

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?

Janneke Gerards *

Het in artikel 14 EVRM opgenomen gelijkheidsbeginsel is lange tijd beschouwd als een tamelijk krachteloze waarborg, die aan de bescherming van het EVRM feitelijk weinig toevoegde. Als gevolg van een verandering in de interpretatie en toepassing van de bepaling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt de bepaling echter langzaam aan betekenis te winnen. In toenemende mate worden beroepen op artikel 14 EVRM inhoudelijk beoordeeld. De bepaling wordt bovendien soms dusdanig uitgelegd dat deze een belangrijke aanvulling lijkt te kunnen gaan vormen op andere nationale, internationale en Europese gelijkheidsnormen.

Het is waarschijnlijk dat deze tendens in de rechtspraak zich door zal zetten na de inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol, waarin een zelfstandig gelijkheidsbeginsel is opgenomen. Aangezien deze inwerkingtreding een toenemend aantal beroepen op het EVRM-gelijkheidsbeginsel tot gevolg zal hebben en daarmee van groot belang kan zijn voor het gelijke behandelingsrecht in de lidstaten, wordt de gelijke behandelingsrechtspraak van het Hof in deze bijdrage aan een kritisch onderzoek onderworpen. Daarbij wordt niet alleen een overzicht gegeven van de huidige interpretatie van artikel 14 EVRM, maar zal ook worden onderzocht welke knelpunten zich daarbij voordoen.

1 Inleiding

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens heeft, mede als gevolg van de soms vergaande interpretaties van het Straatsburgse Hof, grote betekenis gehad voor de ontwikkeling van fundamentele rechten binnen Europa. Veel rechten en vrijheden die op nationaal vlak al bestonden zijn in de loop van de tijd 'ingekleurd' door de Straatsburgse rechtspraak. Het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft in Nederland in sterke mate via het EVRM vorm gekregen, ditzelfde geldt voor de uitleg van het recht op privé- en gezinsleven, voor de beoordeling van beperkingen van de vrijheid van meningsuiting of betoging en voor tal van andere rechten. De grote betekenis van het EVRM geldt echter niet over de gehele linie: sommige bepalingen en rechten zijn opmerkelijk onderbelicht gebleven, ondanks hun belangrijke potentiële waarborg voor de vrijheid van het individu. Dit geldt in bijzondere mate voor artikel 14 EVRM, dat uitdrukking geeft aan het essentiële beginsel van gelijke behandeling.¹ Waarschijnlijk als gevolg van het accessoire karakter, waardoor de bepaling alleen inroepbaar is wanneer een ongelijke behandeling betrekking heeft op een expliciet door het Verdrag beschermd recht, is de belangstelling voor deze bepaling steeds zeer beperkt geweest.² In de regel was het zo dat het Hof niet meer toekomt aan een toetsing

■ Mr. Janneke Gerards is als universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Leiden. Zij dankt Tom Barkhuysen en Jos Gerards voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

1. Zo ook K. Kerdel, 'Meer gelijkheid in de bescherming tegen discriminatie. Protocol 12 bij het EVRM', *Nemesis* 2001, p. 37.

2. Zie over het accessoire karakter nader A.W. Heringa, 'Discriminatieverbod', in A.W. Heringa, J. Van der Velde & J.G.C. Schokkenbroek, *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Koninklijke Vermande, Den Haag 1998, p. 3.14-2/3.

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

aan artikel 14 EVRM als het had geoordeeld dat een substantiële verdragsbepaling is geschonden.³ Kwam het Hof wel toe aan de behandeling van een beroep op artikel 14, dan deed het dit in veel gevallen af met een minimale motivering. Enkele uitzonderingen daargelaten was de kans van slagen van beroepen op het gelijkheidsbeginsel dan ook niet bijzonder groot. In academische kringen is de bepaling dan ook regelmatig gekwalificeerd als ‘tandeloos’ of zelfs als een feitelijk overbodige waarborg.⁴ Ook op nationaal niveau heeft dit zijn effecten gehad. In Nederland beroepen rechtzoekenden zich bij voorkeur op artikel 26 IVBPR (dat een zelfstandig gelijkheidsbeginsel bevat), op artikel 1 Grondwet of zelfs op het algemene, ongeschreven gelijkheidsbeginsel.⁵ Belangrijk is verder dat het EG-recht in de praktijk veel betere waarborgen tegen ongelijke behandeling blijkt te bieden dan het EVRM, nu het Hof van Justitie van de EG zich bereid heeft getoond om een vergaande en vooruitstrevende rechtspraak te ontwikkelen over het verbod van onderscheid op grond van geslacht en nationaliteit.⁶ Voor mensen die zich door een ongelijke behandeling achtergesteld voelen blijkt de communautaire rechtspraak daardoor vaak aanzienlijke mogelijkheden tot rechtsherstel te verschaffen, waardoor minder behoefte bestaat aan een beroep op het (op zichzelf veel ruimer geformuleerde) artikel 14 EVRM.⁷

3 Daarnaast behandelt het Hof een feitelijke klacht over een ongelijke behandeling soms als ware het een klacht over de schending van een substantiële verdragsbepaling. Een goed voorbeeld is *Wilson e.a. t. het VK* (EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002/70, m.nt. Heringa), een zaak die o.a. betrekking had op het feit dat het Engelse recht werkgevers de mogelijkheid bood om werknemers nadeliger te behandelen wanneer zij niet bereid bleken om afstand te doen van essentiële aan de vakbondsvrijheid gerelateerde rechten. Deze klacht, die in essentie neerkomt op een klacht over een wettelijk geoorloofde ongelijke behandeling, werd door het Hof niet behandeld onder art. 14, maar onder art. 11 (zie § 47/48). Vervolgens achtte het Hof het niet meer noodzakelijk om nog afzonderlijk in te gaan op het beroep op art. 14 EVRM (§ 52). In dit opzicht is de rechtspraak van het Hof overigens niet geheel consistent: het is de laatste jaren ook regelmatig voorgekomen dat het een beroep op een substantiële bepaling voegt met de behandeling van het beroep op art. 14 EVRM, in die zin dat uitsluitend aan art. 14 wordt getoetst; zie bijv. EHRM 21 december 2001, *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, EHRC 2000/16, m.nt. Gerards, NJCM-Bulletin 2000, p. 880, m.nt. 1Forder en EHRM 9 januari 2003, *L.&V. t. het VK*, EHRC 2003/18, m.nt. Van der Velde. Een wat recentere ontwikkeling is dat klachten over een ongelijke behandeling die verband houden met een ongegrond verklaard beroep op een substantieel artikel soms toch behandeld worden, vooral wanneer duidelijk is dat de ongelijke behandeling ongerechtvaardigd is of wanneer de gelijke behandelingsklacht juridisch gezien belangwekkend is. Voorbeelden daarvan zijn vooral zichtbaar in de gevallen waarin sprake is van onderscheid op een ‘verdachte’ grond. Het Hof lijkt dit zo graag te willen bestrijden dat het om die reden zijn gebruikelijke terughoudendheid ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel laat varen. Zie bijv. EHRM 8 juli 2003, *Sommerfeld (GC)*, EHRC 2003/70, m.nt. Gerards.

4 Zie bijv. A.W. Heringa 1998 (zie noot 2) p. 3.14-2 en 3 en Partsch, ‘Discrimination’, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff: Dordrecht 1993, p. 591.

5 Dit houdt ook verband met het feit dat het als gevolg van het accessoire karakter van art. 14 lange tijd niet mogelijk was om dit artikel in te roepen in sociale zekerheidszaken; dit veranderde pas met het arrest *Gaygusuz t. Oostenrijk*, EHRM 16 september 1996, Reports 1996-IV. Vgl. A.W. Heringa, A.J.Th. Woltjer, ‘Gelijke behandeling in het sociale zekerheidsrecht: ‘Straatsburg’ scherpt de eisen aan!’, *NJB* 1997, p. 1710. Ook bij belastingzaken blijkt het artikel moeilijk inroepbaar; vgl. J.C.M. Gribnau, ‘Perspectieven op het gelijkheidsbeginsel’, *WFR* 2000, p. 907.

6 Deze rechtspraak heb ik beschreven en geanalyseerd in hoofdstuk 4 van mijn proefschrift, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Diss. Maastricht, Sdu 2002, p. 221 e.v.

7 Bovendien geldt voor het Europese recht dat hieraan, anders dan aan het EVRM, directe horizontale werking toekomt (zie HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Walrave en Koch*, Jurispr. 1974, 1405, § 16-18 en HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne II*, Jurispr. 1976, 455, § 39. De relevante communautaire bepalingen bieden daardoor veel bescherming tegen onderscheid dat wordt veroorzaakt door particulieren, zoals werkgevers.

De laatste jaren lijkt langzaam een einde te komen aan het relatief onbeduidende bestaan van het in het EVRM vervatte gelijkheidsbeginsel. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt beroepen op dit beginsel in toenemende mate serieus en heeft hierover in de afgelopen jaren verscheidene belangrijke uitspraken gedaan. Recentelijk heeft het Hof zich zelfs bereid getoond om het Europees Hof van Justitie voorbij te streven: waar het Luxemburgse Hof in 1998 nog aangaf dat samenwonenden van gelijk geslacht naar Europees recht niet gelijk hoefden te worden gesteld met samenwonenden van verschillend geslacht,⁸ stelde het Hof in Straatsburg recentelijk dat het ontbreken van een dergelijke gelijkstelling in de wetgeving wél in strijd is met artikel 14.⁹ Nu het gelijkheidsbeginsel door inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol bovendien zal worden 'verzelfstandigd' voor alle landen die het Protocol ratificeren, lijkt het EVRM een belangwekkende extra waarborg te kunnen verschaffen tegen ongerechtvaardigd onderscheid.¹⁰ De reikwijdte van het nieuwe Protocol is aanzienlijk ruimer dan die van artikel 14 EVRM, waardoor een veel groter aantal gevallen van ongelijke behandeling voor het Straatsburgse Hof kan worden gebracht dan momenteel het geval is.¹¹ Gezien het gezag dat dit Hof geniet, is het waarschijnlijk dat dit zal leiden tot het vaker invoeren van de EVRM-gelijkheidsbepaling op nationaal niveau. Alleen al om die reden is het van belang om enig inzicht te verwerven in de rechtspraak die het Hof in de laatste jaren heeft ontwikkeld met betrekking tot artikel 14, nu deze voor de nationale rechter immers een leidraad zal moeten vormen bij de toepassing van het Twaalfde Protocol. Daarnaast geldt dat het Twaalfde Protocol alleen een goede waarborg kan opleveren tegen ongerechtvaardigd onderscheid als het Hof, maar ook de nationale rechterlijke instanties, bereid zijn om hieraan een goede, heldere en controleerbare toetsing uit te voeren. Het is daarom wenselijk om te bezien op welke punten de interpretatie en toepassing van het Hof nog verbeterd en verfijnd kunnen worden.

8 Hvj EG 17 februari 1998, zaak C-249/96, *Grant*, Jurispr 1998, I-628

9 EHRM 24 juli 2003, *Karner t Oostenrijk*, EHRC 2003/83, m nt Gerards

10 Trb 2001, 18 en 173. Het Twaalfde Protocol is ondertekend op 4 november 2000 en is inmiddels door vijf staten geratificeerd (zie <http://conventions.coe.int> (bezoekt op 16 december 2003)), het Protocol zal in werking treden als het door tien landen is geratificeerd. Het is nog onduidelijk wanneer dit het geval zal zijn, maar bekend is wel dat diverse landen momenteel bezig zijn met het proces van ratificatie. In Nederland is een wetsvoorstel tot goedkeuring van het Protocol aanhangig bij het parlement (zie kamerstuknr 28 100 (R 1705)). Van belang is wel dat het Protocol door enkele belangrijke lidstaten van de Raad van Europa niet is ondertekend; het Verenigd Koninkrijk is hiervan een voorbeeld (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, vol 27, p HR/11), net als Frankrijk, Denemarken, Spanje, Zweden en Zwitserland. Voor die staten blijft, ook na inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol, art 14 EVRM gewoon gelden.

