

Vergaderjaar 2014–2015

34 235 (R2053)

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 (Trb. 2013, 241 en Trb. 2014, 74)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE VAN HET KONINKRIJK EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk d.d. 14 maart 2014 en het nader rapport d.d. 16 juni 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Buitenlandse Zaken, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 28 november 2013, no. 2013002463, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Buitenlandse Zaken, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van rijkswet houdende goedkeuring van het op 2 oktober 2013 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol nr. 16 tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, met memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk onderschrijft de strekking van het voorstel van rijkswet. Wel plaatst de Afdeling een aantal kanttekeningen die met name zien op de toelichting. Naar het oordeel van de Afdeling schetst de toelichting op bepaalde punten een onvoldoende evenwichtig beeld. Zij acht een goede toelichting van belang omdat het Zestiende Protocol een belangrijke vernieuwing behelst die aanzienlijke gevolgen kan hebben voor zowel de nationale rechter als het EHRM.

De hierna volgende kanttekeningen betreffen in de eerste plaats de mate waarin de doelstellingen die in de toelichting worden genoemd (versterking van subsidiariteit, vermindering van de werklast van het EHRM) door het Protocol daadwerkelijk bereikt kunnen worden. De Afdeling is van oordeel dat in de toelichting in dit verband uitvoeriger aandacht dient te worden besteed aan mogelijke effecten die thans in de

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

toelichting nog onderbelicht blijven. Daarnaast gaat de Afdeling in op de vraag in hoeverre de adviezen van het EHRM als bindend moeten worden beschouwd. De Afdeling onderkent dat deze adviezen naar de letter van het Protocol juridisch niet bindend zijn, maar adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de mogelijk feitelijke gebondenheid hieraan. Ten slotte maakt de Afdeling opmerkingen over de gevolgen van toepassing van de nieuwe bevoegdheid voor de lengte van de nationale procedure, de samenloop met de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie en de werkwijze bij een adviesaanvraag.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 28 november 2013, no. 2013002463, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van rijkswet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 maart 2014, nr. W03.13.0427/II/K, bied ik U hierbij aan.

1. Achtergrond van het protocol

De discussie over het wel of niet toekennen van de bevoegdheid om adviezen te geven aan het Hof wordt al sinds 1959 gevoerd.² In 1963 voerde het Tweede Protocol bij het EVRM³ voor het EHRM de bevoegdheid in om advisory opinions te geven, echter niet op verzoek van de (hoogste) nationale rechters, maar van het Comité van Ministers. Deze adviezen mogen inhoudelijk geen betrekking hebben op de materiële rechten (Titel I) van het EVRM.⁴ Aanvankelijk stelde het voltallige Hof de adviezen vast; na inwerkingtreding van het Elfde Protocol (en daarmee de introductie in artikel 47 EVRM) geschiedt dit door de Grote Kamer van het Hof. Van de mogelijkheid om advies te vragen is sindsdien slechts driemaal gebruik gemaakt.⁵

Het Zestiende Protocol is op 2 oktober 2013 in het kader van de Raad van Europa tot stand gekomen en opengesteld voor ondertekening. Op ambtelijk niveau is Nederland, tezamen met Noorwegen, actief betrokken geweest bij de totstandkoming van dit Protocol, zo vermeldt de toelichting.⁶ Op 17 februari 2014 hadden 10 van de in totaal zevenenveertig lidstaten van de Raad van Europa het protocol ondertekend, te weten Armenië, Estland, Finland, Frankrijk, Italië, Nederland, San Marino, Slowakije, Slovenië en Turkije. Voor Nederland is ratificatie – na parlementaire goedkeuring, gegeven bij de onderhavige goedkeuringswet – vereist om volkenrechtelijke binding te bewerkstelligen. Voor de inwerkingtreding van het protocol is vereist dat tenminste 10 verdragsstaten zich aan het Protocol hebben gebonden.

² Summary report of the sitting held by the Court on Monday, 23 February 1959, CDH/Misc (59)23).

³ Tweede Protocol bij het EVRM inzake de bevoegdheid van het EHRM om *advisory opinions* te verstrekken, Straatsburg 6 juni 1963, ETS 44, in werking getreden 21 september 1970. Dit protocol is via het Elfde Protocol (ETS 155) opgenomen in de tekst van artikel 47, eerste lid, van het EVRM.

