

De waarde van het ontwikkelen van grondrechtendoctrines

Janneke Gerards, Radboud Universiteit

Sinds het aanpassen van de Nederlandse pensioenwetgeving is het niet meer zo gemakkelijk om de leeftijd van 65 jaar automatisch te koppelen aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Maar toch: door jarenlange conditionering zien we deze leeftijd nog steeds als een belangrijke mijlpaal, als een moment om te bezien wat iemand in zijn werkzame leven heeft bereikt. Wat is er gebeurd om trots op te zijn, in welk opzicht heeft iemand een bijdrage weten te leveren? Dezelfde neiging om terug te blikken voelen we waar het gaat om de verjaardag van een min of meer abstract iets, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Ook hier geldt dat 65 een magisch getal blijft, dat bij uitstek vraagt om het opmaken van de balans.

Zelf denk ik dat de grote waarde van het EVRM vooral te danken is aan de beginjaren van het Hof. Tot ongeveer de jaren negentig was het relatief rustig in Straatsburg en was men waarschijnlijk blij dat er af en toe een zaak binnenkwam. Als het Hof dan een zaak ontving, was er alle ruimte en gelegenheid om diep na te denken over de manier waarop het EVRM daarin moest worden uitgelegd en toegepast. In ons EVRM-onderwijs werken we nog steeds aan de hand van de zaken die het EHRM in deze eerste periode heeft beslist. Iedere jurist is opgegroeid met *Handyside*¹ en met *Sunday Times*², met de *Engel*-criteria,³ met de interpretatieve uitgangspunten van de *Belgische Taalzaak*⁴ en van *Marckx*⁵, en met de positieve verplichtingen van *Airey*⁶ – allemaal zaken die alweer zo'n veertig jaar meegaan. Vrijwel iedere uitspraak die het Hof in deze periode deed, heeft de status van 'klassieker' weten te bereiken. Deze blijvende betekenis heeft zonder meer te maken met de kwaliteit en de principële relevantie van de uitgangspunten en criteria die het Hof formuleerde, en met hun bruikbaarheid binnen het nationale recht. Allicht zijn niet alle criteria even handzaam gebleken. Voor het *Handyside*-arrest geldt bijvoorbeeld dat het Hof daarin heel mooi toelicht hoe het afstand kan houden tot besluitvorming op nationaal niveau en wat de bandbreedte is tussen een maatregel die voor het bereiken van een bepaald doel 'onmisbaar' of gewoon alleen maar 'handig' is. Maar tegelijkertijd legde het Hof in *Handyside* ook de criteria vast van een 'pressing social need' en van een maatregel die 'relevant and sufficient' is om een bepaald doel te bereiken. Over de betekenis en het nut van die criteria breken wetenschappers en praktijkjuristen zich nog steeds het hoofd.⁷ Maar toch: ook voor deze 'tests' geldt dat ze bekend zijn bij zo'n beetje iedere jurist. Voor andere leerstukken en criteria geldt dat ze hun waarde voor zowel de Europese als de nationale rechtspraak dubbel en dwars hebben bewezen. Dat geldt voor de 'fair balance test', de test van 'foreseeability', de maatstaf van een 'individual and excessive burdens', de criteria voor het vaststellen van 'civil rights and obligations', de doctrine van de positieve verplichtingen (procedureel en materieel), de doctrine van de 'margin of appreciation', de 'very weighty reasons test', enzovoort. Natuurlijk zijn er ook 'moderne' klassiekers, zoals de zaken waarin het Hof inging op de extraterritoriale toepassing van

¹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*), Series A, Vol. 24, NJ 1978/236.

² EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk*), Series A, Vol. 30, NJ 1980/146 m.nt. E.A. Alkema.

³ EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/72 (*Engel t. Nederland*), Series A, Vol. 22, NJ 1978/223.

⁴ EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62 (*Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (Belgische Taalzaak)*), Series A, Vol. 6.

⁵ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx t. België*), Series A, Vol. 31, NJ 1980/462 m.nt. E.A. Alkema.

⁶ EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73 (*Airey t. het Verenigd Koninkrijk*), Series A, Vol. 32, NJ 1980/376 m.nt. E.A. Alkema.

