een specifieke focus op non-discriminatie.⁸ Voor het rapport zijn verschillende soorten algoritmische modellen ontwikkeld en getest (modellen die voorspellen waar en wanneer criminele activiteiten zullen plaatsvinden en tekstmodellen die voorspellen wanneer bepaalde uitspraken beledigend zijn) om te zien hoe vooroordelen in AI-systemen kunnen kruipen en wat er tegen gedaan kan worden. Het rapport toont aan dat vooroordelen die in de zogenoemde trainingsdata (zie Artikel 3, onderdeel 29 AI Act) voorkomen, door een algoritme kunnen worden versterkt. Daarnaast kan een algoritme ook zelf vooroordelen bevatten of overreageren op bepaalde factoren/termen. Wederom is de conclusie: bezint eer ge begint, en het advies is om ook na het in gebruik nemen van een AI-systeem doorlopend te testen op discriminatie.

Ten slotte mag na deze bespreking van de vorderingen om AI te reguleren in EU-verband, niet onvermeld blijven dat ook de Raad van Europa (RvE) is begonnen met onderhandelingen over een bindend internationaal verdrag over AI, mensenrechten, democratie en de rechtsstaat. Nadat een ad hoc Comité voorbereidend werk verrichtte, is in april van dit jaar het Comité voor Kunstmatige Intelligentie (CAI) van start gegaan met het ontwerpen van dit verdrag. Het zal interessant zijn om te volgen hoe de onderhandelingen over de *AI Act* en dit RvE-verdrag elkaar beïnvloeden en hoe de uiteindelijke instrumenten zich tot elkaar verhouden. De hoop is natuurlijk dat dit niet zal leiden tot duplicatie en extra bureaucratische lasten voor publieke instanties en bedrijven, maar tot een eenduidige en duidelijke internationale standaard voor het gebruik van AI in lijn met mensenrechten. Laatste stand van zaken (dat wil zeggen bij het schrijven van deze kroniek) is dat de Europese Commissie het voorstel heeft gedaan om namens de lidstaten deel te willen nemen aan de onderhandelingen over dit verdrag.⁹ We houden u op de hoogte van de vervolgentwikkelingen op dit vlak!

Rechtsstatelijke ontwikkelingen

De Hongaarse rechtsstaatsagenda bereikte dit jaar een hoogtepunt, voor sommigen het absolute kookpunt. Victor Orbán deed een (wanhopige) poging om te voorkomen dat Hongarije miljarden euro's uit EU-fondsen zou mislopen en daardoor liepen de gemoederen in Brussel hoog op. Op 6 december 2022 moest de Raad besluiten over zowel het (voorlopig) onthouden van in totaal 13,3 miljard euro aan Hongarije wegens diens verschillende tekortkomingen op het gebied van de eerbiediging van de rechtsstaat, als over een steunpakket van 18 miljard voor Oekraïne en een richtlijn over minimumbelasting voor multinationals. Een doorn in ieders oog was de dreiging van Hongarije om voortgang op deze twee laatste – ook zeer prangende – dossiers te dwarsbomen door daartegen een veto te gaan spreken. In de besluitvorming daarover was unanimiteit vereist.

⁸ EU Grondrechtenagentschap, *Bias in algorithms: Artificial Intelligence and Discrimination*, Luxemburg: Publication Office of the European Union 2022, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf.

⁹ Aanbeveling voor een Besluit Van De Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen namens de Europese Unie over een verdrag van de Raad van Europa inzake artificiële intelligentie, mensenrechten, democratie en de rechtsstaat, COM(2022) 414 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0414&qid=1671099303865>.

Een impasse ontstond, maar die werd uiteindelijk ook doorbroken. De lidstaten krabbelden aanvankelijk een klein beetje terug en vroegen aan de Commissie om nader naar de maatregelen te kijken die Hongarije het afgelopen jaar heeft genomen om de in het land heersende corruptie en fraude aan te pakken. Terwijl de lidstaten ondertussen de druk opvoerden met een plan om dan maar zonder Hongarije een steunpakket voor Oekraïne op te tuigen, werd op 12 december 2022 alsnog een akkoord bereikt en liet Hongarije zijn veto's varen. Van uitstel kwam dus geen afstel. Het bedrag dat aan Hongarije werd onthouden is wel met een half miljard verlaagd. Toch mag het een overwinning heten dat hiermee voor het eerst op succesvolle wijze het financieel rechtsstaatmechanisme werd toegepast.