11 Art. 1 van het Twaalfde Protocol luidt als volgt: '(1) The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. (2) No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.' Ongerechtvaardigd onderscheid is dus verboden bij (de gebonden toepassing van) een onderscheid dat in een algemene regeling is opgenomen (normatief onderscheid), maar ook bij onderscheid dat wordt gemaakt bij de uitoefening van een concrete (evt discretionaire) bevoegdheid (concreet onderscheid). De reikwijdte is daardoor potentieel ruimer dan die van art. 14 EVRM, niet in het minst door de uitdrukkelijke erkenning dat ook concreet onderscheid onder de reikwijdte van een bepaling valt. Zie hierover ook het Explanatory Memorandum, punt 22. De precieze betekenis van het begrip 'law' is overigens nog niet helder, waarmee ook de reikwijdte van de bepaling nog niet duidelijk vaststaat. Daarover zal de rechtspraak van het Hof moeten worden afgewacht.

In deze bijdrage zal daarom een kritisch overzicht worden gegeven van de belangrijkste gelijke behandelingsrechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Geen aandacht zal daarbij worden besteed aan de uitgebreide jurisprudentie over het accessoire karakter van artikel 14 EVRM, aangezien die rechtspraak zijn betekenis zal verliezen voor die staten die het Twaalfde Protocol ratificeren. Wel zal worden ingegaan op enkele andere aspecten van het gelijkheidsbeginsel (paragraaf 2), op de *very weighty reasons*-test (paragraaf 3) en tenslotte op enkele bijzondere aspecten van de toetsingsmethodiek van het Hof (paragraaf 4).

2 Algemene aspecten van het gelijkheidsbeginsel in het EVRM

2.1 Open opsomming van gronden

Van groot belang voor de betekenis van artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol is het feit dat in deze bepalingen geen limitatieve opsomming van gronden is opgenomen. Weliswaar bevatten beide bepalingen een lijstje van gronden die lijken te dienen als voorbeelden van ‘verboden’ onderscheidingscriteria, maar het Hof kent daaraan blijkens zijn rechtspraak niet veel betekenis toe. Zo heeft het in zijn recentere rechtspraak duidelijk aangegeven dat onderscheid op grond van homoseksuele oriëntatie alleen toelaatbaar zal zijn als daarvoor ‘very weighty reasons’ kunnen worden aangevoerd.¹² Dit impliceert duidelijk een afkeuring van onderscheid op deze grond, hoewel seksuele oriëntatie niet in de opsomming van artikel 14 terugkomt.¹³ Anderzijds is het de vraag of onderscheid op de grond ‘property’, die wel expliciet in beide opsommingen is opgenomen, eveneens tot een zeer strenge toets zal leiden: onderscheid wegens inkomen of eigendom is lang niet altijd onredelijk en zal vaak worden gemaakt op beleidsterreinen waarop de bevoegde organen een grote mate van beleidsvrijheid hebben (bijvoorbeeld belastingheffing of sociale zekerheid).¹⁴ Het is dan ook van belang om de betekenis van dit soort opsommingen iets te relativiseren. De perceptie van de laakbaarheid van bepaalde gronden van onderscheid blijkt sterk te variëren in de tijd en is afhankelijk van heersende opvattingen: waar tegenwoordig bijvoorbeeld met afkeuring gekeken wordt naar onderscheid op gronden als leeftijd en geslacht, werden deze niet al te lang geleden nog als heel acceptabele gronden van onderscheid beschouwd.¹⁵ Voorkomen moet worden dat a

¹² Zie o.a. EHRM 9 januari 2003, *L. en V. t. het VK*, EHRC 2003/18, m.nt. Van der Velde en EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, EHRC2003/83, m.nt. Gerards.

¹³ Over dit punt bestaat wel aanzienlijke discussie: zowel op het niveau van de Raad van Europa als op nationaal niveau is gesproken over de opsomming van gronden, waarbij steeds is aangegeven dat seksuele oriëntatie hierin in ieder geval thuis zou horen. Zie hierover nader Kerdel 2001 (zie noot 1), p. 42 en de discussie in de Tweede Kamer hierover (zie o.a. Motie Koenders, Kamerstukken II, 28 100 (R1705), nr. 9).

¹⁴ Vgl. EHRM 18 februari 1991, *Fredin t. Zweden*, Series A, vol. 192, § 51, EHRM 28 juli 1999, *Immobiliare Saffi t. Italië*, Reports 1999-V, § 49, EHRM 18 januari 2001, *Chapman t. het VK*, AB 2002/158, m.nt. Gerards en EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a. t. het VK* (GC), EHRC 2003/71, §§ 100/101, m.nt. Janssen.

¹⁵ De tegenwoordige grote afkeuring blijkt voor leeftijd uit het feit dat er een voorstel voor een Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd in behandeling is, waarin leeftijd in het algemeen verboden wordt gesteld, hoewel er een ruime uitzonderingsbepaling bestaat, (*Kamerstukken* 28 170, momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer). Daardoor wordt leeftijd nagenoeg gelijk gesteld aan de door de Algemene wet gelijke behandeling verboden gronden, zoals ras, etnische afkomst en geslacht. Jarenlang heeft echter de opvatting geheerst dat leeftijd

contrario uit het niet opnemen van een grond wordt afgeleid dat deze niet problematisch is, en het risico moet worden vermeden dat de bescherming tegen ongelijke behandeling statisch van karakter wordt.¹⁶ Aan een open opsomming van gronden mogen daarom niet teveel juridische consequenties worden verbonden.

2.2 Direct en indirect onderscheid

Het voordeel van een open opsomming van gronden is niet alleen dat daardoor ruimte bestaat voor de erkenning van nieuwe gronden, maar ook dat het niet noodzakelijk is om te werken met de concepten van direct en indirect onderscheid. Het gebruik van deze concepten is wel steeds nodig wanneer wordt gekozen voor een 'gesloten systeem'. In een dergelijk systeem, dat bijvoorbeeld zichtbaar is in het Europese recht en een groot deel van de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving, wordt onderscheid op een beperkt aantal gronden expliciet verboden gesteld en is een limitatief aantal uitzonderingen op dit verbod geformuleerd. Zo'n gesloten systeem is voordelig vanuit het oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid, maar het levert tegelijkertijd enkele problemen op. Allereerst is van belang dat een onderscheid dat is gebaseerd op een verboden onderscheidingscriterium niet altijd onredelijk is. Een voorbeeld is het geval van een bank die, bij het verstrekken van een grote lening, bijzondere eisen wil stellen aan de borgstelling van mensen zonder vaste verblijfsvergunning. Is onderscheid op grond van nationaliteit in een gesloten systeem verboden gesteld en heeft de wetgever nagelaten te voorzien in een relevante rechtvaardigingsgrond, dan kan een dergelijke regeling niet worden getolereerd, ook al lijkt deze niet onredelijk. In de tweede plaats is het problematisch dat een onderscheid dat weliswaar niet is gebaseerd op één van de verboden criteria, maar dat ernstige maatschappelijke consequenties heeft voor een door de wetgeving beschermde groep, in een volledig gesloten stelsel niet goed kan worden bestreden.¹⁷

in ieder geval niet als verdacht kan worden aangemerkt in het arrest *Van Maarseveen* stelde de Centrale Raad van Beroep expliciet vast dat bij deze grond een marginale toets van de rechtvaardiging kan worden uitgevoerd (CRvB 4 november 1993, AB 1994/213), terwijl ook het Amerikaanse Supreme Court in 1976 (*Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 U.S. 307 (1976)), maar ook in 1997 (*Kimel v Board of Regents*, 528 U.S. 62 (1997)) nog vaststelde dat er geen enkele reden is om onderscheid op grond van leeftijd als verdacht aan te merken. Evenzeer geldt dat ca. dertig jaar geleden nog veel wetgeving tot stand kwam waarin vrouwen direct of indirect (bijv. door het gebruik van kostwinnersbepalingen) werden achtergesteld ten opzichte van mannen. Een illustratie daarvan bieden enkele recente Straatsburgse uitspraken: zie EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, EHRC 2002/60, m. nt. Driessen, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 45, m. nt. Hendriks en EHRM 11 juni 2002, *Willis t. het VK*, EHRC 2002/62, m. nt. Gerards, weliswaar lijkt het tegenwoordig vanzelfsprekend dat dit soort onderscheid niet toelaatbaar is, maar uit dit soort arresten blijkt dat dit eigenlijk pas een vrij recente ontwikkeling is.

16 Vgl. ook het Explanatory Memorandum, punt 20

17 Deze situatie lijkt zich voor te doen in de Verenigde Staten. Weliswaar is de constitutionele *Equal Protection Clause* van het Veertiende Amendement geen gesloten bepaling, maar het *Supreme Court* heeft daarbinnen wel een soort gesloten systeem gecreëerd waarbij geldt dat onderscheid op grond van ras, nationaliteit en etnische afkomst vrijwel nooit te rechtvaardigen is. Sterk simplificerend gesteld is het verder zo dat vrijwel al het onderscheid dat niet tot deze categorie behoort toelaatbaar wordt geacht. Tegelijkertijd heeft het *Supreme Court* gesteld dat indirect onderscheid alleen zal worden beoordeeld op redelijkheid wanneer kan worden aangetoond dat het disproportioneel benadelende effect daadwerkelijk beoogd was. Als gevolg van deze rechtspraak is vrijwel al het neutrale onderscheid met sterk benadelende effecten voor achtergestelde groepen toelaatbaar, tenzij kan

Om deze problemen te ondervangen wordt in een gesloten systeem vaak teruggevallen op het concept van indirect onderscheid, waarvoor meestal een ruimere mogelijkheid van rechtvaardiging bestaat.¹⁸ Het eerste probleem (de beperkte rechtvaardigingsmogelijkheden) wordt dan opgelost met de stelling dat het onderscheid niet *rechtstreeks* is gebaseerd op de verboden grond (in het gegeven voorbeeld nationaliteit), maar slechts op een neutrale grond (het niet hebben van een vaste verblijfsvergunning). Weliswaar leiden bijzondere eisen voor borgstelling tot *indirect* onderscheid op grond van nationaliteit – de groep die rechtstreeks door het onderscheid wordt getroffen heeft immers overwegend een andere nationaliteit – maar dit is dan gemakkelijker te rechtvaardigen.¹⁹ Gelijktijdig heeft het concept van indirect onderscheid het voordeel dat ook onderscheid dat is gebaseerd op neutrale onderscheidingscriteria (zoals deeltijdwerk), maar dat indirect een onderscheid op een verdachte grond tot gevolg heeft (bijvoorbeeld geslacht), kan worden bestreden. Het nadeel van het werken met dit concept is wel dat het soms leidt tot gewrongen constructies, een lastige bewijsproblematiek en verwarring en onduidelijkheid bij rechtzoekenden. Op zichzelf is het daarom positief te noemen dat het EVRM geen aanleiding geeft tot het gebruik van dit concept, maar de mogelijkheid biedt om iedere ongelijke behandeling rechtstreeks aan te vechten, ongeacht de grond waarop het onderscheid is gebaseerd.

