

ANNOTATIE

Popović e.a. t. Servië (EHRM 30 juni 2020, nrs. 26944/13 e.a.) – vergelijkbaarheidstoetsing in arbeidsongeschiktheidskwestie

J.H. Gerards

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 30-06-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002694413 (EHRC-2020-0201)

De zaak Popović e.a.

1. De zaak *Popović e.a.* gaat over ongelijke behandeling. De verschillende klagers zijn in uiteenlopende omstandigheden het slachtoffer geworden van ongevallen; de eerste klager was van een hoogte gevallen, de tweede en derde klagers hadden een auto-ongeluk gehad en de vierde klager was gewond geraakt in een schietincident. Ze hebben daardoor zeer ernstig lichamelijk letsel opgelopen en zijn volledig arbeidsongeschikt verklaard. Gelet daarop ontvangen ze een arbeidsongeschiktheidsuitkering van de staat, maar deze uitkering blijkt lager te zijn dan het bedrag dat oorlogsveteranen ontvangen die tijdens een missie of bij oorlogshandelingen gewond zijn geraakt en daardoor arbeidsongeschikt zijn geworden. Oorlogsveteranen ontvangen namelijk een bedrag ter grootte van een gemiddeld jaarsalaris, opgehoogd met 80%, terwijl een ‘normale’ arbeidsongeschiktheidsuitkering 70% van een gemiddeld jaarsalaris bedraagt.[1] Daarnaast komen veteranen in aanmerking voor enkele andere voordelen, zoals een toelage voor bepaalde aanpassingen in hun leefomgeving.[2] Volgens de vier klagers zijn deze verschillen in de aard en hoogte van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen in strijd met het discriminatieverbod zoals dat is neergelegd in respectievelijk art. 14 jo. 1 Eerste Protocol EVRM en art. 1 van het Twaalfde Protocol (P12) bij het EVRM.

2. Het Hof verwerpt de stelling van de vier klagers omdat het een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling ziet in de verschillen tussen de situaties van de oorlogsveteranen en de klagers. Bij gewond geraakte oorlogsveteranen is de arbeidsongeschiktheid volgens het Hof ontstaan in een situatie waarin mensen bijzondere risico's lopen in de uitoefening van door de staat opgelegde taken. Daarnaast is het bij dit type letsel moeilijk om via reguliere, civielrechtelijke wegen een schadevergoeding te verkrijgen van de verantwoordelijke partij. Dat heeft ermee te maken dat het letsel vaak is veroorzaakt door vijandige groeperingen of onder verantwoordelijkheid van een staat waarmee oorlog wordt gevoerd. Het zou nogal wat problemen kunnen opleveren als aan die vijandige machten op individueel niveau een civielrechtelijke vergoeding moet worden gevraagd voor de veroorzaakte arbeidsongeschiktheid. Daarnaast is de hogere uitkering bij oorlogsveteranen volgens het Hof te verklaren vanuit morele overwegingen, in die zin dat de staat – die van militairen vraagt dat zij zich in heel riskante situaties begeven – een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om hen te compenseren. Voor 'civiele' slachtoffers van ongevallen geldt dit alles niet, in die zin dat zij bijvoorbeeld relatief gemakkelijk een derde partij kunnen aanspreken om een schadevergoeding te krijgen en ook de bijzondere morele verantwoordelijkheid van de staat ontbreekt.[3]

3. Inderdaad zijn er vanuit aansprakelijkheids- en moreel perspectief verschillen aanwijsbaar tussen de oorlogsveteranen en mensen die door een 'burgerlijk' ongeval gewond zijn geraakt, en het is allicht te billijken dat een staat aan die verschillen bepaalde gevolgen verbindt. Ook in andere gevallen heeft het Hof bovendien geoordeeld dat het gelijktijdig bestaan van verschillende rechtsregimes voor arbeidsongeschiktheidsuitkeringen bij verschillende schadeoorzaken en verantwoordelijkheden niet per definitie in strijd is met art. 14 jo. 1 EP EVRM.[4] Zeker gelet op de ruime *margin of appreciation* die het Hof de staten standaard toekent bij het inrichten van regelingen als deze, is het oordeel van het Hof dus niet heel verrassend, al is het opvallend dat het Hof helemaal niet ingaat op de vraag of de omvang van de verschillen tussen de uitkeringen eigenlijk wel in verhouding staat tot de omvang van de verschillen tussen de situaties waarin de klagers en oorlogsveteranen zich bevinden.

