



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Art. 14 Discriminatieverbod

Gerards, J.H.; Heringa, A.W.; Schokkenbroek, J.; Velde, van der J.

Citation

Gerards, J. H. (2005). Art. 14 Discriminatieverbod. In A. W. Heringa, J. Schokkenbroek, & V. der J. Velde (Eds.), *EVRM Rechtspraak en Commentaar*. SDU uitgevers BV. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3913>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3913>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3.14 Art. 14 Discriminatieverbod

A.W. Heringa

Bewerkt door J.H. Gerards

3.14.1 Algemeen

In art. 14 is het verbod van discriminatie als volgt geformuleerd:

“Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.”

Bij lezing van dit artikel vallen al direct twee zaken op. Allereerst het feit dat de toepasselijkheid van het discriminatieverbod is gekoppeld aan het genot van de rechten en vrijheden in het EVRM: art. 14 EVRM is geen zelfstandige, maar een *accessoire* bepaling. Dit aspect zal nader worden besproken in par. 3.14.2, waarin wordt ingegaan op de reikwijdte van art. 14. In de tweede plaats valt op dat de opsomming van discriminatiegronden open van karakter is; zij eindigt met de woorden ‘of andere status’. Dit open karakter van de opsomming leidt tot de vraag naar de wijze waarop het Hof onderscheid op de genoemde gronden beoordeelt. Geldt steeds eenzelfde maatstaf of zijn er verschillen al naar gelang de ene of de andere grond van onderscheid in het geding is? Dit onderwerp vindt behandeling in par. 3.14.4. In de daaraan voorafgaande par. 3.14.3 wordt eerst de reguliere toetsingsmethodiek uiteengezet. Begrip hiervan is nodig voor inzicht in de omgang met de discriminatiegronden die in par. 3.14.4 aan de orde zullen komen. In par. 3.14.5 wordt vervolgens het vraagstuk van de bewijslast behandeld: wie moet wat bewijzen in het geval van geschillen over (on)gelijkheid? In par. 3.14.6 wordt tenslotte kort ingegaan op het Twaalfde Protocol bij het EVRM, dat eind 2004 in werking is getreden. In dit protocol is een zelfstandig discriminatieverbod neergelegd dat een ruimere reikwijdte heeft dan art. 14.

3.14.2 Reikwijdte van art. 14

3.14.2.1 Het *accessoire* karakter

Het *accessoire* karakter van art. 14 wordt door het Hof als vaststaand gegeven aangenomen en benadrukt: het artikel kan slechts worden ingeroepen in samenhang met een andere bepaling uit het Verdrag of een der Protocollen. Alleen onderscheid op de gebieden bestreken door andere materiële rechten uit de Conventie kan de werking van art. 14 activeren. Het bereik van art. 14 wordt kortom bepaald door de reikwijdte van de materiële rechten. Hoe ruimer die worden uitgelegd, des te meer ruimte ontstaat er voor toepassing van art. 14.

In de praktijk blijkt het Hof tamelijk losjes om te gaan met het vereiste van een verband met een materiële verdragsbepaling. Dit bleek al uit een van de eerste uitspraken van het Hof, waarin het uitlegde wat verstaan moet worden onder het *accessoire* karakter van art. 14 (*Belgische taalzaak*, 1968):

“While it is true that this guarantee has no independent existence in the sense that under the terms of Article 14 it relates solely to ‘rights and freedoms set forth in the Convention’, a measure which in itself is in conformity with the requirements of the Article enshrining the right or freedom in question may however infringe this Article when read in conjunction with Article 14 for the reason that it is of a discriminatory nature.” (§ 9)

Het accessoire karakter van artikel 14 impliceert dus niet dat ook een schending van het materiële verdragsartikel aanwezig moet zijn. Dat kan uiteraard, maar is niet noodzakelijk voor de toepasselijkheid van art. 14.¹

Later heeft het Hof nog duidelijker aangegeven welke eisen het stelt aan de connexiteit tussen art. 14 en een materiële bepaling. Deze eisen komen tot uitdrukking in de volgende formule, die in vrijwel iedere uitspraak over art. 14 genoemd wordt:

“Article 14 only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to ‘the enjoyment of the rights and freedoms’ safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to that extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (...).” (*Sommerfeld*, 2003, § 84)²

Uit deze overweging blijkt dat het voldoende is dat de feitenconstellatie op de een of andere manier onder de reikwijdte van een materiële verdragsbepaling kan worden gebracht. De eisen die hierbij worden gesteld zijn niet erg hoog. Zelfs als een feitenconstellatie strikt genomen niet onder de reikwijdte van een materiële bepaling valt, kan het verband met het onderwerp van die bepaling zodanig groot zijn dat de feiten toch ‘within the ambit’ ervan vallen. In de praktijk kan dit ertoe leiden dat de reikwijdte van het EVRM behoorlijk wordt uitgerekt. Twee recente voorbeelden kunnen dit illustreren. In het arrest *Fretté* (2002) was een onderscheid naar seksuele gerichtheid aan de orde bij de adoptie van kinderen. Adoptie valt naar vaste rechtspraak niet onder de reikwijdte van art. 8 EVRM. Het Hof toetste dit onderscheid echter wel aan art. 14, omdat er een nauwe band bestaat tussen het recht op de privé-sfeer en op gezinsleven en de adoptie van een kind. Op vergelijkbare wijze oordeelde het Hof in het arrest *Sidabras en Dziautas* (2004) dat een onderscheid bij de toegang tot de private arbeid onder de reikwijdte viel van art. 14 jo. art. 8 EVRM. Ook deze uitspraak leidde tot een onverwacht grotere reikwijdte van het EVRM, nu tot dan toe werd aangenomen dat toegang tot de arbeidsmarkt niet onder de reikwijdte van het recht op privé-leven viel.

Dit betekent niet dat het accessoire karakter geheel zonder betekenis is. Als het verband met een materiële bepaling te ver verwijderd is, dan is art. 14 niet van toepassing.³ De rechtspraak van het Hof is op dit punt bovendien erg casuïstisch en onduidelijk. Vooralsnog lijkt het Hof tamelijk willekeurig te bepalen of een feitenconstellatie wel of niet onder het bredere bereik van een materiële verdragsbepaling valt.⁴ Duidelijke juridische criteria voor de toepasselijkheid van art. 14 zijn niet uit de rechtspraak af te leiden.

Staat het accessoire karakter soms al in de weg aan de mogelijkheid een beroep op het gelijkheidsbeginsel te doen, de jurisprudentie van het Hof heeft daar in zekere zin nog een schepje bovenop gedaan. Het Hof is namelijk niet snel geneigd beroepen op art. 14 te onderzoeken. Als, en daarvan is veelal sprake, het Hof een schending van de materiële verdragsnorm heeft geconstateerd, acht het het in het algemeen niet meer opportuun om na te gaan of ook art. 14, in samenhang met die norm, is geschonden. Daarmee wordt in al die gevallen de mogelijkheid afgesneden om de interpretatie en toepassing

¹ Slechts in één latere uitspraak heeft het Hof deze eis nog gesteld, namelijk in *Prins Hans-Adam II van Liechtenstein* (2001, § 92). In een andere uitspraak, *Jewish Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000), stelde het Hof bovendien dat ‘in the light of its findings [...] which led the Court to conclude that there had been no interference with the applicant association’s freedom to manifest its religion, the Court considers that the difference of treatment which resulted from the measure was limited in scope’ (§ 87). Beide uitspraken zijn echter uitzonderlijk; uit de overige jurisprudentie moet worden afgeleid dat het al dan niet geschonden zijn van de materiële bepaling geen enkele rol speelt voor de toepasselijkheid en beoordeling van de klacht over art. 14.

² Zie voor oudere voorbeelden *Marckx* (1979, § 32), *Van der Mussel* (1983, § 43), *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* (1985, § 71), *Inze* (1987, § 36), *Karlheinz Schmidt* (1994, § 22) en *Pierre-Bloch* (1997, § 62).

³ Zie bijvoorbeeld *Botta* (1998, § 35) en *Haas* (2004, § 43). In deze laatste uitspraak stelde het Hof dat de zaak feitelijk vooral ging om de vraag of klager kon worden erkend als de erfgenaam van een overledene; het stelde hierover dat ‘it would be stretching the notion of family life too far to hold in the circumstances of the instant case that its subject matter fell within the compass of that notion’. Daarmee achtte het Hof ook art. 14 niet van toepassing.

⁴ Een voorbeeld waaruit dit blijkt is *Sidabras en Dziautas* (2004). Het Hof vond hierin, op basis van een vergaande en creatieve interpretatie, dat art. 8 jo. 14 van toepassing was op het recht op toegang tot de arbeid in de private sector. Vervolgens diende het zich ook uit te spreken over de toepasselijkheid van art. 14 in samenhang met art. 10. Het Hof stelde daarbij vast dat art. 10 niet van toepassing was, en concludeerde daaruit automatisch dat ook art. 14 niet kon worden ingeroepen. Aan het feit dat art. 10 in verband met art. 14 een ruimere reikwijdte zou kunnen krijgen, besteedde het Hof hier geen aandacht.

van art. 14 tot ontwikkeling te brengen, respectievelijk om te laten zien dat art. 14 iets kan toevoegen aan de overige materiële verdragsnormen.

De redengeving van het Hof om niet meer aan een beoordeling ingevolge art. 14 toe te hoeven komen verschilt. In *Kamasinski* (1989) zei het Hof bijvoorbeeld het volgende:

“The Court judges it superfluous to examine the contested facts also under Article 14 since in the present context the rule of non-discrimination laid down in that provision is already embodied in Article 6 § 3 (e) [kosteloze bijstand door een tolk, schr.]”⁵

Deze interpretatie van andere verdragsnormen, inhoudende dat deze (mede) een gelijkheidsgarantie omvatten, is niet een erg opzienbarende.⁶ Wel laat zich in die gevallen vragen welke dan nog de toegevoegde waarde is van een aparte non-discriminatie/gelijkheidsnorm. Immers, impliceren niet alle fundamentele rechten (onder andere door het gebruik van zinsneden als ‘een ieder’ e.d.) de gelijkelijke uitoefening van die rechten? De redenering ligt dan voor de hand dat een ongelijke behandeling inzake de uitoefening van enig materieel recht als beschermd in de Conventie een beperking is van dat recht en daarom ook als zodanig rechtvaardiging behoeft onder de beperkingsclausules van dat specifieke recht. Zo’n uitleg zou van art. 14 echter een overbodige waarborg maken en lijkt daarom in strijd met oogmerk en functie van het Verdrag.

Toch koerst de jurisprudentie van het Hof wel in die richting. Vergelijk in dit opzicht het arrest *Marckx* (1979):

“It is as though Article 14 formed an integral part of each of the provisions laying down rights and freedoms (...)” (§ 32)

En meer recentelijk *Van Kück* (2003), waarin het Hof vaststelde dat

“(...) the applicant’s complaint that she was discriminated against on grounds of her transsexuality amounts in effect to the same complaint, albeit seen from a different angle, that the Court has already considered in relation to Article 6 § 1 and, more particularly, Article 8 of the Convention. Accordingly, the Court considers that the applicant’s complaints do not give rise to any separate issue under Article 14 in conjunction with Article 6 § 1 and Article 8.”⁷ (§§ 91/92)

Dat het Hof het gelijkheidsbeginsel erkent als integraal onderdeel van de materiële verdragsbepalingen blijkt ook uit het feit dat het soms een klacht die feitelijk betrekking heeft op een ongelijke behandeling behandelt onder de materiële bepaling. Een goed voorbeeld daarvan is het arrest *Wilson* (2002), dat betrekking had op een benadeling van werknemers die weigerden een contract te ondertekenen waarin zij afstand deden van essentiële onderdelen van het vakbondsledenmaatschap. Feitelijk was daardoor sprake van een ongelijke behandeling van werknemers die gebruik maakten van hun recht op vrijheid van vakvereniging. Het Hof behandelde deze klacht echter niet onder art. 14 jo. art. 11, maar uitsluitend onder art. 11.

In de voorgaande voorbeelden zag het Hof steeds af van een onderzoek naar de klacht over art. 14, omdat het deze klacht in essentie ook al had behandeld bij de beoordeling van de klacht over de materiële bepaling. De behandeling van de art. 14-klacht heeft in dergelijke gevallen weinig juridisch nut. Het Hof heeft soms ook andere redenen gegeven om af te zien van een onderzoek naar de art. 14-klacht. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de zaak *Philis* (1991, § 68), waarin het Hof van zo’n onderzoek af zag omdat het al had uitgemaakt

“that the restriction on Mr Philis’s right of access to a court infringed Article 6. This being so, it considers that no useful purpose is to be served in determining whether he has in addition

⁵ Vgl. ook al *Luedicke, Belkacem en Koc* (1978, § 53); in soortgelijke zin ook ten aanzien van art. 6 lid 3 (c): *John Murray* (1996).

