



**Universiteit
Utrecht**

MONTAIGNE CENTRUM
voor *Rechtsstaat en Rechtspleging*

Protocol 16 EVRM. Achtergronden, betekenis, effecten en ervaringen

Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards en dr. C.M.S. (Claire) Loven LL.M, m.m.v. prof. dr. A.C. (Antoine) Buyse en E. (Elif) Erken LL.M

Utrecht, juli 2023

Samenvatting

Aanleiding

Op 1 augustus 2018 is Protocol 16 (hierna ook wel 'Protocol') bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in werking getreden. Vijf jaar later is het Protocol door 19 van de 46 lidstaten van de Raad van Europa geratificeerd, waaronder Nederland. In de landen die het Protocol hebben geratificeerd kunnen aangewezen hoogste gerechten een verzoek indienen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) om advies te krijgen over de uitleg of toepassing van het EVRM in een lopende zaak. Deze adviesprocedure heeft tot doel om de dialoog tussen de nationale hoogste rechters en het EHRM te versterken en daarmee te komen tot een betere bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau. Ook is de gedachte dat het aantal klachten bij het EHRM kan worden verminderd wanneer op nationaal niveau al goede mogelijkheden bestaan om de juiste toepassing van het EVRM te verzekeren.

De Nederlandse gerechten die bevoegd zijn om een adviesverzoek in te dienen (de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba) hebben tot nu toe nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het EHRM te verzoeken om een advies. Rechters in andere lidstaten hebben dit wel gedaan. Sinds de inwerkingtreding van Protocol 16 (en tot 1 juni 2023) zijn vanuit de staten die het Protocol hebben geratificeerd acht adviesverzoeken ingediend. Dit heeft tot nu toe geleid tot zes adviezen van het EHRM, namelijk naar aanleiding van twee verzoeken uit Armenië, twee uit Frankrijk, een uit Litouwen en een uit Finland. In één geval heeft het EHRM geweigerd het verzoek – gedaan vanuit Slowakije – in behandeling te nemen. Op 16 mei 2023 maakte het EHRM bekend dat een nieuw adviesverzoek is geaccepteerd voor behandeling, namelijk een verzoek dat is gedaan door de Belgische Raad van State.

Dit onderzoek richt zich op het identificeren en analyseren van de eerste ervaringen die op nationaal niveau zijn opgedaan met het Protocol. Meer specifiek is vanuit het WODC de vraag voorgelegd *hoe de invoering en toepassing van het Protocol 16 EVRM van het EVRM tot dusver verloopt en hoe de benutting van het Protocol kan worden verbeterd.*

Onderzoeksaanpak

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden zijn allereerst de achtergrond en doelstellingen van het Protocol, de inrichting van de adviesprocedure en de huidige toepassing van het Protocol door het EHRM in kaart gebracht. Daarnaast is gekeken naar mogelijke verklaringen voor de beperkte ondertekening en ratificatie van het Protocol op nationaal niveau. In dit verband zijn onder meer experts en regeringsbetrokkenen uit zes staten schriftelijk bevestigd aan de hand van een vragenlijst. Tot slot is onderzoek gedaan naar de manier waarop zowel binnen als buiten Nederland gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het Protocol biedt en ervaringen met de adviesprocedure tot nu toe. Daarbij zijn semigestructureerde interviews gehouden met staatsraden, raadsheren, een advocaat-generaal en medewerkers bij de vijf hoogste gerechten in Nederland die bevoegd zijn tot het indienen van een adviesverzoek. Daarnaast zijn interviews afgenomen met rechters, griffiemedewerkers en/of advocaat-generaal bij de buitenlandse gerechten die een adviesverzoek hebben ingediend.

Het onderzoek richt zich op de ratificatie- en toepassingspraktijk tot 1 juni 2023. Dit betekent dat de evaluatie vijf jaar na de inwerkingtreding van het Protocol is afgesloten. Hierdoor is het aantal gegevens op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken relatief beperkt. Belangrijk is daarnaast dat dit onderzoek alleen betrekking heeft op de nationale praktijk en op de invulling die het EHRM heeft gegeven aan de adviesbevoegdheid middels de tot nu toe gegeven adviezen. De (ervaren) consequenties van Protocol 16 voor de praktijk van het EHRM vallen dus buiten het bereik van dit onderzoek.