Verdeeldheid binnen de Kamer

4. Toch was de uitspraak niet unaniem, integendeel: uiteindelijk stemden slechts drie van de zeven rechters in met de redenering die tot het eindoordeel van de Kamer leidde. In een korte *dissenting opinion* legt rechter Vehabović, daarbij ondersteund door rechter Paczolay, uit dat hij het argument van de morele schuld niet overtuigend vindt, omdat een dergelijke bijzondere verantwoordelijkheid ook kan bestaan in zaken over 'burgerlijke' kwesties, bijvoorbeeld wanneer een politiemedewerker gewond is geraakt. Bovendien zijn de twee dissenters van mening dat de oorlogsveteranen een disproportioneel voordelige regeling

hebben gekregen, die hen nog veel meer biedt dan een hogere arbeidsongeschiktheidsuitkering alleen; dat maakt de ongelijke behandeling in hun ogen toch oneerlijk.

Daarnaast is aan de uitspraak een *concurring opinion* toegevoegd van de rechters Ravarani en Schukking. Hun opinie richt zich niet zozeer op de inhoudelijk aangelegde maatstaven, als wel op de argumentatietechniek die de Kamer hanteert. Zij stellen de belangrijke vraag of in een zaak als deze niet eerst een vergelijkbaarheidstoets had moeten worden uitgevoerd, of dat meteen kon worden overgegaan tot het uitvoeren van een objectieve rechtvaardigingstoets, zoals de drie resterende rechters het beste vonden. Op die discussie zal ik hierna bij randnrs. 10-15 ingaan. Voordat ik dat doe, wil ik eerst wat aandacht besteden aan punt dat in de uitspraak opvallend genoeg helemaal niet aan de orde komt, namelijk de vraag of het hier gemaakte onderscheid was gebaseerd op een ‘persoonlijke status’, zoals de rechtspraak van het EHRM vereist.[5]

Het vereiste van onderscheid naar ‘persoonlijke status’

5. Art. 14 EVRM en art. 1 P12 EVRM bevatten een niet-limitatieve opsomming van gronden van onderscheid. Discriminatie is volgens de beide bepalingen verboden op ‘op welke grond ook’. Deze formulering kan doen vermoeden dat de grond van onderscheid geen enkele invloed heeft op de toepasselijkheid van de bepalingen. Directe discriminatie op grond van iemands achternaam is net zozeer verboden als ongerechtvaardigd onderscheid op grond van huidskleur of etnische afkomst, en datzelfde geldt voor, bijvoorbeeld, het treffen van nadelige financiële maatregelen ten aanzien van één bancaire instelling ten opzichte van een andere. Dat is handig, want daardoor kan iedere ongelijke behandeling in principe voor het EHRM worden aangevochten – in ieder geval onder art. 1 P12 EVRM (dat door Nederland is geratificeerd), want onder art. 14 EVRM moet daarnaast nog worden aangetoond dat de ongelijke behandeling de uitoefening van een EVRM-recht betrof.

Verwarring kan echter ontstaan door een tweede zinsnede die in de bepalingen is opgenomen, namelijk dat onderscheid verboden is op een reeks van gronden, ‘of andere status’. Het EHRM heeft daarin gelezen dat toch niet elke ongelijke behandeling onder het bereik van art. 14 en art. 1 P12 valt, maar alleen onderscheid dat samenhangt met een ‘persoonlijke status’ of een ‘persoonskenmerk’.[6] Is van zo’n samenhang niet duidelijk sprake, dan is het discriminatieverbod van het EVRM niet van toepassing en moet de zaak niet-ontvankelijk worden verklaard.

