

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-17

Nummer 17, 2020

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0903JUD001115711](#) 03-09-2020

Yordanovi t. Bulgarije, EHRM 3 september 2020, nr. 11157/11

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0901JUD002064918](#) 01-09-2020

R.R. en R.D. t. Slowakije, EHRM 1 september 2020, nr. 20649/18

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0804JUD004875614](#) 04-08-2020

Tërshana t. Albanië, EHRM 4 augustus 2020, nr. 48756/14

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0804JUD000511315](#) 04-08-2020

Political Party 'Patria' e.a. t. Moldavië, EHRM 4 augustus 2020, nrs. 5113/15 en 4 andere

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0730JUD003138617](#) 30-07-2020

Kirinčić e.a. t. Kroatië, EHRM 30 juli 2020, nr. 31386/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2020:0707DEC005746219](#) 07-07-2020

Mahi t. België, EHRM 7 juli 2020 (ontv.besl.), nr. 57462/19

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:627](#) 03-09-2020

Vivendi, HvJ EU 3 september 2020, zaak C-719/18

Annotatie

[S.M. t. Kroatië \(EHRM \(GK\), nr. 60561/14\) – Gedwongen prostitutie en de verplichtingen van staten onder art. 4 EVRM](#)

mr. dr. S.M.A. Lestrade

Annotatie

Rodina t. Letland (EHRM, nrs. 48534/10 en 19532/15) – Een onbekende Letse wint haar zaak in Straatsburg

R. de Lange

Annotatie

Ghoumid e.a. t. Frankrijk (EHRM, nr. 52273/16 e.v.) – Intrekking nationaliteit na terrorismeveroordeling geen schending artikel 8 EVRM

K. de Vries en K. Groenendijk

Annotatie

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

J.H. Gerards

Annotatie

Baldassi e.a. t. Frankrijk (EHRM, nrs. 15271/16 en 6 andere) – Oproep boycot Israëlische producten niet strafbaar, maar vrije meningsuiting

E. Janssen

RECHTSPRAAK

Kirinčić e.a. t. Kroatië, EHRM 30 juli 2020, nr. 31386/17

Een procedure die ruim vijftien jaar heeft geduurd is vanwege overschrijding van de redelijke termijn in strijd met art. 6 EVRM. Onder art. 13 EVRM oordeelt het Hof dat een rechtsmiddel om de procedure te bespoedigen dat pas in het laatste jaar van de procedure kon worden benut, alleen effectief kan zijn in samenhang met een compensatoir rechtsmiddel. Verder moet een rechtsmiddel bij termijnoverschrijdingen steeds uitgaan van de duur van de gehele procedure. Een nieuwe interpretatie van een bestaand rechtsmiddel kan pas effectief worden geacht na zes maanden na de wijziging van de rechtspraaklijn.

Klagers zijn betrokken geweest in procedures rondom de restitutie van een eerder onteigend gebouw. Deze procedures hebben al met al ruim 15 jaar geduurd, hetgeen volgens klagers een te lange periode is; bovendien stellen zij voor het EHRM dat zij onvoldoende toegang hebben gehad tot een effectief rechtsmiddel om hierover te klagen.

Het Hof overweegt onder art. 6 lid 1 EVRM dat een dergelijke lange duur van een procedure voor drie instanties *a priori* onredelijk is en alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan worden gerechtvaardigd. Volgens het Hof deden die omstandigheden zich in deze zaak niet voor; art. 6 lid 1 EVRM is dan ook geschonden.

Ten aanzien van de toegang tot een effectief rechtsmiddel overweegt het Hof op grond van art. 13 EVRM allereerst dat de president van de Kroatische Hoge Raad in mei 2015 gehoor heeft gegeven aan klagers' verzoek om de procedure te bespoedigen en opdracht heeft gegeven om binnen zes maanden uitspraak te doen. De uitspraak in de zaak bleek echter twee dagen eerder te zijn gedaan. Gezien het feit dat de procedure op dat moment al 15 jaar had geduurd, kon een procedure tot bespoediging onder die omstandigheden alleen functioneel zijn indien er ook een compensatoir rechtsmiddel beschikbaar was. Omdat de tijdslimiet van zes maanden zoals opgelegd door de president van de Kroatische Hoge Raad niet was

overschreden, hadden klagers echter geen toegang tot verdere compensatoire rechtsmiddelen.

Het Hof overweegt verder dat het indienen van een constitutionele klacht – zoals klagers hebben gedaan in januari 2015 – op zichzelf kan dienen als effectief rechtsmiddel bij te lange duur van nationale procedures. Het wijst er echter daarbij op dat het Constitutionele Hof in het onderhavige geval wel naar de duur van de procedure heeft gekeken, maar de algehele lengte daarvan niet in ogenschouw heeft genomen. In plaats daarvan heeft het alleen naar een korte periode gekeken, namelijk naar die tussen het moment waarop de Hoge Raad uitspraak deed in mei 2015 en het moment waarop die uitspraak aan klagers bekend werd gemaakt in oktober van dat jaar. Daarmee kan een dergelijke procedure volgens het Hof niet effectief zijn. Het Hof wijst er wel op dat de benadering van het Constitutionele Hof inmiddels is veranderd en dat het in recentere rechtspraak wel naar de gehele duur van de procedure kijkt. Op het moment waarop de onderhavige uitspraak werd gedaan, was de nieuwe praktijk van dit hof echter nog onvoldoende gevestigd; dat kan volgens de vaste rechtspraak van het Hof pas worden aangenomen als er een half jaar is verstreken sinds de wijziging van de rechtspraaklijn. Er is dan ook sprake van een schending van art. 13 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0730JUD003138617

Zaaknummer: 31386/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Mahi t. België, EHRM 7 juli 2020 (ontv.besl.), nr. 57462/19

In de dagen na de aanslagen in Parijs op de redactie van Charlie Hebdo heeft een godsdienstdocent aan een middelbare school een open brief geschreven aan de media waarin hij op allerlei zaken kritiek leverde en waarin hij homoseksualiteit als tegennatuurlijk en ‘een zorg’ kwalificeerde. Daarop is hij niet vervolgd wegens discriminatie, maar hij is – als disciplinaire maatregel – wel overgeplaatst naar een andere school. Het Hof acht dit in het licht van de context van de zaak een aanvaardbare beperking van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).

Klager is als godsdienstdocent, gespecialiseerd in de Islam, verbonden aan een school in de Franstalige Gemeenschap van België. Naar aanleiding van de aanslagen op onder meer de redactie van *Charlie Hebdo* in Frankrijk heeft hij een open brief aan de pers gestuurd waarin hij onder meer inging op reacties daarop op zijn school. Op die school hadden leerlingen bijvoorbeeld een leraar aangevallen die *Charlie Hebdo* had verdedigd en er was geweld gebruikt tegen een leerling die had geweigerd om een petitie tegen deze leraar te ondertekenen. In de open brief deed klager onder meer kritische uitlatingen over de media, die hem een bepaalde rol hadden toegeschreven bij het ontstaan van de ongeregelde heden op zijn school, over homoseksualiteit (die tegennatuurlijk en zorgelijk zou zijn), politieke leiders en de rechterlijke macht. Het Belgische Centrum voor Gelijke Kansen onderzocht de kwestie, maar kwam tot de conclusie dat de uitlatingen niet in strijd waren met de gelijkebehandelingswetgeving; wel sprak het Centrum zorgen uit over het feit dat juist een leraar deze kritische uitlatingen had gedaan. Vervolgens heeft de regering van de Franstalige Gemeenschap besloten dat klager zijn discretieverplichtingen heeft geschonden met de brief; daarop is besloten om klager, bij wijze van tuchtmaatregel, over te plaatsen naar een andere school.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het opleggen van deze maatregel in strijd is met de door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Het Hof stelt voorop dat klager

ook als ambtenaar aanspraak kan maken op vrijheid van meningsuiting, maar dat hij bij het gebruik van dat recht volgens deze bepaling ook bepaalde verplichtingen en verantwoordelijkheden heeft. Op nationaal niveau is overwogen dat de uitingen niet strafbaar waren, maar dat er wel zekere consequenties aan konden worden verbonden, vooral ook gelet op de gespannen sfeer op de school in de nadagen van de aanslagen. Het Hof overweegt dat van klager redelijkerwijze verwacht kon worden dat hij zijn uitingsvrijheid op een gematigde manier benutte, wat in dit geval ook mogelijk was omdat het niet ging om spontane, maar om weloverwogen en schriftelijke uitlatingen. Ook is het Hof van oordeel dat de impact van de overplaatsing op klager niet heel groot was, zodat niet van een bijzonder zware sanctie kan worden gesproken. Gelet op die overwegingen verklaart het Hof de klacht niet-ontvankelijk vanwege kennelijke ongegrondheid.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0707DEC005746219

Zaaknummer: 57462/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Political Party ‘Patria’ e.a. t. Moldavië, EHRM 4 augustus 2020, nrs. 5113/15 en 4 andere

Een Moldavische zakenman die in Rusland een groot vermogen heeft opgebouwd, is in 2012 naar Moldavië teruggekeerd en heeft daar een politieke partij opgericht. Volgens opiniepeilingen zou die partij in 2014 zo’n 9% van de stemmen kunnen winnen, maar vlak voor de verkiezingen werd klagers kandidatuur alsnog geschrapt omdat hij illegaal grote geldbedragen naar Moldavië zou hebben gebracht om zijn campagne te financieren. Nu het Hof hiervan geen enkel bewijs heeft gezien en de nationale rechters dat ook niet hebben onderzocht, acht het het in art. 3 EP EVRM neergelegde recht op deelname aan de verkiezingen geschonden.

Klager is een Moldavische zakenman die in Rusland een groot vermogen heeft opgebouwd, maar die in 2012 naar Moldavië is teruggekeerd en daar politiek actief is geworden. In 2014 richtte hij een nieuwe politieke partij op en werd hij daarvan partijleider. De partij werd succesvol geregistreerd en klager zou kandidaat staan bij de verkiezingen voor het Moldavische parlement in 2014. Volgens opiniepeilingen zou hij daarbij zo’n 9% van de stemmen kunnen winnen, hetgeen de partij tot de vierde grootste van het land zou maken. Drie dagen voor de verkiezingen werd klager echter alsnog uitgesloten als kandidaat voor de verkiezingen, omdat hij zich schuldig zou hebben gebracht aan het illegaal in Moldavië binnenbrengen van grote geldbedragen die hij zou hebben benut voor de financiering van zijn politieke partij. Ook werd de registratie van de politieke partij geannuleerd. De brief waarbij hiervan mededeling werd gedaan, ging niet vergezeld van documenten of ander bewijsmateriaal. Klager heeft de beslissingen aangevochten, maar zonder succes.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de beslissing om hem van de kandidatenlijst voor zijn politieke partij te halen in strijd was met het in art. 3 EP EVRM neergelegde recht op deelname aan vrije en eerlijke verkiezingen. Het Hof stelt voorop dat de beslissingen ten aanzien van de

registratie van de partij en de kandidaatstelling van klager een inbreuk maken op de rechten die zowel de partij als geheel als klager individueel hebben onder art. 3 EP EVRM. Het Hof aanvaardt dat met dergelijke beslissingen het legitieme belang kan zijn gediend van het waarborgen van de 'rule of law' en een goed functionerende democratie. Het Hof stelt echter ook vast dat er geen enkel bewijs is gegeven van het feit dat de geïmporteerde geldbedragen gebruikt zouden zijn voor de financiering van de verkiezingscampagne van klager; in de kopie die het Hof heeft ontvangen van het nationale dossier is hierover niets te vinden, en de regering heeft ook geen melding gemaakt van het bestaan van dergelijk bewijs. Ook dateert een aantal concrete beschuldigingen, bijvoorbeeld van de aankoop van auto's door partijleden, van voordat de litigieuze bedragen het land zouden zijn binnengebracht, en zelfs van voordat de partij werd opgericht. Gelet op deze omstandigheden, en gelet op het feit dat de nationale rechters aan het ontbreken van concreet bewijs voor misbruik van de middelen geen enkele aandacht hebben besteed, is het Hof van oordeel dat onvoldoende waarborgen zijn geboden tegen willekeur. Schending art. 3 EP EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-08-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0804JUD000511315

Zaaknummer: 5113/15 en 4 andere

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 3

RECHTSPRAAK

R.R. en R.D. t. Slowakije, EHRM 1 september 2020, nr. 20649/18

Tijdens een politieoperatie (die – beweerdelijk abusievelijk – in het voorbereidingsdocument als ‘repressief’ was gekwalificeerd) in een wijk waar overwegend Roma wonen, zijn twee mensen door het gebruik van politiegeweld gewond geraakt. Het Hof acht het gebruikte geweld excessief en in strijd met art. 3 EVRM. Ook vertoonde het onderzoek – eveneens in strijd met art. 3 EVRM – de nodige tekortkomingen. Volgens het Hof is niet gebleken van een racistisch motief, maar dat zou ook te maken kunnen hebben met het feit dat daar niet genoeg onderzoek naar is gedaan; dit laatste is in strijd met art. 14 jo. 3 EVRM.

In de wijk van een stadje in het oosten van Slowakije waar klagers (beide van Roma-afkomst) wonen, werd in 2013 een politieoperatie gepland. Volgens de regering ging het om een operatie waarbij werd gezocht naar verdachte personen en voorwerpen afkomstig van criminele activiteiten; soortgelijke operaties werden ook in veel andere Slovaakse stadswijken uitgevoerd (volgens de Slovaakse Ombudsman steeds in wijken waarin een grote Romagemeenschap woonde). In de stukken waarin de operatie werd voorbereid stond steeds vermeld dat het ging om een ‘repressieve operatie’, maar omdat dit een fout zou zijn (deze termen zouden zijn overgenomen uit een eerder document met een ander doel), was het begrip ‘repressieve’ handmatig doorgekrast. Bij de uitvoering van de operatie op 19 juni 2013 werden de twee klagers beweerdelijk mishandeld; in het bijzonder werd de eerste klager toegetakeld met een wapenstok. Naar aanleiding van deze en soortgelijke operaties en gelet op de daarvoor bestaande media- en politieke aandacht werden uitgebreide onderzoeken uitgevoerd. Concreet leverde dit voor de klagers geen resultaat op, in die zin dat niemand werd vervolgd vanwege mishandeling.