⁴ Zie artikel 1, tweede lid, van het 2^e Protocol, naderhand overgenomen in artikel 47, tweede lid, van het EVRM, waarbij de twee-derde meerderheid is teruggebracht tot een gewone meerderheid van het Comité van Ministers.

⁵ Op 2 juni 2004 besloot de Grote Kamer dat zij niet bevoegd was om een advies te geven over de verenigbaarheid van het grondrechtenhandvest van de Commonwealth of Independent States (CIS, bestaande uit 12 voormalige Sovjetrepublieken) en het EVRM. De Grote Kamer gaf wel een tweetal adviezen (12 februari 2008 en 22 januari 2010) over juridische vragen over de lijst van kandidaat-rechters voor het EHRM.

⁶ Toelichting, par. 2, onder «*Nederlandse positie*».

Volgens het Zestiende Protocol kunnen adviezen alleen worden gevraagd door de hoogste (door de regering van het land daartoe aangewezen) gerechten.⁷ Dit kan uitsluitend in de context van bij deze gerechten aanhangige zaken.⁸ Het verzoek om advies moet zien op principiële (rechts)vragen aangaande de interpretatie of toepassing van de rechten en vrijheden neergelegd in het EVRM of de daartoe behorende Protocollen.⁹ Het verzoek van de nationale rechter is met redenen omkleed en geeft de juridische en feitelijke achtergrond van de zaak weer.¹⁰ Een panel van vijf rechters van de Grote Kamer beslist of een verzoek in behandeling wordt genomen. Een afwijzing van een verzoek dient met redenen te worden omkleed.¹¹ Wordt een verzoek ingewilligd dan wordt het advies gegeven door de Grote Kamer.¹² Adviezen zijn niet bindend¹³ en de mogelijkheid advies te vragen staat los van de mogelijkheid een individueel klachtschrift in te dienen ex artikel 34 EVRM. Dit betekent dat nadat de hoogste nationale rechter op basis van een advies uitspraak heeft gedaan, alsnog een individuele klacht bij het EHRM kan worden ingediend.

1. Achtergrond van het protocol

De achtergrondinformatie geeft geen aanleiding tot opmerkingen.

2. Doelstellingen

Blijkens de toelichting heeft het Zestiende Protocol twee doelstellingen. Dit betreft in de eerste plaats het versterken van de dialoog tussen het EHRM en de nationale gerechten en – in het verlengde hiervan – van het beginsel van subsidiariteit. Daarnaast is het protocol gericht op het verminderen van de werklast van het Hof. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Versterking van dialoog en subsidiariteit

Volgens de toelichting beoogt het Protocol de dialoog tussen het EHRM enerzijds en de nationale gerechten anderzijds te bevorderen. Na een door het EHRM gegeven advies kan het nationale gerecht een correcte EVRM-interpretatie hanteren in de nationale jurisprudentie, rekening houdend met de juridische cultuur en de sociaaleconomische en politieke achtergrond van het land in kwestie, aldus de toelichting.¹⁴ Op deze wijze wordt het beginsel van subsidiariteit door het Zestiende Protocol verder versterkt. Met subsidiariteit wordt blijkens de toelichting bedoeld dat het Verdrag primair beoogt een subsidiair mechanisme te zijn in aanvulling

⁷ Artikel 1, eerste lid, j° artikel 10. Volgens het voorstel van de regering zullen alleen de Hoge Raad der Nederlanden, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba worden aangewezen als gerechten die het EHRM om advies kunnen vragen, zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 1, eerste lid.

⁸ Artikel 1, tweede lid.

⁹ Artikel 1, eerste lid.

¹⁰ Artikel 1, derde lid.

¹¹ Artikel 2, eerste lid.

¹² Artikel 2, tweede lid.

¹³ Artikel 5.

¹⁴ Toelichting, paragraaf 2, doelstellingen.

op de bescherming van de rechten van de mens die primair op nationaal niveau wordt geboden.¹⁵

