

Het EHRM en het Hof van Justitie: Waar waren we? Waar zijn we geworpen? Waar gaan we heen?

Een verhouding van toenadering, verbondenheid en jaloezie

Remco Bernaerds

*Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. Dr. S. Sottiaux*

INLEIDING

“The image of a peaceful co-operative Europe, open toward other cultures and capable of dialogue, floats like a mirage before all of us” - J. DERRIDA en J. HABERMAS¹

Het HvJ EU en het EHRM komen geregeld met elkaar in aanraking en elkeen moet voortdurend rekening houden met de andere zonder een formele regeling van dit samenspel. Na een lange tijd probeert men een formalisering tot stand te brengen door een toetreding van de EU tot het EVRM te verwezenlijken. Dit werk onderzoekt het samenleven en samenwerken van de hoven binnen de Unieverdragen en het EVRM met extra aandacht voor het recente concepttoetredingsverdrag met opvolgend negatief advies 2/13 door het HvJ EU.

Door de afwezigheid van verdragsbepalingen creëerde het HvJ EU via een uitgebreide en evolutieve rechtspraak zijn houding ten aanzien van het EHRM. Via meerdere arresten deed het EHRM hetzelfde, met het Bosphorus-arrest uit 2005 als sluitstuk. Ondanks het succesverhaal van deze evolutie in de arresten M.S.S. en N.S. bleek uit het Connolly-arrest dat er nog steeds gebreken waren bij deze verhouding. Het Verdrag van Lissabon in 2009 en het concepttoetredingsverdrag in 2013 zijn de eerste verdragen die de verhouding vermelden. In zijn rechtspraak zette het HvJ EU de autonomie van het EU-recht uiteen en in advies 2/13 gebruikt het dit mechanisme om het huidig proces van toetreding tot het EVRM af te keuren. Gezaghebbende auteurs zoals Baratta, Callewaert, De Schutter, Douglas-Scott, Gragl, Jacqué en Lock leveren uiteenlopende interpretaties en visies over het verleden, heden en toekomst van de verhouding.

¹ J. DERRIDA en J. HABERMAS, “Februari 15, or What Binds Europeans Together: a Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe”, *Constellations* 2003, 293-294.

In beperkte mate behandelt dit werk het probleem van de tot stand gekomen verhouding. In grotere mate behandelt dit werk het probleem dat zich vandaag stelt voor de toetreding tot het EVRM, namelijk de autonomie van het EU-recht.

De toetreding van de EU tot het EVRM verandert niet enkel de verhouding tussen het HvJ EU en het EHRM, maar impliceert een hertekening van de meerlagige rechtsorde die van groot belang is in elke nationale rechtsorde binnen de RvE. De complexiteit en uniekheid van dit project zorgt voor een wereldwijde relevantie. Bovendien zijn de verhouding en toetreding actuele zaken die in de komende jaren alleen maar belangrijker worden.

De onderzoeksvraag valt op te splitsen in drie delen: waar waren we, waar zijn we geworpen en waar gaan we heen? Om te antwoorden op het eerste deel van de onderzoeksvraag zal ik in grote mate de rechtspraak van de twee hoven verzamelen en bestuderen samen met de beperkte verdragsteksten. Mijn antwoord voor het tweede deel van de onderzoeksvraag steunt voornamelijk op het concepttoetredingsverdrag en het negatieve advies 2/13. Het derde deel bouwt verder op de bronnen van het tweede deel maar met een weergave van de kritische rechtsleer omtrent de toekomst. De verschillende opvattingen in de rechtsleer helpen binnen elk deel om een dieper inzicht te krijgen van de implicaties van deze bronnen.

De drie hoofdstukken vallen samen met de drieledige onderzoeksvraag. Hoofdstuk 1 behandelt het verleden ('Waar waren we?') aangezien dit noodzakelijk is om de huidige verhouding te begrijpen. Hoofdstuk 2 bespreekt de hedendaagse fase ('Waar zijn we geworpen?') die ons bovendien veel leert over de mogelijke toekomst van de verhouding. Ten slotte weergeeft het beperkte Hoofdstuk 3 of deze nieuwe verhouding nog bereikt kan worden en hoe dit kan gebeuren ('Waar gaan we heen?').

De verhouding tussen het HvJ EU en het EHRM is een evolutief proces dat gekenmerkt wordt door een grote onduidelijkheid en onzekerheid doorheen de tijd. De vertwijfelde vragen van Clemens van Alexandrië vinden 1900 jaar na datum ook hier toepassing: "Wie waren we? Wat zijn we geworden? Waar waren we? Waar zijn we geworpen? Waar gaan we heen? Vanwaar komt onze bevrijding?"²

² G. VAN RIEL, *Fundamentele wijsbegeerte*, Leuven, Acco, 2013, 65.

1. WAAR WAREN WE?

1.1. VOORTZETTING VAN TOENADERING

1.1.1. De eerste incrementele stappen: jaren '70 tot jaren '90

1. Een groep van zes landen richtte in 1952 de EGKS met een HvJ EU op, de voorloper van de EU^{3,4}. Deze samenwerking was economisch van aard en had als doel om economische vooruitgang te verwezenlijken.⁵ Dit in tegenstelling tot de oprichting van de RvE in 1949 en het EHRM⁶ in 1959, waarbij men zich hoofdzakelijk focuste op de bescherming van de grondrechten^{7,8}. Omwille van het grote succes duurde het echter niet lang vooraleer er een continue uitbreiding op gang kwam van het Europese project, waardoor ook het HvJ EU zich op het terrein van de grondrechten ging begeven.

2. Door de geleidelijke uitbreiding richting de 36 beleidsterreinen⁹ die de EU vandaag de dag heeft, nam ook het risico op schendingen van de grondrechten door zijn instellingen toe.¹⁰ Ondanks dit risico was er geen sprake van controle over de EU. Enerzijds sprak het HvJ EU zich nooit uit

³ Ter bevordering van de duidelijkheid en leesbaarheid verwijs ik enkel naar de EU in dit werk, ook daar waar strikt genomen de termen “Europese Economische Gemeenschap” (EEG) en “Europese Gemeenschap” (EG) correct zijn. Dit geldt niet voor de vermelding van bronnen.

⁴ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 7, nr. 8.

⁵ Preambule Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal van 18 april 1951,

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Treaty%20constituting%20the%20European%20Coal%20and%20Steel%20Community.pdf>; L. SCHECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ZaRV* 2005, (837) 837; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 7, nr. 7; J. GERARDS en L. GLAS, “De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM”, *Ars Aequi* 2012, (520) 521; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 14; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 37.

⁶ Ter bevordering van de duidelijkheid en leesbaarheid verwijs ik enkel naar het EHRM in dit werk, ook daar waar strikt genomen de term “Europese Commissie voor de Rechten van de Mens” correct is. Dit geldt niet voor de vermelding van bronnen.

⁷ Ter bevordering van de duidelijkheid en leesbaarheid verwijs ik enkel naar de grondrechten in dit werk, ook daar waar strikt genomen de term “mensenrechten” correct is. Dit geldt niet voor de vermelding van bronnen.

⁸ Artikel 1 Statuut van de Raad van Europa, *CETS*, nr.1; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 629; J. GERARDS en L. GLAS, “De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM”, *Ars Aequi* 2012, (520) 521.

⁹ Portaal van de Europese Unie – Thema’s van de Europese Unie: http://europa.eu/pol/index_nl.htm (consultatie 30 mei 2016).

¹⁰ L. SCHECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ZaRV* 2005, (837) 837; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 632; J. GERARDS en L. GLAS, “De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM”, *Ars Aequi* 2012, (520) 521; R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1308.

over de bescherming van de grondrechten (via nationaal recht)¹¹ en anderzijds was het EHRM niet bevoegd om controle uit te oefenen over de instellingen van de EU aangezien deze geen partij was bij het EVRM.¹² Ten eerste werkt deze situatie in het nadeel van het HvJ EU aangezien de nationale hoven een effectieve bescherming eisen vooraleer er sprake kan zijn van suprematie van het EU-recht. Het Duitse Grondwettelijke Hof eist dit in het dreigende Solange I-arrest¹³ in 1974 en bevestigt deze eis in 1986 met het mildere Solange II-arrest^{14, 15}. Deze twee arresten moet men echter kaderen in een veel bredere evolutie in de rechtspraak van het HvJ EU in de jaren '70 tot de jaren '90. Ten tweede is deze situatie nadelig voor het EHRM dat opzijgeschoven wordt voor de controle op alle bevoegdheden die aan de EU zijn overgedragen waardoor de lidstaten worden afgeschermd van de toegang tot het EHRM.¹⁶

a. Langs de zijde van het HvJ EU

3. In het arrest Van Gend en Loos¹⁷ sprak het HvJ EU voor de eerste keer over de rechten die het Unierecht aan particulieren verleent en aldus apart van de nationale rechtsordes.¹⁸ Belangrijker voor de grondrechten was echter het arrest Stauder¹⁹ in 1969. Hier bepaalde het Luxemburgse Hof dat naast het Unierecht ook de constitutionele tradities van de lidstaten als basis diende voor het interpreteren en bepalen van de rechten, desalniettemin met het HvJ EU als controle-instantie.²⁰ Volgend op deze tendens besloot het HvJ EU in 1970 met het arrest Internationale Handelsgesellschaft²¹ dat, alhoewel de constitutionele tradities een bron van inspiratie zijn, de waarborging van de grondrechten binnen de institutionele structuur van de Europese Unie zélf moet gebeuren in zoverre het gaat om Unierecht.²² Indien men deze uitspraak samen leest met de conclusie van advocaat-generaal Dutheillet De Lamothe, blijkt dat het HvJ EU zich niet meer uitsluitend op het

¹¹ HvJ 4 februari 1959, nr. C-1/58, ECLI:EU:C:1959:4, Friedrich Stork & Co, 26; HvJ 1 april 1965, nr. C-40/64, ECLI:EU:C:1965:36, Marcello Sgarlata & Co, 227; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543, nr. 715.

¹² L. SCHEECK, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ŽaãRV* 2005, (837) 837.

¹³ BVerfG 29 mei 1974, 31, 271, 'Solange I', *SEW* 1975, 452.

¹⁴ BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339, 'Solange II', *SEW* 1988, 127.

¹⁵ L. SCHEECK, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ŽaãRV* 2005, (837) 848; J. GERARDS en L. GLAS, "De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM", *Ars Aequi* 2012, (520) 521; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 38.

¹⁶ L. SCHEECK, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ŽaãRV* 2005, (837) 848; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 15.

¹⁷ HvJ 5 februari 1963, nr. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Van Gend en Loos.

¹⁸ HvJ 5 februari 1963, nr. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Van Gend en Loos, 12; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 39.

¹⁹ HvJ 12 november 1969, nr. C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57, Erich Stauder.

²⁰ HvJ 12 november 1969, nr. C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57, Erich Stauder, 422 en 425.

²¹ HvJ 17 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft mbH.

²² HvJ 17 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft mbH, 1134.

economische domein bevindt maar dat het een onmiskenbaar doel is geworden van het Unierecht om de grondrechten van particulieren te beschermen.²³ Dit arrest kan echter ook opgevat worden als een kundig manoeuvre om de suprematie van het Unierecht te verzekeren ten aanzien van nationale hoven.²⁴ Aangezien men in het Internationale Handelsgesellschaft-arrest geen schending van de grondrechten vaststelt (een veroordeling door het HvJ EU van een Unie-instelling zou nog tot het Baustahlgewebe-arrest²⁵ in 1998 op zich laten wachten)²⁶ en aangezien het eerder bij woorden dan daden bleef aan de kant van het HvJ EU, reageerde het Bundesverfassungsgericht in 1974 met het Solange I-arrest.²⁷ Het Bundesverfassungsgericht besloot ondanks de suprematie van het Unierecht en het reeds geleverde arrest van het HvJ EU om alsnog over te gaan tot een bijkomende toetsing, ‘solange’ de EU zelf niet voorziet in een afdoende waarborging van de grondrechten.²⁸

4. Dit arrest had een grote invloed op het HvJ EU. Eerder was in het Nold-arrest²⁹ reeds verwezen naar ‘internationale verdragen’ die kunnen dienen als richtlijn voor de rechtspraak met betrekking tot de grondrechten maar in het Rutili-arrest³⁰ verwees men nu voor de eerste keer direct naar artikels uit het EVRM.³¹ De verknochtheid tussen de grondrechtenrechtspraak van het HvJ EU en het EVRM blijkt uit het arrest Hauer³² in 1979 samen gelezen met de conclusie van advocaat-generaal Capotorti.³³ Omwille van deze ommekeer in de rechtspraak van het HvJ EU, besloot het Bundesverfassungsgericht in zijn Solange II-arrest ook een ommekeer door te voeren in zijn Solange-

²³ HvJ 2 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:100, Internationale Handelsgesellschaft mbH, 1146, concl. D. DE LAMOTHE.

²⁴ HvJ 17 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft mbH, 1134; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 633; A.T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 119.

²⁵ HvJ 17 december 1998, nr. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Baustahlgewebe GmbH.

²⁶ HvJ 17 december 1998, nr. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Baustahlgewebe GmbH, 8525.

²⁷ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 41.

²⁸ L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaiRV* 2005, (837) 845; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 530, nr. 691.

²⁹ HvJ 14 mei 1974, nr. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung.

³⁰ HvJ 28 oktober 1975, nr. C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137, Roland Rutili.

³¹ HvJ 14 mei 1974, nr. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung, 507; HvJ 28 oktober 1975, nr. C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137, Roland Rutili, 1232; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 633; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 999; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 43.

³² HvJ 13 december 1979, nr. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Liselotte Hauer.