Er werden twee besluiten genomen die beide een basis kennen in verschillende (rechtsstaat)instrumenten. Als eerste is, op basis van de MFK-rechtsstaatverordening en met een gekwalificeerde meerderheid, besloten om de toekenning van 7,5 miljard euro uit cohesiefondsen op te schorten.¹⁰ Het betreft 65 procent van de middelen die Hongarije uit drie verschillende cohesiefondsen onder het Meerjarig Financieel Kader (2021-2027) kon verkrijgen. De lijst met tekortkomingen die door Hongarije geadresseerd zouden moeten worden is lang en richt zich op overheidsopdrachten, de doeltreffendheid van strafvervolging en op corruptiebestrijding. Hongarije zal bewijs moeten leveren dat het deze problematiek serieus oppakt en de maatregelen tot opschorting van het geld weer kunnen worden ingetrokken. De Commissie zal zich uiterlijk over een jaar – of eerder op verzoek van Hongarije zelf – over de voortgang in Hongarije moeten gaan buigen, waarbij wederom de Raad betrokken zal worden.¹¹

Als tweede is, als zodanig, het herstelplan van Hongarije op basis van de RRF-verordening (de herstel- en veerkrachtfaciliteit dat verbonden is met het coronaherstelfonds), met de vereiste gekwalificeerde meerderheid goedgekeurd. Hongarije was de enige lidstaat wiens herstelplan nog geen goedkeuring had verkregen. De mogelijkheid om op basis van dit herstelplan geld uit het coronaherstelfonds te verkrijgen zou voor het overgrote deel (70 procent van het voor Hongarije beschikbaar gestelde geld) vervallen als per 30 december 2022 geen goedkeuring aan het herstelplan was verleend. Om de druk op de noodzakelijke hervormingen te houden is daarom goedkeuring verleend, maar de daadwerkelijke uitbetaling van de 5,8 miljard euro is afhankelijk gemaakt van het behalen van verschillende mijlpalen. Deze mijlpalen – de Commissie heeft ze als de 27 'super milestones' bestempeld – zijn in het uitvoeringsbesluit en de daarbij horende bijlage opgenomen en zien onder andere ook op de bestrijding van corruptie en de versterking van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.¹²

De Commissie en de lidstaten hebben daarmee twee ingrijpende beslissingen voor Hongarije genomen. Het land verkeert in economisch zwaar weer en heeft (het overgebleven) Europees geld hard nodig.¹³ Mede vanwege deze financiële penibele situatie lijkt Victor Orbán dan ook

10 Uitvoeringsbesluit van de Raad inzake maatregelen ter bescherming van de Uniebegroting tegen schendingen van de beginselen van de rechtsstaat in Hongarije, www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/.

11 Artikel 7 van Verordening (EU, Euratom) 2020/2092 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 betreffende een algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting, (*PbEU*/2020, L433I).

12 Uitvoeringsbesluit van de Raad betreffende de goedkeuring van de beoordeling van het herstel- en veerkrachtplan voor Hongarije, en Bijlage, www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/12/nextgeneration-member-states-approve-national-plan-of-hungary/.

13 T. Nguyen, 'The Hungary Files. Untangling the political and economic knots', *Verfassungsblog.de* 8 december 2022, <https://verfassungsblog.de/the-hungary-files/>.

