



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

Citation

Helm, J. J. van der. (2023, May 16). *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*. *Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4. Het EVRM

4.1 Inleiding

108. Het EVRM bepaalt in artikel 13 dat er een recht bestaat op een ‘effective remedy’. Die effective remedy moet in het nationale recht beschikbaar zijn, maar het EVRM schrijft niet voor welke remedie beschikbaar moet zijn. Het stelt slechts de eis dat die remedie ‘effective’ moet zijn. Die eis doet vermoeden dat het EVRM of in ieder geval de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) enige aanwijzing geeft met betrekking tot de vraag wanneer een remedie effectief is. Ik onderzoek in dit hoofdstuk of dat inderdaad zo is, en of die aanwijzingen te gebruiken zijn voor de nationale remedies en in het bijzonder voor het rechterlijk bevel en verbod. Ik besteed daarbij ook aandacht aan de vraag of het EVRM voorschrijft dat een beschikbare remedie preventief toe te passen moet zijn.

4.2 Toegang tot de rechter en de effective remedy

109. Het recht op toegang tot de rechter is niet neergelegd in artikel 6 EVRM, maar volgt daar wel uit. Het EHRM heeft dat recht op toegang tot de rechter al in het *Golder*-arrest in artikel 6 EVRM ingelezen.²⁰² Het recht op toegang tot de rechter dient ertoe om de andere in artikel 6 EVRM neergelegde rechten te realiseren.²⁰³ Dat ligt in zoverre voor de hand dat zonder een recht op toegang tot de rechter de overige in artikel 6 EVRM neergelegde rechten niet tot werking kunnen komen.²⁰⁴ Ook in artikel 6 EVRM heeft het recht op toegang tot de rechter dus een instrumenteel karakter.

110. Het recht op toegang tot de rechter houdt onder meer in dat de rechtsgang bij de rechter effectief dient te zijn en niet slechts theoretisch of illusoir.²⁰⁵ Onnodige belemmeringen mogen niet worden opgeworpen, hetgeen onder meer betekent dat onder omstandigheden voorzien moet worden in het recht op juridische bijstand.²⁰⁶ Het recht op toegang tot de rechter is niet onbeperkt, maar de kern van het recht op toegang tot de rechter mag niet worden aangetast.²⁰⁷ Tot het recht op toegang tot de rechter behoort ook het recht op tenuitvoerlegging of naleving door de autoriteiten van rechterlijke uitspraken.²⁰⁸

111. Artikel 6 EVRM heeft betrekking op – voor zover voor het onderwerp van dit boek van belang – ‘civil rights and obligations.’ Daaronder vallen niet alleen privaatrechtelijke geschillen, maar ook geschillen die wij als bestuursrechtelijk zouden aanduiden en die het vermogen van een onderdaan van een lidstaat raken.²⁰⁹

112. Het EVRM garandeert niet alleen een recht op toegang tot de rechter, maar ook een recht op een ‘effective remedy’, of, in het Nederlands, op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Dat recht, dat in artikel 13 EVRM is neergelegd, is echter beperkt tot de rechten en vrijheden uit het EVRM zelf of uit de daarbij behorende aanvullende protocollen. Het recht is daarmee een afhankelijk recht. Het bestaat alleen bij een (gestelde) schending van één van de materiële rechten van het EVRM.²¹⁰ Artikel 13 EVRM verplicht de Nederlandse Staat niet om te voorzien in een effectieve remedie (een

²⁰² EHRM 21 februari 1975, ECLI:NL:XX:1975:AB5466, *NJ* 1975/462, m.nt. A.E. Alkema (*Golder/VK*).

²⁰³ Smits 2008, p. 36.

²⁰⁴ Vlg. Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 54.

²⁰⁵ Bijvoorbeeld EHRM 29 maart 2006, nr. 2681397 (*Scordino/Italië*), par. 192.

²⁰⁶ EHRM 9 oktober 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC1044, *NJ* 1980/376, m.nt. A.E. Alkema (*Airey/Ierland*).

²⁰⁷ Hierover nader: Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 212.

²⁰⁸ EHRM 19 maart 1997, nr. 18357/91 (*Hornsby/Griekenland*). De zaak had overigens betrekking op de naleving van toenmalig Gemeenschapsrecht.

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 april 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2090, *NJ* 1995/462, m.nt. A.E. Alkema (*Van der Hurk/Nederland*), welke zaak betrekking op de onafhankelijkheid van de rechter bij een geschil over een melkquotum. Overigens vallen niet alle bestuursrechtelijke geschillen onder het bereik van artikel 6 EVRM. Zie Van Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 54.

²¹⁰ Uzman 2013, p. 243. Schabas 2015, p. 550.

daadwerkelijk rechtsmiddel) tegen de schending van bijvoorbeeld het burendrecht.²¹¹ Dat betekent dat het antwoord op vraag welke eisen volgens het EHRM in een bepaalde situatie aan een bepaalde remedie mogen worden gesteld, niet één op één toepasbaar is op de eisen die naar nationaal recht aan een remedie mogen worden gesteld. Niettemin kan het nuttig zijn te bekijken welke eisen het EHRM stelt omdat er mogelijk aanwijzingen aan kunnen worden ontleend voor de vraag welke eisen naar nationaal recht aan een bepaalde remedie mogen worden gesteld.

113. De rechtsbeschermingssysteem van het EVRM is in zoverre subsidiair dat de bescherming van het EHRM pas kan worden ingeroepen wanneer de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Artikel 13 EVRM strekt er dan ook toe aan burgers een middel te verschaffen om binnen de nationale rechtsorde naleving van hun verdragsrechten te kunnen afdwingen, *'before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court'*.²¹² Dat betekent ook dat de primaire verantwoordelijkheid om naleving van de verdragsrechten zeker te stellen, waaronder dus ook het recht op een effectieve remedie, bij de lidstaten berust.²¹³

114. Artikel 13 EVRM vereist de beschikbaarheid op nationaal niveau van een *remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order*.²¹⁴ Artikel 13 EVRM kan niet voor ieder wisselende worden ingeroepen. Een effectief rechtsmiddel dient beschikbaar te zijn in gevallen waarin er een *'arguable complaint'* over de mogelijke schending van een recht uit het EVRM is.²¹⁵ De beschikbare remedie moet vervolgens *'effective in practice as well as in law [zijn], it being understood that such effectiveness does not depend on the certainty of a favourable outcome for the person concerned'*.²¹⁶

115. Het is vanzelfsprekend niet in algemene zin te zeggen wanneer er sprake is van een *arguable complaint* ten aanzien van de schending van een van de verdragsrechten. Het EHRM overwoog in het *Boyle*-arrest dat artikel 13 EVRM in redelijkheid niet zo kan worden uitgelegd dat het een remedie vereist *'of any supposed grievance under the Convention that an individual may have, no matter how unmeritorious his complaint may be: the grievance must be an arguable one in terms of the Convention'*.²¹⁷ Met andere woorden: niet iedere gestelde schending van het EVRM is *'arguable'*. Maar het EHRM voegde daaraan toe dat het geen abstracte definitie van het begrip *arguability* zou geven. Het is, om het in Nederlandse begrippen uit te drukken, afhankelijk van de omstandigheden van het geval of er sprake is van een *arguable complaint*. Waar het om gaat is dat het EVRM er niet toe strekt een effectieve remedie voor te schrijven met betrekking tot iedere klacht, hoe onzinnig ook, dat het EVRM is geschonden. Voor een klacht die evident zonder grond is, behoeft geen daadwerkelijk rechtsmiddel op nationaal niveau open te staan. Aan de andere kant ligt het voor de hand dat, wanneer wel een materiële schending van enig verdragsrecht is vastgesteld, er sprake is van een *arguable complaint* waarbij artikel 13 EVRM kan worden ingeroepen.²¹⁸ Indien een klacht over een materieel

²¹¹ Tenzij het geschil in kwestie tevens aan artikel 8 EVRM raakt, hetgeen bij bijvoorbeeld burendruzes denkbaar is.