Evaluatie in het licht van de doelstellingen van Protocol 16

Een belangrijk doel van het onderzoek was het evalueren van de invoering en toepassing van het Protocol 16 tot dusver. Deze evaluatie is uitgevoerd in het licht van de twee hoofddoelen van het Protocol: (1) het versterken van de dialoog tussen nationale hoogste rechters en het EHRM om zo te komen tot betere implementatie van het EVRM en (2) het vergroten van de efficiency van de klachtafhandeling bij het EHRM.

Dialoogfunctie

Uit het onderzoek naar de ratificatiedebatten blijkt dat er **veel discussie bestaat over de gevolgen van Protocol 16 voor de relatie tussen nationale en Europese rechters en voor de implementatie van het EVRM**. In nogal wat ratificatiedebatten is de zorg uitgesproken dat de procedure tot gevolg kan hebben dat het EHRM zich te veel gaat bemoeien met nationale grondrechtenkwesies. Daardoor zou Protocol 16 op gespannen voet staan met de nationale soevereiniteit en de primaire bevoegdheid om zelf invulling te geven aan het EVRM. Tot op zekere hoogte lijkt dit ook een overweging te zijn bij verschillende Nederlandse rechters, die kan verklaren waarom zij nog geen adviesverzoeken hebben ingediend. Verschillende respondenten bij de Nederlandse hoogste gerechten hebben aangegeven dat het primair aan henzelf is om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Dat maakt voor sommige rechters dat ze terughoudend zijn om het Protocol te benutten, al vinden ze het uitgangspunt wel goed.

Tegelijkertijd wijzen alle Nederlandse en buitenlandse rechters op de **meerwaarde van het Protocol als het gaat om nieuwe rechtsvragen die de kern van een voorgelegde zaak betreffen en waarover nog geen duidelijke EHRM-rechtspraak voorhanden is**. Vrijwel eensluidend zeggen zij dat het Protocol juist in die omstandigheden betekenis kan hebben. Het maakt het dan niet alleen gemakkelijker om een goed oordeel te geven in de nationale procedure, maar voorkomt ook dat individuele klagers op een later moment alsnog naar Straatsburg moeten gaan om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van het EVRM.

Een argument dat bij de Nederlandse rechters nauwelijks naar voren komt, maar bij de buitenlandse rechters des te vaker, is dat **het EHRM extra legitimatie kan bieden in kwesties die op nationaal niveau leiden tot sterke ((rechts-)politieke) controverse**. Daarvoor is het Protocol eigenlijk niet bedoeld en deze functie is ook niet gemakkelijk verenigbaar met de notie van subsidiariteit. Het EHRM zelf heeft tot nu toe geen aanleiding gezien om adviesverzoeken van de hand te

wijzen als ze duidelijk samenhangen met een nationale (rechts)politieke kwestie. Wel kiest het in die zaken voor een puur juridische benadering, waarbij het de politieke aspecten van de kwestie buiten beschouwing laat. Het is niet ondenkbaar dat het daarmee impliciet duidelijk probeert te maken dat de procedure er niet is om nationale politieke kwesties op te lossen. Zonder nader onderzoek bij het EHRM zelf blijft dit echter wat speculatief.

Al met al is op basis van het beperkte aantal gevraagde en uitgebrachte adviezen tot nu toe **niet goed te zeggen of de adviesprocedure positief bijdraagt aan de implementatie van het EVRM op nationaal niveau en het vergroten van de dialoog tussen nationale en Europese rechters.**

Efficiencyfunctie

Het onderzoek heeft verder uitgewezen dat er **grote twijfels bestaan over de efficiencyfunctie van Protocol 16**. In veel ratificatiedebatten is uitdrukkelijk betwijfeld of de procedure kan leiden tot reductie van het aantal individuele klachten dat het EHRM zou moeten behandelen. Integendeel: de behandeling van adviesverzoeken kan volgens veel betrokkenen een fors beroep doen op de toch al beperkte capaciteit van het EHRM, nu de verzoeken steeds moeten worden behandeld door de Grote Kamer. Ook Nederlandse rechters hebben aangegeven dit een relevante overweging te vinden als het gaat om de vraag of ze een adviesverzoek willen indienen.

De ingediende adviesverzoeken laten verder zien dat het vooralsnog niet gaat om kwesties waarbij grote aantallen vergelijkbare zaken aanhangig zijn. Eerder gaat het om **unieke zaken met een politiek karakter of om kwesties die betrekking hebben op heel specifieke onduidelijkheden in de bestaande EHRM-rechtspraak**. Veel Nederlandse respondenten bij de hoogste gerechten geven wel aan dat zij de meerwaarde van de procedure zien als het gaat om een vraagstuk waarover veel wordt geprocedeerd. Doorslaggevend is voor hen uiteindelijk steeds de vraag of een adviesverzoek echt nodig is om duidelijkheid te krijgen in de voorliggende zaak. Of de adviesprocedure in de toekomst wel zal kunnen leiden tot efficiencyvoordelen, is op dit moment dus onzeker.

