

ANNOTATIE

Savickis e.a. t. Letland (EHRM (GK), 49270/11) – Pensioenperikelen, of de ongemakkelijke relatie tussen het EHRM en het discriminatieverbod

J.H. Gerards

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 09-06-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0609JUD004927011 (EHRC-2022-0176)

1. Dertien jaar geleden, in *Andrejeva*, sprak het EHRM zich uit over een gevoelige en ingewikkelde materie, namelijk de inrichting van het pensioenstelsel in Letland.[1] Dat systeem is vlak na de onafhankelijkheidsverklaring van Letland van de voormalige Sovjet-Unie in het leven geroepen. Het bevat onder meer een verschil in pensioentoekenning tussen enerzijds Letse staatsburgers en anderzijds permanent in Letland verblijvende niet-Letse staatsburgers. In de zaak *Andrejeva* kwam de Grote Kamer in 2009 tot het oordeel dat het systeem – ondanks de bijzondere context en achtergrond – vanwege die ongelijke behandeling in strijd was met het in art. 14 EVRM neergelegde discriminatieverbod, in samenhang gezien met het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM. In *Savickis* werd het EHRM opnieuw gevraagd om zich over deze materie te buigen.

2. Net als eerder *Andrejeva* gaat ook de zaak *Savickis* over uiteenlopende en belangrijke vraagstukken. Specifiek voor het EHRM-systeem was allereerst de vraag hoe het EHRM zo'n pensioenstelsel moet beoordelen: moet het dat doen in abstracto, dus moet het de wetgeving in haar geheel toetsen, of moet het zich concentreren op de toepassing in de voorliggende zaak? In de tweede plaats lag uitdrukkelijk de vraag voor of Letland in deze zaak als zelfstandige staat kan worden gezien, die zelf verantwoordelijkheid draagt voor het ingevoerde pensioenstelsel, of eerder moet worden beschouwd als statenopvolger van de

voormalige Sovjet-Unie. Een derde vraag is of er aanleiding is het pensioenstelsel nu anders te beoordelen dan de Grote Kamer dat dertien jaar geleden deed in *Andrejeva*. Bij de beantwoording van die vraag komen vervolgens nog verschillende andere interessante kwesties op. In het bijzonder rees de vraag of in dit geval sprake was van onderscheid naar nationaliteit en of daarbij sprake is van een ‘verdachte’ grond van onderscheid waarbij de bekende ‘very weighty reasons’ als rechtvaardiging moeten worden verlangd.[2]

3. Gelet op de complexiteit en geschiedenis van de zaak had de Kamer alle reden om die door te schuiven naar de Grote Kamer. De Grote Kamer wijdt nu bijna honderd pagina’s aan de kwestie, maar is bepaald niet unaniem in zijn beoordeling: maar tien van de zeventien rechters ondersteunen het dictum. In deze noot kunnen lang niet alle punten aan de orde komen die de uitspraak zo boeiend maken. De interessante vraag naar de statenopvolging laat ik hierna terzijde, net als de inhoudelijke beoordeling van de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling op grond van nationaliteit.[3] Op twee andere hiervoor genoemde kwesties ga ik hierna wel kort in, namelijk op het vraagstuk van abstracte of concrete toetsing en op de ‘very weighty reasons’-test.

4. Het eerste punt betreft de vraag wat de Grote Kamer in zijn uitspraak nu precies moest beoordelen op verenigbaarheid met het EVRM: het wettelijke pensioenstelsel als geheel, of alleen de toepassing daarvan in het individuele geval van de klagers? Achter die vraag gaat een wereld schuil van discussie over de hoofdfunctie van het EHRM.[4] Een deel van de auteurs en rechters vindt dat de taak van het EHRM vooral is om individueel rechtsherstel te bieden aan mensen die het slachtoffer zijn geworden van een EVRM-schending.[5] Vanuit dat perspectief is het niet nodig en misschien zelfs niet wenselijk om ook allerlei grote, onderliggende vragen te beantwoorden naar de redelijkheid van een wettelijk stelsel als geheel. Anderen hebben naar voren gebracht dat het Hof minstens zozeer een constitutionele functie heeft en dat het er ook is om bij te dragen aan ‘general justice’ in de Europese staten.[6] Ter voorkoming van verdere schendingen kan het vanuit dat perspectief wenselijk zijn om niet alleen naar een concrete zaak te kijken, maar ook het achterliggende regelcomplex te bestuderen en te beoordelen of dat als geheel in overeenstemming is met het EVRM. Als dat niet het geval is, moet het EHRM dat expliciet kunnen vaststellen. Dat kan de staat ertoe prikkelen om zijn verantwoordelijkheid nemen om het stelsel aan te passen. Uiteindelijk is dat in het belang van het beschermen van de EVRM-rechten voor alle inwoners.