⁶ Vgl. ook *Hennings* (1992, § 28): “[there is] no reason to examine this claim [betr. art. 14, schr.] since it is subsumed in his general complaint that he was denied access to court.” En in *Casado Coca* (1994, § 35) stelde het Hof vast “that Article 10 guarantees freedom of expression to ‘everyone’. No distinction is made to whether the type of aim pursued is profit-making or not (...) and a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14.” In *Mathieu-Mohin and Clerfayt* (1987, § 59) verwierp het Hof het beroep op artikel 14 (jo. artikel 3 Eerste Protocol (kiesrecht)) omdat het rechtstreekse beroep op artikel 3 al was afgewezen en dezelfde argumentatie opging terzake van artikel 14. In *Ankerl* (1996) ging het om het begrip ‘equality of arms’ als bedoeld in artikel 6 § 1: dat was niet geschonden. Dienaangaande concludeerde het Hof in de context van artikel 14 dat het niet noodzakelijk was de klacht over artikel 14 te behandelen nu de ongelijke behandeling reeds in het kader van het beginsel van ‘equality of arms’ was onderzocht.

⁷ In vergelijkbare zin *Christine Goodwin* (2002, § 108) en *Kjartan Ásmundsson* (2004, § 47).

suffered discrimination as compared with other persons who are subject to lesser limitations on the same right (...).”

De klacht werd hier dus niet buiten beschouwing gelaten vanwege het ontbreken van juridische toegevoegde waarde, maar omdat een oordeel daarover klager niets meer zou opleveren.⁸

Tenslotte vindt het Hof een onderzoek naar art. 14 soms niet de moeite waard omdat de grief dienaangaande slechts een ondergeschikt aspect van de zaak betreft. Zo oordeelde het Hof in *Castells* (1992) het volgende:

“As this question is not a fundamental aspect of the case, the Court does not consider it necessary to deal with it separately (...).”

Kortom, er lijken drie soorten verklaringen te zijn voor de benadering van het Hof om niet meer op art. 14 in te hoeven gaan. Allereerst wordt behandeling van de klacht achterwege gelaten als de gelijkheidswaarborg van art. 14 ook al in het ingeroepen materiële recht ligt besloten. In de tweede plaats gebeurt dit als ten faveure van klager al een schending van een andere verdragsnorm is geconstateerd, zodat een onderzoek naar naleving van art. 14 klager niets meer oplevert (behalve uiteraard immateriële genoegdoening). Tenslotte besteedt het Hof geen aandacht aan de art. 14-klacht als het gelijkheidsaspect een ondergeschikt, niet fundamenteel onderdeel van de voorgelegde klacht is.

In het arrest *Airey* (1979) vat het Hof zijn benadering als volgt kort samen:

“If the Court does not find a separate breach of one of those Articles (materiële verdragsbepalingen, schr.) that has been invoked both on its own and together with Article 14, it must also examine the case under the latter Article. On the other hand, such an examination is not generally required when the Court finds a violation of the former Article taken alone. The position is otherwise if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case.”⁹ (§ 30)

In een aantal gevallen gaat het Hof dus wél in op de klacht over art. 14. Dit gebeurt vooral als de klacht onder het materiële artikel ongegrond is verklaard, als de klacht ziet op een duidelijk ander aspect van de zaak dan de specifieke klacht over het materiële artikel, of als de klacht weliswaar ziet op eenzelfde aspect van het grondrecht, maar betrekking heeft op een juridisch gezien interessante of belangwekkende vraag. Bovendien komt het Hof soms tot de conclusie dat een zaak feitelijk uitsluitend betrekking heeft op een ongelijke behandeling. In die gevallen behandelt het de klacht puur onder art. 14 – er wordt dan geen afzonderlijke aandacht besteed aan de materiële verdragsbepaling. Een voorbeeld daarvan is de zaak *L.&V./Oostenrijk*, een zaak die betrekking had op een verbod van homoseksuele handelingen tussen volwassen mannen en adolescenten van 14 tot 18 jaar. Een vergelijkbaar strafrechtelijk verbod gold niet voor heteroseksuele of lesbische relaties. De klacht over de ongelijke behandeling tussen de verschillende vormen van seksuele relaties vormde de kern van de aan het Hof voorgelegde zaak. Het Hof stelde dan ook dat

“[g]iven the nature of the complaints, the Court deems it appropriate to examine the case directly under Article 14, taken together with Article 8.”¹⁰

⁸ In *Kremzow* (1993, § 80) oordeelde het Hof: “In view of the Court’s finding of a violation concerning the applicant’s absence at the hearing of the appeals (...) it does not consider it necessary to examine his allegation of a breach of Article 14 in conjunction with Article 6.” Vgl. ook *Keegan* (1994, § 62); *Kroon e.a.* (1994, § 43); *Dudgeon* (1981, § 69): verbod op homoseksuele activiteiten: “Once it has been held that the restriction on the applicant’s right to respect for his private sexual life gives rise to a breach of Article 8 by reason of its breadth and absolute character (...), there is no useful legal purpose to be served in determining whether he has in addition suffered discrimination as compared with other persons who are subject to lesser limitations on the same right. This being so, it cannot be said that a clear inequality of treatment remains a fundamental aspect of the case.” Vgl. verder *Beldjoudi* (1992, § 81): na constatering van schending van artikel 8 door voorgenomen uitzetting, geen noodzaak voor beoordeling van artikel 14. Zo ook: *Open Door en Dublin Well Woman* (1992, § 83); *Informationsverein Lentia e.a.* (1993, § 44); *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi* (1994, § 56).

⁹ Vgl. ook *Dudgeon* (1981, § 67) en *X en Y tegen Nederland* (1995, § 32). Een uitzondering op deze benadering van het Hof is het arrest *Canea Catholic Church* (1997). Aan klager kwam volgens de Griekse wetgeving geen rechtspersoonlijkheid toe; zij kon dus ook niet in rechte haar belangen beschermen. Dienaangaande oordeelde het Hof dat er sprake was van een schending van artikel 6 § 1: toegang tot de rechter. Tevens was in deze zaak aangevoerd dat artikel 14 was geschonden, omdat de Griekse staatskerk wel (publiekrechtelijke) rechtspersoonlijkheid toekwam. Het Hof verwijst in dat verband naar zijn conclusie aangaande schending van artikel 6 § 1 en stelt vast dat de Griekse regering geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het verschil in behandeling had aangevoerd. Het is niet geheel duidelijk waarom het Hof in deze zaak wel op de objectieve en redelijke rechtvaardiging inging, terwijl het dit normaal gesproken niet doet. Vermoedelijk is hier sprake geweest van een vergissing.

¹⁰ Zie voor een vergelijkbare benadering o.a. *Salgueiro da Silva Mouta* (2000), *Thlimmenos* (2000), *Koua Poirrez* (2003), *Karner* (2003), *Pla en Pluncernau* (2004) en *Sidabras en Dziautas* (2004).

Op basis van het voorgaande kan worden vastgesteld dat de betekenis van art. 14 EVRM als gevolg van zijn accessoire karakter én als gevolg van de terughoudende toepassing door het Hof beperkt is. Weliswaar heeft het Hof een tamelijk ruime uitleg gegeven aan het accessoire karakter, maar de bepaling voegt in de praktijk relatief weinig toe aan de overige bepalingen van het Verdrag. Een gevolg van het accessoire karakter is bovendien, zelfs in de ruime uitleg van het Hof, dat een relatief groot aantal gevallen van ongelijke behandeling niet voor het Hof kan worden aangevochten. Dit geldt vooral voor klachten over ongelijke behandeling die betrekking hebben op sociale, economische en culturele rechten. Ook zaken over ongelijke behandeling op het werk (bijvoorbeeld bij bevordering) of over positieve discriminatie zullen niet snel door het Hof worden geaccepteerd. Het Twaalfde Protocol, dat onlangs in werking is getreden, zal hierin verandering brengen, nu hierin een zelfstandig gelijkheidsbeginsel is neergelegd. Gezien het belang van dit Protocol zal hieraan in een aparte paragraaf (3.14.6) aandacht worden besteed.

3.14.2.2 Het open karakter; onderscheid op grond van persoonskenmerken

Het open karakter van artikel 14 bleek al in het arrest *Engel e.a.* (1976):

“A distinction based on rank may run counter to Article 14. The list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words ‘any ground such as’ (in French ‘notamment’). Besides, the word ‘status’ (in French ‘situation’) is wide enough to include rank.”¹¹ (§ 72)

In de zaak *Rasmussen* (1984) leidde het open karakter van art. 14 het Hof ertoe om in het midden te laten welke de discriminatiegrond was:

“For the purposes of Article 14, the Court accordingly finds that there was a difference of treatment as between Mr. Rasmussen and his former wife as regards the possibility of instituting proceedings to contest the former's paternity. There is no call to determine on what grounds this difference was based, the list of grounds appearing in Article 14 not being exhaustive [...]” (§ 34)

Voor toepasselijkheid van art. 14 is dus niet van belang op welke grond een ongelijke behandeling is gebaseerd. Wel kan dit relevant zijn voor de intensiteit van de toetsing die door het Hof wordt uitgevoerd: bij een aantal discriminatiegronden stelt het Hof hogere eisen aan de rechtvaardiging dan gebruikelijk. In par. 3.14.4 zal daarop nader worden ingegaan.

Van belang is wel dat art. 14 zich uitsluitend richt op onderscheid op grond van persoonskenmerken of kenmerken van groepen. In de zaak *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen* (1976) waarin het ging om een onderscheid tussen godsdienstonderwijs en seksuele voorlichting, werd art. 14 dan ook niet van toepassing geacht. Het Hof overwoog in dat verband:

“The Court first points out that Article 14 prohibits, within the ambit of the rights and freedoms guaranteed, discriminatory treatment having as its basis or reason a personal characteristic (‘status’) by which persons or groups of persons are distinguishable from each other. However, there is nothing in the contested legislation which can suggest that it envisaged such treatment.” (§ 56)

Na 1976 heeft het Hof weliswaar een aantal ongelijke behandelingen beoordeeld waarvan moeilijk kan worden gezegd dat ze op persoonskenmerken zijn gebaseerd,¹² maar dit betekent niet dat het afstand van het vereiste heeft gedaan. Nog in 1999 oordeelde het Hof dat art. 14 niet in de weg staat aan een verschil in strafprocesrechtelijke regels voor verschillende vergrijpen, omdat daarbij geldt dat

“the distinction is made not between different groups of people, but between different types of offence”.¹³

¹¹ Zie ook *James e.a.* (1986, § 74).

¹² Bijv. *Building Societies* (1997), waarin onderscheid werd gemaakt tussen ‘building societies’ die al in een vroeg stadium bezwaar hadden gemaakt tegen een bepaalde regeling en ‘societies’ die dit niet hadden gedaan.

¹³ *Gerger* (1999), § 69. Ook als het onderscheid voortkomt uit regionale of plaatselijke verschillen is volgens het Hof geen sprake van onderscheid op basis van persoonskenmerken (*Magee*, 2000, § 50).

Het vereiste dat een onderscheid is gebaseerd op persoonskenmerken is op zichzelf niet onredelijk, nu het EVRM specifiek ziet op de bescherming van fundamentele individuele rechten. Deze lijken in mindere mate te worden geraakt als een klacht geen betrekking heeft op een ongelijke behandeling die is gebaseerd op een persoonlijke eigenschap, maar op relatief onpersoonlijke verschillen als bedrijfsomvang of gegenereerde omzet, of wanneer een onderscheid voortvloeit uit geografische verschillen. Toch is kritiek mogelijk op het vereiste. Niet alleen is het moeilijk om de grens tussen persoonskenmerken en andere gronden scherp te trekken (denk aan vermogen of inkomen!), maar ook kan een onderscheid dat is gebaseerd op, bijvoorbeeld, geografische verschillen of op verschillen in regelgeving bij uitstek benadelend zijn voor bepaalde personen of groepen (bijvoorbeeld minderheidsgroepen). Er is dan alle reden om zo'n onderscheid toch onder art. 14 te beoordelen.

3.14.2.3 Materieel en formeel onderscheid

Aanvankelijk gaf de rechtspraak van het Hof blijk van een formele visie op het gelijkheidsbeginsel. Art. 14 werd alleen maar van toepassing geacht als het voorliggende geval daadwerkelijk een verschil in behandeling liet zien. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in het arrest *Stubbings e.a.* (1996), dat betrekking had op verjaringstermijnen voor schadevergoedingszaken. Klaagsters stelden dat deze ten onrechte net zo lang waren bij 'gewone' gevallen van opzettelijk toegebracht leed als bij gevallen waarin de gevolgen van een bepaald handelen pas jaren na de handeling bekend worden (zoals het geval kan zijn bij incest). Zij vonden dat dit *feitelijk* een ongelijke behandeling opleverde, omdat twee volledig verschillende situaties over één kam werden geschoren. Het Hof stelde echter het volgende:

"The Court observes [...] that as between the applicant and victims of other forms of deliberate wrongdoing with different after-effects, there was no disparity in treatment because the same rules of limitation are applied to each group" (§ 73).