⁷ Zie voor pogingen tot duiding bijv. J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011; A.J. Nieuwenhuis, "Pressing social need"; op zoek naar het dringende karakter van de maatschappelijke behoefte', *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM Bulletin* 2014 (39-1), p. 7-23.

het EVRM⁸ of de onderlinge relatie tussen het EVRM en het EU-recht,⁹ of zaken waarin het bepaalde interpretatieve uitgangspunten bevestigde of uitdiepte¹⁰. In heel veel gevallen gaat het ook daar echter om een voortbouwen op de allereerste, stevig in de fundamenteën van het EVRM verankerde beginselen en doctrines, eerder dan om radicale vernieuwing. Wezenlijke aanpassingen van de basis zijn nauwelijks nodig gebleken; het Hof heeft veelal kunnen volstaan met bijstellingen in de toepassing.¹¹

Of het nu gaat om de ‘oude’ of de ‘nieuwe’ klassieken, de door het EHRM ontwikkelde leerstukken zijn deel gaan uitmaken van de ‘canon’ van de Europese grondrechtenbescherming, ze zijn leidend voor de nationale rechtspraak en regelgeving, en ook in de rechtspraak in andere staten komen ze regelmatig naar voren. In Nederland geven we er zelfs meestal de voorkeur aan boven onze ‘eigen’, op de grondwettelijke beperkingssystematiek gebaseerde doctrines.¹² De ontwikkeling van deze doctrines is daarmee iets waarop het EHRM met grote trots kan terugkijken. Het heeft een voortrekkersrol vervuld waar het gaat om de theorievorming en het ontwikkelen van de conceptuele ondergrond van het werken met fundamentele rechten in Europa. Zelfs als het EHRM op zou houden te bestaan, zou het met zijn werk blijvende invloed hebben uitgeoefend op de grondrechtendogmatiek in Europa. Dat is voorwaar een bijzondere prestatie.

Dat wetende, is het na 65 jaar natuurlijk ook interessant om vooruit te kijken. Het EHRM gaat immers *niet* met pensioen, en het is bepaald niet aan het afbouwen of van seniorendagen aan het genieten. Integendeel: het wordt met steeds nieuwe uitdagingen geconfronteerd waarop het snel een kwalitatief hoogstaand antwoord moet bieden. De vraag is dan vooral of het EHRM zijn bijzondere voortrekkersrol bij het ontwikkelen van de grondrechtendogmatiek zal weten te behouden, of dat het voorbij zal worden gestreefd. Dat laatste is niet denkbeeldig, nu het EHRM in de loop van zijn werkzame bestaan altijd een belangrijke collega heeft gehad – het Hof van Justitie van de EU. Deze collega werkte op een andere afdeling en ontwikkelde op zijn beurt, voor zijn eigen werkterrein, een aantal invloedrijke doctrines. Het is welbekend dat deze collega er vrij recent een nieuw takenpakket heeft gekregen, waardoor hij deels op dezelfde afdeling als het EHRM is komen te werken.¹³ Daarbij laat het HvJ het soort geldingsdrang en gretigheid zien dat zich bij een carrièreswitch rond middelbare leeftijd nog wel eens kan voordoen. Enerzijds ziet het HvJ de ervaring van het EHRM op dit specifieke rechtsterrein en waardeert het die ook wel, maar anderzijds wil (en moet) het zelf zijn positie vestigen. Dat leidt soms tot gespannen verhoudingen, en dat is ongemakkelijk voor het beeld van de werkzaamheden op deze afdeling dat de buitenwereld krijgt. Maar die beeldvorming is nog niet de belangrijkste uitdaging voor het EHRM. Spannend is vooral dat de nieuwe collega ook graag mooie grondrechtendoctrines wil ontwikkelen en vestigen, net als het EHRM dat altijd heeft gedaan. Dat is in een aantal opzichten lastig. Allereerst is het nog maar de vraag of het HvJ voldoende gelegenheid heeft om dit te doen, op gelijke voet met het EVRM. Waar het EHRM in het begin van zijn

⁸ Zoals EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07 (*Al-Skeini e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), NJ 2012/430 m.nt. N. Keijzer, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.

