

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-4

Nummer 4, 2023

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:2023:0209JUD000543215 09-02-2023

Ugulava t. Georgië, EHRM 9 februari 2023, nr. 5432/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0209JUD005895118 09-02-2023

C8 (Canal 8) t. Frankrijk, EHRM 9 februari 2023, nrs. 58951/18 en 1308/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD004139415 07-02-2023

Paun Jovanovic t. Servië, EHRM 7 februari 2023, nr. 41394/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD003160417 07-02-2023

Miladinova t. Bulgarije, EHRM 7 februari 2023, nr. 31604/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD006186015 07-02-2023

Jacquinet en Embarek Ben Mohamed t. België, EHRM 7 februari 2023, nr. 61860/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD006493719 07-02-2023

Elvan t. Turkije, EHRM 7 februari 2023, nr. 64937/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0202JUD005943517 02-02-2023

Alhowais t. Hongarije, EHRM 2 februari 2023, nr. 59435/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0202JUD003035211 02-02-2023

Akshin Garayev t. Azerbeidzjan, EHRM 2 februari 2023, nr. 30352/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817 31-01-2023

Y t. Frankrijk, EHRM 31 januari 2023, nr. 76888/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD003347018 31-01-2023

Kreyndlin e.a. t. Rusland, EHRM 31 januari 2023, nr. 33470/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0117DEC005480515 17-01-2023

Žegarac e.a. t. Servië, EHRM 17 januari 2023 (ontv.besl.), nr. 54805/15 en 10 andere

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD003632820

B t. Rusland, EHRM 7 februari 2023, nr. 36328/20

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:59 02-02-2023

Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland, HvJ EU 2 februari 2023, zaak C-372/21

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:57 31-01-2023

Puig Gordi e.a., HvJ EU (GK) 31 januari 2023, zaak C-158/21

Annotatie

The Karibu Foundation t. Noorwegen (EHRM, 2317/20) – Overheidscontrole op eigendomsrendement

J.A.M.A. Sluysmans

Annotatie

Préfet du Gers en INSEE, (HvJ, C-673/20) – Heeft een Britse nog kiesrecht in Frankrijk na de Brexit?

R. de Lange

Annotatie

Künsberg Sarre t. Oostenrijk (EHRM, 19475/20 e.a.) – To von, or not to von. Suggestie van adeldom gelegitimeerd door het EVRM

R.P.J. Ritsema

Annotatie

Y t. Frankrijk (EHRM, nr. 76888/17) – Weigering rechter tot aanpassing bevolkingsregister voor intersekse persoon niet in strijd met EVRM

prof. mr. A.C. Hendriks en M.C. de Vries

Annotatie

Tonchev e.a. t. Bulgarije (EHRM, nr. 56862/15) – Niet-neutrale en mogelijk discriminerende overheidsinformatie over religieuze groepen

A.J. Overbeeke

Annotatie

Pavlov e.a. t. Rusland (EHRM, 31612/09) – Russische staat treft te weinig effectieve maatregelen tegen ernstige luchtverontreiniging

R.P.C.M. van Wel

Annotatie

Pannon Plakát t. Hongarije (EHRM, 39859/14) – Extreem korte overgangstermijn leidt tot schending reguleringsparagraaf art. 1 EP EVRM

M.J. Tjepkema

RECHTSPRAAK

B t. Rusland, EHRM 7 februari 2023, nr. 36328/20

Een meisje is op jonge leeftijd door verschillende mannen seksueel misbruikt. Er is een strafrechtelijk onderzoek ingesteld, maar daarbij heeft zij tenminste twaalf keer de gebeurtenissen opnieuw moeten vertellen. De verhoren vonden plaats door niet-getrainde onderzoekers in ruimtes die niet kindvriendelijk waren ingericht. Verder is het meisje rechtstreeks geconfronteerd met de verdachten. Ook in de rechtszaal hielden rechters geen rekening met haar kwetsbaarheid. Dit alles heeft tot grote psychische schade geleid. Daarom en omdat Rusland de aanbevelingen in de Conventie van Lanzarote met voeten heeft getreden stelt het EHRM een schending vast van art. 3 EVRM.

Klaagster werd in 2018, toen zij elf jaar oud was, in een weeshuis geplaatst. Later ging ze bij de familie van de toegewezen voogd wonen. In 2019 vertelde ze dat ze toen ze op jonge leeftijd door verschillende mannen seksueel was misbruikt. Daarop werden strafrechtelijke procedures ingesteld tegen vier verdachten. In het kader van dit onderzoek werd ook klagster verschillende keren ondervraagd, in het bijzijn van haar voogd. Ze moest in een periode van een jaar en zeven maanden daarbij twaalf keer hetzelfde verhaal vertellen over wat haar was overkomen. Klaagster werd verder meegenomen naar de flats waar het misbruik beweerdelijk had plaatsgevonden en werd daar onder meer geconfronteerd met de broer van een van de verdachten. Verder moest klagster naar identiteitsparades kijken, waarbij in een geval een van de verdachten in dezelfde ruimte als klagster was. Ook enkele verhoren vonden plaats in aanwezigheid van de verdachten. Gedurende het onderzoek verslechterde de fysieke en mentale toestand van klagster, maar rechters weigerden om haar een bijzondere behandeling te geven en wilden dat zij in de rechtszaal verscheen om te worden gehoord. De mentale toestand van klagster werd zodanig dat er een risico bestond van suïcide en zelfmutilatie; een lange psychiatrische behandeling was nodig. Uiteindelijk werden twee van de verdachten veroordeeld tot twaalf en negen jaar gevangenisstraf, maar het hoger beroep in de zaak is nog aanhangig.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat in de procedure sprake is geweest van secundaire victimisatie en van het toebrengen van grote mentale schade, in strijd met art. 3 en 13 EVRM. Het Hof besluit om de zaak inderdaad onder art. 3 EVRM te beoordelen, gelet op de kwetsbaarheid van klagster en de zeer ernstige aard van de gestelde secundaire victimisatie. In zijn beoordeling betreft het Hof ook de Conventie van Lanzarote over bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik. Een van de aanbevelingen uit deze Conventie is dat op video afgelegde verklaringen moeten kunnen gebruikt. Zo'n verklaring had klagster op de eerste dag van het onderzoek al afgelegd, maar deze is daarna zonder logische verklaring zoekgeraakt. Er is ook geen enkele poging ondernomen om te voorkomen dat klagster haar traumatische ervaringen steeds moest herbeleven. De noodzaak van het frequente herhalen van de verhoren is niet aangetoond. Evenmin zijn andere aanbevelingen opgevolgd, zoals die om kinderen zoveel mogelijk door dezelfde persoon te laten horen en de verhoren te laten plaatsvinden in een kindvriendelijke omgeving. Ook is niet gebleken dat de onderzoekers enige training hadden in het horen van kinderen. Het Hof acht het bijzonder problematisch dat klagster gedwongen is contact te hebben met de verdachten. Dat moet haar veel stress en angst hebben bezorgd, wat ook wel is gebleken uit de psychische schade die zij heeft opgelopen. Het was een verantwoordelijkheid geweest van de rechters om – zeker toen de schade eenmaal duidelijk was – de integriteit van klagster tijdens de rechtszaak goed te beschermen. De rechters hebben haar echter toch verschillende malen verhoord in de rechtszaal, zonder daarvoor redenen te geven. Daarmee hebben de autoriteiten de belangen en het lijden van klagster volledig genegeerd. Deze secundaire victimisatie heeft daarmee geleid tot een schending van art. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD003632820

Zaaknummer: 36328/20

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Akshin Garayev t. Azerbeidzjan, EHRM 2 februari 2023, nr. 30352/11

In 1992 werden 28 gasturbines, die een onderneming te goeder trouw had aangekocht van de staat, in beslag genomen in verband met een strafrechtelijk onderzoek naar verduistering door overheidsambtenaren. Nu de verantwoordelijken niet konden worden geïdentificeerd werd het onderzoek geschorst, maar de turbines werden niet teruggegeven. Nu in Azerbeidzjan een inbeslagname als deze oneindig voort kan duren en er geen goede redenen waren om de turbines meer dan 25 jaar vast te houden, stelt het Hof een schendig vast van art. 1 EP EVRM. Onder art. 41 EVRM oordeelt het Hof dat de turbines zo snel mogelijk moeten worden teruggegeven.

In 1992 werden 28 gasturbines die in eigendom waren van de staat voor de verkoop overgedragen aan een derde (staats)onderneming. In hetzelfde jaar werd een onderzoek ingesteld naar verduistering door overheidsambtenaren van staatseigendommen, waaronder de 28 turbines. Het is niet duidelijk of de onderzoeksautoriteiten op de hoogte waren van het feit dat de turbines voor verkoop waren overgedragen. De onderneming verkocht in 1997 de 28 turbines voor een lage prijs aan onderneming B, die ze vervolgens doorverkocht aan een onderneming die in handen was van klager. Zes turbines werden meteen aan hem geleverd, de andere zouden later komen. In verband met het strafrechtelijk onderzoek werden de 28 turbines echter allemaal in beslag genomen en tijdelijk in beheer gegeven van een legerunit. Ondanks verschillende pogingen van klager om het bezit over de turbines terug te krijgen, is hij daar niet in geslaagd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de langdurige retentie van de turbines door de staat in strijd is met art. 1 EP EVRM. De regering heeft betoogd dat het EHRM de zaak niet kan behandelen omdat de inbeslagname plaatsvond voordat Azerbeidzjan in 2002 het EVRM heeft mgoedgekeurd. In overeenstemming met zijn vaste rechtspraak oordeelt het EHRM dat

inbeslagname weliswaar een eenmalige handeling is, maar dat het voortduren daarvan wel degelijk binnen het temporele toepassingsbereik van het EVRM valt, in ieder geval sinds 2002. Het Hof kan bovendien rekening houden met de feiten die aanleiding hebben gegeven tot deze voortdurende inbreuk.

De inbeslagname van de turbines was op zichzelf gebaseerd op een relevante nationale regeling. Het strafrechtelijk onderzoek naar de verduistering is echter 25 jaar geschorst geweest, vooral omdat de autoriteiten er niet in slaagden om de verantwoordelijke personen te identificeren. De juridische situatie in Azerbeidzjan maakt het bovendien mogelijk dat de schorsing oneindig voortduurt, waardoor in de praktijk ook het fysieke bewijsmateriaal gedurende al die tijd in beslag genomen blijft. Daar komt nog bij dat in het onderhavige geval niet duidelijk is wat de functie was van het in beslag nemen van de turbines. Evenmin heeft er ooit een serieuze herbeoordeling plaatsgevonden van de noodzaak daarvan. Gelet hierop ging het om een disproportionele maatregel die in strijd is met art. 1 EP EVRM. Op grond van art. 41 EVRM overweegt het Hof dat het in de rede ligt dat de staat zonder vertraging de 28 turbines overdraagt aan klager of, als dat niet mogelijk is, daarvoor een passende vergoeding aanbiedt.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0202JUD003035211

Zaaknummer: 30352/11

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Alhowais t. Hongarije, EHRM 2 februari 2023, nr. 59435/17

Syrische en Irakese asielzoekers hebben geprobeerd de grensrivier tussen Servië en Hongarije over te steken. Beweerdelijk doordat de Hongaarse grenspolitie hen actief weerde zijn zij te water geraakt, waarbij één asielzoeker dat niet heeft overleefd. Naar de situatie is volgens het EHRM te weinig onderzoek gedaan, waardoor niet kan worden vastgesteld of de grenspolitie de asielzoekers bewust in gevaar heeft gebracht. Hongarije was verplicht om goede voorzorgsmaatregelen en instructies te geven om in dit soort situaties zo te handelen dat het recht op leven wordt beschermd. Nu dat niet is gebeurd, is art. 2 EVRM geschonden.

In 2016 probeerden klager, zijn broer F. en een neef – alle drie afkomstig uit Syrië – samen met een Irakees gezin, geholpen door een mensensmokkelaar, de grensrivier tussen Servië en Hongarije over te steken. De Hongaarse grenspolitie zag dit gebeuren en de politiemensen schreeuwden dat ze terug moesten gaan. Klager en zijn neef slaagden erin terug te zwemmen naar de Servische kust, maar F. verdween in het water. Ondanks pogingen van de Hongaarse politie om hem te redden, bleef hij onvindbaar; twee dagen later werd zijn lichaam gevonden. Het Irakese gezin overleefde ook, maar zij leden aan onderkoelingsverschijnselen. Naar aanleiding van de situatie vond een onderzoek plaats, maar volgens klager was dat niet effectief.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het onderzoek ontoereikend was, in strijd met de verplichtingen van de staat onder art. 2 en 3 EVRM. Zeker nu in dit geval is gesteld dat de Hongaarse grenspolitie mogelijk bewust zijn taken heeft verwaarloosd door het leven van F. in gevaar te brengen en niet te redden, zou volgens het EHRM inderdaad een (strafrechtelijk) onderzoek moeten worden uitgevoerd naar de juistheid van die aantijgingen. De omvang van dit onderzoek was echter beperkt en was onvoldoende gericht op het vaststellen van de verantwoordelijkheid van statelijke actoren voor het overlijden van F. Ook zijn er verschillende tekortkomingen geweest, bijvoorbeeld bij het ondervragen van getuigen en het

verzamelen van bewijs. Gelet daarop zijn art. 2 en 3 EVRM geschonden.

Klager heeft daarnaast gesteld dat art. 2 EVRM is geschonden doordat de politie niet voldoende heeft gedaan om het leven van F. te redden. Het Hof formuleert in algemene zin de positieve verplichtingen die gelden bij reddingsoperaties en de operationele beslissingen die daarbij moeten worden genomen. Voor de voorliggende zaak is van belang dat de lezing van de feiten is betwist, met name waar het gaat om het gedrag van de grenspolitie. Volgens klager heeft de politie er alles aan gedaan om te voorkomen dat hij en de anderen aan land zouden komen, maar de regering heeft dit weersproken. Het bewijsmateriaal in de zaak is zo onduidelijk en de discrepantie tussen de feitenrelazen is zo groot dat het Hof niet buiten gerede twijfel kan vaststellen dat actief en met geweld is geprobeerd te voorkomen dat klagers broer aan land zou komen. Wel was bekend dat de rivier een gevaarlijk punt is om de grens over te steken en dat er al eerder incidenten waren geweest waarbij asielzoekers te water waren geraakt. Ook acht het Hof relevant dat niet alleen F. in het water terecht was gekomen, maar ook het Iraakse gezin. Daardoor neemt het Hof aan dat Hongarije toch verantwoordelijk moet worden gehouden voor de risico's voor het leven en de veiligheid van de asielzoekers. Dat betekent dat er een positieve verplichting was om het risico voor het verlies van mensenlevens te minimaliseren, al kan ook niet van de politie worden verwacht dat iedere persoon wordt gered. Op het moment waarop klagers probeerden de rivier over te steken was er een grote instroom van vluchtelingen naar Hongarije. Hongarije was daarbij geconfronteerd met een grote uitdaging om te voorkomen dat zij de geldende procedures zouden ontwijken. Tegelijkertijd betekent juist dat dat zij zich ervan bewust moesten zijn dat de vluchtelingen zouden proberen via de rivier in Hongarije te komen. Ook was duidelijk dat daar mensensmokkelaars actief waren. Er was echter geen operationeel plan om eventuele zoek- en reddingsacties aan te kunnen pakken en er waren ook geen instructies om om te gaan met bootjes waarmee vluchtelingen over de rivier werden geleid. Dit leidde ertoe dat er concrete problemen ontstonden toen de politiemensen werden geconfronteerd met een situatie waarbij ze zowel een gezin moesten redden als een vluchteling die in het water terecht was gekomen en niet kon worden gevonden. Gelet op dit alles stelt het Hof een schending vast van art. 2 EVRM. Een schending van art. 3 EVRM jegens klager zelf kan het Hof daarentegen op basis van het aangeleverde bewijsmateriaal niet vaststellen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0202JUD005943517

Zaaknummer: 59435/17

Wetsartikelen: EVRM art. 2 en EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

**C8 (Canal 8) t. Frankrijk, EHRM 9 februari 2023, nrs.
58951/18 en 1308/19**

Naar aanleiding van verschillende uitzendingen van een populair, maar controversieel entertainmentprogramma van een commerciële omroep zijn duizenden klachten binnengekomen over stigmatisering van vrouwen en homoseksuele personen. Media-autoriteit CSA heeft de omroep hiervoor uiteindelijk een boete van 3 miljoen euro opgelegd. Het EHRM benadrukt dat het hier ging om puur entertainment, zodat er een ruime margin of appreciation is. Gelet op het stigmatiserende en stereotyperende karakter en de populariteit van het programma was het optreden van de CSA redelijk en de boete was niet disproportioneel. Art. 10 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klager is een televisieomroep die een programma uitzendt met de titel ‘Touche pas à mon poste’ (‘Kom niet aan mijn televisie’). Het is een – vaak controversieel – entertainmentprogramma waarin actualiteiten in het nieuws worden besproken met gasten, afgewisseld met spelletjes en comedy-elementen. De zaak betreft een clipje waarbij een van de vrouwelijke gasten een spelletje moest spelen waarbij ze met dichte ogen haar hand ergens moest neerleggen. Zonder dat ze dat wist werd haar hand daarbij geleid naar de genitaliën van de talkshowhost C.H. Naar aanleiding van dit clipje werden veel klachten ingediend bij de media-autoriteit CSA, onder meer door vrouwenorganisaties. De CSA legde de omroep een sanctie op: gedurende twee weken mochten voor en na uitzendingen van het programma geen reclames worden uitgezonden. Tijdens een latere aflevering ontstond er opnieuw commotie toen C.H. onder valse voorwendselen een contactadvertentie had geplaatst waarop bellers live konden reageren. Dit item leidde tot meer dan 25.000 klachten bij de CSA, dat klager uiteindelijk een boete oplegde van 3 miljoen euro. Een procedure van klager hiertegen was niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat art. 10 EVRM is geschonden door het optreden van de

CSA. Het Hof stelt voorop dat de procedure die heeft geleid tot de sancties met voldoende waarborgen omkleed was en zorgvuldig is verlopen. Ten aanzien van de inhoud van de videofragmenten geldt dat die niet geacht kunnen worden een uitdrukking te vormen van informatie, meningen of ideeën in de zin van art. 10 EVRM. De gebezigde taal, het gedrag en de beelden waren op geen enkele manier verbonden met een debat over een onderwerp van algemeen belang. Het ging om puur entertainment, waarbij het enkele doel was om zoveel mogelijk kijkers te trekken voor commercieel gewin. Dit betekent dat de staat een ruime *margin of appreciation* toekomt om hier beperkingen op te stellen. Verder geldt dat ook bij humoristisch bedoelde uitingen en vormen van puur entertainment er bepaalde ‘verplichtingen en verantwoordelijkheden’ voor de makers bestaan, zoals bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM.

Ten aanzien van het eerste clipje overweegt het Hof dat de nationale rechter heeft geconcludeerd dat in het spelletje en de grove opmerkingen die werden gemaakt een bevestiging kon worden gezien van negatieve en stigmatiserende stereotyperingen jegens vrouwen. De ‘contactadvertentie’ kon eveneens leiden tot negatieve en stigmatiserende beelden van homoseksuele personen; de advertentie was daarbij doelbewust op het creëren van die beelden gericht jegens de slachtoffers van de actie van C.H. Het Hof ziet geen reden om deze bevindingen van de nationale rechter in twijfel te trekken.

De sanctiebeslissing was verder niet alleen ingegeven door deze twee incidenten, maar was ook gebaseerd op eerder gedrag van klager. Met name het controversiële televisieprogramma veroorzaakte al vaker problemen, waarbij klager de klachten en het optreden van de CSA regelmatig heeft genegeerd. Zoals de CSA heeft gemeld is dat vooral problematisch omdat het programma erg populair is bij jongere kijkers, die daarmee worden blootgesteld aan beschadigende beeldvorming over vrouwen en homoseksuele mensen.

De opgelegde sancties waren zwaar, maar ze moeten wel in perspectief worden geplaatst: de relevante wetgeving stond nog zwaarder optreden toe, zoals het schorsen van bepaalde programma’s, het intrekken van de uitzendmachtiging of een combinatie van dergelijke maatregelen met een boete.

Gelet op deze omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, concludeert het Hof dat art. 10 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0209JUD005895118

Zaaknummer: 58951/18 en 1308/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Elvan t. Turkije, EHRM 7 februari 2023, nr. 64937/19

Tijdens demonstraties in het Gezipark in 2013 werd Berkin Elvan dodelijk geraakt door een door een politieman afgevuurde granaat. De laatste is hierom veroordeeld tot ruim zestien jaar gevangenisstraf. Volgens de nabestaanden hadden hogergeplaatsten opdracht gegeven voor het geweldgebruik, maar een staatsaansprakelijkheidsclaim hierover is van de hand gewezen. Het EHRM-oordeel concentreert zich op de bewijslast bij de staatsaansprakelijkheidsclaim, die bij de nabestaanden kwam te liggen. Het EHRM acht dat in een situatie als deze niet redelijk omdat het bewijsmateriaal exclusief bij de staat berust. Art. 2 EVRM is daarom in procedureel opzicht geschonden.

Tijdens de demonstraties in het Gezipark in Istanboel in 2013 werd de zoon en broer van klagers, Berkin Elvan, geraakt door een granaat die was afgevuurd door een politieman. Later kwam hij te overlijden aan een hierdoor veroorzaakte schedelfractuur. Volgens klagers had klager niets misdaan, maar was hij onderweg geweest om brood te gaan kopen. Naar aanleiding van het incident is een onderzoek ingesteld en is de politieman die klagers dood heeft veroorzaakt aangeklaagd wegens dood door schuld of doodslag. Hij is wegens doodslag later veroordeeld tot zestien jaar en acht maanden gevangenisstraf. Klagers hebben ook een staatsaansprakelijkheidsclaim ingesteld omdat zij van mening waren dat de politieman had gehandeld in opdracht van hogergeplaatsten, maar deze claim heeft tot niets geleid.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat art. 2 EVRM is geschonden doordat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de omstandigheden van het overlijden van Berkin. Onder meer stelden zij dat de politieman niet wegens doodslag had moeten worden veroordeeld, maar wegens moord. Het Hof stelt vast dat de procedure hierover nog aanhangig is in hoger beroep en dat er daarna ook nog rechtsmiddelen beschikbaar zijn bij het Turkse Cassatiehof en het Constitutionele Hof. Gelet daarop oordeelt het EHRM dat dit onderdeel van de klacht niet-ontvankelijk is wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen.

Het Hof aanvaardt het verweer van de regering dat moest worden opgetreden vanwege een gevaarlijke situatie niet. Het is namelijk op nationaal niveau vastgesteld dat op het moment dat Berkin op straat was de situatie rustig was en er geen demonstranten op de been waren. Het Hof wijst er verder op dat het al in talrijke eerdere uitspraken heeft bepaald dat de relevante wetgeving voor het onderzoeken van dit soort incidenten niet verzekert dat een onderzoek onafhankelijk plaatsvindt. Ook staat inmiddels duidelijk vast dat de hoogste bestuursrechter in dit soort gevallen geen deugdelijk rechterlijk toezicht houdt. Er zijn geen bijzondere omstandigheden in de onderhavige zaak die een andere conclusie rechtvaardigen. In plaats daarvan kan worden gesproken van een systemisch probleem dat als zodanig een schending vormt van de procedurele verplichtingen in de onderhavige zaak.

Het Hof merkt verder op dat klagers op nationaal niveau hebben geprobeerd de aandacht te vestigen op de verantwoordelijkheid voor het handelen van de politiemans en het verstoren van de rechtsgang door twee hooggeplaatste medewerkers van de politie. Een onderzoek daarnaar is echter al snel beëindigd. Het Constitutionele Hof heeft de kwestie op verzoek van klager bekeken, maar heeft vastgesteld dat er geen tastbaar bewijs van misbruik van bevoegdheid was. Het Hof acht die benadering niet acceptabel omdat er feitelijk sprake was van een omkering van de bewijslast door het Constitutionele Hof. Van klagers kon niet worden verwacht dat zij tastbaar bewijs zouden aanvoeren om te laten zien dat twee hoge politiemensen welbewust de politie hadden aangezet tot geweldsdaden. Het Constitutionele Hof had bovendien moeten weten dat een onderzoek niet alleen procedureel zorgvuldig moet zijn, maar ook moet zijn gericht op het vaststellen dat de autoriteiten redelijk gebruik hebben gemaakt van hun bevoegdheden. De bewijslast daarbij rust op de staat, omdat alleen de staat toegang heeft tot relevant bewijsmateriaal dat gemaakte aantijgingen tegen de regering kan weerleggen of ondersteunen. Het Hof kan er niet op speculeren wat de uitkomst zou zijn geweest als het Constitutionele Hof wel een deugdelijke beoordeling zou hebben uitgevoerd van de zaak. Het kan alleen vaststellen dat ook in dit opzicht art. 2 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD006493719

Zaaknummer: 64937/19

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

**Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland,
HvJ EU 2 februari 2023, zaak C-372/21**

De Duitse Kerk van de Zevendedagsadventisten wil in Oostenrijk subsidie verkrijgen voor de personeelskosten van een confessionele school. Naar Oostenrijks recht kan dat echter alleen als aan een aantal eisen van omvang en gevestigdheid is voldaan, waaraan de Adventskerk niet voldoet. Omdat het hier gaat om een economische activiteit is het EU-recht op vrije vestiging van toepassing. De in het Oostenrijkse recht gestelde eisen hebben tot doel om een zinvol alternatief onderwijsaanbod te realiseren. Volgens het HvJ zijn de gestelde eisen geschikt om die doelen te realiseren en gaan ze niet verder dan nodig.