Dit uitgangspunt levert meteen de vraag op wanneer dan sprake is van een ‘persoonlijke status’. Het Hof worstelt al een tijd met die vraag en heeft die tot nu toe nog niet eenduidig

beantwoord;[7] ook gaat het lang niet altijd op deze kwestie in[8]. Slechts twee dingen zijn uit de rechtspraak relatief duidelijk: (1) ook min of meer ‘zakelijke’ criteria als woon- en verblijfplaats[9] of in de gevangenis zitten in voorlopige hechtenis of na veroordeling[10] kunnen een ‘persoonlijke status’ vormen (dus het Hof legt deze notie relatief ruim uit)[11]; en (2) een ongelijke behandeling die wordt veroorzaakt door de parallelle toepasselijkheid van twee verschillende juridische regelingen of rechtsregimes valt niet onder de werking van art. 14 en art. 1 P12 EVRM, tenzij het verschil als zodanig weer is terug te voeren op een persoonskenmerk[12].

Verschillende rechtsregimes

6. Interessant is nu dat de onderhavige zaak op het eerste gezicht onder de tweede categorie lijkt te vallen. Voor letsel en daaruit voortvloeiende beperkingen die door ongevallen zijn veroorzaakt geldt de Sociaal-Welzijnswet uit 1991 (de *Social Welfare Act*), terwijl voor oorlogsveteranen specifieke wetgeving bestaat (de *Veterans Entitlement Act*, later vervangen door de *Veterans and War-related Entitlements Act*). De ongelijke behandeling wordt dus veroorzaakt door twee verschillende regelingen die voor verschillende situaties zijn geschreven.[13] Zoals onder 5 gezegd betekent dit nog niet dat er geen onderscheid wordt gemaakt naar ‘persoonlijke status’, want de verschillende rechtsregimes kunnen nog steeds zodanig zijn ingericht dat het verschil in behandeling is terug te voeren op een persoonskenmerk. In dit geval zou het daarbij kunnen gaan om het ‘al dan niet invalide zijn geraakt als gevolg van oorlogshandelingen’, en zou de kernvraag dus moeten zijn of dit criterium als een ‘persoonlijke status’ kan worden aangemerkt.

Gelijkheidsrationales en het zijn van oorlogsveteraan als ‘persoonlijke status’

7. Ik heb eerder wel eens betoogd dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van de vraag of het Hof een ‘gelijkheidsrationale’ of een ‘non-discriminatie rationale’ zou willen kiezen.[14] Enerzijds zou het Hof art. 14 en art. 1 P12 kunnen beschouwen als een weerslag van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat vooral een verbod van onredelijk onderscheid en willekeurige ongelijke behandeling bevat. De precieze grond van onderscheid is dan niet zo belangrijk; het gaat er vooral om dat er altijd een goede reden moet bestaan om twee (groepen van) personen of gevallen ongelijk (of soms juist gelijk) te behandelen. Zou het Hof daarentegen uitgaan van een non-discriminatie rationale, dan is het doel van het bestrijden van discriminatie primair om individuele en maatschappelijke achterstelling als gevolg van negatieve stereotypen, vooroordelen en stigmata jegens bepaalde groepen of kenmerken uit te bannen. Deze tweede rationale past goed in een mensenrechtenbenadering, waarbij het er vooral om gaat om de gelijkwaardigheid van ieder mens te benadrukken.[15] Het Hof kiest die rationale dan ook regelmatig als uitgangspunt voor zijn rechtspraak. Zo ligt deze duidelijk ten

grondslag aan de rechtspraak waarin het Hof racistisch, xenofob, religieus of gendergebaseerd geweld scherp veroordeelt, of waarin het zeer zwaarwegende redenen vergt voor het maken van onderscheid op gronden als etnische afkomst of seksuele oriëntatie.[16]