⁹ EHRM (GK) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi t. Ierland*), AB 2006/273 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, «EHRC» 2005/91 m.nt. M. Bulterman, NJCM-Bull. 2005, p. 969 m.nt. R.A. Lawson.

¹⁰ Bijv. EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty t. het Verenigd Koninkrijk*), Reports 2002-III, EHRC 2002/47 m.nt. J.H. Gerards & H.L. Janssen, NJ 2004/543 m.nt. E.A. Alkema, NJCM-Bull. 2002, p. 910 m.nt. E. Myjer.

¹¹ Ik analyseerde dat nader in J.H. Gerards, ‘Judicial minimalism and “dependency”: interpretation of the European Convention in a pluralist Europe’, in: M. van Roosmalen et al. (eds.), *Fundamental rights and Principles*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 73-92.

¹² Zie daarover nader J.H. Gerards, ‘Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland’, in: H. den Tonkelaar & L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

¹³ Denk aan het verbindend worden van het EU-Grondrechtenhandvest op 1 december 2009. Zie voor de impact daarvan onder meer J.H. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015.

loopbaan alle tijd had om doctrines zorgvuldig te doordenken en te schoeien op Europese leest, heeft het HvJ daarvoor veel minder ruimte. Het HvJ moet zijn grondrechtentaak immers uitoefenen naast een al bestaande, drukke praktijk op een veelheid van andere terreinen. Dat leidt ertoe dat af en toe wel een fundamenteel uitgangspunt wordt neergelegd, maar dat de nieuwe doctrines zelden meteen zo stevig staan als de klassieke uitspraken van het EHRM. Natuurlijk: uitspraken als *Akerberg Fransson* en *Melloni* zijn nu al belangrijke ijkpunten in de doctrinaire ontwikkeling, maar deze zaken zijn bepaald niet boven iedere discussie verheven.¹⁴ Er zijn veel klachten over hun onduidelijkheid en over het feit dat ze alleen in een beperkt aantal feitenconstellaties kunnen worden toegepast. Commentaren hebben al vele honderden pagina's gevuld met pogingen om tot verdere duiding en betekenis te komen, en ook het HvJ zelf heeft de nodige inspanningen verricht om meer duidelijkheid te verschaffen (niet altijd met succes).¹⁵ Langzaam kan de objectieve buitenstaander zich bovendien niet aan de indruk onttrekken dat op sommige punten het HvJ juist *niet* zoveel zin heeft om fundamentele uitgangspunten te formuleren. Dat geldt bijvoorbeeld voor het leerstuk van de horizontale werking van het EU-Handvest en voor de betekenis van het Handvestonderscheid tussen rechten en beginselen – voor beide onderwerpen geldt dat het HvJ bij de beantwoording van prejudiciële vragen steeds de hete aardappel weet te vermijden. Op weer andere terreinen heeft het HvJ de neiging om vooral het accent te leggen op toepassing, zonder de onderliggende grondslagen toe te lichten. *Waarom* mogen overheidsorganen zich bijvoorbeeld beroepen op grondrechten, en om welke grondrechten gaat het dan?¹⁶ Heeft het HvJ zich gerealiseerd welke complexe rechtsstatelijke consequenties er zijn verbonden aan het indirect opleggen van een soort rechterlijke taak aan privaatrechtelijke rechtspersonen?¹⁷ En heeft het nagedacht over de consequenties van het geven van een bevoegdheid aan nationale gegevensbeschermingsautoriteiten om stelselmatig te controleren of een doorgifte van gegevens naar derde landen redelijk is?¹⁸

Weliswaar raken de doctrines van het HvJ het werk van het EHRM lang niet altijd, maar soms is dat ook wel zo. Het EHRM heeft immers te maken met een werkelijkheid waarbij sommige nieuwe rechtsvragen het HvJ als eerste bereiken, zodat het HvJ eerder dan het EHRM de gelegenheid heeft om zich erover uit te spreken. Dat het EHRM soms voorbij wordt gestreefd is als zodanig niet erg. Wel is het belangrijk dat de doctrinaire ontwikkeling van de Europese grondrechten net zo gedegen blijft als naar voren komt in de klassiekers van het EHRM. Op dat punt is er, gelet op wat ik hierboven schreef, wel enige reden tot zorg; de competitieve sfeer van de afgelopen paar jaar is weinig vruchtbaar gebleken. Voor de kwaliteit van het werk van de beide hoven zou het goed zijn als zij proberen zoveel mogelijk samen te werken. Het HvJ zou zijn ambitie om de nieuwe voortrekker te zijn daarbij iets moeten bijstellen. Vanuit zijn grote ervaring en vanuit zijn diepgewortelde en gevestigde doctrines kan het EHRM nog steeds van waarde zijn om gedegen en goed doordachte,