Het Hof zag hiermee voorbij aan het feit dat een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel evengoed kan worden veroorzaakt door *ongelijke* als door een *gelijke* behandeling. Als twee personen zich in een heel verschillende positie bevinden, maar toch gelijk worden behandeld, kan de betrokkene daarvan minstens zoveel nadeel ondervinden als van een daadwerkelijk geval van ongelijke behandeling.

Pas vrij recent, in *Thlimmenos* (2000), heeft het Hof dit erkend. In deze uitspraak stelde het expliciet dat:

"The right not to be discriminated against [...] is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different" (§ 44).

Inmiddels maakt deze zinsnede deel uit van de vaste jurisprudentie van het Hof en is het net zo gemakkelijk om te klagen over een materieel onderscheid (een gelijke behandeling van ongelijke gevallen) als over een formeel onderscheid (een ongelijke behandeling van gelijke gevallen).¹⁴

3.14.2.4 Direct en indirect onderscheid

Bestrijkt art. 14 alleen direct onderscheid of ook indirect onderscheid? Dat wil zeggen: is het alleen verboden om onderscheid te maken dat rechtstreeks is gebaseerd op een verboden grond, of ziet art. 14 ook op onderscheidingen op andere (neutrale) gronden die een verboden onderscheid tot gevolg hebben? In dit verband moet eraan worden herinnerd dat art. 14 een open opsomming van discriminatiegronden bevat. Dat maakt het minder noodzakelijk om terug te kunnen vallen op het concept van

¹⁴ Zie voor een recente toepassing bijv. *Chapman* (2001, § 129), *Jane Smith* (2001, § 138) en *Nachova* (2004), § 158. Het Hof heeft overigens niet altijd oog voor gevallen van materieel onderscheid. Een voorbeeld daarvan is *Fogarty* (2002), een zaak die betrekking had op de onmogelijkheid om een arbeidsrechtelijke procedure in te stellen tegen een ambassade; deze onmogelijkheid was het gevolg van de internationaalrechtelijke immuniteit van de ambassade. Het Hof stelde hierover het volgende: "This immunity applies in relation to all such employment-related disputes, irrespective of their subject-matter and of the sex, nationality, place of residence or other attributes of the complainant. It cannot therefore be said that the applicant was treated any differently from any other person wishing to bring employment-related proceedings against an embassy, or that the restriction placed on her right to access to court was discriminatory" (§ 42). Het Hof ziet hier dus geen formeel geval van ongelijke behandeling, zodat het geen reden ziet om art. 14 geschonden te achten. Het is echter niet bereid om verder te kijken, bijvoorbeeld naar het feit dat het resultaat van de maatregel wel degelijk is dat onderscheid gemaakt wordt: klaagster zou wel toegang tot de rechter hebben gehad als zij niet bij een ambassade, maar bij een andere werkgever had gewerkt, of als haar klacht niet op het arbeidsrecht, maar op een ander onderwerp betrekking had gehad. Het lijkt dan ook zaak om het voorwerp van de klacht voor het Hof zo duidelijk mogelijk te formuleren en heel precies aan te geven waarin de (materiële) ongelijke behandeling precies is gelegen.

indirect onderscheid: het is immers niet per se nodig om aan te tonen dat een ongelijke behandeling direct of indirect op één van een limitatief aantal verboden gronden is gebaseerd. Geheel overbodig is het concept echter niet. Zoals hierna zal blijken is het Hof ten aanzien van sommige discriminatiegronden strenger dan ten aanzien van andere. Omvat die strengere maatstaf nu ook indirect onderscheid op grond van zo'n verdacht onderscheid? Of wordt een indirect onderscheid in zo'n geval minder stringent beoordeeld? Meer in zijn algemeenheid is bovendien de vraag of het Hof voldoende rekening houdt met maatschappelijke effecten van regelgeving. Anders gezegd, houdt het Hof bij de beoordeling van een rechtvaardiging rekening met het feit dat de regeling de belangen van een kwetsbare maatschappelijke groep in disproportionele mate raakt?

Hoewel er recentelijk belangrijke nieuwe ontwikkelingen zijn op dit gebied, is het Hof in zijn rechtspraak nog maar weinig ingegaan op deze vragen. Aanvankelijk leek het Hof afwerend te staan tegenover het concept indirect onderscheid. Dit is vooral zichtbaar in het arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* (1985), waarin geklaagd werd over immigratieregels in het Verenigd Koninkrijk. Volgens klagers waren deze regels weliswaar gelijkelijk van toepassing op alle immigranten, maar raakten zij in disproportionele mate mensen die afkomstig zijn uit Pakistan of de New Commonwealth. Zij stelden dan ook dat de regeling feitelijk onderscheid maakte naar huidskleur. Het Hof stelde hierover het volgende:

“That the mass immigration against which the rules were directed consisted mainly of would-be-immigrants from the New Commonwealth and Pakistan, and that as a result they affected at the material time fewer white people than others, is not a sufficient reason to consider them as racist in character: it is an effect which derives not from the content of the 1980 Rules but from the fact that, among those wishing to immigrate, some ethnic groups outnumbered others.

The Court concludes from the foregoing that the 1980 Rules made no distinction on the ground of race and were therefore not discriminatory on that account.” (§ 85)

In deze uitspraak leek het Hof het concept van indirect onderscheid simpelweg niet te erkennen: het feit dat er duidelijk benadelende effecten voor een bepaalde raciale groep waren, achtte het Hof onvoldoende om hieruit een (vermoeden van) ongelijke behandeling af te leiden.

Dit was iets anders in een tweetal recentere zaken, *Kelly* (2001) en *McShane* (2002). In beide zaken hadden de klagers gesteld dat in Noord-Ierland vooral katholieken en nationalistinnen het slachtoffer werden van het optreden van de zekerheidsdiensten en de politie. Daaruit zou blijken dat dit optreden indirect discriminerend was op grond van godsdienst en lidmaatschap van een minderheidsgroepering. Het Hof stelde hierover het volgende:

“Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group. However, even though statistically it appears that the majority of people shot by the security forces were from the Catholic or nationalist community, the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice that could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14.” (*McShane*, § 135)

Deze overweging laat zien dat het Hof in deze zaken minder onwillig stond tegenover erkenning van het concept van indirect onderscheid dan aanvankelijk het geval was. Tegelijkertijd moet hieruit worden afgeleid dat het Hof kennelijk zeer hoge eisen aan het bewijs hiervan wilde stellen. Statistische gegevens, normaal zeer geaccepteerd als bewijs van indirect onderscheid, werden blijkens de geciteerde overweging ontoereikend geacht. Welke (bijkomende) eisen het Hof dan wél zou stellen bleef onduidelijk.¹⁵ Daardoor bleef het concept moeilijk bruikbaar.

Recentelijk heeft het Hof een belangrijke ontvankelijkheidsuitspraak gedaan waarin het veel twijfel over de toepasselijkheid en inhoud van het concept heeft weggenomen. In de zaak *Hoogendijk* (2005), waarin geklaagd werd over een indirect onderscheid naar geslacht, stelde het Hof onder meer het volgende:

¹⁵ Ook de zaak *Nachova* (2004) maakte dit niet duidelijk. Het Hof bevestigde hierin dat indirect onderscheid verboden kan zijn, maar gaf niet verder aan hoe uitwerking moest worden gegeven aan dit concept (§ 167).

“[...] the Court considers that where an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex.”

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat het Hof statistische gegevens nu wel als voldoende basis beschouwt om een vermoeden van indirect onderscheid aan te kunnen nemen. Wel stelt het Hof eerder in de uitspraak nog dat ‘statistics in themselves are not automatically sufficient for disclosing a practice which could be classified as discriminatory under Article 14 of the Convention’. Hiermee lijkt het echter vooral te bedoelen dat de statistische gegevens voldoende kwaliteit moeten bezitten: het moet gaan om officiële, onbetwiste gegevens, waarvan mag worden aangenomen dat zij voldoende betrouwbaar zijn.

Om een vermoeden van indirect onderscheid te kunnen laten rijzen, moet de klager verder aantonen dat een duidelijk hoger percentage van een bijzonder beschermde groep (in dit geval vrouwen) moet worden aangetast. Het Hof lijkt hierbij geen overdreven hoge eisen te stellen. In *Hoogendijk* was 64,6% van de benadeelde groep vrouw, terwijl 35,3% man was; dit betekent dat vrouwen 1,8 maal zovaak door de regeling werden benadeeld als mannen. Ter vergelijking: de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling vindt dat er sprake is van een vermoeden van indirect onderscheid als de ene groep meer dan 1,5 maal zo vaak wordt getroffen door een ongelijke behandeling dan de andere groep.¹⁶

Als een vermoeden van indirect onderscheid is ontstaan, biedt het Hof de regering de mogelijkheid om dit vermoeden weg te nemen door aan te tonen dat het indirect discriminerende effect het gevolg is van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie. Het Hof heeft helaas niet aangegeven wat het hiermee precies bedoelt en welke eisen het op dit punt aan het bewijs door de regering zal stellen. Toekomstige rechtspraak zal dit uit moeten wijzen.

Tenslotte stelt het Hof in deze uitspraak dat, als de regering het vermoeden van indirect onderscheid niet weg heeft kunnen nemen, zij een ‘reasonable and objective justification’ moet aanvoeren voor het gemaakte onderscheid. Deze rechtvaardiging lijkt primair betrekking te moeten hebben op het *directe* onderscheid dat is gemaakt (in het geval van *Hoogendijk* een onderscheid tussen mensen die wel of niet aan een wettelijke inkomenseis voldeden). In dit verband zullen waarschijnlijk vergelijkbare eisen worden gesteld als bij direct onderscheid het geval is (zie daarover nader par. 3.14.3). Als het directe onderscheid op de neutrale grond als zodanig voldoende gerechtvaardigd wordt geacht, lijkt het Hof bovendien nog te willen bezien of de kracht van deze rechtvaardiging opweegt tegen het nadelige effect van de regeling. Ook dit is echter nog niet helemaal duidelijk op basis van deze uitspraak. Verdere jurisprudentie zal moeten leren hoe het Hof precies met de rechtvaardiging van indirect onderscheid zal omgaan.

3.14.3 Toetsingsmaatstaven

3.14.3.1 Het toetsingsmodel

Het toetsingsmodel, zoals dat in beginsel nog steeds door het Hof wordt gevolgd, is al ontwikkeld in de *Belgische Taalzaak* (1968):

“(…) It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14. On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had

¹⁶ Vgl. Oordeel 97-45 van de Commissie gelijke behandeling.

to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aims sought to be realised.” (p. 10)

In *Marckx* (1979) voegde het Hof hieraan nog een vereiste van ‘vergelijkbaarheid’ toe:

“Article 14 safeguards individuals, placed in similar situations, from any discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set out in the other provisions.” (§ 32)

Deze toetsingsmethodiek maakt onderdeel uit van de vaste rechtspraak van het Hof. Een geijkte formulering van de toets is tegenwoordig de volgende (*Koua Poirrez*, 2003):

“According to the Court’s case-law, a distinction is discriminatory, for the purposes of Article 14, if it has ‘no objective and reasonable justification’, that is if it does not pursue a ‘legitimate aim’ or if there is not a ‘reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised’. Moreover the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment.” (§ 46)

Het in deze formule vervatte toetsingsmodel kan als volgt schematisch worden weergegeven:

1. Is er sprake van vergelijkbare gevallen?
Zo nee: het onderscheid is toelaatbaar;
Zo ja:
2. Heeft het onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging, d.w.z.:
 - Heeft het onderscheid een gerechtvaardigd doel?
 - Is er sprake van een redelijke mate van evenredigheid tussen het gehanteerde middel (het onderscheid) en het nagestreefde doel?

Uit deze weergave blijkt dat het Hof alleen een rechtvaardigingstoets zal uitvoeren als de voorgelegde gevallen voldoende vergelijkbaar zijn. Is dit niet het geval, dan zal het Hof niet nader ingaan op de vraag of het onderscheid al dan niet redelijk is.

De elementen van het tweede deel van de toets hebben een cumulatief karakter. Een onderscheid kan slechts gerechtvaardigd zijn als er zowel sprake is van een gerechtvaardigd doel als van een redelijke verhouding tussen doel en middel. Uit de toetsingspraktijk van het Hof blijkt echter dat het niet altijd aan beide elementen zorgvuldig toetst. Ook de functie van de vergelijkbaarheidstoets is niet altijd duidelijk: er zijn vrij veel gevallen waarin deze achterwege wordt gelaten of waarin deze vervangen wordt door een ‘benadelingstoets’. In het vervolg van deze paragraaf zal nader worden ingegaan op de invulling die het Hof in de praktijk aan deze elementen heeft gegeven.