overstag te zijn gegaan en heeft hij veto's op andere dossiers niet ingezet om nog enige goodwill te behouden. Hoewel sprake lijkt te zijn van een succesverhaal, is er ook nog genoeg kritiek te leveren op de aanpak van Hongarije door de Commissie en de Raad. Zo wijzen zeer kritische commentatoren erop dat er weliswaar substantiële bedragen zijn onthouden aan Hongarije, zoals de 7,5 miljard euro onder de sociale cohesiefondsen, maar dat dit 'slechts' 20 procent betreft van het totale bedrag dat Hongarije onder het Meerjarig Financieel Kader toekomt.¹⁴ Het land ontvangt aldus nog steeds miljarden van de EU, terwijl er juist grote aarzelingen bestaan of dit geld door de heersende corruptie in het land wel op de goede plekken terecht zal komen. Victor Orbán kan daarmee nog steeds enig succes vieren terug in eigen land. Ook heeft hij aan zijn bevolking en de andere lidstaten laten zien bereid te zijn om veto's tegen de Brusselse besluitvorming uit te vaardigen en waar mogelijk toch nog tegengas te geven. Een ander kritiekpunt is dat de mogelijkheid blijft bestaan om de flinke fondsen alsnog aan Hongarije uit te keren. Alles staat of valt nu bij de juiste naleving van de mijlpalen die de Commissie in beide kaders heeft geformuleerd. Hierop zal de Commissie – tezamen met een aantal kritische lidstaten (waaronder Nederland) – goed moeten toezien.

Rechtspraak Hof van Justitie EU

– *Anti-witwasrichtlijn: transparantie over geldstromen vs. eerbiediging van de privacy*

Op 22 november 2022¹⁵ is het Hof tot een baanbrekend arrest gekomen waarin is geoordeeld dat de bepaling uit de Anti-witwasrichtlijn¹⁶ – waarin is opgenomen dat het grote publiek in alle gevallen toegang moet hebben tot informatie over de uiteindelijk begunstigten van vennootschappen van de lidstaten – ongeldig is. Het Hof verduidelijkt dat toegang van het grote publiek tot informatie over de uiteindelijk begunstigten een ernstige inmenging vormt in de grondrechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens, die respectievelijk zijn neergelegd in de artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest. Het gevolg van dit arrest is dus dat het UBO-register niet meer door iedereen te raadplegen zal zijn, maar nog wel door de bevoegde autoriteiten.

De EU-lidstaten waren op basis van de Anti-witwasrichtlijn verplicht tot het bijhouden en centraal registreren van informatie over uiteindelijk belanghebbenden ('UBO's') van vennootschappen en andere juridische entiteiten. Het doel van het UBO-register is het tegengaan van witwassen van geld en terrorismefinanciering. In Nederland moeten (bijna alle) naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen en personenvennootschappen hun UBO's in het UBO-register registre-

14 K.L. Scheppele, R.D. Kelemen & J. Morijn, 'The Good, the Bad and the Ugly: The Commission Proposes Freezing Funds to Hungary', *Verfassungsblog.de* 1 december 2022, <https://verfassungsblog.de/the-good-the-bad-and-the-ugly-2/>.

15 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20 en C-601/20.

16 Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (*Pb EU* 2015, L 141, p. 73), zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 (*Pb EU* 2018, L 156), p. 43.

ren. Dit UBO-register is onderdeel van het door de Kamer van Koophandel bijgehouden Handelsregister.¹⁷

De bekendgemaakte informatie in het UBO-register maakt het voor een potentieel onbeperkt aantal personen mogelijk informatie te verkrijgen over de materiële en financiële situatie van uiteindelijk begunstigten. Bovendien worden de mogelijke gevolgen voor de betrokkenen van een eventueel misbruik van hun persoonsgegevens nog verergerd doordat deze gegevens, wanneer zij eenmaal ter beschikking van het grote publiek zijn gesteld, niet alleen vrijelijk kunnen worden geraadpleegd, maar ook kunnen worden opgeslagen en verspreid.¹⁸

Het Hof merkt op dat de Uniewetgever met de betrokken maatregel beoogt het witwassen van geld en de financiering van terrorisme te voorkomen door middels grotere transparantie een omgeving te creëren die minder gemakkelijk voor deze doeleinden kan worden gebruikt.¹⁹ Het Hof is van oordeel dat de wetgever daarmee een doelstelling van algemeen belang nastreeft die zelfs een ernstige inmenging van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende grondrechten kan rechtvaardigen, en dat de toegang van het grote publiek tot informatie over uiteindelijk begunstigten kan bijdragen tot de verwezenlijking van die doelstelling.

