

ANNOTATIE

Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland (EHRM, 21881/20) – Te formalistisch of begrijpelijk terughoudend?

M. van Zanten

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 27-11-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:1127JUD002188120 (EHRC-2023-0265)

1. In de hier geannoteerde uitspraak van 27 november 2023 voert de Grote Kamer van het EHRM (hierna: Grote Kamer) een herbeoordeling uit van de zaak *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland*, waarin uitspraak is gedaan op 15 maart 2022.[1] In die uitspraak oordeelde een Kamer van het EHRM dat een tijdelijk volledig verbod op publieke bijeenkomsten tijdens de coronapandemie in strijd was met art. 11 EVRM. In haar annotatie bij de uitspraak van 15 maart 2022 schreef Gerards dat de Grote Kamer, mocht het verzoek om herbeoordeling worden aanvaard, wel eens voor een andere beoordeling zou kunnen kiezen met mogelijk een andere uitkomst.[2] De uitspraak van de Grote Kamer heeft inderdaad een heel andere insteek. De klacht wordt niet-ontvankelijk verklaard en dus blijft een inhoudelijke beoordeling van de Zwitserse coronamaatregel volledig uit. In dat verband zijn twee aspecten relevant: het niet voldoen aan het slachtoffervereiste (art. 34 EVRM) en het niet hebben uitgeput van nationale rechtsmiddelen (art. 35, eerste lid, EVRM).

2. De coronamaatregel, neergelegd in federale regelgeving vastgesteld door de Bondsraad, hield een volledig verbod in op publieke en private bijeenkomsten in het openbaar en was in deze vorm van kracht in de periode van 17 maart 2020 tot 30 mei 2020.[3] Het verbod was in die zin volledig dat ook openbare bijeenkomsten met een maximaal aantal personen niet waren toegestaan. De federale regelgeving liet wel enige ruimte voor uitzonderingen. De

kantonnale autoriteiten waren bevoegd om ontheffing te verlenen van het verbod indien dat nodig zou zijn vanwege zwaarwegende maatschappelijke belangen en op de voorwaarde dat er een beschermingsplan werd opgesteld.[4] Overtreding van het verbod kon worden gehandhaafd met strafrechtelijke sancties: een vrijheidsstraf van maximaal drie jaar of een boete.[5]

Door het verbod kon ook klagster CGAS, een organisatie die tot doel heeft de bescherming van de belangen van werknemers en werknemersorganisaties te beschermen, gedurende ruim tien weken geen openbare bijeenkomsten organiseren. CGAS zag zich onder meer genooddaakt om een op 1 mei 2020 geplande bijeenkomst te annuleren. De organisatie had wel een begin gemaakt met het doen van een verzoek om ontheffing, maar zij liet de bevoegde autoriteit al snel weten het evenement af te blazen toen die autoriteit telefonisch liet weten dat het verzoek toch zou worden afgewezen. Door deze gang van zaken was er geen individueel afwijzend besluit waartegen CGAS op nationaal niveau rechtsmiddelen kon aanwenden. CGAS kon evenmin opkomen tegen het verbod als zodanig bij de nationale rechter.[6] Gelet daarop legde CGAS de zaak rechtstreeks voor aan het EHRM en voerde zij voor het Hof aan dat het bestaan van het verbod in strijd is met art. 11 EVRM.

3. De afwezigheid van een individueel besluit werpt in algemene zin een drempel op om regelgeving te kunnen laten toetsen door het EHRM. Dat heeft te maken met de invulling van het slachtoffervereiste van art. 34 EVRM.[7] De klager zal aannemelijk moeten maken dat hij rechtstreeks geraakt wordt door de regelgeving. Dat is in principe alleen aan de orde als regelgeving via de individuele toepassing daarvan raakt aan het EVRM-recht van de klager.[8] Klachten die inhouden dat het enkele bestaan van regelgeving een EVRM-recht zou schenden, zijn niet toelaatbaar. Het wel toestaan van dat soort klachten zou het effect kunnen hebben van een *actio popularis* en in een dergelijke actie voorziet het EVRM-systeem niet.[9]

Heeft regelgeving geen toepassing gevonden in het individuele geval, dan kan een klager bij wijze van uitzondering soms toch als slachtoffer worden aangemerkt bij de klacht tegen die regelgeving.[10] Twee van die uitzonderingssituaties zijn relevant voor de voorliggende zaak.[11] Ten eerste kan een uitzondering worden gemaakt als het gaat om regelgeving die met sancties kan worden afgedwongen en waarmee klager niet in overeenstemming wil handelen.[12] Om te voldoen aan het vereiste van 'rechtstreekse geraaktheid' in klachten tegen dit soort regelgeving zou de klager sanctionering uit moeten lokken door de regeling te overtreden. Dat mag volgens het Hof niet van een klager worden verlangd. Voor een uitzondering kan ten tweede ruimte zijn als regelgeving de klager direct raakt in de zin dat de regel van toepassing is op vooraf bepaalde situaties en de feiten en omstandigheden van de klager voor die toepassing niet relevant zijn.[13]