Belangrijk is verder dat de staten terzake van de bepaling van doel en evenredigheid een zekere *margin of appreciation* hebben. Deze *margin of appreciation* zal niet altijd dezelfde zijn, maar “will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background”.¹⁷ Bovendien heeft het Hof ten aanzien van een aantal zaken gesteld dat niet volstaan kan worden met het aanvoeren van een ‘gewone’ objectieve rechtvaardiging, maar dat ‘very weighty reasons’ moeten worden aangevoerd. In de praktijk blijkt dit te betekenen dat het Hof de door de regering aangevoerde argumenten bijzonder streng toetst en nauwkeurig nagaat of deze het gemaakte onderscheid kunnen dragen. Dit blijkt slechts zelden het geval te zijn. Als het Hof gebruik maakt van de *very weighty reasons*-formulering betekent dit, tot nu toe, steeds dat het onderscheid ontoelaatbaar is. De toepasselijkheid van de *very weighty reasons*-test is afhankelijk van de grond van onderscheid. Hierop zal in par. 3.14.4 nader worden ingegaan.

3.14.3.2 Vergelijkbaarheid en benadeling

¹⁷ *Rasmussen* (1984, § 40). Zie voor vergelijkbare formuleringen, waarin nog andere factoren naar voren komen, *Gillow* (1986, § 55), *Leander* (1987, § 52) en *Buckley* (1996, § 75). Zie verder EVRM R&C, Katem 2.1 (Methoden van interpretatie en toetsing), § 2.1.3.

Volgens het toetsingsmodel van het Hof behoort aan de vraag of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is vooraf te gaan de vraag of er eigenlijk wel onderscheid wordt gemaakt. Dat wil zeggen dat moet worden vastgesteld of er sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (formeel onderscheid), dan wel van een gelijke behandeling van verschillende gevallen (materieel onderscheid). Zoals het Hof stelde in *Lithgow e.a.* (1986): art. 14

“safeguards persons (including legal persons) who are ‘placed in analogous situations’ against discriminatory differences of treatment” (§ 177).

Deze vergelijkbaarheidstoets wordt casuïstisch toegepast. Enkele voorbeelden uit de rechtspraak kunnen de werkwijze van het Hof illustreren. In *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen* (1976) werd de klacht over schending van art. 14 afgedaan op de bevinding dat de voorgelegde gevallen niet vergelijkbaar waren. De zaak betrof een klacht over het verschil in behandeling van godsdienstonderwijs en seksuele voorlichting in het onderwijs, waarover het Hof het volgende oordeelde:

“Above all, the Court, like the Commission (...), finds that there is a difference in kind between religious instruction and the sex education concerned in this case. The former of necessity disseminates tenets and not mere knowledge; the Court has already concluded that the same does not apply to the latter. Accordingly, the distinction objected to by the applicants is founded on dissimilar factual circumstances and is consistent with the requirements of Article 14.” (§ 56)

Het arrest *Van der Musselle* (1983) had betrekking op een verplichting voor advocaten om *pro deo*-werk te doen. De vraag was of er ongerechtvaardigd onderscheid werd gemaakt tussen advocaten en andere beroepsgroepen die niet aan een soortgelijke verplichting waren onderworpen. Dienaangaande overwoog het Hof dat er tussen de advocatuur en andere beroepsgroepen fundamentele verschillen bestaan, te weten

“differences as to legal status, conditions for entry to the profession, the nature of the functions involved, the manner of exercise of those functions, etc. The evidence before the Court does not disclose any similarity between the disparate situations in question: each one is characterised by a corpus of rights and obligations of which it would be artificial to isolate one specific aspect.” (§ 46).

Kortom: er was geen sprake van een onderscheid tussen gelijke gevallen, maar van een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen.

Een laatste voorbeeld is het arrest *VGT Verein gegen Tierfabriken* (2001), dat betrekking had op een verbod aan een dierenbeschermingsorganisatie om een schokkende reclameboodschap over de bio-industrie uit te zenden; de vleesindustrie mocht daarentegen wel regelmatig reclameboodschappen uitzenden. Het Hof oordeelde als volgt:

“[...] the Court notes the decision of the Federal Court of 10 August 1997 according to which promotions of the meat industry were economic in nature in that they aimed at increasing the turnover, whereas the applicant association’s commercial, exhorting reduced meat consumption, was directed against industrial animal production and related to animal protection. As a result, the applicant association and the meat industry cannot be considered to be ‘placed in comparable situations’ as their commercials differed in their aims.” (§ 86)

Ook hier achtte het Hof de voorgelegde gevallen dus onvoldoende vergelijkbaar en oordeelde het dat art. 14 niet geschonden was.

Opmerkelijk is in al deze gevallen dat het Hof de toepassing van de vergelijkbaarheidstoets niet goed motiveert. Dit is problematisch, nu gevallen, groepen en personen altijd zowel vergelijkbaar als onvergelijkbaar zijn. Er zijn immers altijd wel opzichten waarin twee gevallen of personen overeenkomsten vertonen, maar er zijn ook altijd opzichten waarin zij verschillen. Om een goed oordeel te geven over de vergelijkbaarheid van de gevallen, moet dan ook eigenlijk worden aangegeven *in welk opzicht* de gevallen overeenstemming moeten vertonen: er moet een vergelijkingsmaatstaf worden vastgesteld. Daarbij is van belang dat ook wordt aangegeven waarom deze maatstaf wordt gekozen. Anders gezegd: gemotiveerd moet worden waarom juist de geselecteerde verschillen of overeenkomsten voor de zaak relevant zijn. Juist dit laatste blijkt het Hof vaak achterwege te laten. Uit de gegeven voor-

beelden blijkt wel steeds dat het Hof een vergelijkingsmaatstaf kiest, maar niet waarom het juist deze maatstaf relevant vindt. Zo blijft in *VGT Verein gegen Tierfabriken* in het vage waarom het doel van de reclameboodschap van belang is voor het al dan niet verbieden ervan, terwijl dit juist de kernvraag was die aan het Hof werd voorgelegd.

Een tweede opmerkelijk aspect van de rechtspraak over vergelijkbaarheid is dat het Hof nog niet vaak (expliciet) is nagaan of de ongelijke behandeling zich wel verhoudt tot de verschillen zoals die worden geconstateerd. Het Hof oordeelt steeds dat art. 14 niet is geschonden, zodra het heeft vastgesteld dat de gevallen niet vergelijkbaar zijn. Hoogstens kan een aspect van evenredigheid tussen de verschillen in de gevallen en het verschil in behandeling soms worden teruggevonden in specifieke toepassingen van de rechtvaardigingstoets. Dit impliceert echter dat het Hof al in een eerder stadium heeft geoordeeld dat de gevallen vergelijkbaar waren. Een voorbeeld is hier het arrest *Lithgow e.a.* (1986):

“It is of course true that the statutory formula did comprise an element of flexibility which could and did result in its being applied differently to different companies. However, this enabled account to be taken of dissimilarities between them, and notably, of the relative importance in each case of the various factors considered; thus, it is clear that earnings will provide a more appropriate route to valuation if the company is profitable, but that assets will do so if it is not. The differences in the applications of the global method therefore had an objective and reasonable justification.” (§ 181)

De vraag is uiteraard ook of de vraag naar de vergelijkbaarheid en naar de aanwezigheid van een objectieve en redelijke rechtvaardiging wel altijd goed te scheiden zijn. Zo kan in de context van voorkeursbehandeling voor personen in een achterstandsituatie betoogd worden dat er geen sprake is van een vergelijkbare situatie. Gezegd kan echter ook worden dat er in dit geval een rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte onderscheid. In een enkel geval heeft het Hof zich er rekenschap van gegeven dat niet altijd goed tussen beide vragen kan worden onderscheiden. In het arrest *De Jong, Baljet en Van den Brink* (1984) werd gesteld dat de hen ten deel gevallen behandeling terzake van militaire detentie was ingegeven door de toen op handen zijnde missie van hun bataljon naar Libanon.

“In the Court’s view, even assuming that a distinction was made between the applicants and other servicemen in an otherwise comparable position, the circumstances of that mission provided an objective and reasonable justification.” (§ 64)

In het arrest *Rasmussen* (1984) was het zelfs nog explicieter over de overlap tussen vergelijkbaarheid en de rechtvaardigingstoets:

“The Government supported the conclusion of the minority of the Commission that husband and wife were not placed in analogous situations [...]. The Court does not consider that it has to resolve this issue, especially as the positions and interests referred to are also of relevance in determining that the difference was justified. It will proceed on the assumption that the difference was made between persons placed in analogous situations.” (§ 37)

In de overlap tussen de vergelijkbaarheidstoets en de rechtvaardigingstoets zou ook een verklaring kunnen worden gevonden voor het feit dat het Hof de vergelijkbaarheidstoets in een toenemend aantal zaken achterwege laat. In steeds meer uitspraken beziet het Hof uitsluitend nog of er sprake is van een *ongelijke behandeling*. Daarbij wordt de behandeling van de ene persoon of groep vergeleken met die van de andere persoon of groep, zonder dat het Hof nagaat of zij zich in een vergelijkbare positie bevinden.¹⁸ Ook wordt de vergelijkbaarheidstoets standaard achterwege gelaten in gevallen van verdacht onderscheid.¹⁹

¹⁸ Zie bijv. *Elsholz* (2000), *Posti en Rahko* (2002, § 86), *Nerva e.a.* (2002), *Pretty* (2002), *Ernst e.a.* (2003), *Sidabras en Dziautas* (2004). De vergelijkbaarheidstoets werd echter wel weer toegepast in *Buchen* (2003).

¹⁹ Dit was ook eerder al het geval; zie bijvoorbeeld *Abdulaziz* (1985), *Inze* (1986), *Schuler-Zraggen* (1993), *Burghartz* (1994) en *Karlheinz Schmidt* (1994); zie meer recent *Mazurek* (2000, § 14), *Camp en Bourimi* (2000), *Sahin* (2001, § 56 en 2003), *Fretté* (2002), *Wessels-Bergervoet* (2002), *Willis* (2002), *L. en V./Oostenrijk* (2003), *Sommerfeld* (2003), *Karner* (2003), *B.B./VK* (2004) en *Pla en Pluncernau* (2004). Er zijn overigens ook wel uitzonderingen op deze regel. Vooral als er reden is om te twijfelen over de vergelijkbaarheid besteedt het Hof toch aandacht aan dit element; zie bijv. *Gaygusuz* (1996, § 48), *Van Raalte* (1997, § 40), *Petrovic* (1998, § 36), *Mazurek* (2000, §§ 44-47), *Odièvre* (2003, § 56), *Koua Poirrez* (2003, § 48).

Als de vergelijkbaarheidstoets achterwege blijft, maakt het Hof wel gebruik van een alternatieve toets: de zogenaamde ‘benadelingstoets’. Deze toets houdt in dat het Hof voor het concrete geval nagaat of er daadwerkelijk sprake is van een nadeliger (dus verschillende!) behandeling van één persoon of groep ten opzichte van een andere persoon of groep. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het arrest *Elsholz* (2000), dat betrekking had op een vermeend onderscheid tussen de regeling voor omgang van vaders met hun onwettige kinderen en de regeling voor omgang van gescheiden vaders met hun wettige kinderen. Het Hof stelde hierover dat:

“In the Court’s view, the applicant has not shown that, in a similar situation, a divorced father would have been treated more favourably. [...] Consequently, it cannot be said on the facts of the present case that a divorced father would have been treated more favourably. There has accordingly been no violation of Article 14 in conjunction with Article 8.” (§§ 60/61)²⁰

Is gesteld dat het onderscheid is gebaseerd op een ‘verdachte’ grond (hetgeen toepassing van de *very weighty reasons*-toets uitlokt), dan gaat het Hof bovendien na of de nadelige behandeling daadwerkelijk was gebaseerd door één van de door het Hof als verdacht aangemerkte gronden.²¹ Het Hof stelt daarbij soms hoge eisen aan de bewijslast. Een tijdlang is dit vooral het geval geweest bij klachten die betrekking hebben op racistisch gemotiveerde geweldpleging waarvoor de staat verantwoordelijk is (bijv. politiegeweld). De klager moest daarbij ‘beyond reasonable doubt’ aantonen dat de geweldpleging daadwerkelijk was ingegeven door ras.²² Recentelijk heeft het Hof deze bewijslast echter verzacht. In het arrest *Nachova* stelde het dat de bewijsstandaard ‘beyond reasonable doubt’

“[...] should not be interpreted as requiring such a high degree of probability as in criminal trials. [The Court] has ruled that proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact.” (§ 166)

En dat

“[...] specific approaches to the issue of proof may be needed in cases of alleged discriminatory acts of violence” (§ 167).

