

Nieuwsbrief EHRC Updates 2023-8

Nummer 8, 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:2023:0604JUD001515819 06-04-2023

Drozd t. Polen, EHRM 6 april 2023, nr. 15158/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD000724620 04-04-2023

A.H. e.a. t. Duitsland, EHRM 4 april 2023, nr. 7246/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0604JUD001916219 04-04-2023

UAB Kesko Senukai Lithuania t. Litouwen, EHRM 4 april 2023, nr. 19162/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818 04-04-2023

O.H. en G.H. t. Duitsland, EHRM 4 april 2023, nr. 53568/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD002994318 04-04-2023

Gashi en Gina t. Albanië, EHRM 4 april 2023, nr. 29943/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0330JUD002440816 30-03-2023

Szolcsán t. Hongarije, EHRM 30 maart 2023, nr. 24408/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0330JUD002132918 30-03-2023

J.A. e.a. t. Italië, EHRM 30 maart 2023, nr. 21329/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD000609116 28-03-2023

Saure t. Duitsland (nr. 2), EHRM 28 maart 2023, nr. 6091/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD003446715 28-03-2023

Sarbu t. Roemenië, EHRM 28 maart 2023, nr. 34467/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD001064417 28-03-2023

Hamdani t. Zwitserland, EHRM 28 maart 2023, nr. 10644/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2023:0321DEC005442121](#) 21-03-2023

Szaxon t. Hongarije, EHRM 21 maart 2023 (ontv.besl.), nr. 54421/21

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:275](#) 30-03-2023

IP e.a. (Établissement de la matérialité des faits au principal - II), HvJ EU 30 maart 2023, zaak C-269/22

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2023:270](#) 30-03-2023

Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer, HvJ EU 30 maart 2023, zaak C-34/21

Annotatie

[Migracijos departamentas \(HvJ EU, C-280/21\) – Dwarsbomen rechtsherstel: vrees voor vervolging wegens toegeschreven politieke overtuiging?](#)

M. Zieck

Annotatie

[L.B. t. Hongarije \(EHRM, 36345/16\) – EHRM beoordeelt de kwaliteit van het parlementaire debat](#)

B. van der Sloot

Annotatie

[Hoppen en trade union of AB Amber Grid employees t. Litouwen \(EHRM, 976/20\) – Bewijslastverdeling bij onderscheid naar syndicale overtuiging](#)

Prof. Dr. F. Dorssemont

Annotatie

[Bakirdzi en E.C. t Hongarije \(EHRM, nr. 49636/14\) – Positieve discriminatie of identitaire fopspeen?](#)

R. de Lange

Annotatie

[A.H. e.a. t. Duitsland \(EHRM, nr. 7246/20\) – Weigering inschrijving transgendervrouw als moeder in geboorteregister: geen schending EVRM](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

RECHTSPRAAK

Drozd t. Polen, EHRM 6 april 2023, nr. 15158/19

Twee demonstranten hadden toegangspassen gekregen om een parlementair debat in de Poolse Sejm bij te wonen over hervormingen van de rechterlijke macht. Toen zij een spandoek hadden ontrold met de tekst ‘Verdedig onafhankelijke rechters’ werden zij onmiddellijk het gebouw uitgeleid en werd hen een verbod van een jaar opgelegd om de Sejm te betreden. Het EHRM kan niet goed vaststellen of sprake is geweest van een proportionele reactie van de autoriteiten op verstoring van de parlementaire orde. Wel is duidelijk dat er geen rechtsbescherming tegen het toegangsverbod mogelijk was, in strijd met art. 10 EVRM.

In 2017 vond er in Polen een reeks demonstraties plaats tegen de voorgenomen hervormingen van de rechterlijke macht. Klagers hadden toegangspassen gekregen voor het bijwonen van het parlementaire debat in de *Sejm*, maar zodra ze door de toegangscontrole waren gekomen rolden ze een spandoek uit met de tekst ‘Verdedig onafhankelijke rechters’. Daarop werden zij onmiddellijk het gebouw uitgeleid en werden hun toegangspassen ingenomen. Vervolgens kregen zij te horen dat ze voor de duur van een jaar niet meer welkom zouden zijn in de *Sejm*. Zij hebben hiertegen zonder succes geprocedeerd.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat het verbod op het betreden van de *Sejm* in strijd is met hun uitings- en demonstratievrijheid zoals beschermd door art. 10 en 11 EVRM. Het Hof besluit de zaak primair onder art. 10 EVRM te behandelen, nu er geen sprake was van een protestactie samen met anderen. Er is duidelijk sprake van een beperking van de uitingsvrijheid, nu klagers door het verbod belemmerd zijn in hun mogelijkheden om uit de eerste hand informatie te verkrijgen over de activiteiten van regering en parlement. Dat belang moet worden afgewogen tegen het op zichzelf legitieme belang om het parlementaire werk ordelijk te laten verlopen. Voor het Hof is niet duidelijk geworden of klagers daadwerkelijk de orde in de parlamentsgebouwen hebben verstoord. Nog los daarvan heeft het bezwaar tegen het feit dat er geen mogelijkheden zijn voor benadeelde individuen om tegen een ordebesluit

als het onderhavige op te komen, terwijl dat in gevallen als dit wel nodig is om het willekeurig opleggen van verboden te bestrijden. Gelet daarop oordeelt het Hof dat art. 10 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 06-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0604JUD001515819

Zaaknummer: 15158/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Gashi en Gina t. Albanië, EHRM 4 april 2023, nr. 29943/18

Twee met elkaar getrouwde openbare aanklagers in Albanië zijn aan een financieel onderzoek onderworpen. Zij zijn daarbij allebei tijdelijk geschorst. Gashi is snel na de schorsing ontslagen vanwege het onjuist opgeven van bezittingen. Tegen haar echtgenoot Gina liep een strafrechtelijk onderzoek, dat uiteindelijk werd gestaakt. De schorsing liep door en werd pas in 2020 opgeheven. Het EHRM oordeelt dat in Gashi's geval de schorsing niet lang genoeg duurde om haar privéleven echt te beïnvloeden. Voor Gina was dat wel zo. Nu er voor het voortduren van de schorsing geen rechtsbasis bestond, is in zijn geval art. 8 EVRM geschonden.

Klagers zijn twee openbare aanklagers in Albanië die met elkaar zijn getrouwd. In 2016 werd in Albanië het justitieel systeem hervormd, waarbij alle aanklagers, waaronder klagers, aan een evaluatie werden onderworpen. In 2018 werden beide klagers geschorst omdat eerste klaagster een financiële assessment niet kon doorstaan en er berichten in de media kwamen over het niet-openbaren of valselijk afgeven van bepaalde verklaringen over bezittingen. Snel nadat de schorsing was ingegaan werd eerste klaagster ontslagen; haar ontslag bleef bij de rechter in stand. Het strafrechtelijk onderzoek tegen tweede klager werd al snel gestaakt, maar hij kon pas in 2020 weer in zijn functie actief worden.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de schorsing in strijd was met het recht op respect voor hun privéleven. Het EHRM oordeelt ten aanzien van eerste klaagster dat de schorsing niet binnen het bereik van art. 8 EVRM valt omdat niet is aangetoond dat deze vergaande gevolgen had voor haar privéleven. In het bijzonder heeft in haar geval de schorsing maar twee maanden geduurd. Voor tweede klager, die gedurende twintig maanden niet heeft kunnen werken, is de situatie anders. Weliswaar werd zijn salaris in die periode doorbetaald, maar de schorsing moet de nodige onzekerheid hebben opgeleverd en kan daarmee als een inbreuk op zijn privéleven worden aangemerkt. Nu er geen rechtsbasis bestond voor het voortduren van de schorsing terwijl het strafrechtelijk onderzoek jegens hem al was beëindigd, is art. 8 EVRM

in zijn geval geschonden.

Verschillende andere klachten, met name over art. 13, 18 en 38 EVRM, wijst het Hof als niet relevant of niet-ontvankelijk van de hand.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD002994318

Zaaknummer: 29943/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Hamdani t. Zwitserland, EHRM 28 maart 2023, nr. 10644/17

Een onrechtmatig in Zwitserland verblijvende vreemdeling zonder inkomen is vervolgd wegens strafbare feiten. Zijn verzoek om gefinancierde rechtsbijstand is afgewezen, maar zijn advocaat heeft hem ‘pro bono’ bijgestaan. Het EHRM overweegt dat bijstand door een advocaat nodig was vanwege de hoogte van de strafdreiging. Die bijstand heeft hij in dit geval gekregen, ongeacht het ontbreken van financiering daarvoor. Dat de advocaat daardoor voor een moreel dilemma kan zijn gesteld (pro bono verdedigen of zonder advocaat laten procederen), doet daaraan niet af. Art. 6 lid 1 en lid 3 (c) EVRM is dan ook niet geschonden (4 stemmen tegen 3).

Klager, van Algerijnse afkomst, verbleef ten tijde van de relevante feiten in Zwitserland. Hij had geen verblijfsvergunning en geen vast adres, net zomin als een inkomstenbron. Op enig moment werd een strafrechtelijke procedure tegen hem gestart wegens diefstal en onrechtmatig verblijf. In verband daarmee vroeg klager gefinancierde rechtsbijstand aan, maar die aanvraag werd geweigerd. Zijn advocaat heeft hem vervolgens *pro bono* bijgestaan.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering om hem gefinancierde rechtsbijstand te verlenen in strijd is met art. 6 lid 1 en 6 lid 3 (c) EVRM. In het onderhavige geval overweegt het Hof dat er voor klager het nodige op het spel stond, in de zin dat hij werd verdacht van misdrijven waarvoor een niet geringe gevangenisstraf kon worden opgelegd. Het Hof acht het dan ook in het belang van een goede rechtsbedeling dat klager voldoende zou worden bijgestaan door een advocaat. Die bijstand is hem in het onderhavige geval wel steeds verleend, en is ook effectief gebleken, al heeft klager hiervoor geen vergoeding gekregen. Daarmee onderscheidt de zaak zich van een aantal eerdere precedents, waarin klagers geen enkele bijstand kregen door de financieringsproblemen. De advocaat van klager is hierbij wel voor een moreel dilemma gesteld: hij kon afzien van de verdediging omdat er geen financiering was, of hij kon de zaak *pro bono* voortzetten. Het Hof hoeft zich echter niet over dit element van de zaak te buigen, nu deze keuze voor klager niet tot een benadeling heeft

geleid en de advocaat zelf geen klacht bij het Hof heeft ingediend. Het Hof ziet in het onderhavige geval dan ook geen schending van art. 6 lid 1 en 6 lid 3 (c) EVRM (4 stemmen tegen 3).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD001064417

Zaaknummer: 10644/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en lid 3 (c)

RECHTSPRAAK

**Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer, HvJ EU 30
maart 2023, zaak C-34/21**

Tijdens de covid-19-pandemie is in het Duitse Land Hessen besloten tot livestreaming van het openbaar onderwijs. Leerkrachten werd daarbij niet gevraagd om toestemming te geven voor de verwerking van hun gegevens. Dit heeft vragen opgeroepen die zich toespitsen op de uitleg van art. 88 AVG, dat het mogelijk maakt om nadere nationale beschermingsregels vast te stellen ten aanzien van arbeidsverhoudingen. Het HvJ aanvaardt dat dit lidstaten enige discretionaire ruimte biedt, maar stelt ook voorwaarden aan de invulling daarvan. In het bijzonder moet de nationale regelgeving echt iets toevoegen en mag de inhoud en doelstellingen van de AVG niet ondermijnen.

In het kader van de covid-19-pandemie zijn in de deelstaat Hessen in 2020 besluiten vastgesteld over de toegankelijkheid van het onderwijs. Leerlingen kregen daarbij de mogelijkheid om via een videoconferentie en livestreaming aan het onderwijs deel te nemen. Daarbij was inloggen op het platform alleen mogelijk als de leerlingen of hun ouders daarvoor toestemming hadden gegeven. Aan leerkrachten werd geen toestemming gevraagd. Een belangenbehartiging voor leerkrachten heeft tegen dit laatste bezwaar gemaakt, nu bij de deelname aan een videoconferentie wel persoonsgegevens worden verwerkt. In verband met de procedure hierover zijn vragen opgekomen die de nationale rechter aan het HvJ heeft voorgelegd.

Een preliminaire vraag is daarbij of de verwerking van persoonsgegevens die bij livestreaming plaatsvindt binnen het bereik van de AVG valt. De definitie van de materiële werkingssfeer van de AVG is heel breed, ook in verband met art. 7 en 8 Hv. Nu de onderhavige verwerking niet onder een van de uitzonderingen op de reikwijdte valt, moet de AVG hierop van toepassing geacht worden te zijn. Een hiermee samenhangende vraag is of de verwerking

binnen het bereik van art. 88 AVG valt. Deze bepaling, die het mogelijk maakt om op nationaal niveau nadere regels vast te stellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, heeft specifiek betrekking op de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding. Deze begrippen moeten zo worden gelezen dat het ook gaat om personen die hun beroepsactiviteit in de publieke sector uitoefenen. Art. 88 AVG is dus ook van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens van leerkrachten bij het livestreamen van hun openbare onderwijs.

Als lidstaten nadere regels stellen op basis van art. 88 AVG doen ze dat binnen de aan hen toegekende beoordelingsmarge. Dat sprake moet zijn van ‘nadere’ regels betekent dat een lidstaat niet alleen de bepalingen van de verordening mogen herhalen. De nationale regels moeten ertoe strekken de rechten en vrijheden van werknemers met betrekking tot de verwerking van hun persoonsgegevens in het kader van de arbeidsverhouding te beschermen en moeten passende en specifieke maatregelen omvatten ter waarborging van de menselijke waardigheid, de gerechtvaardigde belangen en de grondrechten van de betrokkene. Daarnaast moeten de maatregelen met name de transparantie van de verwerking, de doorgifte van persoonsgegevens binnen een concern of een groepering van ondernemingen die gezamenlijk een economische activiteit uitoefenen, en toezichtsystemen op het werk betreffen. De beoordelingsmarge moet verder zo worden ingezet dat de nationale regeling geen afbreuk doet aan de inhoud en doelstellingen van de AVG. Als de nationale regeling niet voldoet aan deze voorwaarden, moet de nationale rechter de regeling buiten toepassing laten, tenzij de nationale bepalingen als zodanig een rechtsgrond vormen als bedoeld in art. 6 lid 3 AVG en aan de daarin vastgelegde vereisten voldoet. Het is aan de nationale rechter om dit na te gaan.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:270

Zaaknummer: C-34/21

Wetsartikelen: Hv art. 7, Hv art. 8 en Vo. 2016/679, art. 88 lid 1 en 2

RECHTSPRAAK

IP e.a. (Établissement de la matérialité des faits au principal - II), HvJ EU 30 maart 2023, zaak C-269/22

In het kader van een strafprocedure vraagt de nationale rechter zich af of hij prejudiciële vragen aan het HvJ EU mag voorleggen voordat hij zelf de feiten al heeft vastgesteld. In een verzoek om een prejudiciële beslissing moet immers een uiteenzetting van de feiten en rechtsvragen in de kwestie worden gegeven. Het HvJ EU oordeelt dat het hier niet gaat om een situatie waarbij al vooruit wordt gelopen op de uiteindelijke beoordeling van de zaak, zodat het voorbereiden van een prejudiciële procedure niet in strijd is met de onschuldpresumptie of het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid.

IP en enkele anderen zijn in 2020 beschuldigd van georganiseerde mensensmokkel. Onder de verdachten bevinden zich drie beampten van de grenspolitie op de luchthaven van Sofia (Bulgarije). In verband met de procedure hierover heeft de nationale rechter het HvJ EU enkele vragen voorgelegd over zijn eigen rol bij het verzoeken om een prejudiciële beslissing van het Hof.