³³ HvJ 13 december 1979, nr. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Liselotte Hauer, 3745; HvJ 8 november 1979, nr. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:254, Liselotte Hauer, 3760, concl. F. CAPOTORTI; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 999-1000; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 44.

rechtspraak.³⁴ De premisse van Solange I werd omgekeerd en vanaf nu zou het Bundesverfassungsgericht zich onthouden van een bijkomende toetsing van het Unierecht, zolang de EU voorzag in een equivalente bescherming aan die van de Duitse grondwet.³⁵ Het Verdrag van Maastricht incorporeerde deze rechtspraak in artikel 6, lid 3 VEU. Hierna bleef de toenadering verder gaan met het HvJ EU die in het arrest Hoechst³⁶ nogmaals het belang van het EVRM benadrukte. In zijn arrest Familiapress³⁷, later bevestigd door het arrest Schmidberger³⁸ en arrest Omega Spielhallen³⁹, besliste het Luxemburgse Hof dat de grondrechten het Unierecht kunnen inperken. Bovendien besloot men dat het EVRM ook toepasselijk was op de implementatie van het Unierecht.⁴⁰ Tijdens deze periode was er ook een wetgevend initiatief, namelijk een voorstel van de Europese Commissie in 1979 om toe te treden tot het EVRM.⁴¹ Het HvJ EU wees dit voorstel af in zijn advies 2/94 in 1996 aangezien de EU geen bevoegdheid had om toe te treden met oog op “de huidige stand van het gemeenschapsrecht”.⁴²

5. Het HvJ EU heeft een lang grondrechtendiscours doorlopen over een pad dat men zelf heeft aangelegd met de vele arresten. De druk om deze graduele werken te beginnen en te versnellen was voornamelijk afkomstig van de lidstaten. Het is duidelijk dat het HvJ EU grotendeels zijn inspiratie zoekt in het EVRM en dit zorgt voor een toenadering tussen de 2 Europese hoven.⁴³ Het voorgaande is voornamelijk een *weergave* van de evolutie, verder in dit werk volgt een algemene en kritische *evaluatie* hiervan.

³⁴ L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 850; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 46.

³⁵ BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339, ‘Solange II’, *SEW* 1988, 132; zie ook BVerfG 22 oktober 1986, 73, 339, ‘Solange II’, *SEW* 1988, 134-135, noot R. H. LAUWAARS.

³⁶ HvJ 21 september 1989, nr. C-46/87 en C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Hoechst AG.

³⁷ HvJ 26 juni 1996, nr. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH.

³⁸ HvJ 12 juni 2003, nr. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge.

³⁹ HvJ 14 oktober 2004, nr. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH.

⁴⁰ HvJ 18 juni 1991, nr. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, ‘ERT’; HvJ 4 oktober 1991, nr. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd.

⁴¹ Memorandum 2/79 betreffende de toetreding van de EG tot het EVRM van de Europese Commissie (4 april 1979), *Bull. EG Suppl.* 2/79 (1979); Zie K. ECONOMIDES en J.H.H. WEILER, “Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum”, *MLR* 1979, 683-695; J. GERARDS en L. GLAS, “De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM”, *Ars Aequi* 2012, (520) 521.

⁴² HvJ 28 maart 1996, advies 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, 1789; L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 864; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 1002.

⁴³ L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 848; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 630; T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 380; A.T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 32; R.

b. Langs de zijde van het EHRM: “keine Flucht ins Völker-/Europarecht”⁴⁴

6. Het EHRM benadrukte sinds 1958 dat de lidstaten hun verplichtingen onder het EVRM dienen na te komen en als enige verantwoordelijk zijn voor de handelingen van de EU.⁴⁵ Ondanks deze stellingname weerhield het EHRM zich in de realiteit van een reële controle aangezien het zichzelf niet bevoegd achtte.⁴⁶

7. In zijn arrest *M. & Co.*⁴⁷ in 1990 veranderde de houding van het EHRM in een conflict-vermijdende houding. Ondanks het feit dat het EHRM het beroep onontvankelijk verklaarde, greep het deze kans om zijn standpunt uit 1958 te bevestigen. Men voegde hieraan toe dat het overdragen van bevoegdheden aan de EU niet onverenigbaar was met het EVRM, in zoverre (‘solange’) de EU voorzorg in een equivalente bescherming van de grondrechten.⁴⁸ In hetzelfde arrest verklaarde het EHRM dat de EU zowel de grondrechten waarborgt alsook voorziet in de controle hierop.⁴⁹ Het *M. & Co.*-arrest kan gezien worden als een variant op het *Solange II*-arrest dat het voordeel van de twijfel verleent aan de EU, maar dan afkomstig uit Straatsburg en niet uit Karlsruhe.⁵⁰ Enkele jaren later in het arrest *Cantoni*⁵¹ toonde het EHRM zich assertiever. Het achtte zichzelf bevoegd om de implementatiemaatregelen van EU-recht door de lidstaten te controleren, ook al is het een letterlijke overname van een EU richtlijn.⁵² Dit arrest volgde

BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1306; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 54.

⁴⁴ M. BREUER, “No Donum Danaorum! A reply to Daniel Thym’s “A Trojan Horse?””, 2013, <http://verfassungsblog.de/no-donum-danaorum-a-reply-to-daniel-thyms-a-trojan-horse/>, onder “Member States “Primary Respondents?””.

⁴⁵ EHRM (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens) 10 juni 1958, nr. 235/56, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1958-1959, 300; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 636; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 50.

⁴⁶ EHRM (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens) 10 juli 1978, nr. 8030/77, *Confederation Francaise Democratique du Travail*, 240; L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 857-858; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 50.

⁴⁷ EHRM (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens) 9 februari 1990, nr. 13258/87, *M. & Co.*

⁴⁸ EHRM (Europese Commissie voor de Rechten van de Mens) 9 februari 1990, nr. 13258/87, *M. & Co.*, 7 en 64 *Decisions and Reports*, 145.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 858; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 636; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 66; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 50.

⁵¹ EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91, *Cantoni*

⁵² EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91, *Cantoni*, 15; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 637; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 24.

nadat het HvJ EU had beslist in zijn advies 2/94 dat een toetreding tot het EVRM (nog) niet mogelijk was.

8. In het Matthews-arrest⁵³ sprak het EHRM zich uit over de verantwoordelijkheid van het Verenigd Koninkrijk inzake het niet organiseren van verkiezingen voor het Europese Parlement in Gibraltar.⁵⁴ Deze situatie kwam voort uit het Verdrag betreffende de Europese Unie⁵⁵ (ondertekend bij het Verdrag van Maastricht) en de Community Act van 1976⁵⁶ die dezelfde waarde als een verdrag bezit, zo wordt hier geen nationale uitvoeringsmaatregel aangevochten zoals in het Cantoni-arrest maar wel het primaire EU-recht. Met het M. & Co.-arrest in het achterhoofd besloot het EHRM enerzijds dat het toegestaan is om bevoegdheden over te dragen aan de EU mits blijvende verantwoordelijkheid en anderzijds dat er in dit geval geen sprake kon zijn van equivalente bescherming aangezien het primaire Unierecht niet aanvechtbaar is voor het HvJ EU.⁵⁷ Een mogelijke verantwoordiging voor enerzijds deze uitspraak waarbij het EHRM de regels van het EVRM oplegt aan verdragen van de EU en anderzijds voor het inschikkelijke arrest Spanje⁵⁸ van het HvJ EU staat in de bevindingen van de Commissie voor het Internationaal Recht.⁵⁹ Deze VN-commissie stelt dat een internationale organisatie gebonden kan zijn door een verdrag zonder partij te zijn in zoverre de normen een gebruikelijk karakter hebben of de organisatie zelf een eenzijdige verklaring heeft afgelegd.⁶⁰ Een tweede factor is de reeds vermeldde toenadering.

9. Aangezien het bovenstaande voornamelijk een *weergave* vormt van de houding van het EHRM ten opzichte van het HvJ EU volgt later een algemene en kritische *evaluatie* hiervan.

⁵³ EHRM 18 februari 1999, nr. 24833/94, Matthews.

⁵⁴ EHRM 18 februari 1999, nr. 24833/94, Matthews, 3.

⁵⁵ Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992, *Pb. C.* 326, 13.

⁵⁶ Akte betreffende de verkiezing van de vertegenwoordigers in de Vergadering door middel van rechtstreekse algemene verkiezingen van 20 september 1976, *Pb. L.* 278, 5.

⁵⁷ EHRM 18 februari 1999, nr. 24833/94, Matthews, 12-13; L. SCHEECK, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ZaRV* 2005, (837) 859; S. DOUGLAS-SCOTT, "A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis", *CML Rev* 2006, (629) 637; T. LOCK, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 377; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 552, nr. 725; T. LOCK, "Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *CML Rev* 2011, (1025) 1026; T. LOCK, "End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR" in P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS en A. THIES (eds.), *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (162) 164; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 68-69; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 51-52.

⁵⁸ HvJ 12 september 2006, nr. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543, Spanje.

⁵⁹ HvJ 12 september 2006, nr. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543, Spanje, 7992-7993; J. P. JACQUE, "The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms", *CML Rev* 2011, (995) 1001; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 25; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 53.

⁶⁰ Report of the International Law Commission on the work of its thirty-fourth session (3 mei – 23 juli 1982), Un. Doc. A/37/10 (1982), 20.

1.1.2. Uitbreiding van een onduidelijke, informele verhouding

a. De Bosphorus-doctrine en de arresten M.S.S. en N.S. als toepassing in de realiteit

10. Het arrest Bosphorus⁶¹ van 30 juni 2005 heeft betrekking op de feiten waarbij Ierland een vliegtuig in beslag neemt in navolging van een Europese verordening die het sanctieregime van de VN tegen Joegoslavië implementeert. Het vliegtuig wordt geleased door Yugoslav Airlines aan de Turkse luchtvaartmaatschappij Bosphorus Airways. Door de inbeslagname bleef het vliegtuig 3 jaar van de 4 jaar durende leasing buiten gebruik en daarom voert Bosphorus Airways de schending aan van zijn eigendomsrecht zoals bepaald in artikel 1 van protocol 1 bij het EVRM tegen Ierland.

11. Ierland zat gekneld tussen zijn verplichtingen ten aanzien van de EU en zijn verplichtingen onder het EVRM, een situatie die het EHRM (h)erkende als de eerder vermelde tweespalt tussen de staatssoevereiniteit en de waarborging van het EVRM (*supra* 7, nr. 7).⁶² Enerzijds werkte het EHRM zijn M. & Co.-rechtspraak verder uit door niet enkel het vermoeden van equivalente bescherming te bevestigen, maar toe te voegen dat het gaat om een vermoeden dat weerlegbaar is als men een flagrante schending van de grondrechten aantoot.⁶³ Anderzijds bouwde het EHRM verder op zijn Matthews-rechtspraak aangezien het hier niet ging over het primaire Unierecht, maar wel het secundaire Unierecht. Men oordeelde dat het vermoeden van equivalente bescherming toepasselijk was als een Staat geen discretionaire bevoegdheid had bij het implementeren van het Unierecht.⁶⁴ Het vermoeden van equivalente bescherming zal aldus niet toepasselijk zijn wanneer een Staat beschikt over een discretionaire bevoegdheid bij het implementeren van het Unierecht, dit in overeenstemming met het reeds genoemde arrest *Cantoni* en zoals hierna aan bod komt bij het arrest M.S.S.

⁶¹ EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airways.

⁶² EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airways, 45; T. LOCK, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 378; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 71.

⁶³ EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airways, 45-46; L. SCHEECK, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ZaRV* 2005, (837) 862; S. DOUGLAS-SCOTT, "A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis", *CML Rev* 2006, (629) 638; T. LOCK, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 378; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 552, nr. 725; T. LOCK, "Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *CML Rev* 2011, (1025) 1027; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 72.

⁶⁴ T. LOCK, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 379; T. LOCK, "Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *CML Rev* 2011, (1025) 1027; T. LOCK, "End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR" in P. EECKHOUT e.a., *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (162) 164; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 54.

Bovendien is er ook sprake van niet-toepasselijkheid van het vermoeden wanneer er geen toegang mogelijk is tot het HvJ EU, zoals in het arrest Matthews.⁶⁵ Ten derde is er een niet-toepasselijkheid van het vermoeden indien er zich een flagrante schending van de grondrechten voordoet. Dit is momenteel zeer onwaarschijnlijk gezien de verknochtheid van de grondrechtenbescherming in beide jurisdicties.⁶⁶

12. Toegepast op de feiten werd in het Bosphorus-arrest Ierland niet veroordeeld omdat het geen enkele discretionaire bevoegdheid had bij het implementeren van de verordening en aldus het vermoeden van equivalente bescherming bestond.⁶⁷

13. Twee arresten bieden een illustratie van de realiteit omtrent de delen van de verhouding die reeds aan bod gekomen zijn: het M.S.S.-arrest vormt een toepassing van de Bosphorus-doctrine en het N.S.-arrest vormt een toepassing van de invloed van het EHRM op het HvJ EU en zijn rol als inspiratiebron.

14. De relevante feiten inzake het M.S.S.-arrest⁶⁸ betreffen België die op basis van de Dublin-II-verordening een Afgaanse asielzoeker uitwijst naar Griekenland. Daar wordt de Afgaan echter onderworpen aan erbarmelijke omstandigheden en mishandeling waardoor de zaak voorkomt bij het EHRM.

15. Het EHRM paste zijn Bosphorus-doctrine toe en oordeelde dat België beschikte over een discretionaire bevoegdheid bij het implementeren van de EU-verordening en de uitwijzing naar Griekenland.⁶⁹ Het vermoeden van equivalente bescherming vond geen toepassing en het EHRM veroordeelde België op basis van artikel 13 EVRM samen gelezen met artikel 3 EVRM.