De Duitse Kerk van de Zevendedagsadventisten ('Adventskerk') heeft in Duitsland de status van publiekrechtelijke rechtspersoon, maar heeft in Oostenrijk niet de status van erkende kerk. De Adventskerk heeft in 2016/17 een confessionele school gevestigd in Oostenrijk. Deze wordt bestuurd door een vereniging waaraan de kerk financiële en materiële steun verleent. De kerk heeft in Oostenrijk subsidie voor de personeelskosten voor de school aangevraagd. Dit verzoek is afgewezen omdat de relevante wettelijke bepalingen hiervoor alleen subsidie mogelijk maken aan naar Oostenrijks recht erkende kerken en geloofsgenootschappen. Hierover heeft de kerk een procedure aangespannen, die heeft geleid tot het voorleggen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU.

Het HvJ EU stelt voorop dat art. 17 lid 1 VWEU de neutraliteit van de Unie uitdrukt ten aanzien van de organisatie door de lidstaten van hun betrekkingen met kerken en religieuze organisaties of gemeenschappen. Als kerken of religieuze organisaties activiteiten verrichten die neerkomen op dienstverrichting kan de bepaling echter niet worden ingeroepen om hun activiteiten van de werkingssfeer van het EU-recht uit te sluiten. In het onderhavige geval gaat het om het aanbieden van onderwijs dat grotendeels uit particuliere middelen wordt

gefinancierd. De Adventskerk moet dan ook worden geacht een economische activiteit uit te oefenen die niet buiten de werkingssfeer van het EU-recht valt.

Gelet op de omstandigheden van het geval zijn art. 49 (vestigingsvrijheid) en 56 (vrijheid van dienstverrichting) VWEU van toepassing. Art. 49 lid 1 verzet zich tegen elke nationale maatregel die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt. In het onderhavige geval stelt de regeling voor subsidiëring van onderwijs een aantal eisen waaraan gemakkelijker zal kunnen worden voldaan door kerken of geloofsgenootschappen die in Oostenrijk zijn gevestigd. Zo moeten kerken of geloofsgenootschappen in Oostenrijk aanwezig zijn en een ledental hebben dat gelijk is aan ten minste twee promille van de Oostenrijkse bevolking. Onderzocht moet dan nog wel worden of er een rechtvaardiging zou kunnen bestaan voor de subsidievereisten. Het doel van het systeem is om het interconfessionele openbare schoolsysteem aan te vullen met particuliere confessionele scholen en zo ouders daadwerkelijk in staat te stellen om voor hun kinderen een opleiding te kiezen naargelang van hun godsdienstige overtuiging. Dit doel kan worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang. Voor de omvangseis is in het bijzonder aangevoerd dat wanneer het minimumaantal leden wordt bereikt, de positieve gevolgen van de activiteiten van een kerkgenootschap, met name op het gebied van onderwijs, verder reiken het strikte kader van de leden van de gemeenschap. Bovendien kan dan een voldoende substantieel deel van de bevolking dit onderwijsaanbod als aanvulling kiezen op het aanbod van de openbare onderwijsinstellingen. Het HvJ EU lijkt de regeling dan ook niet ongeschikt om de gestelde doelen te realiseren. De gestelde regels aan omvang en mate van gevestigdheid in de Oostenrijkse samenleving gaan volgens het HvJ EU ook niet verder dan nodig om de nagestreefde doelen te bereiken. Art. 49 VWEU, gelezen in samenhang met art. 17 lid 1 VWEU, verzetten zich dan ook niet tegen de relevante nationale regeling.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 02-02-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:59

Zaaknummer: C-372/21

Wetsartikelen: VWEU art. 17 lid 1, VWEU art. 49, VWEU art. 52 lid 1 en VWEU art. 56

RECHTSPRAAK

**Jacquinet en Embarek Ben Mohamed t. België, EHRM 7
februari 2023, nr. 61860/15**

Jacquinet heeft in 2010 een verzoek gedaan om zijn achternaam te laten wijzigen van de naam van zijn vader naar die van zijn moeder. Hij had met zijn (overleden) vader namelijk nooit een band gehad. Zijn verzoek werd afgewezen vanwege het ontbreken van zwaarwegende redenen, zodat rechtszekerheid en behoud van het namenstelsel voorrang kregen. Het EHRM acht de op nationaal niveau gegeven redenen overtuigend en ziet in de kwestie geen schending van art. 8 EVRM.

Klager heeft in 2010 een verzoek gedaan om zijn achternaam (Jacquinet) te laten veranderen in die van zijn moeder (Mancino), omdat zijn vader was overleden toen hij nog jong was en hij zijn familie van vaderskant nauwelijks kende. Zijn moeder stemde hiermee in. Een vergelijkbaar verzoek werd gedaan door tweede klager. Het verzoek van eerste klager werd afgewezen omdat geen sprake was van het soort uitzonderlijke omstandigheden waarin een achternaamwijziging kan worden doorgevoerd en omdat klager ook geen significant nadeel werd berokkend doordat ze de naam van hun vader hadden gekregen. Het verzoek van tweede klager was niet-ontvankelijk omdat niet was vastgesteld dat hij daadwerkelijk de Belgische nationaliteit zou hebben. Bovendien was het verzoek hoe dan ook ongegrond omdat er onvoldoende zwaarwegende redenen voor wijziging zouden zijn en hij de naam van zijn moeder ook al zou dragen.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het weigeren van toestemming voor de naamsverandering in strijd is met art. 8 EVRM. Na herhaling van de vaste uitgangspunten uit zijn rechtspraak over naamrecht kwesties overweegt het Hof dat het Belgische systeem uitgaat van stabiliteit van achternamen met het oog op het behoud van rechtszekerheid van de sociale betrekkingen. Het Hof heeft eerder geoordeeld dat dat redelijk is en dat staten naamswijzigingen aan strikte regels mogen binden. Daarbij hebben zij een ruime *margin of appreciation*, al moeten ze wel een redelijk evenwicht vinden tussen de betrokken belangen.

De wettelijke criteria voor naamswijziging – die inhouden dat er zwaarwegende redenen moeten zijn – acht het Hof niet onredelijk. Het verzoek van eerste klager is beoordeeld door zowel het parket als een federale dienst van het ministerie van Justitie; in beide gevallen is een negatief advies gegeven omdat de gegeven redenen niet voldoende serieus zouden zijn, maar eerder subjectief en ingegeven door emotionele overwegingen. In het geval van tweede klager was bovendien twijfelachtig of hij aan de eis van een Belgische nationaliteit voldeed. De nationale rechter heeft verder nog overwogen dat de eerste klager lang zijn oorspronkelijke achternaam heeft behouden voordat hij verzocht om een wijziging, terwijl er best logische momenten waren geweest om hierom te vragen, zoals de geboorte van zijn kind. Het Hof acht de overwegingen van de rechter niet onredelijk of puur formalistisch. Voor tweede klager is de situatie in wezen vergelijkbaar, zij het dat in zijn geval is gebleken dat hij al de naam van zijn moeder draagt. Dat maakt dat het redelijk is dat zijn verzoek is afgewezen, nog los van de kwestie rondom zijn nationaliteit. Gelet op deze overwegingen stelt het Hof geen schending vast van art. 8 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD006186015

Zaaknummer: 61860/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Kreyndlin e.a. t. Rusland, EHRM 31 januari 2023, nr.
33470/18**

Negen leden van de Russische tak van Greenpeace zijn in 2016 aangevallen en mishandeld. Volgens hen school hier een haatmotief achter: de daders waren het niet eens met hun politieke opvattingen. Er is nauwelijks onderzoek gedaan naar de toedracht en het motief en de zaak is geseponneerd. In 2021 – nadat de klacht al was ingediend – is het onderzoeksdossier vernietigd. Het EHRM oordeelt dat art. 3 EVRM is geschonden doordat het onderzoek ontoereikend is; het is daarom niet meer nodig om te onderzoeken of er ook een materiële schending was. Art. 38 EVRM is geschonden vanwege de vernietiging van het onderzoeksdossier.

Klagers zijn negen individuen en Sovet Greenpeace – de Russische tak van de internationale NGO Greenpeace. In 2016 namen de individuele klagers, die allemaal voor Sovet Greenpeace werken, deel aan een operatie om een aantal natuurbranden te bestrijden in de regio Krasdonar. Daarbij werden zij lastiggevallend en bedreigd; ook werden zij uit hun accommodatie gezet door de eigenaar, die zei te zijn benaderd door ‘invloedrijke personen’. Klagers wilden daarop naar een kampeerterrein gaan, maar werden lastiggevallend door een aantal mensen in paramilitaire uniformen omdat ze buitenlanders en Amerikaanse agenten zouden zijn. In de nacht werden klagers aangevallen door zes gemaskerde en gewapende mannen. Zij werden mishandeld, hun eigendommen werden vernield en ze werden uitgescholden. Naar aanleiding hiervan is een onderzoek gestart, maar uiteindelijk leidde dat niet tot vervolging. Er zou volgens de politie ook geen discriminerend of haatmotief zijn. In 2021 – nadat de regering op de hoogte was gesteld van de bij het EHRM ingediende klacht – zijn alle stukken in het dossier vernietigd, volgens de regering omdat de bewaartermijn ervan was verstreken.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun rechten onder art. 3 en 14 EVRM zijn

aangetast door het ontbreken van een effectief onderzoek naar de aanval en doordat niet is onderzocht of er een haatmotief voor zou bestaan. Het Hof verklaart Sovet Greenpeace niet-ontvankelijk omdat de organisatie geen eigen belang heeft bij de klacht. Het Hof heeft wel jurisdictie om de zaak te behandelen, nu de feiten zich afspeelden voor het moment dat Rusland formeel het EVRM heeft verlaten.

Het Hof acht de aanval op klagers voldoende ernstig om art. 3 EVRM van toepassing te laten zijn. Het oordeelt dat er geen oprechte pogingen zijn gedaan om de kwestie grondig te onderzoeken. Zo is niet geprobeerd de aanvallers te identificeren, al was er wel enig bewijsmateriaal in de vorm van video's. Hoewel klagers verschillende keren hebben aangevoerd dat de aanval was ingegeven door haat vanwege hun nationaliteit of politieke opvattingen, hebben de autoriteiten daar geen onderzoek naar gedaan. Het optreden van de autoriteiten heeft verder onvoldoende preventieve werking als het gaat om mogelijke toekomstige, vergelijkbare handelingen. Dit betekent dat niet is voldaan aan de procedurele onderzoeksverplichtingen die voortvloeien uit art. 3 en 14 EVRM. Het Hof acht het niet nodig om daarnaast in te gaan op de vraag of de autoriteiten zich bewust hadden kunnen zijn van het risico dat klagers liepen – in ieder geval na de eerdere bejegening – en daar beter tegen hadden moeten optreden.

Tot slot merkt het EHRM op dat Rusland niet heeft voldaan aan het verzoek van het Hof om een kopie van het volledige onderzoeksdossier aan te leveren. De verplichting om informatie aan te leveren, die voortvloeit uit art. 38 EVRM, geldt vanaf het moment dat het verzoek tot informatie wordt gedaan. Het feit dat het dossier op een later moment is vernietigd kan dan ook niet gelden als afdoende verklaring voor het niet overleggen ervan. Zeker nu het ontbreken van het onderzoeksdossier een beoordeling van de zaak heeft bemoeilijkt, oordeelt het Hof dat Rusland art. 38 EVRM heeft geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD003347018

Zaaknummer: 33470/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 14 en EVRM art. 38

RECHTSPRAAK

Miladinova t. Bulgarije, EHRM 7 februari 2023, nr. 31604/17

In 2012 is een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar Miladovina's mogelijke betrokkenheid bij diefstal. Dit onderzoek is in 2014 beëindigd – een formele en definitieve beslissing. Klaagster heeft daarop een actie uit staatsaansprakelijkheid ingesteld vanwege geleden reputatie- en integriteitsschade. Het onderzoek werd toen heropend, waardoor de civiele procedure niet kon worden voortgezet. Uiteindelijk is Miladovina vrijgesproken. Volgens het EHRM waren er geen goede redenen voor de heropening van het onderzoek en heeft die (mogelijk welbewust) de civiele rechtsgang gefrustreerd. Daardoor is Miladovina's recht op toegang tot de rechter (art. 6 lid 1 EVRM) geschonden.

In 2012 werd een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar klagsters mogelijke betrokkenheid bij diefstal. De procedure werd verschillende malen gesloten en weer heropend. Uiteindelijk werd klagster diefstal van goederen ter waarde van 46 euro ten laste gelegd; zij werd in 2016 vrijgesproken. Toen in 2014 het onderzoek was gestaakt heeft klagster een civiele schadevergoedingsactie ingesteld. In 2015 werd deze afgewezen omdat toen het onderzoek weer was heropend en schadeloosstelling niet mogelijk is als er een lopende strafzaak is.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat de afwijzing van haar schadevergoedingseis in strijd is met het recht op toegang tot de rechter, zoals beschermd door art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof merkt op dat er in deze zaak weinig redenen leken te zijn voor heropening van de zaak, zoals de beschikbaarheid van nieuw bewijsmateriaal. Ook is niet op te herstellen tekortkomingen gewezen. Dat heropening weinig zinvol was, blijkt wel uit het feit dat klagster uiteindelijk is vrijgesproken. Nu sluiting van het onderzoek normaal gesproken naar nationaal recht een definitieve beslissing is, zouden dergelijke goede redenen wel moeten bestaan. Klagster kan niet worden verweten dat ze naar de rechter is gestapt om een schadeloosstelling te vragen, gelet op de repercussies van een strafrechtelijk onderzoek voor

haar privéleven. Het Hof kan er niet op speculeren of de heropening een soort ‘represaillemaatregel’ was voor het instellen van de schadevergoedingsactie, maar het acht de gang van zaken zeker opvallend. Aannemende dat het hier gaat om een (verkapte) beperking van toegang tot de rechter, ziet het Hof daar geen goede redenen voor. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook geschonden (6 stemmen tegen 1).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD003160417

Zaaknummer: 31604/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

Paun Jovanovic t. Servië, EHRM 7 februari 2023, nr. 41394/15

In Servië is het toegestaan om in de rechtbank de twee officiële versies van het Servisch te spreken. Toch kreeg een advocaat een waarschuwing toen hij een van deze taalversies sprak. Deze ongelijke behandeling is volgens het EHRM in strijd met het nationale recht en niet gerechtvaardigd; art. 1 P12 EVRM is dan ook geschonden. De weigering van het Constitutionele Hof om de zaak te behandelen was verder onvoldoende gemotiveerd, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Er bestaan in Servië twee standaardversies van de Servische taal, namelijk het Ekaviaans en het Ijekaviaans. Klager is advocaat en heeft gesteld dat hij in een procedure geen gelegenheid heeft gekregen om Ijekaviaans te spreken bij het verdedigen van de belangen van een cliënt in een strafzaak. De advocaat die het slachtoffer vertegenwoordigde kreeg wel de gelegenheid om Ekaviaans te spreken.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het gemaakte onderscheid tussen de taalvarianten in strijd is met art. 14 EVRM en art. 1 P12 EVRM. Het Hof besluit de zaak alleen onder art. 1 P12 EVRM te beoordelen. Daarbij moet het eerst vaststellen of de kwestie binnen het toepassingsbereik van die bepaling valt. In het onderhavige geval staat vast dat beide taalvarianten in gerechtelijke procedures zijn toegestaan. Dat betekent dat sprake is van een (beweerde) ongelijke behandeling door een overheidsinstantie die krachtens het nationale recht verplicht is zich op een bepaalde manier te gedragen (categorie ii van de vier volgens het toelichtend rapport bij Protocol 12 erkende toepassingscategorieën).

Het Hof stelt vast dat de lezingen van wat er tijdens de litigieuze zitting is gebeurd uiteenlopen. Uit het transcript van de zitting leidt het Hof niettemin af dat klager in ieder geval is gewaarschuwd dat hij vragen moest stellen in de ‘officiële taal’; de andere advocaat, die Ekaviaans sprak, kreeg die waarschuwing niet. Het Hof acht het op basis daarvan aannemelijk dat er inderdaad een verschil in behandeling was gebaseerd op de gesproken

taalvariant. Hoewel ‘taal’ niet formeel in art. 1 P12 wordt genoemd, is dit een grond die door de bepaling wordt gedekt. Het Hof neemt aan dat de beide advocaten zich – op hun taalvariant na – in een vergelijkbare positie bevonden. De vraag is dan ook of er een rechtvaardiging bestond voor de ongelijke behandeling. Het is voorstelbaar dat regels worden gesteld voor het gebruik van talen of taalvarianten in de rechtbank, maar in het onderhavige geval is formeel erkend dat het gaat om gelijkwaardige varianten van dezelfde officiële taal. Voor het verschillend behandelen van advocaten die de ene of de andere variant spreken kan dan ook geen objectieve en redelijke rechtvaardiging worden aangenomen. De *margin of appreciation* strekt ook niet zover dat rechters naar eigen believen duidelijke wetgeving anders kunnen uitleggen. Art. 1 P12 is dan ook geschonden.

Klager heeft verder gesteld dat de weigering van het Servische Constitutionele Hof om deze zaak te beoordelen onvoldoende was gemotiveerd, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM. Inderdaad bevatte het oordeel geen overwegingen waaruit kon blijken waarom het aannam de voorwaarden om de zaak in behandeling te kunnen nemen niet waren vervuld; het verwees alleen naar een bepaling waaruit zou blijken dat niet alle rechtsmiddelen waren benut of dat er geen passende rechtsmiddelen waren. Hoewel het Hof expliciet onderkent dat het hier gaat om een kwestie die erg specifiek met de nationale juridische situatie is verbonden, stelt het daarom een schending van art. 6 lid 1 EVRM vast.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0207JUD004139415

Zaaknummer: 41394/15

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 1 P12

RECHTSPRAAK

Puig Gordi e.a., HvJ EU (GK) 31 januari 2023, zaak C-158/21

Spanje heeft in 2019 een Europees aanhoudingsbevel (EAB) uitgevaardigd jegens onder meer Puigdemont. De Belgische rechter betwijfelt of de Spaanse strafrechter uiteindelijk bevoegd zal zijn om over de strafzaak tegen de betrokkenen te oordelen. Het HvJ stelt voorop dat een vermoeden van onbevoegdheid geen reden kan zijn om een EAB niet uit te voeren. Wel kan een reëel vermoeden van fundamentele of structurele schending van het recht op een effectief rechtsmiddel in de weg staan aan uitlevering, maar dan moet dat vermoeden overtuigend worden vastgesteld, net als de concrete en reële risico's van grondrechtenschendingen voor de betrokkenen.

In het kader van een strafprocedure heeft de hoogste rechterlijke instantie in Spanje in 2019 een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd tegen Puigdemont Casamajó en enkele anderen. België heeft de nodige procedures ingeleid voor de tenuitvoerlegging van deze EAB's, maar deze zijn opgeschort voor zover het mensen betreft die daarna de hoedanigheid van Europarlementariër hebben verworven. In 2020 heeft een rechtbank de tenuitvoerlegging van het EAB jegens Puig Gordi geweigerd omdat hij niet bevoegd zou zijn om kennis te nemen van de strafzaak tegen hem. Ook was de rechtbank tot de bevinding gekomen dat de verwijzende rechter zelf niet bevoegd was en dat uitvoering afbreuk zou doen aan Puig Gordi's grondrechten. In verband hiermee zijn in de vervolgpprocedure verschillende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

De eerste vraag is of een uitvoerende rechter de tenuitvoerlegging van een EAB kan weigeren op basis van een grond tot weigering van de tenuitvoerlegging die niet voortvloeit uit dit kaderbesluit maar uitsluitend uit het recht van de uitvoerende lidstaat. Op dit punt herhaalt het HvJ zijn vaste rechtspraak dat de tenuitvoerlegging de regels is en dat uitzonderingen strikt moeten worden uitgelegd. Alle regels en uitzonderingen vloeien daarbij rechtstreeks voort uit kaderbesluit 2002/584, wat betekent dat de tenuitvoerlegging alleen op basis van die gronden kan worden geweigerd. Als tot een andere conclusie zou worden gekomen en ook

nationaal recht een rol zou kunnen spelen, zou dit in de weg staan aan de goede werking van het kaderbesluit en het realiseren van de doelstellingen daarvan.

Het HvJ overweegt verder dat het kaderbesluit zo moet worden uitgelegd dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet mag nagaan of een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd door een rechterlijke autoriteit die daartoe bevoegd was, en de tenuitvoerlegging van dat Europees aanhoudingsbevel niet mag weigeren wanneer dat volgens haar niet het geval is. Als dat wel zou gebeuren, zou dat ingaan tegen het beginsel van wederzijdse erkenning.

Een derde vraag betreft de vraag of in een geval als dit weigering van tenuitvoerlegging gerechtvaardigd zou kunnen worden door de noodzaak de grondrechten te beschermen tegen schending in de uitvaardigende lidstaat. Ook op dit punt benadrukt het HvJ de uitgangspunten van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning. Dat betekent dat in het algemeen moet worden aangenomen dat de procedure in de uitvaardigende lidstaat voldoet aan alle vereisten van art. 47 tweede linea Hv. Dit is alleen anders als de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt over gegevens waaruit blijkt van een reëel gevaar van schending van deze rechten door structurele of fundamentele gebreken. In dat geval moet de autoriteit concreet en nauwkeurig nagaan of er, gelet op de persoonlijke situatie van deze persoon alsook de aard van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd en de feitelijke context van de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel, zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de betrokkene een dergelijk gevaar zal lopen in geval van overlevering aan die lidstaat. Daarbij moet de uitvoerende rechter rekening houden met de EHRM-rechtspraak.

Hoewel het HvJ heeft vastgesteld dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet mag nagaan of de uitvaardigende rechterlijke autoriteit bevoegd is, mag hij wel de gegrondheid beoordelen van iemands bewering dat hij na zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat zal worden blootgesteld aan schending van art. 47 Hv doordat hij in die lidstaat zal worden berecht door een rechter die daartoe niet bevoegd is. Dat betekent dat de uitvoerende rechter een algehele beoordeling moet uitvoeren van de werking van het gerechtelijk apparaat van de uitvaardigende lidstaat in het licht van het vereiste van een bij wet ingesteld gerecht. Van fundamentele of structurele gebreken is dan sprake als uit die algehele beoordeling blijkt dat verdachten in die lidstaat in het algemeen niet beschikken over een doeltreffend rechtsmiddel waarmee de bevoegdheid van de strafrechter die hen moet berechten kan worden getoetst, in de vorm van een onderzoek door deze rechter van zijn eigen bevoegdheid of van een rechtsmiddel dat bij een andere rechter openstaat. Daarnaast moet dan nog worden nagegaan, concreet en nauwkeurig, of die gebreken de persoonlijke situatie van de betrokkene zo zullen raken dat er in zijn geval sprake is van een concreet en reëel gevaar van schending van het recht op een eerlijk proces.

Als de bewering is dat de rechter in de uitvaardigende lidstaat niet bevoegd is om de zaak te berechten, moet worden aangetoond dat hierbij sprake is van kennelijk onbevoegdheid. Ook moet worden bekeken of er andere doeltreffende rechtsmiddelen zijn die kunnen voorkomen dat (onherstelbare schade als gevolg van) de schending zich voordoet. Een verslag van de WGAD dat niet rechtstreeks betrekking heeft op de situatie van deze persoon, kan als zodanig niet rechtvaardigen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit weigert het EAB ten uitvoer te leggen. Wel kan zo'n verslag in aanmerking worden genomen als een van de gegevens voor de beoordeling of er sprake is van structurele of fundamentele gebreken.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:57

Zaaknummer: C-158/21

Wetsartikelen: Hv art. 47 en Kaderbesluit 2002/584/JBZ

RECHTSPRAAK

Ugulava t. Georgië, EHRM 9 februari 2023, nr. 5432/15

Een voormalig politiek leider en burgemeester van Tbilisi wordt vervolgd op verdenking van onder meer verduistering, machtsmisbruik en witwassen. Hij is in 2014 aangehouden toen hij probeerde naar het buitenland te reizen. Daarna is hij ruim een jaar in voorarrest gehouden. Het EHRM acht de initiële beslissing tot aanhouding en voorlopige hechtenis redelijk, maar de voortzetting daarvan werd later onvoldoende gerechtvaardigd; daardoor is art. 5 EVRM geschonden. Van verborgen doelstellingen om klagers politieke activiteiten te frustreren is niet gebleken, zodat een schending van art. 18 EVRM niet kan worden aangenomen.