5. Het gebrek aan eenduidigheid over de hoofdtaak van het EHRM is ook zichtbaar in de benadering die het Hof zelf kiest in zijn uitspraken. In een recent artikel heb ik geprobeerd aan te tonen dat het EHRM minimaal vier benaderingen hanteert.[7] In sommige gevallen toetst het Hof uitsluitend concreet, in andere gevallen uitsluitend abstract; in een derde groep van zaken toetst het eerst abstract en dan nog concreet, en ten slotte is soms een mix van

concrete en abstracte toetsing zichtbaar. Soms (maar niet altijd) zijn deze verschillen verklaarbaar vanuit het zaaktype dat aan het EHRM wordt voorgelegd. Het kan bijvoorbeeld zijn dat iemand klaagt over een potentiële schending van het EVRM, bijvoorbeeld als het gaat om wetgeving over aftappen of interceptie. In die gevallen hoeft de klager volgens het Hof niet aan te tonen dat zijn telefoon daadwerkelijk is afgetapt of dat zijn whatsappberichten echt zijn onderschept; meestal weet iemand dat immers niet en kan en mag hij dat zelf niet weten. In die gevallen gaat het Hof uit van een potentiële toepassing en onderzoekt het primair de redelijkheid en de waarborgen die de regeling als zodanig biedt.[8] Dat kan dan ook niet anders, omdat een concrete toepassing die het kan beoordelen in dat soort gevallen niet aantoonbaar is.

6. In *Savicki* benadrukt de Grote Kamer dat ‘its task is not normally to review the relevant law and practice in abstracto, but to determine whether the manner in which they were applied to or affected the applicants gave rise to a violation of the Convention’.[9] Het kiest de concrete benadering dus tot uitgangspunt. Vervolgens erkent het Hof echter uitdrukkelijk dat de problematiek waarover het zich moet buiten op het nationale niveau breder kan zijn dan de klachten die het in de concrete zaak voorgelegd heeft gekregen.[10] Bovendien merkt het op dat vrijwel alle zaken die gaan over ongelijke behandeling in socialezekerheidswetgeving betrekking hebben op de wetgeving of een socialezekerheidssysteem als zodanig, en niet over de individuele feiten en omstandigheden van de klagers.[11] Gelet daarop besluit het Hof toch om in deze zaak op een abstract niveau te oordelen.[12]

7. Uit die abstracte toetsing mag echter niet meteen worden afgeleid dat het Hof zijn focus meer in het algemeen verschuift van een meer individuele toetsing naar een beoordeling die sterker is gericht op ‘general justice’. Het is namelijk staande praktijk van het Hof om zaken over socialezekerheidskwesties in beginsel abstract te beoordelen.[13] In een eerdere zaak, *Carson*, heeft het Hof uitgelegd dat de reden hiervoor is dat het niet in staat is een beoordeling te geven van de vele duizenden individuele toepassingen die aan een ongelijke behandeling in een socialezekerheidswet kunnen worden gegeven.[14] Dat maakt dat het gemakkelijker is om de wet als geheel te beoordelen dan om al die afzonderlijke toepassingen onder de loep te nemen. In socialezekerheidszaken staat om pragmatische redenen dus niet zozeer de *toepassing* van een systeem centraal, maar beoordeelt het Hof in essentie het systeem als geheel. Dit laat zien dat de abstracte en de concrete toetsingsbenadering elkaar niet uitsluiten, maar naast elkaar kunnen bestaan.[15] Ook hoeft de verklaring voor de verschillende benaderingen lang niet altijd in een principiële visie op de functie van het Hof te worden gevonden, maar kan die heel praktisch van aard zijn.