16. In het N.S.-arrest⁷⁰ betrof het soortgelijke feiten. Hierbij bevestigt en volgt het HvJ EU het M.S.S.-arrest en komt het tot de conclusie dat er geen sprake is van een onweerlegbaar vermoeden dat de Dublin-staten de grondrechten respecteren, maar een weerlegbaar vermoeden.⁷¹ Bovendien

⁶⁵ EHRM 6 december 2012, nr. 12323/11, Michaud; T. LOCK, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 379; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 54.

⁶⁶ Alhoewel verderop de arresten M.S.S. en N.S. een duidelijk voorbeeld vormen dat deze mogelijkheid wel degelijk bestaat en zich tevens voordoet.

⁶⁷ EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airways, 48-49.

⁶⁸ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, M.S.S.

⁶⁹ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, M.S.S., 70-71; J. P. JACQUE, "The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms", *CML Rev* 2011, (995) 1013; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 74-75; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 27-28.

⁷⁰ HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, N.S.

⁷¹ HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, N.S., 14027;

maakt het HvJ EU duidelijk dat de informatiebronnen die door het EHRM worden aangehaald voldoende zijn om dit te beoordelen.⁷²

b. Het Verdrag van Lissabon

17. De staatshoofden en regeringsleiders ondertekenden het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap⁷³ (hierna: “Verdrag van Lissabon”) op 13 december 2007 en het trad in werking op 1 januari 2009.⁷⁴ Het Europese Parlement, de Raad en de Commissie kondigden de dag voordien het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁷⁵ (hierna: “Handvest”) opnieuw af (eerste keer afgekondigd op 7 december 2000) en door het Verdrag van Lissabon verkreeg het Handvest de rechtskracht van primair Unierecht, zoals artikel 6, lid 1 VEU expliciet bepaalt.⁷⁶

18. Artikel 6, lid 2 VEU bepaalt sinds de verdragswijziging het volgende: “De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Die toetreding wijzigt de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de verdragen, niet.”⁷⁷ Door deze aanpassing staat het Unierecht niet meer in de weg van een toetreding tot het EVRM zoals ten tijde van advies 2/94. Lenaerts en Van Nuffel lezen hier een verplichting in voor de EU, Jacqué gaat nog een stap verder en leest hier ‘without any doubt’ een verplichting in waarvan het uitblijven kan leiden tot een procedure voor het HvJ EU.⁷⁸ Baratta gaat niet akkoord en spreekt over een “qualified commitment of means”⁷⁹, waarmee hij letterlijk ingaat tegen Benoit-Rohmer die het formuleert als “une véritable obligation de résultat”^{80, 81}

⁷² HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, N.S., 14023-14024; E. NANOPOULOS, “Trust issues and the European common asylum system: finding the right balance”, *C.L.J.* 2011, (276) 278.

⁷³ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007, *Pb. C.* 306, 1 (hierna: “Verdrag van Lissabon”).

⁷⁴ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44, nr. 63.

⁷⁵ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 12 december 2007, *Pb. C.* 326, 391.

⁷⁶ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 546, nr. 719; zie A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, Oxon, Routledge, 2013, 221-230; zie M. KOTZUR, “Charter of fundamental rights of the European Union” in R. GEIGER, D-E. KHAN en M. KOTZUR (eds.), *European Union Treaties*, München, Beck, 2015, (1063) 1063-1070.

⁷⁷ In het EVRM is dankzij het Veertiende Protocol de evenknie van artikel 6, lid 2 VEU opgenomen in artikel 59, lid 2 EVRM.

⁷⁸ J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 995; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 554, nr. 726; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 37.

⁷⁹ R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1305.

⁸⁰ F. BENOIT-ROHMER, “L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme”, *J.D.E.* 2011, (285) 285.

⁸¹ Baratta lijkt in hetzelfde artikel zijn eigen stellingname tegen te spreken, al is de opzet hiervan enkel om aan te tonen dat het geen sinecure zal worden voor de EU-onderhandelaars om een

19. Artikel 52, lid 3 van het Handvest bepaalt: “Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.” Deze bepaling houdt een minimumstandaard in gebaseerd op het beschermingsniveau van het EVRM zodat het Handvest geen lager beschermingsniveau zou creëren.⁸²

20. Aangezien het voor artikel 52, lid 3 van het Handvest noodzakelijk is om de bepalingen uit het EVRM te interpreteren, stelt de belangrijke vraag zich of de rechtspraak van het EHRM bindend is voor het HvJ EU bij het interpreteren van de rechten. Voornamelijk omwille van het feit dat het EVRM beschouwd moet worden als een “levend rechtsinstrument”⁸³, dit impliceert een dynamische interpretatie van de gewaarborgde rechten door de rechtspraak⁸⁴ van het EHRM, treedt deze vraag op de voorgrond.⁸⁵ In het verleden verwees het HvJ EU meermaals naar de rechtspraak van het EHRM in zijn arresten⁸⁶, maar dit rustte nooit op enige verplichting.

21. Ten eerste staat er nergens in het Handvest een expliciete vermelding omtrent de rechtspraak van het EHRM. In de voorbereidende werken is wél een verwijzing naar de rechtspraak terug te vinden, maar artikel 52, lid 7 van het Handvest bepaalt dat deze toelichtingen slechts “naar behoren in acht genomen” moeten worden.⁸⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat het HvJ EU niet gebonden is door de rechtspraak uit Straatsburg, maar er wel ten volste rekening mee moet houden.⁸⁸ Het HvJ EU bevestigt dit in zijn arrest Dereci⁸⁹ en advocaat-generaal Cruz Villalón bevestigt deze stelling eveneens in zijn

passend Toetredingsverdrag op te stellen. Zie R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1323.

⁸² Explanations relating to the Charter of fundamental rights, *OJ C* 303, 2007, 33; T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 382; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 37.

⁸³ EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, Tyrer, 12.

⁸⁴ EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, Salduz; EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90, López Ostra; zie J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 38-39.

⁸⁵ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 63.

⁸⁶ HvJ 30 april 1996, nr. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, P; HvJ 22 oktober 2002, nr. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, Roquette Frères SA; HvJ 10 april 2003, nr. C-276/01, ECLI:EU:C:2003:228, Joachim Steffensen; HvJ 23 september 2003, nr. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:491, Secretary of State for the Home Department; HvJ 16 juni 2005, nr. C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386, Maria Pupino.

⁸⁷ Explanations relating to the Charter of fundamental rights, *OJ C* 303, 2007, 33.

⁸⁸ T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 384; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 37-38.

⁸⁹ HvJ 15 november 2011, nr. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, Dereci & Co.

conclusie bij het arrest *European Air Transport*^{90,91} Ten tweede zou dit een paradigmawissel meebrengen in het Unierecht aangezien het een feitelijke ‘stare decisis’-verhouding teweegbrengt, wat ongekend is voor het HvJ EU.⁹² Bovendien zou deze verhouding ontstaan tussen 2 hoven waartussen in rechte geen hiërarchische verhouding vastligt en die deel uitmaken van 2 aparte rechtsordes.⁹³ Indien men zulke ingrijpende veranderingen beoogde, was dit ongetwijfeld opgenomen in het Handvest en beter uitgewerkt.

c. Een kritische evaluatie van de broederlijke verhouding

22. Langs de ene kant is het HvJ EU de jongste broer die opkijkt naar zijn volwassen broer en deze probeert te imiteren. Het HvJ EU verwijst meer naar het EHRM en het EVRM dan omgekeerd^{94,95} Met oog op de weergegeven evolutie kan dit verklaard worden door de grotere zelfstandigheid, expertise en ervaring van het EHRM op terrein van de grondrechten. Dit in tegenstelling tot het onervaren en ‘samengestelde’ karakter van de grondrechtenrechtspraak door het HvJ EU die voortvloeit uit zowel de tradities van de lidstaten als het EVRM.⁹⁶

23. Een meer kritische blik onthult de rol van het HvJ EU als een jonge broer die nood heeft aan zijn eigen zelfstandigheid en weigert om zijn autonomie in te perken. Dit blijkt uit het gebruiken van het EVRM als inspiratiebron, waarbij het HvJ EU selectief en in grote vrijheid kiest wanneer en op welke manier ze dit doen.⁹⁷ Dit kan leiden tot tegenstrijdige interpretaties in de rechtspraak⁹⁸ van de 2 Europese hoven, met nadelige

⁹⁰ HvJ 8 september 2011, nr. C-120/10, ECLI:EU:C:2011:556, *European Air Transport SA*.

⁹¹ HvJ 15 november 2011, nr. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, *Dereci & Co*, paragraaf 70; HvJ 17 februari 2011, nr. C-120/10, ECLI:EU:C:2011:94, *European Air Transport SA*, paragraaf 79-80, concl. C. VILLALÓN (verwijzing naar de interpretatie door het EHRM in het *López Ostra*-arrest, *supra* vn. 83).

⁹² T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 385-386.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Dit betekent niet dat het omgekeerde niet voorkomt. Zie EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx*; EHRM 19 maart 1997, nr. 18357/91, *Hornsby*; EHRM 8 december 1999, nr. 28541/95, *Pellegrin*; EHRM 16 april 2002, nr. 36677/97, *Dangeville SA*; EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, *Christine Goodwin*; EHRM 22 augustus 2006, nr. 8374/03, *Pearson*.

⁹⁵ Zie S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 640-644.

⁹⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 634; H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*, Cambridge, Intersentia, 2011, 20; P. EECKHOUT, “Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?” *CLP* 2013, (169) 174-175.

⁹⁷ Zie L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 853-857.

⁹⁸ Het duurde 13 jaar vooraleer het HvJ EU zijn rechtspraak omtrent artikel 8 EVRM uit het *Hoechst*-arrest heeft aangepast in zijn *Roquette Frères*-arrest aan de rechtspraak van het EHRM die een ruimere interpretatie gaf. Zie EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *Niemietz*, 10-11; HvJ 21 september 1989, nr. C-46/87 en C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, *Hoechst AG*, 2924; HvJ 22 oktober 2002, nr. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, *Roquette Frères SA*, 9054.

gevolgen voor de lidstaten.⁹⁹ Ten tweede blijkt dit uit het negatieve advies 2/94. In hun voorafgaandelijke opmerkingen spraken de lidstaten niet enkel over de bevoegdheid om toe te treden, maar ook over het in gevaar brengen van de autonomie van de EU.¹⁰⁰ Ondanks dat het HvJ EU zich hier niet werkelijk over uitspreekt en de toetreding afwijst op basis van onbevoegdheid, bleken de zorgen omtrent autonomie reeds aanwezig.¹⁰¹ Ten derde komt dit terug in het niet-naleven van artikel 52, lid 3 van het Handvest en het miskennen van het dynamische karakter van het EVRM. Het HvJ EU is in zijn arresten teruggevallen op een louter formele vergelijking van de rechten uit het Handvest en het EVRM, zonder nog een afdoende verklaring te voorzien.¹⁰² Het HvJ EU vermeldt in het Otis-arrest¹⁰³ enkel dat artikel 47 van het Handvest de bescherming van artikel 6, lid 1 waarborgt en dat dit volstaat om artikel 47 van het Handvest toe te passen.¹⁰⁴ Dergelijk beknopt en formalistisch gebruik resulteert in een uitholling van artikel 52, lid 3. Callewaert spreekt over een ‘schijn van autonomie’ die geen rechtsgrond vindt in het Verdrag van Lissabon en bovendien een gevaar inhoudt voor de gemeenschappelijke grondrechtenstandaard in Europa.¹⁰⁵

24. Langs de andere kant is het EHRM de oudere broer die zijn jongere broer in bescherming neemt en voorziet in een voorkeursbehandeling. Door het brede vermoeden van ‘equivalente bescherming’ verleent het EHRM in grote mate immuniteit aan de EU waarbij er meer aandacht uitgaat naar een formalistische, conflict-vrije verhouding dan naar een werkelijke bescherming van de grondrechten.¹⁰⁶ Korenica spreekt over een “fundamental rights deadlock” en Douglas-Scott benoemt het als een “akward co-existence”.¹⁰⁷

⁹⁹ L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 854-855; S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 649; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 553, nr. 726.

¹⁰⁰ HvJ EU 28 maart 1996, advies 2/94, *ECR* 1996, 1780-1781; zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 76-81.

¹⁰¹ HvJ EU 28 maart 1996, advies 2/94, *ECLI:EU:C:1996:140*, 1786; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 79-80.

¹⁰² HvJ 5 september 2012, nr. C-71/11 en 99/11, Y en Z; HvJ 6 september 2012, nr. C-619/10, *ECLI:EU:C:2012:531*, Trade Agency Ltd; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 40; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 62-63.

¹⁰³ HvJ 6 november 2012, nr. C-199/11, *ECLI:EU:C:2012:684*, Otis & Co.

¹⁰⁴ HvJ 6 november 2012, nr. C-199/11, *ECLI:EU:C:2012:684*, Otis & Co, 9.

¹⁰⁵ J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 40.

¹⁰⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 639; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 51 en 56. *Contra* L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaāRV* 2005, (837) 863.

¹⁰⁷ S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 631; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 55.

25. Een toetreding van de EU tot het EVRM met een afdwingbare, formele en bovenal duidelijke verhouding tussen de 2 Europese hoven zou verhelpen aan de gebreken die men vandaag kan waarnemen.¹⁰⁸

1.1.3. Gewenst niveau van toenadering bereikt? Externe controle als gapend gat

26. Ondanks de tekortkomingen van de huidige verhouding legde het HvJ EU reeds een lange weg af tot zijn huidige vorm met een groeiende bescherming van de grondrechten tot gevolg.¹⁰⁹ Bovendien bevestigde het Bundesverfassungsgericht in zijn Lissabon-oordeel¹¹⁰ van 2009 dat het berust in de huidige bescherming. Aldus stelt de vraag zich of deze constellatie reeds voldoende bescherming biedt en er geen nood meer is aan een toetreding tot het EVRM.