Klager was een van de leiders van een voormalige regeringspartij in Georgië, de Verenigde Nationale Beweging, en was van 2005-2013 burgemeester van Tbilisi. Tussen 2012 en 2015 werd een strafrechtelijk onderzoek naar hem uitgevoerd op verdenking van onder meer verduistering, machtsmisbruik en witwassen, beweerdelijk gepleegd samen met een aantal private ondernemingen die verbonden waren aan het burgemeesterskantoor in Tbilisi. In 2014 werd klager aangehouden toen hij probeerde het land te verlaten en werd hij in voorarrest genomen. In hetzelfde jaar werd een strafrechtelijke procedure tegen hem ingeleid en in 2015 werd hij opnieuw in voorlopige hechtenis genomen vanwege beweerd vluchtgevaar en een risico van beïnvloeding van getuigen. Een constitutionele klacht leidde een maand later tot zijn vrijlating, omdat hij in totaal meer dan negen maanden in voorlopige hechtenis had doorgebracht.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn aanhouding en het voorarrest niet rechtmatig waren en daarmee in strijd met art. 5 EVRM. Het Hof maakt daarbij onderscheid tussen de twee verschillende perioden van voorarrest. Aan de eerste periode lag een redelijke verdenking van strafbare feiten ten grondslag en was de hechtenis ingegeven door een vluchtrisico. De beslissingen hieromtrent waren niet willekeurig en er is geen blijk van kwade trouw bij de autoriteiten. Art. 5 lid 1 EVRM is voor deze periode dan ook niet geschonden. Voor

de tweede periode geldt dat niet duidelijk is geworden of het hier in feite ging om een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis vanwege nieuwe feiten en verdenkingen, of om een voortzetting van het eerder al opgelegde voorarrest. Ook hebben de nationale autoriteiten klagers verweer niet grondig onderzocht. Art. 5 lid 1 EVRM is voor deze periode dan ook geschonden.

Hoewel de initiële redenen voor het voorarrest relevant en voldoende waren, is het voorarrest vervolgens geruime tijd voortgezet tot het hoe dan ook onrechtmatig en strijdig met het EVRM werd. Daarbij zijn geen zorgvuldige verlengingsbeslissingen genomen, in strijd met art. 5 lid 3 EVRM.

Klager heeft tot slot gesteld dat het voorarrest primair bedoeld was om zijn politieke activiteiten te frustreren, in strijd met art. 18 EVRM. De bevindingen van het Hof over art. 5 lid 1 EVRM zijn niet automatisch voldoende om ook een schending van die bepaling te kunnen vaststellen. De aanvankelijke aanhouding en detentie waren voldoende gerechtvaardigd door concrete verdenkingen. Verder is niet gebleken van een zodanige politieke context dat het waarschijnlijk was dat het primaire, eigenlijke doel zou zijn om klagers politieke activiteiten te hinderen. Evenmin is aannemelijk gemaakt dat de rechters niet onafhankelijk waren, waarbij ook relevant is dat het Constitutionele Hof uiteindelijk in klagers voordeel heeft geoordeeld. Er is dan ook onvoldoende bewijs om een schending van art. 18 EVRM vast te stellen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-02-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0209JUD000543215

Zaaknummer: 5432/15

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 en 3 en EVRM art. 18

RECHTSPRAAK

Y t. Frankrijk, EHRM 31 januari 2023, nr. 76888/17

In Frankrijk hebben rechters geweigerd om de geslachtsregistratie van een intersekse persoon te wijzigen van mannelijk naar ‘neutraal’ of ‘intersekse’. Een belangrijke reden daarvoor was dat dit niet aan de rechter is, maar de wetgever hierover zou moeten beslissen. Het EHRM benadrukt het grote belang van het erkennen van een ‘derde hokje’ voor intersekse personen en hun identiteit. Tegelijkertijd begrijpt het de overwegingen van de Franse rechter. Het Hof wil ook zelf deze discussie overlaten aan wetgever en samenleving en stelt daarom geen schending van art. 8 EVRM vast. Wel zou het dat op een later moment alsnog kunnen doen.

Op het geboortecertificaat van Y staat vermeld dat hen een man is, maar volgens Y is hen een intersekse persoon. Y heeft een aantal medische documenten overgelegd waaruit blijkt dat de intersekse status al snel na geboorte is vastgesteld. Toen Y 63 jaar oud was heeft hen verzocht om aanpassing van de officiële geslachtsregistratie naar ‘neutraal’ of ‘intersekse’. Y heeft ook gesteld dat hen daadwerkelijk een interseksuele genderidentiteit heeft en zichzelf beschouwt als mannelijk noch vrouwelijk. Dit verzoek is afgewezen.

Y heeft voor het EHRM gesteld dat de afwijzing van dit verzoek een schending oplevert van art. 8 EVRM. Het Hof stelt voorop dat in dit geval de vraag opkomt of Frankrijk heeft voldaan aan de positieve verplichtingen die in verband met het recht op respect voor het privéleven opkomen. De zaak draait in de kern om een essentieel aspect van de individuele, intieme identiteit, namelijk genderidentiteit. Het Hof erkent dat er in het geval van Y sprake is van een discrepantie tussen de biologische en de geregistreerde identiteit, waardoor bij Y angst en leed kan zijn veroorzaakt. Dit betekent dat art. 8 EVRM van toepassing is.

In het onderhavige geval is sprake van een botsing tussen deze belangen van Y en het belang van de staat bij het betrouwbaar houden van de officiële registers, de onvervreemdbaarheid van een burgerlijke status en het behoud van de sociale en juridische inrichting van het Franse

geboorteregister. Daarbij is in dit geval van betekenis dat Y al bij de geboorte zowel mannelijke als vrouwelijke biologische kenmerken had. De nationale rechter heeft erkend dat het dan toewijzen van een specifiek geboortegeslacht een conflict kan opleveren tussen de registratie en iemands ervaren geslachtelijke identiteit. Ook heeft de nationale rechter opgemerkt dat intersekse personen de mogelijkheid zouden moeten hebben om er ofwel voor te kiezen dat er geen gendercategorie wordt genoemd in het geboorteregister ofwel dat het toegewezen gender kan worden aangepast. Volgens de rechter kon dat echter alleen als het toegewezen gender niet overeenkwam met iemands uiterlijke kenmerken en hun sociale gedrag. Aan die laatste eis was niet voldaan omdat Y uiterlijk een man leek en bovendien getrouwd was met een vrouw en zij samen een kind hadden geadopteerd. Bovendien zou het toekennen van Y's verzoek impliceren dat er een derde categorie moest worden erkend naast mannelijk en vrouwelijk, terwijl dat vanwege de gevoelige biologische, morele en ethische aspecten een kwestie was die niet door de rechter moest worden beoordeeld, maar waarover de wetgever zich zou moeten buigen. De Franse *Cour de Cassation* had daar nog aan toegevoegd dat erkenning van een 'neutrale' categorie door de rechter verreikende gevolgen zou hebben en tot veel wetswijzigingen zou noodzaken.

Het Hof acht deze redenering niet aanvaardbaar voor zover daarin rekening is gehouden met sociaal gedrag en uiterlijke kenmerken boven de biologische realiteit van intersekse zijn. Iemands identiteit kan niet worden gereduceerd tot de manier waarop iemand door anderen wordt gezien. Volgens het Hof is het echter ook zo dat primair argumenten van machtscheiding ten grondslag hadden gelegen aan de nationale rechterlijke beslissingen. Ook het Hof zelf moet in een dergelijke zaak de nodige terughoudendheid aan de dag leggen. Als het zou oordelen dat het niet opnemen van een categorie als 'neutraal' of 'intersekse' in het geboorteregister een schending zou opleveren van art. 8 EVRM, zou dat noodzakelijkerwijze betekenen dat de staat verplicht zou zijn op grond van art. 46 EVRM om daar uitvoering aan te geven en het nationale recht aan te passen. In een geval als dit gaat het echter om materie waarover de opvattingen in een democratische samenleving redelijkerwijze ver uit elkaar kunnen lopen, zodat de nationale beleidsmakers en de samenleving zelf daarin veel vrijheid moet toekomen. Ook is er geen Europese consensus op dit specifieke terrein. Het Hof laat het daarom aan de verwerende staat over om te bepalen met welk tempo en in welke mate het tegemoet kan komen aan de belangen van intersekse personen als het gaat om hun registratie. Daarbij benadrukt het wel nogmaals de moeilijke situatie waarin deze personen zich kunnen bevinden. Ook merkt het op dat het EVRM als een 'living instrument' moet worden gezien en dat het nu gegeven oordeel kan worden herzien afhankelijk van de maatschappelijke ontwikkelingen. In het licht van de toegekende ruime *margin of appreciation* is er dan ook geen sprake van een schending van art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817

Zaaknummer: 76888/17

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Žegarac e.a. t. Servië, EHRM 17 januari 2023 (ontv.besl.), nr. 54805/15 en 10 andere

In Servië is in 2014 besloten om de pensioenen in de publieke sector tijdelijk te verlagen om op die manier de grote pensioentekorten tegen te gaan. Voor mensen die al een minimumpensioen genoten werd een uitzondering gemaakt. Het Hof acht de maatregelen redelijk en niet excessief, gelet op de doordachte manier waarop de verlagingen werden berekend. Dat onderscheid werd gemaakt door de minimumpensioenen uit te zonderen acht het Hof gerechtvaardigd vanuit overwegingen van solidariteit en sociale rechtvaardigheid. Er is daarom geen strijd met art. 1 EP en art. 14 EVRM; de klachten zijn kennelijk ongegrond.

Klagers zijn elf gepensioneerde mensen die gebruikmaken van het Servische pensioenfonds voor de publieke sector. In 2014 bereikte een al lang bestaand tekort in het pensioenstelsel in Servië een dieptepunt, wat leidde tot strenge bezuinigingsmaatregelen. Een van die maatregelen bestond in het tijdelijk naar beneden bijstellen van de pensioenen die vanuit het fonds voor de publieke sector betaald werden. Mensen die al een minimumpensioen ontvingen werden van deze regeling uitgezonderd. De maatregel duurde tot september 2018 en leidde voor klagers tot een verlaging van hun maandelijkse pensioenen met tussen 35 en 133 euro. Klagers hebben over de reductie geprocedeerd, maar zonder succes.

Voor het EHRM hebben zij gesteld dat art. 1 EP EVRM is geschonden door de verlaging van hun pensioenen. Het Hof benadrukt dat art. 1 EP EVRM geen recht op een bepaald pensioen garandeert. Wel hadden klagers naar nationaal recht aanspraak op de pensioenbedragen, zodat de verlaging van hun pensioenen geacht moet worden inbreuk te hebben gemaakt op hun eigendomsrecht. Daarvoor was een wettelijke basis gecreëerd die afdoende bekend was gemaakt. De maatregel was verder duidelijk in het algemeen belang, gelet op de grote tekorten in het pensioensysteem. Klagers hebben daarbij geen excessief hoge last te dragen gekregen.

De maatregel was van tijdelijke aard en de berekeningswijze van de verlagingen was niet onredelijk. Klagers hebben ook niet aannemelijk gemaakt dat ze onvoldoende middelen zouden hebben om van te kunnen leven en dat ze onder het minimumbestaansniveau terecht waren gekomen. Het Hof concludeert dan ook dat er een redelijk evenwicht is gevonden tussen de verschillende belangen, zodat de klacht kennelijk ongegrond is en daarmee niet-ontvankelijk.

Klagers hebben daarnaast gesteld dat de regeling leidde tot ongelijke uitkomsten vanwege de uitzonderingsregel voor minimumpensioenen, in strijd met het discriminatieverbod. Het Hof overweegt dat deze uitzondering niet tot doel had om bepaalde gepensioneerden in een minder gunstige positie te brengen dan andere, maar juist om een goed evenwicht te bereiken tussen de te dragen lasten. Ook was de uitzondering ingegeven door overwegingen van solidariteit en sociale rechtvaardigheid. Ook deze drie klachten waren dus kennelijk ongegrond.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-01-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0117DEC005480515

Zaaknummer: 54805/15 en 10 andere

Wetsartikelen: EVRM art. 14, EVRM art. 1 EP en EVRM art. 1 P12

ANNOTATIE

The Karibu Foundation t. Noorwegen (EHRM, 2317/20) – Overheidscontrole op eigendomsrendement

J.A.M.A. Sluysmans

Inleiding

1. In een moderne samenleving – waarin vele verschillende belangen in de politieke arena om voorrang strijden – ontstaat met regelmaat de behoefte om van overheidswege in te grijpen in de vrije markt. Diverse methoden zijn daarbij denkbaar, zoals subsidieverlening en heffingen, maar ook prijsbegrenzing. Een gevolg van die laatstgenoemde maatregel zal doorgaans zijn dat het rendement op iemands eigendom – of dat eigendom nu bestaat uit een onderneming, uit roerende zaken of uit vastgoed – wordt beperkt. In ons land valt te denken aan het periodieke Pachtprizenbesluit of het puntensysteem in de (sociale) huursector. Dit zijn instrumenten die in het leven zijn geroepen om te voorkomen dat de begrijpelijke wens van een eigenaar van onroerend goed om een maximaal rendement te behalen ten koste gaat van de beschikbaarheid van land en woonruimte voor als kwetsbaar beschouwde bevolkingsgroepen.

2. Het zal niet verbazen dat eigenaren van door wetgeving zoals hier geschetst getroffen eigendom met enige regelmaat betogen dat zo'n overheidsingrijpen strijd oplevert met het in art. 1 EP EVRM verankerde recht op het ongestoorde genot van eigendom (zie voor een nationaal voorbeeld betrekkelijk recent HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:110). De Karibu Foundation is dan ook niet de eerste die in deze context klaagt bij het EHRM. Ik zal hieronder stilstaan bij de achtergrond van haar klachten, de lijnen schetsen die het EHRM over dit onderwerp al heeft uitgezet in eerdere zaken en ten slotte het arrest *Karibu t. Noorwegen* nader beschouwen tegen de achtergrond van die bestaande rechtspraak. Ik sluit uiteraard af met een conclusie.

Achtergrond

3. Ook in Noorwegen meende de wetgever te moeten ingrijpen in een deel van de markt. Kennelijk is het zo dat in Noorwegen een groot aantal recreatiewoningen en reguliere woonruimte is te vinden in een markt waarbij een scheiding bestaat tussen de eigenaars van

de opstallen en de eigenaars van de ondergrond. Die ondergrond wordt dan tegen betaling langdurig in gebruik gegeven aan de opstaleigenaren, via een systeem dat – als ik afga op wat daarover wordt vermeld in het bovenstaande arrest – te vergelijken valt met onze erfpacht. De wens van de Noorse overheid was om te voorkomen dat (wat ik dan gemakshalve naar aanduidt als) de erfpachtcanon te snel te zeer zou stijgen, met als gevolg dat de opstaleigenaren in ernstige financiële problemen zouden kunnen komen te geraken. Met het oog op dit evident sociale motief introduceerde de wetgever regelgeving die voorzag in een begrenzing (van het tempo en de omvang van de stijging) van de canon.

4. De eerste versie van dergelijke wetgeving – die dateerde uit 1996 – sneuvelde in 2012. Het was het EHRM dat in de zaak *Lindheim e.a. t. Noorwegen*[1] tot het oordeel kwam dat binnen deze wetgeving een onvoldoende balans werd gevonden tussen het algemeen belang en het belang van de door die wetgeving in hun eigendomsrecht getroffen erfverpachters van (de ondergrond van) recreatiewoningen.

5. Met inachtneming van voornoemd arrest – en onder toezicht oog van het Comité van Ministers dat lette op een juiste naleving van dat arrest – toog de Noorse wetgever opnieuw aan de slag. Deze inspanningen resulteerden in een aangepaste versie van de wet uit 1996, die uiteindelijk op 1 juli 2015 in werking trad. Deze gewijzigde wet voorziet in de mogelijkheid voor de erfverpachter om de canon te verhogen, maar stelt daaraan grenzen. Zo mag die verhoging slechts eens in de 30 jaar plaatsvinden, en kent die verhoging een plafond, bestaande uit (voor zover hier relevant) een maximaal percentage van de grondwaarde.

6. De Karibu Foundation is eigenaar – en erfverpachter – is geworden van enkele (oude) appartementencomplexen in de stad Oslo. Zij wil gebruikmaken van de mogelijkheid die de nieuwe wet biedt om tot canonverhoging over te gaan en stelt de erfpachters daarvan in kennis. De erfpachters menen evenwel dat de door de stichting beoogde verhoging strijdig is met het wettelijk plafond, een opvatting die door de Noorse nationale rechters in drie instanties wordt onderschreven, laatstelijk door de Noorse Hoge Raad. De stichting wendt zich – na uitputting van de nationale rechtsmiddelen – tot het Hof in Straatsburg en klaagt over schending van art. 1 EP EVRM.

Juridisch kader

7. Binnen het kader van art. 1 EP EVRM moet de regulering van gebruiksvergoedingen worden aangemerkt als een vorm van regulering of beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht. Deze dient in overeenstemming te zijn met het nationale recht ('lawful') en een legitiem doel in het algemeen belang na te streven ('legitimate aim in accordance with the general interest'), terwijl er ook een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de

gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd, de zogenoemde ‘fair balance’. Daarvan is geen sprake indien een individu wordt getroffen door een ‘disproportionate and excessive burden’. De beoordeling van die fair balance is sterk zaaksgebonden: alleen door rekening te houden met alle omstandigheden van het geval en door de concreet betrokken belangen op hun eigen gewicht te beoordelen, kan tot een redelijk oordeel over de proportionaliteit worden gekomen. Ook bij de beoordeling van een concreet geval moet de nationale rechter de concrete balans tussen de betrokken rechten zoeken. Deze benadering is toegepast in een aantal voor de onderhavige kwestie relevante arresten.

8. De zaak *Hutten-Czapska t. Polen*[2] een geval waarin iemand door vererving eigenaar was geworden van een woning, die voordien door tussenkomst van de Staat was verhuurd. Opzegging van de huur was moeilijk en ontruiming alleen mogelijk indien andere woonruimte werd aangeboden. De huurprijs was gereguleerd en onvoldoende om te voorzien in de kosten van het onderhoud waartoe de verhuurder verplicht was. In zijn uitspraak van 19 juni 2006 komt de Grote Kamer tot het oordeel dat hier sprake is van schending van art. 1 EP, waarbij werd overwogen dat het recht op eigendom ook omvat het recht op een ‘decent profit’ (een redelijk rendement), en dat daarvan in dit geval geen sprake was nu de exploitatielasten de huurinkomsten overtroffen.

9. De zaak *Urbárska t. Slowakije* uit 2008[3] betrof onder meer Slowaakse wetgeving die erin voorzag dat land, dat in de communistische tijd door de Staat aan derden in gebruik was gegeven, door die derden nog gedurende zekere tijd werd gehuurd. Na enige jaren verdween de beperking in de tijd en werden de huurders beschermd. Ook hier werd – net als in de zaak *Hutten t. Polen* – feitelijk vastgesteld dat de zeer beperkte gebruiksvergoeding achterbleef bij de kosten verbonden aan het bezit van het eigendom: de huurprijs was namelijk lager dan de jaarlijks verschuldigde onroerende zaaksbelasting. Ook hier was dus volgens het Hof sprake van schending van art. 1 EP.

10. De zaak *Amato Gauci t. Malta* uit 2009 betrof wetgeving van Malta die erin voorzag dat huurders lopende huurovereenkomsten, waarbij de huurprijs was gereguleerd, konden verlengen. Het Hof overwoog dat sprake was van een schending van art. 1 EP, waarbij in het bijzonder de geringe hoogte van de huur een rol speelde: “The Court considers that, State control over levels of rent falls into a sphere subject to a wide margin of appreciation by the State and its application may often cause significant reductions in the amount of rent chargeable (...). Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit.” Deze uitspraak leek ruimte te bieden voor het standpunt dat uit art. 1 EP de eis voortvloeit dat moet worden gewaarborgd dat door de exploitatie van iemands eigendom zo niet een ‘decent profit’, dan toch zeker een ‘minimal profit’ kan worden behaald.

11. Die opvatting bleek onjuist. In *Eisers t. Nederland*[4] werd geen schending van art. 1 EP aangenomen, hoewel de klagers geen enkele ‘profit’ behaalden uit de verhuur. In bijvoorbeeld het arrest *Bittó e.a. t. Slowakije*[5] maakte het EHRM duidelijk dat de “actual impact” van de maatregel een “particularly important factor” is bij de beoordeling van de fair balance, maar (dus) niet zonder meer een doorslaggevende.

12. In het arrest *Zammit en Attard Cassar t. Malta*[6] was sprake van een situatie waarin de eigenaren door de Maltese regelgeving werden gedwongen om gedurende een periode van drie decennia tegen huurprijzen die significant lager lagen dan de reguliere markthuur hun vastgoed ter beschikking te stellen aan gebruikers die aldaar een commerciële onderneming uitbaatten. Hier was volgens het Hof geen sprake van een fair balance, echter niet louter vanwege ‘low profit’, maar ook omdat niet helder was welk belangrijk doel in dit geval de aantasting van de eigendom rechtvaardigde.

13. In de zaak *Bradshaw e.a. t. Malta* uit 2018[7] werden eigenaren van vastgoed door nationale regelgeving gedwongen om tegen zeer lage huur (van circa 1% van de markthuur) een object te verhuren aan een zogenoemde ‘band club’, een culturele instelling, die nota bene zelf een deel van het object voor een veel hogere prijs (onder)verhuurde aan een derde partij, zonder dat de eigenaren de huurrelatie konden beëindigen. Het Hof oordeelde dat ook hier sprake was van een ontbreken van de fair balance tussen het algemeen belang en de bescherming van het recht van klagers op genot van hun eigendom. Ook hier ging het niet enkel om de ‘low profit’, maar ook om onder meer de omstandigheid dat uit de onderverhuur meer rendement werd behaald door de onderhuurder dan de verhuurder kreeg uit de gereguleerde hoofdverhuur.

14. Het is tegen de achtergrond van deze arresten – die deels ook door het Hof worden aangehaald – dat het komt tot een beoordeling – en uiteindelijk verwerping – van de klachten van de Karibu Foundation.

De oordeelsvorming van het Hof

15. Ik signaleer dat de Karibu Foundation nadrukkelijk niet klaagt over de inhoud van de (gewijzigde) nationale wetgeving, maar over de wijze waarop – in laatste nationale instantie – de Noorse Hoge Raad die wetgeving in het voorliggende geval heeft uitgelegd en toegepast. Zoals we zullen zien, ziet het EHRM – in een oordeel dat zoals wel vaker het geval is niet uitblinkt in systematische helderheid – aanleiding om desalniettemin ook overwegingen te wijden aan de inhoud en totstandkoming van die wetgeving.

16. Het Hof stelt terecht voorop, dat we in het onderhavige geval van doen hebben met een regulering van eigendom, en niet met een ontneming daarvan. Die regulering is evident voorzien bij wet, en geschiedt in het algemeen belang, zoals art. 1 EP ook vereist. Partijen

hebben daarover ook geen enkel dispuut. De enkele vraag die in deze zaak voorligt, is of – gelet op alle relevante feiten en omstandigheden – die regulering hier leidt tot een verstoring van de vereiste fair balance tussen het algemeen belang dat is gediend met die regulering en de belangen van de stichting.

17. Alvorens het Hof overgaat tot een beoordeling van die vraag maakt het Hof twee zaken duidelijk. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat de beoordeling in het arrest *Lindheim e.a. t. Noorwegen* hier van beperkt belang is, juist omdat de aan de onderhavige zaak ten grondslag liggende wetgeving is aangepast naar aanleiding van dat arrest. In de tweede plaats wijst het Hof erop dat we hier van doen hebben met wetgeving die probeert de belangen van twee groepen van *eigenaren* te verzoenen, dat die wetgeving ziet op een groot aantal gevallen en dat dit maakt dat er belang bestaat bij clear and foreseeable solutions, die onvermijdelijk een zekere ‘ruwheid’ kennen. Het Hof maakt daarbij ook een scherp onderscheid met de voornoemde arresten *Bradshaw e.a. t. Malta* en *Zammit en Attard Cassar t. Malta*, waarin het ging om situaties van huur (en dus niet twee eigenaarsbelangen die een rol speelden).