De Afdeling onderkent dat het Protocol kan bijdragen aan vergroting van de keuzemogelijkheden van de hoogste nationale gerechten; deze krijgen een nieuw instrument om in een eerder stadium een correcte uitleg van het EVRM en de Protocollen te bewerkstelligen. Door het initiatief te nemen tot indiening van een verzoek kan de nationale (hoogste) rechter al hangende de nationale procedure een richtinggevende uitleg uitlokken van het EHRM, de instantie die het laatste woord heeft over de interpretatie van het EVRM en de Protocollen. Een toekomstige veroordeling van de desbetreffende staat na afloop van de nationale procedure naar aanleiding van een klachtschrift bij het EHRM behoort weliswaar nog steeds tot de mogelijkheden, maar de rechter kan de gevraagde uitleg al in zijn uitspraak verwerken en daarmee de kans verkleinen dat het naderhand tot een veroordeling door het EHRM komt. Omdat de nationale rechter op deze wijze in staat wordt gesteld om met het advies tot een verdragsconforme oplossing te komen, kan het Protocol ertoe leiden dat de primaire verantwoordelijkheid van de nationale rechter beter tot haar recht komt.¹⁶ Een advies kan onder omstandigheden op nationaal niveau tevens efficiencywinst opleveren, met name in die gevallen waarin in veel aanhangige of toekomstige zaken dezelfde (rechts)vraag aan de orde is en het mede met het oog daarop nuttig kan zijn om in een vroegtijdig stadium het oordeel van het EHRM te vernemen.¹⁷

Met het oog op het beginsel van subsidiariteit is echter ook van belang dat de uiteindelijke uitspraak van de nationale rechter, ook nadat een advies is gevraagd en verkregen, vatbaar blijft voor een klacht bij het Hof ex artikel 34 EVRM. De regie van de nationale rechter die met het Zestiende Protocol mogelijk wordt versterkt, vormt mede daardoor geen eindregie. Uiteindelijk is en blijft het EHRM leidend en bestaat de mogelijkheid dat het niet instemt met de wijze waarop de nationale rechter de desbetreffende bepaling(en) van het EVRM of een van de Protocollen heeft toegepast. Aldus bezien is het de vraag of het Zestiende Protocol zal kunnen leiden tot de beoogde verschuiving in het zwaartepunt van de mensenrechtenbescherming naar nationaal niveau.

Voorts is van belang dat het Protocol niet alleen de keuzemogelijkheden van de nationale hoogste gerechten versterkt maar ook de potentiële slagkracht van het EHRM. De in het Protocol neergelegde bevoegdheid zou immers tevens kunnen worden beschouwd als een nieuwe mogelijkheid voor het EHRM om in een vroegtijdig stadium de wijze waarop het EVRM in de nationale rechtsorde wordt uitgelegd, nader te

¹⁵ Toelichting, paragraaf 2, doelstellingen. Het begrip «subsidiariteit» heeft daarmee in de EVRM-context een andere betekenis dan in de EU-context. Voor de EU-context is subsidiariteit opgenomen in artikel 5, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en wordt het uitgewerkt in het Protocol over subsidiariteit. De gedachte is dat de Unie op terreinen waarop zij niet exclusief bevoegd is, slechts optreedt wanneer doelstellingen niet voldoende kunnen worden bereikt op nationaal of lokaal niveau. Dat vereist een afweging ten aanzien van de vraag of regelgeving op Europees niveau plaats moet vinden, of overgelaten moet worden aan het nationale niveau.

¹⁶ Zie ook Steering Committee for Human Rights (CDDH), Final report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights, 15 February 2012, CDDH (2012) R 74 Addendum I, blz. 11 (onder III, punt 52).

¹⁷ Een voorbeeld hiervan zijn de zogenoemde «Dublin-zaken» over asielaanvragen van asielzoekers die via Griekenland naar Nederland kwamen. Volgens de Dublinverordening (343/2003/EG) moeten asielverzoeken worden afgehandeld in de eerste lidstaat waar een asielzoeker binnenkomt. In zijn arrest M.S.S. tegen België en Griekenland oordeelde het EHRM dat geen overdrachten van asielzaken uit Europese landen aan Griekenland meer plaats mochten vinden, een oordeel dat grote betekenis heeft gehad voor vele zaken die bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn afgedaan.

bepalen. Dit kan ertoe leiden dat de invloed van het Hof op de toepassing van het EVRM in de nationale rechtsorde groter wordt. Het Hof kan als het daartoe door de nationale rechter wordt uitgenodigd, sturend optreden in de uitleg en toepassing van het EVRM op nationaal niveau. Of dit effect zal optreden hangt grotendeels af van de wijze waarop het Hof zijn adviezen inricht en de ruimte die het Hof in de adviezen openlaat aan de nationale rechters voor de «margin of appreciation».¹⁸