8. De vraag of het überhaupt relevant is om te onderzoeken of een onderscheid is gebaseerd op een 'persoonlijke status', kan vanuit de rationale achter het discriminatieverbod verschillend worden beantwoord.[17] Als een gelijkheidsrationale wordt gekozen, is het antwoord eenvoudig: de grond van onderscheid maakt dan in feite geen verschil, en relevant is alleen de vraag of er een ongelijke behandeling is en of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Het al dan niet persoonlijke karakter van het kenmerk waarop onderscheid wordt gemaakt, doet er dan in wezen niet zoveel toe, en dat betekent dat ook een onderscheid tussen oorlogsveteranen en burgers altijd op haar redelijkheid moet kunnen worden beoordeeld. Wordt geredeneerd vanuit een non-discriminatie rationale, dan moet veel scherper de vraag wordt gesteld of de ongelijke behandeling van dien aard is dat de fundamentele gelijkwaardigheid van mensen erdoor wordt geraakt; alleen dan is er aanleiding om art. 14 resp. art. 1 P12 EVRM toe te passen. Het bestaan van een onderscheid op grond van een 'persoonskenmerk' kan daarvoor een aanwijzing zijn, in die zin dat er meestal een relatie bestaat tussen nauw aan de persoon verbonden kenmerken (zoals godsdienst, geslacht of migratiestatus) en potentieel problematische achterstelling. Andersom laat dit zien dat deze rationale kan helpen om te bepalen welke kenmerken nu zodanig met de persoon verbonden zijn dat ze *a priori* als potentieel problematische grond van onderscheid kunnen worden aangemerkt. Zou het Hof een vrij strakke non-discriminatie rationale hanteren, dan zal het waarschijnlijk niet zo snel aannemen dat het hebben opgelopen van verwondingen als oorlogsveteraan of als burger sterk aan de persoon verbonden is, en zal het art. 14 of art. 1 P12 minder snel van toepassing verklaren.

9. Opvallend is nu dat het Hof op de vraag of sprake is van onderscheid naar persoonlijke status helemaal niet ingaat in de zaak *Popović e.a.*; het verwijst zelfs niet naar de rechtspraak hierover in zijn uiteenzetting van algemene uitgangspunten. Daardoor blijft (wederom) in het midden of het Hof een non-discriminatie rationale wil kiezen, of toch een meer op gelijkheid georiënteerde aanpak kiest, en hoe en waarom het bepaalde gronden van onderscheid nu eigenlijk wil kwalificeren. Ook blijft onduidelijk of het Hof nu impliciet aanneemt dat in deze zaak toch een persoonlijke status aan de orde is, of dat het deze materie eigenlijk helemaal zo niet relevant vindt en daarom simpelweg is vergeten om erop in te gaan.

Noodzaak van een vergelijkbaarheidstoets volgens de concurring opinion

10. Dat laatste is niet ondenkbaar, nu de discussie binnen de Kamer zich lijkt te hebben geconcentreerd op de vraag of de onderhavige kwestie moest worden opgelost via het toetsen

van vergelijkbaarheid en/of door het beoordelen van een objectieve rechtvaardiging. In hun *concurring opinion* stellen rechters Ravarani en Schukking dat het Hof volgens zijn eigen, vaste rechtspraak alleen kan toekomen aan het beoordelen van een rechtvaardiging wanneer het eerst heeft vastgesteld dat er sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.[18] Inderdaad is dat al sinds *Marckx t. België* (uit 1979) de vaste lijn van het Hof.[19] Als de gevallen voldoende vergelijkbaar zijn, dan is een ongelijke behandeling volgens het Hof alleen aanvaardbaar wanneer daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat.[20] Als er daarentegen sprake is van onvergelijkbare gevallen, verbindt het Hof hieraan meestal de conclusie dat er *geen* sprake is van een problematisch onderscheid.[21] Hoewel het Hof de vergelijkbaarheidstoets formeel dus altijd moet uitvoeren, constateren Ravarani en Schukking terecht dat het dat in de onderhavige zaak niet doet. In par. 75 overweegt de Kamer zelfs expliciet dat ‘in the specific context of the present case, the Court does not find it necessary to adopt a firm view on this matter ..., because in any event the impugned difference in treatment had an objective and reasonable justification’. De vraag is nu of Ravarani en Schukking gelijk hebben waar zij betogen dat hiermee iets wezenlijks in de motivering verloren is gegaan.