18. Het Hof overweegt dat de omstandigheid dat de Noorse Hoge Raad bij de beoordeling van de fair balance geen nadrukkelijke aandacht heeft besteed aan de financiële positie van de individuele partijen in het onderhavige geval niet op bezwaren stuit, omdat de Karibu Foundation daarvoor in die procedure ook geen aandacht heeft gevraagd. Je kunt een rechter inderdaad niet verwijten geen aandacht te hebben geschonken aan een aspect dat je niet zelf (tijdig en op behoorlijke wijze) onder de aandacht van die rechter hebt gebracht.

19. Vervolgens buigt het Hof zich over de klacht dat de Noorse Hoge Raad – in navolging van de lagere rechters – ten onrechte het bestaand gebruik van de grond als grondslag voor de waardering van die grond (waarvan de maximale canon weer een afgeleide vormde) hanteerde, in plaats van de economisch meest aantrekkelijk aanwendingsmogelijkheid. Het Hof gaat bij de verwerping van deze klacht voor twee ankers liggen. Overwogen wordt dat in het onderhavige geval – de appartementen stonden er al sinds de jaren '50 en '60 – niet was gebleken van concrete plannen en mogelijkheden voor een alternatieve aanwending. Daar komt bij dat de waarde die uit een dergelijke alternatieve exploitatiemogelijkheid zou kunnen voortvloeien ook geen enkele relatie heeft met het gebruik van die grond door de huidige erfpachters, voor welk specifiek gebruik de canon juist een vergoeding beoogt te zijn. Om beide redenen had de nationale rechter dus in het onderhavige geval het bestaande gebruik als waarderingsgrondslag mogen aanhouden.

20. De Karibu Foundation wees er verder op dat het rendement – met 0,6% van de grondwaarde – wel bijzonder laag was, refererend aan onder meer het arrest *Lindheim e.a. t. Noorwegen*, waarin het Hof had geoordeeld dat een rendement van 0,25% ‘particularly low’

was. Het Hof respondeert op deze klacht door te oordelen dat de waarde van de onderhavige grond veel hoger is dan die in de zaak *Lindheim*, hetgeen maakt dat een rendement van 0,6% in absolute zin toch een fors bedrag is. Daar komt bij dat (naar het oordeel van de Noorse Hoge Raad) sprake is van een risicoloze investering en de canon iedere 30 jaar kan worden herzien. Deze factoren maken dat – volgens het Hof – de verhouding tussen grondwaarde en canon (rendement) in dit geval niet leidt tot een schending van art. 1 EP.

21. Het Hof ziet tot slot toch aanleiding om in meer algemene zin stil te staan bij de Noorse wetgeving, omdat het Hof – terecht – constateert dat de mogelijkheid van de Karibu Foundation om haar eigendom financieel te exploiteren door die wetgeving wel degelijk worden beperkt. Het Hof wijst erop dat de wetgeving in kwestie het product is van “a particularly thorough legislative process where the aim had been to find an appropriate balance between the interests of the parties to ground lease agreements; interests which had both been well represented in the legislative process”. Daarnaast kent het Hof gewicht toe aan het feit dat de wetgeving tot stand is gebracht “after an exacting and pertinent review specifically of the requirements flowing from Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention”, alsmede dat de zaak in kwestie op drie niveaus door een rechter is beoordeeld en de nationale wetgeving de mogelijkheid kent van een hardheidsclausule (waarvan overigens volgens de nationale rechter in dit geval geen gebruik hoefde te worden gemaakt). Tot slot betreft het Hof in zijn overwegingen dat de wetgeving beoogt om erfpachters te beschermen die zonder het plafond de canon niet meer zouden kunnen betalen en ernaar streeft om een algemeen toepasbaar stelsel in het leven te roepen dat bij voorkeur procedures voorkomt. De conclusie is dan ook onvermijdelijk: “In conclusion, the Court, having regard to all the above, finds that a sufficiently fair balance between the competing interests was struck and accordingly that the domestic authorities did not overstep the margin of appreciation afforded to them when applying the “rent ceiling” to the applicant organisation’s case, thereby preventing it from increasing the ground rent as it had proposed.” Van schending van art. 1 EP is geen sprake.

Conclusie

22. Wat leert dit arrest ons nu? Niet veel dat we niet al wisten. Als de overheid via wetgeving de markt wil corrigeren – met onvermijdelijk regulering van eigendom tot gevolg – dan komt die overheid daarbij een grote mate van vrijheid toe. Daarbij wordt de ruimte voor eigen oordeelsvorming door het EHRM kleiner naarmate in het proces van wetgeving aandacht is geschonken aan de afweging van de bij die wetgeving betrokken belangen, mede in het licht van de eisen van art. 1 EP EVRM. Het Hof heeft er begrip voor dat wetgeving mede beoogt om duidelijke regels te bieden die de kans op veel procedures beperken, hetgeen betekent dat die regels niet altijd geheel recht kunnen doen aan de bijzondere omstandigheden van elk individueel geval. Het is dus niet uitgesloten dat de uitwerking van wetgeving die op zichzelf

de toets aan art. 1 EP kan doorstaan in een specifiek geval toch tot het oordeel leidt tot art. 1 EP wordt geschonden. Om die kans te beperken is het verstandig om – zoals ook vaak gebeurt in dergelijke regelgeving – te voorzien in een hardheidsclausule.

23. Het door het Hof nog aanvaardbaar geachte rendement van 0,6% lijkt laag, maar dat valt nog wel mee. In ons land is het rendement voor de verpachter van agrarische grond ook niet meer dan bruto 2%. Ik heb wel moeite met de keuze van het Hof om ook acht te slaan op het rendement niet als percentage, maar als absoluut bedrag. Vanzelfsprekend leidt een rendement van 0,6% op een object met een hoge waarde tot een hoger bedrag dan een rendement van 3% op een object met een lage waarde. Ik zou echter menen dat het genot van eigendom (en de beperking daarvan) zich toch objectiever laat beoordelen door een vergelijking van rendementspercentages, dan door te kijken naar de opbrengst in absolute getallen.

24. Het is helder dat we op dit vlak vanuit Straatsburg verstoken blijven van 'hard and fast rules'. Er is geen absolute aanspraak op een rendement over eigendom: geen 'decent profit', geen 'minimal profit', nee, onder omstandigheden 'no profit at all'. Het rendement (of gebrek daaraan) is en blijft een factor in de alomvattende beoordeling van de fair balance. We blijven dus in belangrijke mate aangewezen op 'Gefallsjurisprudenz'.

J.A.M.A. Sluysmans

[1] *Lindeheim t. Noorwegen*, EHRM 12 juni 2012, nrs. 13221/08 and 2139/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD001322108.

[2] *Hutten-Czapska t. Polen*, EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97, ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497.

[3] *Urbarska t. Slowakije*, EHRM 27 november 2007, nr. 7425/01, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD007425801.

[4] *Nobel e.a. t. Nederland*, EHRM 2 juli 2013, nr. 27126/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0702DEC002712611.

[5] *Bittó t. Slowakije*, EHRM 28 januari 2014, 30255/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003025509.

[6] *Zammit and Attard Cassar/Malta*, EHRM 30 juli 2015, 1046/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0730JUD000104612.

[7] *Bradshaw t. Malta*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 37121/15,
ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD003712115.

ANNOTATIE

Préfet du Gers en INSEE, (HvJ, C-673/20) – Heeft een Britse nog kiesrecht in Frankrijk na de Brexit?

R. de Lange

1. Op het eerste gezicht is dit een merkwaardige zaak. EP, Brits burger woonachtig in Frankrijk sedert 1984, procedeert omdat zij geschrapt is uit het Franse kiezersregister na de inwerkingtreding van het Brexit-uittrekingsakkoord op 1 februari 2020. Nu zij geen Euroburger meer is lijkt het evident dat zij ook geen kiesrecht meer heeft binnen de Europese Unie. Toch wijdt het Hof van Justitie in een Grote Kamer-samenstelling een arrest van meer dan 9.000 woorden aan deze zaak. Hoe zit dat?

2. Laten we beginnen met de conclusie die het Hof trekt in het dictum van dit arrest:

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) *De artikelen 9 en 50 VEU en de artikelen 20 tot en met 22 VWEU, gelezen in samenhang met het op 17 oktober 2019 vastgestelde en op 1 februari 2020 in werking getreden Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, moeten aldus worden uitgelegd dat onderdanen van het Verenigd Koninkrijk die vóór het einde van de overgangperiode hun recht van verblijf in een lidstaat hebben uitgeoefend, sinds de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Unie op 1 februari 2020 niet langer de hoedanigheid van Unieburger hebben en meer in het bijzonder niet langer het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat van hun verblijf genieten uit hoofde van artikel 20, lid 2, onder b), VWEU en artikel 22 VWEU, ook al wordt hun volgens het recht van de staat waarvan zij onderdaan zijn, eveneens het kiesrecht bij de verkiezingen in die staat ontzegd.*

2) *Bij het onderzoek van de derde en de vierde prejudiciële vraag is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid kunnen aantasten van besluit (EU) 2020/135 van de Raad van 30 januari 2020 betreffende de sluiting van het Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie.*

3. Het resultaat waartoe het Hof komt is – zou men zeggen – *bleedingly obvious*. Als de betreffende Britse burger nergens meer kiesrecht heeft – waarover zij klaagde – dan is dat in dit geval het gevolg van de woonplaatseisen die in haar vader-/moederland worden gesteld. In dat opzicht verschilt haar situatie niet van die van de talrijke Britten die in een ander land wonen maar daarvan niet de nationaliteit bezitten. Het Britse recht legt een verjaringstermijn van vijftien jaar vast voor hun kiesrecht. Wonen zij langer dan vijftien jaar in het buitenland dan verliezen zij actief en passief kiesrecht in het Verenigd Koninkrijk. Daarover is in het verleden wel geprocedeerd, ook bij het EHRM (in de zaak *Shindler*), maar zonder succes.[1] Zij kunnen – bijvoorbeeld – in Nederland niet stemmen voor de Tweede en Eerste Kamer, en in het Verenigd Koninkrijk bij geen enkele verkiezing omdat ze niet voldoen aan de woonplaatseisen en zich dus niet als kiezer kunnen laten registreren. Dat was altijd al zo en dat is voor burger EP niet anders. Waarom dan toch zo’n uitgebreid arrest?

4. Het Hof behandelt een tamelijk groot aantal artikelen uit de verdragen en het EU-Grondrechtenhandvest. Het gaat niet in op fundamentele principes zoals *no taxation without representation*, dat ten grondslag ligt aan de meeste Europese kiesstelsels. Ergens moet men toch kiesrecht hebben, lijkt de gedachte achter dat beginsel te zijn, en dat ligt het meest voor de hand in het gebied waar men belasting betaalt. In *Shindler* was dit argument ook aangevoerd, maar het EHRM ging eraan voorbij. Eveneens in *Shindler* was het punt aan de orde geweest van de ‘band met het moederland’ (of vaderland), maar daarover oordeelde het EHRM dat dit een te vaag criterium is.[2] In 44 van de (toen nog) 47 lidstaten van de Raad van Europa constateerde het EHRM dat kiesrecht werd behouden ongeacht de lengte van een verblijf in het buitenland. Het Britse recht behoorde tot de uitzonderingen, maar het hoefde zich niet aan te passen. Het Hof van Justitie bespreekt het beginsel niet, vermoedelijk omdat het niet is aangevoerd en het Hof zeker niet verplicht is om ambtshalve erop in te gaan. Voor rechterlijke rechtsvorming leent het beginsel zich ook niet makkelijk.

5. Van het Franse kiesrecht kan EP ook niet veel verwachten. Het Franse kiesrecht geeft geen ruimte voor kiesrecht van derdelanders bij decentrale verkiezingen. Art. LO 227-1 van de Loi / Code Electorale van 25 mei 1998 bepaalt het volgende:

‘Les citoyens de l’Union européenne résidant en France, autres que les citoyens français, peuvent participer à l’élection des conseillers municipaux dans les mêmes conditions que les électeurs français, sous réserve des dispositions de la présente section.

Les personnes mentionnées au premier alinéa sont considérées comme résidant en France si elles y ont leur domicile réel ou si leur résidence y a un caractère continu.

Pour l’application de la présente section, l’élection des membres du Conseil de Paris est assimilée à

celle des conseillers municipaux.'

Deze bepaling is de uitkomst geweest van de lange discussie die in de jaren '90 van de twintigste eeuw heeft gewoed over de consequenties van het Europees burgerschap dat in het Verdrag van Maastricht was opgenomen en dat in Richtlijn 94/80/EG van 19 december 1994 verder was uitgewerkt. De Franse grondwet was vrij snel gewijzigd door de invoeging van art. 88-3, maar de regeling van het kiesrecht voor decentrale lichamen was in een aantal landen van de Unie nog vrij lang controversieel. Nederland was op dat punt een uitzondering omdat reeds bij de grondwetsherziening van 1983 het nieuwe art. 130 was ingevoegd, dat niet alleen aan EU-burgers maar aan alle immigranten onder bepaalde condities kiesrecht bij decentrale verkiezingen toekent (voorzover die verkiezingen geen invloed hebben op de samenstelling van de Staten-Generaal).

De eis van een 'domicile réel' is in Frankrijk overigens nog wel een lastige gezien het grote aantal seizoensbewoners in met name rustige Franse dorpjes, maar zij laat meer ruimte dan de eis van een 'verblijf met een permanent karakter'. EP had echter geen baat bij deze vorm van rekbaarheid om de simpele reden dat zij geen Unieburger (meer) was.

6. EP was echter ook voor een wat subtieler anker gaan liggen. Zij voerde een *Rottmann*-argument[3] aan: het verlies van kiesrecht zou een disproportioneel gevolg zijn van het verlies van het Unieburgerschap en het zou *in casu* een (bestuurlijke of rechterlijke) evenredigheidstoetsing niet doorstaan. In het licht van de coulance die derdelanders in de loop der jaren in de rechtspraak hebben mogen aantreffen, en in het licht van de EU-rechtelijke voordelen die toevallen aan burgers van landen die een associatieverdrag met de EU hebben gesloten, is dit nog niet zo'n gek argument. Het Hof wil er echter niet van weten, en in punt 62 van het arrest zegt het het volgende:

'In dit verband moet worden onderstreept dat het verlies van deze hoedanigheid en van het actief en passief kiesrecht bij verkiezingen in de lidstaat van verblijf van de betrokkene het automatische gevolg is van een soevereine beslissing van een voormalige lidstaat krachtens artikel 50, lid 1, VEU om zich uit de Unie terug te trekken en dus een derde land te worden. De zaken waarin het Hof heeft geoordeeld dat er een verplichting tot een individuele evenredigheidstoetsing van de gevolgen van het verlies van het Unieburgerschap bestond, hadden betrekking op specifieke, door het Unierecht beheerste situaties waarin een lidstaat de nationaliteit van particulieren had ingetrokken krachtens een wettelijke maatregel van die lidstaat (zie in die zin arrest van 12 maart 2019, Tjebbes e.a., C|221/17, EU:C:2019:189, punt 48) of krachtens een individueel besluit van de bevoegde autoriteiten van die lidstaat [zie in die zin arresten van 2 maart 2010, Rottmann, C|135/08, EU:C:2010:104, punt 42, en 18 januari 2022, Wiener Landesregierung (Intrekking van een naturalisatietoezegging), C|118/20, EU:C:2022:34, punt 74]. De uit deze verschillende arresten

voortvloeiende rechtspraak kan dus niet worden toegepast op een situatie als die in het hoofdgeding.'

Het verschil met de *Rottmann*-casus wordt door het Hof niet verder uitgewerkt, maar het feit dat het bij *Rottmann* om verlies van nationaliteit van een lidstaat ging en in de onderhavige casus om verlies van kiesrecht als gevolg van het behoud van (de Britse) nationaliteit vormt ongetwijfeld de crux van dit verschil.

7. Advocaat-generaal Collins kwam in zijn conclusie in deze zaak tot dezelfde bevinding als het Hof. *En passant* wijst het Hof er nog even fijntjes op – naar aanleiding van een verzoek van EP om te mogen reageren op de conclusie van de AG – dat een advocaat-generaal niet een adviserende buitenstaander is, maar een lid van de instelling (het Hof) dat in het openbaar zijn oordeel over de voorgelegde zaak geeft. Het Hof betreft dat oordeel vervolgens in zijn overwegingen, maar hoeft het uiteraard niet te volgen. In stelsels waarin de rechter met één mond spreekt zonder de mogelijkheid van *concurring of dissenting opinions* is de 'argumentatieve bifurcatie' (een term van Mitchel Lasser in zijn boek *Judicial Deliberations*,^[4] hoofdstuk 2) verpersoonlijkt door de advocaat-generaal. In Nederland is het parket bij de Hoge Raad onafhankelijk en staat het onder leiding van de procureur-generaal die niet hiërarchisch ondergeschikt is aan de president van de Hoge Raad. De positie van de AG's bij het Hof van Justitie is op dit punt een subtiële nuance anders: zij opereren in de praktijk in volstrekte onafhankelijkheid, maar zijn wel lid van hetzelfde hiërarchisch verband als de rechters.

8. Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie constateert (par. 23 e.v.) is er een vrij constante jurisprudentie van het Hof waar het gaat over de vraag of de lidstaten vrij zijn om te bepalen wie hun burgers zijn en wie niet. De lidstaten zijn daarin vrij, zoals blijkt uit de reeds genoemde *Rottmann*- en *Tjebbes*-rechtspraak, ook uit het arrest in de zaak *Wiener Landesregierung*, waarin het ging om het intrekken van een naturalisatietoezegging.^[5] De kiesrechtelijke gevolgen van de regeling van nationaliteit en/of verblijf op het grondgebied zijn geheel voor rekening van de betreffende staat. Ook het Verenigd Koninkrijk behoort tot de staten waarin nationaliteit en kiesrecht aan elkaar zijn gekoppeld. Personen die in het Verenigd Koninkrijk wonen, een permanente verblijfsvergunning hebben (*settled status*) en in het VK belasting betalen, komen daarmee nog niet zonder meer in aanmerking voor kiesrecht.

9. In dit verband is ook te bezien hoe het Hof omgaat met de uitleg van het terugtrekkingsakkoord waarin de Brexit vorm heeft gekregen. Art. 127 lid 1 onder b van dat verdrag bepaalt het volgende:

'Artikel 127 van het terugtrekkingsakkoord, „Omvang van de overgang”, bepaalt:

„1. Tenzij in dit akkoord anders is bepaald, is tijdens de overgangperiode het recht van de Unie van toepassing op en in het Verenigd Koninkrijk.

De volgende bepalingen van de Verdragen en door de instellingen, organen en instanties van de Unie vastgestelde handelingen zijn echter tijdens de overgangperiode niet van toepassing op en in het Verenigd Koninkrijk:

[...]

b) artikel 11, lid 4, VEU, artikel 20, lid 2, onder b), artikel 22 en artikel 24, eerste alinea, VWEU, de artikelen 39 en 40 van het [Handvest], en de op basis van die bepalingen vastgestelde handelingen.

[...]

6. Tenzij anders is bepaald in dit akkoord, worden verwijzingen naar de lidstaten in het krachtens lid 1 toepasselijke recht van de Unie, met inbegrip van de wijze waarop het door de lidstaten ten uitvoer wordt gelegd en toegepast, tijdens de overgangperiode zodanig begrepen dat deze het Verenigd Koninkrijk omvatten.”

Het Hof overweegt daarover in par. 72 dat het niet met het doel van dat verdrag overeenstemt om te aanvaarden dat er een ongelijkheid zou ontstaan tussen Britse burgers die in EU-lidstaten verblijven en Unieburgers die in het Verenigd Koninkrijk verblijven.

10. Het antwoord op de in de aanvang van deze noot gestelde vraag ‘Hoe zit dat?’ moet dus zijn dat het Hof deze casus tot aanleiding heeft genomen om nog eens ondubbelzinnig te wijzen op de consequenties van de eigen keuze van het Verenigd Koninkrijk. Britten die daarover ontevreden zijn of er nadelen van ondervinden moeten zich maar tot de regering in Londen wenden. Het ligt niet op de weg van de Europese rechter om de burgers van de voormalige lidstaat los te weken van die voormalige lidstaat door hen bepaalde rechten te laten uitoefenen die krachtens EU-recht exclusief aan Unieburgers toekomen. Nationaalrechtelijk zouden eventueel gunstiger regelingen voor die burgers kunnen worden gemaakt, maar Frankrijk heeft dat niet gedaan en is daartoe ook niet krachtens EU-recht verplicht.

Roel de Lange

Emeritus hoogleraar Staatsrecht en vergelijkend staatsrecht

[1] Zie *Shindler t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 mei 2013, nr. 19840/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0507JUD001984009, EHRC 2013/151, m.nt. R. de Lange.

[2] *Shindler*, reeds aangehaald (noot 2), par. 116.

[3] *Rottmann*, HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

[4] Oxford: Oxford University Press 2004.

[5] HvJ EU 18 januari 2022, C-118/20, ECLI:EU:C:2022:34.

ANNOTATIE

Künsberg Sarre t. Oostenrijk (EHRM, 19475/20 e.a.) – To von, or not to von. Suggestie van adeldom gelegitimeerd door het EVRM***R.P.J. Ritsema***

1. De onderhavige uitspraak is om twee redenen interessant. Ten eerste omdat een aantal onderlinge verschillende opvattingen van het EHRM die niettemin wel raakvlak met elkaar hebben voor het eerst in één uitspraak duidelijk samenkomen. Ten tweede omdat het Hof mijns inziens tot een verkeerde beoordeling van de feiten is gekomen, waardoor ten onrechte de klacht niet als een adelskwestie maar als een naamrechtswestie is gekwalificeerd. Waarbij het binnen die laatste kwalificatie wel tot een redelijke beoordeling en uitspraak conform de geldende jurisprudentie is gekomen. De zaak betreft de verwijdering uit het Oostenrijks bevolkingsregister van het verboden adellijke voorvoegsel *von*, na lange perioden – respectievelijk tussen de zestien en bijna vijftig jaar – van gebruik door klagers. Tevens werd een klager de uitgifte van een nieuwe identiteitskaart met het adellijk partikel *von* geweigerd. Volgens de Oostenrijkse staat was deze ingreep nodig om het grondwettelijk verbod op het gebruik van adellijke namen of delen van adellijke namen die geboorterechten of status aanduiden te handhaven. Om de merites van de uitspraak goed te kunnen duiden zal ik eerst de positie van het EHRM betreffende adeldom bespreken, om vervolgens de beoordeling van de *margin of appreciation* bij afgedwongen naamswijziging door de staat door te nemen.

2. Het niet hebben of wel hebben maar niet kunnen voeren van een adellijke titel – waaronder begrepen maar niet beperkt tot een adellijk predikaat, voorzetsel of verwijzing naar een waardigheid of heerlijkheid – zal in de regel niet snel met een schending van een mensenrecht worden geassocieerd.[1] Daarnaast betreft het aantal adellijken ook in getal een selecte groep mensen, gerelateerd aan een beperkt aantal partijstaten bij het EVRM die nog een van toepassing zijnd publiekrechtelijk adelstatuut kennen.[2] Het is daarom niet verwonderlijk dat het aantal Straatsburgse zaken waarin de beoordeling van adelsrechtelijke vragen centraal staan zeer gering is.[3] Wel zijn er eind jaren negentig twee belangrijke (ontvankelijkheids-)uitspraken gedaan.