Opgemerkt moet echter worden dat het concept van indirect onderscheid zelfs in een volledig open systeem, zoals dat van het EVRM, een zekere toegevoegde waarde kan hebben, hoewel de betekenis dan een heel andere is.²⁰ Het is namelijk zo dat veel rechters, en ook het Hof, werken met verschillende ‘niveaus’ van toetsingsintensiteit: bij ‘verdacht’ onderscheid (dat wil zeggen onderscheid dat zeer moeilijk te rechtvaardigen is) wordt een zeer strikte toetsing uitgevoerd, terwijl onderscheid gebaseerd op niet-verdachte gronden in beginsel tot een aanzienlijk marginalere toetsing leidt. Van belang is dan dat onderscheid op een neutrale grond bewust of onbewust kan leiden tot een indirect onderscheid op een verdachte grond. Omdat ook indirect onderscheid tot maatschappelijke achterstelling kan leiden, kan in dergelijke gevallen een strikte toets aangewezen zijn, ondanks het feit dat de rechtstreekse onderscheidingsgrond niet meer dan een marginaal onderzoek rechtvaardigt. Gebruik van het concept van indirect onderscheid maakt een dergelijke strikte toets mogelijk, zodat het wenselijk is om het concept ook in open systemen te erkennen.

Om die reden valt het te betreuren dat het Hof zich tot nu toe nog niet erg bereid heeft getoond om het concept toe te passen, zelfs niet als dit tot een passender toetsingsintensiteit zou leiden. Hoewel het Hof heeft erkend dat ook indirect onderscheid onder omstandigheden onder de reikwijdte van artikel 14 kan vallen, heeft het zodanig hoge en onduidelijke eisen

worden aangetoond dat het de bedoeling was om de achtergestelde groep van het voordeel uit te sluiten. Een dergelijke bewijslast is bijzonder zwaar en gaat voorbij aan de wens om maatschappelijk problematische gevallen van achterstelling te bestrijden, ook als deze achterstelling niet beoogd is. Zie nader *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, op 239, 242 en 245 (1976) en de daarop volgende rechtspraak; vgl. ook Gerards 2002 (zie noot 6), par. 2.2.3.

18 Vaak wordt gesteld dat indirect onderscheid toelaatbaar is wanneer hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat; zie bijv. art. 2 lid 1 AWGB.

19 Zie hierover nader de relevante oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling, zoals oordelen 2000-28 en 2001-26.

20 Vgl. ook Heringa 1998 (zie noot 2), p. 3.14-4.

gesteld aan de bewijslast van indirect onderscheid dat het concept in de praktijk onbruikbaar lijkt.²¹ Dit is vooral problematisch omdat het daardoor relatief gemakkelijk is om de sterke bescherming van de intensieve toetsing te omzeilen: veel onderscheid dat feitelijk op een verdacht onderscheid is gebaseerd kan gemakkelijk worden verborgen achter een neutrale façade. Vooral in landen waar sterke vooroordelen en stigma's jegens bepaalde minderheden bestaan is het aannemelijk dat dit ook daadwerkelijk zal worden geprobeerd, terwijl het voor klagers vaak moeilijk is om te bewijzen dat dit inderdaad het geval is. Om die reden valt het te hopen dat het Hof in de toekomst een lichtere bewijslast zal creëren en het concept van indirect onderscheid vaker zal toepassen: op die manier kan maatschappelijke achterstelling effectiever worden bestreden.

2.3 Formele en materiele gelijkheid

Een onderwerp waarbij het Hof zich recentelijk wél bereid heeft getoond tot het toepassen van nieuwe concepten betreft dat van materieel onderscheid. Aanvankelijk gaf de jurisprudentie van het Hof blijk van een zeer formele visie op het gelijkheidsbeginsel: wanneer niet duidelijk sprake was van een ongelijke behandeling werd de klacht niet behandeld.²² Daarmee werd voorbij gezien aan het feit dat een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel evengoed kan worden veroorzaakt door een *gelijke* behandeling: wanneer twee personen zich in een zeer verschillende positie bevinden, maar toch gelijk worden behandeld, kan een individu daarvan minstens zoveel nadeel ondervinden als het geval zou zijn wanneer er daadwerkelijk van een ongelijke behandeling sprake zou zijn. Pas vrij recent heeft het Hof dit uitdrukkelijk erkend: in het arrest *Thlimmenos* stelde het expliciet dat '[t]he right not be discriminated against [...] is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose

21 Zie reeds de terughoudende benadering in EHRM 25 mei 1985, *Abdulaziz e a t het VK, Series A*, vol 94. Een belangwekkende recente uitspraak is EHRM 28 mei 2002, *McShane t het VK, ECHR 2002/57*, m nt Spronken, waarin gesteld werd dat in Noord-Ierland vooral katholieken en leden van republikeinse paramilitaire groeperingen het slachtoffer werden van het optreden van de zekerheidsdiensten en de politie, waaruit zou blijken dat dit optreden indirect discriminerend zou zijn op grond van godsdienst. 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 which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14' (§ 135). Dit betekent dat de bewijslast van indirect onderscheid zeer hoog moet zijn, maar onzeker is welke eisen precies aan het bewijs gesteld worden. Waarschijnlijk is bedoeld dat het oogmerk van degene die onderscheid maakt aantoonbaar gericht moet zijn op het achterstellen of benadelen van een bepaalde groep.

22 Zie bijv. EHRM 22 oktober 1996, *Stubbings e a t het VK, Reports 1996-IV*, dat betrekking had op verjaringstermijnen voor schadevergoedingszaken. Klagers 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), feitelijk klaagden zij over een materieel onderscheid. 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).

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

situations are significantly different.²³ Deze erkenning verschaft individuele klagers meer mogelijkheden om een door hen ondervonden nadeel bij het Straatsburgse Hof aan de orde te stellen en biedt daardoor potentieel een aanzienlijke bescherming tegen ongerechtvaardigd (materieel) onderscheid.

2.4 Onderscheid op grond van persoonskenmerken

Waar het de in artikel 14 opgenomen gronden van onderscheid betreft moet tenslotte nog één belangrijk aspect van de rechtspraak van het Hof worden belicht. Van belang is dat het Hof expliciet heeft aangegeven dat het alleen artikel 14-klachten zal beoordelen als het onderscheid zijn oorzaak vindt in 'a personal characteristic by which persons or groups are distinguishable from each other.'²⁴ Dit impliceert dat het Hof alleen toetst aan het gelijkheidsbeginsel wanneer er onderscheid is gemaakt op persoonsgebonden kenmerken; geheel 'open' is de bepaling van artikel 14 dus niet. Hoewel de geciteerde uitspraak al uit 1976 dateert en het Hof in de loop van de tijd diverse ongelijke behandelingen heeft getoetst waarvan het moeilijk is te beredeneren dat deze daadwerkelijk op persoonskenmerken waren gebaseerd,²⁵ kan niet worden gezegd dat het Hof afstand van het vereiste heeft gedaan. Nog in 1999 en 2000 oordeelde het bijvoorbeeld dat artikel 14 EVRM 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.'²⁶

Deze beperking in de reikwijdte lijkt niet geheel onredelijk, nu het EVRM specifiek ziet op de bescherming van fundamentele individuele rechten. Gesteld kan worden dat deze niet worden geraakt wanneer een klacht geen betrekking heeft op een ongelijke behandeling die is gebaseerd op een onveranderlijke eigenschap, maar op relatief onpersoonlijke kenmerken als bedrijfsomvang of gegenereerde omzet, of wanneer een onderscheid louter voortvloeit uit geografische verschillen. Het is echter moeilijk om de grens tussen persoonskenmerken en andere onderscheidingscriteria scherp te trekken, zoals blijkt wanneer wordt gekeken naar kenmerken als inkomen of vermogen. Ook kan een uit geografische verschillen of andere onpersoonlijke gronden voortvloeiend onderscheid bij uitstek benadelend zijn voor bepaalde minderheidsgroepen, zodat het niet onredelijk is om te beoordelen waarom dit onderscheid niet is gecompenseerd. Om die reden is het wenselijk dat het Hof een ruime uitleg geeft aan het begrip 'persoonskenmerk', of zelfs volledig afstand doet van dit vereiste. Doet het dit niet, dan onderstreept de beperking in ieder geval de wenselijkheid van erkenning van het concept van indirect onderscheid: als een niet op een persoonskenmerk gebaseerde ongelijke behandeling

23 EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRC 2000/45, m.nt. Gerards, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 1095, m.nt. Loenen/Hendriks, *AB* 2000/386, m.nt. LV, § 44

24 EHRM 7 december 1976, *Kjeldsen e.a. t. Denemarken*, *Series A*, vol. 23, § 56.

25 Vgl. bijv. EHRM 23 oktober 1997, *Building Societies t. het VK*, *Reports 1997-VII*, 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.

26 EHRM 8 juli 1999, *Gerges t. Turkije*, niet gepubliceerd, § 69. Ook als het onderscheid voort blijkt te komen uit regionale of plaatselijke verschillen kan volgens het Hof geen sprake zijn van onderscheid op grond van persoonskenmerken: zie EHRM 6 juni 2000, *Magee t. het VK*, EHRC 2000/63, m.nt. Spronken, § 50.

het feitelijke *effect* heeft dat onderscheid op grond van een dergelijk kenmerk wordt gemaakt, maakt dit concept het mogelijk om te onderzoeken of er voor dit effect een rechtvaardiging bestaat²⁷

3 Toetsingsintensiteit en de *very weighty reasons*-test

In het voorgaande is reeds aangegeven dat het Hof niet alle gevallen van ongelijke behandeling even streng beoordeelt. Waar het Hof in veruit de meeste gevallen een terughoudende opstelling kiest en een marginale toetsing uitvoert van de ter rechtvaardiging van een onderscheid aangevoerde argumenten, scherpt het deze toetsing in een beperkt aantal gevallen sterk aan. In die gevallen stelt het Hof dat 'very weighty reasons' moeten worden aangevoerd om het onderscheid te kunnen rechtvaardigen. Het al dan niet toepassen van deze test is van groot belang voor de uitkomst van de procedure²⁸. Tot nu toe heeft geen enkel geval van ongelijke behandeling de toepassing van een zuivere *very weighty reasons*-test doorstaan. Het Hof heeft de aangevoerde redenen nooit zwaarwegend genoeg bevonden om het betwiste onderscheid en de daardoor veroorzaakte belangen aantasting te kunnen rechtvaardigen²⁹.

Tot nu toe heeft het Hof in het kader van de toetsing aan artikel 14 EVRM een vijftal gronden als 'verdacht' gekwalificeerd: geslacht,³⁰ buitenechtelijke geboorte,³¹ nationaliteit,³² godsdienst³³ en seksuele oriëntatie.^{34,35} Opvallend afwezig in deze opsomming is de grond

27 Wanneer bijvoorbeeld zou blijken dat vooral kleine bedrijven in handen zijn van mensen met een bepaalde etnische afkomst, en een regeling wordt vastgesteld waarin onderscheid wordt gemaakt ten nadele van kleine bedrijven, dan is het wenselijk om te bezien of er goede redenen zijn om deze consequente te rechtvaardigen.

28 De *very weighty reasons*-test vormt een bijzondere aanvulling op de bekende *margin of appreciation*-doctrine. Zie daarover nader Gerards 2002 (zie noot 6), p. 197-199.

29 Hierbij moeten twee 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 een *very weighty reasons*-test uitlokt, maar waarin het Hof redenen aanwezig achtte om die toets toch af te zwakken (zie de hierna nog te bespreken zaken *Petrovic* en *Fretté*). 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 of positieve actie. Het is denkbaar dat het Hof daarbij ofwel een minder strikte test zal toepassen, ofwel bij toepassing van de *very weighty reasons*-test zal concluderen dat de aangevoerde rechtvaardiging voldoende draagkrachtig is.

