

Het EU-Handvest van de grondrechten en het EVRM ná Protocol 16: conflict of co-existentie?

153

T. Vandamme*

Het recent in werking getreden Protocol 16 bij het EVRM biedt de mogelijkheid aan 'hoogste nationale rechters' om in lopende zaken advies te vragen aan het Hof in Straatsburg. Het biedt de nationale rechter een interessante mogelijkheid om rechtstreeks in dialoog te treden met het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Echter, Protocol 16 werpt ook vragen op over de verhouding tussen dit nieuwe instrument en het aloude instrument van de prejudiciële procedure in artikel 267 VWEU die de nationale rechter de mogelijkheid geeft, en soms de plicht, via deze route uitleg over EU-recht te vragen aan het HvJ EU. Hoe groot is de kans dat deze twee instrumenten daadwerkelijk met elkaar botsen? En als dat het geval is, welke rol speelt dan het EU-rechtelijke beginsel van Unietrouw?

I. Inleiding

Op 1 augustus 2018 was het zover. Protocol 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) trad na 5 jaar in werking.¹ Met de neerlegging van de akte van bekrachtiging door Frankrijk werd Protocol 16 (hierna: het Protocol of P16) geldend recht voor (inmiddels) 12 EVRM-staten, waaronder 7 EU-lidstaten.² Hieronder bevindt zich ook Nederland waarvoor het Protocol in werking trad op 1 juni 2019.³ Het Protocol geeft de hoogste rechtscolleges van EVRM-staten de mogelijkheid adviezen over uitleg en toepassing van het EVRM en zijn protocollen te vragen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Deze ontwikkeling is uit oogpunt van de effectiviteit van mensenrechtenbescherming toe te juichen. Zowel rech-

ters (inclusief het EHRM zelf) als justitiabelen kunnen er veel baat bij hebben, al is een en ander nog wel afhankelijk van wat de praktijk zal uitwijzen, zie *infra*. Door de verwevenheid van de EU- en EVRM-rechtsordes en de centrale rol van zowel het HvJ EU als het EHRM roept deze ontwikkeling echter ook institutionele vragen op. Na Advies 2/13 over de toetreding van de EU tot het EVRM was duidelijk dat het HvJ EU zijn taak als beschermer van de eenheid en autonomie van het Unierecht zeer serieus neemt.⁴ In diezelfde geest is het derhalve nuttig de relatie tussen het nu in werking getreden Protocol en het Unierecht en dan met name het Handvest van de grondrechten van de EU, nader te bekijken. Respecteert dit nieuwe mechanisme de (soms broze) co-existentie tussen beide hoven of legt deze de fundering voor mogelijke toekomstige conflicten?

Vooruitlopend op deze vraag zal hierna nader worden ingegaan op de achtergrond en de kenmerken van het Protocol (par. 2 en 3), een eerste inventarisatie van de mogelijkheden waarin zowel de weg naar Straatsburg als die naar Luxemburg openligt voor de nationale rechter (par. 4), de 'driehoeksrelatie' tussen nationale rechter, HvJ EU en het EHRM in het licht van het beginsel van Unietrouw (par. 5), de mogelijk verdergaande bescherming van het Handvest in relatie tot het EVRM (par. 6) en de relatie tussen het Protocol en het rechtelijke leerstuk van de EU van de *acte éclairée* (par. 7). Tot slot volgen enkele conclusies (par. 8).

2. De achtergrond van Protocol 16

Het Protocol past in een beleidslijn die erop gericht is om iets te doen aan de werklast waaronder het EHRM

* Thomas Vandamme is docent/onderzoeker bij het *Amsterdam Center for European Law and Governance*.

1 Protocol 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Straatsburg 2 oktober 2013, *Council of Europe Treaty Series*, No. 214. Zie ook *Trb.* 2013, 241 (Engelse en Franse tekst) en *Trb.* 2014, 74 (Nederlandse tekst).

2 Na Nederland (de 11e ratificatie) heeft inmiddels ook Griekenland als 12e staat geratificeerd.

3 Zie artikel 8 lid 2 P16 en de Rijkswet van 5 december 2018 houdende goedkeuring van het op 2 oktober 2013 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Stb.* 2019, 8, p. 1.

4 Advies 2/13 inzake het Ontwerp Toetredingsverdrag van de EU tot het EVRM, ECLI:EU:C:2014:2454.

gebukt gaat.⁵ Deze lijn was reeds ingezet door het voorgaande Protocol 14 (2010)⁶ en het nog niet in werking getreden Protocol 15.⁷

In eerste instantie lijkt het contradictoir dat juist een nieuwe taak voor het EHRM tot verlaging van die werklust zou leiden. De gedachte is echter dat de kans groot is dat het EHRM een individuele klacht niet-ontvankelijk verklaart (artikel 34 EVRM) als in een eerdere adviesprocedure het EHRM in het kader van de nationale procesgang zich reeds heeft kunnen uitspreken over de EVRM-aspecten van die zaak.⁸ Indien de nationale instantie vervolgens in lijn met dat advies de zaak heeft afgedaan, is de kans op een navolgende klachtprocedure tegen de EVRM-staat in kwestie veel kleiner.⁹ Als het toch tot zo een procedure zou komen, kan het EHRM ervoor kiezen de zaak niet in behandeling te nemen, gebruik makend van de gronden in artikel 35 EVRM.¹⁰ Tevens zou het een werklustverlichting kunnen opleveren voor de hoogste nationale rechter die advies kan vragen over principiële vragen die voor meerdere zaken relevant zijn vanuit nationaalrechtelijke optiek (*repetitive cases*).¹¹ Het is speculeren of deze werklustverlichting zich daadwerkelijk gaat manifesteren. Het eerste advies dat inmiddels is afgegeven op verzoek van het Franse *Cour de Cassation* geeft uiteraard hierover nog weinig duidelijkheid.¹² Bemoedigend is wel dat een aantal landen die nu verantwoordelijk zijn voor een groot aantal zaken bij het EHRM het Protocol hebben getekend (Turkije en Roemenië) of al hebben geratificeerd (Oekraïne).