3. De eerste zaak betrof een Nederlandse heer die naast de geslachtsnaam Wolff Metternich van zijn moeder ook haar adellijke titel wenste te verkrijgen. In het Nederlands adelsrecht kan echter alleen via de vaderlijke afstammingslijn adeldom worden verkregen. Volgens de Nederlandse regering is er een objectieve en redelijke grond voor dit verschil in behandeling voor wat betreft de overdracht van adellijke titels. Het betreft hier namelijk een historische instelling die uitsluitend aan dat historische karakter haar bestaansrecht ontleent en zich daarom niet leent voor aanpassing aan recentere opvattingen zoals de huidige denkwijze over gelijke behandeling van mannen en vrouwen.[4] Om onduidelijke redenen beriep de klager zich niet op art. 8 in samenhang met art. 14 EVRM maar alleen op de omstandigheid dat hij geen eerlijk proces zou gehad hebben waarop hij krachtens art. 6 EVRM wel recht gehad zou hebben. In de beoordeling gaf het EHRM eerst aan dat: ‘that the Convention does not guarantee, as such, a right to be included in an ancestry register and thus to become entitled to carry a noble title’.[5] Vervolgens was het Hof tevens van oordeel dat het Nederlandse recht in de onderhavige casus geen recht toekende op de verkrijging van een adellijke titel en dat derhalve: “the proceedings at issue cannot be regarded as falling within the scope of Article 6 § 1 of the Convention”. [6]

4. De tweede zaak, *De la Cierva Osorio de Moscoso*, betrof een viertal Spaanse dames die geen adellijke titel hadden verworven omdat naar het toenmalige Spaans recht mannen voorrang hebben op vrouwen in de lijn van opvolging van adellijke titels. Zij dienden een klacht in bij het Hof en beriepen zich naast op de art. 8 en 14 EVRM ook op art. 1 EP EVRM, dat ziet op de bescherming van eigendomsrechten door de staat. Het beroep op dit laatste artikel werd ondersteund door de argumentatie dat de betreffende titels ook een geldelijke waarde in de vorm van bijvoorbeeld sociale voordelen en verhoging van de persoonlijke prestige hebben. Bovendien gingen activa, met name onroerende goederen, uit de familiebezittingen vaak overeenkomstig het gewoonterecht over op de nieuwe titelhouder. Heel belangrijk was dat het Hof in deze zaak adellijke titels als zodanig niet *ratione materiae* onder enig verdragsartikel heeft gebracht: ‘the Court notes that the decision in issue did not concern a dispute over the surnames or first names of the applicants’. Derhalve oordeelde het dat “the fact that a nobiliary title may be entered on the civil register as an item of additional information facilitating the identification of the person concerned cannot suffice to bring the debate within the scope of Article 8”. [7] Omdat de adellijke titel dus niet onder de reikwijdte van art. 8 EVRM viel, kon ook geen geslaagd beroep worden gedaan op art. 14 EVRM, aangezien: ‘the applicants’ complaints under Article 8 are incompatible with the Convention *ratione materiae*. Accordingly, the complaints under Article 14 taken together with Article 8 are likewise incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention’.[8] Voor wat betreft de gemaakte pecuniaire claim, gegrond op een beroep op art. 1 EP afzonderlijk genomen en samen met art. 14 EVRM, was het EHRM zeer duidelijk: ‘that a nobiliary title cannot, as such,

be regarded as amounting to a “possession” within the meaning of that provision’ en dus ‘must be dismissed as being incompatible *ratione materiae* with those provisions’.[9]

5. Een belangrijke bijzaak in de beslissing in *Wolff Metternich* was de aantekening van het Hof in de beschrijving van het toepasselijke recht dat: ‘Under the relevant provisions of Dutch law governing names, noble titles and predicates form a part of a noble person’s family name’.[10] Belangrijk, omdat als deze zin letterlijk wordt genomen een dispuut over een adellijke titel een geschil over een naam kan worden, en dan komt wel degelijk de beschermde werking van de verdragsbepalingen van het ERM in zicht. Maar deze beschrijving van het ERM is te ongenueanceerd, omdat een adellijke titel in het Nederlandse, maar ook in het Belgische recht, als louter vererend accessoire van de familienaam dient te worden beschouwd.[11] Het Hof gaf – zoals eerder besproken – in de na de zaak *Wolff Metternich* genomen ontvankelijkheidsbeslissing in *De la Cierva Osorio de Moscoso* aan dat adellijke titels ‘an item of additional information’ zijn.[12] De adellijke titel is dus accessoir aan de geslachtsnaam en maakt daar geen onafscheidelijk deel vanuit. De regels omtrent verkrijging, verlies en doorgifte van adeldom en adellijke titels zijn dan ook niet te vinden in het naamrecht maar in het adelsrecht.[13] Daar komt bij dat nergens in de nationale wet- en regelgeving de adellijke titel als integraal onderdeel van de naam wordt beschouwd. Nu het Hof duidelijk heeft vastgesteld dat adellijke titels geen *civil rights* zijn en derhalve niet onder de bescherming van het ERM vallen, lijkt mij een andersoortig oordeel dan dat adeldom en dus het adelsrecht niet onder de *scope* van het ERM valt niet juist. Het ERM is er bovendien huiverig voor gebleken om met een beroep op het gelijkheidsbeginsel een in de kern discriminatoire praktijk te willen legitimeren. Men kan met andere woorden dus geen beroep doen op de verworvenheden van moderne rechtsregels om een archaïsche historische praktijk te willen bestendigen.[14]

6. Deze bevinding is van eminent belang voor de zaak in kwestie, want als het partikel *von* als een *nobiliary title* kan worden beschouwd zouden de klagers geen succesvol beroep kunnen doen op de bepalingen van het ERM. Uit de uitspraak blijkt duidelijk dat Oostenrijk het voorzetsel *von* als een woord ziet dat: “is generally likely to create the appearance of a noble origin and thus corresponding privileges (Anschein einer adeligen Herkunft und damit entsprechender Vorrechte), regardless of whether or not the specific name or family actually had historical ties to nobility’ en ‘that the use of the prefix “von” was likely to give the impression of a noble origin, especially in view of the linguistic and historical context in Austria’.[15] Met de wettelijke afschaffing in 1919 van de adellijke stand en daarmee de adellijke titels werd ook bepaald dat: “that the right to use the nobiliary particle “von” is abolished”.[16] Evident is dus dat het voorzetsel *von* in de Oostenrijkse context begrepen moet worden als *an item of additional information* dat gelijkgesteld kan worden aan een *nobiliary*

title, oftewel *von* als indicatie van adeldom. De gevolgtrekking is dan dat het hier geen dispuut betreft over de familienamen of voornamen van de appellanten. Conform de uitgezette lijn in de uitspraken *Wolff Metternich* en *De la Cierva Osorio de Moscoso* had het Hof dan ook mijns inziens niet anders kunnen besluiten dan tot afwijzing van de klachten wegens als niet *ratione materiae* vallend onder enig verdragsartikel. Anders dan onbekendheid met de tamelijk obscure thematiek kan ik geen redenen bedenken waarom Oostenrijk niet (primair) heeft gepleit voor niet-ontvankelijkheid en waarom het Hof dit niet ambtshalve heeft onderzocht.

7. Nu het EHRM de zaak echter heeft geclassificeerd als een naamzaak in plaats van een adelszaak is een nadere bespreking van de positionering van het Hof inzake afgedwongen naamswijziging door de staat gepast. Alhoewel in de onderhavige uitspraak de wettige herkomst niet ter discussie stond – ondanks het feit dat deze ‘*have been invented* [in het buitenland] *by their ancestor*’ - kunnen de criteria ontwikkeld in de zaak *Daróczy*, waar wel sprake was van een onrechtmatig verkregen naam, hier dienstig zijn.[17] De zaak *Daróczy* deed zich voor in Hongarije, waar onder nationaal recht de vrouw ervoor kan kiezen om de volledige naam van haar man aan te nemen, met inbegrip van alle voornamen. In *Daróczy* ging dit laatste mis, nu alleen de eerste voornaam en niet de tweede voornaam na huwelijk deel ging uitmaken van de gehuwde naam. De volledige naam had moeten zijn *Tibor Ipolyné Daróczy*, maar was *Tiborné Daróczy* geworden.[18] Merkwaardig genoeg kon deze verkeerde registratie meer dan vijftig jaar voortduren door een *mismatch* tussen de verschillende overheidsadministraties: het huwelijk was gesloten in 1950 en pas eind 2004 werd de naam wettelijk correct geregistreerd.[19] Was nu deze ingreep door de Hongaarse autoriteiten wel noodzakelijk en evenredig gezien het langdurig gebruik van de onjuist geregistreerde naam? Hongarije verweerde zich vrij summier door te wijzen op het belang van de juistheid van de officiële bevolkingsregisters en dat de bescherming daarvan het publieke belang dient. Het Hof dacht daar duidelijk anders over: ‘the Government did not put forward any convincing argument showing that the genuineness of the system of the State registries or the rights of the applicant’s late husband were at real risk. The restriction imposed on the applicant was therefore unacceptably rigid and completely disregarded her interests, in that she has been forced to alter a name which she has used for more than 50 years and which, beyond its relevance in self-identification and self-determination as mentioned above, also gave her a strong personal link to her husband’. Het stelde dan ook een schending van artikel 8 EVRM vast.[20] Enerzijds hebben de verdragsstaten bij het bepalen van de voorwaarden voor naamswijziging daarmee dus een grote *margin of appreciation*, waar nog bijkomt dat de nationale autoriteiten in beginsel beter in staat zijn om de graad van ongemak met betrekking tot het gebruik van de ene naam in plaats van een andere binnen hun nationale samenleving te beoordelen.[21] Anderzijds moet krachtens vaste jurisprudentie bij deze beoordeling ook rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van het individu in kwestie,

alhoewel artikel 8 geen expliciete procedurevereisten bevat is wel nodig dat: ‘pour la jouissance effective des droits garantis par cette disposition, que le processus décisionnel soit équitable et permette de respecter comme il se doit les intérêts de l’individu protégés par cette disposition’.[22] De rechter moet dan ook ingaan op de aangedragen persoonlijke en individuele beweegredenen die een verzoeker heeft en toetsen hoe deze zich verhouden tot een gestelde dwingende verplichting van openbare orde.[23]

8. Gelet op de voorgaande criteria mag het niet verwonderlijk heten dat het Hof in de onderliggende zaak een schending van artikel 8 EVRM vaststelt. Net als in *Daróczy* was het hier vooral het lange tijdsverloop dat de naam – *in casu* het adellijk voorzetsel *von* – reeds werd gevoerd waarbij de argumenten aangevoerd in het kader van publieke belangen niet opwogen tegen het private belang om de naam ongewijzigd te houden.[24] Het Oostenrijks totaalverbod tot het voeren van het partikel *von* zal in het kader van deze uitspraak dienen te worden heroverwogen. Mocht het daartoe niet komen dan is het wachten op een nieuwe zaak waarin de Oostenrijkse staat wel (primair) inzet op niet-ontvankelijkheid om het verbod op het voorzetsel *von* te handhaven of op voormalig adellijke Oostenrijkse families die in deze uitspraak aanleiding zouden kunnen zien om ook bezwaar te maken tegen de schrapping van hun *von* partikels.

Ruben Ritsema

Promovendus Universiteit Maastricht

[1] Met het voeren van een adellijke titel bedoel ik hier dat de staat niet alleen de adellijke titels officieel erkent maar deze vervolgens ook opneemt in bijvoorbeeld de bevolkingsadministratie, weergeeft op officiële documenten en/of (strafrechtelijke) beschermt tegen misbruik.

[2] Van oudsher is dit niet anders. Zo bestond in Frankrijk aan de vooravond van de revolutie de adellijke stand uit 110.000 personen, oftewel 0,44% van de toenmalige totale bevolking: R. Scurr, *Fatale zuiverheid. Robespierre en de Franse Revolutie*, Amsterdam: de Bezige Bij 2006, p. 41. Op basis van de laatst bekende cijfers is dat thans in België 0,29 % respectievelijk 0,06 % in Nederland van de totale bevolking.

[3] Schrijver dezes zijn zes zaken bekend. Naast de in deze noot besproken twee zaken heeft het EHRM nog één arrest gewezen betreffende een adelskwestie, het ging om een verzoek om in de Engelse erfelijke adelstand te worden opgenomen om zodoende in het House of Lords zitting te kunnen nemen: *X t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1978 (ontv.besl.), nr.

8208/78, ECLI:CE:ECHR:1978:1207DEC000820878. Omdat de problematiek die naar voren komt in deze uitspraak niet van belang is voor onderstaande noot laat ik verdere bespreking hiervan achterwege.

De overige drie zaken werden *inadmissible* verklaard. Het gaat om *Boreel de Mauregnault t. Nederland*, EHRM 2 september 2021 (ontv.besl.), nr. 20412/21, *Van Benthem van den Bergh t. Nederland*, EHRM 2 september 2021 (ontv.besl.), nr. 20413/21 en *Von Balluseck t. Nederland*, EHRM 25 juni 2015 (ontv.besl.), nr. 17573/15. De eerste twee zaken betrof het een adoptiekwesie en de laatste zaak over het verschil tussen wettige en niet wettige kinderen.

Met dank aan jhr. mr. A.R.P. Boddaert voor de verstrekte inlichtingen betreffende de laatste drie zaken.

[4] In Nederland vererfde adeldom van oudsher alleen langs wettige mannelijke lijn. Met de invoering van de Wet op de adeldom in 1994 verklaarde de Minister van Binnenlandse Zaken dan ook dat: ‘*Het adelsrecht moet [...] worden gezien als een historisch gegroeid instituut, dat alleen kan worden gehandhaafd als historisch instituut, maar dat zijn grondslag verliest als men zou trachten het naar eigentijdse denkbeelden te wijzigen of in te richten.*’, zie: *Kamerstukken II* 1989/90, 21485, nr. 3 (MvT). Deze verklaring werd echter al direct gelogenstraft door parlementaire amendementen waarin bepaald werd dat ook geadopteerde en buiten het huwelijk geboren kinderen adeldom kunnen verwerven. Door de aangenomen amendementen werd het klassieke principe dat adeldom alleen vererft langs wettige mannelijke lijn ernstig aangetast. Coenraad spreekt zelfs van een ‘*onherstelbare inbreuk [...] op de historische legitimatie van het instituut adeldom*’ en vraagt zich net als schrijver dezes af waarom de minister het wetsvoorstel niet heeft ingetrokken, zie: R.P.N. Coenraad, ‘Het Nederlandse adelsrecht. Een staatsrechtelijk overzicht van het vigerende adelsrecht’, *Virtus. Jaarboek voor adelsgeschiedenis* 2004, afl. 11, p. 168-169.

Zie voor een meer uitgebreide reflectie op deze materie: R.P.J. Ritsema, ‘Jonkheer, jonkvrouw, jonkx. Wijziging van geslachtsregistratie en vererving van ‘blauw bloed’’, *Nederlands Juristenblad* 2021, afl. 43, p. 3545-3549, JCDI:ADS553899:1 & R.P.J. Ritsema, ‘Her Lordship. Adellijke ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk inzake wettelijke geslachtsregistratie’, *Nederlands Juristenblad* 2022, weblog 7 juli 2022.

[5] *Wolff Metternich t. Nederland*, EHRM 18 mei 1999 (ontv.besl.), nr. 45908/99, ECLI:CE:ECHR:1999:0518JUD004590899, p. 5.

[6] *Wolf Metternich*, reeds aangehaald (noot 4), p. 5.

[7] *De la Cierva Osorio de Moscoso e.a. t. Spanje*, EHRM 28 oktober 1999 (ontv.besl.), nrs. 41127/98, 41503/98, 41717/98 en 45726/99, ECLI:CE:ECHR:1999:1028DECoo4112798, p. 8-9.

Ironisch genoeg veranderde kort na deze uitspraak de Spaanse wet in die zin dat de achtergestelde positie van vrouwen (met betrekking tot adellijke titels) ten opzichte van mannen werd afgeschaft.

[8] *De la Cierva Osorio de Moscoso*, reeds aangehaald (noot 5), p. 9.

[9] *De la Cierva Osorio de Moscoso*, reeds aangehaald (noot 5), p. 11.

In het Verenigd Koninkrijk kent men nog het zogeheten *manorial law* waarbij er sprake is van zogeheten *manorial titles* zoals *Lord of the Manor*. Deze titel betreft een wettelijk erkende vorm van eigendom getypeerd als een *non-physical property* die onafhankelijk van zijn historische rechten kan worden gehouden. Zie uitgebreid: C. Jessel, *The Law of the Manor*, Londen: Wildy, Simmonds and Hill Publishing 2012. Het zou wetenswaardig zijn om te weten hoe het EHRM over een dergelijke titel zal oordelen.

[10] *Wolff Metternich*, reeds aangehaald (noot 4), p. 3.

[11] Deze definitie komt terug in uitspraken van de hoogste nationaal bevoegde rechters van België en Nederland ten aanzien van het adelsrecht. Voor wat betreft België gaf het Hof van Cassatie reeds in een arrest uit 1927 deze klassieke definitie: '*Attendu que le titre de noblesse, tout en étant distinct du nom de famille, en est pourtant un complément honorifique*', *Marc de Becker-Remy et consorts t. procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles*, Hof van Cassatie 7 april 1927, Pasicrisie Belge I (Cassation) 1927, p. 194-208. Een herhaling van deze definitie zien we bij de Nederlandse Raad van State: '*De bij de naam behorende titel is weliswaar een element, doch van niet meer dan accessoire aard*'; zie *Taets van Amerongen en 22 anderen t. staatssecretaris van Justitie*, Afdeling rechtspraak van de Raad van State 12 november 1984, nr. Ro2831504, ECLI:NL:RVS:1984:AM8193 (een aardig feitje bij deze laatste zaak is dat namens de appellanten werd gepleit door baron de Vos van Steenwijk en door dhr. Haaze als vertegenwoordiger van de regering). De uitleg van het EHRM dat adellijke titels en predikaten onderdeel vormen van het Nederlands naamrecht is door de rechtbank Haarlem als onjuist aangemerkt in een zaak waarin deze rechtbank tevens oordeelde dat het predikaat "jonkheer" geen onderdeel uitmaakt van de geslachtsnaam, Rechtbank Haarlem 27 april 2012, nr. 184609, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW5042, r.o. 6.4 en 6.5.

[12] *De la Cierva Osorio de Moscoso*, reeds aangehaald (noot 5), p. 9.

[13] Hierbij komt nog dat families niet werden – en voor wat betreft België gezien het levende

adelsstatuut ook worden – ‘geadeld’, maar altijd individuen, waarbij naast erfelijke adeldom ook de figuur bestaat van persoonlijke adeldom (waarbij de adellijke titel niet overgaat op de volgende generatie) en getitelde adel bij recht van primogenituur (waarbij de adellijke titel meestal alleen overgaat op de wettige oudste zoon). Bij primogenituur is het niet zo, dat de overige leden van het geslacht in het geheel geen adellijke titel dragen. In de meeste gevallen dragen de overige leden alleen het predikaat jonkheer / jonkvrouw. Maar er zijn ook gevallen, waarbij de overige leden van de familie een lagere titel dragen.

[14] Eenzelfde standpunt heeft het VN-Mensenrechtencomité ingenomen: *‘the Committee considers that article 26 cannot be invoked in support of claiming a hereditary title of nobility, an institution that, due to its indivisible and exclusive nature, lies outside the underlying values behind the principles of equality before the law and non-discrimination protected by article 26. It therefore concludes that the author’s communication is incompatible ratione materiae with the provisions of the Covenant’*: Mercedes Carrión Barcaiztegui t. Spanje, VN-Mensenrechtencomité 30 maart 2004, nr. 1019/2001, par. 6.4.

Zie tevens *mutatis mutandis*: Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña t. Spanje, CEDAW-comité 9 augustus 2007, nr. 7/2005, par. 12.2.

[15] *Künsberg Sarre*, par. 11 en 48.

[16] *Künsberg Sarre*, par. 25.

[17] *Künsberg Sarre*, par. 6. Het aannemen of toe-eigenen van een ‘bijzondere’ naam is een voor de hand liggende manier voor mensen met een rijke fantasie om zich te onderscheiden, het gaat in de jurisprudentie dan ook om namen als *Von Künsberg Sarre*, *Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein* en *Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff*, en niet om namen als *Max Mustermann* of *Maria Musterfrau*.

[18] *Daróczy t. Hongarije*, EHRM 1 juli 2008, nr. 44378/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD004437805, par. 7.

[19] *Daróczy*, reeds aangehaald (noot 18), par. 12.

[20] *Daróczy*, reeds aangehaald (noot 18), par. 33.

[21] *Muna Macalin Moxamed Sed Dahir t. Zwitserland*, EHRM 15 september 2015 (ontv.besl.), nr. 12209/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0915DECO01220910, «EHRC» 2016/22 m.nt. K.M. de Vries, par. 28; *Henry Kismoun t. Frankrijk*, EHRM 5 maart 2014, nr. 32265/10, ECLI:CE:ECHR:2013:1205JUD003226510, par. 31; *Johansson t. Finland*, EHRM 6 september

2007, nr. 10163/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0906JUD001016302, par. 34; *Stjerna t. Finland*, EHRM 25 november 1994, nr. 18131/91, ECLI:CE:ECHR:1994:1125JUD001813191, par. 39.

[22] *Henry Kismoun*, reeds aangehaald (noot 21), par. 29. Zie tevens *Golemanova t. Bulgarije*, EHRM 17 februari 2011, nr. 11369/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0217JUD001136904, «EHRC» 2011/73, m.nt. L. Peroni, par. 40.

[23] *Henry Kismoun*, reeds aangehaald (noot 21), par. 35.

[24] Zie uitgebreid *Künsberg Sarre*, par. 58-74.

ANNOTATIE

Y t. Frankrijk (EHRM, nr. 76888/17) – Weigering rechter tot aanpassing bevolkingsregister voor intersekse persoon niet in strijd met EVRM***prof. mr. A.C. Hendriks en M.C. de Vries***

1. De uitspraak van het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* is het eerste oordeel over een intersekse persoon die had verzocht om aanpassing van het bevolkingsregister. Hen had daartoe gesteld dat Frankrijk het respect op het recht op privéleven had geschonden. Deze uitspraak volgt op eerdere oordelen van het Hof over het al dan niet wijzigen van het bevolkingsregister. Zo heeft het Hof sinds 1980 diverse malen uitspraak gedaan over het gebruik van de geslachtsaanduiding van personen in het bevolkingsregister^[1] en, sinds 2014, over de aanduiding van de privé- en gezinsrelatie tussen kinderen en ouders.^[2] Ondanks grote gelijkenissen, kiest het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* voor een terughoudender opstelling dan in eerdere uitspraken. Er komt geen positieve verplichting voor verdragsstaten om een derde gendercategorie aan het bevolkingsregister toe te voegen. Hieronder trachten wij de overwegingen van het Hof hiertoe te verklaren en hebben daarop ook wel enige kritiek.
2. Overheden schrijven hun inwoners na de geboorte in in een bevolkingsregister. De gegevens in dit register bevatten essentiële informatie over de bewoners, zoals de voornamen en achternaam, het geboorteland, de trouwdatum en de eventuele datum, plaats en het land van overlijden. Ook wordt daarin het geslacht van de betrokkene opgenomen. De precieze inrichting van het bevolkingsregister verschilt per land. Alle Europese landen hebben evenwel gemeen dat het bevolkingsregister de autoriteiten inzicht geeft in de omvang en samenstelling van de bevolking. Burgers kunnen zich aan de hand van de gegevens uit dit register ('uittreksel') identificeren of moeten die gegevens overleggen voor de inschrijving bij een woningbouwvereniging of het afleggen van bepaalde examens. Tegen deze achtergrond kan worden verklaard waarom bepaalde personen gegevens in dit register soms willen laten wijzigen vanwege feitelijke of ervaren onjuistheden.
3. In 1980 reageerde het Hof gereserveerd in de eerste zaak van een – wat door het Hof toen werd aangeduid als een – 'transseksueel' met betrekking tot een verzoek om wijziging van de

geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister. In de daarop volgende jaren is het Hof het belang van de juiste aanduiding van het geslacht bij transseksuele personen in het bevolkingsregister vanwege de privacy-implicaties meer gaan onderkennen. Zo kunnen derden op basis van deze gegevens te weten komen dat een vrouwelijke persoon als man is geboren – iets wat betrokkenen vaak heel vervelend vinden. Of krijgen zij deze informatie te zien doordat een persoon een uittreksel moet overleggen met daarop het ‘oude’ geslacht. Niettemin overwoog het Hof aanvankelijk, in de zaak *Rees* (1986), dat het verplichten tot het toestaan van geslachtsveranderingen bij transseksuele personen in het bevolkingsregister het registratiesysteem fundamenteel zou veranderen.[3] Er was, aldus het Hof in deze zaak, nog niet gebleken dat een geslachtsveranderende operatie bij de betrokkene had geresulteerd in het verkrijgen van nieuwe biologische eigenschappen van het andere geslacht. In 1990, in de zaak *Cossey*, overwoog het Hof dat er nog geen ‘significante wetenschappelijke ontwikkelingen hadden plaatsvonden’ om geslachtsveranderingen te erkennen.[4] In 1992 was kennelijk in beginsel wel aan deze voorwaarden voldaan. In de zaak *B. t. Frankrijk* oordeelde de Grote Kamer van het Hof dat een weigering van de overheid om de geslachtsaanduiding bij een transseksuele persoon in het bevolkingsregister te wijzigen een schending oplevert van artikel 8 EVRM,[5] al ging het Hof definitief om in de zaak *Christine Goodwin*. [6] De Grote Kamer van het Hof oordeelde in deze zaak dat klaagster ten onrechte niet kon trouwen omdat de autoriteiten weigerden haar nieuwe geslacht te erkennen. Daardoor was er sprake van een schending van artikel 8 EVRM. De aanduiding van het geslacht bij transseksuele personen betreft namelijk de persoonlijke intimiteit van de betrokkene, zoals beschermd door artikel 8 EVRM.[7]

4. In zaken over de aanduiding van privé- en gezinsrelaties tussen in het buitenland verwekte kinderen en de ouders die feitelijk het gezag uitoefenen over de kinderen was aanvankelijk sprake van een soortgelijke mate van gereserveerdheid van het Hof. De zaak *Mennesson* (2014) betrof een Frans echtpaar dat in de Verenigde Staten de wettige ouders waren geworden van een tweeling die via tussenkomst van een draagmoeder was geboren. De Franse autoriteiten weigerden de door een Amerikaanse rechter opgestelde ouderschapsverklaringen over te nemen in het bevolkingsregister. Het Hof oordeelde in deze zaak, waarin het veel gewicht toekende aan het belang van het kind, dat deze handelwijze van de Franse autoriteiten een inbreuk maakte op het privéleven van de tweeling, maar niet op dat van de ouders. In een op basis van Protocol 16 EVRM gegeven advies (2018) naar aanleiding van vragen van het Franse *Cour de Cassation* werkte het Hof deze uitspraak nader uit. Redenerend vanuit het belang van het kind dient de nationale wetgeving te voorzien in de erkenning van de juridische kind-ouderrelatie bij een via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kind.[8]

5. De vraagstelling die aan de zaak *Y t. Frankrijk* ten grondslag lag kent overeenkomsten met de verzoeken van transgender personen om de door hen gewenste geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister te wijzigen en de wensen van ouders over de aanduiding van hun relatie tot hun via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kinderen. Y had verzocht hun geslachtsaanduiding in het bevolkingsregister te wijzigen van mannelijk naar neutraal dan wel intersekse. Dat verzoek was door de Franse autoriteiten afgewezen. De stelling van klager was dat hen een interseksuele genderidentiteit heeft en henzelf noch als mannelijk, noch als vrouwelijk beschouwt. Deze omstandigheden lijken door niemand te worden betwist. Het Franse bevolkingsregister kent echter maar twee soorten van geslachtsaanduidingen: mannelijk en vrouwelijk. Een derde categorie is afwezig. De Franse nationale rechter zag geen mogelijkheid om deze indeling onrechtmatig te verklaren. Terzijde, de Franse rechter duidt klager consequent aan met 'hij' en 'hem'.