Voor het EHRM hebben de klagers allereerst gesteld dat zij in strijd met art. 3 EVRM tijdens en

na de operatie zijn mishandeld en dat de staat onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de omstandigheden en de eventueel achterliggende racistische motieven. Het Hof concentreert zich op het geweldgebruik tijdens de operatie als zodanig en het stelt voorop dat niet is betwist dat er geweld is gebruikt. De vraag is dan ook vooral of het hier ging om noodzakelijk geweld in de omstandigheden van het geval. Volgens het Hof is het heel waarschijnlijk dat geslagen is met wapenstokken, terwijl de noodzaak daarvan bij deze – vantevoren zorgvuldig geplande operatie – niet is komen vast te staan. Het Hof weegt in dit verband ook de context mee, in het bijzonder de aankondiging dat het zou gaan om een ‘repressieve operatie’; daarbij toont het zich niet overtuigd van de gegeven verklaring dat dit begrip per abuis in het document was blijven staan. Juist in het gebruik van een wapenstok ziet het Hof bovendien een indicatie voor een element van repressie. Dit maakt dat het Hof er niet van overtuigd is geraakt dat het geweldgebruik onvermijdelijk en niet excessief was, en dat het bovendien ernstig genoeg was om als ‘onmenselijke behandeling’ te worden aangemerkt. Schending van art. 3 EVRM in materieel opzicht. Ten overvloede merkt het Hof wel op dat het relaas van klagers, dat inhield dat zij zeer zwaar zouden zijn mishandeld door de politie, geen overtuigende basis heeft in de feiten.

Ten aanzien van de procedurele positieve verplichtingen merkt het Hof op dat uiteindelijk een zeer uitgebreid onderzoek heeft plaatsgevonden naar de toedracht, maar dat vooral het initiële onderzoek tal van tekortkomingen vertoonde en dat in een zaak als deze juist deze initiële respons van belang is. Ook verder is het Hof van oordeel dat – ondanks de aanzienlijke inspanningen die zijn verricht – het onderzoek toch niet afdoende is geweest. Gelet daarop stelt het Hof ook een schending vast van art. 3 EVRM in procedureel opzicht.

Klagers hebben verder gesteld dat bij de voorbereiding en uitvoering van de operatie sprake is geweest van discriminatie op grond van etniciteit in strijd met art. 14 jo. 3 EVRM. Het Hof benadrukt het sterk problematische karakter van racistische bejegening, maar het ziet in de onderhavige zaak geen racistisch element. Klagers hebben in dit verband vooral gewezen op het feit dat verschillende operaties van gelijke aard in overwegende mate in Romagemeenschappen hebben plaatsgevonden en dat er dus sprake was van een gerichte, door hun etnische achtergrond ingegeven operatie. De Sloveense Ombudsman zou dat hebben uitgewezen, maar het Hof stelt ook vast dat de nationale strafrechtelijke onderzoeken naar de kwestie zich niet op deze kwestie hebben gericht. Gelet op die omstandigheden, en in het licht van de bewijslast die het Hof normaal gesproken hanteert bij zaken over racistische bejegening, is het Hof niet in de gelegenheid om een materiële schending van art. 14 EVRM vast te stellen. Wel is duidelijk dat het onderzoek naar eventuele racistische drijfveren tekort is geschoten, in strijd met art. 14 jo. 3 EVRM.

Een tweede discriminatieklacht heeft zich gericht op racistische uitlatingen die de politie zou

hebben gedaan. Het Hof merkt daarover op dat op nationaal niveau zorgvuldig is onderzocht of dergelijke uitlatingen inderdaad zijn gedaan en dat de openbaar aanklager heeft geconcludeerd dat zo'n racistisch oogmerk niet is aangetoond. Dit is niet op kennelijk onredelijke of willekeurige gronden gebeurd, zodat er ook hier geen sprake is van een schending van art. 3 jo. 14 EVRM.

Een laatste discriminatieklacht, die betrekking had op de beweerdelijk bevooroordeelde beoordeling van het bewijs van de Romaslachtoffers en het gebruik van bevooroordeelde bewoordingen in de rechterlijke oordelen acht het Hof onvoldoende onderbouwd c.q. onvoldoende aangevoerd voor de nationale rechter. Ook op dit punt stelt het Hof daarom geen schending vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 01-09-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0901JUD002064918

Zaaknummer: 20649/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Tërshana t. Albanië, EHRM 4 augustus 2020, nr. 48756/14

Na een aanval met een onbekend zuur door een onbekende dader werd klaagster met zeer ernstige verwondingen in het ziekenhuis opgenomen. Volgens klaagster was haar ex-echtgenoot de dader; hij had zich eerder al schuldig gemaakt aan huiselijk geweld. De nationale autoriteiten slaagden er echter niet in om voldoende bewijs te vinden van zijn betrokkenheid. Het Hof wijst op het vijandige klimaat in Albanië jegens vrouwen, hetgeen betekent dat in gevallen als dit extra zorgvuldig onderzoek moet worden gedaan. Dat is onvoldoende gebeurd, waardoor de autoriteiten in strijd met hun positieve verplichtingen onder art. 2 EVRM hebben gehandeld.

In 2009 is klaagster slachtoffer geworden van een aanval met een niet nader geïdentificeerd zuur door een onbekende dader, terwijl zij met een collega over straat liep. Met zeer ernstige brandwonden en in een kritieke toestand werd zij opgenomen in een ziekenhuis en later werd ze overgeplaatst naar Italië, omdat alleen daar de nodige zorg en expertise beschikbaar was. Daar is zij veertien keer geopereerd. Als gevolg van de aanval heeft klaagster enkele jaren niet kunnen werken en lijdt zij aan angsten en psychologische problemen. Naar aanleiding van de aanval is een onderzoek ingesteld. Volgens klaagster zelf zou haar ex-echtgenoot E.A. de dader kunnen zijn geweest, nu hij haar eerder ook aan huiselijk geweld had onderworpen en dit een wraakactie zou kunnen zijn. Hiervoor vonden de autoriteiten echter niet voldoende bewijs. Klaagster heeft ook een procedure tot schadevergoeding van slachtoffers ingesteld bij de staat, maar die procedure heeft zij voortijdig beëindigd omdat ze te weinig financiële middelen zou hebben om de griffierechten te kunnen voldoen.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat door het gebrek aan preventie en onderzoek sprake is van een schending van art. 2, 3 en 8 EVRM. Het EHRM besluit de zaak alleen onder art. 2 EVRM te behandelen, omdat de aanval van een zodanige aard was en zodanig ernstige gevolgen had dat die levensbedreigend was. In situaties als deze, die van horizontale aard zijn, is het noodzakelijk dat de overheid in ieder geval voorziet in een goed wettelijk kader. Een

dergelijk kader bestond in Albanië inderdaad, nu misdrijven tegen het leven en de gezondheid altijd moeten worden onderzocht en er bovendien specifieke strafrechtelijke bepalingen zijn op het terrein van huiselijk geweld en mishandeling. In het onderhavige geval heeft klagster voorafgaand aan de zuuraanval nooit bij de autoriteiten aangifte gedaan van huiselijk geweld of mishandeling, en zij heeft ook niet gerapporteerd dat ze vreesde voor een aanval als de onderhavige. Gelet daarop is het Hof van oordeel dat het de nationale autoriteiten niet kan worden verweten dat zij niet preventief hebben ingegrepen. Op dit punt is er dan ook geen schending van art. 2 EVRM.

Waar het gaat om het onderzoek dat naar de aanval is ingesteld overweegt het Hof dat de feiten moeten worden beoordeeld in het licht van de algemene situatie in Albanië ten aanzien van geweld tegen vrouwen. Tussen 2006 en 2012 zijn er talrijke internationale rapporten verschenen waaruit blijkt dat er een klimaat in Albanië bestond dat bijdroeg aan geweld tegen vrouwen, hetgeen zou moeten betekenen dat de autoriteiten nog steviger optreden tegen dergelijk geweld door gevallen als de onderhavige zeer grondig te onderzoeken. Van zo'n onderzoek is volgens het Hof echter niet gebleken. Weliswaar zijn er onderzoekshandelingen uitgevoerd, getuigen gehoord en forensische rapporten opgevraagd, maar het Hof acht het problematisch dat op geen enkele manier is vastgesteld met welk zuur klagster nu eigenlijk is aangevallen. Ook blijkt uit de onderzoekshandelingen niet dat de autoriteiten zich rekenschap hebben gegeven van de mogelijk gendergerelateerde aard van de aanval en van de bijzondere verantwoordelijkheden die zij in een dergelijk geval hebben. Evenmin heeft klagster toegang gekregen tot documentatie of informatie over de aanval, waardoor zij ook geen effectief beroep heeft kunnen instellen tegen de gebreken in het onderzoek. Art. 2 EVRM is ten aanzien van de procedurele positieve verplichtingen dan ook geschonden.

Klagster heeft tot slot geklaagd over een schending van art. 13 EVRM vanwege het ontbreken van een effectieve mogelijkheid om een schadevergoeding van de staat te krijgen. Het Hof stelt echter vast dat zij zelf de procedure op nationaal niveau niet heeft voortgezet. Weliswaar heeft zij daartoe besloten omdat zij de griffierechten niet zei te kunnen betalen, maar daarvoor heeft zij geen bewijs aangedragen. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-08-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0804JUD004875614

Zaaknummer: 48756/14

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Vivendi, HvJ EU 3 september 2020, zaak C-719/18

Naar aanleiding van het verwerven van sterke zeggenschap van de Franse vennootschap Vivendi (actief in de media- en audiovisuele sector) over de Italiaanse media-onderneming Mediaset, heeft de Italiaanse telecomtoezichthouder besloten dat de deelneming van Vivendi in Mediaset moet worden beëindigd, onder meer vanwege het belang van het beschermen van mediapluralisme. Volgens het HvJ levert dit een onaanvaardbare beperking van het vrije dienstenverkeer op (art. 49 VWEU), ondanks het belang van mediapluralisme (dat ook tot uitdrukking komt in art. 11 lid 2 Hv), omdat de ingestelde drempels in feite geen verband houden met het gevaar voor het pluralisme in de media.

Vivendi is een Franse vennootschap die de moedermaatschappij is van een groep die actief is in de media- en audiovisuele sector. Zij heeft een deelneming van 23,9 % in het kapitaal van de Italiaanse maatschappij Telecom Italia SpA, een vennootschap waarover zij zeggenschap uitoefent. Op 8 april 2016 hebben Vivendi, Mediaset en Reti Televisive Italiane SpA een strategische samenwerkingsovereenkomst gesloten uit hoofde waarvan Vivendi 3,5 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset en 100 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset Premium SpA verwierf, in ruil waarvoor zij 3,5 % van haar eigen maatschappelijk kapitaal afstond aan Mediaset. Omdat er onenigheid over die overeenkomst was ontstaan, is Vivendi in december 2016 gestart met een vijandige overname van aandelen van Mediaset. Op 22 december 2016 is Vivendi aldus in het bezit gekomen van 28,8 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset en 29,94 % van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van die vennootschap. Met die gekwalificeerde minderheidsdeelneming kon Vivendi evenwel geen zeggenschap uitoefenen over Mediaset, die onder zeggenschap van de Fininvest-groep bleef staan. Naar aanleiding van een klacht van Mediaset heeft de Italiaanse communicatietoezichthouder AGCOM vervolgens besloten dat Vivendi een einde moest maken aan de deelneming in het kapitaal van Mediaset dan wel in dat van Telecom Italia.

Daarbij hield AGCOM onder meer rekening met het belang van het beschermen van het pluralisme in de media; in dit geval zou er sprake zijn van een aanmerkelijke marktmacht, en dat zou daarmee niet verenigbaar zijn.

Voor zover relevant voor de uitleg en toepassing van het Handvest overweegt het HvJ EU dat de opgelegde beperkingen in dit geval een belemmering kunnen vormen van de in art. 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging, nu de vrijheid van Vivendi om zich in Italië te vestigen en invloed uit te oefenen op het bestuur van Mediaset in feite is beperkt. Een dergelijke beperking kan wel gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang. Daartoe rekent het HvJ de vrijheden die worden beschermd in art. 11 Hv, waarvan lid 2 betrekking heeft op de vrijheid en de pluriformiteit van de media. Ook in het aan het VEU en het VWEU gehechte Protocol nr. 29 betreffende het openbare-omroepstelsel in de lidstaten wordt verwezen naar het pluralisme in de media. Op basis van nader onderzoek van de nationale drempels, concludeert het HvJ dat die geen verband houden met het gevaar voor het pluralisme in de media, omdat op basis van die drempels niet kan worden bepaald of en in hoeverre een onderneming daadwerkelijk in staat is invloed uit te oefenen op de inhoud van de media. Gelet daarop verzet art. 49 VWEU zich tegen de onderhavige regeling.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 03-09-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:627

Zaaknummer: C-719/18

Wetsartikelen: Hv art. 11 lid 2, VWEU art. 49, Rl 2000/21/EG art. 15 en Rl 2000/21/EG art. 16

RECHTSPRAAK

Yordanovi t. Bulgarije, EHRM 3 september 2020, nr. 11157/11

In verband met hun voornemen om een politieke partij op te richten om onder meer de belangen van de Turkstalige gemeenschap in Bulgarije te dienen, hebben klagers een constituerende vergadering in een stadscentrum georganiseerd. Zij hadden daarvoor geen voorafgaande toestemming gevraagd en de vergadering werd daarom beëindigd. Ook werden klagers strafrechtelijke vervolgd en veroordeeld vanwege de organisatie van de vergadering en het oprichten van de politieke partij. Het EHRM is van oordeel dat dit een vergaande inbreuk op de verenigingsvrijheid vormt, waarvoor geen overtuigende rechtvaardiging is aangevoerd, in strijd met art. 11 EVRM.

In 2008 hebben klagers een vereniging opgericht voor de behartiging van de belangen van de Turkstalige minderheid in Bulgarije. In 2009 wilden zij een monument oprichten in hun thuisstad om de islamitische en christelijke slachtoffers in de Russisch-Turkse Oorlog in 1877-1878 te herdenken, maar vanwege weerstand bij de bevolking werden zij verplicht dat plan te staken. Daarop besloten klagers een politieke partij op te richten. De constituerende vergadering zou in 2009 plaatsvinden in het centrum van hun thuisstad, maar klagers gaven geen kennis van deze bijeenkomst aan de autoriteiten. Op de dag zelf kwamen enkele honderden mensen bij elkaar, maar klagers werden verplicht om deze vanwege het ontbreken van een voorafgaande kennisgeving te beëindigen. Tijdens een persconferentie die na de beëindiging plaatsvond, spraken klagers zich kritisch uit over de Bulgaarse overheid. Zij werden vervolgens strafrechtelijk vervolgd vanwege organiseren van een niet-geautoriseerde bijeenkomst en het oprichten van een politieke organisatie op religieuze grondslag (omdat leden van de vereniging islamitische waarden zouden moeten respecteren), hetgeen verboden is volgens de Bulgaarse strafwet. Eerste klager werd tot een voorwaardelijke gevangenisstraf veroordeeld vanwege deze feiten; tweede klager moest een bestuurlijke boete betalen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat deze veroordelingen in strijd zijn met de verenigingsvrijheid van art. 11 EVRM. Het Hof gaat allereerst in op het verweer van de regering dat in dit geval geen sprake zou zijn van een 'significant disadvantage' in de zin van art. 35 lid 3 (b) EVRM. Nu het hier gaat om een strafrechtelijke veroordeling vanwege de uitoefening van een wezenlijk grondrecht, namelijk de verenigingsvrijheid, is het volgens het Hof moeilijk voor te stellen dat klagers *niet* een significant nadeel zouden hebben ondervonden.