Als de nationale autoriteiten, ondanks het bestaan van bewijs dat onderzoek had moeten uitlokken, onvoldoende hebben gedaan om te onderzoeken of discriminatoire aspecten een rol hebben gespeeld bij de geweldpleging, betekent dit dat

“[...] the burden of proof shifts to the respondent Government, which must satisfy the Court, on the basis of additional evidence or a convincing explanation of the facts, that the events complained of were not shaped by any prohibited discriminatory attitude on the part of State agents” (§ 171).

Tenslotte acht het Hof niet ieder verschil in behandeling relevant in de context van art. 14. In de zaak *Engel e.a.* (1976, § 103) werd bijvoorbeeld het probleem opgeworpen of er een verschil in bestraffing was van Nederlandse dienstplichtigen, waarbij leden van een militaire vakbond strenger werden gestraft. In die context respecteerte het Hof de onafhankelijkheid van de nationale rechter: het acht het niet zijn taak om beslissingen van een nationale rechter te gaan vergelijken. Er kan in het geval van rechterlijke beslissingen pas sprake zijn van discriminatie als een uitspraak “were to depart from others to the point of constituting a denial of justice or a manifest abuse”.

3.14.3.3 Objectieve en redelijke rechtvaardiging

²⁰ Zie voor een vergelijkbare benadering *Posti en Rahko* (2002, § 85): “[...] the Court cannot find it established that there has been differential treatment to the detriment of the applicants in their exercise of their contractual right to fish salmon and whitefish on designated State-owned waters. Accordingly, there has been no violation of Article 1 of Protocol no. 1, read in conjunction with Article 14 of the Convention”, en *Nerva* (2002, § 48): “[...] the applicants have not established that either the applicable legislation or its interpretation by the domestic courts discriminated against them *vis à vis* employees in other sectors of employment covered by that legislation. Indeed, the applicants [...] were treated more favourably than employees in sectors outside the then scope of legislation who were not guaranteed a minimum wage. Accordingly, there has been no violation of the applicants’ rights under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol no. 1 to the Convention.”

²¹ Zie bijv. *Koua Poirrez* (2003, § 38).

²² Zie *Velikova* (2000, § 94) en *Anguelova* (2002, §§ 167/168).

Ook ten aanzien van de vraag naar de objectieve en redelijke rechtvaardiging is casuïstiek troef. Afgezien van de rechtspraak van het Hof op het stuk van bepaalde gronden voor onderscheid (zie hierna § 4), en afgezien van het toetsingskader ontwikkeld binnen het concept van de objectieve en redelijke rechtvaardiging, is weinig helderheid in algemene zin te geven. Als het al mogelijk is de toetsing door het Hof in algemene regels te vangen, gebeurt dat hierna met de aantekening dat de grootste voorzichtigheid betracht dient te worden. Het gaat slechts om een poging enige ordening aan te brengen.

Uit het eerder weergegeven toetsingsmodel blijkt dat het Hof de rechtvaardigingstoets in twee onderdelen uitvoert. Het eerste onderdeel van de toets is een doeltoets. Het Hof stelt daarbij vast welk doel de staat nastreeft met de keuze voor een bepaalde ongelijke behandeling; ook beoordeelt het of dit doel gerechtvaardigd is. De doeltoets is bij uitstek casuïstisch van aard – het Hof heeft in zijn rechtspraak weinig algemene criteria gegeven die behulpzaam zijn bij de beoordeling of een doelstelling gerechtvaardigd is. In veel gevallen wordt de doeltoets bovendien achterwege gelaten en wordt alleen in heel algemene termen beoordeeld of het onderscheid objectief en redelijk is gerechtvaardigd. Lange tijd was alleen maar duidelijk dat de doelstellingen bij verdachte onderscheidingsgronden ‘very weighty’ moeten zijn. Het gewicht van een belang zegt echter niet altijd iets over de legitimiteit ervan: ook een minder zwaarwegend belang kan gerechtvaardigd zijn. Het gewicht van het belang is eigenlijk pas relevant in het kader van de proportionaliteitstoets, het tweede onderdeel van de rechtvaardigingstoets van het Hof.²³

In recentere uitspraken heeft het Hof meer belangstelling getoond voor de gerechtvaardigdheid van het doel. Het Hof is scherpere criteria gaan ontwikkelen voor de beoordeling van de redelijkheid en toelaatbaarheid van een bepaalde doelstelling. Interessant in dit licht is het arrest *L.&V./Oostenrijk* (2003), dat betrekking had op een strafbaarstelling van bepaalde homoseksuele gedragingen. Het Hof stelde hierin dat:

“To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.” (§ 52)

Doelstellingen die voortkomen uit een negatieve attitude tegenover een bepaalde groep kunnen dus geen rechtvaardiging vormen voor een ongelijke behandeling. Hetzelfde geldt wanneer een oordeel uitsluitend is gebaseerd op te gegeneraliseerde stellingen over een bepaalde groep. Zo stelde het Hof in *Palau-Martinez* (2003) over de rechterlijke weigering om na echtscheiding het kind toe te wijzen aan een Jehova’s Getuige het volgende:

“[...] the Court of Appeal [...] asserted only generalities concerning Jehova’s Witnesses. [The Court] notes the absence of any direct, concrete evidence demonstrating the influence of the applicant’s religion on her two children’s upbringing and daily life.”²⁴ (§ 42)

Interessant is verder het arrest *Buchen* (2002), waarin het Hof oordeelde dat puur subjectieve doelstellingen evenmin toelaatbaar zijn:

“La Cour estime que l’effort et l’initiative personnels déployés lors de la recherche d’un emploi sont des critères par définition subjectifs qui ne peuvent servir de justification à une différence de traitement parmi des personnes placées dans des situations analogues.” (§ 75)

Belangrijk is ook het al iets oudere arrest *Inze* (1987), dat betrekking had op onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen. Het Hof stelde hierover het volgende:

“The Court is not persuaded by the Government’s arguments. Most of them are based on general and abstract considerations which may sometimes reflect the real situation. [...] Those considerations cannot justify a rule of this kind. [...] The Court also considers that the argu-

²³ In recentere arresten heeft het Hof dit ook wel erkend. Zo stelde het Hof in *Karner* (2003, § 41) dat ‘de bescherming van het traditionele gezin’ op zichzelf een legitiem doel is. Vervolgens ging het afzonderlijk, in het kader van de proportionaliteitstoets, na of dit doel zodanig zwaarwegend is dat het een ongelijke behandeling op grond van seksuele oriëntatie kan rechtvaardigen.

²⁴ Overigens moet hierbij worden opgemerkt dat het Hof deze beoordeling gaf in het kader van de proportionaliteitstoets en niet zozeer in het kader van de beoordeling van de legitimiteit van de nagestreefde doelstelling. Het gegeven criterium leent zich er echter meer voor om als legitimiteitscriterium te worden gehanteerd dan als criterium in het kader van een doel-middeltoets.

ment relating to the convictions of the rural population merely reflects a traditional outlook.” (§§ 43/44)

Doelstellingen moeten dus voldoende specifiek zijn en moeten voortvloeien uit een reëel bestaand probleem. Puur traditionele opvattingen kunnen een onderscheid bovendien niet rechtvaardigen, zeker niet als het onderscheid is gebaseerd op een verdachte grond.²⁵ Wel heeft het Hof meer recent, in *Karner* (2003), gesteld dat de bescherming van traditionele opvattingen in zichzelf niet ongerechtvaardigd is:

“The Court can accept that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment. It remains to be ascertained whether, in the circumstances of the case, the principle of proportionality has been respected.”²⁶

Vervolgens kwam het Hof tot de conclusie dat in dit geval niet was voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Omdat in deze zaak sprake was van verdacht onderscheid moesten *very weighty reasons* ter rechtvaardiging worden aangevoerd, terwijl de bescherming van de traditionele familie volgens het Hof niet als zodanig kon worden aangemerkt. De positie van het Hof hierover lijkt echter nog niet definitief bepaald: in 2004 wees het een arrest waaruit weer afgeleid zou kunnen worden dat bescherming van traditionele opvattingen als zodanig geen acceptabele doelstelling is.²⁷

Tenslotte kan worden gewezen op de uitspraak van het Hof in *Sidabras en Džiautas* (2004), waarin het het volgende stelde:

“[...] the Court accepts that the restriction of the applicants’ employment prospects under the Act, and hence the difference of treatment applied to them, pursued the legitimate aims of protection of national security, public order, the economic well-being of the country and the rights and freedoms of others.” (§ 55)

Dit is een nieuwe benadering, waarbij het Hof de doelcriteria zoals die in, bijvoorbeeld, de art. 8-11 van het Verdrag zijn neergelegd incorporeert in de toetsing aan art. 14. Het Hof motiveert echter niet waarom in zijn opvatting deze doelstellingen daadwerkelijk worden nagestreefd, noch waarom deze doelstellingen voor het voorliggende geval relevant zijn. De daadwerkelijke belangstelling voor de doeltoets blijft daarmee beperkt.

De proportionaliteitstoets of doel-middeltoets is evenmin duidelijk uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof. Met name ontbreekt een uitsplitsing van deze toets in afzonderlijke onderdelen. Het Hof maakt geen uitdrukkelijk onderscheid tussen een toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid/subsidiariteit en proportionaliteit in strikte zin. In sommige gevallen blijft de doel-middeltoets zelfs volledig achterwege.²⁸ De motivering is daardoor minder goed ontwikkeld dan het geval is bij de materiële verdragsbepalingen. De gebrekkige rechtvaardigingstoets vormt, in combinatie met het accessoire karakter van de bepaling, een goede verklaring voor het gebrek aan belangstelling voor art. 14.

Recente rechtspraak laat echter opnieuw zien dat het Hof meer belangstelling begint te krijgen voor art. 14. Vooral uitspraken waarin de *very weighty reasons*-toets wordt toegepast geven blijk van een zorgvuldigere toepassing van de doel-middeltoets. Ook heeft het Hof in deze rechtspraak meer duidelijkheid gegeven over de criteria die kunnen worden gehanteerd in het kader van deze toets. Interessant is bijvoorbeeld het oordeel van het Hof in het eerder genoemde arrest *Karner* (2003). In deze uitspraak, die betrekking had op een ongelijke behandeling van samenwonende homoseksuelen, specificeerde het Hof dat

“[...] the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary to

²⁵ Zie reeds *Marckx* (1979, § 40) en recenter *Mazurek* (2000, § 50)

²⁶ Idem in *Mazurek* (2000, § 50).

²⁷ Zie impliciet *Pla en Pluncernau*, § 61 e.v. De bescherming van traditionele opvattingen over verschillen tussen biologische en geadopteerde kinderen lag hier duidelijk ten grondslag aan de betwiste rechterlijke interpretatie, ook al blijkt dit niet heel expliciet (zie nader § 18). Het Hof achtte deze interpretatie echter ‘blatantly inconsistent’ met art. 14 (§ 59).

²⁸ Zie recentelijk bijv. *Pretty* (2002, §§ 88/89). De ommissie valt vaak echter te verklaren vanuit het feit dat het Hof al een oordeel over de proportionaliteit heeft gegeven in het kader van de toetsing aan de materiële verdragsbepaling.

exclude persons living in a homosexual relationship from the scope of application of Section 14 of the Rent Act in order to achieve that aim.” (§ 41)

Uit dit citaat blijkt dat het Hof een vereiste van geschiktheid en een vereiste van noodzakelijkheid onderscheidt als onderdelen van het bredere vereiste van proportionaliteit.

Van belang is ook het arrest *Camp en Bourimi* (2000), dat betrekking had op een uitsluiting van onwettige erfgenamen, met het oog op bescherming van andere erfgenamen tegen een plotseling opduikende, onbekende erfgenaam. Het Hof stelde hierover het volgende:

“Although the protection of the rights of other heirs may constitute a legitimate aim, when it comes to the question of the proportionality of the means chosen to achieve this aim the Court observes that Sofian (het kind in kwestie, schr.) was not a descendant of whose existence the other heirs were unaware. Here, there is no indication that the exigencies of the situation required the level of protection that was afforded to Mr. Abbie Bourimi’s parents and siblings to the detriment of his son.” (§ 39).

Het Hof past hier een *concrete* proportionaliteitstoets toe. Ook al is een rechtsregel (en het daarin vervatte onderscheid) in zijn algemeenheid misschien gerechtvaardigd, het Hof zal een schending constateren als blijkt dat het in het concrete geval niet redelijk was om deze regel toe te passen.