6. De Franse nationale rechter had de botsing tussen de ervaren genderidentiteit van Y en de bestaande registratie erkend. Ook had hij opgemerkt dat intersekse personen ervoor zouden moeten kunnen kiezen om in een neutrale gendercategorie in het bevolkingsregister te worden opgenomen dan wel het toegewezen gender te kunnen wijzigen. Erkenning van het verzoek van Y zou, aldus de Franse nationale rechter, impliceren dat een derde geslachtscategorie ontstaat. De Franse nationale rechter vond het vanwege de gevoelige biologische, morele en ethische aspecten niet aan de rechter om daarover te beslissen, maar een zaak waarover de wetgever zich zou moeten buigen. Dit niet in de laatste plaats omdat, zoals de *Cour de Cassation* had overwogen, de toevoeging van een neutrale categorie aan het bevolkingsregister door de rechter verreikende gevolgen zou hebben en moeten leiden tot veel wetswijzigingen.

7. Het Hof stemt in met het oordeel van de Franse rechters, maar niet voordat het het grote belang heeft onderstreept van het erkennen van een derde geslachtscategorie voor intersekse personen in het bevolkingsregister. Het Hof stelt vast dat er in de onderhavige situatie sprake is van een botsing tussen de individuele belangen van Y en het belang van de staat bij het beschikken over betrouwbare officiële registers, de onvervreemdbaarheid van een burgerlijke status en het behoud van de sociale en juridische inrichting van het Franse bevolkingsregister.

8. Voordat het Hof de door Y gestelde schending van artikel 8 EVRM afwijst, merkt het nog enkele zaken op. Het Hof neemt afstand van het oordeel van de Franse rechter dat sociaal gedrag en de uiterlijke kenmerken van een persoon zwaarder wegen dan de biologische realiteit van het intersekse zijn. De identiteit van personen kan niet worden gereduceerd tot de wijze waarop een persoon door anderen worden gezien. Tegelijkertijd erkent het Hof dat de rol van rechters in een rechtsstaat begrensd is. Het Hof moet dat ook respecteren, gelet op de *margin of appreciation* die verdragsstaten toekomt. Deze beleidsruimte is in de onderhavige

situatie ruim gelet op de verschillende opvattingen over intersekse in verschillende Europese landen (zie randnummer 11). De Franse nationale rechter laat het reguleren van het bevolkingsregister en de daarin opgenomen categorieën daarom over aan de wetgever. Het Hof concludeert aldus dat er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, ook al onderkent het de moeilijke situatie waarin intersekse personen zich kunnen bevinden. Het Hof benadrukt voorts dat het EVRM moet worden gezien als een ‘living instrument’, waarbij de inhoud en omvang van de rechten afhankelijk zijn van maatschappelijke ontwikkelingen.

9. Hoewel het Hof beargumenteert waarom het in de zaak *Y t. Frankrijk* de gestelde schending van artikel 8 EVRM afwijst, kunnen bij het eindoordeel vragen worden geplaatst. Dat geldt niet voor de ‘begripvolle’ overwegingen van het Hof naar klager toe en het belang van erkenning van intersekse. Door aldus te overwegen lijkt het Hof, anders dan in zijn eerder genoemde uitspraken in de zaken *Rees* en *Cossey*, niet te twijfelen aan de genderidentiteit van intersekse personen en de implicaties van toevoeging van een nieuwe, derde categorie aan het bevolkingsregister. Ook onderkent het Hof de problemen die intersekse personen kunnen ervaren en geeft het Hof nadrukkelijk aan dat het kunnen wijzigen van het bevolkingsregister voor deze groep in de toekomst wellicht mogelijk is. Niettemin oordeelt het Hof uiteindelijk dat er op grond van artikel 8 EVRM geen positieve verplichting voor de nationale rechter bestaat om het bevolkingsregister aan te passen. Dat vanwege het ontbreken van Europese consensus over dit vraagstuk (zie randnummer 11) en de machtscheiding in Frankrijk.

10. Wij menen dat dit eindoordeel ook anders had kunnen luiden. Anders dan in de eerder aangehaalde zaak *Rees* wilde het Hof zich in de zaak *Y t. Frankrijk* niet verschuilen achter het argument dat er met betrekking tot het gender intersekse geen maatschappelijke of wetenschappelijke consensus bestaat. Ook anderszins zie het Hof de noodzaak tot erkenning. Toegegeven, niet iedereen onderschrijft het belang van erkenning van een derde gender, net zomin iedereen de noodzaak ziet om de relatie tussen ouders met via kunstmatige voortplantingstechnieken geboren kind goed te regelen. Bovenal denken we dat het Hof strenger had kunnen oordelen.

11. De uitspraak van het Hof in de zaak *Y t. Frankrijk* is alles bij elkaar hoopvol, maar tegelijkertijd wat teleurstellend. Hoopvol omdat het Hof het belang van erkenning van de gendercategorie intersekse onderkent en ook het belang van respectering van de belangen van deze groep personen. De teleurstelling betreft de omstandigheid dat het Hof de mogelijkheid tot aanpassing van het bevolkingsregister c.q. toevoeging van een nieuwe categorie geheel aan de nationale autoriteiten laat. Evenmin draagt het Hof Frankrijk op de bestaande regels binnen een bepaalde periode te heroverwegen. Naar onze mening bestaan er geen wezenlijke, althans juridisch relevante, verschillen tussen het doorvoeren in het bevolkingsregister van een geslachtsverandering en het toevoegen van een nieuwe genderidentiteit. Duitsland heeft

het eigen bevolkingsregister in 2018 aldus aangepast: naast mannelijk en vrouwelijk bestaat daar de categorie 'intersekse' of 'anders'. Dit op basis van een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* uit 2017 waarin dit hof de wetgever tot eind 2018 de tijd gegeven de wetgeving aan te passen.[9] Ook het Grondwettelijk Hof in België had grote moeite met het binaire systeem van de Belgische Transgenderwet. Het Hof heeft een bepaling in die wet opgeheven wegens strijd met het zelfbeschikkingsbeginsel en de wetgever opgeroepen meer genderidentiteiten toe te staan dan thans het geval is.[10] Ook enkele andere Europese landen – IJsland, Malta, Nederland en Oostenrijk – staan het wijzigen van het bevolkingsregister bij intersekse personen op onderdelen toe. De meerderheid van de Europese landen is evenwel nog niet zover. Wat ons betreft is het de hoogste tijd in dat laatste verandering te brengen. Toevoeging van een derde gendercategorie aan het bevolkingsregister is een relatief beperkte verandering, maar kan voor de betrokkenen veel betekenen.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

M.C. de Vries

Kinderarts en hoogleraar normatieve aspecten van de geneeskunde, LUMC

[1] *Van Oosterwijck t. België*, EHRM 6 november 1980, nr. 7654/76,

ECLI:CE:ECHR:1980:1106JUD000765476.

[2] *Mennesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11,

ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211, «EHRC» 2014/222, m.nt. Koffeman.

[3] *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81,

ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281, *NJ* 1987/945, m.nt. Alkema.

[4] *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, nr. 10843/84,

ECLI:CE:ECHR:1990:0927JUD001084384

[5] *B. t. Frankrijk*, EHRM (GK) 25 maart 1992, nr. 13343/87,

ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001334387, *NJ* 199/679, m.nt. Alkema.

[6] *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95,

ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74, m.nt. Janssen en Van der Velde.

[7] *Schlumpf t. Zwitserland*, EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0108JUD002900206, «EHRC» 2009/35, m.nt. Hendriks; *Van Kück t. Duitsland*, nr. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, «EHRC» 2003/61, m.nt. Gerards; *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nr. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512, «EHRC» 2017/13; *S.V. t. Italië*, EHRM 11 oktober 2018, nr. 55216/08, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608, «EHRC» 2019/8 m.nt. Tichelaar; *Y.T. t. Bulgarije*, EHRM 9 juli 2020, nr. 41701/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0709JUD004170116, «EHRC» 2020/203; *Rana t. Hongarije*, EHRM 16 juli 2020, nr. 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817, «EHRC» 2020/209; *X en Y t. Roemenië*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2145/16 en 20607/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516, «EHRC» 2021/055 en *A.D. e.a. t. Georgië*, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417, «EHRC» 2022/308.

[8] Advisory Opinion, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, EHRM (GK) 10 april 2019, Request no. P16-2018-001.

[9] BVerfG 10 oktober 2017, 1 BvR 2019/16, ECLI:DE:BVerfG:2017:rs20171010.1bvr201916.

[10] Grondwettelijk Hof 19 juni 2019, rolnummer 6813, arrest nr. 99/2019, <https://www.const-court.be/public/n/2019/2019-099n.pdf>.

ANNOTATIE

Tonchev e.a. t. Bulgarije (EHRM, nr. 56862/15) – Niet-neutrale en mogelijk discriminerende overheidsinformatie over religieuze groepen**A.J. Overbeeke**

1. Geloofsgemeenschappen genieten op basis van het EVRM een breed scala aan rechten die, als ze gerespecteerd worden, condities scheppen voor een relatief rustig bestaan. De vrijheid van godsdienst is daarbij van centrale betekenis. Een rustig bestaan impliceert niet dat de positie van religies onaantastbaar is. Dat zou trouwens moeilijk te verenigen zijn met de beperkingsclausule in artikel 9, tweede lid, EVRM. Geloofsgemeenschappen kunnen uit het EVRM geen recht afleiden om niet onder kritiek gesteld te worden.

Artikel 10 EVRM biedt bescherming aan het bekritisieren van organisaties die waarschuwen voor als ‘sekten’ beschouwde religies.[1] Ruimte voor een kritisch debat over religies, in eerste instantie beschermd onder artikel 10 EVRM, is bovendien onmisbaar voor de godsdienstvrijheid zelf, omdat het (aanhangers van) religieuze groepen toelaat het verschil met andere groepen onder de aandacht te brengen, zo nodig in scherpe bewoordingen. Dat is met name van betekenis voor godsdienstige groepen die een sterk verkondigend karakter hebben. Jehovahgetuigen zijn daarvan het typevoorbeeld; de beschermwaardigheid van hun geloofsverkondiging werd dertig jaar geleden al bevestigd in het arrest *Kokkinakis t. Griekenland*.^[2]

Er is niet alleen een recht op kritische bejegening van andermans religie. Ook het recht om uitgangspunten van de eigen religie te bekritisieren en er desgewenst afscheid van te nemen of – met anderen – tot een afscheiding te komen, is beschermwaardig; in artikel 9 EVRM is dit recht, ‘de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen’, uitdrukkelijk vastgelegd.

2. Religiekritiek valt binnen het beschermingsbereik van artikel 10 EVRM als het gaat om opvattingen die door *private* personen wordt geuit. Interessant is de vraag naar de ruimte die *overheden* hebben om de bevolking waar nodig kritisch te informeren over en te waarschuwen voor geloofsgemeenschappen en geloofsmanifestaties. Het antwoord daarop is eerder door het

EHRM gegeven in een zaak waarin een niet-traditionele religieuze groepering, de Osho- (of Bhagwan-)beweging, klaagde over het feit dat zij negatief geportretteerd werd in een door een Duitse overheidsinstantie opgezette sekten-informatiecampagne, namelijk in het arrest *Leela Förderkreis e.V. e.a. t. Duitsland*.^[3] Dat arrest vormt met het recentere arrest *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*^[4] het richtsnoer bij het beoordelen van Bulgaars overheidsoptreden in de hier geannoteerde zaak.

3. Dat een overheid zich met het informeren over (praktijken van) religieuze groepen inlaat is niet ongebruikelijk. Het EHRM wijst er steeds op dat staten het recht hebben na te gaan of een beweging of vereniging, ogenschijnlijk met het oog op religieuze doeleinden, activiteiten ontplooit die schadelijk zijn voor de bevolking of voor de openbare veiligheid.^[5] Vanaf het eind van de 20ste eeuw, vooral naar aanleiding van ernstige geweldsincidenten bij enkele nieuwe religieuze bewegingen, namen overheden in enkele Europese landen het potentieel schadelijke karakter van deze bewegingen onder de loep en riepen ze soms zelfs 'sektenwaakhonden' in het leven.^[6] Het Hof signaleerde in 2005 in het arrest *Paturel t. Frankrijk* dat het debat over organisaties die als 'sekten' worden omschreven, van algemeen belang is.^[7] Daarbij wees het op aanbevelingen van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa uit 1992^[8] en 1999^[9] waarin werd gevraagd 'maatregelen te nemen om jongeren en het grote publiek te informeren en op te voeden' en waarin de Parlementaire Assemblee de noodzaak benadrukte 'om specifieke informatie over de geschiedenis en de filosofie van belangrijke denkrichtingen en religies op te nemen in academische leerplannen, met name voor tieners'.^[10]

4. Uit de aanbevelingen van de Parlementaire Assemblee blijkt dat de overheid hier uiterst behoedzaam heeft te opereren, om eenzijdigheid – en daarmee het verwijt van partijdigheid en het tekortkomen aan de neutraliteitsplicht of zelfs aan de daarmee samenhangende scheiding van kerk en staat^[11] – te voorkomen: 'Het is van het grootste belang te beschikken over betrouwbare informatie over deze groepen die niet uitsluitend afkomstig is van de sekten zelf of van verenigingen die zijn opgericht om de slachtoffers van sekten te verdedigen, en deze op grote schaal onder het grote publiek te verspreiden, zodra de betrokkenen zich over de objectiviteit van deze informatie hebben kunnen uitspreken'.^[12]

5. De betrouwbaarheid van overheidsinformatie over religies is ook in een ander kader van belang. Een overheid kan genoopt zijn zich een oordeel te vormen over de 'kwaliteit' van geloofsgemeenschappen, met name in de omstandigheid dat zij bijzondere faciliteiten verschaft aan geloofsgemeenschappen of hun aanhangers. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij claims op fiscale voordelen^[13] of bij erkennings- en registratieprocedures. In de recente zaak *Christian Religious Organization of Jehovah's Witnesses in the NKR t. Armenië* baseerde de overheid zich bij het afwijzen van een registratieverzoek van Jehovagetuigen op een

deskundigenbeoordeling die inhoudelijk heel vergelijkbaar is met het type informatie dat in antisekten-campagnes wordt verspreid.[14] Dit type zaken is van een andere orde dan die met betrekking tot informatiecampagnes, omdat de informatie betreffende een groep in de gegeven omstandigheden ondergeschikt is aan een andere kwestie, namelijk het al dan niet verkrijgen van een registratie, en de overheid de informatie niet inzet voor publieksinformatie. De overeenstemming zit hem in het feit dat er een inhoudelijk oordeel nodig kan zijn, voorafgaand aan een overheidshandelen. Positief: het van overheidswege desgevraagd verschaffen van een voorrecht aan een gemeenschap; negatief: het van overheidswege ongevraagd afgeven van een negatief signaal over de gemeenschap. In beide gevallen geldt dat de overheid bij een inhoudelijke beoordeling uiterst voorzichtig moet zijn, wil ze niet in conflict komen met haar neutraliteits- en onpartijdigheidsplicht waar het de legitimiteit van de religie-uitoefening betreft.[15]

6. Een overheid die zich op dit terrein begeeft moet zich er rekenschap van geven dat daarbij de godsdienstvrijheid van de in haar informatievoorziening beoordeelde religieuze groepen in het geding kan zijn. Hoewel het EHRM slechts beperkt gelegenheid kreeg zich over dit type van overheidsbeleid te buigen, zijn de belangrijkste maatstaven voldoende helder. Op deze jurisprudentie doet het Hof beroep in de zaak *Tonchev e.a. t. Bulgarije*. Het feitencomplex vertoont parallellen met dat in de zaak *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*[16]. Ook het eindoordeel vertoont overeenkomsten: in beide gevallen wordt een schending van artikel 9 EVRM vastgesteld en in beide gevallen wordt in een standaardformulering, overgenomen uit het arrest *Leela Förderkreis e.V. e.a. t. Duitsland*, [17] afgezien van een toetsing aan artikel 14 EVRM. Op dit kenmerk van deze jurisprudentie, een constante, komen we nog terug.

7. Eerst de feiten. Het gemeentebestuur van Burgas, een havenstad aan de Zwarte Zee, zond in 2008 een brief over sekten aan de directeurs van de scholen in de gemeente. De inhoud ervan moest onder de aandacht van alle leerlingen worden gebracht. De circulaire ging vergezeld van een informatieve nota. In deze documenten werden bepaalde religieuze bewegingen, waaronder de evangelische beweging waartoe verzoekers – twee lokale geloofsgemeenschappen en twee predikanten – behoren, aangeduid als ‘gevaarlijke religieuze sekten’ die ‘in strijd zijn met de Bulgaarse wetgeving, de burgerrechten en de openbare orde’ en waarvan de bijeenkomsten de deelnemers het risico van ‘psychische stoornissen’ opleveren. Het gemeentelijke persbureau gaf aansluitend een persbericht uit onder het kopje ‘Burgemeester roept op tot waakzaamheid bij hernieuwde activiteit van religieuze zendelingen rond het Paasfeest’. Diverse media maakten melding van het initiatief. Een groot aantal scholen deelde het gemeentebestuur mee dat de informatie tijdens de lessen of tijdens speciaal georganiseerde debatten aan hun leerlingen was doorgegeven. De campagne betrof

Jehovagetuigen, Mormonen en evangelische kerken van pinksterstrekking. De verzoekers, kerken en predikanten uit de laatste categorie, daagden het gemeentebestuur en het ministerie van Binnenlandse Zaken voor de bestuursrechter en de Commissie voor Bescherming tegen Discriminatie. Deze vorderingen werden afgewezen. De Commissie concludeerde onder meer dat 'het optreden van het stadhuis geen discriminatie op grond van godsdienst vormde'.^[18] De verzoekers betoogden dat de circulaire van het gemeentebestuur van Burgas een ongerechtvaardigde en discriminerende inmenging in hun recht op vrijheid van godsdienst vormde. Daarbij bleek dat juist het effect op de geloofsverkondigende activiteiten de klagers zorgen baarde. Het Hof komt tot het oordeel dat artikel 9 EVRM geschonden is en buigt zich niet afzonderlijk over de discriminatieklacht. Enkele punten uit het oordeel verdienen de aandacht.

8. Bij het toetsen van de klacht wijkt het Hof niet af van het al in 1993 in de zaak *Kokkinakis*^[19] gekozen uitgangspunt dat artikel 9 EVRM geen bescherming biedt aan wat het nu omschrijft als 'proselitisme van slecht allooi',^[20] waarmee bekeringsactiviteiten bedoeld zijn die bijvoorbeeld gepaard gaan met het aanbieden van materiële of sociale voordelen of met het uitoefenen van ongepaste druk met het oog op het winnen van aanhangers.^[21] In de afgelopen dertig jaar is er nog geen klacht aan het Hof voorgelegd waar het tot de vaststelling kon komen dat van dergelijk proselitisme sprake was. Ook nu wordt men op dit punt niet veel wijzer, omdat het Hof in zijn beoordeling niet tot een inhoudelijke beoordeling komt van de door de Bulgaarse overheid ingebrachte gegevens over aan de betrokken religieuze groepen toegeschreven wervingsmethoden.

9. Een in het arrest *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France* ontwikkeld^[22] (en in het besproken arrest verder niet ter discussie gesteld) uitgangspunt is dat door de overheid verspreide informatie over religies, met name als daarin diskwalificerende terminologie ten aanzien van een religieuze gemeenschap wordt gebruikt, een aantasting van de in artikel 9 EVRM gegarandeerde rechten kan vormen voor zover zij negatieve gevolgen kan hebben voor de uitoefening van de vrijheid van godsdienst door haar leden.^[23] De door de gemeente Burgas onder meer over de lokale evangelische kerken verspreide informatie kan volgens het Hof, wegens de daarin gebruikte termen en aantijgingen, als pejoratief en vijandig jegens de klagers worden aangemerkt. Het Hof weegt bovendien de impact van de campagne mee:^[24] het gaat om een initiatief van de gemeente waar de klagende gemeenschappen en hun geestelijk voorgangers opereren, de informatie is alle scholen op het gemeentelijk grondgebied toegezonden^[25] en van deze scholen werd bovendien verwacht dat ze de stedelijke overheid rapporteerden over de wijze waarop de informatie aan leerlingen kenbaar was gemaakt en hoe de leerlingen op deze informatie reageerden. De sterke lokale gerichtheid van het initiatief van de gemeente Burgas, waarbij de betrokken lokale geloofsgemeenschappen onmiddellijk in het

vizier kwamen en kinderen uit deze gemeenschappen in klasverband met de negatieve informatie over hun eigen geloofsgemeenschap werden geconfronteerd, ontbrak in de eerder in de zaak-*Leela Forderkreis e.V.* beoordeelde informatiecampagne. In die zaak ging het om uitingen op landelijk niveau met betrekking tot de Bhagwanbeweging, waarvan de bewoordingen bovendien werden gematigd nadat het Duitse grondwettelijk hof de Staat opdroeg neutraler te formuleren en zich gematigd op te stellen in zaken van godsdienst of overtuiging. Lasterlijke, discriminerende of misleidende uitlatingen werden verboden.[26] In de interne rechtsgang konden de klagers in de zaak *Tonchev* op dat vlak niets bereiken. In deze omstandigheden, zelfs als de campagne van de gemeente Burgas het recht van de verzoekende pastoors of hun geloofsgenoten om hun godsdienst te belijden door eredienst en praktische toepassing niet rechtstreeks beperkte, oordeelt het Hof dat de betrokken maatregelen negatieve gevolgen konden hebben voor de uitoefening van de godsdienstvrijheid door de aanhangers van de betrokken kerken.[27]

10. Het Hof houdt uitdrukkelijk vast aan het standpunt dat een staat bevoegd is na te gaan of door een groepering ondernomen activiteiten schadelijk zijn voor het publiek of voor de openbare orde en dat overheden – in casu de gemeente Burgas – maatregelen kunnen nemen ‘om minderjarigen te beschermen tegen de mogelijke gevaren van opdringerig proselitisme, met name door hun ter zake relevante informatie te verstrekken’.[28] Ook oordeelt het dat dergelijk preventief ingrijpen in beginsel verenigbaar is met de positieve verplichtingen van de verdragsluitende partijen uit hoofde van artikel 1 EVRM om de rechten en vrijheden van de onder hun rechtsmacht vallende personen te waarborgen.[29] Het Hof toetst de noodzaak van een inmenging door na te gaan of in dit geval een juist evenwicht is gevonden tussen de betrokken tegenstrijdige belangen, namelijk enerzijds de eerbiediging van het recht op vrijheid van godsdienst van verzoekers en anderzijds de plicht van de nationale autoriteiten om het publiek informatie te verstrekken over aangelegenheden van algemeen belang.[30]