Overigens wijst de Afdeling er op dat de nieuwe bevoegdheid het EHRM in bepaalde gevallen ook kwetsbaar kan maken. Niet uitgesloten is dat de nationale rechter in complexe en politiek gevoelige zaken een interventie van het EHRM uitlokt en hierdoor het EHRM reeds in een fase waarin een dergelijke zaak op nationaal niveau nog niet is uitgekristalliseerd, een juridisch oordeel moet geven. Als gevolg hiervan kan het EHRM onder omstandigheden in politiek vaarwater terecht komen.¹⁹ Niet aannemelijk is dat het EHRM, mede gelet op de in het Protocol neergelegde motiveeringsplicht, een verzoek van een hoogste nationale rechter om advies in dergelijke gevallen gemakkelijk zal kunnen weigeren.²⁰

De toelichting gaat op bovengenoemde aspecten niet in. De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.

b. Werklast van het Hof

De werklast bij het Hof vormt sedert vele jaren een groot probleem.²¹ Daarbij valt op dat een zeer groot deel van de klachten uit een klein aantal landen afkomstig is.²² In het verleden zijn al vele oplossingen voorgesteld en voor een deel ook geïmplementeerd.²³ De vermindering van de werklast van het EHRM die het Zestiende Protocol teweeg wil brengen, betreft blijkens de toelichting niet de korte termijn: een stelsel van adviezen beoogt op de middellange termijn de werklast van het Hof substantieel te verminderen.²⁴ Uiteraard zal de werklast van het Hof toenemen door het geven van adviezen, aldus de regering, al heeft nog maar een beperkt aantal landen het protocol bekrachtigd. Het idee is echter dat een nationaal gerecht dat geconfronteerd wordt met een stelselmatig probleem aangaande de naleving van het EVRM, een advies kan vragen aan het Hof om vervolgens met toepassing van de door het Hof gegeven interpretatie van het Verdrag alle vergelijkbare dossiers nationaal af te kunnen doen.

¹⁸ De Afdeling wijst in dit verband op het Vijftiende Protocol bij het EVRM dat deze margin in de preambule vastlegt. Dit Protocol is door Nederland ondertekend, de goedkeuringsprocedure is nog niet afgerond.

¹⁹ J.H. Gerards, «De Brighton-Verklaring en de toekomstbestendigheid van het EVRM», *NTMINJCM-Bull.* 2013–5, blz. 609–625, p. 621. Zie voorts van dezelfde auteur «Protocol 16 en advisering door het EHRM, Asiel & Migratierecht 2013, nr. 10. blz. 518.

²⁰ J.H. Gerards, a.w., blz. 514.

²¹ Zie in 2003 bijvoorbeeld al de bijdrage W. Thomassen, «Het individuele klachtrecht moet behouden blijven! Over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en zijn toekomst», *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28–1, blz. 11–18, blz. 12; E.A. Alkema, «De overbelasting van het Europese Hof in Straatsburg: deconcentratie een mogelijke oplossing?», *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28–3, blz. 291–297. Zie recentelijk ELI (European Law Institute), *Statement on Case-Overload at the European Court of Human Rights*, Wenen, 6 juli 2012.

²² Veruit de meeste uitspraken van het EHRM hebben betrekking op klachten uit Rusland en Turkije, op afstand gevolgd door Roemenië, Polen en Oekraïne. Zie www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2012_ENG.pdf Van deze vijf landen heeft nog maar één land het protocol ondertekend, zij het dat dit wel één van de twee «koplopers» is (Turkije).

²³ Zie P. Egli, «Another Step in the reform of the European Court of Human Rights: The Report of the Group of Wise Persons», *ZaöRV* 2008, blz.155–173.

²⁴ Toelichting, paragraaf 2 Doelstellingen.

De Afdeling wijst er allereerst op dat bij de verwezenlijking van deze doelstelling veel af zal hangen van het aantal verzoeken om advies dat aan het Hof wordt gericht, het type zaken waarin advies wordt gevraagd en het tempo waarin het Hof de advisering ter hand zal nemen. De Afdeling plaatst mede in dat licht gezien een aantal kanttekeningen bij de vraag of het voorgestelde stelsel de werklast van het EHRM substantieel zal verminderen.