Het Hof overweegt verder dat het hier weliswaar niet ging om het verbod om een politieke partij op te richten, maar dat ook een veroordeling als deze duidelijk een 'chilling effect' kan hebben op de bereidheid om dat te doen en dat er daarom sprake is van een inbreuk op art. 11 EVRM. Het gaat bij een strafrechtelijke veroordeling bovendien om een ernstige, vergaande sanctie die een zware inbreuk vormt op de uitingsvrijheid en de verenigingsvrijheid. Het Hof constateert ook dat de gebeurtenissen tot gevolg hadden dat klagers niet de formele procedure tot registratie van hun partij konden volgen. Het was volgens het Hof niet nodig geweest om deze strafrechtelijke route te kiezen als het doel van de overheid was – zoals gesteld – om de vredige co-existentie van religieuze groepen te bevorderen; daarvoor had de overheid ook kunnen vertrouwen op de registratieprocedure als zodanig, en eventueel zou op een later moment nog een ontbindingsprocedure kunnen worden gestart. Ook was de ingeroepen bepaling van het Bulgaarse strafwetboek eigenlijk niet bedoeld om een religieuze gemeenschap ervan te weerhouden om een politieke partij op te starten. Gelet op deze overwegingen is het Hof – met 6 stemmen tegen 1 – van oordeel dat art. 11 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 03-09-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0903JUD001115711

Zaaknummer: 11157/11

Wetsartikelen: EVRM art. 11

ANNOTATIE

S.M. t. Kroatië (EHRM (GK), nr. 60561/14) – Gedwongen prostitutie en de verplichtingen van staten onder art. 4 EVRM***mr. dr. S.M.A. Lestrade***

1. De rechtspraak op het gebied van art. 4 EVRM is schaars. Hoewel het EHRM staten al vaker heeft veroordeeld voor het schenden van het verbod van slavernij en dwangarbeid,[1] is dit de eerste keer dat de Grote Kamer tot een dergelijk oordeel komt. De Grote Kamer van het EHRM grijpt de gelegenheid aan om meer duidelijkheid te verschaffen over de reikwijdte van het mensenrecht. Het gaat in op de betekenis van de concepten slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid in art. 4 EVRM lid 1 en 2. Voorts buigt het zich over de vraag in hoeverre mensenhandel en gedwongen prostitutie onder het bereik van de bepaling vallen. Als laatste richt het Hof zich op de positieve verplichtingen van staten onder art. 4 EVRM. In deze noot ga ik eerst in op de materiële uitleg over de bepaling en vervolgens op de positieve verplichtingen.

2. Voortbouwend op eerdere jurisprudentie verwijst het EHRM voor de definitie van slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid naar het Verdrag inzake slavernij uit 1926, het Aanvullende Verdrag inzake de afschaffing van de slavernij, slavenhandel en instituties en praktijken vergelijkbaar met slavernij uit 1956 en Verdrag van de International Labour Organisation inzake Gedwongen Arbeid uit 1930.[2] Slavernij betreft “de status of conditie van een persoon wiens eigendomsrecht hetzij in volle omvang, hetzij in beperkte mate wordt uitgeoefend door een ander”. [3] Deze uitleg verwijst naar de traditionele slavernij zoals die in de negentiende eeuw aanwezig was, maar tegenwoordig nauwelijks voorkomt. Het onderscheidende element van moderne slavernij is niet meer het rechtens bezit van, maar de praktische controle over een ander individu.[4] Het is jammer dat zeer ernstige vormen van hedendaagse uitbuiting met deze uitleg niet kunnen worden gekwalificeerd als slavernij en daarmee de grofste schending van art. 4 EVRM.

3. Dienstbaarheid heeft betrekking op serieuze vormen van het ontkennen van de vrijheid. De *serf* heeft de verplichting te werken én leven op andermans eigendom zonder dat hij de moge-

lijkheid heeft deze situatie te veranderen. Het Hof beschouwt dienstbaarheid als een verzwaarde vorm van gedwongen arbeid. Gedwongen arbeid betreft voorts 1) onvrijwillige arbeid die 2) onder dreiging van straf wordt verricht.[5] Het dreigen met een straf kan op verschillende wijzen geschieden. Dat kan door middel van fysiek geweld, maar het kan ook subtielere vormen aannemen van psychologische aard, zoals de dreiging een slachtoffer aan te klagen bij de overheid wanneer zijn arbeidsstatus illegaal is.[6] Dat van tevoren is ingestemd met de verrichte arbeid, hoeft het bewijzen van gedwongen arbeid niet in de weg te staan. Door te dreigen met een straf, kan een reële keuzemogelijkheid ontbreken. Als een werkgever misbruik maakt van zijn macht of van een kwetsbare positie van een werknemer om deze te exploiteren, kan dat afbreuk doen aan het vrijwillige karakter waarmee de werknemer zijn diensten aanvangt. Of een persoon zich vrijwillig aanbiedt voor zijn werk is uiteindelijk een feitelijke kwestie die moet worden onderzocht in het licht van alle relevante omstandigheden van een zaak.[7]

4. Het Hof had het onvrijwillige karakter van de gedwongen arbeid mijns inziens duidelijker mogen afbakenen. Uit eerdere jurisprudentie valt op te maken dat de onvrijwillige arbeid kan worden aangetoond als de arbeid een disproportionele last met zich brengt gelet op de aard, omstandigheden, hoeveelheid en beloning van het werk.[8] Werkzaamheden die geen zware belasting opleveren en redelijkerwijs verwacht mogen worden van mensen, bijvoorbeeld omdat zij met elkaar een huishouden delen of omdat zij een bepaalde positie in de samenleving genieten (met daaraan verbonden nadelen én voordelen), vielen – onder de voorgaande rechtspraak – niet onder de onvrijwillige arbeid.[9] Het Hof had wat dat betreft ook in zijn huidige uitleg mogen benadrukken dat een serieuze wanverhouding tussen de voor- en nadelen van arbeid kan duiden op gedwongen arbeid ondanks eventuele instemming.[10] Bij de uitleg van het begrip gedwongen prostitutie blijkt echter wel dat de notie van het verbod op gedwongen arbeid het doel heeft bescherming te bieden tegen gevallen van *ernstige* uitbuiting.[11] Het Hof nuanceert dit vervolgens enigszins door te benadrukken dat dwang subtielere vormen van dwanggedrag omvat. Het verwijst dan weer terug naar de onder punt 2 geplaatste overwegingen, maar ook naar rapporten van de ILO.[12] Het had meer voor de hand gelegen deze opmerkingen aansluitend te plaatsen bij de uitwerking van de definitie van art. 4 lid 2 EVRM. Maar de opmerkingen zijn niettemin een welkome aanvulling omdat het de reikwijdte enigszins lijkt in te perken.

5. Hoewel mensenhandel niet expliciet wordt genoemd in art. 4 EVRM, heeft het EHRM in *Rantsev* al geoordeeld dat het onder de reikwijdte van het artikel valt.[13] De kritiek op die uitspraak was onder meer dat niet duidelijk is op welke manier mensenhandel zich verhoudt tot het verbod op slavernij en gedwongen arbeid.[14] Het Hof tracht aan die kritiek tegemoet te komen in de voorliggende uitspraak door te oordelen dat mensenhandel alleen onder het

bereik van art. 4 EVRM kan worden gebracht indien alle elementen van mensenhandel zoals gedefinieerd in het VN-Protocol mensenhandel en het RvE-Verdrag mensenhandel aanwezig zijn (een wervingsactie, beïnvloedingsmiddelen en het oogmerk van uitbuiting). De mensenhandel betreft voorts zowel de nationale als de transnationale handel ongeacht of deze al dan niet verband houdt met de georganiseerde misdaad. Het Hof sluit tot slot niet uit dat een bepaalde gedraging in verband met mensenhandel ook een probleem kan opleveren in het kader van een andere bepaling van het EVRM (bijvoorbeeld art. 3 EVRM).[15]

6. Het EHRM heeft door zijn interpretatie het bereik van art. 4 EVRM vergroot. Mensenhandel omvat meer dan slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid. Ook de rekruteringsfase voorafgaand aan deze praktijken betreft mensenhandel. Bovendien is de component uitbuiting niet beperkt tot situaties van slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid (die praktijken vallen er immers 'ten minste' onder). Het is door deze benadering niet nodig de gedraging in verschillende zwaarte te classificeren als slavernij, dienstbaarheid of gedwongen arbeid. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het verschil in ernst van de mensenrechtenschending. Gedwongen arbeid betreft een minder ernstige inbreuk op de persoonlijke vrijheid dan slavernij en dienstbaarheid. Voorts geldt voor slavernij en dienstbaarheid een derogatieverbod (art. 15 lid 2 EVRM). Het EHRM had de reikwijdte van de verbodsbepaling niet hoeven op te rekken. Het had kunnen oordelen dat bepaalde vormen van mensenhandel (ik zou zelfs zeggen vanzelfsprekend) slavernij, dienstbaarheid of gedwongen arbeid betreffen. Het Hof had vervolgens de zaak kunnen beslissen op basis van de uitdrukkelijke verbodsbepaling van art. 4 EVRM en de afzonderlijke gedragingen in het licht van de huidige tijd kunnen lezen.[16] Op die manier zou de structuur van art. 4 EVRM zijn behouden, zou het verschil in ernst van de mensenrechtenschendingen worden onderstreept, en zou het artikel eveneens bescherming bieden tegen hedendaagse vormen van mensenhandel.[17]

7. Met betrekking tot gedwongen prostitutie wijst het Hof in eerste instantie op de gevoeligheid van de verschillende visies binnen de lidstaten. In de ene lidstaat is het brengen tot prostitutie als zodanig strafbaar gesteld, in de andere lidstaat is alleen de gedwongen variant gecriminaliseerd. Het Hof acht het niet relevant in het debat te treden of prostitutie op zichzelf strijdig is met het verdrag, maar bevestigt het oordeel dat gedwongen prostitutie onder het verbod van gedwongen arbeid valt.[18] Gedwongen prostitutie kan tevens een vorm van mensenhandel betreffen en het kan onder omstandigheden ook worden gezien als een vorm van slavernij of dienstbaarheid. Hoe dan ook valt gedwongen prostitutie dus onder de werkingssfeer van art. 4 EVRM. Of sprake is van gedwongen prostitutie betreft een feitelijke vraag die moet worden onderzocht in het licht van alle relevante omstandigheden. Daarbij wijst het Hof weer terug naar zijn eerdere overwegingen omtrent verschillende (minder en

meer subtiële) vormen van dwang. Dat het Hof niet treedt in de discussie over de legalisering van prostitutie is te begrijpen, maar het is een gemiste kans dat het EHRM niet nadrukkelijker ingaat op de definitie van deze vorm van seksuele uitbuiting en hoe dit zich verhoudt tot het kader van art. 4 EVRM.[19] Mensenhandel en gedwongen prostitutie lijken door deze uitleg ook te worden benaderd als twee verschillende concepten, terwijl deze vormen van uitbuiting onder een hedendaagse uitleg van slavernij, dienstbaarheid of gedwongen arbeid hadden kunnen worden gebracht. De gewenste en beoogde helderheid die de Grote Kamer had kunnen geven over de materiële betekenis van het artikel blijft daardoor mijns inziens beperkt.

8. Het Hof gaat vervolgens in op de positieve verplichtingen die staten hebben teneinde het mensenrecht na te leven.[20] Wederom voortbordurend op eerdere rechtspraak stelt het Hof dat staten 1) de plicht hebben te voorzien in een wettelijk administratief en strafrechtelijk kader waarin mensenhandel wordt verboden en strafbaar gesteld; 2) de plicht hebben onder bepaalde omstandigheden operationele maatregelen te nemen om de slachtoffers of potentiële slachtoffers van mensenhandel te beschermen; en 3) een procedurele verplichting hebben om situaties van mogelijke mensenhandel te onderzoeken. Het valt op dat het EHRM in dit arrest de positieve verplichtingen alleen relateert aan mensenhandel. Uit eerdere jurisprudentie blijkt dat staten tevens de positieve verplichting hebben dienstbaarheid en gedwongen arbeid effectief strafbaar te stellen.[21] Ik ga er van uit dat die positieve verplichting ook nog steeds geldt.

9. Onderhavige casus betreft de vraag of Kroatië de derde verplichting genoemd onder punt 8 is nagekomen. Het Hof oordeelt van niet. Hoewel de Kroatische autoriteiten direct in actie zijn gekomen na de aangifte van klagster over mensenhandel, was het strafrechtelijk onderzoek gebrekkig doordat de nationale autoriteiten naast de verdachte en klagster, slechts één vriendin van klagster als getuige hebben gehoord. Het had *in casu* erg voor de hand gelegen dat de Facebookcontacten tussen verdachte en klagster waren nagegaan. Verder zijn andere ogenschijnlijk belangrijke getuigen buiten beeld gebleven. De ouders van klagster, de vriend van de moeder, de flateigenaar en de burens van klagster zijn in het hele proces niet gehoord, terwijl zij mogelijk meer informatie hadden kunnen geven over de werving en eventuele dwang door verdachte.[22] Het Hof betreft in dit opzicht ook de positie van GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings) en andere internationale instituties die het belang van effectief onderzoek naar mensenhandel en de noodzaak tot verificatie van verklaringen van het slachtoffer aan de hand van ander bewijsmateriaal benadrukken.

10. Het verrichten van adequaat onderzoek betreft zoals andere positieve verplichtingen een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting. Kroatië heeft actie ondernomen, maar

het was te weinig. In zekere zin wordt de lidstaat echter wel aangesproken op de vrijspraak en neigt de uitspraak naar 'scorebordrechtspraak'.^[23] Tegen deze achtergrond zal meespelen dat Kroatië in 2016 in het tweede evaluatierapport opnieuw door de GRETA op de vingers is getikt en dat GRETA er op aan heeft gedrongen dat de Kroatische autoriteiten een pro-actiever onderzoeksbeleid dienen te voeren teneinde slachtoffers van mensenhandel te identificeren.^[24] Het helpt niet als na duidelijke signalen van mensenhandel zo minimaal onderzoek wordt verricht, dan kom je nooit aan het minimum vereiste bewijsmateriaal voor een veroordeling van de verdachte.