11. In deze afweging vestigt het Hof, dat aanvaardt dat de autoriteiten kritische beoordelingen maken die de religieuze gevoeligheden kunnen kwetsen, de aandacht op het belang van het neutrale en objectieve karakter van de informatieverstrekking, om zo te voorkomen dat de godsdienstvrijheid wordt aangetast door bv. het gebruik van denigrerende termen of ongefundeerde beschuldigingen.[31] De informatie moet worden gestaafd door bewijzen van specifieke handelingen die een gevaar kunnen vormen voor de openbare orde of voor de belangen van anderen. Daarbij mag de legitimiteit van de betrokken overtuigingen niet in twijfel worden getrokken. Ten slotte moet het overheidsoptreden evenredig blijven aan de omstandigheden van het geval.[32] Op deze punten overtuigt de Bulgaarse overheid het Hof niet. De analyse is uiterst scherp. Volgens het Hof blijkt uit de brief en de informatienota die aan de scholen zijn toegezonden niet ‘dat de opstellers ervan de plicht tot neutraliteit en

onpartijdigheid van de overheid voor ogen hadden. Integendeel, deze documenten bevatten negatieve en ongenueanceerde oordelen, met name die waarin evangelische kerken worden afgeschilderd als ‘gevaarlijke sekten’ die ‘in strijd zijn met de Bulgaarse wetgeving, burgerrechten en openbare orde’ en ‘op religieuze gronden verdeeldheid en verzet veroorzaken binnen de Bulgaarse natie’. Voorts stelden zij ten onrechte bepaalde bewezen gevallen van misbruik van proselitisme aan de kaak als de gebruikelijke praktijk van deze kerken, die in feite door de Commissie voor de bescherming tegen discriminatie was vastgesteld. Ten slotte wijst het Hof erop dat de overheid vergelijkingen maakte met de overheersende orthodoxe godsdienst en verbanden legde – met name tussen het niet vereren van ‘nationale heiligen’ en de verdeeldheid van de Bulgaarse natie – die zouden kunnen worden geïnterpreteerd als het in twijfel trekken van de legitimiteit van het geloof en de praktijken van de betrokken kerken.[33] De denigrerende terminologie acht het Hof niet noodzakelijk als het erom gaat leerlingen te waarschuwen voor mogelijk misbruik door bepaalde religieuze groeperingen.[34] Alles afwegend concludeert het Hof, ook gelet op onder meer de pejoratieve en vijandige bewoordingen die de gemeente Burgas gebruikte ten aanzien van de religieuze beweging waartoe de klagers behoren, dat de Bulgaarse autoriteiten de beoordelingsmarge waarover zij beschikken hebben overschreden en een onevenredige inbreuk hebben gemaakt op verzoekers recht op vrijheid van godsdienst.[35]

12. Deze uitkomst en de overwegingen die eraan ten grondslag liggen blijven in de lijn van de eerder door het Hof uitgezette lijn bij het beoordelen van overheids campagnes met betrekking tot gevaarlijk geachte religieuze bewegingen. Meer van hetzelfde dus. Overheden houden ruimte over geloofsgemeenschappen te informeren en daarbij de term ‘sekte’ te gebruiken.[36] Toch verdient het arrest-*Tonchev* aandacht, omwille van de specifieke context van de zaak. In de eerste plaats is het arrest er een waarin, anders dan in de zaken *Leela Förderkreis* en *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov* niet een (in het betreffende land) nieuw ingekomen, mogelijk wat exotische, groep voorwerp is van de overheidsinformatiecampagne. In *Tonchev* gaat het om een klacht van (relatief sterk missionerende) evangelische kerkgemeenschappen die naar Bulgars religierecht geregistreerd zijn. Burgas heeft, wellicht omdat het een havenstad is, een relatief langere ervaring met religieuze pluriformiteit, ook met het protestantisme. In zekere zin is de stad de Bulgaarse bakermat van de in deze kwestie betrokken pinksterstroming binnen het Bulgaarse protestantisme. Deze deelstroming heeft zich er reeds meer dan een eeuw geleden gevestigd.[37] Het protestantisme werd al in het begin van de 19^{de} eeuw geïntroduceerd, toen het territorium nog onder Ottomaans gezag ressorteerde,[38] een regime dat ruimte liet aan het vestigen van de ‘vreemde’ protestantse variant van het christendom.[39] Het protestantisme, in het bijzonder het evangelische protestantisme, heeft in Bulgarije lang af te rekenen met argwaan, ook van de zijde van de overheid.[40] Bulgarije sleept overigens een

geschiedenis mee van verregaande controle op het religieuze leven. Interessant is daarom wat Bulgaarse rechter Kalaydjeva al eerder noteerde in een *partly dissenting opinion* bij het arrest-*Leela Förderkreis*: “The very notion of a State duty to “launch a large-scale campaign designed to ...stimulate a critical discussion” and “give official warnings” of “the potential dangers” of certain religious groups sounds familiar to anyone who experienced such “protection” for decades’.

13. Het maakt in deze aangelegenheid vervolgens ook nog uit welk kerk-en-staat-stelsel een land kent. Men kan als hypothese aannemen dat landen met een dominante kerk, met name als deze kerk in hoge mate (mede-)bepalend wordt geacht voor de nationale identiteit, het risico lopen een positieve houding jegens deze religie aan te vullen met een verdedigende houding tegen wat deze religie (en daarmee de natie) bedreigen kan. Andere religieuze groepen, met name minderheidsreligies die de positie van de nationale kerk (en daarmee de staat) kunnen aantasten komen dan al snel in de belangstelling. Dat kan ertoe leiden dat de reputatie van die categorie moedwillig wordt aangetast. Eventueel wordt de godsdienstvrijheid van een rivaliserende geloofsgemeenschap direct aangetast, soms zozeer dat het bestaan van deze gemeenschappen in het geding is.[41] Deze situaties vormen een potentiële voedingsbodem voor overheidshandelen, al dan niet op aanstichten van de dominante denominatie, dat strijdt met eisen van neutraliteit en onpartijdigheid. In die gevallen komt ook de vraag naar het respecteren van het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM) in beeld.

14. Zonder al te zeer te generaliseren kan worden vastgesteld dat hier vooral landen met een orthodoxe meerderheid in beeld komen.[42] Een groot deel van de omvangrijke (en diverse) jurisprudentie van het EHRM waarin de bejegening van onder meer christelijke minderheden aan de orde is, betreft staten waarin het oosters-orthodox christendom dominant of zelfs staatsreligie is. Bulgarije past in dit patroon. Dat de Bulgaars Orthodoxe Kerk een bijzondere status heeft blijkt al uit artikel 13 van de Bulgaarse Grondwet, waarin de godsdienstvrijheid, het beginsel van scheiding van kerk en staat is verankerd, maar waarin een derde lid luidt: “Het Oosters-orthodoxe christendom wordt beschouwd als de traditionele godsdienst in de Republiek Bulgarije”. In de praktijk komt het erop neer dat de Bulgaars Orthodoxe Kerk de bevoorrechte kerk is.[43]

Uit het arrest blijkt dat in de in de zaak *Tonchev* beoordeelde teksten (zie de hierboven bij nr. 11 geciteerde paragraaf 62 uit het arrest) de Oosters-Orthodoxe religie in de antisecteninformatie van de gemeente Burgas als het ware als inhoudelijke maatstaf is gehanteerd bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de religie-uitoefening van de klagers. Het niet participeren in feestdagen met Orthodoxe achtergrond is bijvoorbeeld als bezwaar ingebracht tegen de niet-Orthodoxe geloofsgemeenschappen. Die uitdrukkelijke koppeling met de dominante religie was niet aanwezig in de vergelijkbare zaak *Centre of*

Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov. De Bulgaarse Commissie voor Bescherming tegen Discriminatie oordeelde dat er geen sprake was van discriminatie. Hierbij moet ook nog bedacht worden dat groei van deze niet-orthodoxe groepen – hoe bescheiden ook – ten koste gaat van de dominante nationale Orthodoxe kerk. Dit alles nodigt uit de kwestie, anders dan het Hof meende te moeten doen, toch te onderzoeken onder artikel 14 EVRM. Het Hof liet deze mogelijkheid – trouw aan de eigen traditie – liggen.[44] Henrard betreunde deze opvallende terughoudendheid al in 2009: ‘Unfortunately, the Court does seem to abdicate an assessment in terms of Article 14 even where a differential treatment is a key element of the case, as is often the case when religious minorities are implicated. In this way another important avenue for an enhanced protection of religious minorities can be seen to have been disregarded’.[45]

A.J. Overbeeke

[1] *Paturel t. Frankrijk*, EHRM 22 december 2005, nr. 54968/00, ECLI:CE:ECHR:2005:1222JUD005496800.

[2] *Kokkinakis t Griekenland*, 25 mei EHRM 1993, nr. 14307/88, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788

[3] *Leela Förderkreis E.V. e.a. t. Duitsland*, EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00, ECLI:CE:ECHR:2008:1106JUD005891100, «EHRC» 2009/3 m.nt. H. Griffioen, *NJCM-Bulletin* 34:3, 2009, p. 268 m.nt. H.-M. ten Napel, ‘Een bevoegdheid van de staat tot preventief optreden terzake van nieuwe religieuze bewegingen’, annotatie bij *Leela Förderkreis E.V. e.a. t. Duitsland*, EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00, *NJCM-Bulletin* 34:3, 2009, p. 279.

[4] *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*, EHRM 23 november 2021, nr. 37477/11, ECLI:CE:ECHR:2021:1123JUD003747711, *EHRC Updates* 2021/317, m.nt. A.J. Overbeeke.

[5] *Leela Förderkreis e.V. e.a. t. Duitsland*, par. 93; *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*, par 39; *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, EHRM 13 december 2022, nr. 56862/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD005686215, par. 59.

[6] De Nederlandse overheid zag daar overigens geen heil in. Zie bijv. antwoord Minister van Justitie Grapperhaus in 2019: Aanhangsel Handelingen II 2018/19, nr. 1762. Zie voor een pleidooi voor dergelijk instituut: F.T. Oldenhuis, ‘Op de grens tussen kerk en sekte; een onderzoek naar het gedogen van sektarische geloofsgemeenschappen binnen de rechtsstaat’ in C. H. C. Overes, en W. J. M. van Veen (Eds.), *Met recht betrokken. Opstellen aangeboden aan*

prof.mr. T.J. van der Ploeg, Deventer: Kluwer, 2012, pp. 214-215. Zie kritisch over een ‘militante’ aanpak: H.-M. ten Napel,

[7] *Paturel t. Frankrijk*, EHRM 22 december 2005, nr. 54968/00, ECLI:CE:ECHR:2005:1222JUD005496800

[8] Parliamentary Assembly, Recommendation 1178 (1992) on *Sects and new religious movements*.

[9] Parliamentary Assembly, Recommendation 1412 (1999) on *Illegal activities of sects*.

[10] Parliamentary Assembly, Recommendation 1412 (1999) on *Illegal activities of sects*, nr. 8.

[11] W. Hins, *Smaad door de staat. Botsende grondrechten bij uitingen van de overheid*, oratie 6 februari 2009, Leiden; Delex, p. 17.

[12] Parliamentary Assembly, Recommendation 1412 (1999) on *Illegal activities of sects*, nr. 7.

[13] *Assemblée chrétienne des Témoins de Jéhovah d’Anderlecht e.a. t. België*, EHRM 5 april 2022, nr. 20165/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD002016520, *EHRC Updates* 2022/114, m.nt. A.J. Overbeeke.

[14] *Christian Religious Organization of Jehovah’s Witnesses in the NKR t. Armenië*, EHRM 22 maart 2022, nr. 41817/10, ECLI:CE:ECHR:2022:0322JUD004181710

[15] *Christian Religious Organization of Jehovah’s Witnesses in the NKR t. Armenië*, par. 76.

[16] *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*, par. 5-13

[17] *Leela Förderkreis E.V. e.a. t. Duitsland*, par. 105. Ook terug te vinden in het oordeel met betrekking van de fiscale bejegening van als sekte gekwalificeerde organisaties: *Association Cultuelle du Temple Pyramide t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2013, nr. 50471/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0131JUD005047107, par. 45, *Association des Chevaliers du Lotus d’Or t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2013, nr. 50615/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0131JUD005061507, par. 44.

[18] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 16.

[19] *Kokkinakis t. Griekenland*, par. 48, ook, over evangelisch proselitisme door officieren: *Larissis e.a. t. Griekenland*, EHRM, 24 februari 1998, nrs. 23372/94, 26377/94 en 26378/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0224JUD002337294, par. 45.

[20] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 46.

[21] De term ‘misplaced proselytims’ is al gemunt in 1976, maar ging daar nog (in de context van art. 2 Eerste Protocol EVRM) over door leerkrachten van overheidsscholen ondernomen lesactiviteiten; zie *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken*, EHRM 7 december 1976, nrs. 5095/71, 5920/72 en 5926/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571, NJ 1978/235 m.nt. E.A. Alkema, par. 54.

[22] *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah de France t. Frankrijk*, EHRM 6 november 2001 (ontv.besl.), ECLI:CE:ECHR:2001:1106DEC005343099.

[23] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 52.

[24] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 53.

[25] Deze schoolgerichte aanpak zien we ook terug in de feitenbeschrijving in *Centre of Societies for Krishna Consciousness in Russia en Frolov t. Rusland*, par 8.

[26] *Leela Förderkreis e.V. e.a. t. Duitsland*, par. 23.

[27] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 53.

[28] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 56.

[29] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 59.

[30] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 57.

[31] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 60.

[32] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 61.

[33] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 62.

[34] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 63.

[35] *Tonchev e.a. t. Bulgarije*, par. 65.

[36] Anders: M. Introvigne, ‘European Court of Human Rights: Governments Should Not Call Minority Religions “Cults”’, blog (30 december 2022) <https://bitterwinter.org/european-court-of-human-rights-governments-should-not-call-minority-religions-cults/>

[37] D. Augustine, ‘The Development of Pentecostalism in Central European Countries; Poland, Bulgaria, Hungary, Czech Republic & Slovakia (3. Bulgarian Pentecostalism)’, in: W.K. Kay en A.E. Dyer (red.), *European Pentecostalism*, Leiden: Brill, 2011, p. 239.

[38] M. Koinova, 'Ethnic and Religious Minorities in Bulgaria', 2 *SEER: Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe* 1999 (2), p. 155.

[39] P. Parushev en T. Pilli, 'Protestantism in Eastern Europe to the Present Day' in A.E. McGrath en D.C. Marks (red.), *The Blackwell Companion to Protestantism*, New Jersey: Blackwell 2004, p. 155.

[40] M. Koinova, 'Ethnic and Religious Minorities in Bulgaria', 2 *SEER: Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe* 1999 (2), p. 156.

[41] *Metropolitan Church of Bessarabia e.a. t. Moldavië*, EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1213JUD004570199, «EHRC» 2002/9 m.nt. J.H. Gerards.

[42] Zie in dit verband A. Pollis, 'Eastern Orthodoxy and Human Rights', *Human Rights Quarterly* 1993, 339-356.

[43] Zie over het 'established'-achtige karakter van de Bulgaars Orthodoxe Kerk: P. Petkoff, 'Church-state relations under the Bulgarian denominations act 2002: Religious pluralism and established church and the impact of other models of law on religion', 33 *Religion, State & Society* 2005 (4), pp. 315-337.

[44] Een recente uitzondering hierop is de aanpak in de beoordeling van de zaak *Assemblée chrétienne des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht*, waar het Hof oordeelde over het ontnemen van een belastingvoordeel aan religies waarvan het 'authentieke' karakter niet kan worden vastgesteld ('fictieve religies') en besloot tot schending van art. 14 j° art. 9 EVRM en art. 1 Eerste Protocol. Ter relativering: de partijen in deze zaak waren het erover eens dat het overheidsoptreden een verschil in behandeling betrof. Zie *Assemblée chrétienne des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht e.a. t. België*, par. 42.

[45] K. Henrard, 'Minority specific rights: a protection of religious minorities going beyond the freedom of religion?', *European Yearbook on Minority Issues* 2009, pp. 17-18.

ANNOTATIE

Pavlov e.a. t. Rusland (EHRM, 31612/09) – Russische staat treft te weinig effectieve maatregelen tegen ernstige luchtverontreiniging***R.P.C.M. van Wel***

1. In *Pavlov e.a. t. Rusland* voerden de klagers aan dat de Russische staat zijn positieve verplichting om hen te beschermen tegen ernstige industriële lucht- en watervervuiling had geschonden, met als gevolg dat hun gezondheid en levenskwaliteit jarenlang in gevaar was gebracht. De klagers waren allen woonachtig in de stad Lipetsk. Deze stad, met meer dan een half miljoen inwoners, stond bekend als een van de steden van Rusland waar de luchtvervuiling het hoogst was. Deze luchtvervuiling was grotendeels afkomstig van de (grote) staal- en cementfabrieken uit de omgeving. De bescherming vanuit de overheid tegen deze vervuiling was volgens de klagers zo minimaal dat hun recht op respect voor het privéleven, zoals neergelegd in artikel 8, eerste lid, EVRM was geschonden.

In deze annotatie ga ik eerst in op de vaststelling van de schending van artikel 8, eerste lid, EVRM door het Hof (randnr. 2 en 3). Daarna bespreek ik het uitputtingsvereiste van artikel 35, eerste lid, EVRM en licht ik toe waarom kanttekeningen zijn te plaatsten bij de wijze waarop het Hof dit vereiste heeft toegepast in onderstaande zaak (par. 4-6).

2. Uit de jurisprudentie van het Hof is op te maken dat velerlei rechtsgebieden onder het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM vallen.[1] Zoals het Hof meerdere malen heeft geoordeeld, zo ook in deze zaak, is een inbreuk op één of meerdere rechten uit artikel 8, eerste lid, EVRM onrechtmatig als één of meer van deze rechten wordt aangetast, en deze aantasting niet kan worden gerechtvaardigd middels de drietrapsraket van artikel 8, tweede lid, EVRM. Dit geldt voor de zowel voor de positieve als de negatieve verplichtingen die uit artikel 8 EVRM voortvloeien.[2] In omgevingsrechtelijke situaties, zoals in *Pavlov*, hanteert het Hof twee voorwaarden om vast te stellen of artikel 8 EVRM van toepassing is. Ten eerste dient sprake te zijn van een daadwerkelijke inmenging in de privésfeer van de klagers. Ten tweede dient die inmenging een ‘*minimum level of severity*’ te hebben bereikt. Bij de tweede voorwaarde dient zich voor de klagers de eerste moeilijkheid aan. Het staat buiten kijf dat

luchtverontreiniging in zijn algemeenheid slecht is voor de gezondheid en daarmee een slechte invloed heeft op iemands privéleven. Echter, is het lastig om vast te stellen hoezeer de luchtverontreiniging heeft bijgedragen aan de gezondheidsschade van een individu. Daarvoor dient immers ook acht te worden geslagen op andere relevante omstandigheden zoals leeftijd, beroep en persoonlijke leefstijl. Het Hof komt ondanks het gebrek aan medisch bewijs tot de conclusie dat wonen in het gebied waar de vervuilingsnormen worden overschreden, tot gevolg heeft dat de klagers een verhoogde kans hebben op gezondheidsschade. Dit overweegt het Hof op basis van het uitvoerige bewijs dat door beide partijen is aangeleverd, waaronder officiële rapporten en nationale vonnissen. Het Hof komt hierdoor tot de conclusie dat de kwaliteit van leven van de klagers zodanig is verslechterd, dat er sprake is van een inbreuk op hun recht op respect voor het privéleven. De vervuiling is daarnaast van een dergelijk ernstige aard dat het om vervuiling gaat die een normaal vervuilingsniveau in een moderne stad dermate overstijgt waardoor de inbreuk ook het '*minimum level of severity*' heeft bereikt en daarmee is artikel 8, eerste lid, EVRM van toepassing. De klagers worden dan ook ontvankelijk verklaard in hun vordering. In haar blog gaat Schuldt in op het gegeven dat het zeer lastig is om het causale verband tussen toekomstige gezondheidsschade van de klagers en de verontreiniging afkomstig van die ene bron vast te stellen. Zij prijst dan ook het Hof dat het in dit arrest een niet-limitatieve samenvatting van bewijsmiddelen heeft gegeven om dit causale verband vast te stellen. Waarmee volgens haar ook duidelijk wordt dat het Hof een vrije benadering heeft naar mogelijke bewijsmiddelen.[3] Het geven van omstandigheden om dit causale verband aan te tonen acht ik net zoals Schuldt een gewenste ontwikkeling. Immers, weten toekomstige klagers in vergelijkbare zaken dat zij bepaalde bewijzen dienen te verzamelen en is het geen 'shot in the dark' welke bewijzen relevant worden geacht door het Hof.

3. Na de bovengenoemde vaststelling moest het Hof beoordelen of de Russische overheid een 'fair balance', zoals vereist door artikel 8, tweede lid, EVRM had gevonden tussen enerzijds de belangen van de verzoekers en anderzijds de belangen van de gemeenschap in zijn geheel. Het is vaste jurisprudentie dat het Hof hierbij een zogeheten '*margin of appreciation*' laat aan de verdragsstaten. Gelet op deze marge had het Hof zich eenvoudigweg kunnen aansluiten bij de toetsing zoals die was verricht door de Russische rechter. Het Hof doet dit echter niet met de (enigszins schokkende) vaststelling dat de Russische rechter enkel heeft beoordeeld of de Russische overheid maatregelen heeft getroffen. Of deze maatregelen ook daadwerkelijk effectief waren heeft de Russische rechter niet beoordeeld. Het Hof komt tot de conclusie, gelet op verschillende officiële onderzoeken, dat pas vanaf 2014 de genomen maatregelen daadwerkelijk zodanig effectief waren dat de luchtverontreiniging tot een acceptabel niveau kwam. Gelet daarop komt het Hof tot de conclusie dat de Russische overheid haar positieve verplichting om de verzoekers te beschermen, heeft geschonden van 5 mei 1998 (de dag dat

het EVRM van kracht werd in Rusland) tot en met eind 2013. Het Hof verplicht Rusland tot het betalen van een schadevergoeding van 2500 euro aan alle 22 verzoekers. Ondanks het feit dat Rusland geen lid meer is van de Raad van Europa, is de deur van het Hof voor andere inwoners van Lipetsk met eenzelfde klacht als de klagers in *Pavlov* niet gesloten. Immers, heeft de schending ruim voor 16 september 2022 plaatsgevonden.[4]

De benadering van het Hof ten opzichte van het recht op schadevergoeding van een individu bij luchtverontreiniging, verschilt wezenlijk met die van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie). In *JP v. Ministre de la Transition écologique*[5] oordeelde het Hof van Justitie dat de richtlijnen 2008/50, 96/62, 1999/30, 80/779 en 85/203, die ieder gaan over de luchtkwaliteit, geen rechten toekent aan individuen. Met als gevolg dat bij schending van de verplichtingen uit deze richtlijnen geen aansprakelijkheid kan ontstaan voor de staat voor de geleden schade door een individu.[6]

4. Voordat het Hof überhaupt tot bovenstaand oordeel kon komen, diende het zich te buigen over de situatie dat enkel zeven van de tweeëntwintig appellanten in hoger beroep waren gegaan tegen het oordeel van de Russische rechter in eerste aanleg. Dit lijkt op het eerste oog strijdig met het vereiste van artikel 35, eerste lid, EVRM waarin is bepaald dat de klagers de nationale rechtsmiddelen moeten uitputten. Het Hof oordeelde echter dat de vijftien klagers waren ontheven van de verplichting om de nationale rechtsmiddelen uit te putten, omdat zij zich in een ‘zeer vergelijkbare situatie’ bevonden als de zeven appellanten die wel in beroep waren gegaan en de vijftien klagers ook op ‘dezelfde manier werden geraakt’ werden door die hoger beroepsprocedure.

5. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het vereiste van artikel 35, eerste lid, EVRM met enige flexibiliteit en zonder excessief formalisme moet worden toegepast.[7] Het Hof heeft in de loop der jaren dan ook verschillende uitzonderingen aangenomen op het voornoemde vereiste.[8] In *Pavlov e.a* gebruikt het Hof de uitzondering van de ‘zeer vergelijkbare situatie’. Hoewel het aannemen van deze uitzondering voor de klagers in de zaak *Pavlov* tot een gunstige uitkomst leidt, hanteert het Hof hiermee mijns inziens een onjuiste werkwijze. In zekere zin bevinden alle inwoners van Lipetsk zich in een ‘zeer vergelijkbare situatie’ en worden zij met deze vervuiling allen op ‘dezelfde manier geraakt’. De overweging van het Hof heeft daarmee tot gevolg dat in theorie een half miljoen mensen een beroepsschrift kunnen indienen bij de rechter in eerste aanleg, waarna enkel één of enkele van deze groep de nationale rechtsmiddelen uitputten. Vervolgens kan die enorme groep die niet de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput ‘tekenen bij het kruisje’, toegelaten worden tot de procedure bij het Hof, en kan hen het recht op een schadevergoeding worden toegekend. Derhalve was het zuiverder geweest als het Hof de desbetreffende 15 klagers niet-ontvankelijk had verklaard. Hiermee zou immers een (mogelijke) precedentwerking worden voorkomen. Dit heeft tot

gevolg dat de eis van artikel 35, eerste lid, EVRM, in soortgelijke zaken of zaken waarbij veel meer klagers een verzoek indienen, zijn werking verliest en een (mogelijk) verdienmodel wordt gecreëerd. Rechters Elósegui en Roosma merkten dit ook op in hun gedeeltelijke *dissenting opinion* waarbij zij voornoemde ontwikkeling zorgelijk achten.