Ten eerste zal het resultaat afhankelijk zijn van het aantal verdragstaten dat het protocol zal bekrachtigen en onder hen het aantal «koplopers» (landen waartegen veel klachten op grond van artikel 34 EVRM worden ingediend). Daarnaast is ook de mate waarin zaken na het geven van advies alsnog bij het Hof aanhangig worden gemaakt op grond van artikel 34 EVRM van belang. De toelichting stelt dat verwacht mag worden dat een klaagschrift niet-ontvankelijk zal worden verklaard of van de rol zal worden geschrapt voor zover het nationale gerecht effect heeft gegeven aan het advies in de onderliggende nationale procedure.²⁵ De Afdeling merkt op dat het aan het Hof is hoe hij hiermee omgaat. Totdat hierover jurisprudentie is ontwikkeld is het daarom onduidelijk in hoeverre dit positieve effect voor de werklast zich zal voordoen. Daarnaast geldt dat ook een dergelijke uitspraak of beslissing een uitvoerig onderzoek door en uitgebreide bespreking in (het panel van) de Grote Kamer kan vergen.

De Afdeling onderkent dat het Protocol kan bijdragen aan de vermindering van de werklast van het EHRM, als prudent gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om advies te vragen. Dit zal met name het geval kunnen zijn in «kloon-zaken», zaken die veel voorkomen en waarbij de rechtsvraag steeds dezelfde is.²⁶ Voor zover het antwoord op die rechtsvraag onzeker is, kan het EHRM door middel van een advies in een vroegtijdig stadium duidelijkheid verschaffen. Ook indien deze situatie zich in een aantal gevallen zal voordoen is echter de vraag hoe groot de vermindering van werklast zal zijn. Op dit moment hebben veruit de meeste individuele klachten bij het EVRM immers betrekking op onderwerpen waarover de rechtspraak duidelijk is, zoals beoordeling binnen redelijke termijn in rechtszaken, gevangenisomstandigheden of tenuitvoerlegging van vonnissen.²⁷ Het is daarom de vraag hoe effectief de nieuwe bevoegdheid ook op de middellange termijn zal zijn in het streven om de tienduizenden klachten bij het EHRM over die onderwerpen te reduceren.

Ten slotte wijst de Afdeling er op dat toepassing van de nieuwe bevoegdheid naar verwachting een aanzienlijk beslag zal leggen op de capaciteit van het EHRM. Het EHRM heeft zelf gewezen op de werklasterfecten van de verplichting de afwijzing van een verzoek te motiveren.²⁸ Tevens blijkt uit de toelichting bij artikel 2, eerste lid, dat de werklast geen autonome reden kan zijn om een adviesaanvraag te weigeren.²⁹

²⁵ Explanatory report, punt 26.

²⁶ Het zijn met name dat type zaken waar de toelichting op doelt. Zie Toelichting, paragraaf 2, doelstellingen.

²⁷ J.H. Gerards, «Protocol 16 en advisering door het EHRM», *A&MR* 2013, nr. 10, blz. 513–519.

²⁸ «The Court expressed a preference for issuing general guidelines on the scope and functioning of its advisory jurisdiction, rather than being obliged to give reasons for every refusal. Joint preliminary comments on the drafting of Protocols 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, blz. 3 en EHRM, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention* (Adopted by the Plenary Court on 6 May 2013), punt 9.

²⁹ Over de gronden waarop een verzoek kan worden geweigerd, bestaat nog geen duidelijkheid, zie ook J.H. Gerards, «Protocol 16 en advisering door het EHRM», *A&MR* 2013, nr. 10, blz. 513–519.

Verzoeken om advies die niet worden afgewezen zullen doorgaans een grondige inhoudelijke behandeling vergen.³⁰

Op grond van het bovenstaande betwijfelt de Afdeling of het Zestiende Protocol kan bijdragen aan een vermindering van de werklust van het EHRM. De Afdeling adviseert hierop nader in te gaan in de toelichting.

2. Doelstellingen

a. Versterking van dialoog en subsidiariteit

De toelichting is in paragraaf 2 («doelstellingen») aangevuld conform het advies van de Afdeling met uitzondering van de passage betrekking hebbende op de mogelijkheid dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in politiek vaarwater terecht zou kunnen komen door de introductie van een stelsel van adviezen zoals voorzien in Protocol nr. 16. Enerzijds omdat een dergelijke aanname speculatief is en een reactie hierop derhalve eveneens een hoog speculatief gehalte zou hebben. Anderzijds omdat het EHRM ook nu reeds zich geconfronteerd ziet de rechterlijke taak uit te oefenen in een politieke context en in die zin ook nu reeds in politieke vaarwateren terecht kan komen. Ten slotte zij er op gewezen dat het EHRM wel degelijk een adviesaanvraag zou kunnen weigeren indien het van oordeel zou zijn dat het hierdoor in een onwenselijke situatie wordt gebracht.

b. Werklust van het Hof

De toelichting is aangevuld conform het advies van de Afdeling in paragraaf 2.