8. Een tweede, nog veel opmerkelijker aspect van de uitspraak betreft de overwegingen van het Hof over de intensiteit van zijn toetsing en de toepassing van de ‘very weighty reasons’-

test. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een zeer kritische beoordeling moet worden gegeven van nationale gevallen van ongelijke behandeling als die zijn gebaseerd op een zogenaamde ‘verdachte’ grond, zoals huidskleur, etnische afkomst, geslacht of handicap.[16] Als een besluit of wet is gebaseerd op die gronden kan de verdenking bestaan van een ontbreken van objectiviteit en rationaliteit in het besluitvormingsproces, en het daarin insluipen van vooroordelen, stereotypen of stigmata.[17] Het maken van een lijst van verdachte gronden is echter altijd lastig en er zijn nogal wat gronden die soms wel en soms niet als verdacht worden aangemerkt, afhankelijk van de context. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt bijvoorbeeld dat het bij onderscheid op grond van nationaliteit niet altijd aanleiding ziet om ‘zeer zwaarwegende redenen’ als rechtvaardiging te vereisen. Een voorbeeld waarin het dat niet deed is dat waarin niet-staatsburgers in voorarrest konden worden genomen (en staatsburgers niet), omdat bij staatsburgers het risico op vluchten minder groot werd gevonden.[18] In andere zaken neemt het Hof wel aan dat nationaliteit een verdachte grond is, maar voegt het vervolgens niet de daad bij het woord. In *British Gurkha Welfare Society e.a.*, ook een zaak over een pensioenregeling, voerde het Hof bijvoorbeeld een zeer terughoudende toetsing uit, ook al had het vastgesteld dat sprake was van een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit en dat daarom zeer zwaarwegende redenen nodig waren als rechtvaardiging.[19]

9. De rechtspraak over nationaliteit als verdachte grond is daarmee wankel: soms toetst het Hof bij deze grond wel streng, in andere gevallen juist niet. Interessant is op dit punt ook de eerdere zaak *Andrejeva*, waarin het Hof, als gezegd, over dezelfde materie moest oordelen als in *Savickis*. In die zaak gaf de Grote Kamer heel duidelijk te kennen dat nationaliteit ook in zaken over sociale zekerheid als verdachte grond moet worden gezien en dat daarbij een strikte toets moet worden uitgevoerd.[20] Het Hof herhaalt die overweging in *Savickis*,[21] maar voegt er een paar overwegingen aan toe die dit uitgangspunt nogal vertroebelen. Allereerst merkt het Hof op dat nationaliteit niet kan worden gezien als een zogenaamde ‘choice ground’, anders dan bijvoorbeeld migratiestatus.[22] Daarmee bedoelt het Hof te zeggen dat mensen zelf geen keuze maken voor hun nationaliteit en dat hen die dus niet kan worden aangerekend.[23] Met andere woorden: nationaliteit is een onveranderlijk persoonskenmerk, en daarmee vergelijkbaar met bijvoorbeeld huidskleur, etnische afkomst of geslacht. De boodschap is daarbij impliciet dat als mensen een keuze kunnen maken voor bepaalde kenmerken, ze ook verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de gevolgen van hun keuze. Als naar een ander land migreren als een vrije keuze wordt gezien, zoals de Grote Kamer impliceert, dan kan van degene die die keuze maakt dus worden verwacht dat die de gevolgen van die keuze overziet en aanvaardt – ook als die gevolgen bijvoorbeeld een slechtere toegang betreffen tot maatschappelijke diensten of sociale zekerheid.