27. Het antwoord op deze vraag is negatief aangezien de toetreding nog steeds noodzakelijk is om te verhelpen aan de huidige blinde plek van de bescherming: het gebrek aan externe controle.¹¹¹ Het kwam reeds aan bod hoe het EHRM een indirecte controle uitoefent over de EU via de verantwoordelijke lidstaten aangezien de EU zelf geen partij is bij het EVRM. We zagen hoe het EHRM dit toepaste om lidstaten verantwoordelijk te houden voor zowel primair als secundair Unierecht. Op deze manier is er geen externe controle op de EU. Bovendien schiet deze bescherming tekort wanneer enkel een EU-instelling het EVRM schendt want dan staat het EHRM machteloos en kan het geen enkele externe controle uitoefenen.¹¹² Externe controle is nochtans nodig “in order to disturb, to challenge and to provoke thought by proposing a different view”¹¹³, alsook om te zorgen voor

¹⁰⁸ Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (3 april – 5 april 2013), [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)0_08rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)0_08rev2_EN.pdf) (2013), 17 (hierna: “Toetredingsverdrag, 2013”); T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 381; A.T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 34; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 56.

¹⁰⁹ S. DOUGLAS-SCOTT, “A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *CML Rev* 2006, (629) 661; J. GERARDS en L. GLAS, “De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM”, *Ars Aequi* 2012, (520) 522; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 58.

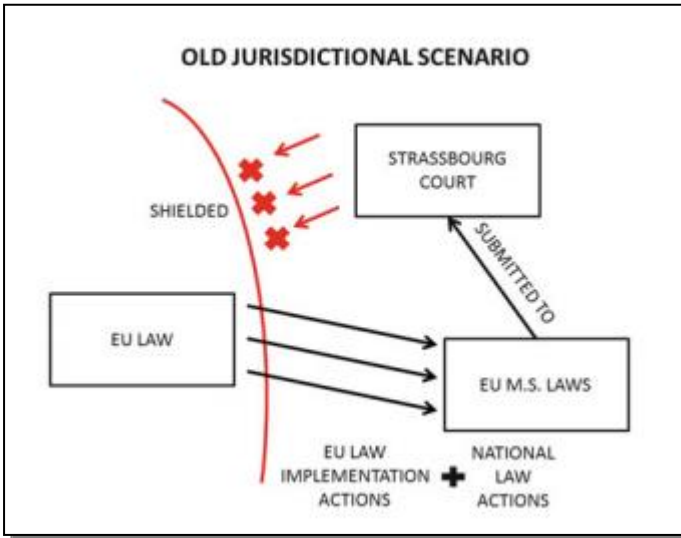
¹¹⁰ BVerfG 30 juni 2009, nr. 2 BvE 2/08, http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html.

¹¹¹ Toetredingsverdrag, 2013, 16; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1026; R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1309; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 247; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 17.

¹¹² L. SCHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ŽaiRV* 2005, (837) 847; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1027; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 64.

¹¹³ J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 17.

een democratischere en rechtvaardigere rechtsorde die bovendien een legitimiteit-boost krijgt.¹¹⁴



Figuur 1

28. Het Connolly-arrest¹¹⁵ is de perfecte illustratie van deze problematiek. Connolly was een werknemer bij de Europese Commissie die ontslagen werd en dit vervolgens aanvocht tot voor het HvJ EU. De rechtsgang voor het HvJ EU vormde in zijn ogen een schending van zijn recht op een eerlijk proces maar het EHRM besloot dat er geen lidstaten verantwoordelijkheid droegen en het aldus geen veroordeling kon uitspreken. Voor Connolly waren er zo geen mogelijkheden om de (mogelijke) schending van het EVRM door de EU aan te vechten.

1.2. ILLUSTRATIE VAN DE HUIDIGE VERHOUDING

29. Om in beeld te brengen wat reeds aan bod gekomen is in 1.1. vormt Figuur 1 een weergave van de verhouding wanneer de EU het EVRM schendt. De EU kan zowel in zijn primair Unierecht als in zijn secundair Unierecht het EVRM schenden, al zal het nooit zélf veroordeeld kunnen worden. Een veroordeling van de EU-instellingen op basis van het EU-recht door het EHRM is niet mogelijk aangezien de EU geen partij is bij het EVRM en het EHRM aldus niet bevoegd is. Dit gaat enkel onrechtstreeks door de lidstaten te veroordelen voor het implementeren van Unierecht

¹¹⁴ R. BARATTA, "Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism", *CML Rev* 2013, (1305) 1310; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 17.

¹¹⁵ EHRM 9 december 2008, nr. 73274/01, Connolly.

aangezien die wél partij zijn bij het EVRM.¹¹⁶ Dit alles geldt onder voorbehoud van de Bosphorus-rechtspraak. Indien er geen enkele lidstaat betrokken is bij de implementatie van het Unierecht, kan het EHRM niets doen.

30. Er is geen sprake van een hiërarchische band tussen de 2 Europese hoven aangezien ze in juridische zin deel uitmaken van twee ‘afgescheiden’ rechtsordes. Noch het ene, noch het andere hof kan juridisch bindend optreden tegen zijn tegenhanger.

2. WAAR ZIJN WE GEWORPEN?

31. Sinds 2010 onderhandelt de EU met de RvE om een toetredingsverdrag tot stand te brengen. Na intense onderhandelingen kwam er uiteindelijk een concepttoetredingsverdrag (hierna: “Toetredingsverdrag”) met 4 bijlagen tot stand in april 2013.¹¹⁷ Het Toetredingsverdrag vereist conform artikel 218 VWEU een unanimitieit in de Raad, goedkeuring van het Europees Parlement en een goedkeuring door alle lidstaten overeenkomstig hun grondwettelijke bepalingen.¹¹⁸ Bovendien bepaalt artikel 10 Toetredingsverdrag dat alle lidstaten van de RvE het verdrag moeten goedkeuren. Op basis van artikel 216, lid 2 VWEU zal dit Toetredingsverdrag verbindend zijn voor de EU-instellingen en alle lidstaten. Het EVRM wordt zelf een integraal deel van het Unierecht door de toetreding.¹¹⁹ Hiertoe kwam het niet doordat het HvJ EU, na een verzoek op basis van artikel 218, lid 11 VWEU, een negatief advies uitbracht waardoor men het Toetredingsverdrag of de Unieverdragen moet wijzigen.¹²⁰ Dit hoofdstuk vangt aan met een uiteenzetting over de autonomie van het EU-recht omdat dit een essentieel leerstuk is om de huidige stand van zaken te begrijpen.

¹¹⁶ Pérez noemt deze omweg een “Kafkian situation”. Zie A.T. PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 34.

¹¹⁷ Het Toetredingsverdrag en de 4 bijlagen worden geacht om 1 geheel uit te maken en allemaal in gelijke mate noodzakelijk te zijn voor de toetreding. Daardoor kan men stellen dat het niet gaat om het Toetredingsverdrag in strikte zin, maar dit samen gelezen moet worden met de voorziene bijlagen. Zie Toetredingsverdrag, 2013, 3; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 248.

¹¹⁸ T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 388; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 996; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 554, nr. 726.

¹¹⁹ M. CLAES en S. IMAMOVIC, “National Courts in the New European Fundamental Rights Architecture” in V. KOSTA, N. SKOUTARIS en V. P. TZEVELEKOS (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (159) 167.

¹²⁰ J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 997.

2.1. DE AUTONOMIE VAN HET EU-RECHT

2.1.1. Uiteenzetting door het HvJ EU

a. Interne autonomie

32. De interne autonomie heeft betrekking op de verhouding tussen het Unierecht en het recht van de lidstaten. Dit integenstelling tot de externe autonomie die betrekking heeft op de verhouding tussen het Unierecht en internationale verdragen of organisaties. Voor de toetreding is de interne autonomie minder belangrijk, maar dit zette de deur open voor de externe autonomie en is aldus ook hier relevant.¹²¹ Het HvJ EU sprak zich hierover voor het eerst uit in het arrest *Costa t. ENEL*¹²², waarbij een Italiaanse rechter een prejudiciële vraag stelde omtrent de verhouding tussen het nationale recht en het Unierecht. Het HvJ EU oordeelde dat het Unierecht een onafhankelijke bron van recht uitmaakt en zowel zijn bindende kracht als primauteit voortvloeien uit de Unieverdragen zelf, waardoor het niet opzij gezet kan worden door het nationale recht.¹²³

b. Externe autonomie

33. Doorheen de jaren heeft het HvJ EU via adviezen en arresten de notie ‘externe autonomie’ gecreëerd en gepreciseerd. In zijn advies 1/91 met betrekking tot de Europese Economische Zone¹²⁴, besloot het HvJ EU dat het mogelijk was dat er via een internationale overeenkomst een rechterlijk systeem in leven wordt geroepen waaraan de EU onderworpen is.¹²⁵ In dit geval was dit echter niet in overeenstemming met het primair Unierecht aangezien in de ogen van het HvJ EU het opgerichte hof enerzijds de bevoegdheid zou krijgen om te beslissen inzake de bevoegdheidsverdeling binnen de EU en anderzijds om het Unierecht te interpreteren.¹²⁶

¹²¹ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 74.

¹²² HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, ‘Costa t. ENEL’.

¹²³ HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, ‘Costa t. ENEL’, 594; P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK, F. BENOIT-ROHMER, W. KARL, M. NOWAK (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2011, (159) 161; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1028-1029; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 73.

¹²⁴ HvJ 14 december 1991, advies 1/91, ECLI:EU:C:1991:490.

¹²⁵ HvJ 14 december 1991, advies 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, 6106; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 1011.

¹²⁶ HvJ 14 december 1991, advies 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, 6105 en 6107; T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 389; P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2011, (159) 162; J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 1011; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1029-1030.

34. In het advies 1/00¹²⁷ heeft het HvJ EU deze twee aspecten van de externe autonomie bevestigd.¹²⁸ Enkele jaren later stelde het Luxemburgse Hof in zijn arrest ‘MOX Plant’¹²⁹ dat een internationale overeenkomst, in deze zaak het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, geen invloed kan hebben op de exclusieve bevoegdheid van het Hof om het EU-recht toe te passen en te interpreteren.¹³⁰ Het Hof toonde hoe ver het ging voor de autonomie van de EU in zijn gewaagd¹³¹ Kadi-arrest¹³² met betrekking tot het VN-Handvest en een VN-Veiligheidsraad Resolutie. Het HvJ EU oordeelde dat een internationale overeenkomst de bevoegdheidsverdeling binnen de Unie en aldus de autonomie van de EU niet mag aantasten.¹³³ In het recente advies 1/09¹³⁴ breidde de notie van externe autonomie nog meer uit aangezien het HvJ EU besloot dat niet enkel de EU-instellingen maar ook de lidstaten beschermd moeten worden tegen een beïnvloeding van de autonomie door een internationale overeenkomst.¹³⁵ Dit geldt echter enkel in zoverre de lidstaten optreden als uitvoerders van het Unierecht, waarbij ze dus gezien worden als EU-instellingen.

35. Ondanks het feit dat de verdragen of het HvJ EU geen duidelijke definitie geven van de autonomie, kan men uit de rechtspraak van het Luxemburgse Hof besluiten dat het zeker de volgende elementen omvat.¹³⁶ Ten eerste mag er geen sprake zijn van een afbreuk aan de suprematie van het Unierecht, ten tweede mag er van buitenaf geen interpretatie van het Unierecht gegeven worden en ten derde mag er geen wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen het HvJ EU en de lidstaten zijn.¹³⁷

¹²⁷ HvJ 18 april 2002, advies 1/00, ECLI:EU:C:2002:231.

¹²⁸ HvJ 18 april 2002, advies 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, 3521; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1030-1031; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 56-57.

¹²⁹ HvJ 30 mei 2006, nr. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, ‘MOX Plant’.

¹³⁰ HvJ 30 mei 2006, nr. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, ‘MOX Plant’, 4709; T. LOCK, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, (375) 390; Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 75-78.

¹³¹ Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 79-82. *Contra* P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2011, (159) 162.

¹³² HvJ 3 september 2008, nr. C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat Internationaal Fonds.

¹³³ HvJ 3 september 2008, nr. C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat Internationaal Fonds, paragraaf 282; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 27-28; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 79.

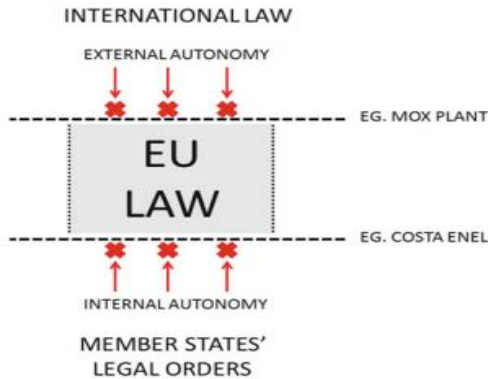
¹³⁴ HvJ 8 maart 2011, advies 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

¹³⁵ HvJ 8 maart 2011, advies 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, 1175; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1031-1032.

¹³⁶ Zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 83-84.

¹³⁷ P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel,

36. Het HvJ EU creëerde de autonomie als een streng bewaakt en doordacht mechanisme om de EU-rechtsorde af te schermen tegen enerzijds de nationale rechtsordes (intern) en anderzijds de internationale rechtsorde (extern), zoals voorgesteld in Figuur 2.¹³⁸



Figuur 2

2.1.2. In het licht van het Toetredingsverdrag

37. De autonomie speelde een heel grote rol inzake het opstellen¹³⁹ van het Toetredingsverdrag en zal zonder twijfel de een grote invloed hebben op de verhouding tussen het HvJ EU en EHRM na de toetreding tot het EVRM.¹⁴⁰ Gezien de hoedanigheid van de EU als een rechtssubject sui generis, moest men rekening houden met de speciale eigenschappen zoals uiteengezet door het HvJ EU.¹⁴¹ Hierdoor verkrijgt de EU een aparte status die de andere partijen bij het EVRM niet genieten. De onderhandelaars moesten schipperen om enerzijds de structuur van het EVRM niet teveel aan te tasten en anderzijds voldoende toegevingen te doen zodat de toetreding niet onverenigbaar was met de autonomie.¹⁴²

Intersentia, 2011, (159) 162; T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1032.