3. Bindende karakter

Artikel 5 van het Zestiende Protocol bepaalt dat de adviezen niet juridisch bindend zijn voor het nationale gerecht. Zoals de toelichting bij dit artikel opmerkt laat dit onverlet dat verwacht mag worden dat het nationale gerecht de zaak zal afdoen met behoorlijke inachtneming van het door het Hof gegeven advies.³¹ In de toelichting staat echter ook dat het nationale gerecht, na een door het Hof gegeven advies, een correcte EVRM-interpretatie kan hanteren in de nationale jurisprudentie, rekening houdend met de juridische cultuur en de sociaaleconomische en politieke achtergrond van het land in kwestie. Deze passage wekt de indruk dat er nog aanmerkelijke ruimte is voor het betreffende hoogste gerecht om te komen tot een specifieke, op de nationale rechtsorde toegesneden uitleg.³²

Of deze ruimte in de praktijk bestaat, hangt mede af van de vraag hoe algemeen dan wel hoe concreet de adviezen van het Hof zijn. Daarnaast is het van belang of er na ontvangst van het advies nog ruimte is voor een nadere feitenvaststelling. Om de adviesprocedure optimaal te gebruiken ligt het in de rede dat de verzoekende instantie pas een verzoek zal indienen op het moment dat hij een juist en volledig feitencomplex aan het EHRM kan voorleggen. Dit betekent dat er na de ontvangst van het advies in beginsel geen ruimte zal zijn voor een nadere feitenvast-

³⁰ Dat wordt ook door de regering erkend. Zie Toelichting, paragraaf 2, doelstellingen.

³¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.

³² Toelichting, paragraaf 2, Doelstellingen.

stelling.³³ Dit gegeven versterkt het feitelijk bindende karakter van de adviezen.

De Afdeling acht het op grond van het bovenstaande niet waarschijnlijk dat de nationale rechter vaak zal afwijken van de uitleg van het EVRM die de Grote Kamer van het Hof heeft gegeven. Het risico hierbij is immers dat er vervolgens een klachtprocedure bij het Hof wordt gestart. Niet aannemelijk is dat het Hof in die procedure tot een ander oordeel zal komen dan in het eerder gegeven advies. Dit geldt te meer nu, zoals ook door de regering wordt bevestigd³⁴, de door de Grote Kamer van het EHRM uitgebrachte adviezen een interpretatieve betekenis (res interpretata) zullen hebben die geheel vergelijkbaar is met de interpretatieve betekenis van arresten (judgments) van de Grote Kamer.³⁵ In dit licht bezien moet worden aangenomen dat een advies in vrijwel alle gevallen feitelijk een bindend karakter zal hebben.

De Afdeling adviseert in de toelichting in het licht van het bovenstaande nader in te gaan op het bindende karakter van de adviezen, vooral bezien vanuit de vraag of deze als feitelijk bindend moeten worden aangemerkt.

3. Bindende karakter

De toelichting is op dit punt niet aangepast aangezien de regering van mening is dat de toelichting op dit punt reeds in lijn is met de overwegingen van de Afdeling op pagina 6 en 7 van het advies. De toelichting geeft aan dat «verwacht mag worden dat het nationale gerecht de zaak zal afdoen met behoorlijke inachtneming van het door het Hof gegeven advies». De regering is echter van mening dat er geen sprake is van «feitelijk bindend». Het nationale gerecht behoudt immers de mogelijkheid om in zijn uitspraak anders te oordelen dan het Hof in zijn advies.

4. Overige opmerkingen

a. Lengte nationale procedure

Het besluitvormingsproces over de vraag of wel of niet om advies dient te worden gevraagd kan tijdrovend zijn, terwijl na indiening van een verzoek de verdere behandeling van de zaak op een antwoord van het Hof zal moeten wachten. De rechter dient een afweging te maken of het nut van het verkrijgen van een vroegtijdig, gezaghebbend oordeel opweegt tegen vertraging van de geschilbeslechting.³⁶ Bij deze afweging zal de nationale rechter mede de vraag moeten betrekken in hoeveel andere zaken die bij hemzelf aanhangig zijn of bij lagere rechters, het advies van het EHRM kan bijdragen tot een snelle oplossing hiervan.