Een tweede *ratio legis* van het Protocol is de versterking van de rechterlijke dialoog. Er zit ook een belangrijk dwarsverband tussen deze twee hervormingsdoelen: vermindering van werklust voor het EHRM door de centrale rol van de nationale rechters nog eens te benadrukken (getuige de verwijzing naar de *margin of appreciation* in de preambule van het EVRM als beoogd door Protocol 15) verhoogt de noodzaak nationale rechters goed bij te kunnen staan in hun taak. Dergelijke gerechtelijke dialoog bestond overigens reeds in de vorm van het *Superior Courts Network* (gestart in 2015), een netwerk van hoogste

ationale gerechten die op ambtelijk niveau namens het EHRM overzichten kunnen krijgen van relevante rechtspraak. Deze adviezen, versterkt onder toezicht van de Jurisconsult-dienst van het EHRM, hoewel nuttig, hebben belangrijke beperkingen. Het mag enkel gaan om niet-bindende adviezen betreffende rechtspraak of praktijk die géén betrekking mogen hebben op aanhangige zaken.¹³ Daarnaast is er uiteraard de mogelijkheid van het Comité van Ministers om advies te vragen aan het EHRM (artikel 47 lid 1 EVRM), echter ook dit instrument is weinig vergelijkbaar met Protocol 16 omdat het geen betrekking heeft op de materiële rechten en vrijheden zoals neergelegd in titel I EVRM of in de protocollen.

Zowel qua niveau (ambtelijk i.p.v. rechterlijk) als qua inhoud (geen inhoudelijk advies voor lopende zaken) lijken deze instrumenten derhalve bepaald niet op het mechanisme van Protocol 16. Een van de grote winstpunten van het Protocol is bovendien het feit dat de adviesprocedure plaatsvindt terwijl de nationale procesgang loopt. Bij de klachtprocedure ex artikel 34 EVRM kan het EHRM zich pas uitspreken nádat de nationale middelen zijn uitgeput, wat een vervolgreactie van de nationale rechter uitsluit (althans in dat geding). Het dialogisch karakter van de adviesprocedure zit verder in het feit dat de nationale rechter het EHRM in de adviesvraag een eigen interpretatie van het EVRM mag voorleggen waarop het EHRM dan reageert, waarna de nationale rechter, eventueel, daar weer van mag afwijken.¹⁴

3. De belangrijkste kenmerken van Protocol 16

Het Protocol voorziet enkel in een bevoegdheid adviezen te vragen aan het EHRM voor de hoogste nationale rechters. Dit gebeurt op grond van zelfidentificatie ex artikel 10 van het Protocol (zie *infra*). De adviesverzoeken mogen enkel worden gevraagd in de context van een lopend geding en moeten dan ook de feitelijke en juridische

- 5 Waarbij bedacht moet worden dat ook bij de individuele klachtprocedure ex artikel 34 EVRM uiteindelijk maar weinig zaken het EHRM bereiken. Zie verder A. Mowbray, 'European Court of Human Rights May 2017 – April 2018', *European Public Law* 24, no. 4 (2018), p. 629.
- 6 De werklustvermindering als gevolg van dit Protocol bestaat erin dat zaken door de *unus iudex* kunnen worden afgedaan, een nieuwe bevoegdheid voor comités van drie rechters om zogenoemde 'kloonzaken' af te handelen en een nieuwe ontvankelijkheidsdrempel.
- 7 Protocol 15 behoeft ratificatie van alle EVRM-staten. Het voegt een nieuwe overweging toe aan de EVRM-preambule die nog eens onderstreept dat in lijn met het subsidiariteitsbeginsel de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de rechten en vrijheden in het EVRM ligt bij de EVRM-staten en dat zij daarbij over de nodige beoordelingsvrijheid beschikken. Het verwijdt bovendien uit artikel 35 lid 3 sub b EVRM de voorwaarde dat bij de ontvankelijkheid moet worden gecheckt of er 'geen zaken worden afgewezen die niet naar behoren zijn afgehandeld een nationaal gerecht'. Bovendien wordt de termijn van 6 maanden in artikel 35 lid 1 EVRM verkort tot 4 maanden.
- 8 Zie wat dat betreft ook de *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, 2013, punt 2. Een punt van aandacht in dat verband is het feit dat de Roemeense regering maar liefst 17 rechters heeft aangeduid als 'hoogste rechter'. Overigens vormt een gegeven advies geen formele beperking om alsnog een klacht ex artikel 34 EVRM in te stellen tegen de staat in kwestie. In zo een geval is er wel grote kans dat o.g.v. artikel 35 EVRM tot niet-ontvankelijkheid zal worden besloten, zie *Explanatory Report to Protocol 16*, punt 26.
- 9 In het bijzonder als de klagende partij in het nationale rechtsgeding bij de adviesprocedure werd gehoord overeenkomstig de mogelijkheid daartoe in artikel 3 P16. Dit is echter geen procedureel recht maar een prerogatief van de President van het EHRM.
- 10 Wellicht o.g.v. artikel 35 lid 2 sub b EVRM: '(...) in wezen gelijk aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht.' Ook kan gedacht worden aan artikel 37 EVRM (schrapping van de rol o.a. omdat het niet meer gerechtvaardigd is de behandeling van het verzoekschrift voort te zetten (sub c) dan wel omdat het geschil is opgelost (sub b)).
- 11 Zie ook *Kamerstukken I* 2018/19, 34235-(R2053), D, p. 3-4.
- 12 Zie Zaak P16-2018-001 ECHR Advisory Opinion of 10 April 2019. Het is de vraag of deze adviesaanvraag ook in behandeling zou zijn genomen als het niet de eerste was geweest.
- 13 Zie artikel 19 van de *operational rules* van het SCN. Zie verder www.echr.coe.int/Documents/SCN_Introduction_Network_June2018_ENG.pdf en de verwijzingen aldaar naar het *Charter* en de *Operational Rules* van het SCN.
- 14 Zie *Kamerstukken I* 2018/19, 34235-(R2053), D, p. 2. Het dialogisch karakter wordt verder versterkt door de mogelijkheid van de verwijzende nationale rechter om te reageren op opmerkingen van derden in de adviesprocedure (zie artikel 94 lid 5 van de *Rules of the Court* (1 augustus 2018)).

achtergrond meegeven aan het EHRM.¹⁵ Dit laatste is uiteraard nodig om het EHRM context te geven nu het advies een concreet geschil dient en het EHRM er niet is om in abstractie nationale wetgeving te toetsen aan het EVRM en zijn protocollen.

