

ANNOTATIE

# **Yocheva en Ganeva t. Bulgarije (EHRM, 18592/15 en 43863/15) – Regeling voor kinderen met overleden ouder discrimineert alleenstaande moeders**

***A.E.M. Leijten***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 11-05-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD001859215 (EHRC-2021-0145)*

1. De uitspraak van het EHRM in *Yocheva en Ganeva t. Bulgarije* bevat veel interessants. Het Hof komt unaniem tot de conclusie dat een regeling die in een uitkering voorziet voor kinderen waarvan een ouder is overleden discriminatoir is, nu kinderen uit eenoudergezinnen hiervoor niet in aanmerking komen. Er is sprake van discriminatie op grond van geslacht en op grond van gezinsstatus, omdat in het overgrote deel van de gevallen de uitkering wordt geweigerd aan alleenstaande moeders van kinderen die door hun vader niet zijn erkend. Hoewel het oordeel van het Hof te volgen is, zeker gezien het belang van gendergelijkheid en van de bescherming van kwetsbare kinderen, zijn de consequenties van zijn lijn van redeneren niet mals. Hierna bespreek ik hoe het Hof de toets aan het discriminatieverbod vertaalt in een eis van rechtvaardiging van het gekozen beleid, en hoe zijn (streng) toepassing daarvan tot een conclusie leidt die verder reikt dan dit geval en deze regeling. Op zichzelf wordt wel vaker beargumenteerd dat het oordeel dat een voorziening discriminatoir wordt toegekend, kan leiden tot het geheel vervallen daarvan, maar waar dat vaak wat overdreven is, lijkt de kans daarop in dit geval inderdaad niet gering. Die verreikende consequenties zijn des te opmerkelijker nu de ‘rechtvaardiging’ die het Hof geeft voor zijn eigen oordeel niet geheel waterdicht is. Ook in bredere zin kunnen we ons afvragen of hier niet alleen het badwater, maar ook het kind wordt weggegooid.

2. Klagers in deze zaak zijn twee alleenstaande moeders uit Sofia die probeerden aanspraak te maken op een gezinsuitkering voor gezinnen met kinderen met maar één levende ouder. Hun aanvraag werd geweigerd nu de vaders van hun kinderen niet overleden, maar onbekend waren. Beroep tegen de weigering baatte niet, nu de moeders niet konden aantonen dat hun kinderen erkend waren door de vader en deze vervolgens was overleden. De rechterlijke procedure die volgde in de zaak van de eerste klaagster, mondde uit in een oordeel van het Bulgaarse Constitutionele Hof, dat benadrukte dat de situatie van een kind waarvan een ouder was overleden, een andere was dan die van een kind waarvoor werd gezorgd door een alleenstaande ouder om een andere reden. Artikel 7(9) van de Family Allowances for Children Act (2002; FACA), spreekt van 'een levende ouder'. Volgens de rechter kon dit niet zo breed worden uitgelegd dat het een veel grotere groep van sterk uiteenlopende gevallen zou omvatten. Die zouden dan allemaal gelijk moeten worden behandeld, terwijl ze daarvoor te verschillend zijn.

3. Het EHRM verklaart de klacht van tweede klaagster niet-ontvankelijk omdat deze te laat is ingediend.[1] Bulgarije meende dat ook de zaak van de eerste klaagster niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat deze buiten de materiële reikwijdte van het Verdrag zou vallen en er bovendien geen sprake zou zijn van een kennelijk nadeel.[2] De uitkering voor klaagster zou € 43,50 per maand zijn – volgens de Staat verwaarloosbaar. Verwijzend naar eerdere jurisprudentie, zoals de uitspraak in *Konstantin Markin t. Rusland*,[3] herhaalt het Hof ten aanzien van het eerste verweer dat hoewel art. 8 EVRM niet verlangt dat een staat besluit gezinsuitkeringen te creëren, een staat die er wel voor kiest om dit te doen er in elk geval voor moet zorgen dat deze non-discriminatoire zijn. Ten aanzien van het tweede verweer merkt het Hof op dat het hier niet enkel om financieel nadeel gaat. Vanwege de belangrijke (discriminatie)vragen die de zaak doet rijzen, zowel vanuit subjectief als vanuit objectief oogpunt, wijst het ook dit verweer van niet-ontvankelijkheid af.