²¹² EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152. Zie ook EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, *NJ 2005/210 (Öneryildiz/Turkije)*.

²¹³ Bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152. EHRM 5 juli 2018, nr. 54927/15 (*Mendrei/Hongarije*).

²¹⁴ EHRM 5 februari 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 894 (*Conka/België*), EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 180.

²¹⁵ Bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*) en EHRM 31 oktober 2019, nr. 21613/16 (*Ulemek/Kroatië*).

²¹⁶ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), rov. 180; EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*).

²¹⁷ EHRM 27 april 1988, nr. 9659/82 en 9658/82 (*Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

²¹⁸ EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/01 (*Maurice/Frankrijk*), par. 107. Het beroep op artikel 13 EVRM liep in die zaak overigens stuk; ik ga daar hierna op in bij de bespreking van de remedies die beschikbaar moeten zijn. Vgl. ook EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87 e.a. (*Vilvarajah and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 121 en par. EHRM 3 juni 2004, nrs. 33097/96 and 57834/00 (*Bati and others/Turkije*), par. 138.

verdragsrecht echter ‘manifestly ill-founded’ is, is er ook geen arguable complaint en is er geen bescherming van artikel 13 EVRM.²¹⁹

116. Om artikel 13 EVRM te kunnen invoeren moet dus de drempel van *arguability* worden genomen. Zodra er sprake is van een *arguable claim*, moet de lidstaat voorzien in de beschikbaarheid van een nationaal rechtsmiddel. Daarmee is nog niet alles gezegd. In (onder meer) het arrest *Neshkov/Bulgarije* overwoog het Hof dat de reikwijdte van de verplichtingen die uit artikel 13 EVRM voortvloeien, afhankelijk is van het ingeroepen recht. Dat betekent dat de nationale autoriteit die heeft te oordelen over een beroep op een recht uit het EVRM en op artikel 13 EVRM, dat beroep moet beoordelen in het licht van de materiële inhoud van het ingeroepen recht. Hierna zal ik uiteenzetten dat het Hof een vergelijkbare benadering kiest bij de keuze voor bepaalde remedies.

117. De afhankelijke positie van artikel 13 EVRM betekent weliswaar dat het alleen kan worden ingeroepen bij een gestelde schending (*arguable complaint*) van een van de verdragsrechten, maar laat onverlet dat artikel 13 EVRM geschonden kan zijn zelfs indien wordt geconcludeerd dat het materiële verdragsrecht niet geschonden is.²²⁰ De daadwerkelijke schending van een materieel verdragsrecht is dus niet een voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM, mits althans ten aanzien van het materiële recht de drempel van *arguability* is genomen.²²¹ Ik kom daar bij de bespreking van de remedies nader op terug.

118. Wanneer het gaat om rechten die ook door artikel 6 EVRM worden beschermd, is de toegevoegde waarde van artikel 13 in algemene zin gering.²²² Artikel 6 EVRM wordt door het EHRM in dergelijke gevallen beschouwd als een *specialis* van artikel 13 EVRM waarbij de waarborgen die artikel 6 EVRM biedt die van artikel 13 EVRM omvatten.²²³ In het arrest *Kudla/Polen* heeft het EHRM de relatie tussen de artikelen 6 en 13 EVRM als volgt omschreven. Wanneer het ingeroepen Verdragsrecht een ‘civil right’ is dat ook onder het nationale recht wordt erkend zal in beginsel bescherming worden geboden door artikel 6 EVRM dat de eisen van artikel 13 EVRM dan absorbeert. Indien een klacht is gericht tegen de adequaatheid van een (appel- of cassatie)procedure die zowel onder het strafrechtelijke aspect van artikel 6 EVRM valt als onder artikel 13 EVRM geldt iets soortgelijks en bestaat er geen belang bij te onderzoeken of (ook) is voldaan aan de minder strenge eisen van artikel 13 EVRM. Die overlap ontbreekt evenwel in een geval van schending van de berechting binnen een redelijke termijn. De vraag of het recht op berechting binnen een redelijke termijn is geschonden is een vraag die los moet worden gezien van de vraag of er naar nationaal recht een effectieve remedie beschikbaar is om juist over die termijnoverschrijding te klagen. Artikel 6 EVRM garandeert bijvoorbeeld de gang van zaken tijdens de strafrechtelijke procedure, maar de vraag of die procedure voldoende voortvarend is verlopen kan los daarvan worden gezien en wordt dan door artikel 13 EVRM bestreken.

119. Barkhuysen onderscheidt vier elementen in de effectiviteit van het rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM.²²⁴ Het moet (i) gaan om een daadwerkelijk bestaand rechtsmiddel dat (ii) toegankelijk moet zijn voor de klager en (iii) doeltreffend moet zijn in die zin dat het geschikt moet zijn om het vaststellen van schendingen van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden te remediëren. Ten slotte moet het rechtsmiddel (iv) doelmatig zijn. Voor het onderzoek naar de vraag waaraan een effectieve remedie moet voldoen is eis (iii) vooral relevant: wanneer is een remedie geschikt om een gestelde schending te remediëren en meer specifiek voor het onderwerp van dit boek:

²¹⁹ EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99 (*Conka/België*), par. 76.

²²⁰ Uzman 2013, p. 243.

²²¹ Zie al EHRM 27 april 1988, nr. 9659/82 en 9658/82 (*Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

²²² Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 216.

²²³ EHRM 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 146. In dat zelfde arrest legde het EHRM vervolgens uit dat in zaken betreffende (uitsluitend) termijnoverschrijdingen artikel 13 EVRM wel degelijk een toegevoegde waarde had. Zie nader Schabas 2015, p. 551.

²²⁴ Barkhuysen 1998, p. 118. De Jong 2017/2.3.

is vereist dat een mogelijke schending op voorhand kan worden verboden? Ik richt de blik daarom nu specifiek op de remedies.

4.3 Remedies, procedurele en materiële aspecten

4.3.1 Het procedurele aspect

120. Hiervoor heb ik omschreven dat artikel 13 EVRM vereist dat er een ‘*domestic remedy to deal with the substance of an arguable complaint under the Convention and grant appropriate relief*’ beschikbaar is.²²⁵ Daarin ligt een zekere maatstaf besloten die aan een (nationale) remedie moet worden gesteld: deze moet ‘*appropriate relief*’ bieden. Tegelijkertijd is dat een nogal vage omschrijving van wat er van de remedies wordt verwacht. Het begrip ‘remedy’ in artikel 13 EVRM omvat niet alleen het begrip remedie zoals ik het tot dusverre heb gebruikt, namelijk als maatregel die strekt tot herstel van een voorgevallen onrecht of die strekt tot preventie daarvan. Het heeft ook een procedurele betekenis die betrekking heeft op de rechtsgang die gevolgd kan worden om een schending van een materieel recht uit het EVRM aan de orde te stellen. Niet voor niets wordt in de Nederlandse vertaling gesproken van een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel.’