11. Het Hof benadrukt dat onderzoek niet afhankelijk moet zijn van het initiatief van het slachtoffer, maar dat staten moeten optreden zodra de kwestie onder hun aandacht wordt gebracht.^[25] Toch blijft ongewis wat van staten nu precies wordt verwacht. Het Hof verwijst met betrekking tot deze positieve verplichting naar de uitgebreide jurisprudentie onder art. 2 en 3 EVRM. Maar het verschil is dat in het geval van art. 2 EVRM onderzoek moet volgen omdat sprake is van een overleden persoon, en bij art. 3 EVRM foltering dan wel onmenselijke behandeling aan de orde is. Een signaal dat een schending van art. 4 EVRM aan de hand is, ligt in de regel veel subtieler. Zeker omdat het EHRM ook mensenhandel onder het bereik van de bepaling heeft gebracht en het artikel niet duidelijk afbakt. Moet de politie bij een jonge prostituee die een 'relatie' heeft met een oudere man altijd onderzoek doen omdat mogelijk sprake is van gedwongen prostitutie? Hoe uitgebreid moet dat onderzoek dan zijn?^[26] Wat is vervolgens de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie? Hoe zit dat bij vormen van overige uitbuiting? Moeten situaties van slecht werkgeverschap standaard aan een strafrechtelijk onderzoek worden onderworpen omdat mogelijk sprake is van mensenhandel?

12. Wereldwijd schat de ILO in 2017 het aantal slachtoffers van mensenhandel op 40,3 miljoen. Het aantal geschatte slachtoffers van gedwongen seksuele uitbuiting betreft 4,8 miljoen.^[27] Het betreft aldus een omvangrijk en serieus probleem in onze maatschappij waarbij de persoonlijke vrijheid van individuen in het geding is. In dat kader valt de uitspraak van het Hof zeker toe te juichen. Staten worden gedwongen al bij signalen van mensenhandel (dus ook al gedurende de rekruteringsfase) actief op te treden. Het is evenwel een gemiste kans dat het Hof – juist gelet op de kritiek over de reikwijdte van art. 4 EVRM – slechts beperkt helderheid verschaft over de materiële betekenis van het mensenrecht. De positieve verplichtingen van staten om mensenhandel en gedwongen prostitutie te bestrijden, gaan ver. Waar het EVRM oorspronkelijk is ontworpen zich te onthouden van mensenrechtenschendingen (in dit geval slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid), wordt verplicht tot actief en effectief optreden ter preventie en bestraffing van mogelijke handel of uitbuiting door burgers onderling. De vrijheid van lidstaten zelf prioriteiten te stellen inzake het strafrechtelijk vervolgingsbeleid wordt beperkt. Tegelijkertijd blijft

enigszins ongewis hoe staten precies invulling dienen te geven aan de positieve verplichtingen en laat de beoogde duidelijkheid ook op dit punt te wensen over.

S.M.A. Lestrade

universitair docent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen

[1] Zie onder meer *Rantsev t. Cyprus en Rusland*, EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504, *NJCM* 2015/5 m.nt. Boot en «EHRC» 2010/29 m.nt. Timmer; *Siliadin t. Frankrijk*, EHRM 26 juli 2005, nr. 73316/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, «EHRC» 2005/103 m.nt. Van der Velde, *JV* 2005/425 m.nt. Lawson.

[2] Zie onder andere *Van der Mussele t. België*, EHRM 23 november 1983, nr. 8919/80, ECLI:CE:ECHR:1983:1123JUD000891980; *Siliadin t. Frankrijk*, EHRM 26 juli 2005, nr. 73316/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, «EHRC» 2005/103 m.nt. Van der Velde, *JV* 2005/425 m.nt. Lawson; *C.N. en V. t. Frankrijk*, EHRM 11 oktober 2012, nr. 67724/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1011JUD006772409, «EHRC» 2013/54 m.nt. Barentsen; *Stummer t. Austria*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 37452/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD003745202, «EHRC» 2011/136 m.nt. Barentsen; *Chowdury e.a. t. Griekenland*, EHRM 30 maart 2017, nr. 21884/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415, «EHRC» 2017/123 m.nt. Barentsen.

[3] Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery, 25 september 1926, *United Nations, Treaty Series*, vol. 212, nr. 2861. Nederlandse vertaling *Stb.* 1928, 26.

[4] K. Bales. *New Slavery. A Reference Handbook* (Contemporary World Issues), Santa Barbara: ABC-CLIO 2000, p. 2. Zie ook S.M.A. Lestrade, 'De reikwijdte van artikel 4 EVRM en wederzijds voordelige uitbuiting', *NTM-NJCM Bull.* 2018/46, p. 591-605.

[5] Art. 2 van Convention concerning Forced or Compulsory Labour, Genève, 28 juni 1930, ILO Convention nr. 29 verwijst naar "elke arbeid of dienst die van een persoon wordt vereist onder dreiging van een straf en waarvoor de persoon zich niet uit vrije wil beschikbaar heeft gesteld".

[6] Zie par. 284.

[7] Zie par. 285.

[8] *C.N. en V. t. Frankrijk*, EHRM 11 oktober 2012, nr. 67724/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1011JUD006772409, «EHRC» 2013/54 m.nt. Barentsen; *Steindl t.*

Duitsland, EHRM 14 september 2010 (ontv.besl.), nr. 29878/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0914DEC002987807, «EHRC» 2011/27 m.nt. Barentsen; *Chowdury e.a. t. Griekenland*, EHRM 30 maart 2017, nr. 21884/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415, «EHRC» 2017/123 m.nt. Barentsen.

[9] Zie bijvoorbeeld *Van der Mussele t. België*, EHRM 23 november 1983, nr. 8919/80, ECLI:CE:ECHR:1983:1123JUD000891980; *C.N. en V. t. Frankrijk*, EHRM 11 oktober 2012, nr. 67724/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1011JUD006772409, «EHRC» 2013/54 m.nt. Barentsen.

[10] Zie over deze definities ook mijn artikel S.M.A. Lestrade, 'De reikwijdte van artikel 4 EVRM en wederzijds voordelige uitbuiting', *NTM-NJCM Bull.* 2018/46, p. 591-605.

[11] Zie par. 300.

[12] ILO 2016, Standards on Forced Labour: the New Protocol and Recommendation at a glance, p. 5; Indicators of the ILO's Special Action Programme to Combat Forced Labour has devised eleven indicators of forced labour; ILO 2005, Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement, p. 19-21. Zie par. 301.

[13] *Rantsev t. Cyprus en Rusland*, EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504, *NJCM* 2015/5 m.nt. Boot en «EHRC» 2010/29 m.nt. Timmer.

[14] S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland. Een toetsing op basis van internationale en Europese mensenrechten, anti-mensenhandelregelgeving en de grondslagen van het strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 226 en V. Stoyanova, 'Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2012/30-2, p. 174-194.

[15] Zie par. 296 en 297.

[16] S.M.A. Lestrade, 'De reikwijdte van artikel 4 EVRM en wederzijds voordelige uitbuiting', *NTM-NJCM Bull.* 2018/46, p. 591-605 en V. Stoyanova, 'Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2012/30-2, p. 174-194.

[17] Zie ook mijn noot in *C.N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 november 2012, nr. 4239/08, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD000423908, «EHRC» 2013/73 onder punt 5.

[18] Zie par. 289-300.

[19] Zie ook negatief over het gebrek aan het verschaffen van duidelijkheid over conceptuele betekenis van mensenhandel en gedwongen prostitutie in relatie tot art. 4 EVRM in hun *concurring opinion* rechters O’Leary en Ravarani onder punt 2 en rechter Serghides in zijn *concurring opinion*.

[20] Zie par. 304 e.v.

[21] *C.N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 november 2012, nr. 4239/08, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD000423908, «EHRC» 2013/73 m.nt. Lestrade; *Siliadin t. Frankrijk*, EHRM 26 juli 2005, nr. 73316/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, «EHRC» 2005/103 m.nt. Van der Velde, *JV* 2005/425 m.nt. Lawson.

[22] Zie par. 337-342. Overigens oordeelt rechter Turković in zijn *concurring opinion* dat het een gemiste kans is dat het Hof niet meer algemeen is ingegaan op de positieve verplichtingen gedurende de onderzoeksfase, maar ook gedurende het proces ter terechtzitting.

[23] Zie ook Barentsen onder punt 8 in zijn noot bij *Chowdury e.a. t. Griekenland*, EHRM 30 maart 2017, nr. 21884/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415, «EHRC» 2017/123.

[24] Zie par. 172.

[25] Zie par. 314.

[26] Zie in dit kader ook het bezwaar van rechters O’Leary en Ravarani in hun *concurring opinion* onder punt 3.

[27] ILO, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Genève: september 2017.

ANNOTATIE

Rodina t. Letland (EHRM, nrs. 48534/10 en 19532/15) – Een onbekende Letse wint haar zaak in Straatsburg***R. de Lange***

1. In het arrest *Rodina t. Letland* [1] worden twee klachten tegelijk behandeld: een betreffende de civiele procedure die klaagster had aangespannen naar aanleiding van een krantenpublicatie, en een tweede betreffende een soortgelijke procedure naar aanleiding van een tv-uitzending. Irina Rodina, arts van beroep en, voorzover uit het arrest van het EHRM blijkt, niet een 'bekende Letse', was onderwerp van een krantenartikel in januari 2005. Daarin werd een voor haar ongunstig beeld geschetst van haar familie-omstandigheden, in het bijzonder de zorg die zij haar moeder had geboden (of, volgens het artikel, juist niet had geboden). Binnen de familie was er op dat moment al onenigheid, kennelijk in verband met de toekomstige verdeling van een erfenis. Deze soap-achtige geschiedenis vormde de aanleiding tot een zeer langdurige reeks procedures, die pas nu is geëindigd met een arrest van het EHRM.

2. Waar klaagster op nationaal niveau al haar rechtszaken had verloren, met slechts een uitzondering in eerste aanleg, is haar klacht in Straatsburg gehonoreerd. Hadden de nationale gerechten wel genoeg hun best gedaan om zich te houden aan de richtlijnen van de Straatsburgse rechters? Het EHRM concludeert uiteindelijk dat dit niet het geval is, en bevindt een schending van art. 8 EVRM omdat de nationale gerechten er niet in geslaagd waren een 'fair balance' te vinden tussen de rechten van art. 10 en art. 8 EVRM.

3. Het draait in deze materie om de bekende Von Hannover-checklist, gevormd in en na het inmiddels klassieke *Von Hannover*[2] en *Von Hannover* (nr. 2).[3] De checklist bevat vragen als: gaat het om een debat van algemeen belang?, hoe bekend is degene op wie de publicatie betrekking heeft?, wat is het onderwerp van de publicatie?, hoe heeft betrokkene zich eerder gedragen?, hoe is men aan de informatie gekomen?, was de informatie juist?, wat was de aard en wat waren de gevolgen van de publicatie?, en hoe zwaar was de sanctie die door de nationale autoriteiten is opgelegd?[4] In de onderhavige zaak komt daar nog een subtiliteit bij: waren er alternatieven wat betreft de *vorm* van de publicatie? Had het krantenartikel ook

geplaatst kunnen worden zonder familiefoto, of met bemoeilijking van de herkenning van sommige familieleden? Het Hof besteedt daarnaast de nodige aandacht aan de omstandigheid dat Rodina geen bekende Letse is, dat zij actief heeft geprobeerd publicatie te verhinderen, dat de journalist niet heeft geprobeerd hoor en wederhoor toe te passen, en dat hij niet heeft overwogen om het verhaal te vertellen zonder familiefoto erbij of met een foto waarop sommige familieleden onherkenbaar zijn gemaakt.[5] Veel minder aandacht geeft het Hof aan het waarheidsgehalte van de inhoud en aan de vraag of de eer en goede naam van klaagster zijn aangetast (zoals zij had gesteld).

4. Wel houdt het Hof uitdrukkelijk rekening met het feit dat het in het geval *Rodina* niet gaat om informatie van ‘publiek belang’ of over een ‘publiek persoon’. Het gaat niet om politieke uitingen, of anderszins relevante uitingen die de publieke zaak betreffen, er is geen publiek persoon in het geding, laat staan een – wat de Duitsers noemen – ‘*absolute Person der Zeitgeschichte*’. Irina Rodina is een gewone burger, uit een kennelijk niet onbemiddelde maar voor het overige doorsnee-achtig ogende Letse familie. Haar moeder kampt met klachten die te maken kunnen hebben met haar geestelijke toestand (ongeveer een jaar na het begin van de hele affaire vindt er een ondercuratelestelling plaats), en om redenen die uit het hier besproken arrest niet helemaal duidelijk worden trekt de familie de aandacht van een breder publiek. Hoe dan een afweging te maken tussen uitingsvrijheid enerzijds en bescherming van de persoonlijke levenssfeer anderzijds?

5. Het EHRM heeft een sterke reputatie als het gaat om bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Meer dan eens viel de afweging – als die nodig was – tussen uitingsvrijheid en privacybescherming uit in het voordeel van de privacy. Zo ook hier. Hoe ziet die afweging eruit? Het EHRM gaat ervan uit dat er een juiste balans moet worden gevonden tussen de rechten van art. 8 en art. 10 EVRM. Dat lijkt sterk op de *praktische Konkordanz* die ooit door Konrad Hesse is voorgesteld.[6] In het kader van deze annotatie kan in het midden blijven of men de toepassing van de *praktische Konkordanz* wil zien als een vorm van belangenafweging, dan wel juist als een alternatief daarvoor (doordat geen keuze wordt gemaakt).[7] Bij een botsing van rechten of een botsing tussen de wijzen van uitoefenen van verschillende rechten moet het uitgangspunt niet zijn dat een van de twee rechten dan maar moet wijken.[8] Integendeel, als een middenweg mogelijk is dient die te worden benut. Dat is naar het oordeel van het EHRM ook in deze casus het geval.

6. In een vergelijkbare Nederlandse casus, die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2017 in de zaak *Rabobank/Stichting Restschuld Eerlijk Delen*,[9] ging het om niet-bekende personen wier namen waren gepubliceerd in een boek over hun werkgever, Rabobank. Het arrest is interessant vanwege de maatstaf voor de beoordeling van de botsing tussen twee fundamentele rechten. Het gerechtshof in die zaak keek naar de omstandigheden

van het geval en kende in dit geval een groot gewicht toe aan de vrijheid van meningsuiting van de auteurs van een boek over de Rabobank, ‘in ieder geval een groter gewicht dan het tamelijk geringe gewicht dat in dit geval toekomt aan het recht op goede naam en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van (oud-)medewerkers van de Rabobank.’ De Hoge Raad past de *Von Hannover*-checklist toe (r.o. 3.5.3) en concretiseert die in dit geval als volgt: nadat in r.o. 3.5.4. is vastgesteld dat de in het boek genoemde medewerkers van de Rabobank geen bekendheid genieten en geen leidinggevende functie bij Rabobank hebben, en ook niet zelf de publiciteit hebben gezocht, concludeert de Hoge Raad in r.o. 3.5.6: ‘Zonder nadere motivering valt niet in te zien dat de door het hof in aanmerking genomen verteltechniek de aan de orde zijnde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de (oud-)medewerkers van Rabobank kan rechtvaardigen. Bij het gebruik van die verteltechniek had immers, gelet op de onbekendheid van de (oud-)medewerkers, in beginsel even goed kunnen worden volstaan met (deels) geanonimiseerde of gefingeerde namen.’ Voorzover al een algemeen belang gediend is met de publicatie – en die publicatie een bijdrage levert aan het publieke debat – is niet gemotiveerd waarom ‘dit algemene belang (ook) is betrokken bij het noemen van de namen van de (oud)medewerkers’ (r.o. 3.5.7). Het ziet ernaar uit dat deze benadering Straatsburg-proof is, mede omdat zij in hoge mate op de concrete omstandigheden is gericht. In het arrest van de Hoge Raad gaat het, net als in *Rodina*, immers om een onbalans die voortvloeit uit de vorm van de publicatie en de beschikbaarheid van alternatieven die de reputatie van klagster minder vergaand zouden hebben aangetast. De rechter beoordeelt dan niet alleen de evenredigheid van de *beperking* van het grondrecht, maar ook de evenredigheid van de wijze van handelen die aanspraak maakt op bescherming onder de *reikwijdte* van de grondrechtsnorm.