De adviesverzoeken moeten bovendien betrekking hebben op *questions of principle relating to the rights and freedoms* (artikel 1 lid 1 P16). Dit laatste punt is van belang in het licht van het bovengenoemde beleidsdoel van de terugdringing van de torenhoge werklust van het Hof. Het Protocol zelf geeft geen nadere uitleg van dit begrip, maar mogelijk moet aanknopingspunt worden gezocht bij de criteria voor verwijzing naar de Grote kamer van het EHRM (een 'ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag' of een 'ernstige kwestie van algemeen belang').¹⁶ Men zou bijvoorbeeld kunnen denken aan de welbekende arresten inzake de terugzending naar Griekenland onder het Dublin-systeem van personen die internationale bescherming zochten (wat leidde tot zaken als *M.S.S.* (EHRM) en *N.S.* (HvJ)),¹⁷ zaken aangaande erkenning van homohuwelijken of belemmeringen van de rechtsgang als gevolg van een beroep op de soevereine immuniteit van een EVRM-staat of toegang tot een advocaat bij verdachten die in voorlopige hechtenis zijn genomen.¹⁸

Een panel van vijf rechters moet beslissen over het in behandeling nemen van het verzoek, rekening houdend met de bovengenoemde eisen. Door de formulering van het 'rekening houden met' en het ontbreken van een term als 'ontvankelijkheid' behelst deze bepaling meer dan enkel een nauwe ontvankelijkheidstoets, maar mogen er ook andere motieven meewegen in het besluit om een adviesaanvraag in behandeling te nemen. Uit oogpunt van werklust is dit natuurlijk een te verwelkomen element. Een weigering moet wel worden gemotiveerd.¹⁹ Van groot belang is het feit dat de adviezen niet-bindend zijn (artikel 5 P16). Echter, dit verhindert uiteraard niet dat ze op nationaal niveau wel degelijk als bindend zullen worden beschouwd. Ook een advies dat de verwijzende hoogste rechter niet bindt (geen gezag van gewijsde heeft), betreft immers een gezaghebbende interpretatie van het EVRM. Dit effect wordt nog versterkt doordat de adviezen van de Grote kamer afkomstig zijn. De adviezen zullen in ieder geval deel gaan uitmaken van het corpus van rechtspraak van het EHRM, ook vis-à-vis rechters van landen die geen partij zijn bij het Protocol.²⁰ Het is

in dit verband interessant een parallel te trekken met artikel 267 VWEU waarvan in het begin het gezag van de prejudiciële uitspraak ook niet geheel duidelijk was. Deze is uiteraard formeel wel bindend, maar het was pas in zaak *ICC* dat het HvJ verduidelijkte dat deze uitspraak ook andere rechters bond (*erga omnes*) dan de rechter die destijds het verzoek tot een prejudiciële vraag had ingediend.²¹

Het *de facto* bindende karakter lijkt ook te volgen uit de bovengenoemde gedachte dat advisering op grond van het Protocol zal leiden tot een vermindering van het aantal klachtprocedures voor het EHRM. Dat een advies gebruikt zal worden door andere nationale rechters dan diegene die het verzoek indiende in andere, gelijksoortige zaken, is een premisse van het Protocol, getuige ook zijn beperking tot principiële zaken waarvan een bredere uitstraling verwacht kan worden. De mening dat het niet-bindende karakter van adviezen o.g.v. het Protocol elk mogelijk conflict met de prejudiciële procedure uitsluit is mijns inziens dan ook onjuist.²²

Nadat is besloten tot het in behandeling nemen, worden de adviezen afgegeven door de Grote kamer.²³ Of dit, wederom uit oogpunt van werklustvermindering, een verstandig besluit is geweest kan worden betwist. Mogelijk dat het panel van vijf rechters dat over de inbehandelingsname beslist op termijn een grotere rol krijgt in die zin dat een gemotiveerde afwijzing²⁴ de nationale rechter toch verder op weg helpt.

Procedureel is interessant te vermelden dat de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa en de EVRM-staat waarin de zaak aanhangig is beide het recht hebben om commentaar in te dienen bij het EHRM. Andere partijen, met name andere EVRM-staten of 'personen' (lees: procespartijen) kunnen door de President van het EHRM worden uitgenodigd om eveneens commentaar in te dienen.²⁵ Er is derhalve geen recht tot interveniëren voor de procespartijen, wat moet onderstrepen dat het in essentie gaat om een dialoog tussen rechters waarbij feiten en rechtsvragen reeds moeten vaststaan. Op dit punt zou men het Protocol kunnen bekritisseren. De advisering o.g.v. Protocol 16 mag dan niet worden beschouwd als een continuering van het nationale geding, het zal in de beleving van menig procespartij toch dat karakter hebben. Het niet mogen interveniëren teneinde het EHRM te bewegen om tot een bepaalde interpretatie van een EVRM-recht te komen zou tot frustratie kunnen

15 Zie artikel 1 lid 2 resp. artikel 1 lid 1 P16.

16 Zie artikel 43 lid 2 EVRM. Zie ook *Explanatory Report to Protocol 16*, punt 9 en 16.

17 Zie EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) resp. HvJ EU, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S. e.a./Secretary of State*).

18 Zie ECHR, *Reflection paper to extend the Court's advisory jurisdiction*, 2013, ref. no. 385038, p. 7, nr. 31.

19 Zie ook artikel 2 lid 1 P16.

20 Zie ook punt 27 van de *Explanatory Report to Protocol 16*. Zie eveneens J. Gerards, 'Advisory Opinions, Preliminary Ruling sand the New Protocol 16 to the European Convention of Human Rights, A comparative and Critical Appraisal', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, vol. 21, nr. 4, p. 630 (644).

