

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/199980>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-14 and may be subject to change.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

27 november 2018, nrs. 14988/09 en 50 andere, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD001498809

(De Gaetano (President), Keller, Dedov, Poláčeková, Serghides, Schukking, Elósegui)

Noot mr. dr. L.R. Glas

Vrijheid van vergadering en van vereniging. Bijeenkomsten. Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Effectief rechtsmiddel. Zes-maanden-regel. Verbod van discriminatie. Seksuele gerichtheid. LGBT. Billijke genoegdoening. Immateriële schade.

[EVRM art. 11, 13, 14, 41, 46]

In de periode 2009-2014 dienden de 51 klagers bij lokale autoriteiten een kennisgeving in van LGBT-bijeenkomsten die zij wilden organiseren. De autoriteiten wezen alle door klagers voorgestelde data en locaties af. De nationale rechters handhaafden die beslissingen. Het EHRM heeft deze 51 bijeenkomsten in een bijlage bij de uitspraak opgenomen, samen met de data waarop de autoriteiten besloten de bijeenkomsten niet toe te staan en de nationale rechters uitspraak deden.

Allereerst onderzoekt het EHRM op eigen initiatief of klagers zich hebben gehouden aan de zes-maanden-regel voor ontvankelijkheid (art. 35 lid 1 EVRM). Het EHRM bepaalt in lijn met eerdere uitspraken tegen Rusland dat klagers hun klacht moesten indienen binnen zes maanden nadat de autoriteiten hadden besloten om de bijeenkomst niet toe te staan. Het EHRM vereist dus niet dat klagers naar de nationale rechter zijn gestapt met een klacht. De reden hiervoor is dat de autoriteiten niet verplicht waren om hun beslissing te geven voor de door klagers voorgestelde datum, waardoor elke rechtsgang een post-hoc karakter krijgt en daarmee niet effectief is. Op grond van deze uiteenzetting verklaart het EHRM bepaalde klachten niet-ontvankelijk.

Onder art. 11, 13 en 14 EVRM constateert het EHRM dat het in de gelijknamige, ‘leading case’ Alekseyev t. Rusland uit 2010 (EHRM 21 oktober 2010, nr. 4916/07 en 2 anderen, ECLI:CE:ECHR:2010:1021JUD000491607, «EHRC» 2011/06, m.nt. Loof) schendingen heeft gevonden ten aanzien van vergelijkbare klachten. Op grond van het materiaal dat het voor zich heeft, stelt het EHRM vast dat er geen enkele aanleiding is om in een van de onderhavige zaken tot een andere conclusie te komen. Het stelt dan ook vast dat er geen ‘pressing social need’ was om de beperkende maatregelen te treffen. Daarnaast vindt het een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en constateert het dat klagers onvoldoende toegang hebben gehad tot een effectief rechtsmiddel.

Onder art. 46 EVRM zet het EHRM uiteen dat Rusland de Alekseyev-zaak uit 2010 nog steeds niet ten uitvoer heeft gelegd en dat Rusland heeft verzaakt om de door het Comité van Ministers aanbevolen maatregelen te nemen, ook al is hierop de ‘enhanced supervision’-procedure van toepassing. Het EHRM benadrukt de aard en de reikwijdte van de eerder geconstateerde art. 11- en 14 EVRM-problemen en dat deze problemen terugkerend van aard zijn. Daarom zijn volgens het EHRM algemene maatregelen nodig. Niettemin stelt het vast dat de constatering van een schending, omdat die ook de zojuist omschreven verplichting van Rusland activeert, de meest geschikte vorm van rechtsherstel is. Het EHRM kent dan ook geen schadevergoeding toe voor immateriële schade.