Het Hof stelt echter ook vast dat de uit deze maatregel resulterende inmenging niet beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is en niet evenredig is aan het nagestreefde doel.²⁰ In het bijzonder kan het door de Commissie ingeroepen feit dat het moeilijk kan zijn om nauwkeurig vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden er sprake is van een dergelijk legitiem belang niet rechtvaardigen dat de Uniewetgever bepaalt dat het grote publiek toegang heeft tot de informatie in kwestie. De facultatieve bepalingen die de lidstaten toestaan het beschikbaar stellen van informatie over uiteindelijk begunstigten afhankelijk te stellen van online registratie, tonen volgens het Hof niet aan dat er sprake is van een evenwichtige afweging tussen de doelstelling van algemeen belang en de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest verankerde grondrechten. Verder zijn er voldoende waarborgen die de betrokkenen in staat stellen hun persoonsgegevens doeltreffend te beschermen tegen het risico van misbruik.²¹

– *Strafrecht: recht op een eerlijk proces voor de verdachte*

Heeft de verdachte het recht om aanwezig te zijn bij zijn strafzitting

In het arrest van het HvJ EU van 15 september 2022²² wordt uitleg gegeven aan artikel 8, eerste en tweede lid, van Richtlijn 2016/343/EU²³ (recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn) en de vraag of de Bulgaarse regeling, die het mogelijk maakt een proces te voeren in afwezigheid van de verdachte of beklaagde wanneer die persoon zich buiten die lidstaat bevindt en het grondgebied van die lidstaat niet kan binnenkomen omdat de bevoegde

17 <https://www.bdo.nl/nl-nl/perspectieven/baanbrekend-europees-hof-van-justitie-zet-streep-door-openbare-toegankelijkheid-ubo-register>.

18 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20 en C-601/20, r.o. 43.

19 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20 en C-601/20, r.o. 57.

20 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20 en C-601/20, r.o. 77-79.

21 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20 en C-601/20, r.o. 86.

22 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20.

23 Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* L 65), p. 1-11.

autoriteiten van die lidstaat een inreisverbod tegen hem hebben uitgevaardigd, in overeenstemming is met het Unierecht. HN is een Albanees staatsburger, die op de luchthaven in Sofia (Bulgarije) werd verdacht van het tonen van een vals paspoort en een valse identiteitskaart. De politie heeft hem diezelfde dag aangehouden en een onderzoeksprocedure tegen hem ingeleid wegens het gebruik van valse documenten. De volgende dag is ten aanzien van HN een terugkeerbesluit uitgevaardigd en hem een inreisverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar, van 12 maart 2020 tot en met 11 maart 2025.

Het Hof benadrukt dat een strafproces alleen bij verstek kan worden gehouden op de uitdrukkelijke voorwaarde dat de betrokkene in kennis is gesteld van de terechtzitting.²⁴ Immers, uit artikel 47, tweede en derde alinea, en artikel 48 van het EU-Handvest volgt volgens het Hof dat 'het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn een essentieel onderdeel vormt van het recht op een eerlijk proces'.²⁵ Vervolgens beoordeelt het Hof of het beschermingsniveau niet in strijd komt met artikel 6 EVRM. Het Hof leidt uit de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van verstekzaken af dat het recht om deel te nemen aan de terechtzitting 'ondubbelzinnig moet zijn aangetoond en gepaard moet gaan met een minimum aan waarborgen die in verhouding staan tot de ernst ervan'.²⁶

In artikel 8, tweede lid, van Richtlijn 2016/343/EU, hebben de lidstaten de mogelijkheid om bij verstek een strafproces te houden. Het Hof verbindt daar in dit arrest de voorwaarde aan dat de verdachte in kennis wordt gesteld, zodat hij een serieuze kans heeft gehad om zijn proces in persoon bij te wonen en vrijwillig en ondubbelzinnig afstand moet doen kunnen doen van zijn aanwezigheidsrecht. Volgens het Hof ontnemt een lidstaat de verdachte tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd en die enkel in kennis wordt gesteld van het feit dat zijn proces zal plaatsvinden, zonder in die omstandigheden te voorzien in maatregelen om hem, ondanks dat verbod, toch tot het grondgebied toe te laten, dit aanwezigheidsrecht in de strafprocedure.²⁷ De lidstaat kan de verdachte de strafzitting bij laten wonen door het inreisverbod te schorsen of in te trekken op grond van artikel 11, derde lid, van Richtlijn 2008/115/EG (Terugkeerrichtlijn).²⁸ Hierdoor kan de verdachte zich naar hun grondgebied begeven om bij zijn proces aanwezig te zijn.