121. Met het begrip rechtsmiddel in artikel 13 EVRM wordt bedoeld het openstaan van een procedure bij een bevoegde instantie ter beoordeling van de gegrondheid van een klacht.²²⁶ Daaruit blijkt de procedurele betekenis van artikel 13 EVRM: het is voldoende dat de klager een mogelijkheid heeft gehad om van het rechtsmiddel gebruik te maken. Er moet, met andere woorden, worden voorzien in een stelsel dat de rechten uit het EVRM adequaat garandeert.²²⁷ Daarbij wordt geabstraheerd van het resultaat dat de klager heeft weten te bereiken.²²⁸ De klager behoeft dus niet gelijk te krijgen, ook niet als hij wel gelijk heeft. In de woorden van het EHRM:

*‘The Court reiterates that while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13’*²²⁹

122. Indien die rechtsgang niet leidt tot bijvoorbeeld een deugdelijk onderzoek van de klacht in het licht van de eisen die het EVRM stelt, ligt een schending van artikel 13 EVRM op de loer, nog los van de vraag of die schending zelf ongedaan kan worden gemaakt of kan worden hersteld.²³⁰ De zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk* illustreert dat.²³¹ Klagers in die zaak verzetten zich tegen de nachtvluchten op het vliegveld Heathrow en beriepen zich op artikel 8 EVRM. Er waren naar het Britse recht *review proceedings* beschikbaar voor de klagers. Die *review proceedings* waren (destijds) beperkt tot het toetsen van ‘*irrationality, unlawfulness and patent unreasonableness*’, maar strekten zich niet uit over de toets van artikel 8 EVRM. Die omvang van de nationale toets voldeed daarmee niet aan hetgeen artikel 13 EVRM voorschrijft, omdat er geen serieus onderzoek kon plaatsvinden naar de vraag of er een schending van artikel 8 EVRM was.

²²⁵ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 180.

²²⁶ Barkhuysen 1998, p. 113.

²²⁷ Uzman 2013, p. 239. Interessant is nog dat Uzman ook opmerkt (p. 242) dat uit het Volkenrecht de verplichting voortvloeit voor staten om elke schending van een verdrag te beëindigen. Ik laat dat gezichtspunt rusten omdat het geen rechten voor individuen in het leven roept en dus ook geen antwoord geeft op de vraag waaraan een effectieve remedie moet voldoen. Ik richt mij op artikel 13 EVRM omdat dit artikel ook volgens Uzman een voorbeeld is van de situatie waarin individuen juist wel rechten geldend kunnen maken.

²²⁸ Barkhuysen 1998, p. 114. Uzman onderschrijft dit, maar wijst er ook op dat effectieve rechtsbescherming ‘not simply a process but also an outcome’ is. Uzman 2013, p. 246.

²²⁹ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), par. 394.

²³⁰ Vgl. EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others/Moldavië*), par. 139.

²³¹ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 138.

123. Bij beoordeling van de procedurele kant van artikel 13 EVRM kunnen de eisen van artikel 6 EVRM een rol spelen. Als uitgangspunt geldt daarbij dat van een effectieve remedie niet kan worden gesproken indien niet aan de fundamentele vereisten van ‘fairness’ en de ‘equality of arms’ is voldaan.²³²

124. Het procedurele aspect van artikel 13 EVRM komt vrij duidelijk naar voren in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 2 EVRM, de bescherming van het recht op leven. Artikel 2 EVRM verbiedt niet alleen het doden van mensen, maar legt de lidstaat ook positieve (procedurele) verplichtingen op. Die komen er op neer dat de Staat een effectief onderzoek dient in te stellen naar de toedracht in gevallen waarin geweldgebruik door de overheid tot de dood van een of meer personen heeft geleid. Het onderzoek dient er mede op gericht te zijn vast te stellen of het toegepaste geweld rechtmatig was en omvat het verhoor van betrokkenen, forensisch bewijs en een autopsie. De autoriteiten dienen eigener beweging aan deze onderzoeksverplichting te voldoen en mogen het niet aan de nabestaanden overlaten om een formele klacht in te dienen of de verantwoordelijkheid te nemen voor een ‘investigative procedure’.²³³ Ook artikel 8 EVRM legt op de lidstaten procedurele verplichtingen op. Omdat artikel 8 EVRM een veelheid aan onderwerpen bestrijkt, is het moeilijk een algemene omschrijving voor de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende procedurele verplichtingen te vinden.²³⁴ Het komt er in de kern op neer dat bij een aantasting van een van de rechten uit artikel 8 EVRM een zorgvuldig nationaal besluitvormingsproces moet plaatsvinden.²³⁵ Ook die verplichting valt uiteen in uiteenlopende verplichtingen, afhankelijk van het onder artikel 8 EVRM vallende recht.²³⁶ Het voert te ver om die hier allemaal te bespreken. Voor mijn onderzoek is slechts relevant in hoeverre die procedureverplichtingen op grond van artikel 13 EVRM leiden tot (aparte) eisen die aan de toe te passen remedie kunnen worden gesteld.

125. Bij de toets aan artikel 2 EVRM heeft het EHRM aangenomen dat (ook) uit artikel 13 EVRM volgt dat, in aanvulling op de vergoeding van schade waar dit aangewezen is, een onderzoek moet plaatsvinden om vast te stellen wie er verantwoordelijk is geweest voor het dodelijk geweld, en dat kan leiden tot bestraffing van de daders. Dat onderzoek moet toegankelijk zijn voor de nabestaanden van het slachtoffer. Deze uit artikel 13 EVRM volgende eis is echter ruimer dan de procedurele verplichting die uit artikel 2 EVRM volgt.²³⁷ De vraag hoe ver deze verplichting uit artikel 13 EVRM strekt, is mede afhankelijk van de inrichting van het juridische systeem in een land. Dat wordt duidelijk uit een arrest van het EHRM van 4 mei 2001 in de zaak *Kelly/Verenigd Koninkrijk*. Het EHRM overwoog dat van een slachtoffer in het Verenigd Koninkrijk mag worden verwacht om de nationale remedies uit te putten en in dat verband een civiele procedure te voeren waarin de rechter de feiten onderzoekt, aansprakelijkheid vaststelt en in voorkomend geval schadevergoeding kan toekennen. Het voegde daaraan toe dat de situatie in Noord-Ierland nadrukkelijk verschilt van die in Zuid-Oost Turkije, waarin Koerden die zich wilden beklagen over overheidsgeweld aangewezen zijn op de openbaar aanklager.²³⁸ Zij konden veelal noch in een strafrechtelijke procedure, noch in een civiele procedure de aansprakelijkheid voor de dood van een familielid doen vaststellen.²³⁹ Daarmee stonden zij met lege handen en was er sprake van een schending van artikel 13 EVRM. Het feit dat het

²³² EHRM 7 juni 2011, nr. 30042/08 (*Scüllög/Hongarije*), Par. 46

²³³ EHRM 4 mei 2001 (*Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*).

²³⁴ Dat is ook al het geval omdat het EHRM voorop stelt dat artikel 8 EVRM geen ‘explicit procedural requirements’ bevat, zie EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (*Petrov / Rusland*), par. 101. EHRM 8 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD001993820 *Q en R/Slovenië*), par. 96.

²³⁵ De Jong 2017, p. 150. EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (*Petrov / Rusland*), par. 101.

²³⁶ De Jong 2017, paragraaf 6.3.1 e.v.

²³⁷ EHRM 19 februari 1998 (*Kaya/Turkije*), par. 107.

²³⁸ EHRM 4 mei 2001 (*Kelly/Verenigd Koninkrijk*), par. 159.

²³⁹ EHRM 30 november 2004, EXLI:XX:2004:AS2641, NJ 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*), par. 148.

EHRM benadrukt dat de ‘appropriate relief’ in dat geval ook niet in een civiele procedure kon plaatsvinden, maakt duidelijk dat een civiele procedure op zichzelf geschikt zou zijn om het door artikel 13 EVRM vereiste onderzoek zoals vereist door artikel 2 EVRM te doen plaatsvinden.