4. In de zaak van CGAS was er geen individueel besluit en in die zin werd CGAS niet rechtstreeks geraakt door de federale regelgeving. Wel betrof het, zoals al aangegeven in aantekening 2, regelgeving die met bestraffende sancties kon worden afgedwongen (een vrijheidsstraf van maximaal drie jaar of een boete). Om (ook) die reden werd CGAS in de Kameruitspraak van 15 maart 2022 als slachtoffer aangemerkt.[14] De Grote Kamer gaat daar niet in mee. Relevant voor dat oordeel is dat de strafrechtelijke sancties volgens de Zwitserse wet- en regelgeving *niet* aan CGAS zelf maar alleen aan haar individuele leden konden worden opgelegd bij de overtreding van het verbod. Gelet daarop bestond er volgens de Grote Kamer voor CGAS geen dreiging met strafrechtelijke sancties en heeft zij ook geen slachtofferstatus.[15]

CGAS had ook nog aangevoerd dat het verbod haar in feite direct verbod om bijeenkomsten te organiseren, omdat de mogelijkheid voor ontheffing volgens haar alleen in theorie zou bestaan. Daardoor zou sprake zijn van regelgeving die van toepassing is op vooraf bepaalde situaties, waarbij de specifieke feiten en omstandigheden van het individuele geval niet relevant zijn. De Grote Kamer ziet dat anders. Duidelijk is dat kantonale autoriteiten bevoegd waren om ontheffing van het verbod te verlenen vanwege zwaarwegende maatschappelijke belangen. De specifieke situatie van CGAS was daarmee wel degelijk van belang voor de werking van het verbod. CGAS heeft echter bewust afgezien van het aanvragen van een verzoek om ontheffing en dat heeft volgens de Grote Kamer een negatieve invloed op de slachtofferstatus van CGAS.[16]

5. Nauw verbonden met de slachtofferstatus is de ontvankelijkheidseis van het uitputten van nationale rechtsmiddelen, zeker bij klachten tegen regelgeving.[17] De argumentatie en het oordeel van de Grote Kamer dat CGAS niet als slachtoffer kan worden aangemerkt, hebben een duidelijke invloed op het oordeel dat niet is voldaan aan de ontvankelijkheidseis van art. 35, eerste lid, EVRM. Omdat voor CGAS zelf geen bestraffende handhaving dreigde bij overtreding van het verbod en zij ‘gewoon’ een (afwijzend) uitvoeringsbesluit kon uitlokken, was zij niet alleen geen slachtoffer, maar had CGAS het verbod volgens de Grote Kamer ook eerst exceptief kunnen en moeten laten toetsen door de nationale rechter op strijd met onder andere de federale Zwitserse Grondwet. De Grote Kamer merkt de mogelijkheid van exceptieve toetsing in dit geval aan als voldoende effectief en toegankelijk.[18] Dat CGAS het verbod niet rechtstreeks kon aanvechten bij de nationale rechter acht het dan ook niet relevant.[19] Een omgekeerde redenering illustreert overigens ook de samenhang tussen de slachtofferstatus en de eis van het uitputten van nationale rechtsmiddelen. Als de Grote Kamer wél zou hebben aangenomen dat CGAS aan het slachtoffervereiste voldoet, dan zou vermoedelijk niet van CGAS worden verlangd dat zij bestraffende sancties zou uitlokken om zo het verbod eerst voor te leggen aan de nationale rechter en daarmee te voldoen aan de eis

van art. 35, eerste lid, EVRM om alle nationale rechtsmiddelen uit te putten.

6. Er zijn dus in elk geval twee aspecten van belang voor de niet-ontvankelijkverklaring: het feit dat alleen voor de individuele leden strafrechtelijke handhaving dreigde bij overtreding van het verbod én de keuze van CGAS om geen verzoek om ontheffing te doen, zodat het verbod niet door middel van exceptieve toetsing op grondwettigheid is beoordeeld door de nationale rechter.