30 Voor het eerst in EHRM 25 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. het VK*, Series A, vol. 94, § 78.

31 Expliciet voor het eerst in EHRM 28 oktober 1987, *Inze t. Oostenrijk*, Series A, vol. 126, § 41, impliciet al in EHRM 13 juni 1979, *Marrckx t. België*, Series A, vol. 31, § 41.

32 EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, Reports 1996-IV, § 42. Id. in EHRM 30 september 2003, *Koua Pourrez t. Frankrijk*, EHRC 2003/89, m. nt. Woltjer, § 46.

33 Voor godsdienst geldt dat het Hof daarbij nooit expliciet een *very weighty reasons*-test heeft toegepast. Uit het arrest *Hoffman* blijkt echter dat het Hof bij onderscheid dat *uitsluitend* op deze grond is gebaseerd geen enkele rechtvaardiging zal accepteren. Dat ook in gevallen waarin het onderscheid niet *uitsluitend* op godsdienst is gebaseerd een intensievere toets wordt uitgevoerd lijkt dan ook waarschijnlijk. Dat van een *very weighty reasons*-test geen sprake was in een recenter arrest over onderscheid op grond van godsdienst (EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRC 2000/45, m. nt. Gerards, *NJCM Bulletin* 2000, p. 1095, m. nt. Loenen/Hendriks, *AB* 2000/386, m. nt. LV) zou kunnen worden verklaard doordat deze zaak betrekking had op materieel onderscheid. Hoewel daarbij op zichzelf geen reden bestaat om voor een terughoudender opstelling te kiezen, is het voorstelbaar dat het Hof, dat in deze zaak voor het eerst de notie van materieel onderscheid erkende, deze erkenning niet

'ras', een grond waarvan algemeen aanvaard wordt dat deze vrijwel nooit een redelijke en acceptabele basis voor onderscheid vormt. Dit kan worden verklaard door het feit dat het Hof nog geen zaken onder artikel 14 heeft behandeld waarin daadwerkelijk sprake was van een onderscheid op deze grond. Dat de grond als uiterst verdacht en feitelijk onaanvaardbaar geldt blijkt echter wel uit het feit dat het Hof heeft aangenomen dat een onderscheid op grond van ras onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een 'vernederende behandeling' in de zin van artikel 3 EVRM.³⁶

Het Hof heeft niet in alle gevallen waarin het een *very weighty reasons*-test toepaste expliciet aangegeven waarom het de betroffen grond verdacht achtte. Iedere motivering ontbreekt bijvoorbeeld bij onderscheid op grond van nationaliteit.³⁷ Dit is opmerkelijk, nu de 'verdacht' van deze grond sterk afhankelijk blijkt te zijn van de context waarin het onderscheid wordt gemaakt. Wanneer onderscheid op deze grond wordt gemaakt in het kader van het immigratie- of integratiebeleid wordt zelfs een zeer terughoudende toets uitgevoerd, omdat het Hof hierbij nog meer waarde dan gebruikelijk hecht aan zijn subsidiaire rol ten opzichte

meteen controversieel wilde maken door haar te koppelen aan een zeer strenge toetsing.

³⁴ Impliciet, op vergelijkbare wijze als voor godsdienst, gebeurde dit al in EHRM 21 december 1999, *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, EHRC 2000/16, m.nt. Gerards, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 880, m.nt. Forder. Dit werd expliciet bevestigd in EHRM 9 januari 2003, *L&V. t. het VK*, EHRC 2003/18, m.nt. Van der Velde en EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, EHRC 2003/83, m.nt. Gerards.

³⁵ Een twijfelgeval is de grond 'burgerlijke staat'. Uit EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, EHRC 2002/60, m.nt. Driessen, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 45, m.nt. Hendriks, 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 exclusively on the ground of sex and marital status as compatible with the Convention' (§ 49, curs. toegevoegd). Het Hof motiveert niet waarom het 'marital status' hier als verdachte grond aanmerkt. Belangrijk is bovendien dat het Hof deze 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 wanneer deze grond de enige grond van onderscheid zou vormen.

³⁶ Zie EHRM 10 mei 2001, *Cyprus t. Turkije*, EHRC 2001/41, m.nt. Van der Velde, §§ 305, 306, 309 en 310; het Hof steunt hier op een oordeel van de Europese Commissie in de zaak *East African Asians* en op de eerdere uitspraak EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz t. het VK*, *Series A*, vol. 94, § 91. Zie ook Grief 2002 (zie noot 8), p. HR5/6. Voor toepasselijkheid van art. 3 EVRM geldt wel dat moet worden aangetoond dat de ongelijke behandeling een vernederende behandeling en een schending van de menselijke waardigheid oplevert. Is dat niet het geval, dan is het waarschijnlijk dat de zaak toch onder art. 14 EVRM zal worden beoordeeld, waarschijnlijk met toepassing van een strikte test. In dit verband lijkt de rechtspraak van het Hof echter nogal onvoorspelbaar. Het Hof heeft een aantal keren onder art. 14 uitspraak gedaan over een benadeling van zigeuners die gemakkelijk als onderscheid op grond van etnische afkomst kon worden gekwalificeerd (zie o.a. EHRM 18 januari 2001, *Chapman t. het VK*, AB 2002/32, m.nt. Gerards en EHRM 18 januari 2001, *Jane Smith t. het VK*, EHRC 2001/19, m.nt. Janssen). Daarbij heeft het Hof echter nooit een *very weighty reasons*-test toegepast, zonder te motiveren waarom het dit niet deed.

³⁷ Hetzelfde geldt voor onderscheid op grond van godsdienst, maar daarvoor geldt het bijkomende probleem dat bij deze grond nooit expliciet een *very weighty reasons*-test is toegepast (zie noot 33). Wellicht zal een betere motivering worden gegeven wanneer een meer gebruikelijk geval van ongelijke behandeling op deze grond aan het Hof wordt voorgelegd.

van de soevereine staten³⁸ De vraag waarom nationaliteit in andere gevallen dan wél als verdachte grond moet worden aangemerkt moet door het Hof nog worden beantwoord³⁹

Voor de andere gronden is het duidelijker waarom het Hof hierbij een *very weighty reasons*-test toepast Doorslaggevende waarde wordt steeds toegekend aan het zogenaamde 'consensus-argument' bepalend is dat onderscheid op een bepaalde grond door (vrijwel) alle landen die partij zijn bij de Raad van Europa streng wordt afgekeurd en wordt bestreden De keuze voor het consensus-argument als basis voor intensivering van de toetsing is op zichzelf niet onredelijk Het past bij de subsidiaire functie van het Hof dat pas wordt overgegaan tot een strenge controle van nationale maatregelen en besluiten wanneer voldoende overeenstemming bestaat over de redenen daarvoor Het is echter de vraag of het redelijk is dat het consensus-argument het enige is dat de intensiteit van de toetsing van een ongelijke behandeling bepaalt⁴⁰ Belangrijk is dat de verdachtheid van een ongelijke behandeling niet goed *in abstracto* en in zijn algemeenheid voor een bepaald onderscheidingskenmerk kan worden vastgesteld Dit blijkt bijvoorbeeld wanneer een onderscheid op een verdachte grond (bijvoorbeeld geslacht) tot doel heeft om de positie van een bepaalde groep te verbeteren (voorkeursbehandeling) Het is de vraag of de rechter bij dergelijk onderscheid dezelfde hoge eisen aan de rechtvaardiging mag stellen als bij een onderscheid dat tot effect (en misschien zelfs tot doel) heeft om een toch al kwetsbare groep nog verder te benadelen of te stigmatiseren⁴¹ Een reden voor vergaand rechterlijk onderzoek van een rechtvaardiging is eigenlijk alleen aanwezig als er reden is om

38 Vgl EHRM 11 juli 2000, *Citiz t Nederland*, EHRC 2000/72, m nt Brems, *NJCM-Bulletin* 2002, p 253, m nt Gerritsma, § 66

39 Een indicatie voor een antwoord op deze vraag lijkt wel te vinden in de rechtspraak van het Amerikaanse *Supreme Court*, dat de grond eveneens voor bepaalde situaties als verdacht heeft aangemerkt Het *Supreme Court* heeft dit gemotiveerd met de stelling dat buitenlanders een 'discrete and insular minority' vormen, hetgeen betekent dat zij een geïsoleerde positie in de maatschappij innemen en onvoldoende bondgenoten kunnen vinden om maatschappelijke benadeling te voorkomen of ongedaan te maken (gebrek aan politieke invloed, vaak een sociaal achtergestelde positie) Zie o a *In re Griffiths*, 413 U S 717, 722 (1973) en *Hampton v Mow Sun Wong*, 426 U S 88, 102 (1976), vgl ook J H Ely, *Democracy and Distrust A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press Cambridge 1980, p 151

40 Terwijl bovendien twijfel mogelijk is over de mogelijkheid om objectief vast te stellen of er een consensus bestaat Het Hof lijkt in zijn benadering vaak intuïtief en weinig gemotiveerd te werk te gaan, waardoor soms een consensus gevonden wordt in omstandigheden waarin deze normaliter misschien geacht zou worden te ontbreken, en andersom Zie nader Helfer, 'Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights', 26 *Cornell International Law Journal* 133 (1993), m n p 140 e v en T H Jones, 'The Devaluation of Human Rights under the European Convention', *Public Law* 1995, p 440/441 Zie voor een fraaie kritiek op het consensus-argument verder Carozza, 'Propter Honoris Respectum Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', 73 *Notre Dame Law Review* 1217 (1998), m n vanaf p 1224

41 Hetgeen in de gebruikelijke werkwijze van het Hof zou leiden tot veroordeling van het onderscheid zoals gezegd betekent een strikte toetsing in de praktijk dat geen enkel onderscheid dat op bepaalde gronden is gebaseerd de toetsing van het Hof kan doorstaan Een vergelijkbare benadering heeft ook elders tot veel kritiek geleid, vooral omdat een dergelijke benadering in de weg kan staan aan het voeren van effectief voorkeursbeleid Zie bijv HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *Jurispr* 1995, I 3051, punt 18, 21 en 22 en de scherpe kritiek daarop (o a Schiek, 'Sex Equality Law After Kalanke and Marschall', *European Law Journal* 1998, p 162/163), maar ook *Adarand Constructors Inc v Pena*, 515 U S 200, 227 (1995) (waarin overigens werd vastgesteld dat bij voorkeursbeleid een strikte toets niet fataal hoeft te zijn, maar impliciet werd aangegeven dat dit wel bijna altijd het geval zal zijn) en de diverse commentaren die naar aanleiding van deze uitspraak zijn verschenen (zie bijv Sewell, *Adarand Constructors Inc v Pena The Armageddon of Affirmative Action*, 46 *DePaul Law Review* 611 (1997))

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

te twifelen aan de goede en redelijke werking van een besluitvormingsproces (bijvoorbeeld het wetgevingsproces). Wanneer de kans aanzienlijk is dat dit proces is beïnvloed door vergaande of onjuiste stereotypingen, door vooroordelen of door diepgewortelde afkeer van een bepaalde groep, bijvoorbeeld blijkend uit het feit dat er een besluit is genomen dat benadelend werkt voor een groep die een geschiedenis kent van maatschappelijke achterstelling en politieke uitsluiting, is er reden aanwezig om zeer zorgvuldig te kijken naar de objectiviteit en redelijkheid van de redenen die ter rechtvaardiging van de benadelende maatregelen zijn aangevoerd. Hetzelfde geldt wanneer het onderscheid leidt tot een vergaande inbreuk op belangrijke individuele rechten. Ook dan kan immers met recht de vraag worden gesteld of zo'n ongelijke behandeling wel op goede en objectieve gronden is gebaseerd. Ontbreekt dit soort 'intensiteitverhogende' factoren, dan is het beter om een terughoudender opstelling te kiezen. In veruit de meeste gevallen is het wetgevingsproces of het bestuurlijk proces heel goed in staat om een redelijke belangenafweging te maken en bestaat er weinig reden voor het uitvoeren van een vergaande rechterlijke toetsing.⁴² Ook al is een bepaald onderscheid gebaseerd op nationaliteit of geslacht, een terughoudende toetsing zal in die gevallen aangewezen zijn. Het is daarom wenselijk om steeds een afweging te maken tussen verschillende intensiteit-bepalende factoren in plaats van slechts één factor (het bestaan of ontbreken van consensus) voor alle gevallen doorslaggevend te achten.