Tenslotte is van belang dat het Hof in toenemende mate belangstelling heeft voor de inwerkingtreding van nieuwe regelgeving en voor recente rechtsontwikkelingen. Dit is vooral van belang voor een toepassing van het vereiste van subsidiariteit, dat inhoudt dat geen onderscheid mag worden gemaakt als het nagestreefde doel ook met minder belastende middelen had kunnen worden bereikt. Het komt soms voor dat een discriminerende wettelijke regeling op zeker moment is ingetrokken en is vervangen door een nieuwe, niet discriminerende regeling. Het Hof leest hierin een indicatie dat de discriminatie kennelijk niet echt noodzakelijk was, zoals in *Sahin* (2001):

“[...] these amendments [van de voorheen bestaande regelgeving, schr.] cannot in themselves be taken as demonstrating that the previous rules were contrary to the Convention. They do however show that the aim of the legislation in question [...] could also have been achieved without distinction on the ground of birth.”²⁹ (§ 60)

Verband hiermee houdt het feit dat het Hof de toelaatbaarheid van een ongelijke behandeling soms beoordeelt tegen de achtergrond van wetenschappelijke en maatschappelijke opvattingen en ontwikkelingen. Als deze niet eenduidig zijn over de wenselijkheid van een bepaald onderscheid, dan zal het onderscheid relatief snel geaccepteerd worden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit *Fretté* (2002), een zaak die betrekking had op eenouderadoptie door een homoseksuele man:

“It must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to satisfy demand. This being so, the national authorities [...] were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt [...] was limited by the interests of children eligible for adoption [...]” (§ 42)

Benadrukt moet echter worden dat in alle van de hiervoor genoemde uitspraken een *very weighty reasons*-toets werd toegepast. Het Hof zag in deze zaken steeds reden om zijn toetsing aanzienlijk te intensiveren en een zorgvuldig onderzoek naar de aangevoerde rechtvaardiging uit te voeren. In hoeverre de genoemde criteria ook gelden voor ‘gewone’ gevallen van ongelijke behandeling is nog niet duidelijk. Vooralsnog geldt daarvoor nog steeds dat de doel-middeltoets uiterst oppervlakkig is. Meestal volstaat het Hof met de enkele stelling dat in de aangevoerde argumenten van de regering een toereikende rechtvaardiging kan worden gevonden, zonder dat de argumenten aan een nader onderzoek worden onderworpen.³⁰

²⁹ Eerder stelde het Hof dit al in *Inze* (1987, § 44); zie voor een recentere toepassing *Koua Poirrez* (2003, § 48). Ook hecht het Hof soms waarde aan het feit dat de maatschappelijke opvattingen in hun algemeenheid gewijzigd zijn; zie bijv. *Mazurek* (2000, § 52).

³⁰ Zie bijvoorbeeld *Jewish Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000 § 87) (het Hof verwees hier overigens wel terug naar de beoordeling die het had gegeven bij de toetsing aan het materiële verdragsartikel), *Jane Smith* (2001, § 138, opnieuw wel met verwijzing naar de materiële beoordeling) en *Ernst e.a.* (2003, § 85). Een uitzondering, waarbij het Hof wel veel aandacht aan de proportionaliteitstoets

3.14.4 De 'very weighty reasons'-toets en verdachte gronden van onderscheid

Met de term 'verdacht' onderscheid wordt erop gedoeld dat het Hof ten aanzien van sommige discriminatiegronden strenger is dan bij andere. Die gronden zijn dan in die zin 'verdacht' dat het Hof extra zorgvuldig is bij de beoordeling van de vraag of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is. Het Hof past hierbij de al eerder genoemde *very weighty reasons*-toets toe. Het al dan niet toepassen van deze toets is van groot belang voor de uitkomst van de procedure. Tot nu toe heeft geen enkel geval van ongelijke behandeling de toepassing van een zuivere *very weighty reasons*-toets doorstaan.³¹

In de rechtspraak kunnen de volgende 'verdachte' gronden worden waargenomen:

Wettige/onwettige geboorte

De eerste zaak waarin het Hof liet zien dat sommige onderscheidingen strikter dienen te worden beoordeeld was het arrest *Marckx* (1979), waarin onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen aan de orde was. In deze zaak concludeerde het Hof tot een schending van art. 14, waarbij het acht sloeg op de evoluerende rechtsopvattingen en rechtsontwikkelingen met betrekking tot de juridische positie van onwettige kinderen. Het Hof zag niet in dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging kon bestaan voor het ontbreken van erfrecht voor een onwettig kind op de nalatenschap van haar moeder en verwanten van haar moeder. De striktheid van de door het Hof toegepaste beoordeling was in belangrijke mate ingegeven door het feit dat

"the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim 'mater semper certa est'." (§ 41)

Later constateerde het Hof dat er dienaangaande een 'clear measure of common ground' was. Met die constatering is het mogelijk de toetsingsmaatstaven aan te scherpen.

In het arrest *Inze* (1987) werd voor onderscheid op grond van het criterium wettigheid/onwettigheid door het Hof vastgelegd dat het hier een verdachte classificatie betrof waarop de *very weighty reasons*-toets moest worden toegepast:

"The question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights is today given importance in the member States of the Council of Europe. This is shown by the 1975 European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock, which is presently in force in respect of nine member States of the Council of Europe. It was ratified by the Republic of Austria on 28 May 1980 [...] [Oostenrijk was de verwerende staat, schr.]. Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention [...]" (§ 41)

Sindsdien is het vaste rechtspraak van het Hof dat onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen een *very weighty reasons*-toets uitlokt.³² Het Hof heeft dit later bovendien nog uitgebreid tot onderscheid tussen wettige en onwettige *ouders*³³ en tot onderscheid tussen geadopteerde en wettige kinderen³⁴.

besteedde, is *Sidabras en Dziantas* (2004); dit kan echter worden verklaard door het feit dat het Hof in deze zaak uitsluitend aandacht besteedde aan de gelijke behandelingskwestie en niet aan de schending van het materiële artikel als zodanig. Dit stelt vanzelfsprekend hogere eisen aan de motivering.

³¹ Hierbij moet wel een tweetal kanttekeningen worden geplaatst. In de eerste plaats zijn er voorbeelden van zaken waarin wel onderscheid was gemaakt op één van de gronden die normaal gesproken leiden tot een *very weighty reasons*-toets, maar waarin het Hof redenen aanwezig achtte om die toets toch af te zwakken. Voorbeelden daarvan zijn *Petrovic* (1998) en *Fretté* (2002). In die zaken kwam het Hof toch tot de conclusie dat het onderscheid gerechtvaardigd was. De tweede kanttekening betreft het feit dat het Hof nooit een zaak heeft beoordeeld waarin sprake was van voorkeursbehandeling. Het is denkbaar dat het Hof daarbij ofwel een minder strikte toets zal toepassen, ofwel bij toepassing van de *very weighty reasons*-toets zal concluderen dat de aangevoerde rechtvaardiging voldoende draagkrachtig is.

³² Zie bijv. ook *Camp en Bourimi* (2000, § 38). Een verwijzing naar de *very weighty reasons*-test ontbreekt slechts in *McMichael* (1995).

³³ Zie *Sahin* (2003, § 94): "The Court has already held that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of or within wedlock can be regarded as compatible with the Convention. The same is true for a difference in the

Geslacht

In de zaak *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* (1985) zette het Hof ten aanzien van de classificatie grond geslacht deze stap door deze aan te merken als verdacht en hierop de *very weighty reasons*-toets toe te passen:

“[...] it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.”³⁵ (§ 78)

Ook hier is het bestaan van een afkeurende *common ground* tussen de lidstaten dus de belangrijkste reden om het onderscheid als verdacht aan te merken. Een meer inhoudelijke of fundamentele onderbouwing ontbreekt. Het Hof besteedt bijvoorbeeld geen aandacht aan het feit dat geslacht een persoonskenmerk is dat de betrokkene zelf niet kan wijzigen, noch aan het feit dat geslacht meestal irrelevant is voor het maatschappelijk functioneren van het individu. Evenmin lijkt het Hof waarde te hechten aan het feit dat onderscheid op grond van geslacht vaak is gebaseerd op stereotypen en traditionele opvattingen over rolpatronen. Aangenomen kan echter worden dat juist dit soort factoren ten grondslag liggen aan de algemene afkeuring van onderscheid naar geslacht, zodat deze factoren in de *common ground* impliciet tot uitdrukking komen.

In het arrest *Van Raalte* (1997) bracht het Hof in de gehanteerde terminologie enige wijzigingen aan. In de eerste plaats is van belang dat het Hof over het gemaakte onderscheid op grond van geslacht opmerkte dat

“[w]hile Contracting States enjoy a certain margin of appreciation under the Convention as regards the introduction of exemptions to [...] contributory obligations [betaling van kinderbijslagpremie, schr.], Article 14 requires that any such measure, in principle, applies evenhandedly to both men and women unless compelling reasons have been adduced to justify a difference in treatment.” (§ 42)

Kortom, het Hof vereist hier geen ‘very weighty reasons’, maar ‘compelling reasons’. Dit lijkt op een verscherping van de beoordelingsmaatstaf. Het is echter de vraag of daarvan echt sprake is. In ieder geval is dit arrest het enige voorbeeld van afwijking. In latere uitspraken over onderscheid op grond van geslacht viel het Hof weer terug op de oude *very weighty reasons*-formule.³⁶ Het praktisch effect van een aanscherping zou ook beperkt zijn: ook als gebruik wordt gemaakt van de *very weighty reasons*-formule betekent dit in de praktijk immers al dat het onderscheid niet toelaatbaar is.

Een tweede verschil tussen *Van Raalte* en de eerdere rechtspraak over onderscheid op grond van geslacht is dat het Hof op enkele onderdelen niet meer spreekt van onderscheid op grond van geslacht, maar van ‘gender-based’ onderscheid:

“Accordingly, irrespective of whether the desire to spare the feelings of childless women of a certain age can be regarded as a legitimate aim, such an objective cannot provide a justification for the gender-based difference of treatment in the present case.” (§ 44)

Ook deze benadering is in latere rechtspraak echter niet meer terug te herkennen.³⁷

Een tweede afwijking van het normale patroon is te vinden in de zaak *Petrovic* (1998). Deze zaak had betrekking op een Oostenrijkse regeling op grond waarvan een uitkering tijdens ouderschapsverlof uitsluitend kon worden toegekend aan de moeder. Het Hof overwoog in deze uitspraak het volgende:

“It is true that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons should be needed for such a dif-

treatment of a father of a child born of a relationship where the parties were living together out of wedlock as compared with the father of a child born of a marriage-based relationship.” Idem in *Sommerfeld* (2003, § 93).

³⁴ Zie *Pla en Pluncernau* (2004, § 61): “In the Court’s view, where a child is adopted (under the full adoption procedure moreover) the child is in the same legal position as a biological child of his or her parents in all respects [...]. The Court has stated on many occasions that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of wedlock can be regarded as compatible with the Convention.”

³⁵ Zie ook *Schuler-Zgraggen* (1993, § 67), *Burghartz* (1994, § 27); *Karlheinz Schmidt* (1994, § 24).

³⁶ Zie bijvoorbeeld *Wessels-Bergervoet* (2002, § 49 – al wordt daar van ‘very strong reasons’ gesproken) en *Willis* (2002, § 39).

³⁷ In *Wessels-Bergervoet* (2002, § 49) spreekt het Hof weer van “a difference in treatment based exclusively on the ground of sex and marital status”, net als in *Willis* (2002, § 39).

ference in treatment to be regarded as compatible with the Convention. However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States. It is clear that at the material time, that is at the end of the 1980s, there was no common standard in this field, as the majority of the Contracting States did not provide for parental leave allowances to be paid to fathers.” (§§ 37-39)

Het Hof lijkt met dit arrest een differentiatie in toetsingsintensiteit mogelijk te willen maken. Uitgangspunt is weliswaar dat de *very weighty reasons*-toets moet worden toegepast, maar in sommige omstandigheden kan toch een zekere ruimte worden gelaten aan de lidstaten. Op zichzelf is een soepele omgang met de grondslag voor intensivering van de toetsing wenselijk. De ‘verdachtheid’ van een bepaalde grond van onderscheid wordt dan niet in zijn algemeenheid, maar van geval tot geval beoordeeld. Daardoor kan rekening worden gehouden met bijzondere omstandigheden, zoals de aard van de groep die getroffen wordt. Als bijvoorbeeld een voorkeursbeleid wordt gevoerd waardoor vrouwen worden bevoordeeld, kan er minder reden zijn tot het uitvoeren van een intensieve toets dan wanneer vrouwen juist het slachtoffer zijn van een ongelijke behandeling; dat het gaat om onderscheid om een verdachte grond doet dan niet terzake. In *Petrovic* wordt de intensiteit van de toetsing echter louter en alleen afhankelijk gemaakt van het bestaan van een Europese consensus. Een nadeel van deze keuze van het Hof is dat deze kan leiden tot een verslechtering van de positie van een maatschappelijk toch al benadeelde groep en tot een belemmering van de emancipatie. Dit geldt vooral wanneer de consensus is gebaseerd op verouderde stereotypen en rolpatronen – in een geval als *Petrovic* kan daarvan zeker worden gesproken. In ieder geval is ook deze benadering bij onderscheid op grond van geslacht tot nu toe eenmalig.³⁸ Nadere rechtspraak moet worden afgewacht om te kunnen beoordelen of het Hof bereid is ook in andere gevallen doorslaggevende waarde toe te kennen aan de opvattingen in de lidstaten.