De vijf dissenters vinden dat de argumentatie met betrekking tot het eerste aspect blijk geeft van een excessief formalistisch standpunt.[20] Zij wijzen erop dat CGAS strafrechtelijke handhaving jegens haar individuele leden zou riskeren als zij toch publieke bijeenkomsten zou organiseren. Daarmee zou CGAS zich in een vergelijkbare positie bevinden als individuen die eerder door het EHRM als slachtoffer zijn aangemerkt vanwege de dreiging van sancties bij het niet naleven van regelgeving. Verder merken zij op dat de ontheffingsmogelijkheid en het rechtsmiddel van exceptieve toetsing in dit geval alleen in theorie zouden bestaan en dat die toetsingsmogelijkheid bovendien weinig effectief en toereikend zou zijn.[21] Daartoe achten zij onder meer van belang dat in geen enkel vergelijkbaar geval ontheffing is verleend door de bevoegde autoriteiten, dat de nationale rechter waarschijnlijk pas uitspraak zou hebben gedaan ná de datum van het geplande evenement en dat, in lijn daarmee, die rechter, ook gelet op eerdere nationale rechtspraak, waarschijnlijk zou hebben geoordeeld dat een actueel belang bij de uitspraak zou ontbreken. De opvatting van de meerderheid van de Grote Kamer hierover was kort gezegd dat klagers weliswaar niet verplicht zijn om gebruik te maken van ineffectieve, ontoegankelijke of ontoereikende rechtsmiddelen,[22] maar dat het enkele bestaan van twijfels over de bruikbaarheid en succes van een rechtsmiddel geen reden is om te oordelen dat klagers die rechtsmiddelen niet hoeven uit te putten.[23]

7. Het slachtoffervereiste en de daarmee samenhangende eis van het uitputten van nationale rechtsmiddelen doen denken aan de uitgangspunten voor de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in Nederland voor de rechtsbescherming tegen regelgeving.[24] Een blik op deze uitgangspunten plaatst wellicht enigszins in perspectief hoe (niet) formalistisch het standpunt van de Grote Kamer is.

Bij de rechtsbescherming tegen regelgeving in Nederland speelt de burgerlijke rechter de rol van 'restrechter'. Het uitgangspunt is dat een partij die regelgeving bij de burgerlijke rechter aanvecht niet-ontvankelijk wordt verklaard in haar vordering indien zij die regelgeving via een niet onevenredig belastende weg exceptief kan laten toetsen.[25] De consequentie is dat veel zogenoemde indirect werkende regelgeving ter exceptieve toetsing aan de bestuursrechter moet worden voorgelegd. Indirect werkende regelgeving schept afdwingbare rechten en plichten via een uitvoeringsbesluit. Burgers kunnen zo'n besluit doorgaans afwachten of

aanvragen en in het beroep daartegen ook het onderliggende, indirect werkende voorschrift laten toetsen door de bestuursrechter.[26] De weg naar de burgerlijke rechter staat wél open als de weg naar exceptieve toetsing onevenredig belastend is. Daar is bijvoorbeeld sprake van als het gaat om een regeling die rechtstreeks verplichtingen oplegt en die kan worden gehandhaafd met bestuurlijke sancties of via het strafrecht, óók als de mogelijkheid bestaat om een vergunning of ontheffing aan te vragen.[27] Met deze uitgangspunten wordt beoogd om een evenwicht te vinden tussen het belang van specialisatie en rechtseenheid enerzijds (exceptieve toetsing door de bestuursrechter heeft de voorkeur) en het belang van effectieve rechtsbescherming anderzijds (de burgerlijke rechter treedt op als restrechter als de weg naar exceptieve toetsing onevenredig belastend is).[28]

Uit hetgeen is besproken in de aantekeningen 3 t/m 5 volgt dat het EHRM in wezen heel vergelijkbare uitgangspunten hanteert ter beantwoording van de (uiteraard wel afwijkende) vraag of de EVRM-conformiteit van regelgeving eerst door de nationale rechter moet worden beoordeeld. Veel strikter dan die van de Nederlandse rechter zijn de uitgangspunten van het EHRM niet, al hadden de concrete omstandigheden in de zaak van CGAS mijns inziens voor de Grote Kamer ook aanleiding kunnen zijn om de klacht toch ontvankelijk te verklaren. Niet zozeer omdat het rechtsmiddel van exceptieve toetsing in dit geval ontoegankelijk of ineffectief zou zijn, maar omdat het op mij, met de dissenters, vrij formalistisch overkomt om te oordelen dat CGAS zich niet in vergelijkbare positie bevond als individuen die wel als slachtoffer worden aangemerkt vanwege de dreiging van sancties bij het niet naleven van regelgeving. Daarbij merk ik ook op dat de ontvankelijkheid van belangenorganisaties wordt gekoppeld aan de ontvankelijkheid van haar individuele leden in de jurisprudentie over de rechtsmachtverdeling voor de rechtsbescherming tegen regelgeving in Nederland.[29]