Het Hof heeft ook zelf moeilijkheden ervaren als gevolg van zijn keuze voor een zeer beperkte grondslag voor de intensivering van de toetsing. Het voorbeeld bij uitstek daarvan is het arrest *Petrovic*, dat betrekking had op een Oostenrijkse regeling op grond waarvan een uitkering tijdens ouderschapsverlof uitsluitend kon worden toegekend aan de moeder.⁴³ Het Hof stelde dat in dat geval weliswaar onderscheid werd gemaakt op grond van geslacht, hetgeen een *very weighty reasons*-test impliceert, maar dat juist op het punt van uitkeringen tijdens ouderschapsverlof weinig overeenstemming tussen de diverse staten bestond. Om die reden voerde het Hof uiteindelijk slechts een marginale toetsing uit. Ook uit het recentere arrest *Fretté* blijkt dat het Hof bereid is tot afzwakking van de toets wanneer een duidelijke consensus ontbreekt, ongeacht de verdachtheid van een grond als zodanig.⁴⁴ Dit arrest had betrekking op de weigering van toestemming voor adoptie aan een alleenstaande man, waarbij diens homoseksualiteit een doorslaggevende rol had gespeeld. Bij de bepaling van de toetsingsintensiteit achtte het Hof van belang dat er op het punt van adoptie door homoseksuelen nauwelijks consensus bestaat, noch wat betreft de inhoud van de toepasselijke regelgeving, noch als het gaat om de opvattingen over de consequenties van opvoeding van kinderen door homoseksuelen. Weliswaar stelde het Hof dat in deze zaak vanwege de grond van onderscheid een *very weighty reasons*-test zou moeten worden uitgevoerd, het ontbreken van een voldoende gemeen-

⁴² Voor internationale rechters als het Hof geldt de redelijkheid van rechterlijke terughoudendheid nog in het bijzonder. Het Hof heeft immers niet alleen rekening te houden met zijn positie als rechter ten opzichte van de andere staatsmachten, maar ook nog met een vereiste van terughoudendheid van een internationaal orgaan ten opzichte van soevereine staten (subsidiariteit). Zie P. Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism', *Human Rights Law Journal* 1998, p. 2/3.

⁴³ EHRM 27 maart 1998, *Petrovic t. Oostenrijk*, Reports 1998-II, m.n. §§ 22, 24 en 25.

⁴⁴ EHRM 26 februari 2002, *Fretté t. Frankrijk*, EHRC 2002/30, m.nt. Gerards, *NJCM-Bull.* 2002, p. 1044, m.nt. Borghs.

schappelijke opvatting leidde ertoe dat een ‘large marge d’appréciation’ aan de staat moest worden gelaten⁴⁵

Op zichzelf is de soepele omgang met de grondslag voor intensivering van de toetsing in *Petrovic* en *Frette* toe te juichen, nu uit deze arresten blijkt dat het Hof per geval nagaat of er daadwerkelijk reden bestaat voor de toepassing van een intensieve toets. Uit de arresten blijkt echter evenzeer dat het niet wenselijk is om, zoals het Hof doet, de toetsingsintensiteit uitsluitend af te laten hangen van het al dan niet bestaan van een Europese consensus. Niet alleen had een afweging van andere factoren misschien tot een intensievere toetsing kunnen leiden, maar ook kan het uitsluitende gebruik van het consensus-argument leiden tot een verslechtering van de maatschappelijke positie van een bepaalde groep of tot een belemmering van emancipatie. Dit geldt vooral wanneer, zoals in het geval van *Petrovic*, duidelijk is dat de consensus zelf is gebaseerd op verouderde stereotypen en rolpatronen. Het is daarom te hopen dat het Hof in dit opzicht zijn rechtspraak zal herzien en meer waarde zal hechten aan andere intensiteitbepalende factoren.⁴⁶ Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval kan dan worden besloten tot een *very weighty reasons*-test of juist een meer terughoudende test.

4 Beoordeling van klachten over ongelijke behandeling

4.1 Inleiding

Artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bevatten geen aanwijzingen voor het Hof (of voor nationale rechterlijke instanties) die behulpzaam kunnen zijn bij de beoordeling van ongelijke behandelingen. Dit is lastig, omdat het enkele bestaan van een onderscheid nog niet voldoende is om strijd met het EVRM aan te kunnen nemen. Een verschillende behandeling is niet altijd onredelijk en kan zelfs wenselijk zijn, zodat het steeds nodig is om te beoordelen welke argumenten ten grondslag liggen aan de keuze om een bepaalde persoon of groep voordeliger of juist nadeliger te behandelen dan een andere persoon of groep. Alleen een goede beoordeling van de redelijkheid van die argumenten kan een gedegen oordeel over de (on)redelijkheid van het gemaakte onderscheid opleveren.

Gegeven het feit dat het EVRM geen duidelijkheid geeft over de toetsingscriteria die moeten worden gehanteerd heeft het Hof zelf een model ontwikkeld voor de beoordeling van ongelijke behandelingen. Het is sinds 1968 vaste rechtspraak dat een ongelijke behandeling toelaatbaar is wanneer daarmee een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd en er een redelijke of proportionele verhouding bestaat tussen dit doel en het gemaakte onderscheid.⁴⁷ Dit model is enigszins vergelijkbaar met de toets die wordt toegepast bij de beoordeling van de rechtvaardiging van inbreuken op de artikelen 8-11 EVRM, waarbij een beoordeling van het nagestreefde doel

45 Vgl. § 35 met §§ 40/41.

46 Een uitgewerkt en genuanceerder overzicht van intensiteitbepalende factoren en afwegingscriteria heb ik gegeven in mijn dissertatie (reeds aangehaald, zie noot 6), m.n. op p. 699 e.v.

47 Zie voor het eerst EHRM 23 juli 1968, *Belgische taalzaak, Series A*, vol. 6, p. 34, deze formule wordt in vrijwel alle latere uitspraken herhaald, zij het dat er soms variaties op de formulering worden gekozen.

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

wordt gevolgd door een toetsing van de 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' van de inbreuk op het grondrecht. In de praktijk vertoont de toets die wordt toegepast bij artikel 14 echter enkele bijzondere kenmerken, die tot gevolg hebben dat de toetsing bij artikel 14 een eigen karakter heeft. Deze kenmerken zullen hierna kort worden besproken, waardoor tegelijkertijd duidelijkheid wordt verschaft over de wijze van toetsing door het Hof van gevallen van ongelijke behandeling.

4.2 Vaststelling van een ongelijke behandeling

Hoewel het Hof in zijn rechtspraak steeds spreekt over de hiervoor kort omschreven 'rechtvaardigingstoets', komt het aan deze toets in veel gevallen niet toe. Net als bij de substantiële verdragsbepalingen, waarbij de toetsing van de rechtvaardiging wordt voorafgegaan door de vaststelling of een aanspraak onder de beschermende reikwijdte van het grondrecht valt, moet ook bij een ongelijke behandelingsklacht eerst worden bepaald of er daadwerkelijk sprake is van een ongelijke behandeling. Het Hof doet dit in veel gevallen door het uitvoeren van een zogenaamde 'vergelijkbaarheidstoets'.⁴⁸ In dit verband gaat het Hof na of de gevallen die zijn voorgelegd voldoende vergelijkbaar zijn en, zo ja, of er daadwerkelijk sprake is van een ongelijke behandeling van deze gevallen. Is er geen sprake van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen (of, sinds *Thlimmenos*, van een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen), dan zal het Hof niet toekomen aan een rechtvaardigingstoets. Het stelt dan slechts dat er geen sprake is van een problematische ongelijke behandeling en verklaart de klacht om die reden ongegrond.⁴⁹ Alleen als de zaak daadwerkelijk betrekking heeft op een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, beoordeelt het Hof of daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat.

De door het Hof uitgevoerde vergelijkbaarheidstoets is om meerdere redenen problematisch. Belangrijk is allereerst dat deze toets impliceert dat iedere ongelijke behandeling van *onvergelijkbare* gevallen toelaatbaar is en niet hoeft te worden gerechtvaardigd. Dit is een verkeerd uitgangspunt. Uitgaande van het feit dat iedere ongelijke behandeling een aantasting van individuele belangen veroorzaakt, moet steeds gelden dat daarvoor voldoende grond bestaat. Het feit dat sprake is van ongelijksoortige gevallen is daarvoor niet steeds toereikend. Als een ongelijke behandeling disproportioneel is ten opzichte van de verschillen tussen de gevallen, of als de ongelijke behandeling een ongeschikt middel vormt om een bepaald doel te bereiken, is het niet eenvoudig de door het onderscheid veroorzaakte belangenaantasting te rechtvaardigen, ook al is er misschien sprake van een verschil in situatie. Ongeacht de conclusie over de vergelijkbaarheid of onvergelijkbaarheid van de voorgelegde gevallen is het dan ook steeds nodig om te kijken naar de doelstelling die met het onderscheid wordt nagestreefd en om een

⁴⁸ Hoewel er ook gevallen zijn waarin het Hof in het geheel niet nagaat of er daadwerkelijk sprake is van een ongelijke behandeling, maar meteen overgaat naar een toetsing van de aangevoerde rechtvaardiging. Dit gebeurt vooral wanneer op basis van de feiten evident is dat er sprake is van een ongelijkheid in behandeling. Zie voor een recent voorbeeld EHRM 15 juli 2003, *Ernst e.a. t. België*, n.n.g., § 85.