¹³⁸ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 82.

¹³⁹ Volgens Jacqu e vormt de autonomie zoals uiteengezet in advies 1/09 een waarschuwing aan de onderhandelaars. Zie J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 997.

¹⁴⁰ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 84.

¹⁴¹ P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2011, (159) 162; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 25; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 57.

¹⁴² J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 997-998.

38. Er zijn geen bepalingen in het Unierecht die de autonomie expliciet vermelden, al zijn er enkele artikels waar de onderhandelaars rekening mee moesten houden. Enerzijds bepaalt artikel 19, lid 1 VEU de exclusieve bevoegdheid van het HvJ EU om het Unierecht te interpreteren en toe te passen, anderzijds bepaalt artikel 344 VWEU dat het HvJ EU exclusief bevoegd is voor de geschillenregeling inzake de uitlegging en de toepassing.¹⁴³ In het arrest ‘MOX Plant’ heeft het Luxemburgse Hof deze bevoegdheid expliciet vermeld inzake Ierland die zich volgens het Hof foutief tot het Internationaal Zeerechttribunaal had gewend.¹⁴⁴ De inhoud van deze bevoegdheid en voornamelijk artikel 344 VWEU zal een belangrijke rol spelen, daar artikel 3 van protocol nr. 8 bij het Verdrag van Lissabon¹⁴⁵ stipuleert dat de toetreding artikel 344 VWEU “geheel onverlet” moet laten.¹⁴⁶ In verband hiermee is in het Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁴⁷ (hierna: “Explanatory report”) bij het Toetredingsverdrag opgenomen dat deze bevoegdheid niet ontnomen wordt.¹⁴⁸

39. Het eerder aangehaalde artikel 6, lid 2 VEU bepaalt samen met artikel 2 van protocol nr. 8 dat de toetreding geen verandering mag aanbrengen aan de bevoegdheden van de EU.¹⁴⁹ Het vermeldt niets over meer specifieke modaliteiten of in welke vorm dit moet gebeuren.¹⁵⁰ In verband hiermee stipuleert artikel 1, lid 3 Toetredingsverdrag dat de EU geen handelingen moet stellen waarvoor zij niet bevoegd is.¹⁵¹ Bovendien stelt artikel 2 van protocol nr. 8 ook dat de situatie van de lidstaten met betrekking tot bij welke protocollen ze zijn toetreden en de gemaakte voorbehouden onveranderd

¹⁴³ P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 20-21.

¹⁴⁴ HvJ 30 mei 2006, nr. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, ‘MOX Plant’, 4708.

¹⁴⁵ Protocol nr. 8 Verdrag van Lissabon, *Pb. C* 326, 273.

¹⁴⁶ R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1311; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 249; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 57.

¹⁴⁷ Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (3 april – 5 april 2013),

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)0_08rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)0_08rev2_EN.pdf) (2013) (Hierna: “Explanatory report, 2013”).

¹⁴⁸ Explanatory report, 2013, 16; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 62.

¹⁴⁹ P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 22-23; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 57.

¹⁵⁰ P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2011, (159) 160.

¹⁵¹ C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 57.

blijft. Met oog hierop trad de EU enkel toe tot protocol 1 en protocol 6 aangezien iedere lidstaat hierbij lid is en op deze manier de toestand van geen enkele lidstaat wordt aangepast door de toetreding.¹⁵²

40. De voorgaand geformuleerde voorwaarden laten duidelijk blijken dat het opstellen van een acceptabel toetredingsverdrag een moeilijke taak uitmaakte. Toch verwachtte men dat het eindresultaat voldoende was aangezien het in grote mate rekening hield met al deze eisen. Zoals verder nog aan bod komt sloeg het advies in als een bom. Een andere reden voor optimisme was het argument dat het EHRM na toetreding niet bekeken moest worden als een hiërarchisch hogere, maar wel als een gespecialiseerd Hof met betrekking tot de grondrechten dat slechts over een klein aantal probleemzaken zou oordelen.¹⁵³ Bovendien kan het HvJ EU tot op zekere hoogte gelijkgesteld worden met de nationale hoven.¹⁵⁴ Dit impliceert dat in toepassing van het EVRM de bevoegdheid om ‘domestic law’ (Unierecht) te interpreteren toekomt aan het HvJ EU en het EHRM hier niet op intern bindende wijze kan optreden maar enkel een verplichting onder internationaal recht doet ontstaan (artikel 46 EVRM).¹⁵⁵ Ten slotte was de EU in deze situatie niet de enige dominante partij waardoor het niet scrupuleus zijn eisen kon opleggen en bovendien was het twijfelachtig of het überhaupt wel wenselijk was om rigide vast te houden aan de autonomie gezien het doel van de toetreding.¹⁵⁶ Jacqué schreef “It is unlikely that the EU institutions would take such a risk”¹⁵⁷, maar het HvJ EU bewees het tegendeel.

2.2. DE VERHOUDING VOLGENS HET TOETREDINGSVERDRAG

41. In 2.2. komt niet het volledige Toetredingsverdrag aan bod met al de voorzieningen, maar enkel de bepalingen die relevant zijn met oog op advies 2/13 van het HvJ EU en de opzet van dit werk.

¹⁵² Toetredingsverdrag, 2013, 4; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 94; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 248; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 61.

¹⁵³ P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 24.

¹⁵⁴ Zie P. GRAGL, “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2011, (159) 163-164; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 24-25.

¹⁵⁵ EHRM 24 november 1994, nr. 17621/91, Kemmache, 12; Zie T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1034-1037; Zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 114-125.

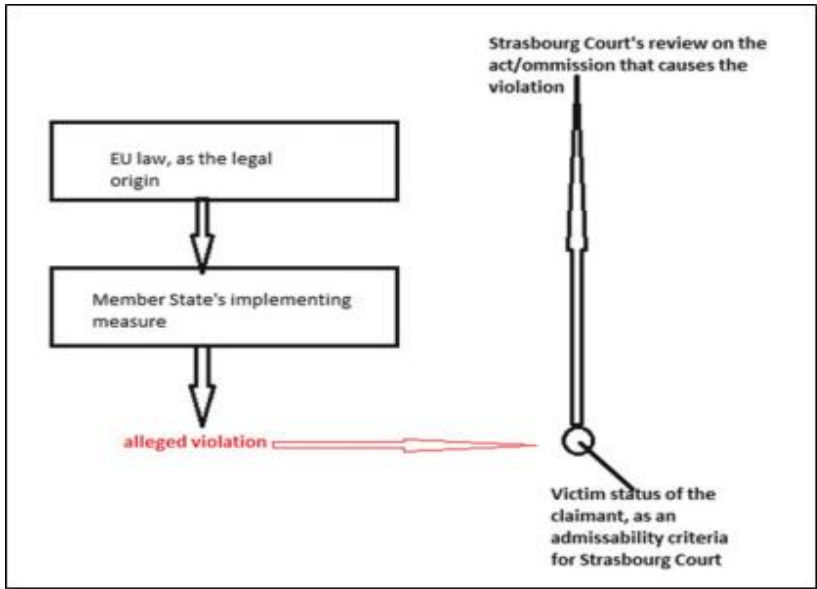
¹⁵⁶ T. LOCK, “Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *CML Rev* 2011, (1025) 1033-1034; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 25.

¹⁵⁷ J. P. JACQUE, “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms”, *CML Rev* 2011, (995) 997.

2.2.1. *Het co-respondentmechanisme*

a. Het mechanisme

42. Ter uitbreiding van de ‘tussenkomst door derden’ uit artikel 36 EVRM maakt dit mechanisme het mogelijk voor de lidstaten enerzijds en de EU anderzijds om deel te nemen aan een procedure voor het EHRM als co-respondent, ondanks het feit dat niet zij maar wel de andere door de klager gedaagd is.¹⁵⁸ Dit was nodig aangezien het niet altijd duidelijk is wie er de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt voor een bepaalde maatregel indien er sprake is van implementatie, zoals geïllustreerd wordt in figuur 3.¹⁵⁹



Figuur 3

Bovendien bepaalt artikel 1 van protocol nr. 8 dat de procedures en beroepen correct gericht moeten worden.¹⁶⁰ Een speciale eigenschap van de co-respondent is de medeverantwoordelijkheid zoals bepaald in artikel 3, lid 7 Toetredingsverdrag. Dit betekent dat ingeval van schending de co-respondent medeverantwoordelijk zal zijn waardoor het EHRM, om de autonomie niet

¹⁵⁸ F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 249; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 31.

¹⁵⁹ Explanatory report, 2013, 22; Zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 139-143; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 171.

¹⁶⁰ Explanatory report, 2013, 22. *Contra* F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 215-216.

te schenden, geen uitspraak doet over wie van de twee werkelijk de bevoegdheid heeft binnen het Unierecht.¹⁶¹ Artikel 3, lid 7 Toetredingsverdrag bepaalt echter wel dat het EHRM kan besluiten dat slechts één van beide verantwoordelijk is. Op deze manier verdwijnt het “gapende gat” inzake externe controle (zie de arresten Bosphorus en Matthews) en kan in theorie altijd de verantwoordelijke veroordeeld worden¹⁶², ook als het op eerste zicht niet duidelijk is wie deze verantwoordelijkheid draagt.¹⁶³

43. Artikel 3, lid 5 van het Toetredingsverdrag bepaalt dat men de hoedanigheid van co-respondent verkrijgt op uitnodiging van het EHRM ofwel op verzoek dat door het EHRM wordt goedgekeurd.¹⁶⁴ Het EHRM beslist in ieder geval of het de hoedanigheid toekent, al kan dit niet onder dwang maar is er een aanvaarding vereist.¹⁶⁵ Één van de drie scenario's¹⁶⁶ is de situatie waarbij de EU co-respondent wordt bij een klacht tegen een of meerdere lidstaten als de schending enkel vermeden had kunnen worden door het niet naleven van secundair Unierecht en het implementeren van het VEU en VWEU¹⁶⁷ (artikel 3, lid 2 Toetredingsverdrag).¹⁶⁸ Dit zou aldus

¹⁶¹ C. ECKES, “EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation”, *MLR* 2013, (254) 266-267; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 149; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 253; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 33; A.T. PEREZ, “Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (29) 33; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 172-173.

¹⁶² Waarschijnlijk zullen de lidstaten en de EU een interne regeling uitwerken omtrent het herstel of de vergoeding in verhouding met het aandeel in de verantwoordelijkheid. Zie P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 38-39.

¹⁶³ Explanatory report, 2013, 22; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 65-66.

¹⁶⁴ F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 250; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 37.

¹⁶⁵ Explanatory report, 2013, 24; Zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 157; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 250; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 72; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 37; Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 215-216.

¹⁶⁶ Explanatory report, 2013, 23; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 155; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 250; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 68-69; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 35-36.

¹⁶⁷ Het gaat hier dus niet enkel over het implementeren van secundair Unierecht, maar ook is het denkbaar dat via het primair Unierecht de EU als co-respondent kan optreden. Dit komt omdat de EU in veel gevallen instaat voor de implementatie van primair Unierecht. Explanatory report,

toepassing vinden bij het Bosphorus-arrest of het Matthews-arrest, echter niet bij het M.S.S.-arrest want hier hebben de lidstaten een discretionaire bevoegdheid waardoor de schending ook vermeden had kunnen binnen de implementatie van het Unierecht.¹⁶⁹

b. Tussentijdse raadpleging of ‘prior involvement rule’

44. Het subsidiariteitsbeginsel en tevens ontvankelijkheids criterium uit artikel 35 EVRM dat bepaalt om vooreerst alle nationale rechtsmiddelen uit te putten geldt ook met betrekking tot het HvJ EU (*supra* 25, vn. 153).¹⁷⁰ Als tweede speciale eigenschap wordt hierbij geen rekening gehouden met de correspondent, wat betekent dat bij zaken tegen lidstaten met de EU als correspondent niet al de rechtsmiddelen met oog op het HvJ EU uitgeput moeten zijn (artikel 3, lid 1, b) Toetredingsverdrag).¹⁷¹ Er zijn namelijk twee mogelijke situaties. De eerste situatie zijn de zaken die gericht worden tegen de lidstaten met de EU als co-respondent waarbij het kan gebeuren dat er geen prejudiciële vraag is gesteld op nationaal niveau, aangezien dit optioneel is en bovendien niet aanschouwd wordt als verplicht uit te putten rechtsmiddel.¹⁷² Zo kan het voorvallen dat in deze situatie het HvJ EU zich nog niet heeft uitgesproken¹⁷³ omtrent EU-recht en zodoende artikel 19, lid 1 VEU en de autonomie geschonden wordt.¹⁷⁴ Om hieraan te verhelpen heeft

2013, 23; Zie P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 33.

¹⁶⁸ J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 68; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 33-34.

¹⁶⁹ Zie T. LOCK, “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR” in P. EECKHOUT e.a., *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (162) 174-178.

¹⁷⁰ J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 75.