10. Tegen het hanteren van dit 'keuzecriterium' door het Hof is het nodige in te brengen.[24] Een van de problemen is dat het aspect 'vrije keuze' niet gemakkelijk is te definiëren of vast te stellen. Ook nationaliteit is tot op zekere hoogte namelijk een 'choice ground', in die zin dat iemand zich soms kan laten nationaliseren en daarmee de nadelige consequenties van het hebben van een andere nationaliteit kan vermijden. Iets soortgelijks geldt voor religie of politieke overtuiging, en misschien zelfs voor geslacht.[25] In die laatste gevallen wordt echter altijd aangenomen dat van mensen niet redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij die keuze maken. Precies om die reden had het Hof in *Andrejeva* aangenomen dat nationaliteit geen 'choice ground' mag zijn. In par. 91 van die uitspraak overwoog het in 2009: 'The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 of the Convention is meaningful only if, in each particular case, the applicant's personal situation in relation to the criteria listed in that provision is taken into account exactly as it stands. To proceed otherwise in dismissing the victim's claims on the ground that he or she could have avoided the discrimination by altering one of the factors in question – for example, by acquiring a nationality – would render Article 14 devoid of substance'. Waarom dit bij nationaliteit niet mag worden verwacht en waarom bijvoorbeeld migratiestatus wel een 'choice ground' is, legt het Hof verder niet uit. Dat maakt het criterium lastig hanteerbaar en maakt ook dat het op principiële bezwaren kan stuiten.[26]

11. Nog los hiervan geldt dat het Hof een stuk verderop in *Savicki* – merkwaardig genoeg – ineens opmerkt dat er bij het verkrijgen van het Letse staatsburgerschap geen bijzondere belemmeringen bestonden: 'It is clear that naturalisation depends on the fulfilment of certain conditions and may require certain efforts. This does not, however, alter the fact that the question of legal status, namely the choice between remaining a "permanently resident non-citizen" and acceding to citizenship, is largely a matter of personal aspiration rather than an immutable situation, especially in the light of the considerable time-frame available to the applicants to exercise that option'. Dit is niet goed te verenigen met de opmerkingen die de Grote Kamer van het Hof hierover destijds in *Andrejeva* maakte, en die hetzelfde Hof nota bene eerder in *Savickis* nog bevestigde.[27] Opvallend genoeg verwijst het Hof in de geciteerde overweging ook helemaal niet naar de relevante overweging uit *Andrejeva*, terwijl het dat op andere punten wel doet. Dat laat zien dat het keuzecriterium niet alleen allerlei principiële en afbakeningsvragen oplevert, maar dat het EHRM het ook zelf buitengewoon moeilijk vindt om het goed en logisch toe te passen.[28] Alleen al dat maakt dat het beter is om er niet mee te werken. Het is dus jammer dat het steeds weer terugkeert in de rechtspraak van het Hof.

12. De vaststelling van de intensiteit van de toetsing is verder opmerkelijk doordat het Hof na de inleidende overwegingen over 'choice grounds' overweegt dat de *margin of appreciation* van de staten meestal ruimer is als het gaat om socialezekerheidszaken,[29] maar daaraan toevoegt dat dat eigenlijk vooral zo is bij overgangsmatregelen die bedoeld zijn om

ongelijkheden in een socialezekerheidssysteem recht te trekken[30]. Dit zou in die zin een belangwekkende verduidelijking kunnen zijn dat er in veel eerdere zaken vaak een spanning ontstond tussen de verdachte gronden van onderscheid – die een strikte toetsing uitlokken – en het voorwerp en de context van een zaak. In socialezekerheidskwesties moet het Hof zich namelijk uitspreken over allerlei nationale beleids- en politieke keuzes en over demografische, economische en financiële argumenten die die keuzes bepalen. In zaken die niet gaan over ongelijke behandeling neemt het Hof meestal aan dat de nationale autoriteiten beter in staat zijn om dergelijke keuzes te maken dan het Hof.[31] Het laat de staten om die reden meestal de nodige beleidsvrijheid. Dat is echter niet gemakkelijk te verenigen met de strikte toetsing die het bij onderscheid op grond van nationaliteit als uitgangspunt kiest. In veel zaken kwam het Hof dan ook met een wat ambigue tussenvorm, waarbij het beide uitgangspunten (dus de ‘very weighty reasons’-test én de ruime *margin of appreciation* in socialezekerheidszaken) benoemde, zonder echt een keuze te maken. In zekere zin biedt de uitspraak hiervoor een nieuw en duidelijker criterium doordat de categorie van zaken waarin het terughoudend zou willen toetsen wordt beperkt tot zaken waarin sprake is van overgangsmaatregelen waarvan het doel is om ongelijke behandelingen weg te nemen.