⁴⁹ Vgl. bijv. EHRM 28 juni 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, EHRC 2001/55, m.nt. Verhey, §§ 88/89.

oordeel te geven over de redelijkheid van de verhouding tussen de nagestreefde belangen en de belangen die door het onderscheid worden aangetast.⁵⁰

Een tweede reden om twijfels te koesteren over de bruikbaarheid van de vergelijkbaarheids-toets houdt verband met de wijze waarop deze toets door het Hof wordt toegepast. In herinnering moet worden geroepen dat gevallen, groepen en personen altijd zowel vergelijkbaar als onvergelijkbaar zijn: er zijn altijd wel opzichten waarin twee gevallen overeenstemming vertonen, en er zijn ook altijd punten waarop zij verschillen. Om te bepalen of gevallen 'vergelijkbaar' zijn, moet dan ook een keuze worden gemaakt voor een relevante vergelijkingsmaatstaf: geëxpliciteerd moet worden *in welk opzicht* de gevallen overeenstemming moeten vertonen of juist moeten verschillen om als vergelijkbaar of juist onvergelijkbaar te worden aangemerkt. De rechter moet bij het beoordelen van de vergelijkbaarheid dan ook kenbaar maken welke maatstaf hij heeft gehanteerd; bovendien moet hij motiveren waarom hij juist voor die maatstaf heeft gekozen. Doet hij dit niet en stelt hij zonder nadere motivering dat twee gevallen 'evident vergelijkbaar' zijn, of kiest hij willekeurig een maatstaf, dan is de vergelijkbaarheidstoets slecht controleerbaar en laat deze veel ruimte voor rechterlijke subjectiviteit en zelfs willekeur. Deze problemen zijn duidelijk zichtbaar in de rechtspraak van het Hof, zoals in het arrest *VGT Verein gegen Tierfabriken*.⁵¹ Dit arrest had betrekking op het verbod aan een dierenbeschermingsorganisatie om een beweerdelijk schokkende reclameboodschap tegen de bio-industrie uit te zenden. Klagers stelden dat door dit verbod sprake was van ongerechtvaardigd onderscheid, nu de vleesindustrie wel regelmatig reclameboodschappen mocht uitzenden. Bij de beoordeling van deze klacht parafraseerde het Hof de analyse van de hoogste nationale rechter, die gesteld had dat de reclame van de vleesindustrie overwegend economisch van aard was (in die zin dat deze vooral gericht was op het verhogen van de omzet), terwijl de reclameboodschappen van klager vooral gericht waren op het tegengaan van vleesconsumptie en gerelateerd waren aan de dierenbescherming. Het Hof concludeerde dat, '[a]s 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.'⁵² Waarom het doel van een reclameboodschap van belang zou zijn voor de toelaatbaarheid van een verbod op het uitzenden daarvan wordt door het Hof niet nader onderzocht, noch wordt bekeken of er relevante overeenkomsten tussen de boodschappen bestonden die belangrijker waren dan de verschillen.⁵³ Door een beoordeling als deze is het feitelijk mogelijk om in iedere zaak

50 Het is immers denkbaar dat een ongelijke behandeling geen effectief middel vormt om een bepaald doel te bereiken. Een dergelijke ongelijke behandeling, die inherent benadelend werkt voor een bepaalde persoon of groep, is onredelijk, ook al is er misschien sprake van een relevant verschil tussen de groepen waartussen wordt onderscheiden. Zie voor een goed voorbeeld waarin een ineffectief onderscheid niet in strijd werd geacht met art. 14 vanwege beweerde onvergelijkbaarheid EHRM 26 november 1991, *Observer & Guardian t. het VK (Spy-catcher)*, Series A, vol. 216, en mijn kritiek daarop (Gerards 2002 (zie noot 6), p. 208-209).

51 EHRM 28 juni 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, EHRC 2001/55, m.nt. Verhey.

52 § 88.

53 Zie voor een vergelijkbare toepassing van de vergelijkbaarheidstoets EHRM 16 oktober 2001, *Eliazer t. Nederland*, EHRC 2001/82, m.nt. Heringa, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 163, m.nt. Myjer, waarin het Hof stelde dat 'the situation of a person convicted *in absentia* is not comparable to that of a person convicted following adversarial proceedings in that the latter has attended his trial and the former has not' (§ 41). Waarom dit verschil relevant zou zijn blijft onduidelijk, hoewel het Hof ter motivering wel verwijst naar de eerdere beoordeling van de klacht onder art. 6, die betrekking had op de uitsluiting van *in absentia* veroordeelde personen van cassatie. Aangenomen

'relevante' overeenkomsten of verschillen te ontdekken, al naar gelang de behoefte en voorkeur van de rechter. Een dergelijke ruimte voor willekeur en subjectiviteit is vanzelfsprekend niet gewenst.

De laatste tijd lijkt het Hof enigszins afstand te doen van deze vergelijkbaarheidstoets. In een relatief groot aantal recente arresten wordt uitsluitend nog gekeken naar de vraag of er sprake is van een *ongelijke behandeling*, waarbij de behandeling die de ene persoon of groep ten deel is gevallen wordt vergeleken met de behandeling van de andere persoon of groep, zonder dat wordt nagegaan of deze zich in een vergelijkbare situatie bevinden.⁵⁴ Ook wordt de vergelijkbaarheidstoets standaard achterwege gelaten in gevallen van verdacht onderscheid.⁵⁵ Kennelijk vindt het Hof het zo vanzelfsprekend dat er in die gevallen sprake is van vergelijkbaarheid van de groepen (bijvoorbeeld mannen en vrouwen, of wettige en onwettige kinderen), dat het niet nodig acht om steeds opnieuw na te gaan of deze groepen zich in een vergelijkbare positie bevinden.

Bij weglating van de vergelijkbaarheidstoets maakt het Hof wel gebruik van een iets andere test, namelijk van een 'benadelingstoets.' Deze toets, die de laatste tijd zowel bij verdacht als bij neutraal onderscheid wordt toegepast, 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. Is gesteld dat het onderscheid is gebaseerd op een verdachte grond, dan gaat het Hof bovendien na of de nadelige behandeling rechtstreeks is terug te voeren op één van de door het Hof als verdacht aangemerkte gronden.^{56,57}

Het is positief dat het Hof in toenemende mate bereid blijkt om de vergelijkbaarheidstoets te vervangen door een benadelingstoets. Een benadeling kan op veel objectievere wijze worden vastgesteld dan de vergelijkbaarheid van de gevallen waartussen wordt onderscheiden: in de

moet dan worden dat die beoordeling impliceert dat de voorgelegde gevallen niet vergelijkbaar zijn en dat het dus gerechtvaardigd is om ze verschillend te behandelen. Niettemin is dit een conclusie die nadere motivering behoeft.

54 Een belangrijk voorbeeld hiervan is EHRM 24 september 2002, *Posti en Rahko t. Finland*, EHRC 2002/93, m.nt. Heringa/Claes, waarin het Hof ten aanzien van een niet-verdacht onderscheid stelde dat '[...] the Court cannot find it established that there has been differential treatment to the detriment of the applicants [...]' (§ 86); vergelijkbaar in dit opzicht zijn EHRM 13 juli 2000, *Elsholz t. Duitsland*, EHRC 2000/73, m.nt. Gerards, EHRM 24 september 2002, *Nerva e.a. t. het VK*, EHRC 2002/95, m.nt. Heringa, § 48 en EHRM 29 april 2002, *Pretty t. het VK*, EHRC 2002/47, m.nt. Janssen/Gerards, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 910, m.nt. Myjer.

55 Zie bijv. EHRM 11 juni 2002, *Willis t. het VK*, EHRC 2002/62, m.nt. Gerards, § 40/41.

56 Zie bijv. uitgebreid EHRM 13 juli 2000, *Elsholz t. Duitsland*, EHRC 2000/73, m.nt. Gerards, §§ 59-61.

57 Bij het laatstgenoemde element heeft het Hof voor sommige gevallen (te) zware eisen gesteld aan de bewijslast. Zo heeft het in verschillende uitspraken gesteld dat alleen een oordeel wordt gegeven over de klacht dat een benadelende behandeling (bestaande in een ontoereikend onderzoek na onnatuurlijk overlijden) is gebaseerd op ras, als 'beyond reasonable doubt' is aangetoond dat de benadeling inderdaad rechtstreeks is ingegeven door het ras van de betrokkene. Het is dus niet voldoende als er zeer goede redenen bestonden om te vermoeden dat de benadeling was geïnspireerd door de raciale achtergrond van betrokkene (EHRM 18 mei 2000, *Velikova e.a. t. Bulgarije*, EHRC 2000/57, m.nt. Gerards, § 94 en EHRM 13 juni 2002, *Angelova t. Bulgarije*, EHRC 2002/63, m.nt. De Jonge, § 167/168). De hierdoor gecreëerde zware bewijslast maakt het moeilijk om racisme tegen te gaan. De benadering is ook onbegrijpelijk in het licht van de andere rechtspraak van het Hof over 'verdachte' gronden, waarin een dergelijke zware bewijslast nooit is gehanteerd en al snel wordt aangenomen dat een ongelijke behandeling op de beweerde verdachte grond is gebaseerd.

meeste gevallen is het ondervonden nadeel duidelijk tastbaar en kenbaar en kan dit goed worden onderbouwd met feitelijke of cijfermatige gegevens. Wanneer van de klager wordt geeist dat deze een benadeling aantoont, ontstaat door toepassing van deze test bovendien een redelijke bewijslastverdeling. Het is niet onredelijk om van de overheid te vergen dat deze in staat is om argumenten aan te voeren die een benadeling van een bepaalde groep of persoon kunnen billijken, wanneer de klager al heeft aangetoond dat hij door de handeling of maatregel daadwerkelijk is benadeeld. Een laatste voordeel van de benadelingstoets is dat deze het onderscheid tussen materieel en formeel onderscheid overbodig maakt. In beide gevallen zal immers sprake zijn van een benadeling, zij het dat de oorzaak een andere is (hetzij gelijke behandeling van ongelijke gevallen, hetzij ongelijke behandeling van gelijke gevallen). Gebruik van een benadelingstoets heeft daarmee een belangrijke waarde, omdat hiermee wordt erkend dat gelijke behandeling niet altijd wenselijker of beter is dan ongelijke behandeling. gestreefd moet veeleer worden naar een behandeling van ieder individu in overeenstemming met zijn individuele wensen en capaciteiten.⁵⁸ Een vervanging van de vergelijkbaarheidstoets door de benadelingstoets, zoals in de rechtspraak van het Hof zichtbaar lijkt te zijn, is dan ook zeker te bepleiten.⁵⁹

4.3 Toetsing van de rechtvaardiging

Wanneer het Hof eenmaal heeft vastgesteld dat er sprake is van een benadeling (of van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen), zal het nagaan of deze benadeling objectief kan worden gerechtvaardigd. In dit verband voert het meestal een in twee onderdelen uiteen-

58 Vanzelfsprekend is dit een onbereikbaar ideaal. Praktisch gezien is het nooit haalbaar om ieder mens volledig individueel te behandelen. Niettemin moet vanuit dit ideaal steeds goed worden bekeken hoe de reikwijdte van dit soort regelingen wordt bepaald. nagegaan moet worden of niet ten onrechte bepaalde mensen buiten deze reikwijdte vallen (en daardoor worden benadeeld – ‘underinclusiveness’), of juist ten onrechte mensen binnen de reikwijdte van de regeling vallen (‘overinclusiveness’). Zie hierover nader Gerards 2002 (zie voetnoot 6), p. 22/23 en p. 46 e.v.