De vergelijkbaarheidstoets en ‘is-ought’-redeneren

11. Hierbij is het van belang om onder ogen te zien dat de vergelijkbaarheidstoets een aantal zwaktes kent. Dat geldt met name wanneer de toets in zijn tweede variant wordt gebruikt, dus wanneer aan de vaststelling dat er geen sprake is van gelijke gevallen de conclusie wordt verbonden dat de ongelijke behandeling niet in strijd is met het EVRM. Een wezenlijk probleem is dat daarbij van een ‘is’ naar een ‘ought’ wordt geredeneerd. Aan de feitelijke vaststelling dat twee gevallen onvergelijkbaar zijn, wordt immers de normatieve conclusie verbonden dat zij op een bepaalde manier (namelijk ongelijk) kunnen worden behandeld. Zonder nadere motivering op gronden van redelijkheid is dat niet aanvaardbaar, want het kan nog steeds zo zijn dat de aard of de mate van de verschillen tussen de gevallen niet in overeenstemming zijn met de aard of de mate van de verschillen in behandeling.

Dit ‘is-ought’-probleem doet zich uiteraard ook voor wanneer aan het ongelijk behandelen van vergelijkbare gevallen automatisch de conclusie wordt verbonden dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Ook als gevallen vergelijkbaar zijn, kunnen er immers wel degelijk redenen zijn om ze toch anders te behandelen. Het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht laten talrijke gevallen zien waarin administratieve of financiële overwegingen het redelijk kunnen maken om (op het oog) gelijke gevallen toch anders te behandelen. Meestal wordt dat echter tijdig onderkend, en wordt alsnog een rechtvaardigingstoets uitgevoerd; dat is ook wat Ravanari en Schukking voorstellen. Het blijkt in dit soort zaken echter vaak verleidelijk om een andere aanpak te kiezen, namelijk om te beredeneren dat de gevallen toch niet *echt* vergelijkbaar zijn, bijvoorbeeld omdat ze onder

verschillende rechtsregimes vallen, omdat ze zich in een andere periode afspeelden of simpelweg omdat ten aanzien van de ene groep andere administratieve overwegingen spelen dan ten aanzien van de andere. De ‘is-ought’-redenering wordt dan in zekere zin ‘verpakt’ in een vaststelling van onvergelykbaarheid, zonder dat dat echt goed te zien is en zonder dat bijvoorbeeld de proportionaliteit goed wordt beoordeeld. Vergelykbaarheidstoetsen zijn daarmee vaak gemaskeerde redelijkheidstoetsen, die in veel gevallen onvolledig en ondoorzichtig zijn.

Vaststellen van (on)vergelykbaarheid

12. Een tweede zwakte is dat ook het feitelijke deel van de vergelykbaarheidstoets – het vaststellen van de (on)vergelykbaarheid van de voorgelegde gevallen – in de praktijk behoorlijk ingewikkeld is en dat je er niet zo ver mee komt. Voor wie dat graag wil is het altijd wel mogelijk om verschillen en overeenkomsten tussen gevallen en personen te vinden. Om aan de vergelykbaarheidstoets een zinnige invulling te geven, moet dus worden geselecteerd, en moet bovendien iets worden gezegd over de relevantie van de geselecteerde verschillen en overeenkomsten voor de ongelijke behandeling in kwestie. Sommige overeenkomsten doen immers wel terzake (in dit geval, volgens Ravarani en Schukking, bijvoorbeeld het gegeven dat alle mensen die arbeidsongeschikt zijn geraakt behoefte hebben aan een uitkering om in hun levensonderhoud te kunnen voorzien), terwijl dat niet hoeft te gelden voor bepaalde verschillen (zoals, opnieuw volgens Ravarani en Schukking, voor de vaststelling dat er bij invalide oorlogsveteranen wel een morele verantwoordelijkheid van de staat bestaat en bij civiele mensen met een handicap (meestal) niet).