13. De intiële vreugde over zo’n verduidelijking van de toetsingsintensiteit in socialezekerheidszaken wordt verderop in *Savickis* echter onmiddellijk de kop ingedrukt. Dat heeft te maken met een gloednieuwe specificering van de ‘very weighty reasons’-test die het Hof uit de hoge hoed tovert. Het Hof herhaalt in par. 205 allereerst de hiervoor al benoemde spanning tussen de heel strikte en meer terughoudende toetsing in dit type zaken. Vervolgens merkt het op dat ook *binnen* de ‘very weighty reasons’-toets gradaties kunnen worden onderscheiden en dat de beoordeling wat zeer zwaarwegende redenen zijn per geval kan verschillen in intensiteit. In de bewoordingen van het Hof: ‘the Court finds it reasonable to consider that in a field where a wide margin is, and must be, granted to the State in formulating general measures, even the assessment of what may constitute “very weighty reasons” for the purposes of the application of Article 14 may have to vary in degree depending on the context and circumstances’.[32]

14. Om te bepalen in welke socialezekerheidszaken de redenen voor onderscheid op verdachte gronden ook weer niet zo heel zwaarwegend hoeven te zijn, en de toetsing terughoudend kan blijven, formuleert het Hof een aantal nieuwe factoren die het meteen op de Letse situatie toepast.[33] Het besteedt bijvoorbeeld aandacht aan de bijzondere historische en demografische context waarin de Letse regeling in het leven is geroepen, waarbij sprake was van een transitie van een totalitair naar een democratisch systeem.[34] Andere factoren die het Hof relevant acht zijn de vraag of de maatregel tot een volledig verlies van individuele pensioenbijdragen leidt en of iemand daadwerkelijk zijn gehele aanspraak op een uitkering

kwijtraakt.[35] Gelet op die overwegingen concludeert het Hof voor *Savickis* dat er weliswaar zeer zwaarwegende redenen voor de ongelijke behandeling moeten worden aangevoerd, maar dat de beoordeling van de rechtvaardiging moet worden uitgevoerd tegen de achtergrond van de ruime *margin of appreciation* die in het onderhavige geval aan de staat moet worden toegekend.[36]

15. Bijzonder aan de ‘very weighty reasons’-test – in vergelijking met de ‘margin of appreciation’-doctrine – was tot dusver echter juist dat die maar één factor kent die doorslaggevend is, namelijk de grond van onderscheid.[37] De ratio daarachter is die van de eerder genoemde ‘verdachtheid’ van die grond. Om die verdenking weg te nemen moet de overheid voldoende argumenten aanvoeren om duidelijk te maken dat in het voorliggende geval geen sprake is van een irrationeel of door stereotypen gedreven ongelijke behandeling, maar van een rationeel en redelijk onderscheid. In gevallen waarin die toets niet van toepassing is, bijvoorbeeld omdat de grond van onderscheid niet per definitie verdacht is, is er ruimte voor een nadere differentiatie in toetsingsintensiteit en dan kan de genuanceerde ‘margin of appreciation’-doctrine dienstig zijn.[38] Die doctrine maakt het namelijk mogelijk om verschillende factoren naast elkaar te zetten die relevant kunnen zijn om te bepalen hoeveel ruimte een staat moet krijgen om zijn eigen, gewenst geachte beslissingen te nemen en wetgeving vast te stellen, en op basis van een gevalsgericte afweging van die factoren te bepalen welke omvang van de *margin of appreciation* past bij de voorliggende zaak.[39]