Godsdienst

Het arrest *Hoffmann* (1993) had betrekking op de vraag of bij de toewijzing van de kinderen aan de ene of de andere ouder het geloof van een van hen een belangrijke/doorslaggevende rol mag spelen. Het Hof beantwoordde die vraag ontkennend. Zonder onderscheid op grond van godsdienst met zoveel woorden als een verdacht onderscheid te kwalificeren waarbij slechts *very weighty reasons* als rechtvaardiging kunnen dienen, stelde het Hof wel vast dat

“[n]otwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion is not acceptable.” (§ 36)

Dit lijkt een mogelijk nog zwaardere maatstaf te zijn dan het criterium van de *very weighty reasons*, omdat iedere mogelijkheid tot rechtvaardiging lijkt te worden uitgesloten. Lange tijd is daarom aangenomen dat ook godsdienst tot de verdachte criteria moet worden gerekend. Uit recentere jurisprudentie blijkt echter dat deze veronderstelling onterecht is. In *Thlimmenos* (2000), dat betrekking had op een materieel onderscheid naar godsdienst, wordt van de *very weighty reasons*-test niet gerept, net zomin als in *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000). Ook in *Palau-Martinez* (2003), een zaak die naar de feiten vergelijkbaar was met *Hoffmann*, maakt het Hof geen melding van een aangescherpte toetsing. Geheel duidelijk is de situatie echter nog niet. In *Thlimmenos* en in *Palau-Martinez* voert het Hof namelijk wel een zeer zorgvuldige toetsing uit, die eerder lijkt op een *very weighty reasons*-test dan op de oppervlakkige test die normaal gesproken wordt toegepast. Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat het Hof in een volgende uitspraak alsnog de kwalificatie van ‘verdacht onderscheid’ zal toekennen.

Nationaliteit

In het arrest *Gaygusuz* (1996) voegde het Hof nog een categorie toe aan de tot dan toe erkende verdachte classificatiegronden. Het Hof bepaalde namelijk dat

³⁸ Wel is deze terug te vinden in de rechtspraak over onderscheid op grond van seksuele geaardheid, overigens wel voordat homoseksualiteit officieel als verdachte grond werd erkend. Zie *Fretté* (2002).

“very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.” (§ 42)

Deze uitspraak kon zeker een verrassing worden genoemd. In eerdere rechtspraak had het Hof terzake van onderscheid op grond van nationaliteit een zekere coudance betracht. In het arrest *Moustaquim* (1991) accepteerde het Hof bijvoorbeeld een onderscheid tussen EU-onderdanen en niet EU-onderdanen terzake van uitzetting, en kwalificeerde het dit in ieder geval niet als ‘verdacht’. Het Hof gaf in *Gaygusuz* ook niet aan waarom het nu opeens ruimte zag voor toepassing van de *very weighty reasons*-toets.

Een verklaring voor dit verschil zou kunnen zijn dat het Hof niet alleen let op de aard van het onderscheid, maar ook op het rechtsgebied waar dat onderscheid wordt aangevochten. Dat betekent dat onderscheid op grond van nationaliteit alleen verdacht is als het niet gaat om terreinen die nauw verbonden zijn met de nationale soevereiniteit, zoals het geval is bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Geheel duidelijk is dit echter nog niet. Na *Gaygusuz* is er slechts één andere uitspraak gedaan over onderscheid naar nationaliteit, *Koua Poirrez* (2003); ook die uitspraak had betrekking op het gebied van de sociale zekerheid. Hoe het Hof precies om zal gaan met onderscheid naar nationaliteit bij zaken over toelating of uitzetting van vreemdelingen is daardoor wat moeilijk te voorspellen.

Seksuele geaardheid

De meest recente toevoeging aan het lijstje van verdachte gronden is de grond ‘seksuele geaardheid’. Lange tijd kreeg het Hof geen zaken te beoordelen die op onderscheid op deze grond betrekking hadden. In 1999 kwam daarin verandering met de zaak *Salgueiro da Silva Mouta*, maar daarin gaf het Hof geen uitdrukkelijk oordeel over de verdachtheid van deze grond. Dit was anders in het arrest *L. & V./Oostenrijk* (2003). Zonder dit nader te motiveren stelde het Hof in deze zaak dat

“Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification.” (§ 45)³⁹

In *Karner* (2003) bevestigde het Hof dit oordeel, opnieuw zonder dit nader toe te lichten.⁴⁰

Over de vraag of ook transseksualiteit een verdachte grond van onderscheid vormt heeft het Hof nog geen uitspraak gedaan. Wel heeft het Hof inmiddels twee zaken gewezen waaruit kan worden afgeleid dat de *margin of appreciation* bij inbreuken op privacy-rechten van transseksuelen relatief beperkt is.⁴¹ Het is echter moeilijk te voorspellen of bij onderscheid op deze grond uiteindelijk een *very weighty reasons*-test zal worden toegepast.

Burgerlijke staat

Een twijfelgeval is de grond ‘burgerlijke staat’. Uit het arrest *Wessels-Bergervoet* (2002) lijkt voort te vloeien dat ook deze grond verdacht is:

“The Court considers that very weighty reasons have to be put forward before it could regard a difference in treatment based on the ground of sex and marital status as compatible with the Convention.” (§ 49, curs. toegevoegd)

Het Hof motiveert echter niet waarom het ‘marital status’ hier als verdachte grond aanmerkt. Belangrijk is bovendien dat het Hof de grond in één adem noemt met geslacht. In dit geval raakte het onderscheid juist getrouwde vrouwen, zodat er sprake was van een meervoudige grond. Het is daardoor denkbaar dat burgerlijke staat geen *very weighty reasons*-test uitlokt als deze grond de enige grond van onderscheid zou vormen, d.w.z. niet in combinatie met geslacht wordt ingeroepen.

Ras

Tenslotte heeft het Hof, opmerkelijk genoeg, de grond ‘ras’ niet uitdrukkelijk als verdachte grond gekwalificeerd. Dit kan worden verklaard door het feit dat het Hof nog geen zaken onder art. 14 heeft

³⁹ Eerder in de uitspraak verwees het Hof overigens wel naar het bestaan van een Europese consensus over de ‘age of consent’ voor homoseksuele verhoudingen, het onderwerp waarop de zaak betrekking had. Vermoed kan worden dat deze consensus ook bepalend is geweest voor de kwalificatie van seksuele geaardheid als ‘verdachte’ grond van onderscheid.

⁴⁰ Zie impliciet ook *B.B./VK* (2004, § 25).

⁴¹ *Christine Goodwin* (2003, niet expliciet) en *Van Kück* (2003, evenmin expliciet).

behandeld waarin geklaagd werd over een ongelijke behandeling op deze grond. Wel is soms geklaagd over het feit dat geweldpleging werd ingegeven door racistische overwegingen. In *Nachova* (2004), stelde het Hof daarover het volgende:

“The right to life under Article 2 of the Convention and the prohibition of discrimination in general, and of racial and ethnic discrimination in particular, under Article 14 reflect basic values of the democratic societies that make up the Council of Europe. Acts motivated by ethnic hatred that lead to deprivation of life undermine the foundations of those societies and require particular vigilance and an effective response by the authorities.” (§ 155)

Uit deze overweging blijkt dat het Hof handelen (en dus ook onderscheid) dat is ingegeven door ras volledig afkeurt. Dit blijkt ook uit *Cyprus/Turkije* (2001), waarin het Hof een eerdere uitspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens citeert (de *East African Asians*-zaak):

“[...] a special importance should be attached to discrimination based on race and that publicly to single out a group of persons for differential treatment on the basis of race might, in certain circumstances, constitute a special affront to human dignity. In the Commission’s opinion, differential treatment of a group of persons on the basis of race might therefore be capable of constituting degrading treatment when differential treatment on some other ground would raise no such question.” (§ 306)

Vervolgens oordeelde het Hof dat de situatie op Cyprus van een zodanige mate van discriminatie blijk gaf dat van een vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM moest worden gesproken (§ 310). Als dit al zo is, dan kan nauwelijks worden verondersteld dat het Hof de grond niet als ‘verdachte’ grond zou accepteren onder art. 14.⁴²

Conclusie

Het toetsingskader ten aanzien van de genoemde, expliciet als verdacht erkende gronden (wettigheid/onwettigheid, geslacht, nationaliteit en seksuele geaardheid) is weliswaar hetzelfde als ten aanzien van andere niet-verdachte gronden (toetsing van legitiem doel en proportionaliteit), maar de strengheid waarmee het Hof deze maatstaven aanlegt is een andere. In par. 3.14.3 is al aangegeven dat het Hof bij deze gronden een veel zorgvuldiger toetsing uitvoert van de rechtvaardiging. Ook heeft het Hof juist bij deze gronden nadere invulling gegeven aan de toetsing van doel en proportionaliteit. Tenslotte is een opvallend verschil met de ‘gewone’ vormen van onderscheid dat het Hof bij verdacht onderscheid de vergelijkbaarheidstoets steeds achterwege laat. Kennelijk gaat het ervan uit dat het zo vanzelfsprekend is dat mensen van verschillend geslacht of van verschillende seksuele geaardheid vergelijkbaar zijn, dat het niet noodzakelijk is hieraan in de toetsing afzonderlijk aandacht te besteden.

Opmerkelijk is verder dat het Hof weinig duidelijkheid heeft gegeven over de criteria die het hanteert om een grond als verdacht aan te merken. Uit de rechtspraak over geslacht en wettige/onwettige geboorte blijkt wel dat het bestaan van een afkeurende Europese consensus doorslaggevend was, maar bij nationaliteit en seksuele geaardheid ontbreekt iedere motivering. Ook is niet bij alle gronden even duidelijk of ze nu wel of niet verdacht zijn; dit is met name het geval bij godsdienst, burgerlijke staat en ras. Wellicht schept toekomstige rechtspraak van het Hof daarover meer duidelijkheid.

3.14.5 Bewijslast

In *Handyside* (1976) stelde het Hof vast dat

“the data before the Court do not show that he suffered discrimination in the enjoyment of his freedom of expression and his property rights. In particular, they do not reveal that he was persecuted on account of his political leanings (...).” (§ 66)

⁴² Overigens moet daarbij wel worden opgemerkt dat de rechtspraak van het Hof wat onvoorspelbaar is. Het Hof heeft inmiddels een aantal keer onder art. 14 uitspraak gedaan over een benadeling van zigeuners die gemakkelijk als een onderscheid op grond van etnische afkomst kon worden gekwalificeerd (zie o.a. *Buckley* (1996), *Chapman* (2001) en *Jane Smith* (2001)). Daarbij heeft het Hof echter nooit een *very weighty reasons*-test toegepast.

Hoofdregeel is dat de klager in ieder geval een begin van bewijs moet leveren dat er sprake is van een vorm van, door art. 14 bestreken, onderscheid. Dat betekent dat hij aannemelijk moet maken dat er sprake was van een gelijke situatie ten opzichte van anderen en dat hij nadeliger is behandeld. In *Fre-din* (1991, § 61) hadden klagers niet aan deze bewijsopdracht voldaan. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens had vastgesteld dat niets erop wees dat klagers' bedrijf vergelijkbaar was met de bedrijven waarvan de vergunning niet was ingetrokken. Klagers' hoofdargument was echter dat er sprake was van onderscheid omdat alleen van hun bedrijf de vergunning was ingetrokken. Dat gegeven is in de opvatting van het Hof onvoldoende om vast te stellen dat er sprake was van een vergelijkbare situatie.

Eerder is echter al aangegeven dat het Hof niet altijd een vergelijkbaarheidstoets toepast. Dit is met name het geval in zaken waarin het onderscheid op een verdachte grond is gebaseerd. In dergelijke gevallen kan de klager volstaan met aan te tonen dat er sprake is van een daadwerkelijk geval van ongelijke behandeling en dat deze ongelijke behandeling rechtstreeks is terug te voeren op de genoemde verdachte grond.

Bij indirect onderscheid stelt het Hof iets andere eisen aan de bewijslastverdeling. Hierop is al ingegaan in par. 3.14.2.4. Belangrijk is daarbij vooral dat de klager voldoende overtuigend, officieel en onbetwist statistisch bewijsmateriaal moet aandragen om te kunnen aantonen dat een 'clearly higher percentage' van een bepaalde groep is aangetast in vergelijking tot een andere groep. Is hij daartoe in staat, dan ontstaat een vermoeden van ongelijke behandeling. Het is dan aan de staat om objectieve factoren aan te voeren om dit vermoeden te bestrijden, zo stelt het Hof in *Hoogendijk* (2005):

"If the onus of demonstrating that a difference in impact for men and women is not in practice discriminatory does not shift to the respondent Government, it will be in practice extremely difficult for applicants to prove indirect discrimination."

Het Hof heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag hoe een staat een vermoeden van onderscheid precies kan bestrijden. Dit zal duidelijk moeten worden uit verdere rechtspraak.