Om te voorkomen dat een rechter bij deze selectie en kwalificatie puur willekeurig te werk gaat, is het het beste dat hij aansluiting zoekt bij de redenen waarom een wetgever of een bestuursorgaan voor een bepaalde regeling heeft gekozen. Zoals Ravanari en Schukking terecht constateren kan die doelstelling, en daarmee de vergelykbaarheid, bij wetgeving vanuit de *ratio legis* worden vastgesteld. Die vormt dus de ‘vergelykingsmaatstaf’, die kan helpen om te identificeren welke verschillen en overeenkomsten ertoe doen. Ravarani en Schukking voegen daar bovendien nog aan toe dat de relevantiebeoordeling contextueel en specifiek moet zijn.[22]

Een correct uitgevoerde vergelykbaarheidstoets lijkt daarmee sterk op een rechtvaardigingstoets, in die zin dat bij beide toetsen iets moet worden gezegd over de achterliggende overwegingen om twee situaties, gevallen of groepen verschillend te behandelen. Het verschil is vooral dat de vergelykbaarheidstoets alleen dient om in feitelijke zin te kunnen vaststellen welke verschillen en overeenkomsten relevant zijn. Zoals bij punt 11 opgemerkt, zegt die vaststelling nog niets over de vraag of de achterliggende motieven en

overwegingen eigenlijk wel redelijk waren, en ook niet over de vraag of de ongelijke behandeling in een redelijke verhouding staat tot de gesignaleerde relevante verschillen en overeenkomsten. Enerzijds omvat de vergelijkbaarheidstoets daarmee dus elementen die ook onderdeel uitmaken van de rechtvaardigingstoets (namelijk het vaststellen van doelstellingen en motieven). Anderzijds is de rechtvaardigingstoets duidelijk vollediger, omdat die ook het eigenlijke redelijkheidsoordeel omvat.

Overbodigheid van de vergelijkbaarheidstoets

13. De vraag die dan rijst is of het eigenlijk wel nodig is om een vergelijkbaarheidstoets uit te voeren. Het betoog van de beide *concurring* rechters maakt duidelijk dat dit niet het geval is. Zij concluderen op basis van de *ratio legis* van de beide regelingen dat er in dit geval sprake is van een relevante vergelijkbaarheid van de voorgelegde gevallen. De beide regelingen waren immers bedoeld om de gevolgen van letsel te redresseren, en het al dan niet bestaan van een morele ereschuld van de staat maakt dat niet wezenlijk anders. Vervolgens zien zij echter wel een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling in de overwegingen die in het meerderheidsoordeel staan vermeld. Die overwegingen hebben nu echter niet meer de vorm van een *ratio legis* die kan helpen vast te stellen of gevallen vergelijkbaar zijn of niet, maar van wettelijke doelstellingen die kunnen helpen te bepalen of de (mate van) ongelijke behandeling gerechtvaardigd is, en die de basis kunnen vormen van de vraag of het normatief gezien aanvaardbaar is om oorlogsveteranen een hogere arbeidsongeschiktheidsuitkering te geven. Zoals het meerderheidsoordeel laat zien, leidt het toevoegen van een vergelijkbaarheidstoets op dit punt niet tot een wezenlijk andere redenering en al helemaal niet tot een andere uitkomst.

Zouden de *concurring* rechters tot de conclusie zijn gekomen dat er *wel* sprake was van een relevant verschil tussen mensen die door oorlogshandelingen of door ongevallen invalide zijn geraakt, vanwege de specifieke en duidelijk verschillende doelstellingen van de wettelijke regelingen die ten grondslag liggen aan de uitkeringen, dan had deze toets evenmin veel toegevoegd. Op basis daarvan had immers niet zomaar mogen worden vastgesteld dat er *dus* een aanvaardbaar onderscheid werd gemaakt, maar had nog steeds moeten worden beoordeeld of het redelijk was om die zo anders te behandelen als in de Servische wetgeving gebeurde. Dat deze rechtvaardigingstoets ook bij vastgestelde onvergelijkbaarheid nog iets kan toevoegen, blijkt uit de *dissenting opinion* van de rechters Vehabović en Paczolay: zij vinden juist dat sprake was van disproportionaliteit tussen de mate van ongelijkheid van de gevallen en van de behandeling daarvan.