3. Op de manier waarop het Hof zijn toetsing aanpakt, is in beginsel niets aan te merken. De vraag is uiteindelijk of het gemaakte onderscheid 'objectief gerechtvaardigd' is. Het Hof neemt dit, overigens net als in andere art. 14-zaken, letterlijk, in de zin dat het kijkt naar de rechtvaardiging ('justification') van de Staat voor het betreffende beleid.[4] Anders dan wanneer het Hof de vraag beantwoordt of het gemaakte onderscheid proportioneel was in het licht van de daarmee te dienen doelen, lijkt deze aanpak de bal expliciet bij de Staat te leggen. Onderscheid valt in beginsel te rechtvaardigen, mits de Staat een goed verhaal heeft. Welke eisen precies aan dat verhaal worden gesteld, is mede afhankelijk van de in het geding zijnde grond(en) van onderscheid. Nu het hier gaat om geslacht en gezinsstatus worden 'very weighty reasons' verlangd. In dit geval zoekt het Hof de rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid onder meer in de wetsgeschiedenis, in de reactie van de autoriteiten op de

aanvragen van klagsters, de daaropvolgende rechterlijke oordelen, en wat de Staat in de Straatsburgse zaak naar voren heeft gebracht. Daarbij is van belang dat het Hof van mening is dat het verlangen van erkenning een te grote inbreuk maakt op privé- en familielevens. Het is niet overtuigd dat als regel kan worden aangenomen dat kinderen waarvan een ouder is overleden zich in een minder goede positie bevinden dan kinderen in eenoudergezinnen. Ook de redenering van de regering dat moet worden opgepast voor fraude en dat de regeling anders onbetaalbaar wordt, vindt het Hof niet overtuigend.

4. So far so good. Waar een focus op de gegeven rechtvaardiging een heel goed middel kan zijn om rechterlijk activisme te voorkomen en tegelijkertijd voldoende bescherming te bieden, zorgt de toepassing van deze toets door het Hof in *Yocheva en Ganeva* her en der echter wel voor een opgetrokken wenkbrauw. Als het Hof van de Staat een waterdichte rechtvaardiging verlangt, moet zijn eigen argumentatie dan niet eveneens loepzuiver zijn? Op een aantal punten uit die argumentatie valt wel iets aan te merken.

5. Ten eerste kent het Hof weinig gewicht toe aan het feit dat uitkering is bedoeld voor kinderen waarvan een van de ouders is overleden. Zowel bij de vergelijkbaarheid,[5] als bij de vraag of er een ongelijke behandeling was[6] en of die gerechtvaardigd was,[7] wijst het op het verschil dat de Staat maakt tussen alleenstaande ouders met kinderen die door de andere ouder zijn erkend, en alleenstaande moeders wier kinderen een onbekende vader hebben en (dus) niet zijn erkend. Dat is niet helemaal logisch, nu het uiteindelijk gaat om een uitkering voor overlevende ouders van kinderen die zijn erkend én waarvan de andere ouder is overleden. Nu moge duidelijk zijn dat op het moment dat de vader – want wie de moeder is, is om logische redenen bekend – de kinderen niet heeft erkend, of hij überhaupt niet bekend is, ook niet kan worden vastgesteld of de juridische vader is overleden. Zodoende kan in die gevallen bij voorbaat geen aanspraak worden gemaakt op de uitkering. Het Hof merkt terecht op dat het verlangen van erkenning problematisch is.[8] Maar het gevolg van de redenering van het Hof lijkt te zijn dat alle alleenstaande moeders – zolang de kinderen niet zijn erkend door een vader – in beginsel onder de regeling zouden moeten vallen. Dat geldt dan dus voor een regeling die specifiek is bedoeld voor kinderen waarvan een ouder is overleden. Je kunt je bovendien afvragen wat dit betekent voor alleenstaande moeders van kinderen die wel zijn erkend maar waarvan de vader niet in beeld is of op enige wijze zorgdraagt voor het kind. Krijgen die dan ook een uitkering, of – omdat de moeders dit in beginsel wel kunnen aantonen – moet hier dan wel weer sprake zijn van een overlijden?