59 Waarbij de kanttkening moet worden geplaatst dat het Hof niet altijd bereid lijkt te zijn tot een goede toepassing van het concept. ook de toepassing van de benadelingstoets kan niet wegnemen dat soms vreemde beoordelingen zichtbaar zijn. Een voorbeeld daarvan is EHRM 21 november 2001, *Fogarty t het VK*, EHRC 2002/4, m.nt. Heringa/Gerards. Klaagster in deze zaak stelde dat haar de toegang tot de rechter werd onthouden in een arbeidsrechtelijk conflict met de ambassade waar zij eerder werkte, doordat de rechter immuniteit aan de ambassade had toegekend. Hoewel de gelijke behandelingsklacht onduidelijk bleef, kan worden vermoed dat zij het onrechtvaardig vond dat haar de toegang tot de rechter werd ontzegd, terwijl mensen die niet bij een ambassade werkzaam zijn hun conflict wél ter beoordeling aan de rechter kunnen voorleggen. Het Hof deed de klacht echter af met de volgende stelling: ‘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 []’. De benadelingstoets is in deze beoordeling veel te eng toegepast, in die zin dat alleen is gekeken naar een benadeling van klagster ten opzichte van andere mensen die een procedure tegen een ambassade willen starten. Het zou logischer en redelijker zijn geweest om de referentiegroep ruimer te definiëren en te bezien of er wél sprake is van een benadeling van de werknemers van een ambassade ten opzichte van werknemers van andere, niet door de immuniteitsregels beschermde werkgevers. De definitie van de benadeelde groep verdient dan ook nog de nodige aandacht van het Hof.

vallende rechtvaardigingstoets uit. Het eerste onderdeel van deze toets is een doeltoets, waarbij wordt vastgesteld welk doel met de ongelijke behandeling wordt nagestreefd en wordt beoordeeld of dit doel voldoende gerechtvaardigd is. Deze toets wijkt in zoverre af van de doeltoets die wordt uitgevoerd in het kader van de artikelen 8-11 EVRM, dat daarin al een opsomming van toelaatbare doelstellingen is opgenomen. Het Hof hoeft dan alleen nog na te gaan of het nagestreefde doel binnen die doelstellingen past en zal geen zelfstandige beoordeling van de redelijkheid van dit doel geven. Omdat een dergelijke opsomming in artikel 14 en ook in het Twaalfde Protocol ontbreekt, heeft het Hof daarbij een aanzienlijk grotere vrijheid om eisen te stellen aan de doelstellingen die met een ongelijke behandeling kunnen worden nagestreefd. Van deze vrijheid heeft het Hof in het verleden nauwelijks gebruik gemaakt. In de rechtspraak zijn maar weinig inhoudelijke beoordelingscriteria te vinden die behulpzaam kunnen zijn bij de toetsing van het doel; de doeltoets wordt in veel gevallen zelfs volledig achterwege gelaten. Duidelijk was lange tijd alleen dat de doelstellingen bij verdachte onderscheidingscriteria 'very weighty' moeten zijn. Het gewicht van de nagestreefde belangen zegt echter niet altijd iets over de legitimiteit daarvan: ook een minder zwaarwegend belang kan gerechtvaardigd zijn. Of een dergelijk belang ook een verdacht onderscheid kan dragen is een vraag die pas relevant wordt als wordt gekeken naar de proportionaliteit van het onderscheid. In recentere arresten heeft het Hof dit ook erkend. Een voorbeeld is het eerdergenoemde arrest *Karner*, waarin het Hof stelde dat 'de bescherming van het traditionele gezin' op zichzelf een legitiem doel is, maar vervolgens afzonderlijk, in het kader van de redelijkheidstoets, naging of dit doel zodanig zwaarwegend is dat het een ongelijke behandeling op grond van seksuele oriëntatie kan billijken.⁶⁰

Deze benadering van het Hof lijkt representatief voor een nieuwe lijn in de jurisprudentie, waarin meer aandacht dan voorheen wordt besteed aan de toetsing van de legitimiteit van het doel. Belangrijk is vooral dat het Hof in recente rechtspraak scherpere criteria is gaan ontwikkelen voor de beoordeling van de redelijkheid en toelaatbaarheid van een bepaalde doelstelling. Sommige van deze criteria zijn tamelijk evident. Zo stelde het Hof in *L.&V. t. het VK* dat doelstellingen die voortkomen uit vooroordelen of een negatieve attitude jegens een bepaalde groep (bijvoorbeeld homoseksuelen) geen rechtvaardiging kunnen vormen: een ongelijke behandeling mag niet inherent discriminatoir zijn.⁶¹ In een ander recent arrest bracht het Hof eveneens een vrij voor de hand liggend criterium naar voren. In *Buchen* oordeelde het dat puur subjectieve doelstellingen niet legitiem kunnen worden geacht: een zekere mate van objectiviteit van de doelstelling is vereist om een ongelijke behandeling te kunnen rechtvaardigen.⁶² Belangrijk is verder het (al oudere) arrest *Inze*, waaruit blijkt dat een doelstelling niet uitsluitend een uitdrukking mag vormen van traditionele opvattingen en stereotypen.⁶³ Ook blijkt uit dit arrest dat de doelstelling voldoende concreet moet zijn: een ongelijke behandeling mag niet zijn gebaseerd op al te algemene en abstracte overwegingen, of op veronderstellingen

60 Zie EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, EHRC 2003/83, m.nt. Gerards, § 41.

61 EHRM 9 januari 2003, *L.&V. t. het VK*, EHRC 2003/18, m.nt. Van der Velde, § 52

62 EHRM 26 november 2002, *Buchen t. Tsjechië*, EHRC 2003/6, m.nt. Gerards, § 75

63 EHRM 28 oktober 1987, *Inze t. Oostenrijk*, *Series A*, vol. 126, § 44. Lange tijd was dit de enige uitspraak waarin verdergaande eisen werden gesteld aan het nagestreefde doel.

die geen voldoende basis vinden in de feiten.⁶⁴ Verband hiermee houdt een recenter oordeel dat een doelstelling voldoende 'actueel' moet zijn, hetgeen betekent dat de regeling niet uitsluitend verouderde opvattingen mag representeren (zoals de notie dat de man meestal kostwinner is).⁶⁵

Hoewel deze uitspraken positief te waarderen zijn, zijn er nog maar weinig arresten waarin een nadere uitwerking of toepassing van de hiervoor genoemde criteria is gegeven. De hierboven genoemde arresten vormen vrijwel steeds de enige gevallen waarin de criteria zijn toegepast, waardoor moeilijk is na te gaan welke betekenis zij voor de praktijk zullen hebben. Vooral nu het Hof in eerdere rechtspraak de tendens heeft getoond om vrijwel alle algemene belangen als gerechtvaardigde doelstelling te accepteren, zelfs in gevallen van verdacht onderscheid, blijft de doeltoets (vooralsnog) een vrij onbelangrijk onderdeel van de rechtvaardigingstoets. De beperkte betekenis van de toets wordt nog versterkt door het feit dat het Hof nauwelijks onderzoek doet naar de werkelijke doelstellingen van een ongelijke behandeling, zodat een kwaadwillend overheidsorgaan een discriminatoir motief gemakkelijk kan verbergen achter een neutrale, objectief geformuleerde doelstelling, zonder dat dit nader wordt onderzocht. Een daadwerkelijke waarborg tegen ongelijke behandeling ligt in de doeltoets dus zeker nog niet besloten.

Op zichzelf is het ook niet zo erg dat een doeltoets niet al te uitgebreid en intensief is, zolang deze maar wordt gevolgd door een goede en uitgebreide toetsing van redelijkheid van de keuze van een ongelijke behandeling om het gestelde doel te verwezenlijken.⁶⁶ Problematisch is echter dat bij het Hof soms óók sprake is van een slordige, inconsistente en onduidelijke beoordeling van de rechtvaardiging.⁶⁷ Een oordeel over de proportionaliteit van het gemaakte onderscheid wordt vrijwel nooit gegeven, en in de meeste gevallen ontbreekt een expliciete uitspraak over de geschiktheid of noodzakelijkheid van het onderscheid.⁶⁸ Dit is zelfs het geval wanneer het Hof heeft geconstateerd dat met het onderscheid een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd. Juist dan is een toetsing van de redelijkheid van het gekozen middel

64 Idem, § 43 Vgl ook EHRM 11 oktober 2001, *Sahn t Duitsland*, EHRC 2001/81, m nt Gerards, § 58

65 Zie relatief impliciet EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t Nederland*, EHRC 2002/60, m nt Driessen, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 45, m nt Hendriks de Nederlandse regering had zich ter rechtvaardiging van een benadeling van vrouwen bij pensioentoekenningen gebaseerd op de stelling dat de discriminatoire regelgeving nog een uitdrukking vormde van de periode waarin veruit de meeste kostwinners mannen waren Het Hof stelde dat '[] even assuming that such an argument had merit, [it] considers it of some relevance that the Convention and the First Protocol had already entered into force in the Netherlands by 31 August 1954' (§ 51) en bovendien dat '[] the inequality in treatment embodied in the former legal rules materialised in 1989 when, given the prevailing social attitudes at that time, the aim pursued by the legal provisions concerned could no longer be held relevant' (§§ 51/52)

66 Dit blijkt ook wel uit de toepassingspraktijk bij de artt 8-11 EVRM De doeltoets is daarbij eigenlijk meer een ritueel dan een echte toets het komt slechts zelden voor dat het Hof vindt dat een inbreuk geen gerechtvaardigd doel dient Deze beperking wordt echter meer dan goed gemaakt doordat het Hof steeds zorgvuldig nagaat of de inbreuk een redelijk middel vormde om dit doel te verwezenlijken

67 Zie hierover nader Gerards 2002, (zie noot 6), hoofdstuk 3, par. 2.4, waar de rechtspraak over de verhouding tussen doel en middel in het kader van de toetsing aan art 14 EVRM nader wordt geanalyseerd Daaruit blijkt dat de redelijkheidstoets vaak zeer algemeen en daardoor weinig inhoudelijk is, maar ook dat een doel-middeltoets vaak ten onrechte volledig ontbreekt

68 Id., hoofdstuk 3 par. 2.5, 2.6 en 2.7

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

noodzakelijk, maar deze wordt lang niet altijd uitgevoerd.⁶⁹ Dit geldt nog in het bijzonder voor klachten over verdacht onderscheid, waarbij een beoordeling van de verhouding tussen doel en onderscheid in de meeste gevallen volledig achterwege blijft: meestal leidt het Hof uit het enkele feit dat het onderscheid op een verdachte grond is gebaseerd impliciet al af dat het niet toelaatbaar is.⁷⁰ De toetsing is daardoor aanzienlijk minder goed ontwikkeld dan de beoordeling van klachten over substantiële verdragsbepalingen en biedt nauwelijks aanknopingspunten voor toepassing op nationaal niveau. De gebrekkige rechtvaardigingstoets vormt, in combinatie met het accessoire karakter van de bepaling, dan ook een goede verklaring voor het gebrek aan belangstelling voor artikel 14.

De recente rechtspraak van het Hof biedt enige hoop op verbetering.⁷¹ Belangrijk is vooral het oordeel van het Hof in *Karner*, waarin het specificeerde dat een onderscheid tussen samenwonenden van gelijk en verschillend geslacht weliswaar een geschikt middel kan vormen om het gestelde doel (bescherming van het traditionele gezin) te verwezenlijken, maar voor de verwezenlijking van dit doel niet *onmisbaar* is.⁷² Het Hof stelt daarmee hoge eisen aan de noodzaak van een verdacht onderscheid als middel om een bepaald doel te bereiken: het gestelde doel moet feitelijk onbereikbaar zijn wanneer het onderscheid niet zou worden gemaakt. Interessant is in dit verband ook dat het Hof recentelijk heeft gespecificeerd welke eisen het stelt aan de proportionaliteit in strikte zin, dat wil zeggen aan de eigenlijke belangenafweging. In gevallen van verdacht onderscheid vereist het Hof dat er sprake moet zijn van proportionaliteit in het concreet voorliggende geval: ook al is een normatieve classificatie in zijn algemeenheid beschouwd gerechtvaardigd, het Hof zal een schending van het gelijkheidsbeginsel constateren wanneer blijkt dat het in het individuele geval niet redelijk was om deze regel toe te passen.⁷³ Dit is een belangrijk vereiste, nu het impliceert dat uitvoeringsorganen niet kunnen volstaan met de loutere toepassing van algemene regels, maar ook nog moeten nagaan of deze toepassing in het individuele geval niet tot een te vergaande benadeling leidt. Overigens moet worden opgemerkt dat beide vereisten alleen nog zijn gesteld bij verdacht onderscheid. Het is waarschijnlijk dat bij andere, niet verdachte vormen van onderscheid minder hoge eisen zullen worden gesteld aan de rechtvaardiging, waardoor de nationale autoriteiten meer vrijheid hebben bij de beoordeling van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Een tweede belangrijke ontwikkeling is te zien in een groeiende belangstelling van het Hof voor de inwerkingtreding van nieuwe regelgeving en voor recente rechtsontwikkelingen. In

⁶⁹ Zie recentelijk bijv. EHRM 29 april 2002, *Pretty t. het VK*, EHRC 2002, m.nt. Gerards/Janssen, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 910, m.nt. Myjer, §§ 88/89 (waar de omissie overigens nog te verklaren valt vanuit het feit dat een gedegen proportionaliteitsoordeel wel al was gegeven bij de toetsing aan art. 8 EVRM). Zie ook Helfer, 'Note: Finding a Consensus on Equality', 65 *NYU Law Review* 1044, op 1067 (1990).