In de eerste plaats vraagt de nationale rechter zich af hoe het vaststellen van feiten in een strafzaak zich verhoudt tot het kunnen indienen van een ontvankelijk verzoek om een prejudiciële beslissing. Zijn vraag houdt ermee verband dat het op grond van art. 267 VWEU en het Reglement van procesvoering nodig is, dat de nationale rechter in het verzoek om een prejudiciële beslissing het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding uiteenzet. Dit moet volgens het HvJ kunnen gebeuren zonder dat daarmee sprake is van een schending van het recht op een onpartijdig gerecht en van de onschuldpresumptie. Daarvoor is wel een voorwaarde dat de verwijzende rechter later alle beschikbare procedurele waarborgen kan toepassen om deze rechten te verzekeren. Het HvJ wijst hierbij ook op de rechtspraak van het EHRM, die in verband met deze thematiek als minimumbeschermingsniveau moet worden gezien. De rechtspraak van het EHRM waarvan de verwijzende rechter in zijn verzoek melding heeft gemaakt, betreft daarbij steeds andere kwesties dan nu aan de orde zijn en

waarbij de nationale rechter al een standpunt heeft ingenomen over of een vooropgezet idee heeft geuit over de grond van de zaak. Dit is in dit geval niet aan de orde, nu het enkel gaat om het vaststellen van bepaalde feiten om bij het Hof een ontvankelijk verzoek om een prejudiciële beslissing te kunnen indienen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:275

Zaaknummer: C-269/22

Wetsartikelen: EVRM art. 6, VWEU art. 267, Hv art. 47 tweede alinea, Hv art. 48 lid 1 en Hv art. 52 lid 3

RECHTSPRAAK

J.A. e.a. t. Italië, EHRM 30 maart 2023, nr. 21329/18

Tien Tunesische bootvluchtelingen zijn in de problemen gekomen op de Middellandse Zee. Na redding zijn zij overgebracht naar hotspotcentrum Lampedusa, waar ze tien dagen vast hebben gezeten. Vervolgens zijn zij gedwongen een document tot weigering van toegang te ondertekenen en zijn ze teruggestuurd naar Tunesië. Volgens het Hof zijn de hotspotcentra niet bedoeld als detentiecentra en is het vasthouden van klagers niet in overeenstemming met nationale wetgeving. Ook zijn de leefomstandigheden er erg slecht. Dit levert schendingen op van art. 3 en 5 EVRM. Verder is sprake geweest van collectieve uitzetting, in strijd met art. 4 P4 EVRM.

Klagers zijn vier Tunesiërs die in 2017 met geïmproviseerde bootjes naar Europa wilden overkomen. Toen zij op de Middellandse Zee in de problemen kwamen werden zij gered door een Italiaans schip en overgebracht naar een hotspotcentrum op Lampedusa. In dit centrum zijn zij tien dagen vastgehouden: zij konden het eiland niet verlaten en konden ook geen contact krijgen met de autoriteiten. Volgens klagers waren de leefomstandigheden op het eiland onmenselijk en vernederend. Later zijn klagers samen met veertig anderen overgebracht naar de luchthaven van Lampedusa. Daar kregen ze beweerdelijk documenten voorgelegd die ze moesten tekenen zonder ze te begrijpen. Pas later ontdekten zij dat het ging om documenten waarmee hen de toegang tot Italië werd geweigerd. Volgens klagers zijn zij vervolgens overgebracht naar Palermo en van daaruit gedwongen uitgezet naar Tunesië.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat art. 3 EVRM is geschonden door de slechte leefomstandigheden op Lampedusa. Klagers hebben een veelheid van materiaal aangeleverd waaruit die omstandigheden inderdaad kunnen blijken. Ook worden de stellingen van klagers bevestigd door verschillende nationale en internationale bronnen. De regering heeft hier nauwelijks iets tegenover gesteld, zodat het Hof aanneemt dat art. 3 EVRM inderdaad is geschonden.

Klagers stellen in de tweede plaats dat zij van hun vrijheid beroofd zijn doordat ze tien dagen hebben vastgezet in de hotspot Lampedusa. Het Hof overweegt dat de toegang tot het Italiaanse grondgebied klagers maar een paar uur voor hun verwijdering uit het land is geweigerd. Dat betekent dat in de periode waarin klagers werden vastgehouden sprake is geweest van detentie met het oog op het voorkomen van onrechtmatig inreizen. Als het gaat om de vraag of deze detentie rechtmatig was, moet het Hof de hotspotbenadering nader onderzoeken. De functie van de hotspots is om migranten snel te registreren en te identificeren, zodat zij daarna vlot naar de juiste procedures geleid kunnen worden. De hotspotcentra waren dus niet bedoeld als detentiecentra, maar vooral als ontvangstcentra. De nationale regelgeving over de hotspots bevat verder geen regels over detentie van migranten in de hotspotcentra, zoals over de maximale duur van het verblijf in deze centra. Tegelijkertijd zijn er verscheidene internationale en Europese bronnen die erop wijzen dat de hotspotcentra feitelijk als detentiecentra dienen en is duidelijk dat migranten, zoals klagers, het centrum niet mogen verlaten. Vanwege het ontbreken van een heldere en toegankelijke wettelijke basis voor de vrijheidsbeneming is sprake van een schending van art. 5 lid 1, 2 en 4 EVRM.

Tot slot hebben klagers gesteld dat zij zijn onderworpen aan een collectieve uitzetting, in strijd met art. 4 P4 EVRM. Hun stelling dat zij niet zijn gehoord voorafgaand aan het ondertekenen van de documenten over weigering van toegang (waarvan klagers ook geen afschrift hebben ontvangen) is door de regering niet weersproken. De tekst van de documenten is gestandaardiseerd en geeft geen blijk van een individuele beoordeling van de zaken van klagers. De regering heeft verder geen documenten overgelegd over de identificatieprocedure voor een deel van de klagers. Duidelijk is verder dat klagers geboeid waren tijdens het transport en dat zij hun mobiele telefoons tijdelijk moesten afgeven. Opnieuw wijst het Hof bovendien op verschillende Europese en nationale rapporten waaruit blijkt van een praktijk waarbij zonder verdere procedure vreemdelingen zijn teruggestuurd. Gelet op dit alles stelt het Hof een schending vast van art. 4 P4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0330JUD002132918

Zaaknummer: 21329/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 5 lid 1, lid 2 en lid 4 en EVRM art. 4 P4

RECHTSPRAAK

O.H. en G.H. t. Duitsland, EHRM 4 april 2023, nr. 53568/18

Een transgender man heeft in 2013 een kind gekregen. Hij wil als vader van het kind worden geregistreerd, maar naar Duits recht kan hij alleen als moeder in het geboorteregister worden vermeld. Het EHRM kent Duitsland een ruime margin of appreciation toe vanwege het gebrek aan consensus en de gevoeligheid van de materie. Er zijn veel belangen die moeten worden afgewogen, waaronder het belang van zorgvuldigheid van de registers en van duidelijkheid over vaderschap en moederschap als afzonderlijke juridische concepten. Gelet daarop, en vanwege het beperkte nadeel van registratie als vader of moeder, is art. 8 EVRM niet geschonden.

Klager is geboren als vrouw. In 2010 werd zijn verzoek gehonoreerd om een mannelijke voornaam te gebruiken; in 2011 erkende een rechter dat hij als man moest worden beschouwd. Na deze erkenning stopte klager met zijn hormoonbehandeling, zodat hij weer vruchtbaar werd. Daardoor kon hij in 2013 een zoon (G.H.) baren met behulp van sperma van een donor die geen aanspraak maakte op erkenning van het vaderschap. Klager wilde dat hij in het geboorteregister zou worden vermeld als de vader van G.H., maar dat verzoek werd niet toegewezen. In plaats daarvan staat klager nu als moeder van G.H. in het geboorteregister vermeld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering om zijn vaderschap van G.H. in het geboorteregister te erkennen in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof wijst erop dat in gevallen als dit een ruime margin of appreciation toekomt aan de staten. Er is tussen de Europese staten geen consensus over de registratie van kinderen die geboren zijn uit een transgender ouder. Het gaat hierbij om ethisch gevoelige vraagstukken, waarbij bovendien verschillende met elkaar tegenstrijdige belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Het gaat dan om de rechten van de transgender ouder en de rechten van het kind om zijn afkomst te kennen, zorg te ontvangen van beide ouders en een stabiele juridische relatie te hebben met die beide ouders. Daarnaast is er het algemeen belang van het bewaken van de samenhang van het

rechtssysteem en het behoud van de zorgvuldigheid en volledigheid van de registers, waaraan in Duitsland bijzondere waarde toekomt. Aan de belangen van het kind moet daarbij doorslaggevend gewicht worden toegekend.

In het onderhavige geval is het de bedoeling geweest van de Duitse wetgever om in het geboorteregister het voormalige geslacht en de voormalige voornaam van een transgender ouder te vermelden in het geboorteregister. De nationale rechter heeft daarbij erkend dat deze werkwijze inbreuk kan maken op het recht op autonomie en zelfbepaling van de transgender ouder, waarbij er ook een risico is van het bekend worden van iemands voormalige gender en voornamen. De persoonlijkheidsrechten zijn echter niet absoluut en moeten volgens de nationale rechter worden afgewogen tegen de andere betrokken rechten en belangen. Daarbij benadrukt het Hof zelf dat moederschap en vaderschap als afzonderlijke juridische categorieën moeten worden gezien en niet uitwisselbaar zijn. De benadering van de nationale rechter wordt volgens het Hof bovendien erkend in zijn eigen rechtspraak.

Het Hof merkt verder op dat de nationale rechter verplicht was om de rechten van het kind, in dit geval G.H., expliciet te beoordelen en mee te wegen, waarbij hij zich ook rekenschap moest geven van mogelijke onverenigbaarheid van de belangen van de ouder en het kind. Daarbij is snel na de geboorte van G.H. gebleken dat er een discrepantie is tussen de belangen van de transgender ouder en zijn zoon. Vanwege de zeer jonge leeftijd was het op dat moment niet mogelijk om G.H. te bevragen op zijn belangen. Aangenomen kan niettemin worden dat de belangen van G.H. grotendeels parallel liepen met het algemene belang zoals hierboven aangegeven.

De nationale rechter is ook ingegaan op het probleem dat wanneer klager als vader zou worden geregistreerd, er moeilijkheden zouden ontstaan als de donor alsnog aanspraak zou maken op erkenning van zijn biologisch vaderschap. Daarvoor zou het nodig zijn dat G.H. eerst het vaderschap van de transgender ouder zou ontkennen; volgens de nationale rechter kon dat niet van het kind worden verwacht.

Tot slot heeft de nationale rechter duidelijk gemaakt dat de transgender identiteit van een ouder geheim kon blijven wanneer een kind een geboortecertificaat moet overleggen. Het is dan mogelijk om een certificaat te krijgen waarop de ouders niet worden vermeld. Volledige geboortecertificaten kunnen alleen door bevoegde personen voor specifieke doeleinden worden verkregen. Het risico dat de identiteit van de transgender ouder op deze manier bekend wordt, is daarmee beperkt.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818

Zaaknummer: 53568/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Sarbu t. Roemenië, EHRM 28 maart 2023, nr. 34467/15

Een verdachte in een strafzaak wegens het aannemen van steekpenningen is mede veroordeeld op basis van video-opnamen die een medebeschuldigde heimelijk had gemaakt met een in een pen verborgen miniatuurcamera. Voor het gebruik van dit bewijs bestond in het Roemeense recht een voldoende basis en er is uitgebreid onderzoek gedaan naar de rechtmatige verkrijging ervan. Ook was de procedure met waarborgen omkleed en kon de verdachte het bewijs voldoende betwisten. Art. 8 EVRM is door het gebruik van de opnamen als bewijs dan ook niet geschonden.

Klager is op zeker moment strafrechtelijk vervolgd in verband met het aannemen van steekpenningen. In de strafrechtelijke procedure is onder meer bewijs naar voren gebracht in de vorm van video-opnamen die een medebeschuldigde had gemaakt met een miniatuurvideocamera die in een pen was verstopt.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn recht op respect voor zijn privéleven (art. 8 EVRM) is aangetast door het gebruik van de video-opnamen die zijn medebeschuldigde had gemaakt. Het Hof benadrukt dat het op zichzelf niet relevant is of heimelijke opnamen zijn gemaakt door de politie of door een particulier. Het is duidelijk dat de videocamera in dit geval verstopt was om ervoor te zorgen dat klager die niet kon zien. De regering heeft verder niet aangetoond dat de opnamen zijn gemaakt in een duidelijk publieke omgeving. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat klagers privéleven erdoor is geraakt. Naar nationaal recht is het gebruik van dergelijke opnames door de vervolgingsautoriteiten aanvaardbaar als ze aan bepaalde voorwaarden voldoen. De vraag of er een voldoende basis bestond voor het gebruik van de opnamen en of aan de voorwaarden was voldaan is aan een nauwkeurig onderzoek door de nationale rechters onderworpen. Duidelijk is verder dat de medebeschuldigde uit vrije wil en niet op instigatie van de autoriteiten zelf heeft gehandeld. De opnamen zijn verder bewaard en gebruikt in overeenstemming met de geldende regelgeving en de strafprocedure heeft voldoende waarborgen geboden aan klager om tegen het gebruik ervan op te komen en

de rechtmatigheid ervan te laten onderzoeken. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat het privéleven van klager disproportioneel zwaar is geraakt, zodat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD003446715

Zaaknummer: 34467/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Saure t. Duitsland (nr. 2), EHRM 28 maart 2023, nr. 6091/16

Een Bild-journalist heeft in 2011 – deels vergeefs – geprobeerd informatie van de staat te krijgen over samenwerking in de DDR-tijd tussen het ministerie van staatsveiligheid en dertien rechters en aanklagers. Het EHRM acht het redelijk dat daarbij niet de namen van de rechters zijn vrijgegeven, nu dat tot speculatie over de kwaliteit van hun uitspraken zou kunnen leiden. Dit zou niet alleen hun professionele reputatie maar ook het gezag van de rechterlijke macht kunnen aantasten. Voor zover de informatie geanonimiseerd zou kunnen worden, had het informatieverzoek wel toegewezen kunnen worden. Art. 10 EVRM is dan ook deels niet en deels wel geschonden.

Klager is journalist bij de grote Duitse krant *Bild*. De zaak speelt tegen de achtergrond van de Duitse eenwording, toen rechters en openbaar aanklagers uit de voormalige DDR na uitgebreide achtergrondchecks de mogelijkheid kregen om te integreren in de rechtbanken in de nieuwe *Länder*. In 2010 en 2011 kwamen er in het *Land* Brandenburg alsnog vragen op over de mogelijke samenwerking tussen bepaalde rechters en het ministerie van staatsveiligheid in de voormalige DDR. In verband hiermee heeft klager in 2011 een verzoek tot openbaarmaking van informatie over dertien rechters ingediend bij een rechtbank in Brandenburg. Dit verzoek werd gedeeltelijk toegewezen. Een vervolgvraag om nog meer informatie te krijgen werd afgewezen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de gedeeltelijke afwijzing van zijn verzoek om openbaarmaking van informatie in strijd is met art. 10 EVRM. Het Hof roept zijn vaste rechtspraak over toegang tot informatie in herinnering. In het licht daarvan overweegt het dat klager als journalist duidelijk belang had bij het verkrijgen van toegang tot informatie die in bezit is van de staat. Het is verder niet betwist dat die informatie beschikbaar en toegankelijk was. Waar het gaat om het doel van het informatieverzoek is volgens het Hof duidelijk dat er in ieder geval een publiek belang gediend kon zijn met het verkrijgen van informatie over incriminerende bevindingen jegens de Brandenburgse rechters en aanklagers waarvan er

aanwijzingen waren dat ze eerder hadden samengewerkt met het ministerie van staatsveiligheid van de DDR. Beoordeeld moet daarom worden of de afwijzing van het verzoek redelijk en proportioneel was, ook in het licht van de mogelijke gevolgen van openbaarmaking van de informatie voor de reputatie van klagers en – in een geval als dit – voor het gezag van de rechterlijke macht. Daarbij is het niet aan het Hof om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale rechters als dat zorgvuldig en met inachtneming van de relevante afwegingscriteria is bereikt. In het onderhavige geval hebben de nationale rechters inderdaad relevante belangen naar voren gebracht en die zorgvuldig tegen elkaar afgewogen. Daarbij is het Hof het eens met de nationale autoriteiten dat het prijsgeven van persoonlijke informatie over de betrokkenen, zoals hun namen, zou kunnen leiden tot het in twijfel trekken van de uitspraken die ze als rechter doen en in het verleden ook hebben gedaan. Het Hof is niet in een positie om het nationale oordeel in twijfel te trekken dat het ontsluiten van de informatie zou kunnen leiden tot systematische openbare kritiek met zeer nadelige gevolgen voor zowel de professionele positie van klagers als voor het gezag van de rechterlijke macht als geheel. De aangevoerde redenen om het verzoek gedeeltelijk af te wijzen zijn dan ook relevant en voldoende als rechtvaardiging, zodat de weigering van het deel van de informatie dat tot individuele rechters en aanklagers herleidbaar was niet in strijd is met art. 10 EVRM.