21 HvJ EG, 66/80, ECLI:EU:C:1981:102 (*ICC*). De zaak betrof een geldigheidsvraag maar hetzelfde geldt voor uitleggingsvragen.

22 Zie bijvoorbeeld Fisman Korenica & Dren Dolj, 'A view on CJEU Opinion 2/13's Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16', *European Public Law* 22, no. 2, (2016), p. 269 (279).

23 Zie artikel 2 lid 2 en artikel 4 lid 1 P16.

24 Een afwijzing dient gemotiveerd te zijn, zie de *Rules of the Court* (1 augustus 2018), artikel 93 lid 4.

25 Zie artikel 3 P16. Zie ook *Rules of the Court* (1 August 2018), artikel 94 lid 3.

leiden, zeker nu er bij advisering o.g.v. het Protocol per definitie nog geen nationale einduitspraak is gedaan.²⁶ Ook in vergelijking met de procedure ex artikel 267 VWEU waar partijen dit recht tot het indienen van opmerkingen wél hebben, is dit een gevoelig punt.²⁷

4. Hoe reëel is een conflict tussen Protocol 16 en de prejudiciële procedure?

In hoeverre ontstaat er mogelijk een conflict tussen het mechanisme van het Protocol en de prejudiciële procedure? Om de kans daartoe af te bakenen, zijn er de materiële en procedurele indicatoren.

In materieel opzicht moet het allereerst gaan om een EVRM-bepaling die overeenkomt met een Handvestbepaling. Het gaat dan om ‘corresponderende’ rechten in de zin van artikel 52 lid 3 Hv waarvan een nationale rechter uitleg behoeft. Men kan hierbij denken aan artikel 2 EVRM (= artikel 2 Hv; het recht op leven), artikel 3 EVRM (= artikel 4 Hv; verbod op onmenselijke of vernederende behandeling) of artikel 8 EVRM (= artikel 7 Hv; recht op privacy).²⁸ Een tweede materiële indicator is uiteraard dat het geding in kwestie voldoende aanknopingspunten biedt met het EU-recht om te spreken van een situatie waarin de EU-lidstaat het Unierecht ‘ten uitvoer brengt’.²⁹ In veel gevallen zullen deze indicatoren geen rol spelen waardoor zich geen enkel denkbaar dilemma voordoet. Artikel 267 VWEU is niet van toepassing, het Protocol mogelijk wel.

De procedurele beperkingen bestaan daarin dat het moet gaan om een ‘hoogste rechter’ in de zin van het Protocol die dus bevoegd is te verwijzen naar het EHRM. Tegelijkertijd moet diezelfde ‘hoogste rechter’ niet verwijzingsplichtig zijn op grond van artikel 267 derde alinea VWEU. Wanneer dat wel het geval is, en dat beslaat al direct de grootse groep potentiële gevallen, heeft de verwijzingsplicht ex artikel 267 VWEU uiteraard voorrang boven de verwijzingsbevoegdheid in het Protocol.³⁰ Het scenario van de niet verwijzingsplichtige hoogste rechter doet zich voor in de welbekende gevallen waarin er geen enkele twijfel bestaat over hoe de desbetreffende Handvestbepaling moet worden uitgelegd (*acte clair*) of indien er reeds

uitleg was verstrekt door het HvJ EU (*acte éclairée*).³¹ Of er in deze situaties ook inderdaad een keuzevrijheid is voor de hoogste nationale rechter zal hieronder worden behandeld.

Echter, los van de klassieke *clair*- en *éclairée*-scenario's is er ook een derde mogelijkheid, die kan ontstaan door een verschil in identificatie als *hoogste rechter* in beide regimes. Op grond van artikel 10 P16 moet elke EVRM-staat die het Protocol tekent dan wel bekrachtigt de nationale instanties aanwijzen die zij beschouwt als ‘hoogste rechterlijke instantie’ in de zin van artikel 1 lid 1 P16 en dus adviesgerechtigd. In Nederland zijn overeenkomstig deze bepaling de volgende gerechten geïdentificeerd als ‘hoogste gerechtelijke instantie’: (1) de Hoge Raad,³² (2) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, (3) de Centrale Raad van Beroep, (4) het College van Beroep voor het bedrijfsleven en (5) het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.³³

Wellicht lijkt dit op het eerste gezicht niet direct een interessant gegeven als het gaat om de vraag naar de mogelijke interferentie tussen het Protocol en artikel 267 VWEU. Men mag aannemen dat het etiket ‘hoogste rechterlijke instantie’ gelijk opgaat voor beide regimes. Echter, er is wel degelijk ruimte voor verschil. Het gaat bij het Protocol duidelijk om zelfidentificatie welke niet extern getoetst wordt. Er is geen ruimte voor juridische toetsing van dit begrip door de Straatsburgse rechters. Deze keuzevrijheid voor de ‘Protocol’-staten moest de nodige flexibiliteit geven aan het systeem, rekening houdend met de bijzonderheden van iedere EVRM-staat. Zelfs rechters bij wie normaliter de nationale rechtsmiddelen nog niet zijn uitgeput in het kader van de individuele klachtprocedure (artikel 35 EVRM), kunnen mogelijk bevoegd zijn om een advies te vragen.³⁴ Waar de vijf aangewezen Nederlandse gerechten niet tot vraagtekens leiden, leert een bezoek aan de website van de Raad van Europa dat sommige staten inderdaad opvallende verklaringen neerleggen. Zo valt op dat de Roemeense verklaring maar liefst 17 nationale gerechten als ‘hoogste instantie’ aanwijst, met inbegrip van de 15 *Courts of Appeal* die

26 Het is de verwachting dat advisering derhalve veeleer over wetgeving zal gaan, zoals ook het geval was in het eerste advies onder Protocol 16, zie P16-2018-001.