Wat zijn de verdedigingsrechten van de verdachte op een strafzitting

Vervolgens geeft het Hof in het arrest van 8 december 2022²⁹ de omvang aan van de verdedigingsrechten van de verdachte bij zijn strafrechtelijke terechtzitting. Het gaat om een strafprocedure tegen HYA, IP, DD, ZI en SS die verband houden met strafbare feiten vanwege illegale immigratie. In de gerechtelijke fase heeft de Bulgaarse rechter geprobeerd om de getuigen op te roepen, maar dat is niet gelukt.

24 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20, r.o. 51.

25 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20, r.o. 54, waarin wordt verwezen naar eerdere rechtspraak: HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU (*Dworzecki*), r.o. 42 en HvJ EU 19 mei 2022, C-569/20 (*Spetsializirana prokuratura (Proces van een gevluchte beklaagde)*), r.o. 51.

26 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20, r.o. 57 en EHRM 13 maart 2018, 55517/14 (*Vilches Coronado e.a./Spanje*), r.o. 36.

27 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20, r.o. 59.

28 HvJ EU 15 september 2022, C-420/20, r.o. 65.

29 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, ECLI:EU:C:2022:965 (*HYA e.a.*).

Artikel 8, eerste lid, van Richtlijn 2016/343/EU bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat verdachten en beklaagden het recht hebben om aanwezig te zijn bij hun terechtzitting. Dit recht omvat dat de verdachte aanwezig moet kunnen zijn bij zijn terechtzitting. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt ook dat de verdachte het recht heeft om de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen.³⁰ Het Luxemburgse Hof wijst in deze context erop dat het beoordelen van de geloofwaardigheid van een getuige een complexe taak is die normaal gezien niet kan worden vervuld door een gewone lezing van de inhoud van zijn verklaringen zoals die in de processen-verbaal van de ondervragingen zijn opgenomen.³¹ Kortom, de verdachte heeft het recht om aanwezig te zijn bij de strafzitting en moet daadwerkelijk zijn verdedigingsrechten kunnen uitoefenen zoals het recht om de getuigen à charge tijdens die gerechtelijke fase te ondervragen.³²

Vervolgens onderzoekt het Hof of de Bulgaarse bepaling afbreuk kan doen aan het recht om bij de terechtzitting aanwezig te zijn in het licht van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest (recht op een eerlijk proces) en artikel 48, tweede lid, Handvest (rechten van de verdediging). Het Hof wijst erop dat op grond van artikel 52, eerste lid, Handvest de uitoefening van de in het Handvest neergelegde rechten mag worden beperkt.³³ Het Hof oordeelt dat de mogelijkheid om rekening te houden met de verklaringen van niet-verschenen getuigen bij wet is geregeld.³⁴ Daarnaast wordt de wezenlijke inhoud van de betrokken grondrechten volgens het Hof gewaarborgd voor zover verklaringen van niet-verschenen getuigen enkel in beperkte omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen, om gegronde redenen en met eerbiediging van het eerlijke verloop van de strafprocedure in haar geheel.³⁵ Het Hof hecht er belang aan dat er een gewichtige reden moet zijn om de niet-verschijning van de getuige in de gerechtelijke fase van de strafprocedure te rechtvaardigen en het bestaan van voldoende alternatieven om de problemen te ondervangen die deze persoon en zijn advocaat ondervinden als gevolg van het in aanmerking nemen van die verklaring en om het eerlijke verloop van de strafprocedure in haar geheel te waarborgen.³⁶ Voorbeelden van een gewichtige reden volgens het Hof zijn 'het overlijden en de gezondheidstoestand van de getuige, maar ook de angst van de getuige om te getuigen of het feit dat hij onvindbaar is'.³⁷

Het Hof heeft in het strafrecht invulling gegeven aan het recht op een eerlijk proces en wat dat exact inhoudt voor een verdachte. Naast het recht op aanwezigheid bij zijn terechtzitting betekent het ook dat zijn verdedigingsrechten goed moeten worden uitgeoefend op een strafzitting.