Voor een ander deel van de informatie overweegt het Hof dat de nationale rechter onvoldoende heeft toegelicht waarom die niet op een geanonimiseerde vorm alsnog kon worden gepubliceerd. Daarvoor was te meer reden gelet op het belang van informatieverstrekking aan het algemene publiek over de aard en omvang van de samenwerking tussen de rechters en het staatsveiligheidsministerie. Op dit punt is art. 10 EVRM dan ook wel geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0328JUD000609116

Zaaknummer: 6091/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Szolcsán t. Hongarije, EHRM 30 maart 2023, nr. 24408/16

Een Roma-leerling zit op een basisschool waarvan de leerlingenpopulatie voor het overgrote deel van Roma-afkomst is. Zijn ouders hebben geprobeerd hem naar een andere school te laten gaan, maar daar is hij geweigerd, beweerdelijk omdat hij niet in het verzorgingsgebied van de school woonde. Het Hof acht die reden niet heel overtuigend, maar heeft onvoldoende basis om hier discriminatie vast te stellen. Dat er op de eerste basisschool sprake was van segregatie, in strijd met art. 14 en 2 EP EVRM, staat wel vast. Er is een positieve verplichting om deze segregatie zo snel mogelijk te beëindigen.

Klager is van Roma-afkomst, heeft een gehoorafwijking en woont in Piliscsaba. In het schooljaar 2013/14 werd hij ingeschreven voor de eerste klas van de enige openbare basisschool die Piliscsaba rijk is. In dat jaar bestond de schoolklas uit maar vier kinderen. In Piliscsaba waren nog twee andere scholen: een Duitse school en een katholieke school. Op de openbare basisschool zaten bijna alleen Roma-kinderen, al vormde de Roma-populatie maar 4% van de gehele bevolking van Piliscsaba. Volgens klager was het curriculum van de school erg slecht en stroomden heel weinig leerlingen door naar het middelbaar onderwijs. In 2014 verzocht zijn moeder om overplaatsing van klager naar een ander basisschool die beter zou kunnen omgaan met zijn gehoorstoornis. Dit verzoek werd echter afgewezen omdat klager niet binnen het verzorgingsgebied van die basisschool woonde. Volgens klager woonde echter zo'n kwart van alle leerlingen van de bedoelde school in Piliscsaba, die heel goed met openbaar vervoer bereikbaar was. Gerechtelijke procedures om klager toestemming te geven om toch naar deze school te gaan waren voor klager niet succesvol.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering discriminatie oplevert in de zin van art. 14 in samenhang met art. 2 EP EVRM. Het Hof benadrukt allereerst dat onderscheid naar etnische afkomst een vorm van rassendiscriminatie is die bijzondere aandacht en een scherpe reactie van de overheid verdient. Verder vormen de Roma als gevolg van hun turbulente

geschiedenis een bijzonder benadeelde en kwetsbare minderheid die bijzondere bescherming nodig heeft.

In het onderhavige geval is de enige reden voor de weigering van toelating van klager tot de basisschool van zijn keuze dat hij niet in het verzorgingsgebied ervan woonde. Tegelijkertijd is gebleken dat voor een groot deel van de andere leerlingen op de school het feit dat ze buiten het verzorgingsgebied woonden kennelijk geen belemmering had gevormd. Door het ontbreken van hard bewijs en statistische data kan het Hof echter niet tot de harde conclusie komen dat klagers Roma-afkomst ten grondslag lag aan de weigering en er sprake was van discriminatie bij deze weigeringsbeslissing.

Het Hof buigt zich vervolgens over de gestelde segregatie op de basisschool in Piliscsaba zelf. Duidelijk is dat het overgrote deel van de leerlingenpopulatie op die school van Roma-afkomst is. De bewering dat deze samenstelling van de leerlingenpopulatie een afspiegeling vormde van de buurtsamenstelling wijst het Hof van de hand. Het Hof concludeert hieruit dat klager inderdaad onderwijs genoot in een situatie van segregatie. In dat geval heeft de staat een positieve verplichting om de daaruit resulterende feitelijke ongelijkheid op te heffen en de voortzetting van discriminatie te voorkomen. De regering heeft gesteld dat er een mogelijkheid was geweest om klager in te schrijven bij de twee andere scholen in Piliscsaba, maar die scholen hebben geen acceptatieplicht en klager heeft onweersproken gesteld dat zij niet goed om zouden kunnen gaan met zijn handicap. Tot slot overweegt het Hof dat de situatie van segregatie, die het Hof nu in verschillende zaken heeft vastgesteld, niet in overeenstemming is met het verbod van rassendiscriminatie. Art. 14 jo. 2 EP EVRM is dan ook geschonden.

Onder art. 46 benadrukt het Hof nogmaals dat het samenleven van mensen zonder segregatie een essentiële democratische waarde is. Inclusief onderwijs is een van de beste manieren om de fundamentele waarden van universaliteit en non-discriminatie bij de uitoefening van het recht op onderwijs te garanderen. De Hongaarse staat moet er dan ook voor zorgen dat de segregatie van Romaleerlingen wordt beëindigd, zoals ook is aanbevolen door ECRI. Daarnaast moet er een anti-segregatiebeleid in het onderwijs in het leven worden geroepen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0330JUD002440816

Zaaknummer: 24408/16

Wetsartikelen: EVRM art. 14, EVRM art. 46 en EVRM art. 2 EP

RECHTSPRAAK

UAB Kesko Senukai Lithuania t. Litouwen, EHRM 4 april 2023, nr. 19162/19

Bij een retailonderneming is in 2018 een bedrijfsdoorzoeking uitgevoerd omdat de Litouwse mededingingsautoriteit de onderneming verdacht van betrokkenheid bij illegale prijsafspraken. Hoewel er volgens de onderneming veel fouten werden gemaakt bij de doorzoeking, hebben nationale rechters de rechtmatigheid niet zorgvuldig onderzocht. Het EHRM oordeelt dat daardoor onvoldoende rechtsbescherming is geboden, in strijd met art. 8 EVRM.

Klager is een retailonderneming. In 2018 stelde de Litouwse mededingingsautoriteit een onderzoek in vanwege vermoede prijsafspraken tussen een aantal retailers, waaronder klager. Daarbij werd in 2018 een onderzoek uitgevoerd in het bedrijfspand van klager, waarbij de huisjurist van klager aanwezig was, net als een aantal senior medewerkers. Tijdens het onderzoek werden zo'n 250 GB aan data gekopieerd en werden 400 pagina's aan documenten in beslag genomen. Klager verzocht vervolgens om alle in beslag genomen data te vernietigen die niet direct aan het onderzoek was gerelateerd. De mededingingsautoriteit verzocht daarop voor ieder individueel document te rechtvaardigen waarom het zou moeten worden vernietigd, maar dat achtte klager onmogelijk. In 2018 diende klager een klacht in bij de mededingingsautoriteit in verband met een aantal gestelde onregelmatigheden bij de doorzoeking, maar deze klacht werd afgewezen. Procedures tegen deze afwijzing hebben voor klager geen succes gehad. In 2020 werd het onderzoek stopgezet omdat er geen redenen waren om aan te nemen dat klager betrokken was bij illegale prijsafspraken. Het in beslag genomen materiaal is toen vernietigd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de doorzoeking en het gebrek aan rechtsbescherming daartegen in strijd waren met artikel 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat het Litouwse recht een aantal waarborgen bevat voor doorzoeken van bedrijfsgebouwen. Klager heeft echter niet de regelgeving en waarborgen als zodanig ter discussie gesteld, maar heeft zich gericht op de toepassing daarvan, waarbij de mededingingsautoriteit buiten haar boekje zou zijn gegaan. De

aantijgingen van klager waren daarbij volgens het EHRM bepaald niet onredelijk. Er was dan ook alle reden voor klager om zich tot een rechter te richten, maar de nationale rechters hebben geoordeeld dat zij niet bevoegd waren om de kwestie te beoordelen. Dit is in strijd met eerdere gevallen waarin zo'n bevoegdheid wel is aangenomen. Verder is niet gebleken dat rechterlijke beoordeling van de klachten van klager het onderzoek negatief zou beïnvloeden. Het EHRM merkt daarnaast nog op dat de eis van de mededingingsautoriteit aan klager om per document aan te tonen waarom het niet in het onderzoek zou mogen worden betrokken, disproportioneel was. Gelet hierop is art. 8 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0604JUD001916219

Zaaknummer: 19162/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

A.H. e.a. t. Duitsland, EHRM 4 april 2023, nr. 7246/20

Van A.H., geboren als man, is sinds 2012 erkend dat zij vrouw is. Toen zij in 2015 met haar partner G.H. een kind kreeg, kon zij niet worden geregistreerd als de moeder van het kind. Alleen registratie als vader na erkenning van vaderschap behoorde tot de mogelijkheden. Het EHRM benadrukt dat de staten op dit terrein een zeer ruime margin of appreciation hebben alle betrokken belangen af te wegen. Duitsland heeft op redelijke gronden besloten het biologische ouderschap doorslaggevend te vinden. Het nadeel voor A.H. bleek in de praktijk bovendien beperkt. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Klaagster is geboren als man, maar in 2012 erkende een rechter dat ze als vrouw moest worden gekwalificeerd. In 2015 erkende klagster bij een notaris haar moederschap van de toen nog ongebooren derde klager, L.D.H., met instemming van haar partner G.H. (tweede klager). De bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde na de geboorte van L.D.H. echter eerste klagster als de moeder te registreren, nu de erkenning van het moederschap geen juridische waarde had. G.H. werd als biologische moeder als enige moeder geregistreerd. Naar aanleiding van deze weigering hebben klagers geprocedeerd tegen de staat, maar zonder succes.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat de Duitse autoriteiten in strijd met art. 8 EVRM hebben geweigerd het meemoederschap van eerste klagster te erkennen. Er was haar maar een optie geboden, en dat is dat ze het vaderschap van L.D.H. zou erkennen en als vader zou worden geregistreerd. Het Hof stelt voorop dat de staten een ruime margin of appreciation toekomt waar het gaat om botsingen tussen EVRM-rechten en in situaties als de onderhavige, waar er geen Europese consensus bestaat ten aanzien van de manier waarop het ouderschap van transgender personen moet worden geregistreerd. Weliswaar hebben vijf staten het mogelijk gemaakt om het juridisch erkende geslacht de doorslag te laten geven, maar in de meerderheid van de staten wordt nog altijd aangenomen dat degene uit wie een kind wordt geboren de moeder is. De situatie laat bovendien een botsing van verschillende belangen zien.

De rechten van eerste twee klagers (de ouders) spelen een rol, maar ook die van het kind (L.D.H.) – in zijn geval gaat het om het recht zijn afkomst te kennen en een stabiele juridische band met zijn ouders te hebben. Daarnaast is er een algemeen belang bij het behouden van de samenhang van het rechtssysteem en van de zorgvuldigheid en compleetheid van de registers. Bij het afwegen van deze belangen hebben de staten dus een grote vrijheid, maar moeten zij het belang van het kind steeds voorop stellen.

In het onderhavige geval heeft de nationale rechter erkend dat de juridische situatie rondom de ouderschapserkenning tot gevolg kan hebben dat de juridische erkenning van haar genderidentiteit wordt ondermijnd. Tegelijkertijd heeft de nationale rechter volgens het Hof terecht bepaald dat het recht op de ontwikkeling van de eigen persoonlijkheid beperkt is en moet worden afgewogen tegen de al genoemde conflicterende belangen en rechten. Daarbij is bijzonder gewicht toegekend aan de stabiele juridische band van het kind met vader en moeder, die verbonden is met de biologische reproductieve functies. Daarbij zijn moederschap en vaderschap volgens de nationale rechter niet uitwisselbaar. Hiermee heeft de nationale rechter een oordeel gegeven dat volgens het Hof in overeenstemming is met zijn eigen rechtspraak.

Het Hof overweegt verder dat ook als eerste klager in het geboorteregister als vader zou worden vermeld, dat niet direct zou hoeven leiden tot het openbaren van de transgender identiteit. De nationale rechter heeft namelijk aangegeven dat het mogelijk is om een geboortecertificaat af te geven waarop de identiteit van de ouders niet staat vermeld. Bovendien zijn er nauwelijks mensen die bevoegd zijn om een volledige kopie van het geboortecertificaat aan te vragen. Daardoor zou eerste klager maar weinig praktisch nadeel ondervinden van de registratie als vader. Gelet op deze omstandigheden oordeelt het Hof dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD000724620

Zaaknummer: 7246/20

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Szaxon t. Hongarije, EHRM 21 maart 2023 (ontv.besl.), nr. 54421/21

Naar aanleiding van een eerdere pilotuitspraak van het EHRM in de zaak Gászo t. Hongarije heeft Hongarije nieuwe wetgeving aangenomen die het mogelijk maakt om rechtsherstel te krijgen wanneer civiele procedures onredelijk lang vertraagd zijn. Het EHRM oordeelt in overeenstemming met de bevindingen van het Comité van Ministers dat de nieuwe procedure voldoende rechtsherstel kan bieden en tot een aanvaardbaar niveau van compensatie kan leiden. Slachtoffers van redelijke-termijnoverschrijdingen moeten dit rechtsmiddel daarom uitputten voordat hun klacht bij het EHRM ontvankelijk kan worden verklaard.

Klagers ex-echtgenote vroeg in 2009 een echtscheiding aan, die werd toegewezen door de bevoegde rechtbank. Daarbij werd niet beslist over de verdeling van de gemeenschappelijke eigendommen. Dat gebeurde in 2019 alsnog in eerste aanleg; in 2020 werd hierover besloten in hoger beroep en in 2021 door de *Kúria*. Klager heeft daarna nog een constitutioneel beroep ingesteld, maar dat is in 2022 verworpen.

In 2021 heeft het Hongaarse parlement een wet aangenomen waarmee een procedure in het leven werd geroepen om schadevergoeding te krijgen bij vertraagde civiele procedures, naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in *Gászo t. Hongarije* (nr. 48322/12).

Het EHRM merkt in het licht van de bevindingen van het Comité van Ministers over de nieuwe wetgeving op dat die in beginsel voldoende rechtsherstel kan bieden bij EVRM-schendingen die het gevolg zijn van langdurige civiele procedures en dat daarbij wordt beantwoord aan de eisen die het Hof in *Gászo* heeft gesteld. Er is ook nationale rechtspraak waaruit inmiddels is gebleken dat de procedure naar behoren functioneert en dat er aanvaardbare niveaus van compensatie worden geboden. In het licht van de ruime margin of appreciation die staten in dit verband toekomt overweegt het Hof dat mensen als klager het

nieuwe rechtsmiddel op nationaal niveau moeten uitputten. Klagers klacht is dan ook niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 21-03-2023

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0321DECo05442121

Zaaknummer: 54421/21

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

ANNOTATIE

**Migracijos departamentas (HvJ EU, C-280/21) –
Dwarsbomen rechtsherstel; vrees voor vervolging wegens
toegeschreven politieke overtuiging?****M. Zieck**

1. De aanleiding voor de asielaanvraag in Litouwen, die onderwerp is van dit arrest, is een privaatrechtelijke kwestie: in het land van herkomst had betrokkene, een ondernemer, een overeenkomst gesloten tot aankoop van aandelen. Toen de aandelen niet geleverd werden, vorderde hij restitutie van het betaalde. Op instigatie van de eigenaar van de onderneming die de aandelen niet leverde, werd een strafrechtelijke procedure tegen hem ingesteld, kennelijk met als doel hem te intimideren. De benadeelde heeft een door zijn onderneming ontwikkeld project grotendeels moeten opgegeven, en de zeggenschap over zijn onderneming ging over naar ondernemingen van anderen. De precieze toedracht van een en ander wordt overigens niet duidelijk.^[1] De strafrechtelijke procedure werd gestaakt, maar later hervat op instigatie van de in gebreke blijvende onderneming en degenen die zijn goederen hadden afgenomen toen hij in rechte verzet aantekende tegen de onrechtmatige overname van zijn project. Hij werd beschuldigd van afpersing met het oog op toe-eigening van een aan een ander toebehorend waardevol goed. De strafrechtelijke procedure leidde tot een bevel tot voorlopige hechtenis en wat nog resteerde van het project werd de ondernemer afgenomen.