27 Zie artikel 96 van het *Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie* (25 september 2012).

28 Zie voor meer voorbeelden de Toelichting bij artikel 52 lid 3 Hv.

29 Zie artikel 51 lid 1 Hv. Zie ook HvJ EU, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*) en HvJ EU, C-206/13 ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*).

30 Zie gelijkluidend A-G J. Kokott, in haar standpuntbepaling bij Advies 2/13, punt 141: ‘Artikel 267, lid 3, VWEU heeft voorrang boven het nationale recht en dus ook boven een eventueel door sommige lidstaten van de Unie geratificeerde internationale overeenkomst zoals het zestiende protocol bij het EVRM. Hieruit volgt dat nationale rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen – voor zover zij een rechtsgeschil dienen te beslechten waarop het Unierecht van toepassing is – vragen met betrekking tot de grondrechten bij voorrang aan het Hof van Justitie dienen te stellen.’

31 HvJ EG, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*). Er is ook nog de derde uitzondering waarin de uitleg van het Hv niet dienstig is aan het te beslechten geschil. Omdat dit ook een voorwaarde is voor het advies onder Protocol 16, laat ik deze uitzondering hier verder buiten beschouwing.

32 De Hoge Raad is voorstaander van de adviesprocedure ex Protocol 16, getuige de jaarverslagen over 2016 en 2017. Dankzij de sinds 2012 ingevoerde mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad lijkt het overigens mogelijk dat de Hoge Raad vragen van lagere rechters over het EVRM ‘doorspeelt’ aan het EHRM op grond van het Protocol.

33 Daarmee heeft Nederland een groot aantal gerechten geïdentificeerd. De meeste staten die het Protocol ratificeerden hebben minder instanties geïdentificeerd. Zie ook de verklaring van de Nederlandse regering van 12 februari 2019 waarbij Protocol 16 voor het grondgebied van het gehele Koninkrijk wordt aanvaard.

34 Zie *Explanatory Report to Protocol 16*, punt 8, www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf.

het land rijk is.³⁵ Of dit naar Roemeens recht een juiste stelling is wil ik hier in het midden laten. Wel illustreert dit een mogelijk verschil tussen Protocol 16 en artikel 267 VWEU. Waar bij het eerste regime geen ‘etiketten-check’ plaatsvindt, kan dat bij het tweede wel degelijk. Het HvJ EU heeft zich geregeld moeten uitlaten over de vraag of een gerechtelijke instantie moet gelden als de ‘hoogste instantie’ in een EU-lidstaat (en derhalve verwijzingsplichtig is) in de zin van artikel 267 VWEU.³⁶ Het is derhalve niet ondenkbaar dat het label ‘hoogste rechter’ verschilt naargelang men kijkt naar het Protocol of naar artikel 267 VWEU. Gesteld dat de 15 Roemeense *Courts of Appeal* niet kunnen gelden als hoogste rechter in de zin van artikel 267 VWEU, dan betekent dit dat ze onder EU-recht geen verwijzingsplicht hebben, maar uiteraard wel bevoegd zijn, terwijl ze ook bevoegd zijn onder Protocol 16 tot verwijzen naar het EHRM. In het Roemeense voorbeeld zou dit betekenen dat voor veel rechters de weg naar zowel Straatsburg als Luxemburg openligt.³⁷ Los van dit bijzondere scenario, typisch voor Protocol 16, zijn er uiteraard de mogelijkheden van vrijstelling te verwijzen onder artikel 267 VWEU als geval van de *acte éclairée*- of de *acte-clair*-doctrine. Dan kan het zijn dat de rechter, ‘hoogste rechter’ onder zowel artikel 267 VWEU als het Protocol, de keuze heeft tussen de Straatsburgse en de Luxemburgse route. Bij beide scenario’s lijkt overigens de noodzaak tot verwijzing naar Straatsburg niet erg voor de hand liggend: bij grote duidelijkheid van hoe een bepaling uit het Handvest moet worden uitgelegd (denk daarbij aan de zeer strenge *Cilfit*-voorwaarden) lijkt er bij een *acte clair* weinig noodzaak om het EHRM om advies te vragen over een corresponderende EVRM-bepaling.³⁸ Ook bij een *acte éclairée* lijkt die noodzaak niet zeer groot. Gezien de strenge *Cilfit*-voorwaarden voor een *acte clair*, lijkt de situatie voor de *acte éclairée* wel de meest waarschijnlijke van de twee. Men denke aan een lagere rechter die reeds een vraag heeft gesteld aan het HvJ waardoor er reeds een uitspraak ligt wat deze laatste betreft. Of in zo een geval de verwijzing naar Straatsburg problematisch is vanuit EU-perspectief zal hierna worden besproken.

5. De relatie tussen Protocol 16 en Unierecht van de nationale rechter

Mogelijke discrepanties in interpretaties van parallele rechten in het EVRM en het EU-Handvest behoorden ook tot de aandachtspunten bij de onderhandelingen voor

een toetredingsverdrag van de EU tot het EVRM. In artikel 3 lid 6 van het Ontwerp Toetredingsverdrag werd daarvoor het zogenaamde *prior-involvement*-mechanisme in het leven geroepen:

‘In proceedings to which the European Union is co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the Convention rights at issue of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this Article, then sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.’

Het mechanisme moest voorkomen dat het EHRM zich zou uitspreken over de verenigbaarheid van een bepaling van Unierecht met het EVRM zonder dat het HvJ EU daartoe de kans had gehad.³⁹ Omdat een prejudiciële procedure niet deel zou uitmaken van de ‘uitputting van de nationale rechtsmiddelen’⁴⁰ en de nationale rechter wellicht inderdaad dergelijke vragen niet zou stellen aan het HvJ EU werd dit mechanisme nodig geacht om de autonomie van de EU-rechtsorde te verzoenen met het idee van een *external review* door het EHRM.