6. De werkwijze van het Hof in *Pavlov e.a.* is vergelijkbaar met de werkwijze van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak) in haar uitspraak van 23 december 2020.[9] Zij oordeelde in deze uitspraak, waar een omgevingsvergunning voor de realisatie van een zonnepark centraal stond, dat het niet van iedere indiener van het hoger beroep ging beoordelen of zij daadwerkelijk als belanghebbenden konden worden aangemerkt. Zij vond het voldoende om het besluit inhoudelijk te beoordelen als één van de indieners van het hoger beroep als belanghebbende kon worden bestempeld.[10] Dit vind ik echter wel een gewenste ontwikkeling, aangezien hiermee wordt voorkomen dat de bestuursrechter van iedere indiener moet gaan beoordelen of diegene belanghebbende is, waarna het besluit toch inhoudelijk wordt beoordeeld ‘omdat één van die indieners binnen is’. Deze pragmatische aanpak door de bestuursrechter zou mijns inziens enkel problematisch worden als deze indieners van het hoger beroep vervolgens ook een recht zouden krijgen op een schadevergoeding of een proceskostenvergoeding. Immers, zou dan hetzelfde probleem de kop opsteken zoals aangehaald onder randnummer 5.

R.P.C.M. van Wel

Gerechtsjurist bestuursrecht Rechtbank Gelderland (op persoonlijke titel geschreven)

[1] Zie voor een overzicht annotatie R.P.C.M. van Wel, bij *Kapa e.a. t. Polen*, par 1, EHRM 14 oktober 2021, nr. 75031/13, ECLI:CE:ECHR:2021:1014JUD7503113, *EHRC Updates* 2021/263.

[2] Zie bijvoorbeeld: *Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 98, EHRM 8 juli 2003 (GK), nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, «EHRC» 2003/71 m.nt. Janssen en *Fadeyeva t. Rusland*, par. 102, EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0609JUD005572300, «EHRC» 2005/80, m.nt. Janssen 2005/97.

[3] N. Schuldt, ‘Pavlov v. Russia: welcoming the court’s proactive shift in its handling of environmental complaints, including their evidentiary challenges’, *strasbourgobserves.com* 15 november 2022.

[4] Op basis van ‘Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, blijft het Hof bevoegd voor de

behandeling van verzoeken tegen de Russische Federatie die betrekking hebben op handelingen of nalatigheden die een schending van het EHRM kunnen vormen, als ze vóór 16 september 2022 plaats hebben gevonden.

[5] HvJEU 22 december 2022, ECLI:EU:C:2022:1015 (*JP v. Ministre de la Transition écologique*)

[6] Zie ook H. van Eijken en J. Krommendijk, ‘Does the Court of Justice clear the air: a Schurznorm in state liability after all?’, eulawlive.com 10 januari 2023.

[7] *Elçi e.a. t. Turkije*, par. 605, EHRM 13 november 2003, nrs. 23145/93 en 25091/94, ECLI:CE:ECHR:2003:1113JUD002314593; *Vuckovic e.a. t. Servië*, par. 76, EHRM 25 maart 2014 (GK), nrs. 17153/11 e.v., ECLI:CE:ECHR:2014:0325JUD001715311.

[8] Zo is een (vaste) uitzondering dat wanneer het overgeslagen rechtsmiddel bestempeld kan worden als ‘ineffectief’, oftewel wanneer het rechtsmiddel dat de klager niet heeft ingesteld ‘gedoemd was te mislukken’ de klager alsnog ontvankelijk wordt verklaard, zie *Salah Sheekh t. Nederland*, par. 121, EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD000194804. Ook hoeft een verzoeker die een verzoekschrift indient met de klacht dat de redelijke termijn zoals neergelegd in artikel 6, eerste lid, EVRM wordt geschonden, in de regel niet te voldoen aan het uitputtingsvereiste, zie *Plaksin t. Rusland*, par. 35, EHRM 29 april 2004, nr. 14949/02, ECLI:CE:ECHR:2004:0429JUD001494902.

[9] ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3080.

[10] ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3080, r.o. 4.

ANNOTATIE

Pannon Plakát t. Hongarije (EHRM, 39859/14) – Extreem korte overgangstermijn leidt tot schending reguleringsparagraaf art. 1 EP EVRM***M.J. Tjepkema***

1. Geschillen over wettelijke maatregelen die inbreuk maken op het eigendomsrecht halen nog steeds met grote regelmaat de kolommen van juridische tijdschriften. Hedendaagse klassiekers, zoals de arresten over de Wet herstructurering varkenhouderij^[1] en de Wet verbod pelsdierhouderij,^[2] laten zien dat een beroep op art. 1 EP EVRM niet snel slaagt. Dat geldt zeker in Straatsburg, waar het EHRM dit soort inbreuken als regel behandelt onder de reguleringsregel, waarbij staten een ruime ‘margin of appreciation’ toekomt. Dit arrest is alleen al een bespreking waard omdat de Hongaarse autoriteiten, ondanks die contra-indicaties voor een schending, toch in strijd met art. 1 EP EVRM blijken te hebben gehandeld. De zaak is vooral interessant omdat het Hof duidelijk maakt dat de combinatie van een te korte overgangstermijn in combinatie met aanmerkelijke verliezen kan maken dat art. 1 EP EVRM geschonden is. In die zin is het arrest te beschouwen als een EHRM-pendant van het bekende arrest *Leffers* van de Hoge Raad,^[3] al is de feitelijke context een geheel andere.

2. Wie wel eens op de A4 richting Schiphol heeft gereden is er maar al te bekend mee: een flink aantal reclamezuilen trekt daar al jaren de aandacht van de automobilist. Wetenschappelijk onderzoek heeft aangetoond dat reclame-uitingen langs autowegen een groot gevaar zijn voor de verkeersveiligheid. Zelfs een kortstondige blik op een reclamezuil kan de kans op een ongeluk verdubbelen. Met name reclames die ‘verspringen’ zijn een notoire bron van afleiding. Ook hebben automobilisten de neiging om naar hoge reclamezuilen langer te kijken dan naar reclamezuilen op straatniveau. Verkeersborden in de buurt van reclame-uitingen worden vaker genegeerd en verkeersregels – zoals het knipperen bij het verlaten van een snelwegdeel – worden vaker overtreden. Ironisch genoeg kunnen zelfs digitale waarschuwingen om bijvoorbeeld snelheid te minderen en niet beschonken te rijden een nadelig effect op de verkeersveiligheid hebben.^[4] In tal van landen en steden bestaan dan ook wetten met een verbod om reclamezuilen langs snelwegen op te richten. Zweden is het enige land waar zelfs in het hele land reclames langs auto- en snelwegen verboden zijn,

behalve als de eigenaar van een langs een weg gelegen land voor de plaatsing van borden toestemming heeft gegeven.[5] In Nederland zijn we zo ver niet, al heeft de Vereniging Verkeersslachtoffers een pleidooi gehouden voor een verbod op megagrote reclamezuilen langs snel- en provinciale wegen.[6]

3. Dit arrest van het EHRM speelt zich af tegen de achtergrond van deze verkeersveiligheidsproblematiek. Aanleiding zijn wettelijke maatregelen van de Hongaarse regering met aanzienlijke beperkingen voor bedrijven om reclamezuilen te exploiteren. Uit het feitenrelaas blijkt dat van 1996 tot 2010 relatief milde veiligheidsmaatregelen golden, die vanaf 2011 echter rigoureus werden aangescherpt, om in 2013 te eindigen met een totaalverbod voor alle borden buiten de bebouwde kom (par. 14). Een belangrijk moment in dit verband is 1 januari 2011, toen plotseling een wijziging werd doorgevoerd van een nog tot 31 december 2010 geldende wet. Daardoor resteerde een algemeen verbod op de plaatsing van reclameborden groter dan 4 m², ongeacht de datum van hun installatie. Aan de publieke onderhoudsdiensten werd de bevoegdheid toegekend in strijd met het verbod geplaatste borden te verwijderen. In 2012 gingen de wettelijke aanscherpingen nog verder met een verbod niet alleen op 'geïnstalleerde' reclamezuilen maar ook op 'aanwezige' zuilen voor zover deze de aandacht van automobilisten zouden kunnen afleiden. Het Hof leest daarin terecht een wijziging met terugwerkende kracht leest (par. 53). Als klap op de vuurpijl volgde op 1 juli 2013 een algemeen verbod op de 'aanwezigheid' van reclames langs wegen buiten de bebouwde kom, ongeacht hun mogelijkheid om de aandacht af te leiden.

4. Voor de zeven klagers in deze zaak, allemaal bedrijven die substantiële delen van hun inkomen genereren met wegreclames, zijn de financiële gevolgen enorm. Twee bedrijven gingen zelfs failliet en probeerden de bij het Hof aanhangige klachten contractueel over te doen aan een andere onderneming respectievelijk een individuele aandeelhouder. Hun klachten zijn echter *ratione personae* niet-ontvankelijk verklaard. Daarbij verwijst het Hof naar de vaste jurisprudentie volgens welke het klachtrecht geen individueel eigendomsrecht is en ook niet overdraagbaar is (par. 26). Van de overige bedrijven is de zwaarst geraakte 80% van zijn inkomen in 2010 verloren; de lichtst getroffen onderneming moet het met 24% minder inkomsten doen. De schade zit hem niet alleen in onbruikbaar geworden materieel, maar ook in de noodzaak om lopende contracten met cliënten op te zeggen en in de beperkte mogelijkheden tot het sluiten van vervangende contracten.

5. Hoewel substantiële onderdelen van de bedrijven zijn geraakt en in wezen onbruikbaar zijn geworden betekent dit niet dat het Hof de regel van de 'de facto onteigening' toepast, zoals klagers hadden gevraagd. Het enkele feit dat eigendomsbestanddelen nog wel enige geldelijke waarde vertegenwoordigen omdat onderdelen kunnen worden verkocht, staat daaraan in de weg. Hieraan doet niet af dat die bestanddelen, zoals het Hof ook constateert, voor hun

primaire doel – in dit geval: het maken van reclame – niet meer bruikbaar zijn. Eens te meer blijkt dus dat het Hof een strikte interpretatie geeft aan de ‘regel’ dat het voor de toepassing van de-facto-onteigeningsregel moet gaan om het ‘algehele onbruikbaar’ worden van de eigendom. Het Hof kiest voor de reguleringsregel, waarbij de inbreuk op het eigendomsrecht wordt gezocht in de verminderde waarde van de fysieke goederen in het bedrijf (de reclameborden en -zuilen) en de verminderde mogelijkheden om op de markt te opereren, wat heeft geleid tot lagere winsten, die ook de aandelen in de betrokken bedrijven en de bedrijven zelf in waarde deden dalen.

6. Op de overwegingen over de doeltoets valt weinig aan te merken; onder verwijzing naar het ‘better placed’-argument wijst het Hof nog eens op de directe kennis van de behoeften van de samenleving en haar noden, die bij de nationale autoriteiten geacht worden te berusten (par. 47). Het doel om het aantal verkeersongelukken te verminderen is dan ook legitiem en het daartoe gekozen middel is op zichzelf geschikt om dat doel te bereiken (par. 48). De enige kanttekening die hierbij valt te maken is dat het Hof in dit kader niet vermeldt dat de laatste aanpassing van de Road Traffic Act, van 1 juli 2013, een algeheel verbod inhield op de aanwezigheid van reclameborden, *zonder* daarbij nog een link te leggen met de verkeersveiligheid (par. 14). Omdat het grootste kwaad echter al was geschied door wetgeving van voor 2013, waarin dit doel wel duidelijk aanwezig is, is het begrijpelijk dat de reeks van wetgevende maatregelen als zodanig de toetsen van een legitiem doel en van geschiktheid doorstaat.

7. We hebben het in situaties van bedrijfsregulering lange tijd moeten stellen zonder een écht markant en principiële arrest met duidelijke kaders voor de beoordeling van de *fair balance*. Barkhuysen en ondergetekende leidden uit de jurisprudentie wel enkele vuistregels af,[7] die nog veel van hun actualiteitswaarde behouden hebben. Bij een actualisering van dat artikel zouden wij zonder meer de ‘keycase’ *Könyv-Tár KFT e.a. t. Hongarije*[8] hebben betrokken, die het Hof ook in dit arrest vooropstelt (par. 41). In dit arrest formuleert het Hof enkele gezichtspunten ter beoordeling van de proportionaliteit van de schending van het eigendomsrecht in zaken waarin het gaat om verlies van clientèle en de uitoefening van een beroep. Volgens het Hof moet onder meer acht worden geslagen op (i) de vraag in welke mate een bedrijf onderworpen is aan wet- en regelgeving, (ii) de aard van die regelingen (zo is een bedrijf dat gevaarlijke activiteiten ontplooit onderworpen aan striktere regels) en (iii) het bestaan van maatregelen die de overgang naar een nieuw regime vergemakkelijken, zoals maatregelen die het mogelijk maken om een deel van de gereguleerde activiteiten voort te zetten. Een vierde factor die in *Könyv e.a. t. Hongarije* wordt genoemd (par. 51) (maar die het ten onrechte nu niet in voornoemd rijtje opneemt) is de aanwezigheid van een compensatieregeling in de wetgeving, waartoe temeer reden is wanneer de regeling een

individuele en excessieve last op de betrokkenen dreigt te leggen.[9] Die factor is ook relevant bij de regulering van eigendom, al bestaat daartoe niet zonder meer een verplichting.

8. Voor het onderhavige arrest is met name van belang het 'beginsel' dat de overgang van het ene naar het andere wettelijke regime moet worden vergemakkelijkt. Dat kan op allerlei manieren, maar ik richt mij nu vooral op het hanteren van een redelijke overgangstermijn. Uit eerdere rechtspraak van het Hof over dit onderwerp – opmerkelijk genoeg veel zaken waarin Hongarije de aangeklaagde verdragsstaat is – zijn enkele lijnen over overgangstermijnen bij de regulering van bedrijfsactiviteiten af te leiden. Het Hof maakt een onderscheid tussen, aan de ene kant, situaties waarin uit de wetgeving een duidelijke trend van aanscherping waarneembaar is en waarin de mogelijkheid van de implementatie van verdere restricties kan worden afgeleid en, aan de andere kant, situaties waarin een nieuw wettelijk regime de justitiabelen min of meer 'overvalt'. [10] Veel hangt daarbij natuurlijk af van de vraag welke verwachtingen die justitiabelen redelijkerwijs mogen koesteren. Daarbij is in elk geval relevant – zoals ook uit *Könyv t. Hongarije* blijkt – of de gereguleerde activiteit gevaarlijk van aard is. Zo achtte het Hof geen strijd met art. 1 EP EVRM aanwezig in een zaak waarin een exploitant van gokwebsites zijn online activiteiten in twee Duitse deelstaten nog een jaar mocht uitoefenen alvorens nieuwe wetgeving deze activiteit geheel verbood, waarbij het Hof relevant achtte dat de appellant zijn werk uitoefende in een sector die in het licht van de inherente risico's die zijn gemoeid met kansspelen, traditioneel sterk onderworpen is aan wettelijke restricties. [11] Het Hof slaat echter wel acht op de lengte van het tijdvak gedurende welke een activiteit legaal kon worden uitgeoefend, zelfs als deze activiteit een gevaar voor de volksgezondheid oplevert. Disproportioneel was dan ook de intrekking van een vergunning tot verkoop van tabaksartikelen, die tot gevolg had dat aan een twintig jaar durende legale commerciële activiteit een einde kwam en er slechts drie maanden lagen tussen het moment dat de klager te horen kreeg dat er geen vergunning werd verstrekt en het verbod om tabaksproducten te verkopen. [12] Niet disproportioneel was daarentegen een verbod dat het 'eindpunt' is van een in toenemende mate restrictief wettelijk regime, welk regime als het ware de schaduw van een toekomstig verbod vooruitwierp. [13] Van belang is verder nog dat autoriteiten die voor een korte overgangstermijn kiezen, daarvoor een goede reden dienen aan te voeren. Het nalaten aan te voeren van een 'pressing economic or social need' kan bijdragen aan het oordeel dat een korte overgangsperiode disproportioneel is. [14] Bij dit alles speelt vanzelfsprekend ook mee welk effect een nieuw wettelijk regime voor de klager heeft: blijft de schade beperkt, of is voorzien in compenserende maatregelen, dan zal een korte overgangstermijn eerder proportioneel zijn dan wanneer de schade groot is en enige flankerende maatregel ontbreekt. Die flankerende maatregelen dienen op hun beurt wél effectief te zijn en daadwerkelijk aan de getroffen belangen tegemoet te komen. [15]

9. Er is niet één doorslaggevende factor die maakt dat de Hongaarse wetgeving in deze zaak de *fair balance* schendt. Het gaat om een veelheid aan factoren, zo blijkt uit par. 57. Het Hof wijst op de terugwerkende kracht van het verbod, dat niet alleen van toepassing werd op de installatie van nieuwe maar ook op reeds aanwezige borden (par. 13, par. 53), op het ontbreken van een compensatieregeling, op de omvang van de schade en op de korte overgangstermijn. Ten aanzien van dit laatste punt maakt het Hof duidelijk dat het onderhavige wettelijke regime niet in de categorie valt van de ‘geleidelijke verstrenging’ maar in die van de regimes die een ‘overval’-effect hebben. Daaraan doet niet af dat de beperkende maatregelen als zodanig ‘voldoende helder geformuleerd’ en dus inzichtelijk waren. Dat de maatregelen in het kader van de *lawfulness*-toets voorzienbaar waren, doet er niet af dat de maatregelen voor klagers als een verrassing kwamen (par. 54). Immers, onder het tot 2010 (en vanaf 1996) geldende regime werd aan het gevaarzettende element van reclameborden tegemoetgekomen door afstandseisen (geen borden binnen 50 meter in de bebouwde kom en 100 meter daarbuiten). Dit regime gold dusdanig lang dat klagers daaraan de legitieme verwachting mochten ontlenen dat zij hun activiteiten konden voortzetten. Afgezet tegen de in de voorgaande alinea besproken jurisprudentie verbaast dit oordeel van het Hof niet. Voor nationale autoriteiten is de boodschap van het arrest helder: de autoriteiten genieten een ruime *margin of appreciation* bij het implementeren van wetgeving en de manier waarop zij het algemeen belang – in dit geval het belang van de verkeersveiligheid, dat ook nog internationaal bescherming geniet, zoals het Hof in par. 55 stelt – wegen ten opzichte van individuele bedrijfsbelangen. Maar een korte overgangstermijn moet worden gerechtvaardigd door een ‘pressing social need’, en een enkel beroep op een algemeen belang als ‘het dienen van de verkeersveiligheid’ levert geen uitzonderlijke omstandigheid op die een uiterst korte overgangstermijn rechtvaardigt (par. 57).

10. Voor wat betreft de modaliteiten van een compensatieregime bevat het arrest overigens ook nog enkele interessante verwijzingen. Het Hof mengt zich niet in de discussie over schadeberekening, waarbij het vooral wijst op de onzekerheden die komen kijken bij het incalculeren van de invloed die toekomstige nadelige wetgeving heeft op de waarde van een bedrijf. Ook de door appellanten ingebrachte schaderapporten liepen op dit punt sterk uiteen (par. 69). Het Hof laat uiteindelijk de billijkheid spreken en komt tot de toekennen van enkele ‘lumpsum’-schadevergoedingen, die op mij overigens niet bijzonder genereus overkomen (par. 71).

11. Aan het begin van deze noot legde ik het verband met het *Leffers*-arrest, waarin de Hoge Raad (naar algemeen wordt aangenomen) tot het oordeel kwam dat de ‘égalité’-regel was geschonden in een zaak waarin een daad van materiële wetgeving van de ene op de andere dag werd ingevoerd en dit tot de liquidatie van een bedrijf leidde. Uit dit arrest kan worden

afgeleid dat ook de aard van het betrokken algemene belang een rechtvaardiging kan bieden voor een korte overgangstermijn, al doet dat dan – in elk geval naar nationaal recht – niet af aan de plicht om achteraf nadeelcompensatie te betalen. Die égalité-regel zit zo in ons stelsel ingebakken dat ik een zo rigoureuze wetswijziging als ingevoerd door de Hongaarse autoriteiten in Nederland niet snel tot stand zie komen. Wel voorzie ik juridische complicaties in die zin dat bij een verhoopte inwerkingtreding van titel 4.5 Awb schade door rechtmatige wetgeving (anders dan wetgeving in formele zin) tot de rechtsmacht van de bestuursrechter gaat behoren. Deze toetst die wetgeving aan het égalitébeginsel, welke toets op verschillende punten beperkter is dan die aan art. 1 EP EVRM. Zo kan een geschil over de redelijkheid van de lengte van een overgangstermijn op twee manieren worden gelezen: als een gebrek dat aan de regeling zelf kleeft en deze regeling potentieel onrechtmatig maakt, maar ook als een factor die kan leiden tot het oordeel dat sprake is van een 'boven het normaal maatschappelijk risico' uitstijgende schade. In de eerste lezing is de civiele rechter bevoegd, in de tweede kan deze rechter de claim 'doorschuiven' naar de bestuursrechter (of kan de benadeelde direct de bestuursrechter benaderen). Hoe beide rechters hun rechtspraak op dit punt gaan afstemmen zal de toekomst leren, waarbij het streven zou moeten zijn dat een voor de burger onaantrekkelijke stapeling van procedures wordt voorkomen.[16]

Michiel Tjepkema

[1] HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, AB 2002/25, m.nt. PvB (WHV).

[2] HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132, m.nt. EAA (Pelsdierhouderij).

[3] HR 18 januari 1991, NJ 1992/638, m.nt. CJHB (Leffers).

[4] SWOV Institute for Road Safety Research, 'The safety effects of (digital) roadside advertising: an overview of literature', 17 mei 2018)

[5] <https://en.wikipedia.org/wiki/Billboard>

[6] <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5177243/reclamezuilen-afleidend-verkeersveiligheid-aandacht-reactie>

[7] T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit "rechtmatige" daad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RM Themis* 2006, p. 179 e.v.

[8] *Könyv e.a. t. Hongarije*, EHRM 16 oktober 2018, nr. 21623/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD002162313, «EHRC» 2019/9.

[9] Zie bijv. *S.C. Antares Transport S.A. en S.C. Transroby S.R.L. t. Roemenië*, nr. 27227/08, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD002722708.

[10] *C.A. ZRT. en T.R. t. Hongarije*, EHRM 1 september 2020, nrs. 11599/14 en 11602/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0901JUD001159914, par. 36. In dit arrest wijst het Hof op een ‘clear trend, foreshadowing the possibility of the implementation of further restrictive regulation’. Het past dit element toe in het kader van de lawfulness-toets, maar blijkens de thans geannoteerde uitspraak is die voorzienbaarheid ook relevant bij de beoordeling van de proportionaliteit van de wetswijziging (*Plannon Plakát*, par. 54). Zie voor een geval van een eerder ‘overval’-scenario in de sfeer van pensioenuitkeringen *Bélané Nagy t. Hongarije*, EHRM (GK) december 2016, nr. 53080/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013, «EHRC» 2017/64, m.nt. Leijten, par. 117.

[11] *Tipp 24 AG t. Duitsland*, EHRM 27 november 2012, nr. 21252/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1127DEC002125209.

[12] *Vékony t. Hongarije*, EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, «EHRC» 2015/74, m.nt. Tjepkema.

[13] *Ian Edgar (Liverpool) Ltd t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0125DEC003768397.

[14] Zie verschillende zaken over een Hongaarse wet die een einde maakte aan langdurig vruchtgebruik van land dat bestemd was voor akkerbouw: *Agro-Pacht KFT. t. Hongarije*, EHRM 13 oktober 2020, nr. 31185/14, ECLI:CE:ECHR:2020:1013JUD003118514, *C.A. ZRT. en T.R. t. Hongarije*, EHRM 1 september 2020, nrs. 11599/14 en 11602/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0901JUD001159914, par. 50 en *Szajki Mezőgazdasági Zrt t. Hongarije*, EHRM 13 oktober 2020, nr. 11100/15, par. 54

[15] Vgl. *Kothenz t. Hongarije*, EHRM 13 oktober 2020, nr. 29258/16, ECLI:CE:ECHR:2020:1013JUD002925816, par. 50.

[16] Zie over de rol van art. 1 EP EVRM in dit verband nader M.K.G. Tjepkema & J.H.M. Huijts, ‘Nadeelcompensatie tussen rechtmatige en onrechtmatige daad’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, p. 193 e.v