2. In eerste instantie werd de asielaanvraag van betrokken ondernemer afgewezen op basis van de overweging dat de redenen die aan het risico van strafrechtelijke vervolging en detentie ten grondslag lagen niet konden worden aangemerkt als ‘politieke overtuiging’ in de zin van de definitie van vluchteling als neergelegd in de Vluchtelingen Conventie van 1951. Tegen deze afwijzing werd beroep aangetekend met de stelling dat wanneer daden van vervolging of de afwezigheid van bescherming tegen dergelijke daden geen verband houden met politieke overtuiging maar met verzet tegen een illegaal opererende groepering die op corrupte wijze invloed uitoefent op de staat, sprake is van toegeschreven politieke overtuiging hetgeen valt onder het begrip ‘politieke overtuiging’.

3. Deze stelling wordt vervolgens het onderwerp van een verzoek om een prejudiciële

beslissing: “Moet verzet tegen een illegaal opererende en corrupte invloedrijke groepering – die een asielzoeker via het staatsapparaat onderdrukt en waartegen als gevolg van omvangrijke corruptie in de staat niet met wettige middelen kan worden opgekomen – worden gelijkgesteld met een toegeschreven politieke overtuiging in de zin van artikel 10 van de richtlijn 2011/95?”[2]

4. Het is een wat curieuze formulering van het probleem aangezien het verzet bestaat uit een poging om in rechte rechtsherstel te verkrijgen, iets dat normaliter toch niet in termen van ‘verzet’ zal worden geformuleerd. Los daarvan is het vooral curieus vanwege het gekozen perspectief: de vraag richt zich in feite op het kwalificeren van de handelwijze van de asielzoeker terwijl het – zoals UNHCR aangeeft in het Handboek inzake procedures voor de vaststelling van vluchtelingenstatus – bij het vaststellen of sprake is van vervolging wegens een toegeschreven politieke overtuiging moet gaan om het perspectief van de vervolgende overheid.[3] In feite is dit ook wat artikel 10(2) van de richtlijn aangeeft: het doet niet ter zake of de verzoeker in werkelijkheid de met de politieke overtuiging verband houdende kenmerken vertoont die aanleiding geven tot de vervolging indien deze kenmerken hem worden toegeschreven door de actor van de vervolging. Dus zelfs als de ondernemer in het geheel geen politieke opvatting had – en die gedachte dringt zich in deze zaak op – kan toch sprake zijn van vervolging wegens politieke opvatting als de overheid hem wel zo’n opvatting toedicht en daarnaar handelt.

5. Nu de vraag van de verwijzende rechter zich uitsluitend richt op wat al dan niet kan worden geschaard onder het begrip politieke overtuiging, kan het Hof ook niet anders dan daarop ingaan. En dat is wat het Hof doet aan de hand van artikel 10(1) van de richtlijn: het begrip politieke overtuiging houdt met name in dat betrokkene een opvatting, gedachte of mening heeft betreffende een aangelegenheid die verband houdt met potentiële actoren van vervolging en hun beleid of methoden, ongeacht of de verzoeker zich in zijn handelen door deze opvatting, gedachte of mening heeft laten leiden.

6. Het Hof benadrukt dat het om een ruim begrip gaat dat elke kwestie kan omvatten betreffende het staatsapparaat, de regering, de samenleving of een beleid. Een ruim begrip dat is gebaseerd op het recht op vrijheid van meningsuiting. Deze ruime uitlegging betekent ook dat bij het vaststellen of sprake is van een politieke overtuiging rekening moet worden gehouden met de algehele context van het land van herkomst van de asielzoeker, “met name wat de politieke, juridische, gerechtelijke, historische en sociaal-culturele aspecten betreft”. [4]

7. Het Hof verwijst in dat verband, ter illustratie, naar twee uitspraken die het deed inzake toegeschreven politieke overtuiging. De eerste betrof militaire dienstweigering tijdens een burgeroorlog. Het Hof oordeelde toen dat de uiting van bepaalde opvattingen die geen

rechtstreeks en onmiddellijk politiek karakter of motief hebben desondanks door de autoriteiten kunnen worden uitgelegd als een daad van politiek verzet.[5] De tweede betrof het indienen van een klacht tegen het land van herkomst bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens die door dat land werd beoordeeld als een handeling van politieke dissidentie waartegen het mogelijk represaille maatregelen neemt.[6] Deze verwijzingen lijken minder relevant voor de onderhavige zaak nu het in beide gevallen gaat om handelwijzen die direct het (beleid van het) staatsapparaat betreffen.

8. Hoe dan ook, het Hof concludeert, het advies van de advocaat-generaal volgend, dat hetzelfde geldt voor de poging van de asielzoeker die in rechte poogt zijn zakelijke belangen te verdedigen tegen niet-overheidsactoren als zij wegens hun corrupte banden met de staat het repressieve apparaat van die staat ten nadele van hem kunnen inzetten, voor zover deze pogingen tot rechtsherstel door de overheid worden opgevat als oppositie of verzet tegen haar beleid en/of methoden. Ofwel, het is irrelevant dat de asielzoeker bij het instellen van zijn vorderingen geen ander motief had dan het verkrijgen van civielrechtelijk rechtsherstel. Het is voldoende dat zijn pogingen door de overheid worden gezien als onwelgevallige kritiek op die overheid (en de aanleiding zijn voor vervolging). En dat is nu juist waar de zaak in feite om draait: is het *in casu* het geval dat de vervolging van de zijde van de overheid gebaseerd is op een toegeschreven politieke opvatting. (Het alternatief dat wel in de formulering van het beroep vervat lijkt te zijn maar in de uitspraak niet wordt behandeld betreft de mogelijkheid dat het hier gaat om een nalaten de vereiste bescherming te verlenen, en dan moet de vraag worden gesteld of de niet-statelijke actoren betrokkene vervolgd werden wegens een toegeschreven politieke opvatting).[7]

9. De kernvraag of sprake is van vervolging wegens een toegeschreven politieke opvatting belandt met dit antwoord opnieuw op het bord van de verwijzende rechter. De theoretische mogelijkheid hiervan is door het Hof bevestigd, en of dit in de onderhavige zaak het geval is, wordt daarmee een bewijsrechtelijk probleem.[8] De rechter zal moeten analyseren of het handelen van de overheid was gebaseerd op een toegeschreven politieke overtuiging, *i.e.* een reactie was op wat werd opgevat als verzet tegen de eigen corruptie. Als dat niet kan worden vastgesteld, wordt niet voldaan aan het causale verbandvereiste.

10. Het is een, gelet op de prejudiciële vraagstelling, onvermijdelijke maar toch wat onbevredigende uitkomst: het maakt immers niet zo veel uit wat theoretisch al dan niet kan gelden als een politieke opvatting (immers al ruim geformuleerd in de richtlijn), de crux is de kwalificatie daarvan door de wegens die (toegedichte) opvatting vervolgende overheid, en niet die van het Hof.

Marjoleine Zieck, Hoogleraar internationaal vluchtelingenrecht,

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam

[1] Vgl. r.o. 13.

[2] Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 (herschikking) inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming.

[3] Zie UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/1P/4/ENG/REV. 4, februari 2019 (heruitgave), para. 80.

[4] R.o. 33.

[5] De verwijzing is naar de zaak *EZ tegen Bundesrepublik Deutschland*, C-238/19, ECLI:EU:C:2020:945, 19 november 2020, para. 60.

[6] De verwijzing in r.o. 35 is naar de zaak *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801.

[7] Andreas Zimmerman, Claudia Mahler, “Article 1 A, para. 2” in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol. A Commentary*, 2011, p. 374 (para. 332).

[8] Zoals de advocaat-generaal ook constateerde, para. 56.

ANNOTATIE

L.B. t. Hongarije (EHRM, 36345/16) – EHRM beoordeelt de kwaliteit van het parlementaire debat**B. van der Sloot**

1. De Hongaarse belastingdienst maakt de namen openbaar van mensen met een belastingenschuld. Een persoon maakt daar bezwaar tegen onder art. 8 EVRM. Een meerderheid van een EHRM-kamer van zeven rechters wees er in 2021 op dat de publicatie van namen van mensen met een belastingenschuld een afschrikwekkende werking kan hebben en dat deze informatie van essentieel belang is voor derden die eventueel economische relaties met de personen of organisaties met een belastingenschuld willen aangaan. In het licht van de *margin of appreciation* die landen toekomt concludeerden zij dat de inbreuk een legitiem belang diende, namelijk het economische welzijn van het land (de afschrikwerkende werking die uitgaat van de publicatie van de namen) en het beschermen van de rechten en vrijheden van derden (namelijk van diegenen die mogelijk met personen met een belastingachterstand een economische relatie zouden willen aangaan). Ten aanzien van de proportionaliteit van de maatregelen benadrukte de meerderheid dat het ging om de publicatie van persoonsgegevens van mensen met een forse achterstand, namelijk van boven de 25.000 euro, wat zeker binnen de Hongaarse economie als een flink bedrag heeft te gelden. Bovendien betrof de maatregel slechts personen die meer dan 180 dagen te laat waren met het betalen van hun belastingen en werd de informatie weer van de website gehaald zodra de persoon zijn belastingen had betaald. De gepubliceerde informatie betrof de naam van de persoon, zijn adres, het belastingnummer en het bedrag dat nog openstond. Dat zijn geen zeer intieme of persoonlijke details, aldus de kamer, en bovendien is het woonadres van mensen toch vaak al openbaar. Daarnaast is dat adres relevant omdat verschillende mensen dezelfde namen kunnen dragen en er zodoende misverstanden kunnen ontstaan. De publicatie is in het Hongaars, een taal die nu niet bepaald de wereldwijde lingua franca is, zodat de effecten van de publicatie *grosso modo* beperkt blijven tot de landsgrenzen. De website van de belastingdienst was slechts gericht op het informeren van het publiek; er konden bijvoorbeeld geen negatieve commentaren door bezoekers van de sites onder de publicatie worden geplaatst. Rechters Ravarani en Schukking schreven een *joint dissenting opinion*, waarin zij zich onder meer

afvroegen of het opkrikken van de belastingmoraal door middel van publiekelijk naming and shaming niet een soort middeleeuwse schandpaalpolitiek vertaald naar de digitale wereld was. Ook betwijfelden zij of het publiceren van het adres van de personen met een belastingachterstand wel nodig was.

2. In deze uitspraak uit 12 januari 2021 werd de zaak formeel behandeld onder art. 8 EVRM, maar was tevens relevant EU-wetgeving op het gebied van gegevensbescherming (voorheen de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, thans de Algemene Verordening Gegevensbescherming) en de diverse richtsnoeren op het gebied van open data en het hergebruik van publieke sector-informatie. Na de uitspraak van het EHRM heeft het HvJ EU twee revolutionaire uitspraken gewezen met betrekking tot de verhouding tussen deze twee deels contrasterende regimes (gegevensbescherming en openbaarheid van gegevens), waarin steeds het gegevensbeschermingsrecht aan het langste eind trok. In de eerste uitspraak, *Latvijas Republikas Saeima*,^[1] maakte de overheid informatie passief toegankelijk over mensen die strafpunten voor verkeersovertredingen opgelegd hadden gekregen. Het HvJ EU zette een streep door deze handelswijze omdat mensen toegang konden krijgen tot deze data en ze die vervolgens konden hergebruiken voor andere doeleinden. Ook zag het EU Hof niet in hoe dergelijk hergebruik het doel van verkeersveiligheid kon dienen. In *Luxembourg Business Registers*^[2] zette het HvJ EU een streep door het openbaar maken van persoonsgegevens ten aanzien van eigenaren en belanghebbenden van bedrijven in het kader van terrorismebestrijding en witwassen. Het HvJ EU stelde dat transparantie als zodanig geen specifiek en helder afgebakend belang is dat de publicatie van persoonsgegevens kan rechtvaardigen en dat het bestrijden van witwassen en terrorisme primair de taak is van de overheid en wellicht van enkele private partijen die op dit punt zijn gespecialiseerd. Deze constellatie rechtvaardigt derhalve niet de algemene publicatie van de gegevens op het internet, waarbij klagers vreesden voor hun veiligheid omdat onder meer hun woonadres was gepubliceerd.

3. Tegen deze achtergrond bekijkt de Grote Kamer van het EHRM in 2023 de uitspraak van de kamer uit 2021 over de publicatie van gegevens over mensen met een belastingsschuld opnieuw. Allereerst wijst ze erop dat de kamer twee afzonderlijke publicaties beoordeelde, maar dat de eerste publicatie was beëindigd voordat de klager naar het EHRM stapte en die dus geen onderdeel uit kon maken van de inhoudelijke behandeling. Deze redenering is opmerkelijk omdat de Grote Kamer er van uit lijkt te gaan dat het stoppen van de publicatie van gegevens ook alle gevolgen van de initiële publicatie ongedaan maakt. Daarnaast heeft de overheid een aantal preliminaire verweren. Met name een daarvan treft doel; de klacht over het doorzoekbaar maken van de gegevens middels een zoekmachine is pas bij de Grote Kamer ingediend en ten aanzien daarvan zijn derhalve niet alle nationale rechtsmiddelen uitgeput.

Voor wat betreft de herpublicatie en het hergebruik van de gegevens door derde partijen is de Grote Kamer het met de overheid eens dat dit als zodanig buiten de reikwijdte van de zaak valt, maar de Grote Kamer gaat met de klager mee in die zin dat het gevaar van verdere verspreiding, misbruik en verwerking van de gegevens voor andere doeleinden wel moet worden meegenomen als de legitimiteit van de publicatie van data op het internet wordt beoordeeld.

4. De Grote Kamer oordeelt dat er *in casu* een inbreuk op art. 8 EVRM is omdat hier het recht op informationele zelfbeschikking op het spel staat, omdat het hier om de publicatie privéinformatie gaat en omdat het niet valt uit te sluiten dat de publicatie tot negatieve consequenties voor de betrokkene leidt. Interessant is dat de Grote Kamer lang blijft stilstaan bij de vraag of de inbreuk een legitiem belang dient. Ze erkent dat deze vraag eigenlijk nooit inhoudelijk wordt behandeld, maar stelt dat er nu verschil van inzicht over dit punt bestaat, wat tot een inhoudelijke bespreking noopt. Of dit de daadwerkelijke reden is valt te betwijfelen, omdat er natuurlijk wel vaker discussie is op dit punt, maar dat vrijwel nimmer tot een inhoudelijke evaluatie van het EHRM leidt. Eerder lijkt het een gevolg van de twee uitspraken van het HvJ EU dat, ook tamelijk ongewoon voor zijn doen, forse uitspraken deed over de vraag of de wettelijke stelsels op nationaal niveau ten aanzien van openbaarmaking wel een legitiem belang dienden. Hoe dan ook komt de Grote Kamer van het EHRM tot de conclusie dat er *in casu* wel een legitiem belang met de inbreuk was gemoeid, omdat het innen van belastingen het economisch welzijn van het land dient, de afschrikwekkende werking van publicatie van gegevens hiermee in het verlengde ligt en dat door de publicatie derden kennis kunnen nemen van de belastingschuld van partijen waarmee zij eventueel economische relaties zouden willen aanknopen.