In zijn kritiek destijds op het *prior-involvement*-mechanisme in het ontwerp Toetredingsverdrag noemde het HvJ reeds het, toen nog niet in werking zijnde, Protocol 16. De mogelijkheid dat de hoogste nationale rechter een vraag stelt aan het EHRM onder Protocol 16 ná toetreding van de EU tot het EVRM werd door het HvJ als problematisch ervaren omdat het EVRM zelf dan de status zou hebben van Unierecht. Hiermee zou de integriteit van het Unierecht en van de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU in het gedrang komen.⁴¹

Uiteraard is de situatie *post* Advies 2/13 anders nu het niet gaat om een toetsing van Unierecht aan het EVRM, noch over een situatie waarin het EVRM formeel de status van Unierecht heeft. Desalniettemin spelen dezelfde overwegingen een rol indien de nationale rechter voornemens is een vraag te stellen over de uitleg van een EVRM-bepaling die ‘correspondeert’ met een bepaling uit het EU-Handvest en die derhalve dezelfde ‘inhoud en reikwijdte’ moeten krijgen in de zin van artikel 52 lid 3 Hv. In de huidige situatie waarin de EU geen verdragspartij is en het EVRM als zodanig niet de (rechtstreekse) status heeft van Unierecht, is er derhalve een vergelijkbaar probleem mogelijk op grond van deze homologatie

³⁵ Zie www.coe.int/en/web/conventions/full-list, laatst bezocht op 20 april 2018.

³⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG, C-99/00, ECLI:EU:C:2002:329 (*Lyckeskog*).

³⁷ In dat opzicht zou men kunnen stellen dat het vanuit het perspectief van het EU-recht, met name artikel 4 lid 3 VEU, een plicht is voor de EU-lidstaten die toetreden tot Protocol 16 om er alles aan te doen de verklaring ex artikel 10 P16 gelijk te laten opgaan met het begrip ‘hoogste nationale rechter’ zoals uitgelegd in de context van artikel 267 VWEU. De verklaring ex artikel 10 P16 kan bovendien te allen tijde worden gewijzigd.

³⁸ HvJ EG, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

³⁹ Overigens zou men kunnen stellen dat wanneer de EU co-respondent is, en derhalve de EU-lidstaat in feite door EU-recht gedwongen was om het EVRM te schenden, de niet-verwijzing naar het HvJ EU van de geldigheidsvraag van de onderliggende bepaling van secundair EU-recht schending oplevert van de *Foto-Frost*-doctrine die (lagere) rechters verplicht geldigheidsvragen te verwijzen indien ze gerede twijfel hebben.

⁴⁰ Zie artikel 35 lid 1 EVRM.

⁴¹ Zie Advies 2/13, punt 197-198.

Handvest-EVRM. Ook de regel in artikel 6 lid 3 VEU waarin is bepaald dat de rechten neergelegd in het EVRM deel uitmaken van de Algemene Beginselen van Unierecht laat zien dat het feit dat de EU (nog) geen EVRM-verdragspartij is een grotendeels formeel punt is.⁴² In het scenario waarin (1) een handeling van een lidstaat binnen de reikwijdte valt van het Handvest en (2) er een vraag speelt over de uitleg van een EVRM-bepaling welke correspondeert met het Handvest,⁴³ maar waarin (3) de 'hoogste' nationale rechter (4) zich niet verplicht acht de route van artikel 267 VWEU te bewandelen, zijn er mijns inziens genoeg elementen in de EU-rechtsorde die zich in dat geval verzetten tegen een voorrang voor de Straatsburgse route.

Waar een parallel is te trekken tussen de problematiek ten tijde van Advies 2/13 is die er ook wat betreft een mogelijk weerwoord tegen de destijds geuite kritiek van het HvJ EU. Het belangrijkste wapen in de EU-rechtsorde tegen de ondermijning van de institutionele positie van het HvJ EU in het kader van mogelijke parallele juridische wegen is het beginsel van Unietrouw ex artikel 4 lid 3 VEU. Van een hoogste nationale rechter die besluit om niet te verwijzen naar het HvJ kan gezegd worden dat hij dit beginsel schendt. Dit geldt *a fortiori* nu, bij uitblijven van het lidmaatschap van de EU bij het EVRM, vanuit het perspectief van de lidstaten Protocol 16 onderhevig is aan de voorrang van het EU-recht (*Costa-ENEL*), inclusief de plicht tot Unietrouw gekoppeld aan de prejudiciële procedure.

Zoals bekend heeft Unietrouw de bijzondere eigenschap dat het Unierechtelijke bepalingen die niet direct van toepassing zijn op een bepaalde situatie toch relevant maakt. Velen kennen de klassieke *Spaanse Aardbeien*-zaak waarin de regel van artikel 34 VWEU (verbod voor lidstaten om maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen aan te nemen die het vrij verkeer van goederen kunnen belemmeren) niet geschonden werd door de Franse overheid. Echter, aangevuld met artikel 4 lid 3 VEU werd het inadequate optreden van de Franse politie toch een aangelegenheid van Unierecht op grond van artikel 4 lid 3 VEU juncto artikel 34 VWEU. In diezelfde geest kan een nationale 'hoogste' rechter die zowel bevoegd was (maar niet verplicht) tot verwijzen onder artikel 267 VWEU als ook verwijzingsbevoegd onder het Protocol, en die kiest voor het laatste m.b.t. een vraag die betrekking had op een corresponderende Handvest-/EVRM-bepaling, verweten worden artikel 267 VWEU juncto artikel 4 lid 3 VEU te hebben geschonden.