16. Het is normaal gesproken dus van tweeën één: ofwel past het Hof de ‘very weighty reasons’-toets toe en toetst het zeer strikt vanwege de grond van onderscheid, ofwel doet het dat niet en past het de ‘margin of appreciation’-doctrine toe, waarbij het voor een grotere terughoudendheid kan kiezen.[40] Een combinatie van de beide benaderingen is een novum, dat wel eens zou kunnen neerkomen op het definitieve deficit van de test. Dat geldt zeker als de nieuwe aanpak wordt opgeteld bij de moeilijkheden die het Hof al heeft bij het vaststellen van de verdachtheid van bepaalde gronden – zoals blijkt uit de toepassing van het hiervoor besproken lastige keuzecriterium en de verwatering die in veel socialezekerheidszaken toch al een feit was.[41] Het Hof doet weliswaar zijn best om de nuancering van de test te beperken tot het specifieke gevalstype, maar er zijn nog veel meer zaken waarin van bijzondere omstandigheden sprake kan zijn die kunnen maken dat de redenen toch iets minder zwaarwegend hoeven te zijn. Daartegenover heeft de klassieke ‘very weighty reasons’-test juist als voordeel dat de toets duidelijk en voorspelbaar is en helder uitdrukking geeft aan een principiële afkeuring van het baseren van besluiten en wetten op bepaalde gronden. Het novum van het Hof vertroebelt de vaststelling van de intensiteit van de toetsing in gelijkebehandelingszaken dus aanzienlijk, zonder dat daar een duidelijke aanleiding voor lijkt te bestaan.

17. Niet verrassend in het licht van de ruime beleidsvrijheid die het Hof Letland uiteindelijk toebedeelt is dat het Hof vervolgens oordeelt dat de voorkeursbehandeling voor Letse staatsburgers door de beugel van het gelijkheidsbeginsel kan – een heel ander oordeel dus dan het Hof in 2009 nog velde.[42] Een controversiële uitspraak als de onderhavige roept de vraag op of het Hof dit soort zaken eigenlijk wel moet willen behandelen. Die vraag is ook wel eens gesteld door Ingrid Leijten. Zij concludeerde uit een rechtspraakanalyse dat het EHRM weliswaar ruimhartig is bij het accepteren dat zaken over sociale zekerheid binnen het (eigenlijk veel beperktere) toepassingsbereik vallen van art. 1 EP EVRM als die bepaling wordt gecombineerd met art. 14 EVRM,[43] maar dat de *margin of appreciation* vervolgens meestal zo ruim is dat klagers alsnog hoogst zelden in het gelijk worden gesteld.[44] Het komt er dan op neer dat klagers blij worden gemaakt met een dode mus, waar ze bovendien – zoals ook hier – jaren op moeten wachten. Ergens lijkt het dan beter de lijnen van de ontvankelijkheid van zo'n klacht strakker te trekken, zoals het Hof dat vrij recent ook heeft gedaan bij zaken over ontslagbeslissingen.[45] Een andere mogelijkheid zou zijn geweest, zoals drie van de *dissenting* rechters dat ook hebben voorgesteld, om wel een 'very weighty reasons'-test toe te passen, maar aantoonbaar te achten dat die zwaarwegende redenen er in dit geval ook echt waren.[46] Beide keuzes maakt de Grote Kamer echter niet, en daarmee bewijst het Hof de rechtspraak, de grondrechtdoctrine én de slachtoffers van ongelijke behandeling bepaald geen dienst.

Janneke Gerards

Hoogleraar fundamentele recht, Universiteit Utrecht, www.uu.nl/medewerkers/jhgerards

[1] *Andrejeva t. Letland*, EHRM (GK) 18 februari 2009, nr. 55707/00, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700, «EHRC» 2009/49 m.nt. F. Pennings, «JV» 2009/165 m.nt. P. Boeles.

[2] Zie over die test in het kort J.H. Gerards, 'Het recht op gelijke behandeling en het verbod van discriminatie', in: J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, tweede druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 2.1.4; zie veel uitgebreider J.H. Gerards, 'Artikel 14 EVRM. Verbod van discriminatie', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I: Art. 1/18 EVRM*, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.3.

[3] Zie hierover ook S. Ganty & D.V. Kochenov, "It's their own fault: The new non-discrimination standard in *Savickis v. Latvia* is about blaming minorities for their State-mandated statelessness", *Strasbourg Observers* 5 augustus 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/08/05/its-their-own-fault-the-new-non->

discrimination-standard-in-savickis-v-latvia-is-about-blaming-minorities-for-their-state-mandated-statelessness/.

