

ANNOTATIE

Magyar Kétfarkú Kutya Párt t. Hongarije (EHRM (GK), nr. 201/17) - Een stem-app als bedreiging voor de geheime verkiezingen?

J.L.W. Broeksteeg

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21-01-2020,
ECLI:CE:ECHR:2020:0120JUD000020117 (EHRC-2020-0069)*

1. In januari 2018 stelde een Kamer van het Hof in deze zaak een schending van art. 10 EVRM vast.^[1] De Hongaarse regering vroeg om verwijzing naar de Grote Kamer, die in deze uitspraak opnieuw concludeert tot een schending van art. 10 EVRM. De casus is kort weer te geven: klager is een Hongaarse politieke partij, die oppositie voert tegen een door de regering uitgeschreven referendum over de herverdeling van vluchtelingen door de EU zonder instemming van het Hongaarse parlement. De politieke partij roept op om het referendum te boycotten of om een ongeldige stem uit te brengen. Zij ontwikkelt daarom een app voor op de mobiele telefoon, waarmee kiezers geheel anoniem een foto van hun stembiljet kunnen uploaden, bij voorkeur een ongeldig gemaakt biljet. Bij de foto kunnen zij de redenen voor hun stem weergeven. De Hongaarse Kiesraad oordeelt echter dat de app in strijd is met het recht op eerlijke verkiezingen, het stemgeheim en de juiste uitoefening van het kiesrecht. Het verbiedt de verspreiding en het gebruik van de app. Het Hoogerechtshof (de *Kúria*) laat dat oordeel in stand, met dien verstande dat het het argument van het stemgeheim laat vallen, omdat de identiteit van de kiezer die zijn foto's via de app verspreidt, niet te achterhalen is. Daarmee is de uiteindelijke wettelijke grondslag van het verbod gelegen in art. 2, eerste lid, onder e, van de Kieswet. Art. 2, eerste lid van diezelfde wet, geeft weer welke beginselen ten grondslag liggen aan het kiesrecht; onderdeel e luidt dan: het kiesrecht wordt uitgeoefend in overeenstemming met het doel daarvan en te goeder trouw. Een beroep op het Constitutionele

Hof is niet-ontvankelijk, omdat van een meningsuiting geen sprake zou zijn en daarmee niet van een constitutionele kwestie. Ik bespreek onder 2 de Kamer-uitspraak, onder 3 en 4 de uitspraak van de Grote Kamer. Hoewel beiden een schending van art. 10 EVRM vaststellen, doet de Grote Kamer dat op een andere grond dan de Kamer. Ten slotte volgt onder 5 een bespreking van de *dissenting opinion* en onder 6 van de Nederlandse ‘stemfie’.

2. De Kamer overwoog dat de app een communicatieve waarde had en dat zij het mogelijk maakte om uitingen van publiek belang te doen. De verspreiding en het gebruik van de app viel daarom onder de reikwijdte van art. 10 EVRM. Vervolgens ging de Kamer in op het legitieme doel van het verbod van de app – overigens met voorbijgaan aan de vraag in hoeverre het verbod voldoende was voorzien bij wet. De Kamer meende namelijk dat zo duidelijk was dat het verbod geen legitiem doel diende, dat het de vraag naar de wettigheid van de beperking over kon slaan. Met betrekking tot het legitieme doel voerde de Hongaarse regering aan, dat het verbod het ordelijk verloop van het kiesproces wil waarborgen en het juiste gebruik van de stemformulieren wil verzekeren. Zij doelt daarmee, aldus de Kamer, op het in art. 10, tweede lid, EVRM vastgelegde legitieme doel van de ‘rechten van anderen’. De Kamer vond dat niet steekhoudend. Het argument van het stemgeheim was eerder door het Hooggerechtshof ontkracht, omdat de foto’s anoniem gedeeld konden worden en kiezers die de app gebruikten daarom geen gevolgen van anderen konden verwachten. Daarnaast had de regering, aldus de Kamer, geen andere ‘rechten van anderen’ aangevoerd. Het was niet duidelijk op welke wijze deze rechten geschonden werden door de anonieme weergave van blanco of ongeldige stemformulieren. Omdat het verbod van de app daarmee geen legitiem doel diende, stelde de Kamer een schending van art. 10 EVRM vast.