¹⁴ HvJ 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), «EHRC» 2013/112 m.nt. J. Morijn, «JB» 2013/58 m.nt. M. Veenbrink & H. de Waele, *AB* 2013/131 m.nt. R. Widdershoven, *JHG EU-Handvest Selecties*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, nr. 13 m.nt. J. Morijn; HvJ 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), «EHRC» 2013/113 m.nt. M. de Visser, «JB» 2013/57 m.nt. M. Veenbrink & H. de Waele, *AB* 2013/132, m.nt. R. Widdershoven.

¹⁵ Zie voor enkele recente, kritische Engelstalige overzichten bijv. J. Snell, 'Fundamental Rights Review of National Measures: Nothing New under the Charter?', 21 *European Public Law* (2015) (2) 285–308; A. Ward, 'Article 51 – Field of Application', in S. Peers et al (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart 2014, pp. 1413-1454; D. Sarmiento, 'Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe', 50 *Common Market Law Review* (2013) pp. 1267-1304.

¹⁶ Zie de recente discussie over Gerecht 6 september 2013, T-35/10 & T-7/11, ECLI:EU:T:2013:397 (*Bank Melli Iran*), «EHRC» 2013/250 m.nt. J.H. Gerards en Gerecht 8 september 2015, T-564/12, ECLI:EU:T:2015:599 (*Ministry of Energy Iran*).

¹⁷ HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), «EHRC» 2014/186 m.nt. J. van Hoboken, *NJ* 2014/385 m.nt. R. Mok.

¹⁸ HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems*).

nieuwe grondrechtendoctrines te ontwikkelen. Dat geldt zeker op die terreinen waar grondrechtenvragen daadwerkelijk de hoofdrol spelen.¹⁹ Natuurlijk kan en moet het EHRM op zijn beurt soms ruimte laten voor het werk van zijn nieuwe, vaak snellere collega, vooral op terreinen waar het zelf geen grote rol kan en moet willen spelen – zoals waar het gaat om de ontwikkeling van het toepassingsbereik van het Handvest en verhouding van het Handvest tot het nationale constitutionele recht. Maar op andere gebieden, bijvoorbeeld waar het gaat om klassieke doctrines zoals die rondom beperkingssystematiek, het ontwikkelen van positieve verplichtingen, het toepassen van een margin of appreciation doctrine of het opleggen van verplichtingen aan private partijen, zou het HvJ veel meer zichtbaar kunnen voortbouwen op het werk dat het Straatsburgse hof al heeft verzet.

Bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd zou ik het het EHRM dan ook graag gunnen dat het tot een vruchtbaar samenwerkingsverband kan komen met het HvJ EU. Dat zou niet alleen goed zijn voor de statuur van het EHRM zelf, maar zou ook de uniformiteit en de kwaliteit van de Europese grondrechtenverplichtingen en doctrines ten goede komen. Nauwere samenwerking kan bewerkstelligen dat niet alleen de mooie, klassieke en gevestigde EHRM-doctrines van waarde blijven voor de verdragstaten, maar dat ook nieuwe toepassingen en uitwerkingen worden gegeven die tot de canon van de Europese grondrechtenbescherming gaan behoren.

¹⁹ Zie voor gezichtspunten die bij de taakafbakening een rol kunnen spelen J.H. Gerards, 'Who decides on fundamental rights issues in Europe? – Toward a mechanism to coordinate the roles of the national courts, the ECJ and the ECtHR', in: S. Weatherill & S. de Vries (red.), *Five years legally binding EU Charter of Fundamental Rights - What is the state of play in the protection of fundamental Rights in the EU?*, Oxford: Hart 2015 (te verschijnen)