Indien een nationale rechter op grond van deze afweging besluit om een advies te vragen aan het EHRM zal de nationale procedure moeten worden aangehouden tot dit advies er is. Dit betekent dat deze procedure (aanzienlijk) langer zal duren. Dit geldt daarnaast voor andere aanhangige procedures waarin dezelfde vragen aan de orde zijn. Ook in die proce-

³³ Deze ruimte bestaat alleen in die gevallen waarin er na het vragen van advies sprake is van nieuwe feiten die relevant zijn voor de procedure bij de nationale rechter.

³⁴ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.

³⁵ Explanatory Report Protocol No. 16, nr. 27.

³⁶ Dit zal vooral bij de Afdeling bestuursrechtspraak spelen, daar de meeste klachtschriften op uitspraken van de Afdeling betrekking hebben, afgaand op het jaarbericht Internationale Mensenrechtenprocedures (over 2010 digitaal beschikbaar op: <www.rijksoverheid.nl/bestanden/...en.../jaarbericht-buza2010.pdf>). Dit hangt samen met de positie van de Afdeling als hoogste nationale vreemdelingenrechter.

dures zal moeten worden gewacht tot het advies van het EHRM ontvangen is.

Bij de lengte van vrijwel alle procedures speelt artikel 6 EVRM een rol,³⁷ dat stelt dat procedures binnen een redelijke termijn moeten worden afgerond. Indien door het vragen van een advies aan het EHRM artikel 6 EVRM geschonden dreigt te worden zou dit een reden kunnen zijn voor de nationale rechter om niet over te gaan tot het vragen van advies. De Afdeling wijst erop dat in het geval van voorlegging van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, een «time out» wordt aangenomen zolang de beantwoording duurt.³⁸ Het ligt in de rede om een dergelijke «time out» ook aan te nemen in het geval van het vragen van advies aan het EHRM.

Het gegeven dat de werklust geen autonome reden kan zijn voor het Hof om een adviesaanvraag te weigeren³⁹, roept de vraag op naar de prioriteitenstelling door het Hof. Het Hof zal moeten kiezen of het voorrang verleent aan de beantwoording van adviesaanvragen of aan de behandeling van individuele klachten binnen een redelijke termijn. Het antwoord op de vraag of de adviesprocedure zal leiden tot een aanzienlijke verlenging van de nationale procedure hangt mede af van deze prioriteitenstelling.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de mogelijke effecten van de adviesprocedure op de lengte van de nationale procedure noch op de vraag hoe zich dit verhoudt tot de eis van afdoening binnen een redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM. Daarnaast wordt niet ingegaan op de mogelijkheid van een «time out» bij het vragen van advies. De Afdeling adviseert om de toelichting op dit punt aan te vullen.

b. Samenloop met prejudiciële procedure Hof van Justitie

De mogelijkheid voor de aangewezen gerechten om op grond van het Zestiende Protocol advies te vragen aan het EHRM kan in bepaalde gevallen samenlopen met de verplichting om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De Afdeling wijst als voorbeeld op een geschil waarin een bepaald grondrecht aan de orde is dat niet alleen door het EVRM wordt beschermd, maar ook door een met dit EVRM-recht corresponderende bepaling in het EU-Handvest.⁴⁰ De hoogste nationale rechter moet dan de juiste procedurele weg zoeken. Soms zal hij een prejudicieel oordeel moeten vragen over de uitlegging van de EU-Handvestbepaling.⁴¹ Deze verplichting kan ook bestaan bij vragen over de geldigheid van het secundaire Unierecht in het licht van het primaire recht zoals onder andere neergelegd in het Handvest.⁴² Over de vraag of dat het geval is, kan echter discussie ontstaan. Daarnaast bestaat er voor de rechter altijd de mogelijkheid een advies aan het EHRM te vragen over de uitleg van de met het EU-Handvest corresponderende EVRM-bepaling.

³⁷ Volgens de huidige jurisprudentie van het EHRM geldt dit niet voor o.a. vreemdelingenzaken, maar de Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat het rechtszekerheidsbeginsel aan de snelheid van afdoening hier vergelijkbare eisen stelt.

³⁸ Zie de conclusie van A-G Widdershoven d.d. 23 oktober 2013 t.b.v. zaak nr. 201302106/2/A2 en de uitspraak van de Afdeling d.d. 29 januari 2014.