30 EHRM 19 februari 2013, 61800/08 (*Gani/Spanje*), r.o. 41.

31 HvJ EU 29 juli 2019, C-38/18, EU:C:2019:628 (*Gambino en Hyka*), r.o. 42 en 43.

32 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, r.o. 44.

33 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, r.o. 50.

34 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, r.o. 51.

35 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, r.o. 52.

36 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/VK*), r.o. 152; EHRM 15 december 2015, 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*), r.o. 107; EHRM 7 juni 2018, 35132/08 (*Dimitrov en Momin/Bulgarije*), r.o. 52.

37 HvJ EU 8 december 2022, C-348/21, r.o. 56.

– *Vreemdelingenrecht en het Handvest**Ambtshalve toetsing nationale rechter verplicht in bewaringszaken*

In het arrest van 8 november 2022³⁸ komt het Hof van Justitie tot het oordeel dat de nationale rechter op eigen initiatief moet nagaan of ten aanzien van illegale vreemdelingen of asielzoekers genomen bewaringsmaatregelen rechtmatig zijn. Artikel 6 Handvest verplicht de nationale rechter tot ambtshalve toetsing in alle vreemdelingenbewaringszaken en dat is voor Nederland een wijziging van de rechterlijke praktijk. Elke bewaring van een derdelander vormt een ernstige inmenging op zijn in artikel 6 Handvest neergelegde recht op vrijheid. Dat betekent volgens het Hof dat de vreemdeling onmiddellijk moet worden vrijgelaten wanneer blijkt dat niet of niet langer is voldaan aan de voorwaarden waaraan de bewaring moet voldoen om rechtmatig te zijn. Dit geldt met name wanneer wordt vastgesteld dat – afhankelijk van het geval – de terugkeerprocedure, de behandeling van het verzoek om internationale bescherming of de overdracht niet langer voortvarend wordt uitgevoerd of wanneer de bewaringsmaatregel niet (langer) evenredig is.

Uit het recht op effectieve rechtsbescherming volgt dat in elke lidstaat een regeling moet bestaan die de bevoegde rechterlijke autoriteit in staat stelt om, indien nodig na ambtshalve toetsing, de betrokkene in vrijheid te stellen zodra blijkt dat zijn bewaring niet of niet langer rechtmatig is. Hieruit volgt dat de rechterlijke autoriteit die bevoegd is om de rechtmatigheid van een bewaringsmaatregel te toetsen, rekening moet houden met alle haar ter kennis gebrachte, met name feitelijke, omstandigheden, zoals aangevuld of verduidelijkt in het kader van procedurele maatregelen die zij eventueel op grond van haar nationale recht nodig acht, en op basis daarvan, in voorkomend geval, de niet-naleving van een uit het Unierecht voortvloeiende rechtmatigheidsvoorwaarde moet vaststellen, ook al heeft de betrokkene daar niet op gewezen.

Voor Nederland betekent dit een grote wijziging als de nationale rechter verplicht wordt om zowel bij de eerste bewaring als bij de verlengingsmaatregel ambtshalve te toetsen. Artikel 8:69 Awb blijft dan in bewaringszaken buiten toepassing. Voor de rechtspraak betekent deze verplichting een taakverzwaring.³⁹

Uitzetting ernstige zieke derdelander: onmenselijke behandeling en recht op privéleven

Ten slotte oordeelt het Hof in het arrest van 22 november 2022⁴⁰ dat een derdelander die aan een ernstige ziekte lijdt niet wordt verwijderd indien hij in het land van bestemming geen adequate behandeling kan krijgen en daardoor het risico loopt dat de door die ziekte veroorzaakte pijn snel, aanzienlijk en onomkeerbaar toeneemt. Dit arrest van het Hof is een belangrijk vervolg op het EHRM-arrest in de zaak *Paposhvili*⁴¹ en biedt – zoals de AG⁴² stelt – de ruimte om in het Unierecht meer bescherming te bieden dan onder het EHRM.

38 HvJ EU 8 november 2022, C-704/20 en C-39/21 (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Ambtshalve toetsing van de bewaring)*).

39 Vgl. A.Pahladsingh & S. Thelosen, 'Terugkeerbesluit, terugkeer, bewaring', *JV* 2022 (Jubileumnummer 25 jaar) p. 73-85.