Als kan worden vastgesteld dat er sprake is van een vergelijkbare situatie of een op een verdachte grond gebaseerd onderscheid, of dat er daadwerkelijk sprake is van een indirect onderscheid, onderzoekt het Hof vervolgens of het onderscheid voldoende gerechtvaardigd is. Het is daarbij aan de verwerende staat om aan te geven welke doelstellingen met het onderscheid werden nagestreefd, waarom deze legitiem waren, en waarom er sprake is van een redelijke en proportionele verhouding tussen deze doelstellingen en het gemaakte onderscheid. Bij indirect onderscheid is het bovendien de bedoeling dat de regering ook nog aantoont dat de redenen die het had om onderscheid te maken zwaarder wogen dan de indirect discriminerende effecten daarvan.

3.14.6 Het Twaalfde Protocol

Reikwijdte

Het Twaalfde Protocol, dat op 1 april 2005 in werking treedt en door Nederland is geratificeerd,⁴³ bevat in art. 1 een discriminatieverbod dat als volgt is geformuleerd:

"1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op een van de in het eerste lid vermelde gronden."

Deze bepaling wijkt vooral af van art. 14 doordat deze een volledig zelfstandig discriminatieverbod omvat. Anders dan art. 14 bevat art. 1 Twaalfde Protocol niet de eis dat de ongelijke behandeling betrekking moet hebben op één van de door het Verdrag beschermde rechten. Dit is een belangrijke uitbreiding, omdat nu ook klachten die uitsluitend op een ongelijke behandeling betrekking hebben voor

⁴³ Zie Trb. 2001, 18, Rijkswet van 13 mei 2004, Stb. 2004, 302 en <http://conventions.coe.int>. Zie over dit protocol en zijn betekenis o.a. K. Kerdel, 'Meer gelijkheid in de bescherming tegen discriminatie?', *Nemesis* 2001, p. 37 e.v.

het Hof kunnen worden gebracht, ongeacht hun onderwerp. Ook gevallen van voorkeursbehandeling bij promoties, ongelijke behandeling bij de toegang tot de arbeidsmarkt in de publieke sector, discriminerende bejegening bij dienstverlening, de toelating van vreemdelingen of gevallen van ongelijke behandeling bij sociale, economische of culturele rechten kunnen daardoor vanaf 2005 door het Hof worden beoordeeld. Omdat het niet moeilijk is om klachten te formuleren in termen van ongelijke behandeling, neemt het werkteerrein van het Hof daardoor in potentie flink toe.

De belangrijkste beperking van de reikwijdte die nog is opgenomen in het Twaalfde Protocol is de eis dat de ongelijke behandeling betrekking moet hebben op een 'in de wet neergelegd recht'. De bedoeling van dit vereiste is vooral om het inlezen van vergaande positieve verplichtingen tegen te gaan: de bepaling bevat een plicht voor de overheid om zich te onthouden van discriminatie bij bestaande rechten, niet om nieuwe (gelijkheids-)rechten te creëren.⁴⁴ Duidelijk is verder alleen dat het woord 'wet' ook internationaal recht kan dekken – dit is expliciet in het *Explanatory Memorandum* terug te vinden.⁴⁵ Het kan dus ook gaan om rechten die weliswaar op nationaal niveau niet in de wetgeving zijn terug te vinden, maar die wel zijn neergelegd in internationale verdragen. Vooral bij sociale rechten kan dit van belang zijn. Juist deze betekenis is voor sommige lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk, reden geweest om het protocol vooralsnog niet te ondertekenen: zij vrezen dat hierdoor indirect hun incorporatiesysteem wordt doorkruist, omdat internationale, niet-geïncorporeerde sociale rechten via uitspraken van het EHRM toch rechtswerking krijgen op nationaal niveau.⁴⁶

Voor het overige wijkt art. 1 van het Twaalfde Protocol weinig af van art. 14. Er is voor gekozen om het aantal gronden niet uit te breiden, ook al werd er bij de totstandkoming voor gepleit om in ieder geval seksuele geaardheid, handicap en leeftijd als verboden gronden toe te voegen. Een nadeel van uitbreiding zou zijn dat dit *a contrario*-redeneringen kan opleveren. De gedachte zou kunnen zijn dat, omdat bepaalde gronden belangrijk genoeg worden gevonden om te worden toegevoegd, de niet-toegevoegde gronden (bijvoorbeeld genetische kenmerken) kennelijk niet echt problematisch zijn. Dergelijke *a contrario*-redeneringen zijn volgens de opstellers ongewenst, niet in het minst omdat de opvattingen over de relatieve ernst van onderscheid op bepaalde gronden in de loop van de tijd kunnen veranderen: een grond die nu relatief aanvaardbaar wordt geacht, kan over twintig jaar 'verdacht' worden gevonden. Nu de opsomming van gronden toch niet limitatief is, is er dan ook voor gekozen deze onveranderd te laten.⁴⁷

Gelet hierop is het waarschijnlijk dat het Hof zijn rechtspraak over de gronden van onderscheid van art. 14 op vergelijkbare wijze zal toepassen bij art. 1 Twaalfde Protocol. Ook het vereiste van een onderscheid gebaseerd op persoonskenmerken zal vermoedelijk op vergelijkbare wijze worden toegepast.

Belangrijk is verder de verhouding tussen de eerste en tweede alinea van artikel 1 van het Twaalfde Protocol. In het *Explanatory Memorandum* wordt aangegeven dat het de bedoeling van het artikel is dat niet alleen wetgevende handelingen door het discriminatieverbod worden gedekt, maar ook bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen. Vier categorieën worden daarbij onderscheiden:⁴⁸

1. Discriminatie bij het genot van ieder recht dat uitdrukkelijk door nationaal recht aan een individu is toegekend;
2. Discriminatie bij het genot van een recht dat kan worden afgeleid uit een duidelijke verplichting van een bestuursorgaan onder nationaal recht, d.w.z. als een bestuursorgaan een verplichting heeft naar nationaal recht om op een bepaalde manier te handelen;
3. Discriminatie door een bestuursorgaan in de uitoefening van een discretionaire bestuursbevoegdheid (bijv. toekenning van subsidies of ontheffingen, toekenning van bouwvergunningen);

⁴⁴ Zie punt 25 en 29 van het *Explanatory Memorandum* (te vinden via <http://conventions.coe.int>).

⁴⁵ Idem, punt 29.

⁴⁶ Zie nader N. Grief, 'Non-discrimination under the European Convention on Human Rights: a critique of the United Kingdom Government's refusal to sign and ratify Protocol 12', *European Law Review Human Rights Survey* 2002 (27), p. HR3 e.v., op p. HR11 e.v.

⁴⁷ *Explanatory Memorandum*, punt 20.

⁴⁸ Idem, punt 22.

4. Discriminatie door iedere andere handeling of nalaten van een bestuursorgaan (bijv. feitelijk handelen, zoals het optreden van de politie of de ME bij het bestrijden van relletjes).

Het *Explanatory Memorandum* benadrukt dat deze vier categorieën complementair van karakter zijn: hun gecombineerde effect is dat al het overheidshandelen wordt gedekt. De opstellers van de tekst achtten het onnodig om precies vast te stellen welke handelingen onder de eerste alinea van art. 1 Twaalfde Protocol vallen en welke handelingen onder de tweede alinea.⁴⁹ Aangenomen kan worden dat wetgevend handelen in principe onder de eerste alinea valt, terwijl uitoefeningen van bestuursbevoegdheden of feitelijk handelen door bestuursorganen door de tweede alinea gedekt wordt. Onduidelijk is of ook het privaatrechtelijk optreden van de overheid (bijvoorbeeld als werkgever of verhuurder van gebouwen) onder de reikwijdte van het discriminatieverbod valt. Gelet op de uitleg van andere verdragsbepalingen en art. 14 kan worden aangenomen dat dit inderdaad het geval is.

Horizontale werking en positieve verplichtingen

In het *Explanatory Memorandum* en in de discussies bij de totstandkoming van het Twaalfde Protocol is veel aandacht besteed aan het onderwerp van horizontale werking en positieve verplichtingen. Daarbij is steeds benadrukt dat het Twaalfde Protocol primair beoogt een negatieve verplichting voor de staten neer te leggen: er is een verplichting om niet te discrimineren jegens individuen, d.w.z. zich te onthouden van het maken van ongerechtvaardigd onderscheid.⁵⁰ Het protocol is expliciet niet bedoeld om een algemene positieve verplichting aan de staten op te leggen om maatregelen te treffen die ongelijke behandeling in horizontale verhoudingen bestrijden.⁵¹ Anders dan uit de Europese gelijke-behandelingsrichtlijnen vloeit uit het protocol dan ook geen verplichting voort om algemene gelijke-behandelingswetgeving vast te stellen, zoals de Nederlandse Algemene wet gelijke behandeling. Van belang is wel dat het *Explanatory Memorandum* expliciet stelt dat het in heel ernstige en vergaande gevallen in strijd kan komen met het protocol als de staat heeft nagelaten om bescherming te bieden tegen discriminatie.⁵² In zoverre kunnen er dus toch positieve verplichtingen uit het protocol worden afgeleid en kan hieruit ook een zekere mate van indirecte horizontale werking voortvloeien. Het *Explanatory Memorandum* benadrukt daarbij echter dat het alleen zal gaan om relaties in de openbare sfeer die ook gebruikelijk al door de wetgever geregeld worden en waarvoor de overheid een zekere verantwoordelijkheid heeft.⁵³ Als voorbeelden worden daarbij de toegang tot de arbeidsmarkt genoemd, maar ook toegang tot openbare diensten en gebouwen.⁵⁴ Puur private aangelegenheden zullen door het protocol niet snel worden bereikt.

Voorkeursbehandeling

Het protocol bevat, net zomin als art. 14 EVRM, een expliciete uitzonderingsclausule voor voorkeursbehandeling of positieve discriminatie. Veel van de onderhandelende staten hadden daarvoor wel een voorkeur; bovendien is een dergelijke uitzonderingsbepaling in veel andere internationale instrumenten terug te vinden. Om die reden is in de preambule wel een zinsnede opgenomen over voorkeursbehandeling:

“Opnieuw bevestigend dat het beginsel van non-discriminatie de Staten die Partij zijn niet belet maatregelen te treffen ter bevordering van volledige en daadwerkelijke gelijkheid, op voorwaarde dat deze maatregelen objectief en redelijkerwijs kunnen worden gerechtvaardigd.”

Deze zinsnede is uiterst vaag en krijgt nauwelijks meer inhoud in het *Explanatory Memorandum*: daarin wordt uitsluitend aangegeven dat het bij het voeren van voorkeursbeleid noodzakelijk zal zijn om het proportionaliteitsvereiste te respecteren.⁵⁵ Het zal sterk van de interpretatie door het Hof afhangen welke betekenis de zinsnede voor het nationale voorkeursbeleid gaat krijgen. Het ligt daarbij

⁴⁹ Idem, punt 23.

⁵⁰ Idem, punt 24.

⁵¹ Idem, punt 25.

⁵² Idem, punt 26.

⁵³ Idem, punt 26.

⁵⁴ Idem, punt 28.

⁵⁵ Idem, punt 16.

in de lijn der verwachting dat het Hof zich zal conformeren aan de uitgebreide rechtspraak van het Europees Hof van Justitie over dit onderwerp om op die manier incongruenties te voorkomen.

Toetsingsmaatstaven

Gelet op de beperkte veranderingen in de tekst van art. 1 Twaalfde Protocol kan worden verwacht dat de toepassing door het Hof niet sterk zal afwijken van de toepassing van art. 14. Dit ligt te meer voor de hand daar niet alle staten het Twaalfde Protocol zullen ratificeren. Een sterk afwijkende toepassing van een zo essentieel verbod als het discriminatieverbod zou dan kunnen leiden tot sterke divergenties tussen de lidstaten. Vermoedelijk zullen de toetsingsmaatstaven dan ook nagenoeg identiek zijn en zal ook de *very weighty reasons*-jurisprudentie bij art. 1 Twaalfde Protocol gevolgd worden.

Conclusie

Het ligt in de lijn der verwachting dat het discriminatieverbod van het Twaalfde Protocol door zijn zelfstandige karakter aan betekenis zal winnen. Het is nu immers zo dat een klacht over art. 14 vaak niet meer wordt behandeld omdat over een vergelijkbaar aspect al een oordeel is gegeven bij de toetsing aan de andere verdragsbepalingen. In de toekomst zullen vaker klachten bij het Hof worden gebracht die uitsluitend betrekking hebben op een ongelijkheid in behandeling; het onderwerp van deze klachten kan daarbij anders zijn dan tot nu toe gebruikelijk. Bovendien zal de samenhang van een klacht over ongelijke behandeling en een klacht over een materiële bepaling niet per definitie zo groot zijn als nu vaak het geval is. De kans is groot dat het gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod zich daardoor uiteindelijk toch nog kan ontwikkelen tot een 'norm met tanden'.