Alekseyev e.a.

tegen

Rusland

1. Dat het EHRM één of meerdere Verdragsschendingen zou vinden lag voor de hand, aangezien het in een vergelijkbare zaak al had geconstateerd dat Russische lokale autoriteiten andere LGBT-bijeenkomsten en -demonstraties hadden verboden enkel omdat de organisatoren zich individueel en als een groep als homo of lesbische identificeerden (*Alekseyev t. Rusland*, EHRM 21 oktober 2010, nr. 4916/07 en 2 anderen, ECLI:CE:ECHR:2010:1021JUD000491607, «EHRC» 2011/06, m.nt. Loof, par. 82). Volgens bijvoorbeeld de burgermeester van Moskou was het nodig om elke vermelding van homoseksualiteit uit de publieke ruimte te bannen en daarmee tot de privésfeer te beperken. Hiermee impliceerde de burgermeester dat homoseksualiteit het gevolg is van een bewuste en antisociale keuze, aldus het EHRM (idem, par. 83). Het pleidooi van de Russische regering in Straatsburg kwam in de kern op hetzelfde neer als wat de burgermeester bepleitte (idem). Het EHRM vond zijn uitspraak in de onderhavige zaak blijkbaar zo vanzelfsprekend dat het de feiten enkel in een tabel zette en zonder verdere argumentatie geheel besloot op basis van eerder rechtspraak, in aanmerking nemende dat het geen feit of argument kon vinden om tot een andere conclusie te komen.

2. Homofobie beperkt zich overigens niet tot de Russische lokale autoriteiten of federale regering. Ook de Russische EHRM-rechter Dedov schrok er niet voor terug om in een *dissent* in een andere aanverwante zaak homofobe uitlatingen te doen (zie hierover de blog van Laurens Lavrysen, ‘Bayev and Others v. Russia: on Judge Dedov’s outrageously homophobic dissent’, *Strasbourg Observers*, 13 juli 2017, strasbourgobservers.com). Ook in de voorliggende zaak schreef Dedov een opinie, ditmaal in de vorm van een *concurring opinion*. Net zoals in zijn eerdere *dissent* lijkt hij in zijn *concurring opinion* homoseksualiteit aan pedofilie te willen koppelen door op te merken dat de Straatsburgse rechtspraak de indruk wekt dat ‘the promotion of homosexual relationships, especially to minors, could be considered an issue for public debate’. Wel is hij van mening dat de juridische erkenning van ‘relationships that differ from the usual notion of a union between man and woman’ een beginpunt kan zijn voor het beschermen van de rechten van de minderheid waarover hij schrijft.

3. Minder voor de hand liggend is de beslissing van het EHRM onder art. 41 EVRM. Het EHRM oordeelde dat de constatering van een schending de meest geschikte vorm van rechtsherstel is voor immateriële schade. De reden hiervoor is dat algemene maatregelen nodig zijn voor rechtsherstel en dat de constatering van een schending de verplichting van Rusland om dergelijke maatregelen te treffen activeert. Juridisch gezien klopt het dat zo’n constatering Rusland (ook) verplicht tot het nemen van algemene tenuitvoerleggingsmaatregelen (*Assanidze t. Georgië*, EHRM (GK) 8 april 2004, nr. 71503/01, ECLI:NL:XX:2004:AP1455, «EHRC» 2004/52 m.nt. Van der Velde, par. 198). Daarbij heeft het EHRM eerder besloten om geen schadevergoeding toe te kennen voor immateriële schade omdat andersoortige en algemene maatregelen zoals een wetwijziging nodig zijn om de rechten van de klager te beschermen (zie bijv. *Norris t. Ierland*, EHRM 26 oktober 1998, nr. 10581/83, ECLI:CE:ECHR:1988:1026JUD001058183, par. 50; *Christine Goodwin t. VK*, EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74, m.nt. van der Velde, par. 120; *S. en Marper t. VK*, EHRM (GK) 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, «EHRC» 2009/13, m.nt. Koops, *WPB* 2009/29, par. 134). Toch ligt het niet voor de hand dat het EHRM besluit om geen schadevergoeding toe te kennen.