7. Een andere vraag die opkomt in de uitspraak van het EHRM is of klagster op nationaal niveau al een expliciet beroep had moeten doen op art. 8 EVRM. Klagster had zich ook niet beroepen op art. 96 van de Letse grondwet, dat de burger recht geeft op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Wel in geding was een andere bepaling, namelijk art. 2352a van het Burgerlijk Wetboek van Letland, waarin bepaald is dat aantasting van de eer en waardigheid van een persoon een onrechtmatige daad vormt. De verspreider van desbetreffende informatie kan worden gedwongen die verspreiding te staken. Volgens de jurisprudentie van de Letse Hoge Raad dekt dit ook bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer, maar de lagere rechter in *Rodina*’s zaak legde het artikel – kennelijk in overeenstemming met eveneens vaste jurisprudentie in Letland – zo uit dat van aantasting van de eer en waardigheid alleen dan sprake is als er feitelijke informatie wordt verspreid die onjuist is. Ook is er een verplichting tot financiële compensatie. Of een rechterlijk bevel tot staking van die verspreiding naar Lets burgerlijk recht mogelijk is heb ik niet kunnen achterhalen. Ook voor het opleggen van een verplichting tot rectificatie heb ik niet direct een basis kunnen vinden. Niet onbegrijpelijk is

dat het EHRM daarop in dit arrest niet nader ingaat, maar de vraag rijst dan wel hoever het EHRM mag gaan in het ‘vertalen’ van het verhaal van de klager in een hanteerbare juridische uiteenzetting en in een beroep op art. 8 EVRM. In de belangrijke zaak *Radomilja t. Kroatië*^[10] heeft het Hof in 2018 hiervoor richtlijnen gegeven. De klager moet zijn klachten enigszins specifiek juridisch vertalen, hij/zij kan niet volstaan met een ‘klaagverhaal’ dat dan door de internationale rechter in een juridisch hanteerbare vorm wordt omgezet. Het zijn eisen van proceseconomie die in deze richting wijzen, maar in *Radomilja* had de Grote Kamer van het Hof toch aardig wat moeite om zijn eigen rechtspraak ‘strak te trekken’ omdat in die zaak de Kamer zelf nieuwe feiten – die door de klagers niet waren aangevoerd – relevant had gevonden voor de beoordeling van de klacht. Het hier besproken arrest illustreert dat in beperkte mate aanvulling van rechtsgronden door het EHRM acceptabel wordt gevonden.

Roel de Lange

Emeritus hoogleraar Staatsrecht en vergelijkend staatsrecht

Erasmus Universiteit Rotterdam

[1] *Rodina t. Letland*, EHRM 14 mei 2020, nr. 48534/10 en 19532/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0514JUD004853410, *EHRC Updates* 2020/147.

[2] *Von Hannover t. Duitsland*, EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, «EHRC» 2004/79 m.nt. J. Gerards.

[3] *Von Hannover t. Duitsland (No. 2)*, EHRM (GK) 7 februari 2012, nr. 40660/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008, «EHRC» 2012/72 m.nt. J.H. Gerards en R. de Lange.

[4] Zie ook *Bédat t. Zwitserland*, EHRM (GK) 29 maart 2016, nr. 56925/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0329JUD005692508, «EHRC» 2016/147 m.nt. R. de Lange.

[5] *Rodina*, par. 131 e.v.

[6] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1988, p. 27.

[7] In deze zin J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, oratie Leiden 2006, p. 34 e.v.

[8] F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem*, diss. Leiden 2012, p. 358 e.v. werkt in haar analyse van de art. 10 EVRM-jurisprudentie van het EHRM met

de gedachte van een afweging van gezichtspunten.

[9] ECLI:NL:HR:2017:569, *NJ* 2017/238 m.nt. E.J. Dommering.

[10] *Radomilja e.a. t. Kroatië*, EHRM (GK) 20 maart 2018, nrs. 37685/10 en 22768/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD003768510, «EHRC» 2018/117 m.nt. J.H. Gerards.

ANNOTATIE

Ghoumid e.a. t. Frankrijk (EHRM, nr. 52273/16 e.v.) – Intrekking nationaliteit na terrorismeveroordeling geen schending artikel 8 EVRM

K. de Vries en K. Groenendijk

Inleiding

1. In deze zaak toetst het EHRM een beslissing tot ontneming van de nationaliteit na een veroordeling wegens deelname aan de voorbereiding van terroristische activiteiten aan art. 8 EVRM en aan de *ne bis in idem*-regel in art. 4 van het Zevende Protocol. Het Hof oordeelt dat de ontneming geen onevenredige inbreuk op het privéleven van de veroordeelden vormde, gezien de ernst van de strafbare feiten, die gedurende vele jaren werden begaan, bovendien kort nadat de betrokkenen waren genaturaliseerd of terwijl hun naturalisatieprocedure nog liep. De intrekkingprocedure was niet arbitrair. Verder oordeelt het Hof dat de ontneming van de nationaliteit geen strafrechtelijke sanctie als bedoeld in art. 4 Zevende Protocol is. De *ne bis in idem*-regel is daarom niet van toepassing.

Feiten en procedures

2. De zaak betreft vijf Franse staatsburgers, waarvan er vier ook de Marokkaanse nationaliteit hebben. De vijfde bezit ook de Turkse nationaliteit. Ze zijn in 2007 veroordeeld tot gevangenisstraffen van zes tot acht jaar voor deelname aan een criminele organisatie gericht op het begaan van terroristische daden. Hun strafbare activiteiten werden gedurende tien jaar (1995-2004) uitgevoerd en bestonden uit het verlenen van financiële en logistieke steun aan de GICM, de Groupe islamiste combattant marocain. Deze GCIM was nauw betrokken bij de aanslagen in Casablanca in mei 2003 waarbij 40 mensen om het leven kwamen en meer dan honderd mensen gewond raakten. Twee van de vijf mannen zijn in Frankrijk geboren, de andere drie in Marokko. Vier verkregen de Franse nationaliteit door het afleggen van een verklaring, de vijfde werd samen met zijn ouders genaturaliseerd. Na hun vrijlating in 2009 en 2010 verblijven ze in Frankrijk.

3. In april 2015, enkele maanden na de dodelijke aanslag op de redactie van Charlie Hebdo,

bericht de minister van Binnenlandse Zaken de vijf mannen over zijn voornemen hun Franse nationaliteit te ontnemen met toepassing van de artt. 25 en 25-1 Code Civile (*déchéance de nationalité*) op grond van de veroordeling uit 2007. Nadat de betrokkenen hun standpunt over dat voornemen kenbaar hebben gemaakt en de Conseil d'Etat het wettelijk voorgeschreven advies heeft uitgebracht, tekent de Franse premier in oktober 2015 de intrekkingdecreten. De minister van Binnenlandse Zaken maakt dat de dag voor de intrekking bekend in de Assemblée Nationale (par. 11-12 en 30). Het verzoek om een voorlopige voorziening tegen die decreten wordt door de Conseil d'Etat afgewezen. Ook de vervolgens ingediende verzoeken om de beslissingen te vernietigen worden verworpen.

4. In september 2016 worden de klachten van de vijf mannen in Straatsburg ingediend. In die maand worden twee van hen gehoord door de Commission d'Expulsion die positief adviseert over hun uitzetting. Tot daadwerkelijk uitzetting was het echter nog niet gekomen (par. 49). Alle vijf hebben een verblijfsvergunning voor verblijf bij hun gezinnen aangevraagd. Op die aanvragen is nog niet beslist. Wel beschikken ze over de schriftelijke bevestiging van de indiening die elke drie maanden moet worden verlengd. Op die basis is hun verblijf in Frankrijk rechtmatig en mogen ze ook werken (par. 33 en 39). Waarschijnlijk is uitzetting naar Marokko niet mogelijk gezien het risico dat hen daar een met art. 3 EVRM strijdige behandeling wacht. Dat risico wordt zowel door de Franse rapporteur public bij de Conseil d'Etat als door de betrokkenen zelf genoemd (par. 15 en 32). Het EHRM citeert uitvoerig uit het verslag van de 'rapporteur public' en uit de beslissing van de Conseil d'Etat (par. 15-17). De rapporteur public is een lid van de Conseil d'Etat die de rol van advocaat-generaal vervult. Hij neemt niet deel aan de beraadslagingen en de uitspraak in de betreffende zaak.

Recht op gezinsleven

5. De klacht over schending van het recht op gezinsleven verklaarde het Hof al meteen niet-ontvankelijk. Het EHRM overweegt dat de ontneming van de nationaliteit geen effect heeft op het verblijf van de betrokkenen in Frankrijk en dus ook niet op hun gezinsleven. Zij hebben immers een verblijfsvergunning kunnen aanvragen (par. 42). Later komt het Hof wel terug op deze stellige uitspraak over de effecten, als wordt overwogen dat hun mogelijkheid om in Frankrijk te blijven door de ontneming van de nationaliteit kwetsbaarder is geworden ("fragilisée" in par. 49). Het Hof zal er nog drie keer op wijzen dat de ontneming van de nationaliteit niet (automatisch) betekende dat betrokkenen niet verder in Frankrijk mochten blijven (par. 49, 50 en 72).

Recht op privéleven

6. De klacht over art. 8 EVRM wordt verder alleen behandeld als klacht over schending van het

recht op privéleven. Hoewel art. 8 EVRM geen recht geeft op het verkrijgen van een bepaalde nationaliteit, heeft het Hof sinds 1999 in verschillende zaken vastgesteld dat het onthouden van een nationaliteit aan iemand die die wenst te verkrijgen wel een inmenging in het recht op privéleven kan zijn als daarbij sprake is van willekeur.[1] Uit het arrest *Genovese t. Malta* uit 2011 blijkt dat het Hof nationaliteit ziet als onderdeel van iemands sociale identiteit, wat weer deel uitmaakt van het begrip privéleven.[2] In *Ramadan t. Malta* en in *K2 t. Verenigd Koninkrijk* oordeelde het Hof dat, naast het niet-toekennen van een nationaliteit, ook het intrekken van een reeds verkregen nationaliteit een inmenging in art. 8 EVRM kan opleveren omdat daarvan een vergelijkbare of zelfs grotere invloed kan uitgaan op iemands privéleven. Ook bij intrekkingen geldt echter dat alleen een arbitraire beslissing tot intrekking een schending van art. 8 EVRM kan opleveren.[3] Bij de beoordeling of een schending heeft plaatsgevonden past het Hof in de onderhavige uitspraak dezelfde toets toe als in *Ramadan* en *K2*. [4] Het gaat eerst na of de intrekking van de nationaliteit arbitrair was en kijkt daarbij naar de wettigheid van de maatregel, de procedurele waarborgen en of de autoriteiten zorgvuldig en snel gehandeld hebben (“*avec diligence et promptitude*”, “*diligently and promptly*” in het persbericht). Als tweede stap volgt een beoordeling van de gevolgen van de ontneming voor het privéleven van de betrokkenen.

Krachtig optreden tegen terroristisch geweld

7. Het arrest wekt de indruk dat vooral het punt van de promptheid problematisch was. De Franse overheid had immers jarenlang geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de klagers hun nationaliteit te ontnemen. Op het moment dat het voornemen tot intrekking van de nationaliteit van de klagers bekend werd gemaakt, in april 2015, waren meer dan tien jaar verlopen sinds de door hen gepleegde strafbare feiten en bijna acht jaar sinds het strafvonnis in eerste aanleg. Het voornemen kwam kort na de aanslag op de redactie van Charlie Hebdo, maar nog vóór de terreuraanslagen op het theater Bataclan en het Stade de France. Het Hof is desondanks gevoelig voor het argument van de Franse regering dat het land in 2015 met een serie terroristische aanslagen werd geconfronteerd en overweegt dat een staat in die omstandigheden opnieuw en strikter de banden van loyaliteit en solidariteit tussen de staat en personen die zijn veroordeeld voor het begaan van terreurdaden mag beoordelen. Het Hof wijst meerdere keren op zijn rechtspraak, sinds het arrest *Lawless* uit 1961, dat terroristisch geweld een ernstige bedreiging van mensenrechten vormt en een strenger optreden van staten kan rechtvaardigen (par. 45 en 50). Die overweging kleurt ook de rest van het arrest. Het door het Hof zelf geformuleerde vereiste van promptheid van de maatregel verliest daardoor praktisch alle betekenis.

Intrekking nationaliteit geen punitieve maatregel

8. Uit het voorgaande blijkt dat de directe aanleiding voor de intrekking van de nationaliteit van de klagers was gelegen in aanslagen die werden gepleegd in 2015 en de verhoogde terreurdreiging in die periode. Opvallend daaraan is niet alleen het lange tijdsverloop sinds de door de klagers gepleegde strafbare feiten en de intrekking van hun nationaliteit, maar ook dat uit het arrest niet blijkt dat de klagers op enige wijze verantwoordelijk waren voor die aanslagen en de verhoogde dreiging. De intrekking van hun nationaliteit was dus niet slechts een reactie op hun deelname aan een terroristische organisatie, maar ook op omstandigheden waarop zij, naar moet worden aangenomen, geen invloed hadden.

9. Dat het Hof hier geen been in ziet hangt waarschijnlijk samen met het feit dat bij het maken van het EVRM weinig of geen aandacht was voor mensenrechtelijke aspecten van verkrijging en verlies van nationaliteit en dat het intrekken van de nationaliteit niet als punitieve maatregel wordt gezien. Dat laatste blijkt uit de beoordeling van de klacht onder art. 4 Zevende Protocol (het *ne bis in idem*-beginsel). De bepaling verbiedt dat iemand twee keer “in criminal proceedings” wordt gestraft voor hetzelfde feit. Door de Franse regering was aangevoerd dat het doel van de intrekking niet was om de klagers (nogmaals) te straffen voor de door hen gepleegde feiten maar om hun band met Frankrijk te beëindigen omdat zij, door die misdrijven, blij hadden gegeven van een gebrek aan loyaliteit jegens de Franse staat (par. 58). Het Hof aanvaardt dit argument, met als gevolg dat Frankrijk de (bestuursrechtelijke) intrekking mag handhaven bovenop de strafrechtelijke maatregelen die al eerder aan de klagers waren opgelegd.