6. Ook gaat het Hof vrij gemakkelijk voorbij aan hetgeen volgt uit de informatie die is gegeven door de Staat, namelijk dat deze uitkering voor kinderen van een overleden ouder onderdeel is van een breder palet aan tegemoetkomingen. De betreffende uitkering is geregeld in art. 7(9) van de FACA en wordt toegekend ongeacht het inkomen van het gezin. In het eerste lid van dit

artikel is een maandelijks uitkering geregeld voor elk kind dat onderdeel uitmaakt van een gezin met een laag inkomen (par. 36). Hier vallen dus ook financieel kwetsbare eenoudergezinnen onder. Het Hof wil, daarvan getuigt althans zijn argumentatie, nauwelijks weten van het argument van de Staat dat in art. 7(9) FACA specifiek werd bedoeld op kinderen met trauma's door het overlijden van een ouder, die om die reden op basis van deze bepaling een kleine extra tegemoetkoming krijgen. In plaats daarvan benadrukt het dat de regeling volgens de regering is bedoeld voor kwetsbare gezinnen. Door een brede opvatting van het 'trauma' dat volgens het Hof aan de regeling ten grondslag ligt (maar dat gezien de bepaling dus geen verband houdt met inkomen), en die vervolgens te koppelen aan het opgroeien met een enkele ouder per se, maakt het Hof het bijzonder lastig voor de Staat om een beperkte interpretatie van de wettekst te rechtvaardigen die uitsluitend ziet op een overleden juridische ouder.

7. Dat brengt mij weer op een volgend punt. Het Hof merkt op dat het feit dat de uitkering zich richt op gezinnen met twee juridische ouders waarvan er een is overleden, 'is based on a very traditional and outdated understanding of a family, in particular as regards the expectation that there must be two parents with whom the children have established legal ties' (par. 115). Terecht pakt het Hof hiermee – overigens niet alleen in deze zaak – stereotypen aan.[9] De manier waarop dat hier gebeurt roept echter wel vragen op. De uitkering wordt immers niet toegekend omdat iemand een (juridische) ouder heeft in plaats van twee, maar omdat een ouder is komen te overlijden en dit het gezin of in elk geval de kinderen een vorm van trauma heeft bezorgd. Tegelijkertijd volgt uit de redenering van het Hof dat gezinnen met een ouder, in beginsel alleenstaande moeders, om die reden kwetsbaar zijn en ook binnen het bereik van de regeling zouden moeten vallen. Maar maakt het Hof daarmee niet zelfs een stereotype van het medelijden behoevende, per definitie 'incomplete' eenoudergezin? Het klopt ongetwijfeld dat alleenstaande moeders vaker moeite hebben om, bijvoorbeeld, de eindjes aan elkaar te knopen. Maar er is dan ook een uitkering voor gezinnen met een laag inkomen.

8. Door de situatie in een gezin met een alleenstaande moeder gelijk te stellen aan die van een gezin waarin een ouder is overleden, zou je kunnen zeggen dat het Hof die eerste wat generaliseert. Als een moeder bijvoorbeeld bewust geen contact heeft met de vader en een gezin met (enkel) haar kinderen vormt, kan het bovendien best zijn dat zij niet vergeleken wil worden met een weduwe aan het hoofd van een – sinds de dood van de vader – incomplete gezin. Wel merkt het Hof op dat 'children whose father is unknown cannot as a rule be said to be in a better position than children with one deceased parent, without accounting for a whole range of surrounding and relevant other circumstances which inevitably vary great from case to case' (par. 118) – het lijkt dus wel enig oog te hebben voor het feit dat de context per eenoudergezin sterk kan verschillen. Toch is ook op deze formulering van het Hof enige

kritiek mogelijk. Allereerst kan ook niet ‘as a rule’ worden gezegd dat kinderen met een onbekende vader zich in een ‘even slechte’ positie bevinden als kinderen met een overleden ouder. Daarnaast: met het benadrukken van alle omstandigheden en de grote variëteit die dit met zich brengt, schiet het Hof een specifieke regeling als die in art. 7(9) FACA eigenlijk per definitie af. Zou dit dan niet ook moeten betekenen dat kinderen met twee gelukkig getrouwde, levende ouders, onder omstandigheden in een situatie kunnen verkeren die eveneens onder de bepaling moet worden geschaard?