4. Allereerst komt de beredenering van het EHRM erop neer dat Rusland het beste in staat is om genoegdoening te bieden aan klagers voor de mensenrechtenschendingen. Ondanks dat dit in beginsel vanuit het oogpunt van subsidiariteit klopt, ontkent het EHRM hiermee wel de werkelijkheid. Realistisch gezien is de kans zeer klein dat klagers in de toekomst wel een LGBT-bijeenkomst kunnen organiseren en de kans dat dit binnen afzienbare tijd kan is vrijwel nul. Alhoewel de toekomst altijd onzeker is, is het wel waarschijnlijk dat de resultaten die

Rusland in het verleden *niet* heeft behaald, helaas bepaalde garanties bieden dat Rusland die resultaten in de toekomst ook niet zal behalen. Voorafgaand aan de mensenrechtenbijeenkomst van het Comité van Ministers van december 2018 bleek dat Rusland de eerder aangehaalde zaak uit 2010 nog steeds niet ten uitvoer heeft gelegd. Lokale autoriteiten blijven LGBT-bijeenkomsten en -demonstraties verbieden, onder andere op grond van wetgeving die de propaganda van niet-traditionele seksuele relaties onder minderjarigen verbiedt. Bovendien blijven nationale rechters deze praktijk sanctioneren. Hieruit blijkt ook al dat de relevante wetgeving nog niet is aangepast of ingetrokken (Comité van Ministers, 'Notes on the Agenda', CM/Notes/1331/H46-24, 6 december 2018). Daarbij bleek al eerder uit statistische informatie uit zes regio's, waaronder Moskou en St. Petersburg, dat in de periode van 1 oktober 2015 tot 30 juni 2016 51 verzoeken waren ingediend voor LGBT-bijeenkomsten, waarvan er maar één werd toegestaan (zie informatie beschikbaar op HUDOC EXEC onder 'Case description'). Nu het EHRM ook geen schadevergoeding toekent voor immateriële schade, is het waarschijnlijk dat de Straatsburgse uitspraak de enige vorm van genoegdoening blijft waarop de klagers kunnen rekenen; het is niet waarschijnlijk dat de situatie in Rusland zodanig zal veranderen dat zij hun bijeenkomst wel kunnen organiseren in de toekomst. Zoals al uiteengezet (zie randnummer 3), kan het vereiste dat een staat algemene maatregelen moet nemen een reden zijn om geen schadevergoeding toe te kennen voor immateriële schade. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt echter ook, zoals rechter Keller aantoonde in haar *partly dissenting opinion* (pars. 6-7), dat het EHRM veelvuldig èn een algemene maatregel formuleert èn schadevergoeding voor immateriële schade toekent. Deze twee lijnen in de rechtspraak bevestigen dat de rechtspraak van het EHRM onder art. 41 EVRM niet altijd even makkelijk te doorgronden is, wat ook komt doordat het EHRM zijn beslissingen op dit punt vaak niet of enkel beknopt motiveert (zie ook Harris, O'Boyle en Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 155). Hoe dan ook had het EHRM had dus anders kunnen beslissen op grond van zijn eerdere rechtspraak. Zoals Keller ook aangeeft in haar opinie, had het EHRM een andere keuze ook kunnen verantwoorden omdat het duidelijk is dat klagers immateriële schade hebben ondervonden aangezien de schending systematisch en herhaald is en omdat zij frustratie moeten hebben gevoeld en gevoelens van onrecht moeten hebben gehad (pars. 9-10).