[4] Zie nader, met verdere bronverwijzingen, J.H. Gerards, 'Abstract and concrete reasonableness review by the European Court of Human Rights', 1 *European Convention on Human Rights Law Review* 2020 (2) p. 218-247.

[5] Idem.

[6] Zie nader J.H. Gerards en L.R. Glas, 'Access to justice in the European Convention on Human Rights system', 35 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2017 (1), pp. 11-30.

[7] Zie hierboven, noot 4.

[8] Zie klassiek bijv. *Klass t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, par. 33-37; zie recenter bijv. *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM (GK) 4 december 2015, nr. 47143/06, «EHRC» 2016/87 m.nt. M. Hagens, *NJ* 2017/185, m.nt. E.J. Dommering, par. 170-2.

[9] *Savickis*, par. 97.

[10] Idem.

[11] Idem.

[12] Idem.

[13] Gerards, reeds aangehaald (noot 4), p. 239-241.

[14] *Carson e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 maart 2010, nr. 42184/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD004218405, «EHRC» 2010/60 m.nt. A.H.H. Bollen-Vandenboorn, par. 62 ('The Court observes at the outset that, as with all complaints of alleged discrimination in a welfare or pensions system, it is concerned with the compatibility with Article 14 of the system, not with the individual facts or circumstances of the particular applicants or of others who are or might be affected by the legislation ... [T]he Court is not in a position to make an assessment of the effects, if any, on the many thousands in the same position as the applicants and nor should it try to do so. Any welfare system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between different groups in need ... [T]he Court's role is to determine the question of principle, namely whether the legislation as such unlawfully discriminates between persons who are in an analogous situation.')

[15] Zie ook de conclusie van het in noot 4 aangehaalde stuk.

[16] Zie nader de in noot 2 aangehaalde bronnen.

[17] Hier is veel over geschreven. Zie bijv. A. Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', 11 *Human Rights Law Review* 2011, p. 707 e.v.; A. Altman, 'Discrimination', in: N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, via <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/discrimination>; J.H. Gerards & F. Zuiderveen Borgesius, 'Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence', 20 *Colorado Technology Law Journal* 2022, <https://ctlj.colorado.edu/?p=860>, p. 43 e.v.

[18] Zie *Qing t. Portugal*, EHRM 5 november 2015, nr. 69861/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1105JUD0069861, par. 82 en 89 – in par. 82 noemde het Hof weliswaar de 'very weighty reasons'-test, maar uit par. 89 blijkt dat het eerder een willekeurcriterium aanlegde.

[19] *British Gurkha Welfare Association e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 september 2016, nr. 44818/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0915JUD004484811, «EHRC» 2016/246, m.nt. J.H. Gerards, RSV 2017/22, par. 81 e.v.

[20] *Andrejeva*, reeds aangehaald (noot 1), par. 87.

[21] *Savickis*, par. 183; zie daarnaast heel duidelijk in par. 193.

[22] *Savickis*, par. 183. Het Hof hanteerde dit criterium ook al in *Bah t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 november 2011, nr. 56328/07, ECLI:CE:ECHR:2011:1127JUD005632807, «EHRC» 2011/165 m.nt. A.E.M. Leijten & J.H. Gerards, «JV» 2012/33 m.nt. L. Slingenberg, par. 47.

[23] Specifiek in *Andrejeva* (reeds aangehaald, noot 1) benadrukte het Hof dit ook al; zie par. 91.

[24] Zie hierover o.m. Altman (reeds aangehaald, noot 17). Zie meer specifiek Ganty & Kochenov, reeds aangehaald (noot 3); M. Baumgärtel & S. Ganty, 'On the Basis of Migratory Vulnerability: Reasserting Article 14 of the European Convention on Human Rights for Vulnerable Migrants' (2022), via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4167342>.

[25] Zie ook al M. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European, English and Dutch law* (Diss. Universiteit Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2006, p. 285 en 336 en de «EHRC»-annotatie van Leijten en Gerards bij *Bah* (reeds aangehaald, noot 22), randnr. 8.