10. Het Hof accepteert dus dat het intrekken van de nationaliteit, in ieder geval in een situatie als deze, een maatregel is die vooral dient om de eisen die gesteld worden aan Frans burgerschap tot uitdrukking te brengen en die tot op zekere hoogte los staat van het individuele gedrag van degenen die erdoor geraakt worden. Hoewel het individuele gedrag van de klagers zeker van belang is geweest voor het verlies van hun nationaliteit –zonder veroordeling had de intrekking niet kunnen plaatsvinden– laat dit arrest zien dat het nationaliteitsrecht een terrein is waar mensen zeer ingrijpende gevolgen kunnen ondervinden van overheidshandelen, zonder dat daar (zoals in het strafrecht) strikte waarborgen tegenover staan.[5]

11. De overwegingen van het Hof met betrekking tot art. 4 Zevende Protocol zijn overigens ook voor Nederland van belang: de Rechtbank Den Haag oordeelde in 2019 dat het intrekken van de nationaliteit van een jongeman die was veroordeeld voor terroristische activiteiten in Syrië geen strafrechtelijke maatregel was en het *ne bis in idem*-beginsel dus niet van toepassing was. De Nederlandse regering had in die zaak ook aangevoerd dat de intrekking had plaatsgevonden omdat de band tussen de man en Nederland, gelet op het begane misdrijf, niet meer kon bestaan.[6] Uit het onderhavige arrest blijkt dat deze overweging de toets aan het

EHRM kan doorstaan.

Gevolgen voor het privéleven van de klagers

12. Met betrekking tot de gevolgen van de intrekking voor het privéleven van de klagers overweegt het Hof opnieuw dat de intrekking niet tot gevolg heeft dat de klagers worden uitgezet. Hun verblijf is door de ontneming van de Franse nationaliteit weliswaar onzekerder geworden – tegen twee klagers is zelfs een uitzettingsprocedure gestart– maar dat is volgens het Hof onvoldoende om als aantasting van het privéleven te kunnen gelden. Het privéleven wordt wel geraakt doordat de klagers, door het verlies van hun Franse nationaliteit, een element van hun identiteit zijn kwijtgeraakt. Het Hof acht dit echter onvoldoende zwaarwegend om een schending van art. 8 EVRM aan te nemen. Het kent in dit verband, zoals al vermeld, veel gewicht toe aan de wens van de Franse regering om terrorisme harder aan te pakken. Daarnaast weegt het Hof mee dat de klagers, gelet op de door hen gepleegde strafbare feiten, kennelijk weinig waarde hechtten aan hun band met Frankrijk. Van groot belang is ten slotte, aldus het Hof, dat de klagers allemaal een dubbele nationaliteit hadden zodat zij niet staatloos zijn geworden. Uit de overwegingen van het Hof blijkt dat personen wier nationaliteit is ontnomen vanwege een veroordeling voor terrorisme zich niet snel met succes op art. 8 EVRM zullen kunnen beroepen: terroristische activiteiten jegens het land dat de nationaliteit heeft ingetrokken worden immers gezien als bewijs dat die nationaliteit voor de betrokkene van weinig betekenis was voor diens identiteit. Een andere uitkomst is wel denkbaar als de intrekking van de nationaliteit ook uitzetting van de betrokkene tot gevolg zou hebben, de nationaliteit bij geboorte werd verkregen, of als hij of zij staatloos zou worden. In *Ramadan* stelde het Hof echter strenge eisen aan het bewijs door de klager dat hij zijn tweede (Egyptische) nationaliteit was kwijtgeraakt en niet meer terug kon krijgen.[7]

Betekenis voor Nederland?

13. Desondanks bevat het arrest *Ghoumid* een aantal aandachtspunten met betrekking tot de Nederlandse regeling inzake het verlies van nationaliteit vanwege terroristische activiteiten. Verschillende waarborgen die in het arrest van belang bleken, ontbreken in de Nederlandse wetgeving. Zo is ontneming vanwege terroristische misdrijven in Frankrijk alleen mogelijk bij personen die de Franse nationaliteit later in hun leven verkregen, bijvoorbeeld door naturalisatie of het afleggen van een verklaring, en dan nog alleen gedurende de eerste 15 jaar na die verkrijging. Art. 14 Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) maakt intrekking van een veel ruimere categorie Nederlanders mogelijk: niet alleen van genaturaliseerde Nederlanders, maar ook van in Nederland geboren Nederlanders, zelfs als hun ouders of grootouders Nederlander waren. Het Hof achtte in dit arrest voor de proportionaliteit van de ontneming relevant dat de betrokken de Franse nationaliteit verkregen kort voor het begaan van de

strafbare feiten of zelfs tijdens het begaan van die feiten. Wanneer en hoe de nationaliteit werd verkregen is dus relevant voor de proportionaliteit van de intrekking: mogelijk zal het Hof strenger toetsen naarmate de betrokkene de nationaliteit langer heeft gehad.

14. In de tweede plaats is in Frankrijk ontneming alleen toegestaan na een definitieve veroordeling voor terroristische strafbare feiten. In Nederland geldt dat vereiste voor het in 2010 ingevoerde tweede lid van art. 14 RWN, maar niet voor de intrekking op grond van het in 2017 ingevoerde vierde lid. Dat vierde lid laat ook intrekking zonder voorafgaand strafvonnis toe, in gevallen waarin de betrokkene zich heeft aangesloten bij een terroristische organisatie in het buitenland. Een derde verschil is dat de ontneming van art. 14(4) RWN alleen mogelijk is als de betrokken Nederlander buiten Nederland verblijft. Als gevolg van die intrekking verliest de betrokken zijn of haar recht op terugkeer naar en verblijf in Nederland. In bovenstaand arrest hechtte het Hof bij herhaling betekenis aan het feit dat de intrekking niet automatisch betekende dat betrokkenen niet verder in Frankrijk mochten blijven en dat zij er in feite ook nog steeds verbleven (par. 49, 50 en 72). Doel van de intrekking van art. 14(4) RWN is juist te voorkomen dat de ex-Nederlander naar Nederlands grondgebied terugkeert.

Een vierde verschil betreft de procedurele waarborgen. De laat in de wetgevingsprocedure toegevoegde vorm van rechterlijke controle op die intrekkingen in art. 22a RWN is duidelijk beperkter dan die in Frankrijk, zoals weergegeven in dit arrest. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat de beperking van de rechtsbescherming die in de kennisgevingsprocedure van art. 22a Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) besloten ligt, de wezenlijke inhoud van art. 47 EU-Grondrechtenhandvest eerbiedigt en dus geen onduidelijke beperking van het recht op effectieve rechtsbescherming inhoudt.[8] Of het HvJEU en het EVRM dat oordeel zullen onderschrijven, valt nog te bezien.

15. In minder dan drie jaar, tussen september 2017 en juli 2020 trok de Staatssecretaris van Justitie van 24 Nederlanders hun nationaliteit in met toepassing van art. 14(4) RWN; 18 van de 24 waren in Nederland geboren.[9] In de ruim twintig jaar tussen 1998 en 2020 werd van 14 Fransen hun nationaliteit op grond van art. 25-1 Code Civile ontnomen door de minister-president.[10] Deze cijfers duiden erop dat het hiervoor geschetste verschil in materiële en procedurele waarborgen tussen Frankrijk en Nederland van grote invloed is op de kans dat iemands nationaliteit wordt ontnomen en dus op de zekerheid die het staatsburgerschap in die landen biedt.

Discriminatievraag buiten beschouwing gebleven

16. In het onderhavige arrest is ten slotte geen aandacht besteed aan de vraag of de ontneming van de nationaliteit met art. 8 jo. art. 14 EVRM strijdige discriminatie op grond van ras of

etnische herkomst opleverde. Dit argument is door de klagers niet aangevoerd en het Hof heeft zich er ook niet over uitgesproken. Dat is opmerkelijk omdat dit punt de afgelopen tien jaar in de politieke en publieke discussie in Frankrijk uitgebreid aan de orde is geweest en zelfs tot het aftreden van een minister van justitie heeft geleid.[11] Voorstellen van President Sarkozy in 2010 en van President Hollande in 2015 tot verruiming van de mogelijkheid tot ontneming van de Franse nationaliteit na veroordeling wegens terroristische activiteiten werden verworpen na heftig debat in het parlement en in de media.[12] Volgens de tegenstanders zouden de voorstellen leiden tot achterstelling op grond van herkomst en waren ze strijdig met republikeinse principe van 'égalité des citoyens'. De voorgestelde regels over ontneming konden immers uitsluitend op genaturaliseerde staatsburgers worden toegepast. Zoals het Hof zelf heeft erkend in *Biao t. Denemarken* treft een dergelijk onderscheid tussen geboren en genaturaliseerde staatsburgers voornamelijk burgers met een buitenlandse afkomst en is het daarom een vorm van indirect etnisch onderscheid.[13]

17. Het discriminatievraagstuk heeft in het Nederlandse politieke debat nauwelijks voor discussie gezorgd maar is ook voor ons land relevant. Hoewel in art. 14 RWN geen onderscheid wordt gemaakt tussen geboren en genaturaliseerde staatsburgers, kan intrekking op grond van het tweede of vierde lid alleen plaatsvinden als de betrokkene daardoor niet staatloos wordt. In de praktijk is intrekking dus alleen mogelijk als iemand naast de Nederlandse nationaliteit één of meer andere nationaliteiten heeft. Dit zijn veelal Nederlanders van Marokkaanse, Turkse of andere 'niet-westerse' afkomst.[14] Nederlanders van Marokkaanse herkomst kunnen geen afstand doen van de Marokkaanse nationaliteit.[15] Het verbod van rassendiscriminatie is, behalve in art. 14 en art. 1 Twaalfde Protocol EVRM, vastgelegd in de artt. 1 en 2 van het Internationale Verdrag inzake de Uitbanning van Rassendiscriminatie (IVUR) dat ook betrekking heeft op het recht op een nationaliteit (art. 5(d)(iii) IVUR) en waaraan zowel Nederland als Frankrijk gebonden is. De VN Speciaal rapporteur racisme oordeelde eerder, in een *amicus brief* aan de IND, al dat de Nederlandse regeling in strijd is met dit verdrag.[16] De vraag of het intrekken van het Nederlanderschap van mensen met een dubbele nationaliteit indirecte discriminatie op grond van ras of etniciteit oplevert ligt op dit moment voor bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[17] Het onderhavige arrest geeft hierover geen uitsluitsel.

Karin de Vries

Kees Groenendijk

[1] *Karashev t. Finland*, EHRM (ontv.) 12 januari 1999, nr. 31414/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0112DEC003141496; *Slivenko e.a. t. Letland*, EHRM (ontv.besl.) (GK) 23

januari 2002, nr. 48321/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0123DECoo4832199, par. 77, «EHRC» 2003/91 m.nt. Janssen; *Kuduzović t. Slovenië*, EHRM (ontv.besl.) 17 maart 2005, nr. 60723/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0317DECoo6072300; *Savoia en Bounegru t. Italië*, EHRM (ontv.besl.) 11 juli 2006, nr. 8407/05, ECLI:CE:ECHR:2006:0711DECoo840705 en *Genovese t. Malta*, EHRM 11 oktober 2011, nr. 53124/09, ECLI:CE:ECHR:2011:1011JUDoo5312409, par. 30, «EHRC» 2012/12 m.nt. De Groot.

[2] *Genovese*, reeds aangehaald, par. 33.

[3] *Ramadan t. Malta*, EHRM 21 juni 2016, nr. 76136/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUDoo7613612, par. 85; *K2 t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (ontv.) 7 februari 2017, nr. 42387/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DECoo4238713, par. 49, «EHRC» 2017/146 m.nt. Boeckstein en De Groot.

[4] *Ramadan*, reeds aangehaald, par. 86 t/m 94; *K2*, reeds aangehaald, par. 52 t/m 64.

[5] Zie in vergelijkbare zin J. Lepoutre, *Ghoumid and others v. France: The Grey Hole of Nationality Revocation*, <https://globalcit.eu/ghoumid-and-others-v-france-the-grey-hole-of-nationality-revocation/>.

[6] Rb Den Haag 16 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9682, AB 2020/108 m.nt. K.M. de Vries, par. 5. Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld, het oordeel van de ABRvS werd, ten tijde van het schrijven van deze noot, op korte termijn verwacht, zie <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/08/13/dat-ik-ben-teruggekomen-naar-nederland-zegt-toch-wel-iets-a4008743>.

[7] *Ramadan*, reeds aangehaald, par. 92.

[8] ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1246, AB 2019/272, m.nt. P. Rodrigues, par. 8.4

[9] Blijkens de betreffende mededelingen in de Staatscourant.

[10] *Un Franco-Marocain déchu de sa nationalité française*, Le Monde 24 oktober 2019.

[11] A. Chrisafis, *French minister Christiane Taubira resigns after fallout over terror policy*, The Guardian 27 januari 2016.

[12] P. Weil, *Les quatre piliers de la nationalité*, Le Monde 24 augustus 2010 en K. Willsher, *Hollande drops plan to revoke citizenship of dual-national terrorists*, The Guardian 30 maart 2016.

[13] *Biao t. Denemarken*, EHRM (GK) 24 mei 2016, nr. 38590/10,

ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, par. 113.

[14] Zie de noot van Karin de Vries bij de uitspraak van de Rb Den Haag van 16 september 2019, reeds aangehaald.

[15] Het HvJEU acht dit een relevante omstandigheid in de Unierechtelijke proportionaliteitstoets bij verlies van het Unieburgerschap, zie par. 46 van het arrest *Tjebbes*, arrest van 12 maart 2019, C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189.

[16] Te vinden op https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/SR/Amicus/DutchImmigration_Amicus.pdf.

[17] Zie noot 6.

ANNOTATIE

Popović e.a. t. Servië (EHRM 30 juni 2020, nrs. 26944/13 e.a.) – vergelijkbaarheidstoetsing in arbeidsongeschiktheidskwestie***J.H. Gerards*****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 'persoonkenmerk' 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 onvergelykbare 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 onvergelykbaar 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 sociaalzekerheidsrecht 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. Vergelijkbaarheidstoetsen zijn daarmee vaak gemaskeerde redelijkheidstoetsen, die in veel gevallen onvolledig en ondoorzichtig zijn.

Vaststellen van (on)vergelijkbaarheid

12. Een tweede zwakte is dat ook het feitelijke deel van de vergelijkbaarheidstoets – het vaststellen van de (on)vergelijkbaarheid 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 vergelijkbaarheidstoets 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 vergelijkbaarheid, bij wetgeving vanuit de *ratio legis* worden vastgesteld. Die vormt dus de ‘vergelijkmingsmaatstaf’, 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 vergelijkbaarheidstoets 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 vergelijkbaarheidstoets 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 bestendiging 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. *Chaldeyev 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.