⁷⁰ Vgl. EHRM 8 juli 2003, *Sommerfeld t. Duitsland* (GC), EHRC 2003/70, m.nt. Gerards, waarin het Hof volstond met de volgende motivering: '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 wedlock can be regarded as compatible with the Convention. [...] The Court discerns no such reason in the instant case' (§ 93), en op vergelijkbare wijze EHRM 11 juni 2002, *Willis t. het VK*, EHRC 2002/62, m.nt. Gerards, § 42.

⁷¹ Vgl. bijv. ook EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, EHRC 2002/60, m.nt. Driessen, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 45, m.nt. Hendriks.

⁷² § 41

⁷³ Vgl. EHRM 3 oktober 2000, *Camp en Bourimi t. Nederland*, EHRC 2000/82, m.nt. Gerards, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 263, m.nt. Wortmann, *NJ* 2001/258, m.nt. JdB, § 39.

verschillende recente arresten over verdacht onderscheid verbond het Hof conclusies aan het feit dat een oude, discriminatoire regeling in de tussentijd was vervangen door een nieuwe regeling waarin het litigieuze onderscheid niet meer voorkwam. In de opvatting van het Hof betekende dit dat ook voor de oude regeling getwijfeld kon worden aan de noodzaak om het onderscheid daarin op te nemen. In dat soort gevallen zal de ongelijke behandeling veelal ontoelaatbaar worden verklaard.⁷⁴ Verband hiermee houdt het feit dat het Hof de redelijkheid 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 dit relatief snel noodzakelijk en proportioneel worden geacht.⁷⁵ Voor beide factoren geldt echter, net als voor de criteria voor toetsing van het doel, dat verdere uitwerking en toepassing noodzakelijk is om ze voor de praktijk beter bruikbaar te maken.

5 Conclusie

Zoals in paragraaf 1 werd aangegeven is het waarschijnlijk dat de inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol leidt tot een forse toename van het aantal gelijke behandelingsklachten voor het Hof, vooral nu daardoor ook kan worden geklaagd over onderscheid dat vroeger buiten de reikwijdte van het Verdrag viel (zoals onderscheid op het gebied van de sociale grondrechten of het bestuursrecht). Een duidelijk toetsingsmodel met heldere beoordelingscriteria is essentieel om deze toevloed op te kunnen vangen en deze tegelijkertijd te beperken. Niet alleen maakt een goed model het voor het Hof eenvoudiger om gelijke behandelingszaken te behandelen, maar ook geldt dat zo'n model al op nationaal niveau kan worden toegepast, net zoals dat momenteel gebeurt met de toetsingscriteria voor de artikelen 8-11 EVRM en andere substantiële bepalingen. Op die manier kan op het niveau van de lidstaten getracht worden om regelingen en handelingen in overeenstemming te brengen met de door het Hof gestelde eisen, zodat individuele klachten het Hof in mindere mate zullen bereiken. In dit verband is van belang dat het Hof het Twaalfde Protocol waarschijnlijk zal interpreteren en toepassen in overeenstemming met de rechtspraak die het heeft ontwikkeld voor de huidige gelijkheidsbepaling, neergelegd in artikel 14 EVRM. Voor de nationale rechter is het daarom van belang om kennis

74 Zie o.a. EHRM 11 oktober 2001, *Sahm t Duitsland*, EHRC 2001/81, m nt Gerards, § 60 '[] these amendments [van de voorheen discriminatoire regelgeving, JHG] 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, namely the protection of the interests of children and their parents, could also have been achieved without distinction on the ground of birth'. Eerder stelde het Hof dit al in EHRM 28 oktober 1987, *Inze t Oostenrijk*, Series A, vol 126, § 44, zie voor een recente toepassing EHRM 30 september 2003, *Koua Pourrez*, EHRC 2003/ . , m.nt. Wolter, § 48. Het Hof hecht overigens niet alleen waarde aan het bestaan van nieuwe regelgeving, maar ook aan het feit dat de maatschappelijke opvattingen in hun algemeenheid zodanig gewijzigd kunnen zijn dat een onderscheid geen redelijk middel meer vormt om een bepaald doel te bereiken; zie bijv. EHRM 1 februari 2000, *Mazurek t Frankrijk*, EHRC 2000/25, m nt Gerards, § 52.

75 EHRM 26 februari 2002, *Fretté t Nederland*, EHRC 2002/30, § 42, m nt Gerards, NJCM-Bulletin 2002, p. 1044, m nt Borghs. Overigens heeft Borghs in zijn noot bij dit arrest terecht kritiek geleverd op de wijze waarop het Hof dit oordeel onderbouwde. Het Hof verwijst bijvoorbeeld niet naar de bronnen waarop het zijn conclusie over het ontbreken van medische consensus baseert (zie p. 1054).

GELIJKE BEHANDELING EN HET EVRM

te nemen van deze rechtspraak en de ontwikkelingen daarover goed bij te houden, en te proberen de in deze rechtspraak ontwikkelde toetsingscriteria zo goed mogelijk toe te passen. Het hiervoor gegeven overzicht van deze criteria beoogt daartoe een aanknopingspunt te verschaffen. Kort samengevat impliceert dit overzicht dat het noodzakelijk is om een toetsing van gelijke behandelingszaken uit te voeren in drie fasen. In de eerste fase moet worden vastgesteld met welke intensiteit de rechter te werk zal gaan bij de inhoudelijke beoordeling van de voorgelegde zaak. Deze intensiteit wordt door het Hof vooral bepaald aan de hand van het al dan niet bestaan van een *common ground* ten aanzien van de 'verdachtheid' van de grond van onderscheid, maar het lijkt beter om in de bepaling van de toetsingsintensiteit ook andere factoren te betrekken. Doorslaggevend is dan de vraag of er sprake is van zodanige omstandigheden dat vermoed kan worden dat het besluitvormingsproces dat heeft geleid tot de ongelijke behandeling niet geheel zuiver en objectief-neutraal is verlopen. Staat de toetsingsintensiteit vast, dan is het vervolgens zaak dat de rechter deze consequent toepast. Dit geldt ook in de tweede fase van de toetsing, waarbij de rechter moet vaststellen of er daadwerkelijk sprake is van een ongelijke behandeling. Bij deze vaststelling wordt in de praktijk vaak een vergelijkbaarheidstoets toegepast, maar het is hierboven duidelijk geworden dat een dergelijke toets overbodig en verwarrend is. Beter is het om te beoordelen of de klagende partij daadwerkelijk is benadeeld ten opzichte van een andere persoon of groep, een toets die ook door het Hof in toenemende mate wordt toegepast. Is van een ongelijke behandeling daadwerkelijk sprake, dan dient in de derde fase van de toetsing te worden nagegaan of hiervoor een rechtvaardiging denkbaar is. In dat verband dient in ieder geval te worden bekeken welk doel met het onderscheid wordt nagestreefd en moet worden beoordeeld of dit doel voldoende gerechtvaardigd is. Is dit het geval, dan moet tenslotte nog worden nagegaan of er een redelijke verhouding bestaat tussen doel en middel, in die zin dat het onderscheid een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel vormt om het gestelde doel te verwezenlijken.

Belangrijk is tenslotte nog de betekenis van deze rechtspraak en het daaruit resulterende toetsingsmodel voor het zelfstandige gelijkheidsbeginsel van het Twaalfde Protocol, dat vermoedelijk op afzienbare termijn voor een aantal lidstaten in werking zal treden. Dit Twaalfde Protocol biedt een zinvolle aanvullende bescherming in vergelijking tot de al bestaande internationale gelijkheidsbepalingen, in die zin dat het een waarborg verschaft tegen onderscheid dat momenteel niet wordt bestreken door de nationale of Europese gelijke behandelingswetgeving, en in die zin dat hierdoor een extra rechtsbeschermingsmogelijkheid wordt geboden.⁷⁶

⁷⁶ Juist dit laatste aspect kan het interessant maken om op nationaal niveau eerder een beroep te doen op art. 1 Twaalfde Protocol dan op art. 26 IVBPR of op het algemene gelijkheidsbeginsel; voor toetsing van classificaties in formele wetgeving biedt de bepaling een belangrijk perspectief. Voor Nederland kan de aanvullende bescherming verder van belang zijn omdat de AWGB en aanverwante gelijke behandelingswetgeving de verhouding tussen overheid en burger slechts in zeer beperkte mate dekken (waardoor bijv. subsidiëring niet onder de reikwijdte valt) en dit niet in zeer sterke mate wordt uitgebreid door bepalingen van Europees recht. Bovendien heeft de regering in het kader van de ratificatieprocedure kenbaar gemaakt dat het niet waarschijnlijk is dat op nationaal niveau horizontale werking aan de bepaling zal worden ontzegd (Kamerstukken Staten-Generaal, 2001-2002, 28 100 (R 1705), nrs. 129 en 1, p. 4/5). Juist omdat het Twaalfde Protocol een open geformuleerd stelsel bevat van gronden en uitzonderingen, terwijl er bovendien veel uitgebreidere rechtspraak over bestaat dan het geval is bij art. 26 IVBPR, kan het aantrekkelijk zijn om deze bepaling voor de nationale rechter in te roepen.

Belangrijk is bovendien dat van de bepaling een belangrijke inspiratie of zelfs druk voor d lidstaten kan uitgaan om gelijkberechtiging actief na te streven, net zoals het geval is bij d andere EVRM-bepalingen

Of de betekenis van het Twaalfde Protocol op nationaal niveau een substantiele zal zijn is sterk afhankelijk van de door het Hof en door de nationale rechter gemaakte keuzen. Het Hof zal in de komende jaren meer en duidelijkere criteria moeten ontwikkelen voor de beoordeling van onderscheid, en zal bovendien bereid moeten zijn om op vooruitstrevende en heldere wijze vorm te geven aan het vereiste van gelijke behandeling, op vergelijkbare wijze als waarop het nu al vorm geeft aan de substantiele verdragsbepalingen. Essentieel zijn een grotere belangstelling voor het maatschappelijk probleem van indirect onderscheid, een betere en meer genuanceerde vaststelling van de toetsingsintensiteit, en een verfijning van de toetsingsmethode die zorgt voor een redelijke en objectieve beoordeling van ongelijke behandeling. De nationale rechter zal bereid moeten zijn om een dergelijke vooruitstrevende toetsing aan het gelijkheidsbeginsel over te nemen, om helder en zorgvuldig te toetsen, en zich zo nodig proactief op te stellen.⁷⁷ Worden in dit opzicht goede keuzen gemaakt, dan valt van het EVRM op gelijke behandelingsgebied nog veel te verwachten.

77 Voor Nederland kan dit van groot belang zijn. Buiten de toetsing aan het Europese recht gerekend, is de toetsing van Nederlandse rechters aan gelijkheidsbepalingen vaak opvallend slordig en lijkt de uitkomst van deze toetsing soms wat willekeurig (zie Gerards 2002 (zie voetnoot 6), p. 650 e.v.). Handhaving van deze lijn kan leiden tot een constatering van schending van het Twaalfde Protocol in Straatsburg, in ieder geval wanneer het Hof de recentelijk ingezette lijn van grotere zorgvuldigheid continueert. Het is daarom van belang dat de Nederlandse rechterlijke instanties hun toetsing aanpassen aan het hiervoor beschreven toetsingsmodel van het Hof, met meeneming van de voorgestelde verbeteringen.