5. De vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving moet, zo stelt de Grote Kamer, beantwoord worden door de belangenafweging tussen de economische belangen die met de publicatie zijn gediend en de privacybelangen van de burger wiens data worden gepubliceerd. Cruciaal is de opmerking over hoe deze afweging gemaakt moet worden. “The central question as regards such measures is not whether less restrictive rules should have been adopted or, indeed, whether the State could prove that, without the impugned measure, the legitimate aim would not be achieved. Rather the core issue is whether, in adopting the general measure and striking the balance it did, the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it.”[3] Het gaat derhalve niet om een noodzakelijkheids-, proportionaliteits-, subsidiariteits- of effectiviteitstoets, niet om de vraag of het doelspecificatie- en doelbindingsprincipe is gewaarborgd, maar om een bijzondere legitimiteitstoets. Dit staat in lijn met de trend waarin het EHRM hoe langer hoe meer kijkt naar de procedurele waarborgen in plaats van of in aanvulling op een inhoudelijke

beoordeling van de zaak[4]. Aanvankelijk deed het dat onder het ‘voorzien bij wet’ criterium, waarin het niet alleen beoordeelde of er een wettelijke grondslag was voor de inbreuk en of deze voldoende voorzienbaar was, maar ook of de wet zelf voldoende waarborgen tegen machtsmisbruik door de uitvoerende macht bevat. Regelmatig wordt die laatste toets nu ook onder het ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’-criterium besproken, waarbij een primaire vraag is of de nationale wet er afdoende voor zorgdraagt dat de inbreuken beperkt blijven tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving. In deze zaak lijkt het Hof nog een stap verder te gaan; het beoordeelt niet alleen de kwaliteit van de wetgeving, maar ook de voorafgaande parlementaire discussie. Is daarin wel voldoende gekeken naar de verschillende belangen die op het spel staan en hoe die tegen elkaar moet worden afgewogen? Deze benadering staat in lijn met een bredere verschuiving naar procedurele waarborgen, waarbij het Hof steeds meer nadrukt legt op de ‘procedural requirements implicit in’ de materiële bepalingen uit het EVRM.[5] Als derde en laatste lijn sluit deze benadering van de Grote Kamer ook aan bij hoe het Hof de handelwijze van de uitvoerende en de rechtsprekende macht beoordeelt. Het EHRM beoordeelt bij klachten onder meer of zij bij een beslissing op nationaal niveau die een beperking van een mensenrecht met zich bracht wel afdoende hebben gekeken naar het bewijs, alle partijen afdoende hebben gehoord, de diverse belangen en argumenten tegen elkaar hebben afgezet en hun oordeel goed hebben toegelicht. In deze zaak neemt het Hof deze procedurele benadering over en bekijkt niet zozeer of de verschillende belangen goed zijn meegenomen bij de toepassing van de wet in de praktijk, maar of die belangen goed zijn meegenomen bij de totstandkoming van de wet.

6. Bij de beoordeling van deze vraag kijkt de Grote Kamer allereerst naar de *margin of appreciation* die Hongarije in deze zaak toekomt. Ten aanzien van het bestaan van een Europese consensus stelt het EHRM dat de meerderheid van de landen data over belastingschulden publiceert, maar dat slechts een minderheid ook het woonadres van een belastingschuldige opneemt. Hieruit volgt een ruime beoordelingsmarge van de staat, maar, zo stelt het Hof, deze is niet onperkt: ‘the Court must be satisfied that the competent domestic authorities, be it at a legislative, executive, or judicial level, performed a proper balancing exercise between the competing interests and, at least in substance, had due regard not only to (i) the public interest in dissemination of the information in question, but also to (ii) the nature of the disclosed information; (iii) the repercussions on and risk of harm to the enjoyment of private life of the persons concerned; (iv) the potential reach of the medium used for the dissemination of the information, in particular, that of the Internet; and also to (v) basic data protection principles including those on purpose limitation, storage limitation, data minimisation and data accuracy. In this connection, the existence of procedural safeguards may also play an important role.’[6] De Grote Kamer merkt allereerst op dat de informatie over personen automatisch werd gepubliceerd als zij aan de vastgestelde criteria voldeden en

dat er dus geen menselijke evaluatie werd gedaan ten aanzien van de publicatie van gegevens over een specifiek persoon. Vervolgens bekijkt het Hof de parlementaire discussie. Daaruit blijkt dat er niet goed is gekeken naar de effectiviteit van bestaande wetgeving, de noodzakelijkheid van nieuwe wetgeving waarop de publicatie van de gegevens was gebaseerd en de negatieve effecten van die nieuwe wetgeving. Ook is niet goed gekeken naar de vraag in hoeverre de verschillende data-categorieën die openbaar zijn gemaakt noodzakelijk waren voor het bereiken van het doel noch in hoeverre de publicatie van de gegevens op het internet noodzakelijk was. Omdat het hier ook de publicatie van gevoelige data betrof wordt een schending van artikel 8 EVRM geconstateerd.

7. In een lange *concurring opinion* maakt rechter Kūris bezwaar tegen de argumentatie van de meerderheid, alhoewel hij het eens is met de uiteindelijke uitkomst. In de kern richt zijn bezwaar zich op twee samenhangende punten. Ten eerste dat het Hof niet inhoudelijk kijkt naar de zaak, maar alleen procedureel, en ten tweede dat dit met zich brengt dat het Hof niet naar de individuele omstandigheden van het geval kijkt, maar in feite een *in abstracto* toets van het wetgevingproces doet. *In abstracto* toetsten zijn al de uitzondering op de regel en die uitzondering geldt normaal gesproken slechts als individuen niet weten of hun rechten zijn geschonden, bijvoorbeeld door inlichtingendiensten, of als het duidelijk is dat elke klacht van een individu tot een constatering van een schending van het EVRM zal leiden. Daarvan is *in casu* geen sprake. De focus op de procedurele in plaats van de materiële vraag valt volgens Kūris te verklaren doordat de meerderheid bang is om een inhoudelijke schending vast te stellen, zowel omdat veel landen soortgelijke regimes hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving als ook omdat de klager een grote belastingschuld had opgebouwd en hij dus niet bepaald vrij van schuld was. Kūris stelt dat art. 8 EVRM geschonden is ‘not because Parliament did not seek to strike a “fair balance” between the individual’s right not to have his or her and his or her family’s home address published for everyone to know and the public’s spurious right to know it, but because the publication of the applicant’s home address against his will was not capable of serving anyone’s legitimate interest or any legitimate aim. This is not only about that person’s reputation – this is about *his and his family’s security*.’[7] Ook rechter Serghides, in zijn *partly concurring and partly dissenting opinion*, is kritisch, wat ook geldt voor de *dissenting opinion* van rechters Wojtyczek en Paczolay. Die laatsten laken onder meer het gebrek aan individuele toetsing, vinden de focus op het parlementaire debat ongepast en zijn van mening dat de uitspraak van de Gewone Kamer in grote lijnen in stand had moeten blijven.

8. Veel van de tegenargumenten van de *concurring* en *dissenting rechters* zijn goed navolgbaar en invoelbaar. Toch is de aandacht voor de kwaliteit van het parlementaire debat een interessante nieuwe ontwikkeling.[8] Het Hof lijkt zich niet zozeer te willen bemoeien met de

inhoud van dat debat, maar met de wijze waarop dat debat wordt gevoerd, net zoals het al langer de wijze waarop besluiten van de rechterlijke en uitvoerende macht op nationaal niveau tot stand komen beoordeelt. De eerdere reden voor het EHRM om naar de kwaliteit van de wetgeving te kijken, en niet langer uitsluitend naar de vraag of de uitvoerende macht een wettelijke basis had voor de inperking van een recht, leek te zijn dat parlementen in Europa, onder meer in de nasleep van de aanslagen op 9/11, zeer ruime en ongecontroleerde bevoegdheden aan de uitvoerende macht toekende, zo ruim dat die macht bijna voor alle mogelijke handelingen een wettelijke basis had. De uitvoerende macht kon zijn bevoegdheden zodoende vrijwel zonder beperkingen en dus willekeurig inzetten, waarop het EHRM besloot om de wetten als zodanig op hun merites te beoordelen.[9] Het Hof maakt in deze zaak niet duidelijk waarom het nu besluit niet alleen naar de kwaliteit van de wetgeving te kijken, en naar de daarmee samenhangende vraag of de wet voldoende *checks and balances* bevat voor de inzet van bevoegdheden door de uitvoerende macht, maar ook naar de kwaliteit van het parlementaire debat. Wellicht is het geen toeval dat deze zaak tegen Hongarije wordt gewezen. Een van de problemen van het huidige tijdsgewricht is het ontstaan van illiberale democratieën en van landen waarin de regeringspartij kritische geluiden in media, *civil society* en het parlement met grote mate van succes in de kiem smoort en waarin parlementaire debatten steeds meer neigen naar adhesiebetuigingen aan de zittende macht in plaats van kritische controle op wetgevingsvoorstellen en de uitvoer die daaraan wordt gegeven. Wellicht dat de nieuwgekozen lijn door het EHRM hier een waarborg tegen kan bieden.

Bart van der Sloot

[1] *Latvijas Republikas Saeima*, C|439/19, 22 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:504.

[2] *Luxembourg Business Registers*, joined Cases C|37/20 and C|601/20, 22 november 2022, ECLI:EU:C:2022:912.

[3] Onderhavige uitspraak, para. 126.

[4] O. M. Arnardóttir, 'Organised Retreat? The Move from 'Substantive' to 'Procedural' Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation', *ESIL Conference Paper Series* (2015) 1. J. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology' in J. Gerards & E. Brems (eds), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (Cambridge University Press 2017).

[5] T. D. Jong, (2017). *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. Leiden University, pp 497.

[6] Onderhavige uitspraak, para. 128.

[7] Concurring Opinion Kūris in onderhavige uitspraak, para. 27.

[8] M. Saul, 'The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments' (2015) 15 Human Rights Law Review 745. P. Leach & A. Donald, *Parliaments and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2016).

[9] B. van der Sloot (2020). The quality of law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 11, 160.

ANNOTATIE

**Hoppen en trade union of AB Amber Grid employees t.
Litouwen (EHRM, 976/20) – Bewijslastverdeling bij
onderscheid naar syndicale overtuiging**

Prof. Dr. F. Dorssemont

De wijsheid van de Internationale Arbeidsorganisatie

1. De vrijheid van vakvereniging wordt door twee zogeheten ‘fundamentele’ IAO-verdragen gewaarborgd (IAO Conventies nrs. 87 en 98). Ze gaan aan het EVRM vooraf. Aangezien de vrijheid van vakvereniging en de vrijheid van collectief overleg opgenomen werden in de zogeheten *Declaration of fundamental principles and rights at work* (1998), houdt het lidmaatschap van de IAO een constitutionele verplichting in om deze grondrechten zoals ze zijn uitgewerkt in deze verdragen te respecteren. De vraag of een Staat die verdragen heeft geratificeerd is niet relevant.[1]

2. In artikel 2 van de IAO Conventie nr. 98 (*Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)*) valt te lezen:

‘1. Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment.

2. Such protection shall apply more particularly in respect of acts calculated to--

- (a) make the employment of a worker subject to the condition that he shall not join a union or shall relinquish trade union membership;
- (b) cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside working hours or, with the consent of the employer, within working hours.’

Deze bepaling moet mijns inziens worden onderscheiden van het beginsel dat de vrijheid van vakorganisatie zonder onderscheid moet worden erkend. Dit beginsel wordt namelijk door artikel 2 van de IAO Conventie nr. 87 gewaarborgd.[2]

3. In de hier besproken zaak staat deze cruciale bescherming centraal. De vrijheid om lid te worden van een vakvereniging blijft immers een dode letter indien een ontslag dat werd ingegeven door de participatie van een lid in de vakbondsactiviteiten niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De verzoekende partij, de heer Hoppen, is niet zomaar een doorsnee lid. Hij behoorde tot de oprichters van een louter op ondernemingsvlak actieve vakbond. Hij schopte het tot het voorzitterschap van die vakbond en was rechtstreeks betrokken bij het cao-overleg tussen de vakbond en zijn eigen werkgever. Op 26 juni 2019, uitgerekend gedurende de cao-onderhandelingen, wordt de man evenwel ontslagen. Na een zeer complexe administratiefrechtelijke en civielprocesrechtelijke saga in maar liefst negen bedrijven, voorafgaand aan en volgend op dit ontslag, klagen Hoppen en zijn vakbond de Litouwse Staat aan wegens schending van de vakverenigingsvrijheid, het recht op behoorlijke rechtspleging én het gelijkheidsbeginsel in verband met het genot van de EVRM-vrijheden (artikel 14 jo. artikel 11 EVRM).

4. De noodzaak om een lid van een vakvereniging tegen een discriminatoir ontslag te beschermen doet zich des te sterker gevoelen, indien dit lid, zoals de heer Hoppen, een mandaat heeft om werknemers te vertegenwoordigen. Artikel 1 van de IAO Conventie nr. 135 is op deze specifieke situatie van toepassing. Dit artikel stelt:

'Workers' representatives in the undertaking shall enjoy effective protection against any act prejudicial to them, including dismissal, based on their status or activities as a workers' representative or on union membership or participation in union activities, in so far as they act in conformity with existing laws or collective agreements or other jointly agreed arrangements.'

De bewijslast

5. De zaak *Hoppen* is relevant om dat het Hof hier een *kans* kreeg om de contouren te schetsen van het verbod van discriminatie op het vlak van vakbondslidmaatschap, inzonderheid ten aanzien van een persoon die actief deelnam aan de vakbondswerking én de verdediging van werknemersbelangen als werknemersvertegenwoordiger in de onderneming van zijn werkgever. Het gaat hier eigenlijk niet over de vraag of het Litouwse recht de vrijheid van vakvereniging *zonder enig onderscheid* verzekerde, maar over de vraag of het Litouwse recht *in casu* de vrijheid van vakvereniging überhaupt afdoende verzekerde door de heer Hoppen te beschermen tegen een discriminatoir ontslag gebaseerd op zijn vakbondslidmaatschap. Om dit uit te maken, volstaat mijns inziens de toets aan artikel 11 EVRM. Men zou het ook anders kunnen uitdrukken. Zelfs indien men artikel 14 EVRM morgen zou afschaffen, kan discriminatie op basis van iemands syndicale overtuigingen een schending opleveren van artikel 11 EVRM. Hetzelfde is mijns inziens het geval voor discriminatie op basis van iemands religieuze overtuiging. Indien iemand ten onrechte op basis van die overtuiging wordt

ontslagen, ligt een schending van artikel 9 EVRM voor. Daaraan doet geen afbreuk dat een discriminatoir ontslag impliceert dat niet alle werknemers op gelijke wijze het genot wordt verschaft van de vakverenigingsvrijheid. Werknemers die géén lid zijn worden immers niet ontslagen en werknemers die wel lid zijn, lopen dit risico veel minder. Het Hof geeft niettemin artikel 14 EVRM een prominente plaats en plaatst zijn beoordeling in de sleutel van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 11 EVRM.

6. Het vraagstuk van de discriminatie raakt de individuele dimensie van de vrijheid van vakvereniging. Het gaat primair over de vrijheid van een burger om lid te worden van een vakvereniging, zonder te moeten vrezen om blootgesteld te worden aan vormen van intimidatie. Aantastingen van die individuele vrijheid raken evenwel ook de vakvereniging zelf in haar kern. Blijkens artikel 11 EVRM geldt de vakverenigingsvrijheid ter verdediging van de belangen van werknemers. Indien werknemers die deel uitmaken van het bestuur van een vakbond en die op ondernemingsvlak de belangen van werknemers als hun vertegenwoordigers behartigen, willekeurig kunnen worden ontslagen omwille van hun syndicale overtuigingen, kan een vakbond haar missie niet meer behartigen. Dergelijke intimidaties werken ontradend en andere werknemers zullen wel twee keer nadenken vooraleer zich te engageren. Een beetje intelligente werkgever, hakt de kop van de vakbond af en ontdoet zich van de ‘volksmenners’; de rest begrijpt de boodschap dan wel.

De vroegere rechtspraak

7. Nu maakt artikel 11 EVRM op zich geen gewag van discriminatie op basis van vakbondsovertuigingen. Het Hof heeft deze notie evenwel voor het eerst geïntroduceerd in het arrest *Danilenkov t. Rusland*. In de casuspositie die ten grondslag lag aan *Danilenkov t. Rusland* werden de leden van een bepaalde vakbond geconfronteerd met een praktijk van ‘harassment’ [3]. De leden werden overgeplaatst naar andere ploegen die, gelet op de vergoeding op basis van stukloon, financieel minder aantrekkelijk waren. Er werden onrechtmatige disciplinaire sancties getroffen, vakbondsleden werden onrechtmatig ontslagen en ze zakten in duistere omstandigheden voor examens in verband met arbeidsveiligheidsvoorschriften. In de mate waarin sprake was van een beleid tegen een bepaalde vakbond die meer actiebereid was, was volgens het Hof sprake van een schending van de syndicale gelijkheid. Het Hof kon geen genoegen nemen met het feit dat dergelijke praktijken slechts langs strafrechtelijke weg konden worden beteugeld: ‘(...) *the principal deficiency of the criminal remedy is that, being based on the principle of personal liability, it requires proof “beyond reasonable doubts” of direct intent on the part of one of the company’s key managers to discriminate against the trade-union members. Failure to establish such intent led to decisions not to institute criminal proceedings (...). Furthermore, the victims of discrimination have only a minor role in the institution and conduct of criminal proceedings. The Court is thus not persuaded that a criminal prosecution, which*

depended on the ability of the prosecuting authorities to unmask and prove direct intent to discriminate against the trade union members, could have provided adequate and practicable redress in respect of the alleged anti-union discrimination. Alternatively, the civil proceedings would allow fulfilling the far more delicate task of examining all elements of relationship between the applicants and their employer, including combined effect of various techniques used by the latter to induce dockers to relinquish DUR membership, and granting appropriate redress.'[4]

Het Russische recht sloot een op bewijsrechtelijk vlak meer soepele civielrechtelijke sanctionering van de discriminatoire praktijken uit. Het Hof oordeelde dat Rusland daardoor tekortschoot in zijn verplichting werknemers adequaat te beschermen tegen dergelijke praktijken van syndicale discriminatie.