126. Het achterwege laten van het vereiste (strafrechtelijke) onderzoek kan in het kader van artikel 2 EVRM leiden tot de conclusie dat de nabestaanden een ‘effective remedy’ als bedoeld in artikel 13 EVRM is onthouden, maar als er een appropriate relief kan worden gevonden in een civiele procedure, kan dat ook volstaan. In het arrest *Öneryildiz / Turkije* overwoog het EHRM dat het vooral aankomt op de vraag wat het gevolg is van het nalaten van de Staat om te voldoen aan de positieve verplichting van artikel 2 EVRM. Als er voldoende andere en effectieve remedies beschikbaar zijn om aansprakelijkheid van de Staat vast te stellen, hoeft de schending van artikel 2 EVRM niet ook een schending van artikel 13 EVRM mee te brengen.²⁴⁰ Bij de toepassing van artikel 8 EVRM in het licht van artikel 13 EVRM is het beeld niet eenduidig. Het EHRM heeft in situaties waarin de procedurele verplichtingen van artikel 8 EVRM waren geschonden, in enkele gevallen aangenomen dat er daarna geen reden was om een nader onderzoek te doen naar de schending van artikel 13 EVRM.²⁴¹ Maar het EHRM heeft in andere gevallen aangenomen dat de schending van de procedurele verplichtingen van artikel 8 EVRM ook een schending van artikel 13 EVRM meebracht.²⁴²

127. Artikel 13 EVRM vereist dus niet alleen het openstaan van een procedure bij een nationale autoriteit, maar vereist bij een ‘arguable complaint’ over artikel 2 EVRM een onderzoek naar de toepassing van overheids geweld en bij artikel 8 EVRM een eerlijk en zorgvuldig besluitvormingsproces over de beperking van het door artikel 8 EVRM beschermde recht. Belangrijk is dat voor de vraag of artikel 13 EVRM is geschonden dus niet doorslaggevend is of het door artikel 2 EVRM gevestigde onderzoek in het kader van een strafrechtelijke (onderzoeks)procedure is uitgevoerd. Ook een onderzoek ten overstaan van de civiele rechter, in een zaak waarin schadevergoeding wordt gevorderd, kan van belang zijn voor de vraag of voldaan is aan de procedurele eisen van artikel 13 EVRM.

4.3.2 Het materiële aspect

128. Behalve dit procedurele aspect heeft artikel 13 EVRM ook betrekking op de remedie zelf. Ik noem dat het materiële aspect van de remedie. In de jurisprudentie van het EHRM wordt in dat verband wel gesproken over een ‘adequate redress’.²⁴³ Ik richt mij verder daarop omdat het onderzoek van dit boek is gericht op de vraag of uit artikel 13 EVRM vereisten voor remedies volgen die dienstig kunnen zijn voor de vraag of ons nationale rechterlijk bevel en verbod voldoen aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. In het bijzonder gaat het mij om de vraag of en wanneer er een preventieve remedie wordt vereist.

129. Uitgangspunt voor het EHRM is steeds dat artikel 13 EVRM niet (dwingend) voorschrijft welke remedie er aan een klager moet worden geboden.²⁴⁴ Dat is aan de lidstaten, die een *margin of appreciation* hebben om aan hun verplichtingen uit artikel 13 EVRM te voldoen.²⁴⁵ Artikel 13 EVRM bepaalt ook niet zelf wanneer een rechtsmiddel ‘effectief’ is. Al in 1976 overwoog het EHRM dat

²⁴⁰ EHRM 30 november 2004, EXLI:XX:2004:AS2641, NJ 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*), par. 148.

²⁴¹ Bijvoorbeeld EHRM 1 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300 (*Liberty/United Kingdom*), par. 73.

²⁴² Bijvoorbeeld EHRM 13 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1013JUD001198115 (*B.A.C./Griekenland*), par. 46.

²⁴³ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), par. 394.

²⁴⁴ Uzman 2013, p. 246.

²⁴⁵ EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87 e.a. *Vilvarajah and others/Verenigd Koninkrijk*, par. 122; EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 e.a., (*Budayeva and others/Rusland*), par. 191. Zie over het begrip *margin of appreciation* bijvoorbeeld Glas 2022.

artikel 13 EVRM en het EVRM in het algemeen niet voorschrijft hoe de bepalingen van het Verdrag in de nationale rechtsorde moeten worden geïmplementeerd.²⁴⁶

130. Dat een bepaalde remedie niet dwingend in artikel 13 EVRM wordt voorgeschreven ligt in zoverre voor de hand dat de aard van de in het EVRM beschermde rechten uiteenlopend is. Er is niet één remedie beschikbaar waarvan op voorhand kan worden gezegd dat die voor alle situaties de beste is. Ook naar nationaal recht bestaat die altijd werkende remedie niet, in veel gevallen is maatwerk vereist. De vraag of artikel 13 EVRM is geschonden wordt door het EHRM daarom altijd in concreto getoetst en wordt steeds beoordeeld in verband met het (beweerdelijk) geschonden materiële recht uit het EVRM. Met andere woorden: de remedie die voorgeschreven wordt, kan veranderen naar gelang het materiële recht dat in geschil is. In de jurisprudentie van het Hof zijn een paar voorbeelden te vinden waarin het Hof is ingegaan op de vraag welke remedie in een bepaalde situatie mag worden verwacht. Ik licht daar de volgende zaken uit.

131. In de zaak *Budayeva* overwoog het Hof over de relatie tussen het geschonden recht en de remedie: *'The nature of the right at stake has implications for the type of remedy the State is required to provide under Article 13.'*²⁴⁷ Bij een schending van artikel 2 EVRM is vergoeding van geldelijke en niet-geldelijke schade mogelijk *'as part of the range of redress available.'* Maar daar staat volgens het EHRM tegenover dat noch uit artikel 13 EVRM noch uit een andere verdragsbepaling een recht op vervolging en veroordeling van een derde volgt en dat *'private revenge'* niet aan de orde is.²⁴⁸

132. In het geval van *Neshov*, waarin het ging om een gestelde schending van artikel 3 EVRM in verband met detentie-omstandigheden, overwoog het EHRM ook dat de strekking van de uit artikel 13 EVRM voortvloeiende verplichting afhankelijk is van de aard van het ingeroepen recht.²⁴⁹ Ten aanzien van een schending van artikel 3 EVRM voegde het Hof daaraan toe dat twee remedies mogelijk zijn: verbetering van de onmenselijke omstandigheden en compensatie van de geleden schade. Wanneer een persoon in onmenselijke omstandigheden wordt gedetineerd, moet in ieder geval een remedie beschikbaar zijn die aan die situatie een einde maakt. Na beëindiging van die situatie dient schadevergoeding plaats te vinden. De remedies kunnen dus (vanzelfsprekend) naast elkaar bestaan.

133. Hoe ingewikkeld het ligt met de onderlinge verhouding tussen de materiële rechten uit het EVRM enerzijds en de (procedurale) eisen uit artikel 13 EVRM, waaronder de vraag naar de beschikbare remedies anderzijds, wordt duidelijk uit het arrest *Maurice/Frankrijk*. In die zaak ging het om ouders die een vordering hadden op een ziekenhuis in verband met een nalatigheid bij het stellen van een prenatale diagnose, waarna hun kind met een beperking is geboren. Gedurende de door hen aanhangig gemaakte procedure tot schadevergoeding werd hun (bestaande) vordering afgesneden door nieuwe wetgeving. Zij beriepen zich bij het Hof onder meer op artikel 1 van het Eerste Protocol (het recht op eigendom) en op de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Het hof oordeelde dat artikel 1 van het Eerste Protocol was geschonden. Daarmee was gegeven dat er sprake was van een *arguable complaint* in de zin van artikel 13 EVRM. Het hof vervolgt dan echter dat artikel 13 EVRM niet zo ver gaat dat het vereist dat er een remedie is die inhoudt dat nationale wetgeving voor een nationale autoriteit kan worden aangevochten.²⁵⁰ De vraag of er een materiële bepaling van het EVRM is geschonden is zodoende een vraag die los moet worden beoordeeld van de vraag of er een effectieve rechtsbescherming met een bepaalde remedie kan of moet plaatsvinden. Omdat uit artikel 13 EVRM volgens het Hof niet volgt dat nationale wetgeving voor de (nationale) rechter moet kunnen worden aangevochten, kan er weliswaar een schending zijn van artikel 1 Eerste Protocol, maar dat betekent

²⁴⁶ EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union/Sweden*), par. 50.

²⁴⁷ EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 e.a., (*Budayeva and others/Rusland*), par. 191.