Naar een betere benutting van Protocol 16?

Naast een evaluatie van de invoering en toepassing van Protocol 16 tot dusver, heeft het onderzoek zich gericht op de vraag of de mogelijkheden van het Protocol in de toekomst beter kunnen worden benut.

Uit de interviews bij de Nederlandse hoogste gerechten is gebleken dat het deels praktische overwegingen zijn die in de weg staan aan het indienen van adviesverzoeken. Tegelijkertijd lijken die overkomelijk te zijn. Rechters geven bijvoorbeeld aan dat het een uitdaging zal zijn om de adviesvragen zo te formuleren dat er een bruikbaar en zinvol advies uit volgt. Tegelijkertijd stellen zij dat er voldoende ervaring is met de prejudiciële procedure en voldoende kennis van het EVRM aanwezig is om goede adviesvragen te kunnen formuleren. Interne kaders of protocollen ontbreken vooralsnog, maar er is wel bereidheid om die te maken en met andere rechters in overleg te treden als concreet wordt overwogen om een adviesverzoek in te dienen. Ook de zorgen over de lange doorlooptijden en eventuele vertraging kunnen worden gerelativeerd: de duur van de adviesprocedure is vooralsnog korter dan die van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). **De praktische bezwaren hoeven als zodanig dus niet in de weg te staan aan het indienen van een adviesverzoek.** Wel kan op basis van de ervaringen in andere staten worden aangenomen dat er bij het EHRM zelf nog wel iets kan verbeteren in de manier waarop invulling wordt gegeven aan de procedure, in het bijzonder als het gaat om de communicatie.

Daarnaast kan **een aantal criteria worden geformuleerd van meer inhoudelijke aard waaraan voldaan moet zijn om het indienen van een adviesverzoek zinvol te maken**. Deze criteria hangen samen met de verwachte meerwaarde van een EHRM-advies en de gepercipieerde kosten daarvan. De hieronder genoemde criteria worden breed ondersteund door zowel de Nederlandse respondenten als de buitenlandse rechters; de laatsten hebben aangegeven deze criteria ofwel al direct te hebben betrokken bij hun keuze om een adviesverzoek in te dienen, ofwel dat in de toekomst (nog beter) te zullen doen.

Aangenomen kan worden dat het zinvol is om een adviesverzoek in te dienen onder Protocol 16 als aan de volgende vier criteria is voldaan:

1. Het verkrijgen van een duidelijke EHRM-uitleg heeft voor de aanhangige zaak (en eventuele vergelijkbare zaken die bij lagere instanties aanhangig zijn) echt toegevoegde waarde. Die toegevoegde waarde kan er bijvoorbeeld zijn als er tegenstrijdige of inconsistente EHRM-rechtspraak is over de voorliggende materie of als er nog maar weinig EHRM-rechtspraak is over een bepaald onderwerp. Dat laatste kan zich onder andere voordoen bij nieuwe rechtsvragen die het EHRM nog niet heeft kunnen behandelen, zoals bij technologische kwesties of nieuwe opsporingsmethoden.
2. Een zaak roept een algemene uitlegvraag op die ook op basis van zorgvuldige analyse van EHRM-rechtspraak niet kan worden beantwoord en die gemakkelijk genoeg 'vertaalbaar' is naar een adviesverzoek. Relevant is ook of de zaak een zeker 'uitstralingseffect' heeft, in die zin dat het antwoord op de adviesvraag voor een groter aantal zaken (in binnen- en buitenland) relevant is.
3. De EVRM-kwestie vormt een kernaspect van de zaak.
4. Er zijn geen EU-rechtelijke aspecten aan de zaak verbonden; is dat wel zo, dan heeft de prejudiciële procedure bij het HvJ EU de voorkeur.

Deze vier criteria sluiten goed aan bij de genoemde hoofddoelen van het Protocol. Ze passen bovendien bij de taakverdeling tussen de nationale rechters en het EHRM en tussen het EHRM en het HvJ EU. Er is dan ook alle reden om deze criteria voor de toekomst tot uitgangspunt te nemen. Allicht zal dit niet leiden tot een veel groter aantal adviesverzoeken, maar dat is ook geen doel op zichzelf. Wel brengt het in acht nemen van deze criteria mee dat adviesverzoeken worden ingediend waar dat meerwaarde heeft en passend is.