3. De Grote Kamer is met de Kamer van mening dat art. 10 EVRM van toepassing is. Foto’s hebben – het Hof verwijst in par. 86 naar eerdere jurisprudentie – een communicatiefunctie; het publiceren daarvan behoort tot de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. Nu is de politieke partij weliswaar niet de maker van de foto’s, maar ook de verspreiding (*in casu* door de app) valt onder de reikwijdte van art. 10 EVRM. Bovendien geeft de app duidelijk de opvatting van de politieke partij weer. De Grote Kamer voegt daar nog aan toe (par. 88-89), dat het hier om de beïnvloeding van de politieke opinie en daarmee om campagnevoering gaat. Zij noemt echter art. 3 EP EVRM niet, hetgeen logisch is, omdat referenda niet onder de reikwijdte van deze bepaling vallen.[2] Niettemin heeft het Hof in jurisprudentie over art. 3 EP EVRM, over parlamentsverkiezingen derhalve, het belang van de meningsuiting bij verkiezingen en van een eerlijke campagne herhaaldelijk benadrukt.[3]

4. Vervolgens gooit de Grote Kamer het over een andere boeg dan de Kamer. Zij toetst uitgebreid of het verbod op de stem-app voldoende voorzienbaar bij wet is. Opvallend is dat de Grote Kamer hier wel een expliciete vergelijking met art. 3 EP EVRM maakt (par. 99). Zij

wijst op de electorale context en overweegt dat extensieve en onvoorspelbare uitleg van wettelijke bepalingen inzake verkiezingen in strijd is met art. 3 EP EVRM, vanwege het onvoorzienbare en arbitraire karakter daarvan. Dat er enige gelijkenis is met de onderhavige zaak is duidelijk (alhoewel de bepaling, zoals gezegd, niet van toepassing is op referenda), tegelijkertijd is het (mij) niet duidelijk waarom het Hof deze vergelijking zo expliciet maakt. Voor art. 10 EVRM geldt immers evenzeer dat beperkingen bij wet niet onvoorzienbaar dan wel arbitrair mogen zijn. Hoe dan ook, het Hof stelt vervolgens de kernvraag: wist de politieke partij, of kon zij weten, dat haar gedrag – de verspreiding van de app – in strijd zou zijn met het kiesrecht? Hij legt de nadruk op de formulering ‘de uitoefening van het kiesrecht in overeenstemming met het doel daarvan’, zoals vastgelegd in art. 2, eerste lid, onder e, van de Kieswet. De doctrine en de jurisprudentie zouden deze bepaling uitleggen. Maar het Hof stelt ook vast dat het Constitutioneel Hof constateert dat moeilijk criteria te geven zijn voor de mogelijke toepassing van de bepaling en dat het feitelijk aan de Kiesraad was om daadwerkelijk toepassing daaraan te geven (par. 110). Het Hof geeft toe dat de interpretatie van wettelijke beginselen soms nodig is en dat de wet niet altijd even precies geformuleerde bepalingen kan bevatten. Het stelt echter vast dat *in casu* de nationale autoriteiten een wel erg ruime discretionaire bevoegdheid hebben (par. 111). De onderhavige zaak was de eerste, waarin de nationale autoriteiten de bepaling hebben toegepast. Hoewel een bepaling altijd een eerste keer toepassing moet vinden, overweegt het Hof dat de aanmerkelijke onzekerheid over de mogelijke gevolgen van de toepassing van de bepaling, leidt tot een schending van art. 10 EVRM. De vraag is dan welke redenering het meeste overtuigt: die van de Kamer of van de Grote Kamer? Ik ben met de Grote Kamer van mening dat de bepaling in de Kieswet wel erg vaag is en al te willekeurige toepassing kan vinden. Het is echter wel de vraag hoe vaag wettelijke bepalingen mogen zijn. Is een bepaling die misbruik van kiesrecht in algemene termen verbiedt onder alle omstandigheden te vaag? Gezien recente en toekomstige technologische ontwikkelingen (toen de stem-app, nu bijvoorbeeld microtargeting, maar wat volgt nog?) is er wat voor te zeggen dat een bepaling in algemene bewoordingen geformuleerd is. In mijn noot onder de Kamer-uitspraak gaf ik aan de redenering van de Kamer steekhoudend te vinden: er is geen legitiem doel om de stem-app te verbieden, omdat deze geen inbreuk maakt op de vrije en geheime verkiezingen. De uitspraak van de Grote Kamer had daarom nog aan overtuigingskracht gewonnen, als zij haar sterke twijfels over de wettigheid van de beperking had geuit en dan in combinatie met het ontbreken van een legitiem doel tot een schending van art. 10 EVRM was gekomen.