²⁴⁸ Dit is ook overwogen in het *Önderyildiz*-arrest, EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, EXLI:XX:2004:AS2641, NJ 2005/210, par. 147.

²⁴⁹ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 181. De overweging verschilt van de hiervoor aangehaalde zaken die specifiek op de remedies waren gericht.

²⁵⁰ EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), par. 107.

niet noodzakelijkerwijs dat er ook een schending is van artikel 13 EVRM. Dat is in die zin ook logisch dat een schending die bij de nationale rechter een remedie vindt (bijvoorbeeld schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn van de behandeling van een gerechtelijke procedure), nog steeds een schending is van een materiële bepaling van het EVRM. Doordat er naar nationaal recht een remedie beschikbaar is, is er van een schending van artikel 13 EVRM geen sprake.

134. Dat artikel 13 EVRM niet vereist dat nationale wetten ten overstaan van een nationale autoriteit (rechter) kunnen worden aangevochten was overigens al eerder uitgemaakt in de zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk*.²⁵¹ In die zaak werd – kort gezegd – geklaagd over nachtvluchten op Heathrow en werd betoogd dat die nachtvluchten een inbreuk vormden op de rechten onder artikel 8 EVRM en dat er geen effectieve remedie was voor de klacht. Het EHRM oordeelde dat artikel 8 EVRM weliswaar niet geschonden was, maar dat er wel een ‘arguable claim’ was, zodat de klacht over artikel 13 EVRM moest worden beoordeeld. Het EHRM herhaalde dat artikel 13 EVRM niet vereist dat nationale wetgeving wegens strijd met het EVRM moet kunnen worden aangevochten. In het verlengde daarvan geldt datzelfde voor een ‘*general policy as such*.’

135. Barkhuysen noemt als mogelijke remedies onder artikel 13 EVRM vernietiging, intrekking, aanpassing, niet toepassing, het toekennen van schadevergoeding of sanctionering.²⁵² De nationale instantie moet in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding.²⁵³ Uit artikel 13 EVRM volgt echter ook het recht op ongedaanmaking van de bestaande onrechtmatige situatie.²⁵⁴ De enkele vaststelling van de schending is niet steeds voldoende om te kunnen spreken van een effectief rechtsmiddel.²⁵⁵

136. Dat recht op ongedaanmaking en de tekst van het artikel (rechten die *zijn* geschonden) suggereert dat alleen een voltooide schending een verplichting tot een effectieve remedie in het leven roept.²⁵⁶ Dat is echter niet het geval. Met de tekst van het artikel is niet gezegd dat een preventieve maatregel niet zou kunnen worden genomen in die zin dat een verbod wordt uitgesproken om te handelen in strijd met enig artikel uit het EVRM. Barkhuysen zegt het zo dat het moet gaan om ‘middelen die (in abstracto) opheffing van de met de Conventie strijdige situatie en (voor de toekomst) herstel van een conventieconforme situatie mogelijk maken.’²⁵⁷ Daarin ligt feitelijk besloten dat het nationale recht moet voorzien in een verbod voor toekomstig handelen in strijd met een bepaling van het EVRM. Het EHRM overwoog in de zaak *Kudla/Polen*:

*‘It remains for the Court to determine whether the means available to the applicant in Polish law for raising a complaint about the length of the proceedings in his case would have been “effective” in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred.’*²⁵⁸

²⁵¹ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 138.

²⁵² Barkhuysen 1998, p. 139.

²⁵³ Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 216.

²⁵⁴ Uzman 2013, p. 242.

²⁵⁵ Uzman 2013, p. 245.

²⁵⁶ In het arrest *Kudla/Polen* overweegt het EHRM onder meer dat artikel 13 EVRM bedoeld is ‘to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.’ EHRM 26 oktober 2000, Application no. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152.

²⁵⁷ Barkhuysen 1998, p. 140.

²⁵⁸ EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 158.

Een preventieve remedie behoort volgens dit arrest dus tot de door de lidstaat mogelijk te maken remedies. Het gebruik van het woord ‘either’ wijst er evenwel op dat een preventieve remedie niet zonder meer noodzakelijk is, maar impliceert een zekere keuzevrijheid voor de lidstaat.²⁵⁹

137. In de vreemdelingenrechtelijke zaak *Conka/België* heeft het EHRM de noodzaak van een preventieve remedie aanvaard.²⁶⁰ Het EHRM stelde in die zaak het algemene kader van artikel 13 EVRM voorop: artikel 13 EVRM strekt ertoe dat op nationaal niveau een remedie beschikbaar is om de rechten en vrijheden uit het Verdrag af te dwingen. Ook herhaalde het EHRM dat de strekking van de verplichtingen van een staat afhankelijk is van het ingeroepen recht, waarbij de ondergrens is dat de remedie ‘*effective in practice as well as in law*’ is. Dat is allemaal ook in andere arresten aangenomen. En hoewel het EHRM vervolgens niet overweegt dat artikel 13 EVRM een bepaalde remedie voorschrijft, overweegt het wel dat de notie van een effectieve remedie vereist dat de remedie de tenuitvoerlegging van maatregelen die in strijd zijn met het Verdrag en waarvan de effecten mogelijk onomkeerbaar zijn moet *voorkomen*. Dat is een duidelijke aanwijzing dat het nationale recht moet voorzien in een gelegenheid om een met het EVRM strijdige maatregel aan de rechter voor te leggen en dat die rechter in staat moet zijn de tenuitvoerlegging van de maatregel tegen te houden. Opmerking verdient daarbij dat het arrest betrekking had op een mogelijk onomkeerbare situatie van een vreemdeling die dreigde te worden uitgezet. Met dit oordeel is niet gezegd dat voor alle potentiële schendingen van het EVRM een preventieve remedie beschikbaar moet zijn.

138. Uit het *Neshkov*-arrest volgt dat een remedie beschikbaar moet zijn die een einde maakt aan de met het Verdrag strijdige situatie. Het beëindigen van een bestaande, maar onrechtmatige, situatie heeft vanzelfsprekend ook een preventieve component: de verdere schending van het Verdrag wordt voorkomen. Dat een effectieve remedie ook preventief behoort te kunnen zijn volgt uit een van de zaken die volgden op *Neshkov* en waarin het hof toetste of een nieuw in Bulgarije ingevoerde maatregel die gedetineerden in staat stelde een schending van artikel 3 EVRM te voorkomen, voldeed aan de eisen. Het EHRM onderzocht of een eis van een gedetineerde werd onderzocht door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, of de procedurele voorschriften niet onnodig ingewikkeld waren, of het onderzoek op een openbare zitting in aanwezigheid van de gedetineerde plaatsvond en met voldoende snelheid werd afgerond. Het EHRM oordeelde uiteindelijk dat de door de regering genomen maatregelen voorzagen in een effectief middel om een schending van artikel 3 EVRM te voorkomen of te beëindigen. Dat bracht mee dat het EHRM concludeerde dat de klagers, die geen gebruik hadden gemaakt van deze remedie, de nationale rechtsmiddelen niet hadden uitgeput, zodat zij niet-ontvankelijk waren.²⁶¹ Deze zaak strandde op die manier in de ontvankelijkheidsfase, maar uit het arrest kan worden afgeleid welke componenten het EHRM in dit geval van belang achtte voor de toets of de remedie ‘effectieve’ in de zin van artikel 13 EVRM was. Tot die componenten behoorde in ieder geval de mogelijkheid de schending van het EVRM te beëindigen.

139. Het belang van een preventieve remedie is door het EHRM verder benadrukt in de zaak *Sürmeli*, die betrekking had op de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM.²⁶² Nadat het Hof de algemene aspecten van een beroep op artikel 13 EVRM uiteen had gezet, overwoog het:

‘However, (...) the best solution in absolute terms is indisputably, as in many spheres, prevention. (...) Such a remedy offers an undeniable advantage over a remedy affording only compensation since it also prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach a posteriori, as does a compensatory remedy.’