ANNOTATIE

**Baldassi e.a. t. Frankrijk (EHRM, nrs. 15271/16 en 6 andere)
– Oproep boycot Israëlsche producten niet strafbaar, maar
vrije meningsuiting**

E. Janssen

1. In het arrest *Baldassi e.a. t. Frankrijk* oordeelt het EHRM, unaniem, dat een strafrechtelijke veroordeling wegens een oproep tot een boycot van Israëlsche producten een schending van het recht op vrijheid van meningsuiting oplevert. De oproep tot een boycot - als (druk)middel om kritiek te leveren op het beleid van Israël met betrekking tot Palestijns bezet gebied - maakt deel uit van een hedendaags debat en vormt een beschermde politieke activistische meningsuiting zolang niet wordt aangezet tot haat, discriminatie of geweld. Het arrest schept een belangrijk precedent op een moment dat het Palestijns-Israëlsche conflict verscherpt.

De protestactie van Collectif Palestine 68

2. 'Je kunt Israël dwingen de mensenrechten te respecteren. Boycot de producten die uit Israël worden geïmporteerd. (...)

Het kopen van producten geïmporteerd uit Israël is het legitimeren van de misdaden in Gaza, het onderschrijven van het door de Israëlsche regeringen gevoerde beleid.

Sommige uit Israël geïmporteerde producten die worden verkocht in de supermarkten in de regio van Mulhouse: [volgt een lijst van merken of productnamen]. (...) [vert. EHJ]

Op 26 september 2009 delen vijf leden van het *Collectif Palestine 68* pamfletten met deze tekst uit in de Carrefour in Illzach, een grote supermarkt in een Frans dorpje zo'n vier kilometer ten noorden van Mulhouse. In drie winkelwagentjes tonen de actievoerders de Israëlsche producten waar het hen om gaat aan het winkelend publiek. Op 22 mei 2010 houden acht leden van hetzelfde collectief een vergelijkbare actie in dezelfde Carrefour. De deelnemers vragen de klanten nu ook een petitie te ondertekenen om de supermarkt te verzoeken geen producten uit Israël meer te verkopen. De lokale acties maken onderdeel uit van de internationale campagne *Boycott, Desinvestments and Sanctions* (BDS). Deze campagne om de

Palestijnse zaak te steunen is gestart door een aantal NGO's op 9 juli 2005, naar aanleiding van het advies van de Advocaat-Generaal bij het Internationaal Gerechtshof (ICJ) in 2004 dat Israël internationaal recht schendt door een muur te bouwen in door Israël bezet Palestijns gebied. BDS pleit voor embargo's en sancties tegen Israël totdat de staat zijn verplichtingen onder internationaal recht nakomt om, kort gezegd, i) de bezetting van Arabisch gebied sinds 1967 te beëindigen en de muur te ontmantelen, ii) de fundamentele rechten van Arabisch-Palestijnse burgers in Israël op gelijkheid te erkennen en iii) het recht van Palestijnse vluchtelingen om hun huis terug te krijgen te respecteren, beschermen en bevorderen.

3. De acties in Illzach verlopen zonder geweld of schade. Desalniettemin besluit de officier van justitie van Colmar de actievoerders strafrechtelijk te vervolgen voor het aanzetten tot discriminatie van Israëlsche producenten. Op 15 december 2011 spreekt de rechtbank van Mulhouse de verdachten in beide acties vrij. Op 27 november 2013 vernietigt het gerechtshof van Colmar deze vonnissen en veroordeelt wat beide acties betreft, elke deelnemer tot een voorwaardelijke boete van 1.000 euro en de deelnemers gezamenlijk tot betaling van 1.000 euro aan schadevergoeding aan elke organisatie die zich als civiele partij heeft gevoegd (vier voor de actie in 2009 en drie voor de actie in 2010) en 3.000 euro aan kosten. Alles bij elkaar opgeteld gaat het dus om 14.000 euro aan boetes en 33.320 euro aan vergoedingen. Op 20 oktober 2015 bevestigt de Franse Hoge Raad de arresten. De actievoerders dienen daarop een klacht in bij het EHRM.

Legaliteitsbeginsel is niet geschonden

4. Allereerst klagen de actievoerders bij het EHRM dat het principe 'geen straf zonder wet' gegarandeerd in art. 7 EVRM is geschonden. Zij menen ten onrechte te zijn veroordeeld op basis van art. 24-8 van de Franse Perswet (*la Loi du 29 juillet 1881 / la Loi de la Presse*), dat strafbaar stelt het 'aanzetten tot discriminatie, haat of geweld tegen een persoon of groep op grond van origine, etniciteit, nationale afkomst, ras of religie'. Het artikel ziet niet expliciet op aanzetten tot 'economische discriminatie', zoals art. 24-9 dat wel doet ('aanzetten tot een van de vormen van discriminatie gedefinieerd in art. 225-2 van de *Code Pénal*') ten aanzien van de discriminatiegronden 'geslacht, seksuele oriëntatie of handicap'. Bovendien gaat het om een boycot van *producten* - niet *personen* - uit Israël. Volgens de Franse regering voldoet de veroordeling wel aan art. 7 EVRM. Met de algemene term 'aanzetten tot discriminatie' heeft de Franse wetgever alle vormen van discriminatie onder art. 24-8 willen brengen, terwijl art. 24-9 expliciet is beperkt tot bepaalde vormen van discriminatie. Volgens de regering is de veroordeling in lijn met de bewoordingen van 24-8 en de jurisprudentie over het artikel. In 2004, in de vergelijkbare zaak *Willem*, valideerde de Franse Hoge Raad immers de veroordeling van een Franse burgemeester die tijdens een vergadering van de gemeenteraad had aangekondigd de catering van de gemeente te hebben verzocht producten uit Israël te

boycotten als protest tegen de politiek van Sharon.

5. Het Hof zet eerst de algemene principes van art. 7 EVRM uiteen zoals neergelegd in het kernarrest *Vasiliauskas t. Litouwen* uit 2015.¹ In die zaak oordeelde de Grote Kamer dat de veroordeling van een ambtenaar in 2004 voor 'genocide van een politieke groep' in verband met de moord op twee Litouwse partizanen in 1953 - toen Litouwen onder Sovjetbewind was - een schending van art. 7 EVRM opleverde. De betreffende Litouwse strafbepaling was pas in 2003 in werking getreden en mocht niet met terugwerkende kracht worden toegepast. Ook de Genocide-Conventie van 1948 vond geen toepassing, omdat de conventie slechts 'nationale, etnische, raciale of religieuze groepen' beschermde en het niet voorzienbaar was dat 'partizanen', als significant deel of als vertegenwoordigers van de Litouwers, onder een 'nationale groep' vielen. Uit het arrest volgt dat het legaliteitsbeginsel vereist dat een strafwet niet extensief, en vooral niet naar analogie, wordt toegepast ten nadele van de verdachte. Het Hof herhaalt de overwegingen van de Grote Kamer in die zaak, namelijk

p style="margin-left:40px">'(..) dat een strafbaar feit duidelijk moet worden gedefinieerd door het recht, of het nu nationaal of internationaal is. Aan deze voorwaarde is voldaan als de persoon die wordt berecht kan weten, aan de hand van de bewoordingen van de bepaling en, indien nodig, van de uitleg ervan door de rechtbanken en gerechtshoven en van een geïnformeerd juridisch advies, welke handelingen en nalatigheden zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid met zich meebrengen. In dit verband heeft het Hof aangegeven dat de term 'droit' gebruikt in artikel 7 overeenkomt met de term 'loi' die is vervat in andere artikelen van het verdrag; het omvat zowel geschreven als ongeschreven recht en impliceert kwalitatieve voorwaarden, onder andere die van toegankelijkheid en voorzienbaarheid."² [vert. EHJ]

6. Deze principes toepassend op onderhavige zaak beslist het Hof, met zes stemmen tegen een, dat art. 7 EVRM niet is geschonden. Het Hof deelt de visie van de Franse regering dat de Franse Hoge Raad in de eerdere zaak *Willem* (die uiteindelijk ook bij het EHRM terecht kwam) de oproep tot een boycot van uit Israël geïmporteerde producten al onder art. 24-8 heeft gebracht, dus vóórdat de acties in Illzach plaatsvonden. De Hoge Raad verwees daarbij naar de overwegingen van het gerechtshof in de zaak dat art. 24 wel degelijk doelt op de discriminatiebepalingen van art. 225-1 en 225-2 van de *Code Pénal* en strafbaar stelt het 'aanzetten tot discriminatie door het belemmeren van de normale uitoefening van welke economische activiteit dan ook'. In de zaak *Willem* ging het om een burgemeester die de catering had gevraagd rekening te houden met de herkomst van de gebruikte producten en die aldus de economische activiteit van Israëlische producenten had belemmerd. Zijn oproep tot boycot was dus gegrond in hún Israëlische nationale afkomst. Door de beslissing van de burgemeester ook nog eens op de website van de gemeente te publiceren, vergezeld van

militant commentaar, was het aantal ontvangers van de boodschap vergroot en werd aanzet tot discriminerend gedrag, aldus de Hoge Raad. Bij deze stand van de jurisprudentie konden de actievoerders weten dat ook zij het risico liepen veroordeeld te worden op basis van art. 24-8, zo concludeert het Hof. Als gezegd is de *Willem*-zaak later bovendien door het EHRM behandeld, waarbij dit Hof in juli 2009 oordeelde dat de veroordeling geen schending van art. 10 EVRM opleverde.³

7. In haar deels *dissenting opinion* stelt rechter O'Leary dat het Hof in het *Willem*-arrest echter ten onrechte heeft aangenomen dat de veroordeling wel een voldoende juridische basis had.⁴ De aanpak en uitkomst in verscheidene strafprocedures over vergelijkbare boycotacties in Frankrijk is namelijk verre van uniform. Een ministeriële aanwijzing van 12 februari 2010 (*circulaire Alliot-Marie*) draagt het Franse Openbaar Ministerie daarom op om dergelijke boycotacties ferm en op coherente wijze te vervolgen. De eerste actie in Illzach in september 2009 dateert echter van daarvoor, toen de Franse (lagere) jurisprudentie volgens O'Leary eerder in de richting van een vrijspraak wees. O'Leary legt de lat van het legaliteitsbeginsel wel erg hoog, maar op zich maakt zij een valide punt: uitingen moeten geïnterpreteerd worden en hun strafbaarheid hangt af van allerlei factoren. Daardoor is de strafwaardigheid lastig te voorzien en vooral bij controversiële onderwerpen kan een ambivalente rechtspraak ontstaan. Het probleem in Frankrijk is echter eerder een te strikte dan een te ruime toepassing van de wet - een probleem van proportionaliteit in plaats van legaliteit - zoals duidelijk wordt bij de klacht onder art. 10 EVRM.

Oproep tot boycot is vorm van vrije meningsuiting

8. Vervolgens klagen de actievoerders dat hun vrijheid van meningsuiting gegarandeerd in art. 10 EVRM is geschonden. Zij betogen dat hun acties politieke uitingen over de Palestijns-Israëliëse kwestie vormen zonder enige racistische of antisemitische connotatie. De acties passen in een lange traditie van vreedzaam en gewelddoos burgerprotest, zoals het protest tegen het Apartheidsregime in Zuid-Afrika. Bovendien geniet de internationale BDS-campagne de steun van de meerderheid van de internationale gemeenschap. Volgens de Franse regering heeft 'de boycot' simpelweg geen bestaansrecht of legitimiteit in het internationaal recht, zoals zou blijken uit het *Willem*-arrest. Het Hof constateert ten aanzien van deze argumenten dat tussen partijen daarmee niet in geschil is dat de veroordeling een inmenging met de uitingsvrijheid vormt. De inmenging is bovendien 'voorzien bij wet' in de zin van art. 10, tweede lid, EVRM; ter onderbouwing hiervan verwijst het Hof naar zijn conclusies ten aanzien van de klacht over art. 7 EVRM. Het Hof is het verder met de Franse regering eens dat de inmenging een 'legitiem doel' dient, namelijk de bescherming van de commerciële rechten van producenten en leveranciers van producten afkomstig uit Israël om de markt te betreden.

9. Om te beoordelen of de veroordeling ook 'noodzakelijk in een democratische samenleving' is brengt het Hof de algemene uitingsvrijheidsprincipes in herinnering zoals neergelegd in zijn vaste jurisprudentie. De uitingsvrijheid is een van de essentiële grondslagen van een democratische samenleving. Art. 10 beschermt niet alleen informatie en ideeën die positief worden ontvangen, maar ook die 'beledigen, schokken of storen'. Niet alleen de inhoud maar ook de vorm van uitingen is beschermd. Wat de boycot betreft overweegt het Hof, vertaald, het volgende:

'De boycot is vooral een manier om een proteststem te laten horen. De oproep tot een boycot, die ziet op het communiceren van een mening door het oproepen tot specifieke acties die daaraan verbonden zijn, wordt dus in principe beschermd door artikel 10. De oproep tot een boycot is echter een bijzondere manier om de vrijheid van meningsuiting uit te oefenen, in die zin dat het de uitdrukking van een proteststem combineert met het aanzetten tot een ongelijke behandeling, zodat, afhankelijk van de omstandigheden, zij mogelijk een oproep tot het discrimineren van anderen vormt. De oproep tot discriminatie valt onder aanzetten tot intolerantie en dat is, samen met de oproep tot geweld en de oproep tot haat, een van de grenzen die in geen geval mogen worden overschreden in het kader van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. Het aanzetten tot een ongelijke behandeling is echter niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als het aanzetten tot discriminatie.'⁵ [vert. EHJ]

De oproep tot een boycot is dus in principe een beschermde uitingsvorm. Of zij in een bepaald geval toch verboden is, hangt ervan af of alleen wordt aangezet tot ongelijke behandeling of ook tot discriminatie. Dat van discriminatie pas sprake is als er racistische uitlatingen worden gebruikt waarbij een bevolkingsgroep wordt weggezet vanwege negatieve stereotypen of vooroordelen wordt verderop in het arrest duidelijk maar had het Hof wellicht hier beter kunnen uitleggen.