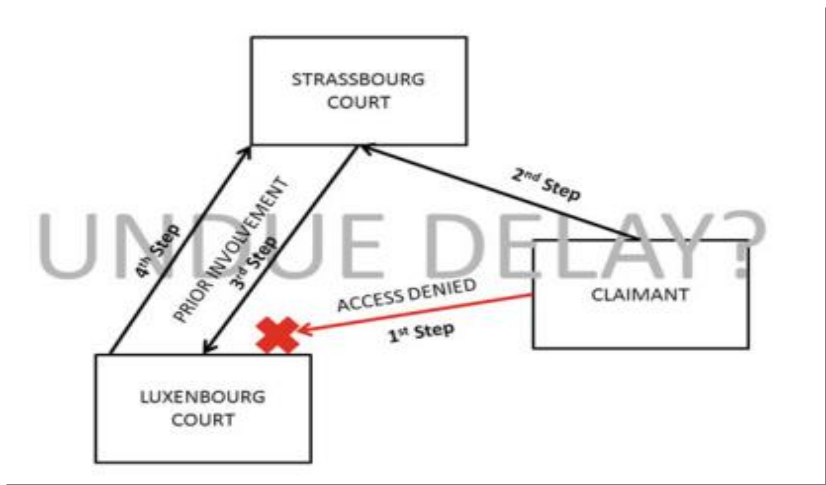
¹⁷¹ Explanatory report 2013, 22; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 67; F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 184.

¹⁷² Explanatory report 2013, 26; T. LOCK, “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR” in P. EECKHOUT e.a., *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (162) 181; R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1326; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 75; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 46; A.T. PEREZ, “Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (29) 35-36; Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 297-316.

¹⁷³ Korenica verwoordt het op een passende manier: “Practically, the Luxembourg Court would remain in such cases the only unasked court for the contested EU law provisions”. Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 322.

¹⁷⁴ T. LOCK, “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR” in P. EECKHOUT e.a., *Yearbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (162) 181-182; R. BARATTA, “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior involvement mechanism”, *CML Rev* 2013, (1305) 1325-1326; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014,

men in artikel 3, lid 6 Toetredingsverdrag de ‘prior involvement rule’ tot stand gebracht, een mechanisme waarbij het HvJ EU de kans krijgt om binnen een korte tijd een beoordeling te maken over de conformiteit van het betreffende Unierecht met het EVRM.¹⁷⁵ Uit het bovenstaande komt voort dat er aan 2 voorwaarden voldaan moet zijn: ten eerste moet de EU correspondent zijn in de zaak en ten tweede moet het HvJ EU zich nog niet hebben uitgesproken over de conformiteit. De tweede situatie zijn de zaken die rechtstreeks gericht worden tegen de EU, maar omwille van het vermelde subsidiariteitsvereiste uit artikel 35 EVRM moet hier wél eerst het HvJ EU rechtstreeks geraadpleegd worden, waardoor de tussentijdse raadpleging niet nodig is voor deze situatie. Figuur 4¹⁷⁶ vormt een illustratie van de tussentijdse raadpleging op zich en figuur 5 geeft een gestructureerd overzicht van het co-respondentmechanisme én de tussentijdse raadpleging.

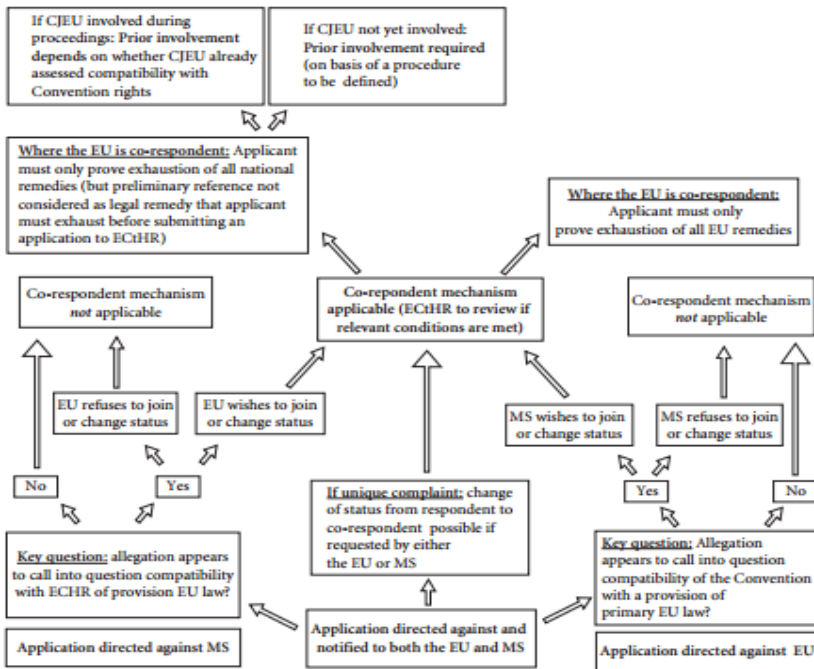


Figuur 4

75; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 45.

¹⁷⁵ Zie Joint communication from Presidents Costa and Skouris, Europees Hof voor de Rechten van de Mens en Europees Hof van Justitie (24 januari 2011), http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf (2011), 2.

¹⁷⁶ De opmerking “Undue delay?” heeft betrekking op de vermelde ‘korte tijd’ waarbinnen het HvJ EU moet handelen, wat in dit werk niet uitgebreid aan bod kan komen. Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 337-340.



Figuur 5

2.2.2. *Interstatelijke klachtenprocedure*¹⁷⁷

45. Artikel 33 EVRM verwoordt deze procedure met de bepaling dat alle partijen een schending van het EVRM door een andere partij bij het EHRM aanhangig kunnen maken en na de toetreding kan dit ook tegen de EU en omgekeerd.¹⁷⁸ Met een expliciete vermelding van artikel 344 VWEU bepaalt het Explanatory report dat er niets geregeld wordt inzake de toelaatbaarheid binnen de EU voor EU-lidstaten om hiervan gebruik te maken met betrekking tot het Unierecht.¹⁷⁹ In dezelfde zin wordt melding gemaakt dat artikel 55 EVRM, dat een uitsluiting bepaalt met betrekking tot andere geschillenregelingen, geen toepassing vindt inzake een procedure voor het

¹⁷⁷ Zie ook P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 174-208; Zie ook P. GRAGL, “A reminiscence of Westphalia: inter-party cases after the EU’s accession to the ECHR and the EU’s potential as a human rights litigator” in K. DZEHTSIAROU, T. KONSTADINIDES, T. LOCK en N. O’MEARA (eds.), *Human Rights Law in Europe*, Oxon, Routledge, 2014, 35-53; Zie ook F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 241-291.

¹⁷⁸ Explanatory report, 2013, 27; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 185; P. GRAGL, “A reminiscence of Westphalia: inter-party cases after the EU’s accession to the ECHR and the EU’s potential as a human rights litigator” in K. DZEHTSIAROU e.a., *Human Rights Law in Europe*, Oxon, Routledge, 2014, (35) 40.

¹⁷⁹ Explanatory report, 2013, 27.

HvJ EU (artikel 5 Toetredingsverdrag).¹⁸⁰ Op deze manier probeert men geen afbreuk te doen aan de exclusieve bevoegdheid van het HvJ EU om geschillen met betrekking tot het EU-recht te regelen.¹⁸¹

2.2.3. *Primaire Unierecht en GBVB*

46. Bij de toetreding wordt niets onthouden van de controle uit Straatsburg, ook het primaire unierecht en het GBVB niet.¹⁸² Het uitsluiten van het primaire Unierecht zou een schending inhouden van de autonomie van de EU, aangezien dit zou leiden tot een beoordeling door het EHRM wat behoort tot het primaire Unierecht en wat niet.¹⁸³

2.3. WAT ZAL ER GEBEUREN IN GEVAL VAN EEN SCHENDING?

2.3.1. *Algemeen*

47. Ten eerste kan het EHRM toezicht uitoefenen over zowel het primaire Unierecht, het secundaire Unierecht als de implementatiemaatregelen. Ten tweede kan het EHRM een EU-instelling veroordelen, eventueel samen met een lidstaat in geval van een gedeelde verantwoordelijkheid of een onduidelijkheid. Hierdoor remedieert de toetreding het gebrek van externe controle. Ten derde zal de beslissing van het EHRM bindend zijn voor het HvJ EU, al bestaat er onenigheid over in welke mate dit effectief het geval zal zijn (*supra* 24, nr. 40).¹⁸⁴

48. Op deze manier komt er na de toetreding wél een hiërarchie tot stand, al heeft deze een bijzonder en gematigd karakter gezien de vele aanpassingen die voortvloeien uit de autonomie van het Unierecht en de EU als rechtssubject *sui generis*.

¹⁸⁰ Explanatory report, 2013, 27; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 185-186; P. GRAGL, "A reminiscence of Westphalia: inter-party cases after the EU's accession to the ECHR and the EU's potential as a human rights litigator" in K. DZEHTSIAROU e.a., *Human Rights Law in Europe*, Oxon, Routledge, 2014, (35) 41.

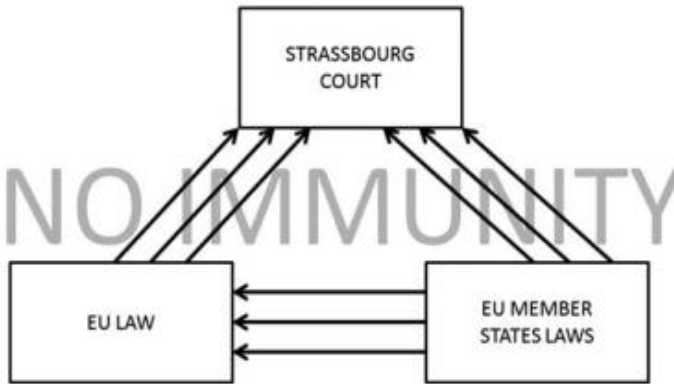
¹⁸¹ P. GRAGL, "A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights", *CML Rev* 2014, (13) 45.

¹⁸² Explanatory report, 2013, 19; Zie P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 128-132.

¹⁸³ T. LOCK, "Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *CML Rev* 2011, (1025) 1038; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 131; P. GRAGL, "A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights", *CML Rev* 2014, (13) 29.

¹⁸⁴ Explanatory report, 2013, 20. Vgl. J. GERARDS en L. GLAS, "De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM", *Ars Aequi* 2012, 520-530.

POST ACCESSION JURISDICTIONAL SCENARIO



Figuur 6

2.3.2. *De Bosphorus-doctrine: dood of reïncarnatie?*

49. Ten gevolge van deze nieuwe verhouding met verantwoordelijkheid van de EU lijkt het een logische beslissing om de Bosphorus-doctrine af te schaffen. Met oog op de gelijkheid van de partijen en het doel van de toetreding lijkt dit privilege voor de EU zijn bestaansrecht te verliezen.¹⁸⁵

50. De Schutter stemt ermee in dat het behouden van de Bosphorus-doctrine in zijn huidige vorm niet rechtvaardig noch wenselijk is.¹⁸⁶ Hij schuift echter een interessante derde weg naar voren tussen het afschaffen en behouden in: een herdefiniëring en generalisering van de doctrine.¹⁸⁷ Dit voorstel impliceert een uitbreiding tot alle partijen bij het EVRM waarbij het EHRM een kader van nieuwe en objectieve criteria¹⁸⁸ hanteert om te bepalen wie

¹⁸⁵ Explanatory report, 2013, 21; F.D. SCHILD, “Hoe een koe een haas vangt. De toetreding van de EU tot het EVRM en de gevolgen voor de praktijk”, *NTER* 2013, (247) 247; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 86; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 268.

¹⁸⁶ O. DE SCHUTTER, “Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (177) 198.

¹⁸⁷ Zie O. DE SCHUTTER, “Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (177) 187-198.

¹⁸⁸ Het EHRM zal deze moeten bepalen. De Schutter geeft enkele voorbeelden: een directe toepassing van het EVRM, een interpretatie conform de rechtspraak van het EHRM, een efficiënte procedure die geen verdrag tot gevolg heeft. Zie O. DE SCHUTTER, “Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (177) 188.

recht heeft op het vermoeden van equivalente bescherming.¹⁸⁹ Elke partij die op nationaal niveau in een equivalente bescherming voorziet, kan genieten van dit privilege. Op deze manier ontstaat er een open en horizontale verhouding tussen het EHRM en de partijen.¹⁹⁰ Deze aanpassing versterkt enerzijds het subsidiariteitsbeginsel en stimuleert anderzijds de partijen om te voorzien in een betere bescherming op nationaal niveau.¹⁹¹ Mogelijke kritiek op deze visie kan enerzijds luiden dat er een afbreuk wordt gedaan aan de toegang van een individu tot het EHRM en anderzijds dat het EVRM zo een onwenselijke stille evolutie doormaakt van minimumstandaard tot een maximumstandaard.¹⁹²

51. Het EHRM zal beslissen over dit vraagstuk in een arrest na de toetreding van de EU tot het EVRM.¹⁹³ Het beknopte Hoofdstuk 3 verderop leert ons echter dat een vervolledigde toetreding nog enige tijd op zich laat wachten.

2.4. A CHRISTMAS BOMBSHELL¹⁹⁴: ADVIES 2/13

52. Op 18 december 2013 sloeg het advies van het HvJ EU in als een bom binnen de academische wereld. Hieronder volgt een kritische uiteenzetting van advies 2/13 waarin het HvJ EU wederom vol jaloezie vasthoudt aan de autonomie van het EU-recht (*supra* 15, nr. 23).¹⁹⁵ Het EHRM is het oneens met het HvJ EU en noemt dit advies teleurstellend.¹⁹⁶

2.4.1. Specifieke kenmerken en autonomie EU-recht

a. Afstemming artikel 53 EVRM op artikel 53 Handvest

53. Beide artikels bepalen dat er geen afbreuk gedaan wordt aan voorzieningen in een hogere bescherming. Het HvJ EU bepaalde in zijn Melloni-arrest¹⁹⁷ echter dat de lidstaten zich hier niet op konden beroepen als dit een afbreuk veroorzaakt van de suprematie van het EU-recht.¹⁹⁸ Het HvJ EU vreest nu dat de lidstaten deze rechtspraak zullen omzeilen via artikel 53

¹⁸⁹ O. DE SCHUTTER, “Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention” in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (177) 187-188.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 192.