²⁵⁹ Ook Uzman beschouwt het voorzien in redres enerzijds en het treffen van een maatregel die voorkomt dat de verdragsschending plaatsvindt of zich herhaalt anderzijds kennelijk als alternatieve mogelijkheden. Uzman 2013, p. 246.

²⁶⁰ EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99 (*Conka/België*), par. 79.

²⁶¹ EHRM 20 juli 2017, nr. 65540/16 en 22368/17 (*Atanasov/Bulgarije en Apostolov/Bulgarije*).

²⁶² EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli/Duitsland*), par. 100.

In dit oordeel ligt onomwonden besloten dat preventie een belangrijk aspect is van de effectieve remedie.

140. De Hoge Raad heeft het recht op een effectieve remedie in het *Urgenda*-arrest aldus samengevat dat een rechtsmiddel effectief is als de schending daarmee kan worden voorkomen dan wel beëindigd of als het rechtsmiddel adequaat rechtsherstel biedt voor een schending die al heeft plaatsgevonden. Bij ernstiger schendingen moeten de beschikbare rechtsmiddelen in beide voorzien, dus zowel in het voorkomen of beëindigen van de schending als in rechtsherstel.²⁶³ Die (noodzakelijke) complementariteit van remedies was door het EHRM in de zaak *Neshkov* aangenomen voor het geval een gedetineerde die is blootgesteld aan detentieomstandigheden die in strijd zijn met artikel 3 EVRM inmiddels is vrijgelaten of in betere omstandigheden is gebracht. Ook in zaken die een duidelijke impact hebben op het ‘family life’ van een klager en dus onder artikel 8 EVRM vallen heeft het EHRM aangenomen dat een remedie die alleen een einde maakt aan de situatie of compensatie biedt, niet voldoende is. Ook dan is een remedie die zowel preventief is als vergoedend, vereist.²⁶⁴

141. Wat gemeen is aan alle zaken is dat een situatie die strijdig is met een van de door het EVRM beschermde rechten beëindigd moet kunnen worden. Die eis heeft nadrukkelijk een preventieve component omdat beëindiging van een met het Verdrag strijdige situatie zonder meer toekomstgericht is. Er zijn hierom duidelijke aanwijzingen dat het begrip effectieve rechtsbescherming in het EVRM mede betrekking heeft op het bestaan van een preventieve remedie.

4.4 Een nationaal voorbeeld als uitzondering – de redelijke termijn

142. Artikel 6 EVRM vereist een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn. Het is van veel omstandigheden afhankelijk of een bepaalde termijn te lang is. Die omstandigheden zijn nu niet van belang. Het gaat mij erom te beschrijven hoe de remedie tegen overschrijding van de redelijke termijn in Nederland in de civiele rechtspleging vorm heeft gekregen.

143. Ik verwees hiervóór naar het arrest *Sürmeli/Duitsland* van het EHRM.²⁶⁵ *Sürmeli* was slachtoffer van een verkeersongeval waarbij hij letsel had opgelopen. Hij probeerde schade te verhalen op de verzekeraar van zijn wederpartij. Die procedure duurde eindeloos lang (meer dan 16 jaar) en *Sürmeli* beklagde zich erover dat er binnen het Duitse systeem geen mogelijkheid bestond om zich over die lange duur te beklagen. Hij stelde dat dit een schending van artikel 13 EVRM inhield. De Duitse regering weersprak de klacht: er zouden wel vier remedies (in de zin van rechtsmiddelen) beschikbaar zijn geweest, waaronder een procedure tot schadevergoeding.

144. Het EHRM herhaalde eerst de algemene karakteristieken van artikel 13 EVRM:

- artikel 13 EVRM vereist een nationaal rechtsmiddel tegen een *arguable complaint* en dat rechtsmiddel moet *appropriate relief* bieden;
- de effectiviteit van het rechtsmiddel is niet afhankelijk van de uitkomst van de procedure;
- als een enkele remedie niet voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM, kan een optelsom van remedies wel voldoende zijn;
- in ieder individueel geval moet daarom worden onderzocht of de beschikbare middelen effectief zijn in die zin dat zij ofwel de gestelde schending van een verdragsrecht of de voortduring daarvan voorkomen, ofwel een *adequate redress* bieden voor een reeds voorgevallen schending.

²⁶³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

²⁶⁴ EHRM 15 januari 2015, nr. 62198/11 (*Kuppinger/Duitsland*) par. 136 en 137.

²⁶⁵ EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli/Duitsland*).

145. Ook voor de gestelde overschrijding van de redelijke termijn geldt dan dat rechtsmiddelen effectief zijn in die zin dat zij ofwel de gestelde schending van een verdragsrecht of de voortdurende daarvan voorkomen, ofwel een *adequate redress* bieden voor een reeds voorgevallen schending. Een remedie is in een dergelijk geval effectief indien deze de beslissing van de rechter kan versnellen of *redress* kan bieden na overschrijding van de redelijke termijn. Dat duidt dus op een keuzemogelijkheid voor de lidstaat. Die ligt, naar Nederlandse maatstaven bezien, ook voor de hand. Het is weinig aannemelijk dat de Staat een rechter kan dwingen een vonnis versneld uit te spreken.

146. Niettemin overweegt het EHRM vervolgens dat een preventieve oplossing te verkiezen is boven schadevergoeding. Het EHRM heeft blijkens zijn overwegingen het oog op een remedie die rechterlijke procedures versnelt ('*expedite the proceedings*'). Zo'n remedie heeft een belangrijk voordeel boven compensatie, reeds omdat het een opeenstapeling van schendingen voorkomt. Bij een heel lang lopende procedure zou een klager bijvoorbeeld meerdere procedures tegen de Staat aanhangig moeten maken om steeds weer nieuwe schadevergoeding te vorderen in de hoop dat die schadevergoeding een prikkel is tot haast.

147. Hoewel de voorkeur van het Hof voor een preventieve remedie nadien nog is herhaald, is de mogelijkheid voor een lidstaat om te kiezen voor een herstel achteraf, dus een schadevergoeding, blijven bestaan.²⁶⁶ Die financiële remedie moet aan een aantal voorwaarden voldoen:²⁶⁷

- een verzoek tot compensatie moet binnen een redelijke termijn worden behandeld;
- compensatie moet onmiddellijk worden voldaan, niet later dan zes maanden nadat de beslissing waarmee de compensatie is toegekend, voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden;
- de procedure voor compensatie moet voldoen aan de eisen van *fairness* zoals neergelegd in artikel 6 EVRM;
- de regels met betrekking tot juridische kosten mogen geen onevenredig zware last op de verzoekers leggen indien hun verzoek gerechtvaardigd is;
- compensatie mag niet onredelijk zijn in vergelijking met oordelen van het Hof in vergelijkbare zaken.

148. Zoals ik al opmerkte, is het moeilijk voorstelbaar dat een Nederlandse rechter door de minister of de Raad voor de Rechtspraak gedwongen wordt een bepaalde zaak met voorrang te behandelen. De volgorde waarin zaken worden behandeld is bovendien niet willekeurig (of aan het oordeel van een andere rechter onderworpen), maar wordt bepaald door de volgorde waarin zij op de rol voorkomen.²⁶⁸ De Code zaakstoedeling waarborgt bovendien dat 'inmenging met de toedeling van zaken van buitenaf' wordt voorkomen. Naar Nederlands recht is een bevel dat ertoe strekt een zaak met voorrang te behandelen ook om die reden niet goed denkbaar, en een rechterlijk bevel al helemaal niet. Ik acht het uitgesloten dat een (voorzieningen)rechter een collega-rechter via de rechtspersoon de Staat der Nederlanden zal bevelen binnen een bepaalde termijn uitspraak te doen.