14. Het combineren van de twee toetsen, zoals Ravanari en Schukking voorstellen, heeft dus niet zoveel zin. Linksom of rechtsom moet altijd worden toegekomen aan een

rechtvaardigingstoets en om die te kunnen uitvoeren moeten de doelstellingen van de regeling worden geïdentificeerd. Het is dan net zo gemakkelijk om in alle gevallen waarin duidelijk vaststelbaar is dat sprake is van een ongelijke behandeling (oftewel: waarin gesproken kan worden van een benadeling of achterstelling van het ene geval of de ene groep of persoon ten opzichte van de andere), meteen over te gaan op een rechtvaardigingstoets.[23] Het voordeel daarvan is dat een rechtvaardigingstoets bij het Hof meestal leidt tot een beter navolgbare motivering dan de vergelijkbaarheidstoets. De rechtvaardigingstoets is bij het Hof namelijk in hoge mate ‘gescript’: om vast te kunnen stellen of er een rechtvaardiging is, moet het doel van de ongelijke behandeling scherp in beeld worden gebracht en moet worden onderzocht of dit doel in een redelijke, proportionele en noodzakelijke verhouding staat tot de verschillen die zijn geconstateerd. De verschillende maatstaven (redelijk doel, geschiktheid, noodzakelijkheid, proportionaliteit) zijn het Hof vertrouwd, in die zin dat ze goed passen bij wat het Hof gewend is te doen in ‘gewone’ zaken over grondrechtenschendingen. Het is daardoor minder gemakkelijk om een stap te vergeten en om inzichtelijk te maken hoe de redenering verloopt (al laat de meerderheid de eigenlijke proportionaliteitsoverwegingen in dit geval wel erg impliciet, wat haar terecht op kritiek van rechters Vehabović en Paczolay komt te staan).

Conclusie: geen vergelijkbaarheidstoets uitvoeren is beter

15. Gelet op het voorgaande ben ik zelf dus voorstander van de aanpak van de meerderheid, waarbij *niet* wordt ingegaan op de vergelijkbaarheid van de gevallen, maar na de vaststelling dat er sprake is van een verschil in behandeling, meteen wordt gekeken naar de vraag of daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Gevreesd zou misschien kunnen worden dat die aanpak kan leiden tot een grotere belasting van het Hof, want het zou kunnen betekenen dat het Hof zich inhoudelijk moet buigen over de rechtvaardiging voor ieder willekeurig verschilletje in behandeling, ook als er duidelijke verschillen tussen de gevallen bestaan. Die redenering gaat echter uit van de onjuiste veronderstelling dat bij gebleken onvergelijkbaarheid geen redelijkheidstoets meer nodig is. Zoals deze zaak laat zien, is dat juist wel een noodzakelijke beoordelingsstap, in alle zaken die het Hof voor zich krijgt. Efficiencywinst kan juist wel worden behaald als de ingewikkelde vergelijkbaarheidstoets achterwege wordt gelaten en de inspanningen meer worden gericht op een goede, volledige en volwaardige rechtvaardigingstoets. Hoewel ik het pleidooi van rechters Ravanari en Schukking voor een deugdelijke vergelijkbaarheidstoets dus zeker begrijp, zou de nog betere oplossing zijn om deze toets simpelweg niet uit te voeren. Ruim veertig jaar na *Marckx* is er geen aanleiding voor bestending van de daarin ingezette lijn, maar juist voor verandering.

Janneke Gerards

Hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht

[1] Zie par. 32 resp. 34 van de uitspraak in *Popović*.

[2] Zie par. 35 van de uitspraak in *Popović*.

[3] Zie voor dit alles par. 76 van de uitspraak in *Popović*.

[4] Zie *Saumier t. Frankrijk*, EHRM 12 januari 2017, nr. 74734/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD007473414, «EHRC» 2017/69 m.nt. Barentsen.

[5] Zie uitgebreider J.H. Gerards, 'The discrimination grounds of Article 14 ECHR', 13 *Human Rights Law Review* 2013 (1), pp. 99-124 en recenter bijgewerkt (en in het Nederlands), J.H. Gerards, 'Artikel 14. Verbod van discriminatie', in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel 1*, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.1.3, p. 1404 e.v.; ook online beschikbaar via OpMaat.