¹⁹¹ *Ibid.*, 188-189.

¹⁹² Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 399-400.

¹⁹³ J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 86.

¹⁹⁴ S. DOUGLAS-SCOTT, “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice”, 2014, <https://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/>.

¹⁹⁵ *Contra* D. HALBERSTAM, “‘It’s the Autonomy, Stupid!’ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, *German Law Journal* 2015, 105-146; *Contra* C. KRENN, “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13”, *German Law Journal* 2015, 147-167.

¹⁹⁶ Annual Report 2014 of the European Court of Human Rights, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf (2015).

¹⁹⁷ HvJ 26 februari 2013, nr. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni.

¹⁹⁸ HvJ 26 februari 2013, nr. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni, 13.

EVRM en zodoende de suprematie van het Unierecht zullen schenden.¹⁹⁹ Om dit te remediëren eist het HvJ EU een afstemming in het Toetredingsverdrag van artikel 53 EVRM op artikel 53 van het Handvest.²⁰⁰

54. Deze eis is vatbaar voor kritiek. Ten eerste maakte advocaat-generaal Kokott geen melding van dit ‘probleem’ in haar mening over advies 2/13.²⁰¹ Ten tweede houdt artikel 53 EVRM enkel een verplichting in voor de lidstaten om geen lagere bescherming te verlenen, maar absoluut geen verplichting om in een hogere te voorzien.²⁰² Ten slotte wordt deze kwestie al geregeld in de rechtspraak van het HvJ EU en is het niet noodzakelijk om dit te herhalen in het Toetredingsverdrag.²⁰³

b. Het principe van wederzijds vertrouwen

55. Dit principe houdt in dat elke EU-lidstaat moet veronderstellen dat de andere lidstaten de grondrechten waarborgen en dat iedere lidstaat de grondrechtenstandaard van de anderen erkent.²⁰⁴ Dit principe speelt een belangrijke rol voor de creatie van de RVVR (artikel 3, lid 2 VEU) en meer

¹⁹⁹ M. BERGER en C. RAUCHEGGER, “Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR” in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, M. C. KETTEMANN, B. KNEIHS en M. NOWAK (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (61) 65; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (27) 32; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 256; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 58.

²⁰⁰ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 36. *Contra* F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 413.

²⁰¹ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, mening J. KOKOTT; M. BERGER en C. RAUCHEGGER, “Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (61) 66; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (27) 37; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 256.

²⁰² T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 257.

²⁰³ HvJ 26 februari 2013, nr. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni; HvJ 26 februari 2013, nr. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Aklagaren; Zie P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (27) 37-38.

²⁰⁴ Zie HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, N.S.; Zie HvJ 26 februari 2013, nr. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni; HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 36; M. BERGER en C. RAUCHEGGER, “Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (61) 66; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Mortsel, Intersentia, 2015, (27) 32; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 258.

specifiek de PJSS.²⁰⁵ Volgens het HvJ EU bedreigt het Toetredingsverdrag dit principe aangezien ten gevolge van het EVRM de lidstaten elkaar moeten controleren zonder deze veronderstelling.²⁰⁶

56. Dit standpunt van het HvJ EU lijkt zonder inhoud te zijn. Ten eerste maakt advocaat-generaal Kokott wederom geen melding van dit ‘probleem’. Ten tweede werden reeds de arresten M.S.S. en N.S. behandeld waarbij de ene lidstaat de andere had moeten controleren. Hierbij heeft het HvJ EU zowel zijn wetgeving²⁰⁷ als rechtspraak²⁰⁸ (*supra* 11, nr. 16) afgestemd op het EHRM en zodoende is dit niet meer nodig in het Toetredingsverdrag.²⁰⁹

c. Protocol 16 bij het EVRM

57. Protocol 16²¹⁰ voorziet de mogelijkheid voor de lidstaten om niet-bindend advies te verzoeken aan het EHRM met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het EVRM.²¹¹ Ondanks dat de EU niet tot dit protocol zal toetreden²¹² oordeelde het HvJ EU dat dit alsnog tot gevolg kan hebben dat de EU-lidstaten de verplichte procedure van artikel 267 VWEU niet nakomen omdat ze zich wenden tot het EHRM.²¹³ Meer specifiek vreest het HvJ EU dat hierdoor de tussentijdse raadpleging in werking treedt en de

²⁰⁵ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 32; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 257.

²⁰⁶ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 36.

²⁰⁷ Verord. Europees Parlement en Raad nr. 604/2013, 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), *Pb. L.* 29 juni 2013, afl. 180, 31.

²⁰⁸ Volgens Lock is dit niet langer een garantie aangezien het HvJ EU in zijn latere Shamso Abdullahi-arrest een strikte interpretatie aangenomen heeft van het M.S.S.-arrest, wat resulteerde in verzet door het EHRM in zijn Tarakhel-arrest. Lock meent dat na de toetreding de wederzijdse erkenning wel degelijk beschadigd kan worden en is het eens met het HvJ EU dat er een bepaling hieromtrent moet verschijnen in het Toetredingsverdrag. Zie EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, Tarakhel; HvJ 10 december 2013, nr. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, Shamso Abdullahi; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 259-261.

²⁰⁹ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 39.

²¹⁰ Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *CETS*, nr. 214 (hierna: Protocol 16).

²¹¹ Dit protocol is nog niet in werking getreden aangezien nog geen 10 lidstaten het protocol geratificeerd hebben. Zie Chart of signatures and ratifications of Treaty 214: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=5u25foMU (consultatie 30 mei 2016).

²¹² HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 36; Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 416.

²¹³ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 37.

eigenlijke procedure van artikel 267 omzeild wordt.²¹⁴ Er moet een bepaling worden opgenomen in het Toetredingsverdrag om dit te voorkomen.²¹⁵

58. Het HvJ EU lijkt in dit geval de implicaties fout in te schatten. Ten eerste slaat het HvJ EU de bal mis met betrekking tot het niet naleven van artikel 267 VWEU aangezien protocol nr. 16 niet bindend zal zijn terwijl artikel 267 VWEU verplicht blijft voor de EU-lidstaten.²¹⁶ Ten tweede interpreteert het HvJ EU de tussentijdse raadpleging fout, aangezien deze enkel in werking zal treden waar de EU een co-respondent is (*supra* 28, nr. 44) wat hier niet het geval is.²¹⁷

2.4.2. Artikel 344 VWEU: problemen met de interstatelijke klachtenprocedure

59. Aangezien het EVRM integraal deel zal uitmaken van het Unierecht na de toetreding zal het HvJ EU ook exclusief bevoegd zijn voor regeling van geschillen tussen EU-lidstaten binnen de reikwijdte van het Unierecht.²¹⁸ Het HvJ EU oordeelde echter dat de voorziene bepalingen met betrekking tot de bevoegdheid van het EHRM op dit gebied (*supra* 30, nr. 45) onvoldoende zijn en eist een expliciete uitsluiting.²¹⁹

60. Zulke expliciete bepaling lijkt niet nodig. Ten eerste vermeldt advocaat-generaal Kokott dat het huidige Unierecht wél voldoende is om artikel 344 VWEU te vrijwaren en dat een expliciete uitzondering onwenselijk²²⁰ is.²²¹ Ten tweede bevestigt het samenspel tussen artikel 344 VWEU en het subsidiariteitsbeginsel deze zienswijze, waarbij de lidstaten eerst een procedure moeten instellen voor het HvJ EU alvorens naar Straatsburg te

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 37. *Contra* T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 263.

²¹⁶ Artikel 5 Protocol 16; HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 27, mening J. KOKOTT; Zie P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 40; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 262.

²¹⁷ T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 262-263.

²¹⁸ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 33; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 253.

²¹⁹ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 38.

²²⁰ Lock is het hiermee eens en spreekt over een “externalisation of internally resolvable issues”, die een blijk geven van het wantrouwen door het HvJ EU in het eigen Unierecht en bovendien een nog moeilijker partner maken van de EU. Zie T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 255.

²²¹ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 23, mening J. KOKOTT.

stappen.²²² Bij een schending hiervan kan er vanuit de EU een veroordeling komen in het licht van het MOX Plant-arrest.

2.4.3. Co-respondentmechanisme

61. Een eerste punt van kritiek uit Luxemburg is dat het EHRM bepaalt of er voldaan is aan de voorwaarden om co-respondent te worden en zich hierdoor uitspreekt over de bevoegdheidsverdeling binnen de EU.²²³ Een tweede punt van kritiek op basis van artikel 2 van protocol nr. 8 is de uitbreiding van de verplichtingen voor de EU-lidstaten omwille van hun verantwoordelijkheid als co-respondent, ondanks een mogelijks gemaakt voorbehoud.²²⁴ Een derde punt van kritiek is dat het EHRM kan beslissen dat slechts 1 van de 2 verantwoordelijk gehouden moet worden en zich hierdoor nogmaals uitspreekt over de bevoegdheidsverdeling binnen de EU.²²⁵

62. Met betrekking tot het eerste punt klopt het beeld van het HvJ EU niet aangezien het EHRM zich beperkt tot het bepalen van de ‘plausibiliteit’ van de co-respondent en zich aldus niet uitspreekt over de grond van de zaak.²²⁶ Bovendien blijft het een vrijwillig mechanisme, waardoor het nog moeilijker wordt om hier een bedreiging van de autonomie te aanvaarden.²²⁷ Het tweede punt doet zich enkel voor indien de EU-lidstaten co-respondent zijn.²²⁸

²²² P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 42-43.

²²³ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 39; M. BERGER en C. RAUCHEGGER, “Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (61) 70; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 34.

²²⁴ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 39; M. BERGER en C. RAUCHEGGER, “Opinion 2/13: Multiple Obstacles to the Accession of the EU to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (61) 71; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 249.

²²⁵ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 40; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 34; T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 248; E. STEINER en I. RATESCU, “The Long Way to Strasbourg – The Impact of the CJEU’s Opinion on the EU’s Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (51) 58.

²²⁶ Artikel 3, lid 5 Toetredingsverdrag; Explanatory report, 2013, 24-25; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Raad van Europa, 2014, 72; P. GRAGL, “A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights”, *CML Rev* 2014, (13) 34; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 43-44. *Contra* F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 218-219.

²²⁷ ; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 44.

²²⁸ Want uit het EVRM zelf vloeit voort dat een lidstaat geen respondent kan zijn indien er een voorbehoud gemaakt is. Zie P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and

en gezien de vrijwillige aard hiervan lijkt dit een onnodig probleem.²²⁹ Inzake het derde punt is het zeer onwaarschijnlijk dat het EHRM zich hierdoor gaat mengen in de complexe bevoegdheidsverdeling van de EU aangezien de houding van het EHRM altijd terughoudend is geweest.²³⁰ Bovendien beoordeelt het EHRM deze verantwoordelijkheid op basis van redenen die de (co-)respondent verschafft (artikel 3, lid 7 Toetredingsverdrag).

2.4.4. Tussentijdse raadpleging

63. Het eerste bezwaar van het HvJ EU is dat het Toetredingsverdrag niets vermeldt over wie beslist of het HvJ EU reeds uitspraak heeft gedaan, terwijl men dit aan de EU moet toewijzen.²³¹ Een tweede bezwaar is dat volgens het HvJ EU artikel 3, lid 6²³² bepaalt dat enkel de geldigheid van het secundaire Unierecht en de interpretatie van het primaire Unierecht onderworpen zijn aan de tussentijdse raadpleging, terwijl het HvJ EU ook de bevoegdheid moet krijgen om een bindende interpretatie van secundair Unierecht te geven.²³³

64. Ook hier kan het standpunt van het HvJ EU betwist worden. Ten eerste bepalen Gragl, Lock en Pérez dat de tussentijdse raadpleging niet eens noodzakelijk is. Het EHRM doet enkel een verplichting onder internationaal recht ontstaan en tast niet rechtstreeks het Unierecht aan (*supra* 24, nr. 40), waardoor de autonomie niet in gevaar komt.²³⁴ Ten tweede verduidelijkt advocaat-generaal Kokott dat in bijna alle gevallen de rechtspraak van het HvJ EU duidelijk uitwijst of er al dan niet een uitspraak is geweest en er aldus geen twijfel bestaat.²³⁵ Ten derde, voor de zeldzame gevallen waarbij er toch onduidelijkheid heerst, kan het HvJ EU soelaas vinden binnen de eigen interne rechtsverplichtingen. De betrokken lidstaat moet in het kader van de loyaliteitsverplichting (artikel 4, lid 3 VEU) het HvJ EU tijdig en goed informeren met betrekking tot de procedure, waardoor het HvJ EU niet

EU Accession to the ECHR" in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 44.

²²⁹ T. LOCK, "The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?", *EuConst* 2015, (239) 249-250.

²³⁰ C. ECKES, "EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation", *MLR* 2013, (254) 267.

²³¹ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 41.

²³² Zie Explanatory report, 2013, 26.

²³³ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 41.

²³⁴ T. LOCK, "Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *CML Rev* 2011, (1025) 1047; P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 235; A.T. PEREZ, "Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union" in V. KOSTA e.a., *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (29) 33-34. *Contra* Korenica ziet deze 'loutere' verplichting onder internationaal recht als een serieuzere verplichting dan Lock en Gragl, gebaseerd op artikel 3 Draft articles on the responsibility of international organizations en artikel 216, lid 2 VWEU. Zie F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 321.