149. Om dat verder te onderbouwen, moet ik een uitstapje maken naar een strafvorderlijke getinte Nederlandse zaak.²⁶⁹ Eisers in die civiele zaak waren de nabestaanden van een man die tijdens een aanhouding door de politie om het leven is gekomen. Tegen een aantal van de betrokken agenten is vervolging ingesteld. In die strafzaak hebben de nabestaanden verzocht om kennis te kunnen nemen

²⁶⁶ EHRM 4 juli 2016, nr. 17708/12 e.a. (*Olivieri e.a./Italië*), par. 45. EHRM 4 mei 2009, nr. 33509/04 (*Burdov/Rusland (No. 2)*), par. 98.

²⁶⁷ EHRM 29 oktober 2015, nr. 73798/13 (*Valada Matos Das Neves/Portugal*), par. 73. EHRM 4 mei 2009, nr. 33509/04 (*Burdov/Rusland (No. 2)*), par. 99; EHRM 29 maart 2006, nr. 36813/97 (*Scordino/Italië*), par. 194 e.v.

²⁶⁸ Zie artikel 15 lid 4 Besluit orde van dienst gerechten, welk besluit is gebaseerd op artikel 11 RO.

²⁶⁹ HR 28 september 2018, ECLI:NL:2018:1806. Volledigheidshalve vermeld ik dat ik deel uitmaakte van de combinatie die het hof-arrest wees (ECLI:NL:GHDHA:2017:1931).

van de namen van de betrokken agenten. De strafrechter had dat verzoek afgewezen, waarna de nabestaanden in een civiel kort geding tegen de Staat een bevel vorderden om hen de namen van de agenten te verstrekken. Die vordering is door de rechtbank en het hof afgewezen. De Hoge Raad verwierp de tegen die afwijzing gerichte klachten en overwoog dat de aanvullende rechtsbescherming die de burgerlijke rechter kan bieden, geen betrekking heeft op voorzieningen die partijen uitsluitend verlangen met het oog op de procesvoering in de rechtsgang bij een andere rechter. In die andere rechtsgang zijn partijen aangewezen op de voor die rechtsgang geldende regels en mogelijkheden en het is aan die andere rechter om te beslissen over de uitleg en toepassing van de regels en mogelijkheden.

150. Dit is een wat a-specifieke zaak, die niet één op één vergelijkbaar is met de situatie waarin een overschrijding van de redelijke termijn dreigt. Maar het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter zich niet met de rechtsgang in een andere procedure moet bemoeien is er stellig in neergelegd en is breder toepasbaar.²⁷⁰ Ik vind daarin steun voor mijn visie dat de burgerlijke rechter niet een bevel aan de Staat zal kunnen geven dat ertoe strekt dat een andere rechter binnen een bepaalde termijn uitspraak zal moeten doen. Dat heeft overigens ook een meer constitutioneel aspect: het is niet aanvaardbaar dat de Staat als uitvoerende macht een rechter beveelt om een bepaalde zaak bij voorrang te behandelen (en dus een andere zaak achter te stellen). De onafhankelijkheid van de rechter staat daaraan in de weg. De preventieve remedie bij een dreigende overschrijding van de redelijke termijn zal in de Nederlandse context dan ook niet goed toepasbaar zijn.

151. Terug naar de overschrijding van de redelijke termijn. De Hoge Raad heeft zich (vanzelfsprekend) ook over deze materie moeten buigen. In een onteigeningszaak, waarin de Hoge Raad er om cassatietechnische redenen vanuit moest gaan dat artikel 6 EVRM geschonden was, werd een schadevergoeding gevorderd in verband met de overschrijding van de redelijke termijn.²⁷¹ Die vordering kon in dat geding niet slagen omdat een gemeente de wederpartij was van de eiser, en niet de Staat. De Hoge Raad koos ervoor om niet in een lopende procedure een mogelijkheid te creëren om de Staat op te roepen, zoals in bestuursrechtelijke procedures wel is gebeurd. In navolging van het EHRM overwoog de Hoge Raad dat een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat een voldoende effectief rechtsmiddel kan bieden tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Wat opvalt is dat de Hoge Raad daaraan toevoegde dat een partij die zo een procedure tegen de Staat aanhangig moet maken, niet opnieuw griffierecht hoeft te betalen. Die beslissing past goed bij de hiervoor weergegeven voorwaarden, waaruit volgt dat geen onnodige drempels mogen worden opgeworpen. De Hoge Raad verwees ter motivering van deze beslissing terecht naar de eis van een effectieve remedie van artikel 13 EVRM.

152. Aan de Hoge Raad lag in deze zaak niet de vraag voor of een andere remedie dan schadevergoeding kon worden toegewezen. Zoals ik hiervoor al opmerkte, acht ik een andere remedie binnen het Nederlandse systeem niet goed denkbaar. Daarmee kan deze materie dienen als voorbeeld voor een situatie waarin een preventieve remedie wel wenselijk, maar in de Nederlandse context niet haalbaar is.

4.5 Een nationaal voorbeeld als bevestiging – schending van artikel 3 EVRM bij tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf

153. Het is wet en vaste jurisprudentie dat de Staat (het Openbaar Ministerie) verplicht is een door de strafrechter uitgesproken straf of maatregel ten uitvoer te leggen.²⁷² Het gesloten stelsel van

²⁷⁰ Zie voor een vergelijkbare situatie HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, *NJ* 2011/237, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

²⁷¹ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser. De Hoge Raad maakt duidelijk dat niet vereist is dat de zaak onder artikel 6 EVRM valt, omdat het aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende rechtsbeginsel sowieso binnen de Nederlandse rechtsorde geldt.

²⁷² Vgl. HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:500, *NJ* 2015/232.

rechtsmiddelen staat eraan in de weg dat de burgerlijke rechter de Staat beveelt de tenuitvoerlegging van een straf te staken.²⁷³ Wat de burgerlijke rechter wel kan – en ook moet – is een tenuitvoerlegging die in strijd is met artikel 3 EVRM doen staken. Daarbij zal het in de regel gaan om het staken van een bepaalde vorm van tenuitvoerlegging, namelijk die vorm die strijd met artikel 3 EVRM veroorzaakt. Daarmee wordt niet de tenuitvoerlegging van de door de strafrechter opgelegde straf verboden, omdat normaal gesproken een vorm van tenuitvoerlegging die niet in strijd is met artikel 3 EVRM ook mogelijk zal zijn, zodat op het uitgangspunt dat de Staat gehouden is rechterlijke beslissingen ten uitvoer te leggen geen inbreuk behoeft te worden gemaakt.

154. De voorzieningenrechter in Den Haag zag zich in 2003 gesteld voor de vraag of hij de verdere tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf, waarvan de modaliteiten door het EHRM in strijd met artikel 3 EVRM waren geoordeeld, mocht doen staken. Het ging in die zaak om een veroordeelde die in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) was geplaatst en daar werd onderworpen aan frequente visitaties aan het lichaam. Het EHRM heeft daarvan geoordeeld dat dit een onmenselijke of in ieder geval vernederende bestraffing was.

155. Toen de voorzieningenrechter over de zaak moest oordelen was de klager al overgeplaatst naar een andere penitentiaire inrichting. De omstandigheden van de tenuitvoerlegging die in strijd waren met artikel 3 EVRM waren daarmee al beëindigd, zodat de voorzieningenrechter geen maatregel behoeft te treffen die tot die beëindiging leidde. Maar de straf was nog niet volledig ten uitvoer gelegd en de vraag was of de verdere tenuitvoerlegging kon worden verboden bij wijze van rechtsherstel voor de eerdere schending van artikel 3 EVRM. De voorzieningenrechter beantwoordde die vraag bevestigend.²⁷⁴ De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.²⁷⁵ Daarbij nam de Hoge Raad tot uitgangspunt dat op grond van het EVRM op de Staat de verplichting rust om te zorgen voor rechtsherstel. De Staat is daarbij volgens de Hoge Raad in beginsel vrij in de wijze waarop hij aan deze verplichting gevolg geeft. Deze vrijheid houdt echter niet in dat hij vrij is in de wijze waarop het herstel plaatsvindt en dat de nationale rechter daarover geen beslissing zou kunnen nemen, maar betekent slechts dat binnen de nationale rechtssfeer naar een passende vorm van herstel moet worden gezocht. De eiser kon naar nationaal recht aanspraak maken op schadevergoeding en die schadevergoeding kan ook plaatsvinden in een andere vorm dan betaling van een geldsom. Omdat het hier ging om een schending van artikel 3 EVRM door de wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, kon het herstel plaatsvinden in de vorm van staking van de tenuitvoerlegging. Het bevel tot staking van de verdere tenuitvoerlegging moest daarom worden gezien als een in de bijzondere omstandigheden van het geval passende vorm van schadevergoeding in natura.