9. Wat in dit kader voor verwarring zorgt, is dat het Hof in de uitspraak meermaals lijkt te wisselen tussen een meer abstract perspectief en de specifieke omstandigheden van dit geval.[10] Zoals opgemerkt is een reden om – ondanks het relatief geringe bedrag – toch tot toetsing over te gaan, het feit dat het gaat om een mogelijk structureel probleem en een vraag ‘of a general character affecting the observance of the Convention’ (par. 83). Maar in de laatste paragraaf van het inhoudelijke oordeel onderstreept het Hof juist dat er *in de omstandigheden van dit geval* geen overtuigende redenen waren om geen uitkering toe te kennen. Hoe valt dit te rijmen? Mogelijk moeten we het oordeel van het Hof zo opvatten dat dit niet meteen betekent dat alle alleenstaande moeders van kinderen met onbekende (juridische) vaders direct aanspraak kunnen maken op de uitkering, maar dat dit van geval tot geval moet worden beoordeeld. Het structurele probleem is dan niet zozeer de uitsluiting van een specifieke groep, maar het feit dat de regeling ‘te afgebakend’ is, en daarmee voorbijgaat aan gevallen die er nu niet onder vallen, maar die ook een tegemoetkoming verdienen. Nu blijkt echter uit de beoordeling van het Hof niet welke omstandigheden, anders dan de discriminatie in het voorgelegde geval, tot de conclusie leiden dat een uitkering had moeten worden toegekend. Dit zou dan toch betekenen dat alle alleenstaande moeders van kinderen met onbekende vaders per definitie aanspraak moeten kunnen maken op de uitkering. Anderzijds, als de kwetsbare situatie waarin zij zich bevinden toch doorslaggevend is, zou dit eveneens betekenen dat ook als kinderen van alleenstaande moeders wel door de vader zijn erkend, maar deze nog niet is overleden, of inderdaad zelfs ingeval sprake is van twee samenwonende ouders, een aanvraag niet per kerende post mag worden afgewezen.

10. Ook de ‘economische rechtvaardiging’ van de Staat stond aan het oordeel van het Hof niet in de weg. De regering had beargumenteerd dat als de regeling veel breder toepassing zou moeten vinden, deze onbetaalbaar zou worden. Daarbij is cijfermateriaal overgelegd waarmee de regering laat zien dat de potentiële groep van ouders die aanspraak maakt vele malen groter is dan die, die volgens de gebruikte criteria in aanmerking komt. Op dit punt laat Bulgarije weten dat, ‘if the Court were to find a violation of the prohibition of discrimination in respect of the applicant, the State would likely be forced to do away with the benefit altogether, because of the excessive burden it would face’.[11] Maar volgens het Hof kan dit, ondanks de

ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt bij economisch en sociaal beleid, op zichzelf niet voldoende zijn om een ongelijke behandeling (op een verdachte grond) te rechtvaardigen. Dat is een logisch uitgangspunt: de kosten van een regeling kunnen een discriminatoire toepassing daarvan niet goedmaken. Dergelijke 'dreigementen' ('als rechters moeilijk gaan doen over discriminatie bij tegemoetkomingen, krijgt gewoon niemand iets') zullen vaak ook wat overdreven zijn. Toch kan ik me in dit geval wel voorstellen dat Bulgarije geneigd is de gehele regeling te laten vervallen. Niet alleen omdat een brede toekenning daarvan veel geld gaat kosten, maar ook omdat de beoordeling van alle individuele gevallen, in lijn met wat het Hof na nadere bestudering lijkt te verlangen, veel (personele) kosten met zich brengt.