40 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, (*X/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*). Meer over dit arrest: A. Pahladsingh, 'Op-Ed: "Serious illness of a third country national and medical treatment and the options for the Member States: removal or legal stay?"', *EU Law Live* 12 december 2022, eulawlive.com

41 EHRM 13 december 2016, 41738/10 (*Paposhvili/België*).

42 Conclusie AG Pikamäe 9 juni 2022, C-69/21.

Een Russische staatsburger die op zestienjarige leeftijd een zeldzame vorm van bloedkanker heeft ontwikkeld, wordt momenteel behandeld in Nederland. Zijn medische behandeling bestaat onder meer uit het toedienen van medicinale cannabis met het oog op pijnbestrijding. In Rusland is het gebruik van medicinale cannabis echter niet toegestaan. De vreemdeling meent dat hem een verblijfsvergunning moet worden toegekend of dat hem op zijn minst uitstel van verwijdering moet worden verleend, omdat de behandeling op basis van medicinale cannabis in Nederland voor hem dermate essentieel is dat hij bij stopzetting ervan niet langer op een menswaardige manier kan leven.

Het Hof komt tot het oordeel, in het licht van zowel zijn eigen rechtspraak als die van het EHRM, dat het Unierecht zich ertegen verzet dat een lidstaat een terugkeerbesluit vaststelt jegens een illegaal op zijn grondgebied verblijvende derdelander die aan een ernstige ziekte lijdt, of hem verwijderd, wanneer er zwaarwegende en gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de terugkeer van deze derdelander hem zou blootstellen aan een reëel risico dat de door zijn ziekte veroorzaakte pijn snel, aanzienlijk en onomkeerbaar toeneemt omdat er in het land van bestemming geen passende zorg beschikbaar is.⁴³ Er is sprake van dergelijke zwaarwegende en gegronde redenen wanneer vaststaat dat het enige doeltreffende pijnbestrijdende middel hem in het land van bestemming niet legaal kan worden toegediend en dat het ontbreken van een dergelijke behandeling hem zou blootstellen aan een dermate intense pijn dat dit in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid, aangezien dit hem ernstige en onomkeerbare psychische klachten zou kunnen bezorgen of hem zelfs zou kunnen aanzetten tot zelfmoord.⁴⁴ Wat de vereiste snelle toename van de pijn betreft, verduidelijkt het Hof dat artikel 4 Handvest in de weg staat aan een bepaling die vereist dat de pijn van een derdelander in geval van terugkeer zal toenemen binnen een vooraf in het recht van de betrokken lidstaat vastgestelde absolute termijn.⁴⁵ Als de lidstaten een termijn vaststellen, moet deze puur indicatief zijn en kan hij de bevoegde nationale autoriteit niet ontslaan van de plicht om de situatie van de betrokkene concreet te onderzoeken.⁴⁶ Wat de eerbiediging van het privéleven betreft, waarvan de medische behandeling die een derdelander op het grondgebied van een lidstaat geniet, deel uitmaakt, zelfs indien hij daar illegaal verblijft, oordeelt het Hof dat de bevoegde nationale autoriteit pas een terugkeerbesluit kan vaststellen of kan overgaan tot de verwijdering van een derdelander wanneer zij rekening heeft gehouden met de gezondheidstoestand van de betrokkene.⁴⁷ Daarentegen kan de omstandigheid dat de betrokkene in geval van terugkeer niet zou beschikken over dezelfde behandelingen als in de lidstaat waar hij illegaal verblijft, wat het voor hem onder meer moeilijker kan maken om sociale betrekkingen op te bouwen in het land van bestemming, er op zich niet aan in de weg staan dat jegens hem een terugkeerbesluit of een verwijderingsmaatregel wordt vastgesteld, zolang het ontbreken van dergelijke behandelingen in het land van bestemming hem niet blootstelt aan een reëel risico van onmenselijke of vernederende behandelingen.⁴⁸

Ook in het vreemdelingenrecht valt op dat het Hof via het Handvest de fundamentele rechten van vreemdelingen versterkt zowel in procedurele als in materiële zin.

43 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 60-73.

44 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 71.

45 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 73.

46 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 75.

47 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 93.

48 HvJ EU 22 november 2022, C-69/21, r.o. 99 en 100.