8. De introductie van het concept 'discriminatie' in de context van artikel 11 EVRM kan een vector zijn voor progressieve rechtsontwikkeling. Dit veronderstelt evenwel dat het slachtoffer naar het voorbeeld van het Europees recht kan volstaan met het bewijs van objectieve indicaties die in de richting van discriminatie wijzen. Indien die objectieve indicaties voorhanden zijn, is het aan de werkgever te bewijzen dat een onderscheiden behandeling die op een syndicale overtuiging en haar beleving berust, in de optiek van artikel 11 lid 2 EVRM bij wet is voorgeschreven, aan een daarin geformuleerd rechtmatig doel beantwoordt en proportioneel is.

9. In *Danilenkov* verzette het Hof zich slechts tegen de maat van een strafrechtelijk bewijs 'beyond reasonable doubt'. Van een noodzaak om van het slachtoffer een omkering van bewijslast te gunnen was niet duidelijk sprake. Impliciet werd die gedachte wel geformuleerd in een *obiter dictum* dat als volgt werd geformuleerd: '*The Court also refers to the findings of the Kaliningrad Regional Duma (see paragraph 51 above) and the ILO Committee on Freedom of Association (see paragraph 108 above) to the effect that the question of anti-union discrimination was reasonably raised by the applicants. It therefore agrees that the clear negative effects of DUR membership on the applicants were sufficient to constitute a prima facie case of discrimination in the enjoyment of the rights guaranteed by Article 11 of the Convention.*'[5]

10. Hoewel het ontslag van een integraal vakbondsbestuur in een andere eerdere zaak, *Aguilera Jimenez*, een evidente indicatie opleverde van discriminatie wegens vakbondsovertuigingen, weigerde het Hof in die zaak te besluiten tot een schending van artikel 11 EVRM.[6] De Spaanse rechter had geoordeeld dat er geen aanwijzingen waren dat het ontslag door een 'directe intentie' was ingegeven om de vrijheid van vakvereniging te schenden. Het Hof lijkt daar vrede mee te nemen. Nu is het bewijs van intenties een bijna onmogelijke opgave. In beroep oordeelde de Grote Kamer in dezelfde zaak dat het ontslag onmogelijk kon ingegeven zijn door het lidmaatschap van de vakbond.[7] Het Hof reduceerde

daardoor in strijd met zijn eigen rechtspraak de vakverenigingsvrijheid tot een lidmaatschapskwestie. In de praktijk zal de deelname aan een vakbondsactie of door engagement in de vakbond eerder de toorn van de werkgever opwekken. Het onderscheid tussen beide is ongelukkig en miskent dat de effectieve verdediging van werknemersbelangen een essentieel onderdeel vormt van de vrijheid van vakvereniging. In een onderzoek van discriminatie, zijn ‘intenties’ mijns inziens niet relevant.

11. In het arrest *Tek Gıda İş Sendikası t. Turkije* oordeelde het Hof wel dat sprake was van een duidelijke intentie om werknemers wegens vakbondslidmaatschap te ontslagen.[8] Uit het feitencomplex bleek dat een werkgever de werknemers van een niet als representatief erkende vakbond de keuze bood tussen ontslag of een beëindiging van het lidmaatschap.

12. Het gebruik van het woord intentie is om tal van redenen problematisch. Allereerst levert de suggestie dat men een intentie moet aantonen een onoverkomelijke bewijsbarrière op. Intenties zijn bovendien vreemd aan de syntaxis van de notie discriminatie.

13. In een meer recent arrest, *Zakharovo e.a. t. Rusland* werden drie leden van een alternatieve vakbond die moeilijk aansluiting vond bij een sectorale bot geconfronteerd met een salarisverlaging en uiteindelijk met een ontslag.[9] Het Hof oordeelde toen dat uit de sequentie van de feiten, uit de omstandigheid dat leidende vakbondsleden werden getroffen, kon worden afgeleid dat er *prima facie* sprake was van discriminatie. Dit arrest poneert duidelijker dan de vorige dat er een verdeling van de bewijslast geldt. Indien objectieve indicaties van discriminatie aangetoond worden, is het aan de werkgever om aan te tonen dat het ontslag gerechtvaardigd kon worden. Het woord intentie duikt evenmin op.

De bewijslastverdeling in Hoppen

14. De vraag rijst wat het hier besproken arrest nu aan verduidelijking heeft opgeleverd. Het Hof hamert in zijn analyse op de noodzaak dat van klagers niet kan worden geëist dat zij hun stelling van discriminatoire behandeling moeten staven boven de maatstaf van een ‘prima facie’ geval van ongelijke behandeling naar vakbondslidmaatschap. Het hekelt om die reden de benadering waarvan de bestuursrechtelijke instanties in de saga blijf zouden hebben gegeven. Het neemt ook aanstoot aan het standpunt van het Litouws Hooggerechtshof in een mijlpaalarrest dat geen deel uitmaakt van de saga.[10] In dit mijlpaalarrest had het Hooggerechtshof namelijk te kennen gegeven dat de verdeling van de bewijslast zich enkel opdroeg in zoverre discriminaties onderzocht moesten worden die onder de toepassing vielen van de bekende Europese richtlijnen 2000/43 en 2000/78. Het EHRM geeft te kennen dat het met deze benadering geen vrede neemt. Dat die richtlijnen op zich weinig garanties bieden, is niet zo verrassend. Ze werden vastgesteld op basis van een bevoegdheidsbepaling die de Unie

niet uitdrukkelijk machtigt om discriminatie op basis van syndicale overtuigingen te beteugelen. Een recente richtlijn vormt daarentegen wel een eerste stapsteen naar een betere bescherming van vakbondsvertegenwoordigers. Zo bepaalt artikel 4.1. c) van Richtlijn (EU) 2022/2041 van 19 oktober 2022 betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie dat lidstaten *‘maatregelen moeten nemen, waar nodig, om de uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen over de loonvaststelling te beschermen alsook om werknemers en vakbondsvertegenwoordigers te beschermen tegen handelingen die hen discrimineren met betrekking tot hun werk op grond van het feit dat zij deelnemen of wensen deel te nemen aan collectieve onderhandelingen over de loonvaststelling.’*

Niettegenstaande het opmerkelijk is dat deze bepaling die de vakverenigingsvrijheid beschermt kon worden aangenomen op basis van de Titel over Sociale Politiek die regulering over de vrijheid van vereniging uitdrukkelijk uitsluit, blijft het betreuenswaardig dat op geen enkele wijze wordt verduidelijkt hoe de bewijslastverdeling er in een dergelijk scenario moet uitzien.

15. Het Hof voor de Rechten van de Mens geeft te kennen dat het niet bij machte is na te gaan of de administratieve rechters zich deze benadering hebben toegeëigend, die het nochtans oplegt.[11] Het was dan ook logischer geweest als het alleen al om die reden een dikke onvoldoende had gegeven aan de behandeling van de zaak door diezelfde administratieve rechters. Het Hof ontwijkt die kritiek en meent die zelf te kunnen ontzenuwen in de hiernavolgende overweging : *‘In such circumstances, the Court considers that it is not necessary to determine whether the administrative courts followed the principles of the distribution of the burden of proof established by the Court’s case-law, because in any event, the applicants failed to present a prima facie case of discrimination, and there were no grounds to shift the burden onto the employer.’*[12]

Die overweging is niet glashelder. Het is van tweeën één: ofwel volgt men de beginselen van de verdeling van de bewijslast, ofwel volgt men die niet. Indien men die volgt, moet men nagaan of er een *fumus boni iuris* is, dus of er indicaties zijn van onrechtmatigheid. Het Hof oordeelt dat die er niet waren en dat de klager er niet in slaagde om de onrechtmatigheid van het ontslag aan te tonen. Door aan te geven dat de Litouwse rechters die logica hebben gerespecteerd, gaat het Hof dus wel degelijk na of de logica van de verdeling van de bewijslast werd gevolgd.

16. Wat mij evenwel onbegrijpelijk lijkt, is hoe men in de onderhavige zaak redelijkerwijze tot een oordeel kan komen dat er geen aanwijzingen bestonden van een discriminatoir ontslag dat werd ingegeven door het syndicaal engagement van de betrokkene. Het komt me voor dat er toch wel wat knipperlichten dienden te flikkeren. Zij hebben precies te maken met de

indicaties die het Hof in *Zakharova e.a. t. Rusland* zo belangrijk vond: de hoedanigheid van het vermeende slachtoffer en de sequentie van de feiten. Nogmaals: het ging nota bene over de persoon die de vakbond had opgericht, die de vakbond voorzat en die de onderhandelingen leidde.

17. Het Hof lijkt me in de daaropvolgende passages eveneens die lat van indicaties veel te hoog te leggen, waar het wijst op het fundamenteel onderscheid tussen deze zaak en de arresten *Danilenkov* en de zaak *Zakharova*. Het Hof zoekt die verschillen in het feit dat in die zaken de attitude van de werkgever tot het uitschakelen zelf van de vakbond heeft geleid en dat er sprake was van een massale en collectieve ‘liquidatie’ van vakbondsmilitanten. Opnieuw wordt te veel aandacht besteed aan intenties. Een dergelijke benadering miskent mijns inziens bovendien dat de discriminatie van ook maar één vakbondslid er één te veel is. Ze raakt primair aan de individuele dimensie van de vakverenigingsvrijheid. Het is overigens ook onbegrijpelijk omdat dit lid toevallig wel de voorzitter is en het gezicht van de vakbond. Wie de lat voor een *prima facie* bewijs zo hoog legt, verlangt eigenlijk dat men geen rook, maar het verwoestende vuur bewijst.

Prof. Dr. Filip Dorssemont

Université Catholique de Louvain

[1] M. Morsa, *L'Organisation internationale du Travail*, Limal, Anthemis, 2021, 173

[2] Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.

[3] *Danilenkov t. Rusland*, EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0730JUD006733601, «EHRC» 2009/113.

[4] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 134.

[5] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 131.

[6] *Aguilera Jimenez t. Spanje*, EHRM 8 december 2009, nrs. 28389/06 28955/06 28957/06 en 28959/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD002838906, «EHRC» 2010/22 m.nt. F. Dorssemont en D. Voorhoof).

[7] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 130.

[8] *Tek Gıda İş Sendikası t. Turkije*, EHRM 4 april 2017, nr. 35009/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0404JUD003500905, «EHRC» 2017/124 m.nt. F. Dorssemont.

[9] *Zakharova e.a. t. Rusland*, EHRM 8 maart 2022, nr. 12736/10, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD001273610, *EHRC Updates* 2022/90.

[10] *Hoppen*, par. 231.

[11] *Hoppen*, par. 231

[12] *Hoppen*, par. 237.

ANNOTATIE

**Bakirdzi en E.C. t Hongarije (EHRM, nr. 49636/14) –
Positieve discriminatie of identitaire fopspeen?*****R. de Lange***

1. Hongarije heeft een uit één Kamer bestaand parlement van 199 zetels, genaamd Nationale Assemblee. Het land herbergt iets meer dan 8 miljoen kiesgerechtigden, waarvan een deel niet de Hongaarse nationaliteit bezit. Het kiesstelsel is een ietwat complexe mix van evenredige vertegenwoordiging met een nationaal lijstenstelsel en een meerderheidsstelsel in districten. Er is een kiesdrempel van 5% en voor nationale minderheden is een afzonderlijke regeling getroffen die er in essentie op neerkomt dat voor partijen die een nationale minderheid vertegenwoordigen een veel lagere kiesdrempel geldt (namelijk een kwart van het aantal stemmen dat nodig is voor één zetel) en dat kiezers die zich laten registreren als ‘nationale-minderheidskiezers’ niet op een van de landelijke lijsten mogen stemmen, maar uitsluitend op de partij die hun nationale minderheid vertegenwoordigt. Bij de verkiezingen van 2022 leverde dit stelsel alleen een zetel op voor de Duitse minderheidspartij, die 24.630 stemmen verwierf; de andere minderheidspartijen behaalden niet voldoende stemmen om voor een zetel in aanmerking te komen.[1]

2. De klacht die tot het hier besproken arrest leidde had betrekking op de parlementsverkiezingen van 2014, toen geen van de minderheidspartijen voldoende stemmen behaalden om een zetel te krijgen.[2] De klacht betreft drie punten: de hantering van de verlaagde kiesdrempel voor nationale minderheden, het gebrek aan keuzemogelijkheden voor nationale-minderheidskiezers, en een schending van het stemgeheim. Klagers zijn leden van respectievelijk de Griekse en Armeense minderheid in Hongarije. Hun klacht betreft schending van art. 3 Eerste Protocol EVRM in verbinding met art. 14 EVRM. In deze noot ligt het accent op de kiesrechtelijke aspecten, die echter niet helemaal los gezien kunnen worden van de discriminatieproblematiek en van de manier waarop wordt omgegaan met de ‘identiteiten’ van meerderheid en minderheden.

3. Zoals hierboven al kort vermeld kent de Hongaarse Kieswet van 2014 een stelsel van minderhedenvertegenwoordiging. Het gaat daarbij om de dertien nationale minderheden die

zijn erkend op grond van de Wet op de Nationale Minderheden. Kiezers kunnen zich laten registreren als 'nationale-minderheidskiezers' waarbij ze zelf mogen kiezen tot welke nationale minderheid ze willen behoren. Het EHRM spreekt in dit verband in in par. 6 van *Bakirdzi en E.C.* van 'self-identification'. Het gevolg van die registratie is dat deze kiezers geen vrijheid meer hebben om een stem uit te brengen op een van de nationale lijsten, maar alleen nog op de partij van hun minderheid. Dat is er per minderheid slechts één, want binnen de nationale minderheden is politieke concurrentie wettelijk niet toegestaan. De nationale-minderheidskiezers zitten daarmee in een hokje waar zij in feite niet meer uit kunnen komen.

4. De eerste klacht betreft de verlaagde kiesdrempel. De kiesdrempel van 5% geldt niet voor nationale minderheden. Integendeel, zij kunnen al een zetel krijgen wanneer ze een kwart van de kiesdeler halen. Voor een minderhedenzetel bij de verkiezingen van 2014 zouden 22.022 stemmen nodig zijn geweest, een kwart van de kiesdrempel. Dat stelsel brengt mee dat het gewicht van een nationale-minderheidsstem in de huidige situatie veel groter is dan het gewicht van een stem op een van de landelijke lijsten. Toch zijn het in deze zaak juist nationale-minderheidskiezers die een klacht hebben voorgelegd aan het EHRM. Dit in verband met de gebleken feitelijke onmogelijkheid van de meeste nationale minderheden in Hongarije om een zetel te behalen. Daardoor is het stemgewicht uiteindelijk toch veel lager dan de kiesdrempel zou doen veronderstellen. De klagers zien hierin een schending van een aantal fundamentele principes die in art. 3 EP zijn neergelegd of daaraan ten grondslag liggen.