³⁹ Zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2, eerste lid.

⁴⁰ Waarbij de zaak tevens binnen het bereik van het EU-Handvest moet vallen in de zin van artikel 51, eerste lid, van het EU-Handvest.

⁴¹ Zie artikel 267 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁴² Zie HvJ 22 Oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, Jur. 1987 blz. 4199.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de mogelijke samenloop van beide procedures noch op de vraag hoe de rechter hiermee om zou moeten gaan. De Afdeling acht het niet wenselijk indien de nationale rechter bij twee instanties tegelijk om nadere uitleg van de bepalingen vraagt. Indien echter in alle gevallen voor de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie wordt gekozen, zou dit betekenen dat een onderscheid ontstaat tussen zaken die onder artikel 51, eerste lid, van het EU-Handvest vallen en de overige zaken waarin het EVRM aan de orde is.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de adviesprocedure op grond van het Zestiende Protocol en de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.

c. Werkwijze bij adviesaanvraag

Artikel 1, derde lid, bepaalt dat de nationale rechter de juridische en feitelijke context van de zaak schetst bij de adviesaanvraag aan het EHRM. In de toelichting staat dat het nationale gerecht hierbij in ieder geval⁴³ aandacht moet besteden aan de relevante feiten zoals die zijn vastgesteld in de nationale procedure.⁴⁴ De Afdeling wijst erop dat de aangewezen hoogste rechters binnen het Koninkrijk zeer diverse functies vervullen. Bij sommige van deze gerechten, zoals bij de Hoge Raad als cassatierechter zal inderdaad sprake zijn van reeds vastgestelde feiten. Bij de andere hoogste instanties kan de vaststelling van de feiten echter nog onderdeel zijn van het geschil in de lopende procedure. In die gevallen zou het wenselijk kunnen zijn om de betrokken partijen de mogelijkheid te geven om zich over het feitenrelaas, zoals dat aan het EHRM zal worden voorgelegd, uit te spreken. Omdat de verzoekende instantie een weergave geeft van de relevante feiten, kan het daarnaast ook wenselijk zijn om in de gevallen waarin de feiten wel zijn vastgesteld in de nationale procedure, partijen de mogelijkheid te geven zich over de weergave daarvan uit te spreken. Op die manier kan worden voorkomen dat na ontvangst van het advies één van de partijen bezwaren inbrengt tegen de aan het EHRM overlegde weergave van de feiten.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

d. Consultatie

Uit de toelichting blijkt niet of de hoogste gerechten die blijkens de toelichting voor Nederland op grond van artikel 10 van het Protocol zullen worden aangewezen⁴⁵ over het voorstel zijn geconsulteerd en zo ja, wat de resultaten daarvan zijn geweest. Een zodanige consultatie ligt voor de hand omdat het hier gaat om een belangrijke nieuwe bevoegdheid die, zoals uit het voorgaande blijkt, ook in de uitvoering tot substantiële gevolgen kan leiden.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en zo nodig alsnog met de betreffende gerechten in overleg te treden.

4. Overige opmerkingen

a. Lengte nationale procedure.

De toelichting is aangevuld conform het advies van de Afdeling bij de artikelsgewijze toelichting onder artikel 2, tweede lid.

⁴³ Zie verder de opsomming in Explanatory report Protocol No. 16, nr. 12.

⁴⁴ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 1, derde lid.

⁴⁵ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 1.

b. Samenloop met prejudiciële procedure Hof van Justitie.

De toelichting is aangevuld conform het advies van de Afdeling in paragraaf 2 («Verhouding met reeds bestaande instrumenten»).

c. Werkwijze bij adviesaanvraag

De toelichting is aangevuld conform het advies van de Afdeling bij de artikelsgewijze toelichting onder artikel 1, derde lid.

d. Consultatie

De toelichting is aangevuld conform het advies van de Afdeling bij de artikelsgewijze toelichting onder artikel 1, eerste lid.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de memorie van toelichting te actualiseren. Ook zijn nog enkele redactionele correcties doorgevoerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk geeft U in overweging het voorstel van rijkswet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, aan de Staten van Aruba, aan die van Curaçao en aan die van Sint Maarten, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De vice-president van de Raad van State van het Koninkrijk,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van rijkswet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, de Staten van Aruba, de Staten van Curaçao en de Staten van Sint Maarten te zenden.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
A.G. Koenders