10. In haar deels *concurring opinion* stelt ook rechter O'Leary dat deze definitie wel erg weinig houvast geeft voor de beantwoording van de vraag of een oproep tot een boycot zich nu verdraagt met het Verdrag.⁶ Ze wijst op de definitie van het Duitse Federale Constitutionele Hof, die niet alleen het uiten van een persoonlijke opinie behelst, maar ook 'een politiek recht om ernaar te streven de publieke opinie in zijn geheel te veranderen en vorm te geven'. Interessant in dit kader is dat de actievoerders betogen dat zij de directie en de klanten van Carrefour in feite aansporen om hun gewetensvrijheid uit te oefenen door producten te kopen op politieke, humanistische en juridische gronden. De oproep past volgens de actievoerders binnen het opkomende consumentenrecht en de vrije keus van de consument. Hoewel het EVRM niet gaat over consumentenrecht, is het jammer dat het Hof niet op het argument ingaat. Daarbij had het ook aandacht kunnen besteden aan een uitspraak van de Grote Kamer

van het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2019, waarin de Grote Kamer oordeelde dat producten afkomstig uit door Israël bezet gebied moeten vermelden of zij ook uit een Israëlische nederzetting binnen dat gebied komen, zodat consumenten geïnformeerde ethische koopkeuzes kunnen maken.⁷ Om binnen de Conventie te blijven had het Hof nog kunnen wijzen op het feit dat art. 10 EVRM ook het recht van het publiek beschermt om informatie en meningen te ontvangen.⁸

Verschillen met de zaak Willem

11. Het Hof deelt de opvatting van de actievoerders dat onderhavige zaak onderscheiden moet worden van de *Willem*-zaak. In die zaak achtte het Hof de veroordeling toelaatbaar, met name omdat Willem als burgemeester een zekere neutraliteit en terughoudendheid diende te tonen in handelingen waarmee hij de gemeente vertegenwoordigde. Een burgemeester, preciseerde het Hof, beheert de publieke middelen van de gemeente en dient niet op te roepen om die middelen op discriminerende wijze aan te wenden. Met zijn verzoek aan de restauratie en de aankondiging daarvan op de website van de gemeente opende de burgemeester niet een debat of stemming in de gemeenteraad of een vrije publieke discussie, maar gaf hij eigenlijk een opdracht gebruikmakend van zijn publieke bevoegdheden. Willem was dus niet veroordeeld voor het uiten van zijn politieke mening maar voor het aankondigen van een boycot van Israëlische producten. In de nationale procedure had de officier van justitie betoogd dat een burgemeester in dezen niet de taak van de nationale overheid over kon nemen. Willem was dus buiten zijn bestuurlijke boekje getreden. De vraag komt op of Willem niet beter bestuursrechtelijk gecorrigeerd had kunnen worden, dan dat het strafrecht werd ingezet. Hoe dit ook zij, in onderhavige zaak, zo benadrukt het Hof, gaat het om gewone burgers die niet gebonden zijn aan de plichten en verantwoordelijkheden van het ambt van burgemeester en hun invloed op consumenten is ook niet vergelijkbaar met de invloed van een burgemeester op de diensten van zijn gemeente. Anders dan de Franse regering, acht het Hof zijn conclusie in de *Willem*-zaak daarom in dit geval niet bepalend.

Contextuele benadering aan de hand van het Perinçek-arrest

12. Het Hof herhaalt ook zijn algemene principes over beperkingen op de uitingsvrijheid onder art. 10, tweede lid, EVRM. Beperkingen moeten restrictief geïnterpreteerd worden en de noodzaak daarvan moet overtuigend vastgesteld worden. Voor beperkingen moet een 'dringende sociale noodzaak' bestaan. Verdragsstaten hebben hierin wel een bepaalde beoordelingsvrijheid, maar uiteindelijk beoordeelt het Hof of beperkingen verenigbaar zijn met de uitingsvrijheid. Het Hof beoordeelt, in het licht van de gehele zaak, of een inmenging proportioneel is aan het nagestreefde legitieme doel en of de redenen aangevoerd door de autoriteiten om de beperking te rechtvaardigen relevant en voldoende zijn. De actievoerders

betogen dat de Franse rechter de uitingen onvoldoende in hun volledige context heeft beoordeeld, zoals het arrest *Perinçek t. Zwitserland* uit 2015 wel vereist.⁹ In die zaak oordeelde de Grote Kamer dat een strafrechtelijke veroordeling voor de publieke ontkenning van de Armeense genocide door het Ottomaanse regime in 1915 een schending van art. 10 EVRM opleverde, omdat de uiting in kwestie niet aanzette tot haat of intolerantie maar bijdroeg aan een publiek debat en de waardigheid van Armeniërs niet zodanig aantastte dat het strafrecht ingezet moest worden, er over het onderwerp ook geen verhoogde spanning in de samenleving bestond, en de uiting vooral leek te zijn gecensureerd omdat de opinie afweek van de gevestigde opvattingen. De Grote Kamer overwoog:

'Een inbreuk op het recht op vrije meningsuiting die de vorm aanneemt van een strafrechtelijke veroordeling, vereist immers onvermijdelijk een gedetailleerde gerechtelijke beoordeling van het specifieke gedrag dat wordt nagestreefd om te worden bestraft. In dit soort gevallen is het normaal gesproken niet voldoende dat de inmenging is opgelegd omdat het onderwerp binnen een bepaalde categorie valt of onder een in algemene termen geformuleerde rechtsregel valt; wat eerder nodig is, is dat het in de specifieke omstandigheden noodzakelijk was.'¹⁰ [vert. EHJ]

13. Het Hof past deze principes toe op onderhavige zaak en constateert dat de actievoerders niet zijn veroordeeld voor racistische of antisemitische uitingen of voor het aanzetten tot haat of geweld. Uit het dossier blijkt helder dat er ook geen enkele sprake was van geweld of schade. De Carrefour waar de acties gehouden waren had zich dan ook niet gevoegd als civiele partij in de nationale procedures. De civiele partijen bestonden uit belangenorganisaties (*la Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA)*, *l'Association Alliance France-Israël* en *le Bureau National de Vigilance Contre l'Antisémitisme (BNVCA)*), die in Frankrijk erg actief zijn in het voeren rechtszaken. Het gerechtshof van Colmar had de veroordeling van de actievoerders als volgt gemotiveerd: door klanten van de supermarkt op te roepen om geen producten uit Israël te kopen hadden de actievoerders aangezet tot het discrimineren van de producenten en leveranciers van deze producten op basis van hun afkomst. Dat was volgens het gerechtshof voldoende om de delictsomschrijving van art. 24-8 te vervullen. Het Hof merkt op dat, op deze manier uitgelegd en toegepast, het Franse recht elke boycot van producten wegens hun geografische herkomst verbiedt, ongeacht de inhoud, redenen en de omstandigheden van de oproep. Het gerechtshof van Colmar heeft de acties en uitingen niet geanalyseerd in het licht van deze factoren, maar heeft in zijn algemeenheid geconcludeerd dat de oproep tot een boycot aanzet tot discriminatie in de zin van art. 24-8 en niet valt onder de vrijheid van meningsuiting. Met andere woorden, de Franse rechter had niet, op basis van de omstandigheden van het geval, vastgesteld dat de veroordeling noodzakelijk was in een democratische samenleving om een legitiem doel - de rechten van anderen - te bereiken in de

zin van art. 10, tweede lid, EVRM.

14. Met zijn scherpe analyse van de motivering van de Franse rechter bekritiseert het Hof in feite het Franse rechtssysteem als zodanig. Franse uitspraken bevatten vaak stereotype motiveringen; de gerechten beperken zich over het algemeen tot de bevestiging dat de delictsomschrijving is vervuld en dat het uitingsdelict of de toepassing daarvan een van de in art. 10, tweede lid EVRM genoemde belangen garandeert. *Un point c'est tout* - dat is alles. In Frankrijk komt de rechter namelijk op de tweede plaats ten opzichte van de wetgever; hij fungeert slechts als *la bouche de la loi* - stem van de wet. De rechter dient de uitingsdelicten strikt toe te passen en mag daarbij geen nadere belangenafweging maken met de uitingsvrijheid. Daarom toetsen Franse rechters in de regel niet of de maatregel in het specifieke geval noodzakelijk is. De proportionaliteit van een maatregel wordt afgeleid van de legitimiteit van de wet, alsof de uitingsdelicten op zichzelf al een voldoende balans tussen de uitingsvrijheid en de belangen beschermd door 10, tweede lid, EVRM realiseren.¹¹ De uitingsvrijheid kan niet alsnog een rechtvaardiging vormen voor het overtreden van de wet. Het Franse legalistische systeem beoogt de rechtszekerheid te bevorderen maar bemoeilijkt de incorporatie van de rechtspraak van het EHRM over een vrij publiek debat; dat belang wordt in principe niet meegewogen. Van alle verdragsstaten staat Frankrijk dan ook op nummer 3 wat betreft schendingen van art. 10 EVRM.¹² Toch houden veel Franse rechters vast aan de eigen juridische cultuur, ofwel *'l'exception française'*. Onderhavige zaak illustreert dit goed.

15. Het Hof accepteert de oppervlakkige motivering van de Franse rechters niet en benadrukt:

> 'Een gedetailleerde motivering was echter des te belangrijker in dit geval omdat we ons in een situatie bevinden waarin artikel 10 van het Verdrag een hoger beschermingsniveau van het recht op vrijheid van meningsuiting vereist. Inderdaad, in de eerste plaats, hadden de handelingen en woorden die verzoekers worden verweten betrekking op een onderwerp van algemeen belang, namelijk de eerbiediging van het internationale publiekrecht door de staat Israël en de mensenrechtensituatie in de bezette Palestijnse gebieden, en maakten deel uit van een hedendaags debat dat gaande is in Frankrijk net zoals in de rest van de internationale gemeenschap. Aan de andere kant vormden deze acties en woorden politieke en activistische uitingen (...). Het Hof heeft vele malen onderstreept dat artikel 10, lid 2 nauwelijks ruimte laat voor beperkingen op de vrijheid van meningsuiting in het politieke discours of in kwesties van algemeen belang.'¹³ [vert. EHJ]

Onder verwijzing naar het *Perinçek*-arrest voegt het Hof hieraan toe dat het politieke discours van nature een bron van controverse is en vaak virulent. Dat maakt het publiek belang er niet minder om, tenzij het discours ontaardt in een oproep tot geweld, haat of intolerantie. Dáar ligt de grens die niet overschreden mag worden. Dit geldt volgens het Hof ook voor de oproep

tot een boycot. Het Hof haalt daarbij de eensluidende conclusies aan van de interveniërende partijen, *la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme* en *la Ligue des Droits de l'Homme*, en van de Speciale VN-Rapporteur voor de Godsdienstvrijheid die zich in 2019 uitsprak over de BDS-campagne. Door in algemene termen de grenzen van een boycot te beschrijven en daarbij te verwijzen naar 'gerespecteerde observatoren' voorkomt het Hof zelf politiek te bedrijven in de Palestijns-Israëlische kwestie, legt rechter O'Leary uit.¹⁴ Het Hof wil zich - terecht - beperken tot een juridische analyse van de veroordeling voor de acties en uitingen in kwestie. Conclusie: de veroordeling is niet gebaseerd op relevante en voldoende motieven, de waardering van de feiten is niet acceptabel en art. 10 EVRM is dus geschonden. De Franse regering moet elk van de actievoerders 380 euro aan materiële schadevergoeding en 7.000 euro aan immateriële schadevergoeding betalen en 20.000 euro aan (advocaat)kosten aan de actievoerders gezamenlijk.

Impact van de uitspraak

16. In Frankrijk betekent het arrest dat de zogenaamde *circulaire Alliot-Marie*, die betrekking heeft op de vervolging van boycotts van producten, in strijd is met art. 10 EVRM. Naar aanleiding van de uitspraak is de Franse Minister van Justitie vanuit het Franse Parlement gevraagd de richtlijn af te schaffen.¹⁵ In hoeverre Franse rechters de kritiek van het Hof op hun magere motivering ook ter harte zullen nemen valt nog te bezien. Onder invloed van het EVRM zijn sommige Franse rechters het belang van een vrij publiek debat in hun beoordeling gaan meewegen, maar veel rechters doen dit nog niet. Dat verklaart ook de ambivalente rechtspraak op dit onderwerp. De unanieme uitspraak schept tegelijkertijd een belangrijk precedent. In veel landen vormt de BDS-beweging onderwerp van hevige politieke controverse. BDS-activisme wordt veelal gelijkgesteld met antisemitisme - dus met *hate speech*. In Duitsland heeft de Bundestag zelfs een motie aangenomen die de BDS-beweging verwerpt,¹⁶ en veel BDS-activisten worden er strafrechtelijk vervolgd. De boodschap van het Hof is juist dat lokale boycotacties niet categorisch dienen te worden beperkt maar op hun individuele merites en in hun context moeten worden beoordeeld. De uitspraak komt bovendien vlak voor het plan van de Israëlische regering om vanaf 1 juli 2020 delen van de Westelijke Jordaanoever te annexeren en officieel onderdeel te maken van Israël. Na kritiek op het plan door de internationale gemeenschap heeft Israël de annexatie opgeschort als onderdeel van een diplomatiek akkoord dat het land vorige week sloot met de Verenigde Arabische Emiraten onder leiding van de Verenigde Staten. Deze ontwikkelingen leidden al tot verschillende protesten van Palestijnen. De *Baldassi*-uitspraak vormt een leidraad voor de beoordeling van maatregelen die kritiek op Israël in de vorm van boycotacties in de verdragsstaten (zullen) beknotten.

Esther Janssen, advocaat bij bureau Brandeis

- 1 *Vasiliauskas t. Litouwen*, EHRM (GK) 20 oktober 2015, nr. 35343/05, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD003534305, «EHRC» 2016/51 m.nt. Ruvebana.
- 2 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, EHRM 11 juni 2020, nrs. 15271/16, 15280/16, 15282/16, 15286/16, 15724/16, 15842/16, 16207/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0611JUD001527116, par. 35.
- 3 *Willem t. Frankrijk*, EHRM 16 juli 2009, nr. 10883/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001088305, «EHRC» 2009/110 m.nt Nieuwenhuis.
- 4 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, *Opinion en partie dissidente et en partie concordante de la juge O'Leary*, par. 20 e.v.
- 5 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, par. 63-64.
- 6 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, *Opinion en partie dissidente et en partie concordante de la juge O'Leary*, par. 40.
- 7 *Organisation juive européenne en Vignoble Psagot*, HvJ EU (GK) 12 november 2019, zaak C-363/18, ECLI:EU:C:2019:954, NJ 2020/49 m.nt. Verkade.
- 8 *Lingens t. Oostenrijk*, EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582, NJ 1987/901 m.nt. Alkema.
- 9 *Perinçek t. Zwitserland*, EHRM (GK) EHRM 15 oktober 2015, nr. 27510/08, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008, «EHRC» 2015/246 m.nt. Van Sasse van Ysselt.
- 10 *Perinçek t. Zwitserland*, par. 275.
- 11 Voor een uitgebreidere analyse zie: E. Janssen, *Faith in Public Debate, on Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, Intersentia 2015.
- 12 https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592019_ENG.pdf
- 13 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, par. 78.
- 14 *Baldassi e.a. t. Frankrijk*, *Opinion en partie dissidente et en partie concordante de la juge O'Leary*, par. 41.
- 15 <http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-30607QE.htm>
- 16 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw20-de-bds-642892>