8. Had de Grote Kamer dan ook anders moeten beslissen door de klacht toch ontvankelijk te verklaren? Een volmondig ‘ja’ zou miskennen wat volgens mij voor de Grote Kamer een gewichtig argument is geweest om de klacht niet-ontvankelijk te verklaren: het subsidiaire karakter van het EVRM-beschermingssysteem.[30] De Grote Kamer benadrukt dat het gelet op dat karakter van groot belang is dat eerst de nationale rechter onder andere de evenredigheid van beperkingen van EVRM-rechten beoordeelt voordat het EHRM zich daarover uitlaat. Dat geldt nog meer in de ‘uitzonderlijke en zeer gevoelige’ context van de coronapandemie, aldus de Grote Kamer. Opvallend in dat licht is dat de Kamer in de uitspraak van 15 maart 2022 oordeelde dat die rechterlijke toetsing op nationaal niveau nu juist niet heeft kunnen plaatsvinden vanwege het hoge theoretische gehalte van het rechtsmiddel in dit geval, hetgeen een belangrijke reden was om een schending aan te nemen.[31] De Grote Kamer dicht de afwezigheid van rechterlijke toetsing op het nationale niveau daarentegen toe aan CGAS. Door haar optreden is de nationale rechter niet in staat gesteld om zijn eigen,

fundamentele rol te vervullen in de bescherming van het EVRM. Daarmee legt de Grote Kamer, ingegeven door de taakverdeling tussen het EHRM en de nationale rechters, de lat voor klagers als CGAS om hun (vergelijkbare) zaak aan het EHRM voor te leggen hoog.

M. van Zanten

Universitair docent bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht

[1] *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland*, EHRM 22 maart 2022, nr. 21881/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120, *EHRC Updates* 2022/98, m.nt. J.H. Gerards.

[2] Zie haar annotatie in *EHRC Updates* 2022/98, aantekening 7.

[3] *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland*, EHRM (GK) 27 november 2023, nr. 21881/20, ECLI:CE:ECHR:2023:1127JUD002188120, par. 23-28.

[4] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 42.

[5] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 42.

[6] Art. 189 van de federale grondwet van Zwitserland verzet zich daartegen.

[7] Vergelijk J.H. Gerards, 'Abstract and Concrete Reasonableness Review by The European Court of Human Rights', *European Convention on Human Rights Law Review* (1) 2020, p. 224-226.

[8] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 105-106.

[9] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 106; Gerards 2020, reeds aangehaald (noot 7), p. 224.

[10] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 107.

[11] Een uitzonderingssituatie die hier niet wordt besproken is aan de orde als de klager wegens het geheime karakter van uitvoeringsmaatregelen niet weet en dus niet aannemelijk kan maken dat de regelgeving op hem is toegepast. Zie *Klass e.a. t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971.

[12] Illustratief is *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576.

[13] De Grote Kamer wijst op *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374; *Burden t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 29 april 2008, nr. 13378/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805; *Sejdić en Finci t. Bosnië en Herzegovina*, EHRM (GK) 22 december 2009, nrs. 27996 en 34836/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002799606; *Tănase t. Moldavië*, EHRM (GK) 27 april 2010, nr. 7/08, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD000000708.

[14] CGAS, reeds aangehaald (noot 1), par. 42.

[15] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 112-113.

[16] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 116-123.

[17] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 125.

[18] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 152-159.

[19] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 150-151.

[20] CGAS (GK), dissenting opinion rechters Bošnjak, Wojtyczek, Mourou-Vikström, Ktistakis en Zünd, par. 6.

[21] CGAS (GK), dissenting opinion rechters Bošnjak, Wojtyczek, Mourou-Vikström, Ktistakis en Zünd, par. 6-8.

[22] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 139-141.

[23] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 153-159.

[24] Zie hierover bijvoorbeeld R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 98-110; R. Stolk, 'De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties', in: *Strategisch procederen in het bestuursrecht* (Jonge VAR-reeks 16), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 25-29.

[25] HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, «JB» 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens, *AB* 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen, *NJ* 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*); HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, «JB» 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders, *AB* 2016/267, m.nt. C.N.J. Kortmann & G.A. van der Veen (*Privacy First c.s./Staat*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *AB* 2016/268, m.nt. C.N.J. Kortmann & F.J. van Ommeren, *NJ* 2017/46, m.nt. T. Barkhuysen & M. Claessens (*SCAU/Universiteiten*).

[26] Zie ter illustratie met betrekking tot coronaregelgeving Rb. Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2351; Rb. Den Haag 19 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2552.

[27] HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, AB 1997, 1, m.nt. Th.G. van der Drupsteen (*Leenders/Ubbergen*).

[28] Schutgens 2017, reeds aangehaald (noot 24), p. 99.

[29] Schutgens 2017, reeds aangehaald (noot 24), p. 106.

[30] CGAS (GK), reeds aangehaald (noot 3), par. 160-164.

[31] CGAS, reeds aangehaald (noot 1), par. 86 en zie de annotatie van Gerards in *EHRC Updates* 2022/98, aantekening 10.