²³⁵ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 34, mening J. KOKOTT; Zie T. LOCK, "The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?", *EuConst* 2015, (239) 251.

zomaar gepasseerd kan worden door het EHRM.²³⁶ Ten slotte hanteert het HvJ EU een zeer strikte interpretatie van artikel 3, lid 6 Toetredingsverdrag en kan het gezien de opzet van de tussentijdse raadpleging niet logisch geacht worden dat men de bedoeling heeft om de interpretatie van het secundaire Unierecht uit te sluiten.²³⁷

2.4.5. Rechterlijk toezicht op het GBVB: “Judicial politics of the playground”²³⁸

65. Het HvJ EU oordeelde dat aangezien het zelf niet bevoegd is voor maatregelen inzake het GBVB (artikel 24 VEU), het in strijd is met de autonomie om deze exclusief toe te vertrouwen aan een niet-EU instelling.²³⁹

66. Volgens Gragl is dit echter een kinderachtige “ik niet, niemand niet”-redenering van het HvJ EU aangezien er geen logische reden voor is.²⁴⁰ Ten eerste hebben de lidstaten wél de bevoegdheid om het GBVB te controleren en zijn de nationale rechterlijke instanties door het HvJ EU erkend²⁴¹ als belangrijk onderdeel van de rechtsbescherming.²⁴² Aldus is er geen sprake van een ‘exclusieve’ controle door het EHRM.²⁴³ Ten tweede dient het principe van de autonomie om een bevoegdheidsconflict tussen het HvJ EU en internationale hoven te vermijden, maar dit is hier niet van toepassing aangezien het HvJ EU niet eens bevoegd is.²⁴⁴ Ten slotte zou dit de bescherming van individuen alleen maar vergroten, wat perfect past binnen het doel van de toetreding.²⁴⁵ Ook advocaat-generaal Kokott ziet geen probleem met betrekking tot het GBVB.²⁴⁶

²³⁶ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 45.

²³⁷ Zie P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 45-46.

²³⁸ S. PEERS, “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.be/2014/12/the-cjeu-and-eu-accession-to-echr.html>, onder “comments”.

²³⁹ HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 42.

²⁴⁰ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 47.

²⁴¹ HvJ 8 maart 2011, advies 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, 1173-1174.

²⁴² T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 265.

²⁴³ Bovendien kan men hier een parallel trekken met het primaire Unierecht, dat een soortgelijke asymmetrische bevoegdheidsverdeling teweeg brengt tussen het HvJ EU en het EHRM. Zie T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 265.

²⁴⁴ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 35-36, mening J. KOKOTT; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 47.

²⁴⁵ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 36, mening J. KOKOTT; P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 47.

²⁴⁶ HvJ 13 juni 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, 35-36, mening J. KOKOTT.

3. WAAR GAAN WE HEEN?

67. Een eerste weg die men kan bewandelen is er een die de toetreding achter zich laat. Peers verwoordt het met “The dream becomes a nightmare”²⁴⁷ en ziet de toetreding als een stap achteruit.²⁴⁸ Als men de wijzigingen uit advies 2/13 doorvoert bekomt men zeker een lagere bescherming inzake de PJSS en het GBVB.²⁴⁹ Zoals hierboven reeds besproken (*supra* 12, nr. 18) is het aannemelijk dat deze weg leidt tot een tekortkoming van de EU en mogelijk zelfs aansprakelijkheid.²⁵⁰

68. Een tweede weg die men kan inslaan leidt richting een aanpassing van de Unieverdragen. In navolging van Peers en volgens de totale afweging van Lock is dit vereist inzake het GBVB (door het HvJ EU bevoegdheid te geven over het gehele GBVB) als men de bescherming niet wilt verminderen.²⁵¹ Deze loodzware taak zal jaren duren en hangt af van een hoge dosis politieke goodwill.²⁵² De weg kan eventueel verkort worden door een amendering van de verdragen via een gewaagd protocol waarbij ondanks de bezwaren toch wordt toetreden.²⁵³

69. De derde weg is er een van concessies aan het HvJ EU en leidt richting de aanpassing van het Toetredingsverdrag. Advies 2/13 vormt op deze manier een klusjeslijst met taken²⁵⁴ die volbracht moeten worden.²⁵⁵

²⁴⁷ S. PEERS, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, *German Law Journal* 2015, 213-222.

²⁴⁸ Peers kijkt echter enkel naar een volledige toegeving aan het HvJ EU of het stopzetten. Zo gaat hij voorbij aan een meer genuanceerde visie waarbij ook een verdragswijziging in rekening wordt gebracht, zoals we verder zullen zien bij Lock. Zie T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 267-272.

²⁴⁹ T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 272; S. PEERS, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, *German Law Journal* 2015, (213) 220-222.

²⁵⁰ P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 49.

²⁵¹ T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 271-272; C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 61.

²⁵² P. GRAGL, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (27) 49.

²⁵³ L. F. M. BESSELINK, “Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13”, 2014, <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>.

²⁵⁴ S. PEERS, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, *German Law Journal* 2015, 217; E. STEINER en I. RATESCU, “The Long Way to Strasbourg – The Impact of the CJEU’s Opinion on the EU’s Accession to the ECHR” in W. BENEDEK e.a., *European Yearbook on Human Rights*, Morsel, Intersentia, 2015, (51) 59.

²⁵⁵ F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR*, Cham, Springer, 2015, 407.

70. De meerderheid van de door het HvJ EU geëiste aanpassingen brengen geen achteruitgang van de grondrechtenbescherming in Europa teweeg.²⁵⁶ Ten eerste lijkt de afstemming van artikel 53 EVRM met artikel 53 van het Handvest geen achteruitgang met zich mee te brengen inzake de mensenrechtenbescherming. Ten tweede is Protocol 16 bij het EVRM momenteel nog niet in werking getreden, dus als men dit expliciet uitsluit in de toekomst houdt dit geen achteruitgang in voor de huidige situatie. Ten derde lijken de drie bezwaren bij het co-respondentenmechanisme evenzeer acceptabel. Als het EHRM niet mag beslissen over de toelating als co-respondent kan dit alleen maar resulteren in meer zaken met een co-respondent aangezien er hoe dan ook geen verplichting bestond om zich aan te bieden. Een expliciete voorziening inzake de naleving van voorbehouden gemaakt door de lidstaten zou enkel een bevestiging zijn de feitelijke regeling op dit moment, aangezien geldige voorbehouden er nu ook voor zorgen dat het EHRM een lidstaat niet kunnen veroordelen. Als het EHRM niet mag beslissen om slechts één van de twee verantwoordelijk te houden, leidt dit enkel tot meer gezamenlijke verantwoordelijkheid en aldus beter gewaarborgde verantwoordelijkheid. Ten vierde zou een tegemoetkoming inzake de ‘prior involvement rule’ enkel resulteren in een uitgebreider gebruik hiervan. Als het HvJ EU mag beslissen of het zich al dan niet heeft uitgesproken en bovendien zich ook mag uitspreken over het secundaire Unierecht, bekomt men een nog betere bescherming.

71. Dit geldt niet voor de uitsluiting van interstatelijke procedures want hierdoor zou het EHRM een belangrijke taak verliezen.²⁵⁷ Omwille van de zeer minieme waarschijnlijkheid dat een interstatelijke procedure wordt aangespannen, zorgt dit in de werkelijkheid echter niet voor grote zorgen. Meer problematisch is de uitzondering gebaseerd op het principe van wederzijds vertrouwen, aangezien hierdoor de bevoegdheid van het EHRM sterk wordt ingeperkt zonder dat de EU in een soortgelijk mechanisme voorziet (want dat is juist heel het punt van de uitsluiting).²⁵⁸ Toetreding met deze aanpassing zou de grondrechtenbescherming negatief beïnvloeden op het gebied van de PJSS. Voor de bezwaren inzake het GBVB lijkt het evenzeer minder aangewezen om het HvJ EU te volgen in zijn wens van complete uitsluiting, aangezien dit mogelijk een achteruitgang van de bescherming met zich kan meebrengen. Naast de PJSS zou ook de controle op het GBVB afnemen indien de onderhandelaars de eisen van het HvJ EU volledig inwilligen.²⁵⁹

²⁵⁶ Zie T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 269-270.

²⁵⁷ T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 270. *Contra* C.J. VAN DE HEYNING, “Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, *NTER* 2015, (55) 59.

²⁵⁸ T. LOCK, “The future of the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?”, *EuConst* 2015, (239) 270-271.

²⁵⁹ *Ibid.*, 271-272.

72. Om te kiezen tussen deze 3 richtingen is het nodig om eerst een afweging te maken inzake de wenselijkheid van een toetreding op dit moment. Aan de ene kant van de balans staat de uitbreiding van het aantal mogelijke zaken, het dichteren van een gat inzake externe controle en al bij al een effectievere bescherming (*supra* 31, nr. 47).²⁶⁰ Deze positieve elementen en daarenboven de aansprakelijkheid van de Unie-instellingen onder artikel 6, lid 2 VEU lijken de eerste weg uit te sluiten. Aan de andere kant van de balans staat echter een mogelijke achteruitgang met betrekking tot de bescherming inzake het GBVB en de PJSS. Om dit te verhelpen kan een mogelijke combinatie van de tweede en de derde weg soelaas bieden.

73. Welke weg men ook inslaat, één ding is zeker: het advies is er en zal één of andere reactie vereisen om de toetreding weer op gang te trekken.²⁶¹ Met nieuwe onderhandelingen en tergende ratificatieprocedures in het vooruitzicht is het twijfelachtig of dit nog in het huidig decennium verwezenlijkt wordt. De toekomstige onderhandelaars zijn gewaarschuwd: de autonomie die het HvJ EU zeer rigide bewaakt is een essentiële factor in het slagen van hun missie.

²⁶⁰ *Ibid.*, 267-268.

²⁶¹ *Ibid.*, 272.

4. BESLUIT

Er zijn vele voorbeelden waarbij het HvJ EU en het EHRM in elkaars vaarwater terechtkomen. De onderzoeksvraag adresseert de verhouding tussen de twee Europese hoven inzake de omgang met deze situatie: “Waar waren we? Waar zijn we geworpen? Waar gaan we heen?”

Het HvJ EU maakt informeel gebruik van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM om zelf in een grondrechtenbescherming te voorzien, maar houdt hierbij vast aan zijn autonomie. Het Verdrag van Lissabon doet aanneembaar een verplichting ontstaan voor het HvJ EU om toe te treden tot het EVRM. Het EHRM nam een conflict-vrije houding aan en creëerde via zijn Bosphorus-doctrine een vermoeden van equivalente bescherming aangezien het geen rechtstreekse controle kan uitoefenen op de EU.

Het HvJ EU maakte een leerstuk van de autonomie die centraal staat voor de toekomstige verhouding. Het concepttoetredingsverdrag verleent een waardevol inzicht voor de komende rechtstreekse controle op de EU en de geplande mechanismen. Met de onverwachte weerstand van het HvJ EU in advies 2/13 houdt het jaloers vast aan de autonomie van het EU-recht en werpt men moeilijke eisen op tafel. Er heersen verschillende opvattingen over de aard en manier waarop het EHRM al dan niet bindend kan optreden tegenover de EU, de redelijkheid van de eisen, de toekomst van Bosphorus, de wenselijkheid van een toetreding op deze voorwaarden en over de wegen om een toetreding te verwezenlijken.

Waar waren we? Na een lange weg van toenadering is een onduidelijke en informele verhouding ontstaan die zich focust op een co-existentie in plaats van de meest effectieve bescherming. Door onrechtstreekse veroordelingen via de lidstaten en een grote mate van immuniteit is er een gapend gat inzake de externe controle op de EU. De twee Europese hoven bevinden zich in afgescheiden rechtsordes zonder enig hiërarchisch verband.

Waar zijn we geworpen? Het afgeronde Toetredingsverdrag laat ons toe om een beeld te vormen van de huidige plannen maar advies 2/13 houdt de voorgaande verhouding in stand. De verhouding volgens het Toetredingsverdrag zal de quasi-immuniteit wegnemen door te voorzien in een rechtstreekse controle met bindend karakter. Deze verhouding gepaard met ongeziene mechanismen om de autonomie van het EU-recht niet te schenden. Er komt een nieuwe verhouding tot stand die enerzijds verhelpt aan de gebreken van de huidige verhouding en anderzijds voldoet aan de strenge eisen van de EU. Het Toetredingsverdrag doet een ‘nieuwe laag’ ontstaan binnen de meerlagige rechtsorde. De hiërarchische verhouding is niet de klassieke, volledige hiërarchische band maar wel een unieke verhouding die voorziet in uitzonderingen en nuances. De vorige verhouding wordt momenteel in stand gehouden door het stilgevalen toetredingsproces na advies 2/13. Ondanks een op maat gemaakt toetredingsverdrag werpt het

HvJ EU meerdere eisen op tafel die gekenmerkt worden door terughoudendheid en jaloezie.

Waar gaan we heen? Welk pad men vanaf hier moet nemen blijft betwist en is tot op heden onzeker. Het meest logische is een combinatie tussen de inwilliging van de eisen van het HvJ EU en een aanpassing van het Unierecht. Hierbij let men op de vooruitgang van de mensenrechtenbescherming en voorziet men dat de eisen van de EU geen uitholling vormen van de bescherming. De EU zal genieten van uitsluitingen inzake bepaalde EVRM-bepalingen en domeinen binnen de eigen rechtsorde.

Het eerste en tweede deel van de onderzoeksvraag zijn de werkelijkheid, het derde deel is speculatief. Door de complexiteit en het ongeziene karakter van deze onderneming zijn er veel onzekerheden voor de verderzetting van het toetredingsproces en voor de uitkomst van een vervolledigde toetreding. De laatste vraag die Clemens van Alexandrië zich stelde blijkt niet enkel de belangrijkste, maar ook de moeilijkste: “Vanwaar komt onze bevrijding?”