4. Hoe gaat het EHRM hiermee om? Allereerst verwijst het Hof naar zijn klassieker op het gebied van art. 3 EP, het arrest *Mathieu-Mohin* uit 1987.[3] Daarin spreekt het Hof zich uit over de elementaire verplichting voor verdragsstaten om ervoor te zorgen dat de bevolking zich vrijelijk kan uitspreken in de verkiezing van het wetgevend lichaam. Cruciaal voor de onderhavige zaak is het beginsel dat het EHRM in *Mathieu-Mohin* al heeft benadrukt, namelijk dat die verplichting voor verdragsstaten niet inhoudt dat een gelijk gewicht van alle stemmen gewaarborgd moet zijn: *'It does not follow ... that all votes must necessarily have equal weight as regards the outcome of the election or that all candidates must have equal chances of victory. Thus no electoral system can eliminate "wasted votes"'. For the purposes of Article 3 of Protocol No. 1, any electoral system must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned; features that would be unacceptable in the context of one system may accordingly be justified in the context of another, at least so long as the chosen system provides for conditions which will ensure the "free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature".'*[4] In dit citaat is een kleine passage gecursiveerd, omdat de kern van de klacht die in *Bakirdzi* centraal staat, precies is dat het stemgewicht van een nationale-minderheidskiezer in een aantal situaties veel geringer is dan dat van andere kiezers, of zelfs nul bedraagt. Dat is – zoals het EHRM terecht opmerkt in *Mathieu-Mohin* – op

zichzelf niet een onbekend verschijnsel in sommige kiesstelsels. Met name in meerderheidsstelsels in enkelvoudige districten – Hongarije is een voorbeeld, maar ook het Verenigd Koninkrijk en de VS zijn hier bekende voorbeelden – kan het stemgewicht makkelijk gaan verschillen door de uiteenlopende omvang van districten. In districtensels is daarom in ieder geval eerlijke vaststelling van de districtsgrenzen cruciaal. In de VS is die eerlijke vaststelling niet meer gewaarborgd sinds in een aantal staten de Republikeinse meerderheid de districtsgrenzen naar zijn hand zet en het Hooggerechtshof deze vormen van manipulatie – *gerrymandering* – niet meer in strijd acht met de federale grondwet.[5] Bij presidentsverkiezingen komt daar nog een complicatie bij, in de vorm van het Electoral College. De president wordt niet rechtstreeks gekozen, maar via kiesmannen die door de staten worden afgevaardigd. Daarbij bestaan grote ongelijkheden tussen de staten, en is de afvaardiging niet evenredig aan het aantal inwoners van de staten. In 2016 kreeg Hillary Clinton veruit het grootste aantal stemmen, maar Trump won in het Electoral College. In het jaar 2000 kreeg Al Gore landelijk 537.000 stemmen meer, maar Bush won in het Electoral College. Het gewicht van de stem van de Amerikaanse kiezer wisselt naar gelang zijn woonplaats en sommige staten zijn overbedeeld in het Electoral College. Daar komt bij dat de Amerikaanse grondwet er niet toe verplicht dat de staten bij hun afvaardiging naar het Electoral College directe verkiezingen doorslaggevend laten zijn. Zij kunnen besluiten om hun afvaardiging door het statelijke parlement te laten bepalen. [6] In het Verenigd Koninkrijk zijn er voor de districtsindelingen strenge regels om de onpartijdigheid te waarborgen, opnieuw wettelijk vastgelegd in de Parliamentary Constituencies Act (2020). De districtsgrenzen staan formeel onder voorzitterschap van de Speaker van het Lagerhuis, maar in feite speelt de vice-voorzitter – altijd een rechter – de doorslaggevende rol. Ook een gelijke omvang van districten kan echter niet helemaal voorkomen dat het *feitelijk* stemgewicht van sommige kiezers lager uitkomt, bijvoorbeeld doordat de verkiezingen in hun district altijd gewonnen worden door een van de drie grote partijen in dat district. Met zulke feitelijke ongelijkheden pleegt het EHRM zich in het algemeen niet bezig te houden.

5. Bijzonder is dan ook dat het Hof in eerste instantie aandacht besteedt aan de problemen van ongelijke kiesdrempels. Meestal doet het dat in zaken waarin de kiesdrempel hoger is voor de klagers, maar in de onderhavige zaak is het precies andersom. De kiesdrempel is juist lager, en dat erkent het Hof ook in par. 53: deze zaak is ‘quite different’ in vergelijking met eerdere zaken. Een tweede opmerking van het Hof (in par. 54) is dat het Kaderverdrag Nationale minderheden van de Raad van Europa niet dwingt tot een lagere kiesdrempel voor nationale minderheden. In het arrest in *Die Friesen* van 2016 heeft het Hof nog eens benadrukt dat er een grote keuzeruimte voor de verdragsstaten bestaat.[7] Uiteindelijk komt het Hof in de onderhavige zaak op dit punt niet verder dan de constatering dat de verlaagde kiesdrempel een soort fopspeen is, die de nationale minderheden wordt aangeboden om te bevorderen dat

zij zich laten registreren als zodanig en daarbij op de koop toe nemen dat ze dan weinig of geen keuzevrijheid overhouden.[8]

6. Men kan zich hierbij wel afvragen in hoeverre de klagers eigenlijk benadeeld zijn door het gehanteerde systeem met de verlaagde kiesdrempel. Daarbij is van belang dat de registratie als nationale-minderheidskiezer berust op een eigen keuze van de burger ('self-identification', zoals het Hof in par. 6 opmerkt). Kiezers die van deze mogelijkheid gebruik maken stoppen zichzelf in een hokje waar ze vervolgens niet makkelijk meer uit komen. Identiteitspolitiek werkt hier dus tegen de met zelf-identificatie werkende minderheid. Maar wat is het alternatief? Als het EHRM aan deze stand van zaken de conclusie verbindt dat er sprake is van een schending van art. 3 EP – en dat is inderdaad precies wat het Hof doet in dit geval – hoe moet Hongarije die schending dan opheffen? Het meest voor de hand ligt op het eerste gezicht om aan te kleine minderheden niet meer de gelegenheid te geven zich als nationale minderheden te manifesteren bij verkiezingen. Het fopspeen-effect kan zich dan niet meer voordoen. Dan blijven er wellicht nog twee minderheden over die wel groot genoeg zijn om als zodanig aan de verkiezingen deel te kunnen nemen. Hiertegen pleit dat er dan sprake zou zijn van ongelijke behandeling van de ene minderheid ten opzichte van de andere. Daarnaast zou misschien toch de mogelijkheid moeten worden geopend voor andere kiezers om op de (eventuele) twee nationale-minderheidslijsten te stemmen, maar daarmee komt ook weer een vraag op over het passief kiesrecht: moeten dan ook anderen dan leden van een nationale minderheid de kans krijgen om zich kandidaat te stellen via de nationale-minderheidslijst? In par. 73 van het onderhavige arrest merkt het Hof op dat indien een staat en maatregel neemt die ongelijkheden in het kiesstelsel moet opheffen, 'it is only natural that measure should contribute to the participation of national minorities on an equal footing with others in the choice of the legislature, rather than perpetuating the exclusion of minority representatives from political decision-making at a national level.' Dit is echter een dubbelzinnige constatering omdat nu juist niet duidelijk is wanneer er sprake is van een gelijkwaardige bijdrage aan de deelname van nationale minderheden aan het verkiezingsproces. Gelijkwaardigheid kan betekenen: een gelijke kiesdrempel, maar dat is duidelijk niet de bedoeling. Gelijkwaardigheid kan ook betekenen: gelijke deelname aan de volksvertegenwoordiging, maar dat zal in de praktijk altijd moeten betekenen: gelijkheid naar rato van de grootte van de bevolkingsgroep (en dus weinig of geen zetels voor nationale minderheden), of: alle nationale minderheden een of meer zetels. Maar dat betekent dan weer dat een kleine nationale minderheid disproportioneel meer zetels krijgt dan een grotere nationale minderheid, plus dat de nationale minderheden samen disproportioneel meer zetels krijgen dan de nationale meerderheid (i.e., de overige Hongaarse kiezers). Deze ietwat losse opmerking van het Hof brengt ons niet echt dicht bij een oplossing.

7. De Hongaarse commentator Anna Unger draagt in haar commentaar op *Bakardzi en E.C.* op Verfassungsblog een andere oplossing aan: het landelijk tellen van de minderheidsstemmen.[9] Dat is een interessante oplossing, omdat zij er kennelijk van uitgaat – in de weergave van de feiten door het EHRM is dat niet terug te vinden – dat er aan de nationale-minderheidskiezers afzonderlijke stembiljetten worden uitgereikt. Dat is een belangrijke constatering, omdat daarmee ook de klacht van Bakirdzi c.s. begrijpelijk wordt dat hun stemgeheim in het geding is (waarover verderop meer). In de wettelijke regeling – voorzover wij die hebben kunnen raadplegen – is dit niet terug te vinden, maar er kan van worden uitgegaan dat Unger dit zo benadert op grond van haar kennis van de omstandigheden in Hongarije. Unger stelt in haar blogpost overigens ook nog dat er ongelijke behandeling is tussen de nationale minderheden: sommige zijn wel in staat om de voorkeurskiesdrempel te halen en andere niet, en dat is het gevolg van ongelijke behandeling. Omdat de omvang van de nationale minderheden nogal verschilt lijkt dit echter een moeilijk houdbare stelling. Alleen de grotere hebben een (kleine) kans om ooit de drempel te halen. Het probleem zit in het feit dat alleen nationale-minderhedenkiezers op de nationale-minderhedenlijsten mogen c.q. kunnen stemmen. Als men dit open zou gooien zou er een eind komen aan de ongerechtigheden in het Hongaarse kiesstelsel. Het ligt niet voor de hand dat dit past in een politiek van een identitaire meerderheid: dan zouden er geen hokjes meer zijn waarin minderheden kunnen worden ondergebracht met de bijgedachte dat ze daar nooit meer uit komen.

8. Unger vermeldt cijfers: bij de verkiezingen van 2014 was de voorkeursdrempel 22.022 stemmen, in 2018 23.831 en in 2022 23.085 stemmen. Volgens haar kunnen in de praktijk alleen Roma, Duitsers, Slowaken, Roemenen en Kroaten aan zo'n aantal komen. Maar als alleen naar geregistreerde kiezers wordt gekeken is het beeld anders: alleen Roma en Duitsers zijn in zulke aantallen als nationale-minderhedenkiezers geregistreerd dat zij boven de drempel kunnen komen. Neem bijvoorbeeld de verkiezingen van 2022: in totaal waren er toen 40.570 nationale-minderheidskiezers geregistreerd, waarvan 31.856 Duitsers. De overige 8.714 nationale-minderheidskiezers waren verdeeld over elf nationale minderheden. Een bijzonderheid bij de verkiezingen van 2022 was dat het bestuur van de Roma-minderheid niet in staat was om tot een lijst te komen, met als gevolg dat de Roma zich niet als nationale-minderheidskiezers konden laten registreren.

9. Terecht wijst Unger erop dat als echt alle nationale minderheden in Hongarije een zetel zouden moeten kunnen behalen, de kiesdrempel zo laag zou moeten liggen dat ook de kleinste nationale minderheid eraan kan voldoen. Dat is op dit moment de Sloveense minderheid met 2.385 leden volgens de volkstelling van 2011. Voor een landelijke zetel is ook bij de verlaagde kiesdrempel echter een veelvoud van dat aantal stemmen nodig. Wordt de

Sloveense kiezer daardoor bevoordeeld of benadeeld? Bij deze ‘oplossing’ – stel de minderheden-kiesdrempel zo laag dat alle nationale minderheden hem kunnen halen – zou de landelijke kiezer in ieder geval ernstig benadeeld worden en ontstaat er ook een forse ongelijkheid tussen de mandaten van landelijke partijen en die van nationale-minderheidsvertegenwoordigers. Daar komt dan nog bij dat als men dertien zetels op deze manier zou gaan reserveren voor nationale minderheden, voor alle overige kiezers nog maar 80 zetels van de in totaal 93 zouden overblijven.

10. De betere oplossing moet zijn de hele ‘bescherming van nationale minderheden’-gedachte los te laten voorzover het het kiesstelsel betreft, en simpelweg aan alle kiezers de mogelijkheid geven om op alle partijen te stemmen. Nationale-minderheidspartijen kunnen dan op gelijke voet concurreren met andere partijen, en wellicht met steun van kiezers die niet tot een nationale minderheid behoren ooit een zetel in de wacht slepen. Om discriminatie van nationale minderheden te voorkomen en ervoor te zorgen dat zij op gelijke voet kunnen deelnemen aan het maatschappelijk leven is de huidige inrichting van het Hongaarse kiesstelsel ongeschikt. Zij roept – ook in het licht van het EVRM – meer problemen op dan zij oplost. Bevordering van participatie op gelijke voet zal met andere middelen moeten worden bereikt. Ook Unger wijst in die richting waar zij de mogelijkheid oppert van ‘national minority advocates’ die als speciale woordvoerders eventueel ook spreekrecht in het parlement zouden kunnen krijgen. Ook is er nog altijd het petitierecht en bovendien kent Hongarije grondwettelijk de mogelijkheid van referenda en volksinitiatieven. Dus niet alles hoeft van parlamentszetels te komen. Uiteraard is het bij de dominantie van de Fidesz-partij in de afgelopen jaren – en zeker gezien de keuzes die de huidige regering maakt in de internationale spanningen waarin Europa zich bevindt – niet logisch om erg optimistisch te zijn over de alternatieven voor nationale en andere minderheden. Het EHRM heeft echter met het hier besproken oordeel wel een streep gehaald door de identitaire fopspeen die Hongarije aan ‘zijn’ minderheden aanreikt, dus het kijken naar dit soort alternatieven is nodig.

11. De twee *concurrers* bij dit arrest, rechters Bošnjak (vice-president, rechter namens Slovenië) en Derenčinović (Kroatië) gaan nog een stap verder. Zij zijn het niet eens met de conclusie van hun collega-rechters dat de verlaagde kiesdrempel een probleem is, maar stellen integendeel dat Hongarije daarmee ‘positieve discriminatie’ heeft toegepast op de nationale minderheden, hoewel het EVRM daartoe niet verplicht.[10] Voor kiesdrempels bestaan standaardrechtvaardigingen (tegengaan van versplintering van het politieke landschap, bevorderen van effectief functioneren van het parlement, eenvoudiger coalitievorming), maar die spelen hier allemaal geen rol want de kiesdrempel is juist lager gelegd voor de nationale minderheden. De twee *concurrers* zien hier juist geen schending, maar een extra inspanning van de verdragsstaat om de minderheidspartijen een extra kans te geven om zich te laten

vertegenwoordigen. In het licht van het bovenstaande kunnen daarbij wel vraagtekens worden gezet.

12. De tweede klacht van Bakirdzi c.s. had betrekking op de beperkte keuzemogelijkheid voor nationale-minderheidskiezers. Zoals ook Unger in haar commentaar opmerkt, is het nogal raadselachtig waarom nationale minderheden geen politieke concurrentie mogen kennen: waarom kan maar één organisatie – de vertegenwoordiger van de betreffende nationale minderheid – kandidaten op de lijst zetten? Waarom is er geen vrijheid van politieke organisatie voor nationale minderheden? En waarom is er in deze zaak niet (ook) geklaagd over deze mogelijke schending van de vrijheid van vereniging? Deze vragen deden zich ook voor in een zaak tegen Roemenië waarin het EHRM in 2016 arrest wees: *Ofensiva Tinerilor*.^[11] Daarin was een tweede politieke organisatie voor Roemeense Polen opgedoken, die vervolgens door de overheid als een vorm van kiezersbedrog werd beschouwd. Het EHRM kwam tot de conclusie dat aan de eisen van het EVRM en in het bijzonder art. 3 EP niet was voldaan, doordat aan het Centraal Stembureau dat mocht besluiten over de toelating van partijen tot de verkiezingen, een te vaag omschreven beslisruimte was gelaten. Daarachter lag bij het EHRM kennelijk de gedachte dat bescherming van nationale minderheden niet logischerwijs met zich meebrengt dat er maar één politieke organisatie van de betreffende minderheid kandidaten moet kunnen stellen bij landelijke verkiezingen.

13. Ook in *Bakirdzi en E.C.* klinkt dit door. Zo zegt het EHRM in par. 63: '[I]n approaching the closed national minority lists in the present case, the Court finds it essential to examine the extent and nature of their impact on the applicants' voting rights. It also considers that the right to vote encompasses the opportunity for voters to choose candidates or party lists which best reflect their political views, and election regulations should not require voters to espouse political positions that they do not support.' En in par. 65: 'In other words, the applicants, as national minority voters, could not express their political views or choice at the ballot box, but only the fact that they sought representation in political decision-making as members of a national minority group.' Werd in *Ofensiva Tinerilor* het accent gelegd op de te vaag omschreven beslisruimte van het Roemeense Centraal Stembureau, hier benadert het EHRM de kwestie vanuit de invalshoek van art. 3 EP dat de keuzevrijheid van de burger bij de samenstelling van het parlement centraal stelt. De term 'vrije verkiezingen' moet niet alleen maar betekenen dat er geen externe druk op de kiezers wordt uitgeoefend, maar ook dat er iets te kiezen moet zijn. Overigens valt wel op dat het Hof in par. 66 niet keihard zegt dat dit een schending oplevert, maar alleen dat het Hof 'betwijfelt' of een stelsel waarin de stem bij verkiezingen alleen maar uitdrukt dat men een bepaalde nationale minderheid vertegenwoordigd wil zien, en niet welke politieke programmapunten men onderschrijft, een waarborg is voor 'the free expression of the opinion of the people in the choice of the

legislature' (art. 3 EP).