5. Een andere beslissing onder art. 41 EVRM lag ook voor de hand op grond van de twee aanverwante uitspraken tegen Rusland waar ik eerder al naar verwees. In de zaak *Alekseyev* uit 2010 vond het EHRM schendingen van art. 11, 13 en 14 EVRM omdat klager geen LGBT-demonstraties mocht houden. In die zaak kende het EHRM 12.000 euro toe voor immateriële schade, 'having regard to the fact that the present case involved banning multiple demonstrations for three consecutive years' (reeds aangehaald, par. 114). In *Bayev e.a.*, waarin het EHRM een schending vond van art. 10 en 14 EVRM vanwege het beboeten van klagers voor het demonstren tegen de 'homopropaganda wetgeving', kende het EHRM bedragen van 8.000, 15.000 en 20.000 euro toe voor immateriële schade (EHRM 20 juni 2017, nr. 67667/09 en 2 anderen, ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709, «EHRC» 2017/158, m.nt. Gerards, par. 98). In die laatste uitspraak kende het EHRM die schadevergoeding niet alleen toe omdat de klagers gevoelens van stress en angst hadden gehad vanwege de discriminatoire wetgeving, maar ook omdat de relevante wetgeving nog niet was ingetrokken (idem). Het EHRM had vergelijkbare argumenten in de voorliggende zaak kunnen gebruiken om wel een schadevergoeding toe te kennen, aangezien die wetgeving nog steeds niet is ingetrokken en de praktijk van lokale autoriteiten en nationale rechters niet is veranderd ondanks de eerdere *Alekseyev* uitspraak.

6. In haar *partly dissenting opinion* maakt rechter Keller nog een interessant punt. Zij is van mening dat een schadevergoeding voor immateriële schade ook aangewezen was omdat Rusland dan een financiële prikkel had gehad om tot tenuitvoerlegging over te gaan (par. 24).

Volgens rechter Keller dient billijke genoegdoening er niet alleen toe om genoegdoening te bieden aan de klager, maar kan het ook als waarschuwing dienen voor de betrokken staat (par. 25). Rechter Bonello bepleitte al eerder iets vergelijkbaars in een *partly dissenting opinion*. Volgens hem heeft het EHRM, naast een juridische, ook een opvoedende of 'pedagogical' taak. Het toekennen van billijke genoegdoening dient dan ook als concrete waarschuwing aan staten die de fout in zijn gegaan (*Aquilina t. Malta*, EHRM (GK) 29 April 1999, nr. 25642/94, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002564294). Deze taakopvatting zou een extra reden kunnen zijn om billijke genoegdoening toe te kennen. Toch lijkt deze opvatting niet als zodanig door het EHRM te worden uitgedragen. In zijn uitspraak in de zaak *Varnava e.a. t. Turkije* ging het EHRM redelijk uitgebreid in op immateriële schadevergoedingen, en legde het uit dat deze vergoedingen ertoe dienen om te erkennen dat de klager immateriële schade heeft geleden (EHRM (GK) 18 september 2009, nr. 16064/90 e.a., ECLI:CE:ECHR:2009:0918JUD001606490, «EHRC» 2010/03, m.nt. van der Velde, par. 224). Daar komt nog bij dat het EHRM weigert punitieve schadevergoedingen op te leggen. Ter illustratie, in de zaak *Varnava e.a.* wees het EHRM de suggestie af van klagers om dagelijkse boetes aan de staat op te leggen tot dat het de EHRM-uitspraken ten uitvoer had gelegd. Volgens het EHRM biedt het EVRM weinig tot geen ruimte om boetes op te leggen aan de staat die ongerelateerd zijn aan het leed dat klagers hebben moeten doorstaan (*idem*, par. 223). Hiermee bevestigt het EHRM dat het toekennen van een schadevergoeding geen ander doel mag dienen dan het verzachten van het leed van de klagers. Overigens zijn sommigen van mening dat het EHRM, alhoewel niet expliciet, wel degelijk toekenningen van billijke genoegdoening gebruikt voor andere doeleinden, waaronder het voorkomen van toekomstige mensenrechten schendingen (*Cyprus t. Turkije*, EHRM (GK) 12 mei 2014, nr. 25781/94, ECLI:CE:ECHR:2014:0512JUD002578194, «EHRC» 2014/215, m.nt. Glas, Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vučinić, par. 19).