5. Opvallend is de *dissenting opinion* van de Russische rechter Dedov. Hij betoogt dat het handelen van de Hongaarse autoriteiten wél voorzienbaar was. Dedov benadrukt de legitimiteit van het referendum. In dat licht hebben kiezers drie opties: zij kunnen vóór stemmen, tegen stemmen en afzien van stemming. Andere mogelijkheden zijn er niet. Kiezers

kunnen, aldus Dedov, niet moedwillig hun stem ongeldig maken, omdat het tot de waarden van de democratische samenleving behoort dat zij deelnemen aan het besluitvormingsproces. Natuurlijk kunnen kiezers fouten maken, waardoor hun stembiljet ongeldig wordt, maar daarvan is hier geen sprake. De politieke partij heeft, door kiezers (met behulp van de app) op te roepen om hun stem ongeldig te maken, laten blijken het idee van het referendum af te keuren en daarmee minachting te tonen voor het referendum en de democratische instituties, aldus Dedov. Hij meent dat sprake is van misbruik van recht. De opvatting van Dedov kan voortvloeien uit een nationaal ontwikkelde politieke cultuur: het ongeldig maken van het stembiljet werkt in die opvatting destructief op de democratie. De opvatting zal dan vooral in nieuwe democratieën voorkomen. In de meeste landen echter, behoort het ongeldig maken van een stembiljet tot de mogelijkheden die de kiezer heeft. Hij brengt daarmee vooral, althans als de ongeldige stem bewust is uitgebracht, een proteststem uit. De stem telt mee voor de opkomst, maar niet in de telling van de uitslag. De ongeldige stem heeft daarmee eenzelfde functie als de blanco stem.[4]

6. In mijn noot onder de Kamer-uitspraak ging ik in op de Nederlandse discussie over stemfies. Met een stemfie laat de kiezer zichzelf én zijn keuze zien. Daarover ben ik heel kritisch: het betekent dat de ene persoon de andere kan dwingen om zijn stem op een bepaalde partij of kandidaat uit te brengen en daarvan het bewijs te laten zien. Dan kunnen stemmen bijvoorbeeld worden gekocht en is het stemgeheim niet gegarandeerd. Niettemin is de Nederlandse discussie nog niet beslecht: de Kiesraad blijft benadrukken dat de stemfie verboden zou moeten worden; de minister vindt het wel best. De Nederlandse discussie wijkt daarmee wel wezenlijk af van de Hongaarse casus: de stem-app garandeerde anonimiteit, waardoor het stemgeheim wel verzekerd was.

J.L.W. Broeksteeg

Universitair hoofddocent staatsrecht

Radboud Universiteit

[1] *Magyar Kétfarkú Kutya Párt t. Hongarije*, EHRM 23 januari 2018, nr. 201/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0123JUD000020117, «EHRC» 2018/79 m.nt. Broeksteeg.

[2] Onder andere: *Hilbe t. Liechtenstein*, EHRM 7 september 1999, nr. 31981/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0907DEC003198196; *Santoro t. Italië*, EHRM 1 juli 2004, nr. 36681/97,

ECLI:CE:ECHR:2004:0701JUD003668197, «EHRC» 2004/83 m.nt. Kiiver; *McLean en Cole t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juni 2013, nrs. 12626/13 en 2522/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC001262613, «EHRC» 2013/228 m.nt. De Lange.

[3] Bijvoorbeeld: *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81, ECLI:CE:ECHR:1987:0302JUD000926781; *Christian Democratic People's Party t. Moldavië*, EHRM 14 februari 2006, nr. 28793/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0214JUD002879302; *Communist Party of Russia e.a. t. Rusland*, EHRM 19 juni 2012, nr. 29400/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0619JUD002940005, «EHRC» 2012/189 m.nt. Broeksteeg.

[4] Zie daarover: *Paschalidis, Koutmeridis en Zaharakis t. Griekenland*, EHRM 10 april 2008, nrs. 27863/05, 28422/05, 28028/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0410JUD002786305, «EHRC» 2008/69 m.nt. Broeksteeg.