Het *effet utile* van de prejudiciële verwijzing loopt immers gevaar, juist als de verwijzingsplicht van artikel 267 VWEU niet van toepassing is maar advisering door een ander gerechtelijk orgaan zou leiden tot een mogelijke

pre-emption van de positie van het HvJ EU. Dit probleem doet zich mijns inziens ook voor indien een hoogste nationale rechter na, of tegelijk met, een verwijzing naar Luxemburg dezelfde vraag ook verwijst naar Straatsburg. Ook in dat geval verzet Unietrouw zich daartegen omdat een situatie wordt gecreëerd waarin het HvJ EU niet in staat zal zijn het Unierecht bindend uit te leggen vooraf het EHRM de analoge bepaling in het EVRM uitlegt. Bij de invulling van het beginsel van Unietrouw spelen ook de verschillen tussen beide instrumenten een rol. In het kader van de prejudiciële procedure mag het HvJ niet weigeren te antwoorden (met uitzondering van de rechtspraak over irrelevantie, hypothetisch karakter of gebrek aan feitelijke en juridische context; uitzonderingen die het HvJ spaarzaam toepast). Het EHRM mag in het kader van het protocol wel weigeren te antwoorden, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat een interpretatieve vraag betreffende het 'corresponderende grondrecht' onbeantwoord blijft. Ook kan worden gewezen op hun verschillende functies binnen het bredere bestel. Waar artikel 267 VWEU vooral ziet op de uniformiteit en eenheid in interpretatie van het EU-recht, is dat minder prominent bij Protocol 16.⁴⁴

Indien een verzoek tot advisering onder Protocol 16 een inbreuk betekent op het beginsel van Unietrouw, staan de verdragsinbreukprocedure en eventueel de sanctieprocedure ter beschikking van de Commissie tegen de staat waar de rechter in kwestie zetelt.⁴⁵ Overigens gaan sommige auteurs zelfs zo ver door te stellen dat artikel 4 lid 3 VEU derhalve in de weg staat aan het tekenen/ratificeren van het Protocol door de EU-lidstaten.⁴⁶ Gezien de beperkte reikwijdte van het probleem (zie hierboven, par. 4) en het feit dat datzelfde artikel 4 lid 3 VEU nu juist kan worden ingezet om de autonomie van het EU-recht wel degelijk te garanderen, lijkt een dergelijke opstelling buiten iedere proportie⁴⁷ en zelfs onnodig. Voor een 'non-issue' zouden dan de hoogste gerechten ook geen vragen kunnen stellen over het EVRM in hangende zaken die geen enkele link hebben met EU-recht.⁴⁸

6. Het probleem(?) van verdergaande bescherming in het Unierecht

Wordt het bovenstaande pleidooi verder gecompliceerd door de tweede zin van artikel 52 lid 3 Hv die bepaalt dat de rechten onder het Hv verdergaande bescherming mogen bieden dan het EVRM? De Toelichting op het Handvest plaatst inderdaad een aantal bepalingen in deze

42 Zie ook Korenica & Doli, *European Public Law* 2016, p. 269 (282-283): '(...) there is no difference between the pre- and post-accession situation as regards the ECHR rights as part of EU law.' Zie ook de standpuntbepaling van A-G J. Kokott bij Advies 2/13, punt 139.

43 Ik laat hierbij de Algemene Beginselen van Unierecht verder buiten beschouwing al zijn deze natuurlijk evengoed interessant in deze context.

44 Zie J. Gerards, 'Advisory Opinions, Preliminary Ruling and the New Protocol 16 to the European Convention of Human Rights, A comparative and Critical Appraisal', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, p. 630 (641).

45 Zie de artikelen 258 resp. 260 VWEU.

46 Zie S. Johansen, *Some Thoughts on the ECJ Hearing on the Draft EU-ECHR Accession Agreement*, <https://obykanalen.wordpress.com>.

47 Zie ook J. Callewaert, 'Protocol 16 and the Autonomy of EU Law, Who is Threatening Whom?', *European Law Blog*, 2014.

48 Zo ook Korenica & Doli, *European Public Law* 2016, p. 269 (277).

categorie.⁴⁹ Voor andere, hier niet genoemde bepalingen, kan de EU-wetgever of de rechtspraak van het HvJ EU bepalen dat de EU-rechtsorde verdergaande bescherming ambieert.⁵⁰ Op het eerste gezicht lijkt het probleem hier nog kleiner dan bij de ‘corresponderende’ bepalingen uit het Handvest. Als vaststaat dat een Handvestbepaling verdergaande bescherming beoogt te bieden, vereist Unietrouw *a fortiori* dat de nationale rechter, bevoegd onder het Protocol maar niet verplicht onder artikel 267 VWEU, de vraag toch verwijst naar het HvJ EU. Er is echter een mogelijkheid die de situatie van de verdergaande bescherming wel degelijk een extra laag van complexiteit geeft. Wat te doen als niet duidelijk is of een fundamenteel recht verdergaande bescherming krijgt onder het Unierecht dan onder het EVRM? Ook dan zal de nationale hoogste rechter moeten opteren voor het HvJ EU aangezien enkel deze instelling over die vraag definitief uitsluitsel kan geven. Overigens zal in een dergelijk geval van twijfel van een *acte clair* of *éclairé* sowieso geen sprake zijn, waardoor de reikwijdte van het probleem (nog) verder verkleint.⁵¹

7. Unietrouw, de *acte éclairé* en Protocol 16

Een laatste scenario dat interessant is om te bespreken is dat van het spiegelbeeld van de voorgaande situatie: er ligt al een duidelijk oordeel op tafel van het HvJ EU over de exacte interpretatie van een Handvestbepaling. In Europeesrechtelijk opzicht is er dan een *acte éclairé* over de uitleg van Unierecht (Handvest) welke correspondeert met een EVRM-bepaling. Het lijkt erop dat in zo een geval de eisen die Unietrouw stelt aan het gedrag van de nationale rechter minder stringent mogen zijn. In zo een geval ligt er reeds een *bindende* uitspraak van het HvJ, advisering door het EHRM over een corresponderend recht in het EVRM is in zo een geval minder bedreigend voor de autonomie van het EU-recht en de bijbehorend institutionele positie van het HvJ EU. Dit laatste heeft zich immers kunnen uitspreken (had dus in zekere zin een soort *prior involvement* genoten) en is wellicht ook nieuwsgierig naar de mogelijke afwijkende mening van het EHRM. Bovendien betreft het hier een niet-bindend EHRM-advies dat, hoewel de facto wel degelijk belangwekkend, niet een bindend advies ex artikel 267 VWEU kan opzijzetten. In zo een geval stellen dat het de hoogste nationale rechter verboden is om advies te vragen omdat dit een schending zou opleveren van Unietrouw is naar mijn mening dan ook onjuist. Uit artikel 52 lid 3 HvJ volgt immers dat het Unierecht een balans dient te vinden tussen