156. Ik bespreek deze zaak omdat het laat zien hoe groot de ruimte is van de nationale rechter om ook bij een vastgestelde schending van een van de materiële rechten uit het EVRM een oplossing te zoeken die recht doet aan het recht op herstel van dat geschonden recht. Het nationale uitgangspunt dat een door de rechter opgelegde straf nu eenmaal volledig ten uitvoer moet worden gelegd en dat de Staat niet de vrijheid heeft om daarover een andere afweging te maken, moet daarvoor dan kunnen wijken.

157. De Hoge Raad had overigens al eerder aanvaard dat op het uitgangspunt dat straffen ten uitvoer moeten worden gelegd, en dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen eraan in de weg staat dat de burgerlijke rechter de veroordeling door de strafrechter toetst, een uitzondering moet worden gemaakt ingeval een uitspraak van het EHRM, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen

²⁷³ Althans in beginsel omdat er natuurlijk discussie kan zijn over het aanvangstijdstip van de straf, de vraag of de straf al geheel ten uitvoer is gelegd en ook over de modaliteiten van een straf. De burgerlijke rechter zal dan als restrechter benaderd kunnen worden bij een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering.

²⁷⁴ Zij het dat hij geen veroordeling uitsprak omdat het tijdstip waarop de betrokken eiser zou moeten worden vrijgelaten nog zo ver verwijderd was dat er geen spoedeisend belang was.

²⁷⁵ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, *NJ* 2005/196, m.nt. E.A. Alkema.

rekening heeft kunnen houden, noopt tot de conclusie dat de beslissing tot stand is gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling in de zin van artikel 6, lid 1 EVRM.²⁷⁶ Die beslissing werd mede gemotiveerd met een beroep op artikel 13 EVRM en de Hoge Raad voegde daaraan toe dat de rechter in kort geding in dat geval de tenuitvoerlegging van de straf kan verbieden, onderbreken of beperken. Daarmee heeft de Hoge Raad de preventieve werking van artikel 13 EVRM tot uitdrukking gebracht omdat met het staken van de verdere tenuitvoerlegging ook de schending van het materiële recht uit het EVRM werd beëindigd.

158. Er hoeft geen twijfel over te bestaan dat de burgerlijke rechter een met artikel 3 EVRM strijdige situatie kan beëindigen. In dat geval handelt de Staat door de wijze van tenuitvoerlegging immers onrechtmatig en zal een op beëindiging van die situatie toegesneden maatregel kunnen worden getroffen. Niet alleen artikel 3:296 BW dwingt daartoe, maar ook artikel 13 EVRM. Het interessante aan het arrest van 31 oktober 2003 is dat de schending van artikel 3 EVRM al voorbij was op het moment waarop de voorzieningenrechter de situatie moest beoordelen. Dat hij toch de verdere tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf kon verbieden²⁷⁷ laat zien hoe belangrijk het is dat het geboden herstel daadwerkelijk een remedie is tegen de geschonden norm. Het rechterlijk bevel en verbod spelen daarbij dus – ook als die feitelijk een vorm van schadevergoeding in natura inhouden – een belangrijke rol. De nationale kaders waarbinnen het rechterlijk bevel en verbod vorm hebben gekregen staan daaraan niet in de weg.

4.6 Conclusie

159. Artikel 13 EVRM heeft primair een procedureel karakter. Het schrijft de beschikbaarheid voor van een rechtsmiddel indien er een *arguable complaint* is met betrekking tot de schending van een materieel EVRM-recht. Die procedurele kant geeft geen direct antwoord op de vraag die centraal staat in dit boek, namelijk welke eisen aan een effectieve remedie mogen worden gesteld.

160. Ten aanzien van dat materiële aspect biedt het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM casuïstische handvatten. Een algemene remedie wordt niet voorgeschreven. Schadevergoeding kan voldoen, maar evengoed kan in bepaalde omstandigheden een preventieve maatregel vereist zijn. De aard van het beweerdelijk geschonden recht speelt daarbij een belangrijke rol. Het EVRM geeft dus geen concreet antwoord op de vraag welke eisen aan een remedie moeten worden gesteld. Het EVRM vereist ook niet steeds dat een preventieve maatregel mogelijk is, maar een preventieve maatregel behoort wel degelijk tot de mogelijkheden om een *effective remedy* te bieden. Het preventieve karakter van de remedie kan die remedie dus *effective* maken, maar ook een niet-preventieve remedie kan *effective* zijn in de zin van het EVRM. Op grond van de hiervoor besproken jurisprudentie in de zaken *Kudla/Polen*, *Conka/België* en *Neshkov* is er in ieder geval reden om aan te nemen dat het EHRM vereist dat een (bestaande) schending van een verdragsrecht wordt beëindigd. Een daarop gerichte remedie heeft ook een preventief aspect omdat een bestaande schending wordt beëindigd.

161. Alle remedies die uit de hiervoor besproken gevallen zijn af te leiden, zijn in het Nederlandse recht beschikbaar. Het Nederlandse recht gaat op sommige terreinen zelfs verder. Onze nationale wetgeving kan immers direct aan (rechtstreeks werkende bepalingen van) het EVRM worden getoetst en door de rechter onverbindend worden verklaard indien er een (in kort geding: onmiskenbare) strijd bestaat tussen de nationale wetgeving en het EVRM. Zoals ik hiervoor heb omschreven, vereist het EVRM een dergelijke toetsing van nationale wetgeving niet. In de gevallen waarin uit artikel 13 EVRM volgt dat een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, voldoet de regeling van artikel 3:296 BW, toegepast in een kort geding, daaraan (zie paragraaf 10.2.5).²⁷⁸ In ieder geval zal naar nationaal

²⁷⁶ HR 1 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0130, *NJ* 1991/413, m.nt. Th.W. van Veen.

²⁷⁷ Dat zou hij gedaan hebben als er nog een spoedeisend belang was geweest.

²⁷⁸ De Hoge Raad heeft overwogen dat artikel 3:296 BW toepassing mist in kort geding. Zie HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*). Ik ga hierop nader in in paragraaf 10.2.5.

recht een (voortdurende) schending van een verdragsrecht beëindigd kunnen worden. Het handelen van de Staat dat leidt tot een verdragsschending zal in de regel in strijd zijn met een op de Staat rustende rechtsplicht en dus onrechtmatig zijn en op grond van artikel 3:296 BW beëindigd kunnen worden. Voor een toekomstige schending is dat niet anders, mits het voldoende aannemelijk is dat die schending gaat plaatsvinden.

162. Een uitzondering op de conclusie dat de vereiste remedies in Nederland beschikbaar zijn, is de overschrijding van de redelijke termijn voor rechterlijke beslissingen. Een dreigende overschrijding daarvan is een dreigende schending van een op de Staat rustende rechtsplicht. Een preventieve remedie is daarvoor echter niet goed denkbaar en om redenen die verband houden met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ook niet wenselijk. Schade die voortvloeit uit zo'n overschrijding van de redelijke termijn is systeem schade. De rechterlijke macht dient alles in het werk te stellen om die te voorkomen, maar als die schade toch ontstaat of dreigt te ontstaan is een financiële vergoeding de enige oplossing.