[6] Zie in het bijzonder *Carson t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 maart 2010, nr. 42184/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD004218405, «EHRC» 2010/60, m.nt. Bollen-Vandenboorn, AB 2011/149, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

[7] Gerards 2020, noot 5, p. 1408.

[8] Zie bijv. *Saumier*, noot 4.

[9] Bijv. *Aleksandr Aleksandrov t. Rusland*, EHRM 27 maart 2018, nr. 14431/06,

ECLI:CE:ECHR:2018:0327JUD001443106, «EHRC» 2018/119; *Gouri t. Frankrijk*, EHRM 28 februari 2017, nr. 41069/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0228DEC004106911.

[10] Zie bijv. *Chaldayev t. Rusland*, EHRM 28 mei 2019, nr. 33172/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0528JUD003317216, «EHRC» 2019/168.

Dat verschillende gronden voor detentie een 'status' kunnen vormen blijkt ook uit *S.S. t. Verenigd Koninkrijk en F.A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 april 2015 (ontv.), nrs. 40356/10 en 54466/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0421DEC004035610, «EHRC» 2015/163 m.nt. Gerards, par. 38.

[11] Niet afgedekt worden bijvoorbeeld verschillen in de juridische status die aan bepaalde soorten eigendommen worden toegekend; zie *Han Aarts BV e.a. t. Nederland*, EHRM 10 oktober 2017 (ontv.), nr. 43768/17, ECLI:CE:ECHR:2017:1010DEC004376817, «EHRC» 2018/31.

[12] Zie bijv. *Beshiri t. Albanië*, EHRM 17 maart 2020, nr. 29026/06, ECLI:CE:ECHR:2020:0317DEC002902606,

Ēcis t. Letland, EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09, ECLI:CE:ECHR:2019:0110JUD001287909, «EHRC» 2019/93; *Zammit en Attard Cassar t. Malta*, EHRM 30 juli 2015, nr. 1046/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0730JUD00104612, «EHRC» 2015/208, par. 70; *Maktouf en Damjanović t. Bosnië en Herzegovina*, EHRM (GK) 18 juli 2013, nrs. 2312/08 en 34179/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, «EHRC» 2013/238 m.nt. Zeegers.

Raviv t. Oostenrijk, EHRM 13 maart 2012, nr. 26266/05, ECLI:EC:ECHR:2012:0313JUD002626605, «EHRC» 2012/110, m.nt. Barentsen, par. 55-56.

[13] Overigens was volgens de concurring rechters Ravarani en Schukking de *ratio legis* van beide regelingen wel vergelijkbaar.

[14] Gerards 2013, noot 5.

[15] Vgl. S. Besson, 'Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?', 8 *Human Rights Law Review* (2008) p. 647, p. 653-654.

[16] Zie over de beide onderwerpen nader Gerards 2020, noot 5, resp. onderdelen C.1.8 (p. 1432 e.v.) en C.3 (p. 1482 e.v.).

[17] Zie ook hierover Gerards 2013, noot 5.

[18] Zie par. 3 en 5 van de *concurring opinion* van rechters Ravarani en Schukking bij *Popović*.

[19] *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, NJ 1980, 462, m.nt. Alkema, par. 32.

[20] Zie nader Gerards 2020, noot 5, onderdeel C.2.1, p. 1449 en zie de *concurring opinion* van rechters Ravarani en Schukking bij *Popović*.

[21] Zie in de recentere jaren bijv. de al aangehaalde zaken *Saumier* (noot 4) en *Gouri* (noot 9); zie daarnaast bijv. *Hôpital local Saint-Pierre d'Oleron e.a. t. Frankrijk*, EHRM 8 november 2018, nr. 18096/12 en 23 andere, ECLI:CE:ECHR:2018:1108JUD001809612, «EHRC» 2019/32 en *Grimmark t. Zweden*, EHRM 11 februari 2020 (ontv.besl.), nr. 43726/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC004372617, *EHRC Updates* 2020-122 m.nt. Hendriks.

[22] Zie par. 7 en 8 van de *concurring opinion* van rechters Ravarani en Schukking bij *Popović*.

[23] Zie hierover uitgebreid ook J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*,

Den Haag: Sdu 2002, p. 56 e.v., met nadere verwijzingen.