het waarborgen van zowel zijn autonomie als de homologatie tussen het EVRM en delen van het Handvest (de ‘corresponderende’ mensenrechten). In dit scenario lijkt de Unietrouw niet in de weg te staan aan verwijzing naar Straatsburg, zeker niet in het licht van de deferentie die volgt uit artikel 52 lid 3 eerste zin Hv. Juist bij de corresponderende bepalingen heeft het Unierecht beperkingen opgelegd aan zijn eigen autonomie.⁵² Omdat het voor dat laatste aan formele instrumenten ontbreekt (de EU is voorlopig niet toegetreden tot het EVRM, laat staan tot Protocol 16), zou men zelfs kunnen betogen dat in dit geval er een taak is weggelegd voor de hoogste nationale gerechten.⁵³ De advisering van het EHRM zou het HvJ ertoe kunnen bewegen zijn rechtspraak bij te sturen, indien er een uiteenlopende lezing van hetzelfde grondrecht zou blijken. Wel is natuurlijk van groot belang dat er geen enkele twijfel heerst over de vraag of het HvJ zich reeds heeft uitgelaten over deze vraag noch over de vraag of de relevante EVRM-bepaling en Handvest-bepaling daadwerkelijk met elkaar corresponderen. Is die twijfel er wel, dan moet de prejudiciële procedure weer voorrang genieten.

Het is de vraag of onder deze zelfde voorbehouden er ook meer ruimte is voor de ‘hoogste’ rechter indien de vraag naar uitleg van een corresponderende bepaling reeds was afgedaan door het EHRM in het kader van het Protocol. Moet dit worden beschouwd als een *acte éclairé* in de zin van artikel 267 VWEU? Het is juist dat Unietrouw ook hier minder stringent lijkt dan in scenario's waarin een vraag die relevant was voor zowel de EU- als de EVRM-rechtsorde nog openlag. Echter, door het formeel niet-bindende karakter van adviezen op grond van het Protocol, is er mijns inziens ook hier ruimte om te stellen dat de rechter in zo een scenario toch moet verwijzen naar het HvJ EU. Ondanks dat de ‘P16-adviezen’ feitelijk als bindend kunnen worden beschouwd is de rechtskracht van een uitspraak ex artikel 267 VWEU toch nog altijd sterker.

8. Conclusie

Een eerste conclusie die uit bovenstaande bespreking volgt is dat de voedingsbodem voor een mogelijk conflict tussen de prejudiciële procedure en Protocol 16 erg beperkt is. De problematiek beperkt zich tot rechters die verwijzingsbevoegd zijn onder beide regimes, te maken hebben met een ‘corresponderend grondrecht’ in de zin van het Handvest en het EVRM in een situatie die valt binnen de toepassingsfeer van het Handvest (artikel 51

49 Artikel 9, 12 lid 1, artikel 14 lid 1 en 3, artikel 47 lid 2 en 3 en artikel 50 Hv.

50 Zie voor rechtspraak HvJ EU, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, punt 129 (*Tele2 Sverige*), over de relatie tussen artikel 8 EVRM en artikel 7 en 8 Hv. Zie ook de conclusie van A-G H. Saugmandsgaard Øe in deze zaak, punten 78-80.

51 Tenzij een nationale rechter ‘hoogste rechter’ is onder het regime van het Protocol maar geldt als een lagere rechter onder het regime van artikel 267 VWEU.

52 Zie ook J. Gerards, ‘Advisory Opinions, Preliminary Ruling sand the New Protocol 16 to the European Convention of Human Rights, A comparative and Critical Appraisal’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014.

53 Hierbij zij wel opgemerkt dat als een dergelijk advies ook betrekking heeft op de verenigbaarheid van Unierecht met het EVRM de *Bosphorus*-doctrine geldt (de presumptie van gelijkwaardige bescherming in de EU-rechtsorde van rechten beschermd door het EVRM). Zie EHRM 30 juni 2005, punt 155-156 (*Bosphorus Hava Yolları/Ireland*).

lid 1 Hv). Vooral de procedurele beperkingen maken de kans op mogelijk toekomstige conflicten klein, hoewel het mogelijke verschil tussen beide regimes als het gaat om het 'label' van hoogste rechter in dit opzicht vermeldenswaardig is.

Binnen deze nauwe groep gevallen waarin voor de 'hoogste' rechter de weg naar zowel Straatsburg als Luxemburg openligt (mede inhoudende dat de Luxemburgse route niet verplicht is) speelt het beginsel van Unietrouw een grote rol. In een situatie waarin wordt getwist over de uitleg van een Unierechtelijke begrip in een situatie waarin de lidstaat het Unierecht ten uitvoer legt, mag de rechter die vraag niet verpakken als een EVRM-adviesvraag richting Straatsburg. Over een dergelijke vraag, die nog openligt, vereist de Unietrouw dat de rechter de route van Luxemburg kiest. Hier spelen paral-

le overwegingen als die welke destijds bij Advies 2/13 werden geuit met betrekking tot het *prior-involvement*-mechanisme: Over Unierechtelijke vraagstukken moet het HvJ EU de gelegenheid krijgen als eerste te spreken, ook als het een bepaling betreft die correspondeert met een EVRM-bepaling. Deze regel geldt a fortiori wanneer het een grondrecht betreft waarvan vaststaat dat het Unierecht beoogt een hogere bescherming te bieden.

Deze regel geldt echter niet in kwesties die reeds werden beantwoord door het HvJ EU (*acte éclairée*). In een dergelijk geval is de keuzeruimte voor de nationale rechter er wel, wellicht zou hier zelfs de keuze voor Straatsburg aangemoedigd mogen worden. Immers, waarom zou het bevorderen van de dialoog tussen rechters, een van de uitgangspunten van het Protocol, zich moeten beperken tot die tussen het EHRM en de *nationale* rechter?