[26] Zie daarvoor de in noot 24 al genoemde bronnen.

[27] Dit kan worden afgeleid uit het contrast dat het Hof ziet in par. 183 van *Savicki*: ‘First and foremost, the nature of the status upon which differential treatment is based weighs heavily in determining the scope of that margin The margin is very narrow if the distinction is based on an inherent or immutable personal characteristic such as race or sex The Court has applied the same standard to the criterion of nationality, holding that very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the grounds of nationality as compatible with the Convention *Conversely*, the margin of appreciation will be considerably wider, and the justification required will not be as weighty, if the status in question is subject to an element of personal choice, such as immigration status’ (cursief JHG).

[28] Zie daarover nader mijn annotatie bij *British Gurkha Welfare Association*, reeds aangehaald (noot 19), randnr. 6.

[29] *Savickis*, par. 184.

[30] *Savickis*, par. 185.

[31] Dit is de zogenaamde ‘better placed’-factor. Zie nader daarover o.m. J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019 (tweede, geactualiseerde druk te verschijnen 2023).

[32] *Savickis*, par. 206.

[33] Zie voor het volledige lijstje *Savickis*, par. 206-213.

[34] *Savickis*, par. 211.

[35] *Savickis*, par. 212.

[36] In de bewoordingen van het Hof: ‘In view of the above considerations, the Court considers that the assessment of whether the impugned difference in treatment is justified by “very weighty reasons” must be carried out against the background of the wide margin of appreciation to be applied in the circumstances of the present case’ (*Savicki*, par. 213).

[37] Zie daarover al J.H. Gerards, ‘Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases’, *Netherlands International Law Review* 2004, pp. 135-183.

[38] Zie nader J.H. Gerards, ‘The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination’, in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napels: Editoriale Scientifica 2018 pp. 27-62.

[39] Zie nader Gerards, *General Principles of the ECHR* (reeds aangehaald, noot 31).

[40] Of, zoals dissenters O’Leary, Grozev en Lemmens het uitdrukken, de meerderheidsrechters: ‘blow hot and cold at the same time’ (par. 8).

[41] Dit risico wordt ook erkend in de *dissenting opinion* van rechters O’Leary, Grozev en Lemmens bij *Savicki*: ‘It is difficult for us to understand what exactly the majority purport to say. ... At worst, they undermine the strict criterion of “very weighty reasons” by giving the notion of a wide margin of appreciation a prominent, perhaps even determinative, place in it’ (par. 8).

[42] *Savicki*, par. 219-220.

[43] Het Hof erkent zelf ook dat dit niet helemaal voor de hand ligt, nu art. 1 EP zelf geen recht op toekenning van een non-contributoir pensioen of sociale voorziening vergt; alleen als de staat dat zelf wel besluit te doen en er zou sprake kunnen zijn van een ongelijke behandeling, is art. 1 EP via art. 14 EVRM van toepassing (via de zogenaamde ‘vastklikbenadering’). Zie ook *Savickis*, par. 201 en vgl. de «EHRC»-annotatie van Leijten en Gerards bij *Bah* (reeds aangehaald, noot 22), randnr. 11, met verdere verwijzingen.

[44] Zie m.n. A.E.M. Leijten, ‘From *Stec* to *Valkov*. Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights’, 13 *Human Rights Law Review* (2013), p. 309 e.v.; A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights*, Diss. Universiteit Leiden: 2015, p. 84-88.

[45] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245 m.nt. J.H. Gerards. Overigens geeft Leijten er de voorkeur aan om de problematiek in socialezekerheidszaken niet op te lossen via reikwijdtebeperking, maar eerder via een toetsing aan de hand van de vaststelling van de kern van grondrechten; zie de in noot 44 genoemde bronnen en zie A.E.M. Leijten, ‘Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR’, in: E. Brems & J.H. Gerards, *Shaping Rights in the ECtHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 109-136.

[46] *Dissenting opinion* van rechters O’Leary, Grozev en Lemmens bij *Savicki*, par. 9 e.v. Overigens komen zij zelf op basis van een strikte toetsing tot de conclusie dat er *geen* rechtvaardiging is voor de uitspraak