14. Tot slot dan de klacht over schending van het stemgeheim. Wanneer kiezers zich laten registreren als nationale-minderheidskiezer en zij hebben maar één lijst waarop zij mogen stemmen, dan weet iedereen op wie zij hun stem hebben uitgebracht. Dat is simpel, maar het veronderstelt wel twee dingen: a) dat de kiezer bij binnenkomst in het stembureau herkenbaar is (of wordt) als nationale-minderheidskiezer, en b) dat er niet met één maar met verschillende stembiljetten wordt gewerkt voor de nationale-minderheidslijsten en de 'gewone' lijsten. Als gezegd, in het arrest wordt dit nergens expliciet gemaakt, maar het bestaan van verschillende stembiljetten is de enige verklaring voor de redenering die tot de conclusie leidt dat het huidige Hongaarse arrangement het stemgeheim in gevaar brengt. In het licht van de conclusie over de beperkte keuzemogelijkheid van nationale-minderheidskiezers – ze hebben geen mogelijkheid om echt te kiezen en worden dus in feite a-politiek gemaakt – zou je kunnen denken dat aan een schending van het stemgeheim minder zwaar hoeft te worden getild omdat men op deze manier toch niet de politieke overtuigingen van de kiezer te weten komt, maar zo ziet het EHRM het niet: 'the right to full secrecy was not available for the applicants as national minority voters' (par. 70). Het is overigens terecht dat aan het stemgeheim zwaar wordt getild, al gaat het EHRM nog steeds niet zover dat het ook aanneemt dat het stemgeheim niet alleen een recht maar tevens een *plicht* voor de kiezer tot geheimhouding met zich meebrengt.

11. Al met al is de conclusie dat de gesignaleerde restricties, met het oog op de gevolgen die zij als geheel hebben, een schending betekenen van art. 3 Eerste Protocol EVRM. Wat er moet gebeuren om te zorgen dat Hongarije een eind maakt aan de geconstateerde schending is echter nog niet zo eenvoudig bedenken. Het antwoord op de vraag 'Positieve discriminatie of identitaire fopspeen?' zal nog wel even op zich laten wachten.

Roel de Lange

Met dank aan Karin de Vries voor het meedenken.

[1] Nigel Walker, *Hungary: 2022 general election. Research briefing*, House of Commons Library, parliament.uk, p. 15.

[2] Zie *Bakirdzi en E.C.*, par. 11.

[3] *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81, ECLI:CE:ECHR:1987:0302JUD000926781.

[4] *Mathieu-Mohin*, par. 54; curs. RdL.

[5] Carol Anderson, *One Person, No Vote. How Voter Suppression Is Destroying Our Democracy*, New York/ Londen: Bloomsbury Publishing 2018.

[6] Zie A. Keyssar, *Why do we still have the Electoral College?*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2020.

[7] *Partei Die Friesen t. Duitsland*, EHRM 28 januari 2016, nr. 65480/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0128JUD006548010, «EHRC» 2016/95 m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

[8] Par. 58 en 59 vatten het oordeel van het Hof op dit punt samen: '58. It is clear that States may condition access to parliamentary representation upon the showing of a modicum of support and the Convention does not require States to adopt preferential thresholds in respect of national minorities. However, when setting up a quorum for national minority groups, consideration needs to be given whether that threshold requirement makes it more burdensome for a national minority candidate to gather the requisite votes for a national minority seat than it is to win a seat in Parliament from the regular party lists and whether – in turn – that electoral threshold has a negative impact on the opportunity of national minority voters to participate in the electoral process on an equal footing with other members of the electorate 59. While, as the Court held before, not all votes must necessarily have equal weight as regards the outcome of the election, and no electoral system can eliminate “wasted votes” ..., the national legislator needs to assess whether the statutory scheme creates a disparity in the voting power of members of national minorities, as the applicants, in order to avoid that the potential value of votes that might be cast for national minority lists becomes diluted.'

[9] A. Unger, 'Putting an End to Minority Voter Disenfranchising in Hungary', *Verfassungsblog* 5 december 2022. (<https://verfassungsblog.de/putting-an-end-to-minority-voter-disenfranchising-in-hungary/>)

[10] Zoals reeds door de toen nog bestaande Commissie voor de Rechten van de Mens is opgemerkt in *Magnago and Südtiroler Volkspartei t. Italië*, ECieRM 15 april 1996, nr. 25035/94, ECLI:CE:ECHR:1996:0415DEC002503594, p. 112, waarnaar het Hof nu verwijst in par. 46 en 54

[11] *Ofensiva Tinerilor t. Roemenië*, EHRM 15 december 2015, nr. 16732, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD001673205, «EHRC» 2016/68 m.nt. R. de Lange.

ANNOTATIE

A.H. e.a. t. Duitsland (EHRM, nr. 7246/20) – Weigering inschrijving transgendervrouw als moeder in geboorteregister: geen schending EVRM***prof. mr. A.C. Hendriks***

1. Op 4 april 2023 deed het Hof in twee vrijwel identieke zaken uitspraak over de geslachtsaanduiding van transgenderouders in het geboorteregister.[1] Met deze uitspraken voegt het Hof een dimensie toe aan zijn steeds uitdijende rechtspraak over personen met een transgenderidentiteit. De oordelen hadden tot op heden met name betrekking op de voorwaarden om een geslachtsveranderende behandeling te ondergaan[2] en de officiële erkenning van het nieuwe geslacht.[3] Met de recente uitspraak *Y t. Frankrijk* heeft het Hof geoordeeld over de toevoeging van een derde gendercategorie ('neutraal' of 'intersekse') in het geboorteregister.[4] Thans spreekt het Hof zich uit over de geslachtsaanduiding van twee transgenderouders. De eerste persoon, in de zaak *O.H en G.H. t. Duitsland*,¹ was geboren als vrouw maar voor de geboorte van zijn zoon officieel als man erkend. In de zaak *A.H. e.a. t. Duitsland* was klaagster als man geboren, maar voor de geboorte van haar kind als vrouw erkend. In beide zaken hadden de nationale autoriteiten de inschrijving van de transouders met het nieuwe geslacht afgewezen; registratie was alleen mogelijk met het oorspronkelijke geslacht. Dat komt overigens overeen met de Nederlandse wetgeving (art. 1:198 BW); daarin wordt het van belang geacht dat een kind altijd een moeder heeft. Net als in de eveneens alleen in het Frans gepubliceerde uitspraak in de zaak *Y t. Frankrijk* kent het Hof verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* toe. Is dat anno 2023 terecht?

2. Over de feiten in beide zaken bestaat geen verschil van mening. In de zaken hadden de klagers een geslachtsveranderende behandeling ondergaan en was het nieuwe geslacht van beiden officieel erkend. Evenmin wordt betwist dat klagers in beide zaken ouder van een kind zijn. Punt van geschil betreft de vraag of klagers met het nieuwe geslacht dan wel het oorspronkelijke geslacht in het geboorteregister moesten worden geregistreerd na de geboorte van hun kinderen. De Duitse autoriteiten wilden uitsluitend het oorspronkelijke geslacht in het geboorteregister opnemen. Dit bovenal vanwege het belang van het kind, dat – zoals algemeen wordt erkend – steeds voorop moet worden gesteld.[5] Een kind heeft het recht zijn

afkomst te kennen en een stabiele juridische band met zijn ouders te hebben. Voorts is er een algemeen belang gediend bij het behouden van de samenhang van het rechtssysteem en van de zorgvuldigheid en compleetheid van de registers. Voor de Duitse autoriteiten waren dit redenen om bij de geslachtsaanduiding van beide transouders alleen de mogelijkheid van registratie van het oorspronkelijke geslacht op te nemen.

3. Deze overwegingen zijn deels begrijpelijk, maar roepen ook vragen op. Zo is niet aanstonds duidelijk hoe belangrijk het voor een kind is om te weten dat zijn ouder oorspronkelijk een ander geslacht had. Sterker, ik kan mij voorstellen dat deze registratie voor kinderen eerder verwarrend dan verduidelijkend is. Ook de gedachte dat een ouder uitsluitend één moeder kan hebben is wellicht een beetje achterhaald (zie het Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, 'Kind en ouders in de 21ste eeuw' (2016)). En bedreigt kennis over het nieuwe geslacht de stabiliteit van een gezinsrelatie? Ik zie dat niet zo.

Wat betreft het algemeen belang bij het bewaken van de samenhang van het rechtssysteem en het behoud van de zorgvuldigheid en volledigheid van de geboorteregisters, kunnen ook vragen worden gesteld. Heeft de samenhang van het rechtssysteem en de zorgvuldigheid van het geboorteregister eronder te lijden als iemand zich met een ander geslacht inschrijft? Ik vind dat niet bij voorbaat een reden om te zeggen dat het zelfbeschikkingsrecht van een transgenderouder moet wijken voor deze belangen.

4. Ondanks deze bedenkingen wijst het Hof de gestelde schending van art. 8 EVRM van de hand. Volgens het Hof komt verdragsstaten met betrekking van de geslachtsaanduiding van transgenderouders een ruime *margin of appreciation* toe.[6] Dit heeft te maken met de omstandigheid dat tussen Europese verdragsstaten geen consensus bestaat over de registratie van kinderen die geboren zijn uit een transgenderouders. Dit betreft volgens het Hof ook een ethisch gevoelig vraagstuk, waarbij verschillende met elkaar tegenstrijdige belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Dit verklaart waarom het Hof weigert Duitsland te veroordelen wegens een schending van art. 8 EVRM. Sterker, het Hof gaat nauwelijks in op de gestelde strijdigheid van het Duitse beleid met het recht op zelfbeschikking van de klagende transgenderouders. Het Hof nuanceert zelfs die schending door erop te wijzen dat een verwijzing naar het oorspronkelijke geslacht van klagers in het geboorteregister niet direct hoeft te leiden tot het openbaren van de transgenderidentiteit van klagers. Anders gezegd, klagers ervaren van het afwijzen van het verzoek tot een nieuwe geslachtsaanduiding niet of nauwelijks nadeel.[7]

5. Met deze ruime *margin of appreciation* en het miskennen van het nadeel voor betrokken klagers heb ik moeite. In de zaak *Christine Goodwin* heeft de Grote Kamer van het Hof geoordeeld dat de aanduiding van het geslacht bij transseksuele personen de persoonlijke

intimiteit van de betrokkene betreft, zoals beschermd door art. 8 EVRM.[8] Daarmee was sprake van een schending van deze bepaling.[9] Ik denk dat het Hof dit aspect van de klachten, te weten de genderidentiteit, zwaarder had kunnen laten meewegen in de beoordeling. Het besluiten het geslacht of een gender aan te passen is een vergaande beslissing. Dan te overwegen dat het niet wijzigen van het geslacht of gender minder belangrijk is, ook omdat dit beperkt wordt onthuld, is een vergaande miskennis van de wijze waarop betrokken transgenderouders deze overgang waarderen. Kortom, mijns inziens had het Hof in deze zaak de individuele belangen van de ouders anders kunnen laten wegen.

6. Is deze uitkomst verklaarbaar omdat het Hof ook rekening houdt met de belangen van het kind? Ja, dat zou zo kunnen worden gesteld. Het Hof vindt het al sinds 1992 een verplichting voor overheden om de nieuwe identiteit van personen na een geslachterveranderende ingreep in het geboorteregister op te nemen uit respect van het belang van iemands genderidentiteit.[10] Maar dit kan anders zijn als bij een veranderende genderidentiteit de belangen van een kind (of kinderen) betrokken zijn en mogelijk ook andere gezinsleden. Het is waarschijnlijk hierom dat het Hof een ruime *margin of appreciation* aanneemt, waarbij het Hof bovenal toetst aan de belangen van het kind. Mijns inziens kan anno 2023 niet zonder meer worden aangenomen dat een nieuwe genderaanduiding van een ouder strijdig is met de belangen van een kind. Dat gaat ook voorbij aan het uitgangspunt dat kinderen maximaal participeren in zaken die op hen betrekking hebben. Feitelijk neemt het Hof nu een eenzijdig besluit waarin het kind niet wordt gehoord en betrokken.

7. Wat leren beide uitspraken ons over de weigering van de nationale autoriteiten om de gewenste geslachtsaanduiding van twee transgenderouders te registreren? Net als in de zaak *Y t. Frankrijk* kent het Hof verdragsstaten een ruime beoordelingsruimte toe bij zaken waarin een geslachtswijziging gevolgen heeft voor anderen, in het bijzonder kinderen. Binnen de *margin of appreciation* toetst het Hof dan terughoudend. Wat nu de overtuigende redenen zijn voor een verdragsstaat om een geslachtsverandering niet in alle opzichten op te nemen in het geboorteregister is wat mij betreft niet gebleken. En dat een transgenderpersoon niet hoeft te vrezen voor nadeel, omdat gegevens in het geboorteregister slechts beperkt openbaar worden gemaakt, miskent een belangrijk aspect van de genderidentiteit van personen. Kortom, de twee uitspraken voegen een dimensie toe aan de transgenderjurisprudentie van het Hof, maar geven verdragsstaten weinig sturing over wat wel en niet toelaatbaar is bij de registratie van transgenderouders in het geboorteregister. Omdat de Nederlandse wetgeving grotendeels overeenkomt met de Duitse wetgeving wat betreft de registratie van (transgender)ouders hoeft Nederland zich wat betreft het Hof in ieder geval niet te haasten met de behandeling van het voorstel van wet tot wijziging van de Transgenderwet (kamerstuknr. 35825). Dit wetsvoorstel zal naar verwachting dit jaar door de Tweede Kamer worden behandeld.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

- [1] De andere zaak betreft *O.H. en G.H. t. Duitsland*, EHRM 4 april 2023, nr. 53568/18, ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818.
- [2] Zie bijv. *Y.Y. t. Turkije*, EHRM 10 maart 2015, nr. 14793/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308, «EHRC» 2015/106, m.nt. J.H. Gerards en 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.
- [3] Zie bijv. *S.V. t. Italië*, EHRM 11 oktober 2018, nr. 55216/08, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608, «EHRC» 2019/8 m.nt. Tigchelaar; *X en Y t. Roemenië*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2145/16 en 20607/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516, *EHRC Updates* 2021/055 en *A.D. e.a. t. Georgië*, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417, *EHRC Updates* 2022/308.
- [4] *Y t. Frankrijk*, nr. 76888/17, EHRM 31 januari 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817, *EHRC Updates*, m.nt. A.C. Hendriks en M. de Vries
- [5] Zie bijv. *Skugor t. Duistland*, EHRM 10 mei 2007, nr. 76680/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD007668001; *P.V. t. Spanje*, EHRM 30 november 2010, nr. 35159/09, ECLI:CE:ECHR:2010:1130JUD003515909, «EHRC» 2011/23 en *Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 maart 2012, nr. 4547/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0313JUD000454710, «EHRC» 2012/111, m.nt. M. Bruning.
- [6] Zie voor een ander oordeel over de aanduiding van een toen nog aangeduid als 'transseksueel', *B. t. Frankrijk*, EHRM (GK) 25 maart 1992, nr. 13343/87, ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001334387, *NJ* 199/679, m.nt. Alkema.
- [7] Zie eerder *Y. t. Polen* EHRM 18 november 2021, nr. 74131/14, ECLI:CE:ECHR:2022:0217JUD007413114.
- [8] *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74, m.nt. H.L. Janssen en J. van der Velde.
- [9] Zie ook *Schlumpf t. Zwitserland*, EHRM 8 januari 2009, nr. 29002/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0108JUD002900206, «EHRC» 2009/35, m.nt. A.C. Hendriks; *Van Kück t.*

Duitsland, nr. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, «EHRC» 2003/61, m.nt. J.H. 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. Tichgelaar; *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 Updates* 2021/055 en *A.D. e.a. t. Georgië*, EHRM 1 december 2022, nr. 57864/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417, *EHRC Updates* 2022/308.

[10] *B. t. Frankrijk*, EHRM (GK) 25 maart 1992, nr. 13343/87, ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001334387, *NJ* 199/679, m.nt. E.A. Alkema.