11. Hier valt een mooie parallel te trekken met de maatwerkdiscussie zoals die zich momenteel in Nederland afspeelt. Uit het publieke debat blijkt een wens tot een meer individuele beoordeling van gevallen, niet alleen door de rechter maar ook door het bestuur. Maar uit onderzoek naar de (juridische) mogelijkheden daartoe, blijkt ook dat hiermee risico's gepaard gaan.[12] Wat blijft er over van de algemene regel, en van rechtszekerheid, op het moment dat 'voorafgaand categoriseren' door de wetgever de boeman wordt van de menselijke maat? Rechtsstatelijke waarborgen kunnen zo in de knel komen, evenals de – toch ook wel wenselijke – efficiëntie van het overheidsapparaat. Het lijkt erop dat Bulgarije hier wordt afgestraft voor het in het leven roepen van een regeling voor 'enkel' kinderen van een overleden ouder. De conclusie in deze zaak valt te begrijpen tegen het licht van de problematische eis van 'erkenning' van kinderen, en de lastige situatie waarin zich veel alleenstaande ouders, voornamelijk moeders, bevinden. Maar het meer algemene signaal is dat het creëren van regels die in specifieke, vooraf gedefinieerde situaties tegemoetkomingen regelen, beter kan worden vermeden. Als dat het (beoogde) effect is van dit oordeel, is dat niet enkel positief.

A.E.M. (Ingrid) Leijten

Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden

[1] *Yocheva en Ganeva*, par. 67-70; op grond van art. 35 lid 4 EVRM.

[2] 'Significant disadvantage'; zie art. 35 lid 3 onder b EVRM.

[3] *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322:JUD003007806, «EHRC» 2012/117 m.nt. Gerards.

[4] Vgl. bijv. *Fábián t. Hongarije*, EHRM 15 december 2015, nr. 78117/13, ECLI:CE:ECHR:2015:1215:JUD007811713, «EHRC» 2016/71 m.nt. Leijten, waarin de Grote Kamer

overigens tot een geheel ander oordeel kwam dan de Kamer op het punt van de door de Staat gegeven rechtvaardiging, wat ook maar weer laat zien dat hierover wel verschillen van opvatting kunnen bestaan.

[5] *Yocheva en Ganeva*, par. 106-108.

[6] *Yocheva en Ganeva*, par. 109.

[7] *Yocheva en Ganeva*, par. 117.

[8] *Yocheva en Ganeva*, par. 117. Vgl. ook *Camp en Bourimi t. Nederland*, waarin het EHRM duidelijk maakte dat verschil dat voorkomt uit het wel of niet erkend zijn door de vader, 'very weighty reasons' verlangt. Zie EHRM 3 oktober 2000, nr. 28369/95, ECLI:CE:ECHR:1003:JUD0028369/95, par. 38.

[9] Een bekend voorbeeld is de zaak Konstantin Markin t. Rusland EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322:JUD003007806, waarin geen mogelijkheid bestond tot het opnemen van ouderschapsverlof voor mannelijke militairen, terwijl vrouwen dit wel konden. Een verwijzing naar de traditionele rol van de moeder kan volgens het Hof echter geen objectieve rechtvaardiging vormen. Vgl. ook A.S.H. Timmer, 'Judging stereotypes: What the European Court of Human Rights can borrow from American and Canadian equal protection law', *American Journal of Comparative Law* 2015, p. 239-284.

[10] Vgl. J.H. Gerards, 'Abstract and Concrete Reasonableness Review by the European Court of Human Rights', *European Convention on Human Rights Law Review* 2020, pp. 218-247, waarin wordt geconcludeerd dat de aanpak van het Hof op dit punt vaak niet consistent is.

[11] *Yocheva en Ganeva*, par. 122.

[12] Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten en J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat*, onderzoek in opdracht van het Ministerie van BZK, 2020, beschikbaar via [https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven\\_regering/detail?id=2021Zoo772&did=2021Do1968](https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2021Zoo772&did=2021Do1968).