

Gaten dicht

Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM

Roeland Böcker¹

In april werd overeenstemming bereikt tussen de Raad van Europa en de Europese Unie over een ontwerp-toetredingsverdrag van de Unie tot het EVRM. Daarmee werd vervulling van de verplichting tot toetreding door de EU, vastgelegd in het Verdrag van Lissabon, een cruciale stap dichterbij gebracht. Doel is het recht en de handelingen van de Unie te onderwerpen aan het extern toezicht door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en daarmee niet alleen eenheid in de uitleg en toepassing van mensenrechten in geheel Europa te bevorderen, maar tevens gaten te dicht in het toezicht. Daadwerkelijke toetreding zal niet plaatsvinden dan nadat de Hoven van beide organisaties advies hebben uitgebracht, de beide organisaties in hoogste instantie de verdragstekst hebben aangenomen en alle partijen het verdrag hebben geratificeerd.

Inleiding

Op 5 april 2013 werd een cruciale stap gezet in een zeer langdurig proces: in Straatsburg bereikten de zevenenveertig lidstaten van de Raad van Europa, waarvan zevenen-twintig tevens lid zijn van de Europese Unie (hierna: Unie of EU), overeenstemming met de EU over toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna EVRM). Een ad hoc-onderhandelingsgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van alle lidstaten en van de EU, bracht verslag uit, waarbij gevoegd was de ontwerp-tekst van een toetredingsverdrag met enkele bijlagen en een toelichtend rapport.² Met deze gebeurtenis is daadwerkelijke toetreding van de EU tot het EVRM (hierna toetreding) weliswaar nog geen gelopen race, maar is deze wel in zicht gekomen. In het licht van de lange voorgeschiedenis is dat het memoreren waard.³ In zijn reactie op de bereikte overeenstemming wees Thorbjørn Jagland, secretaris-generaal van de Raad van Europa, erop hoe bijzonder het is dat een van 's werelds grootmachten zich vrijwillig onderwerpt aan extern mensenrechtelijk toezicht. Dat de onderhandelingen nog drie jaar in beslag hebben genomen hoeft dan ook nauwelijks verbazing te wekken. De toenaderingspogingen tussen de twee rechtsordes die de EU en de Raad van Europa zijn, deden soms wel wat denken aan egeltjes die de liefde bedrijven. Langdurig draaiden beide een poosje om mekaar heen, om elkaar vervolgens héél voorzichtig af te tasten, mekaars gevoelige plekken te onderzoeken en ten slotte in elkaar te verstrengelen.

Doel van toetreding

De noodzaak van binding van de EU aan het EVRM is in de loop van decennia steeds sterker gevoeld naarmate de bevoegdheden van de Unie en de omvang en maatschappelijke impact van het Unierecht zich uitbreidden. Met die uitbreiding kwamen gaandeweg frequenter en nadrukkelijker mensenrechtelijke vraagstukken aan de oppervlakte. De opstelling van een eigen Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de stap naar juridische bindendheid daarvan in het Verdrag van Lissabon is daarvan de erkenning. Hoewel een schakelbepaling in het Handvest erin voorziet dat de rechten genoemd in het Handvest gelijk zijn aan hun equivalenten in het EVRM,⁴ zijn het twee Europese hoven, het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), die tot taak hebben hun eigen mensenrechtencatalogus, het Handvest respectievelijk het EVRM, toe te passen.⁵ Zodra de EU partij zal zijn bij het EVRM zal het EHRM in mensenrechtelijke kwesties – let op het essentiële adjectief! – het laatste woord hebben en is daarmee de eenduidige uitleg en – in beginsel althans – toepassing van de mensenrechten in Europa verzekerd. Tegelijkertijd wordt met toetreding een gat gedicht. Immers, de burger kan tot op dit moment – voor zover hier relevant – in twee gevallen obstakels ontmoeten bij zijn gang naar het EHRM: bij klachten over handelingen van de EU enerzijds en bij klachten over handelingen van de lidstaten ter uitvoering van Unierecht

Zodra de EU partij zal zijn bij het EVRM zal het EHRM in mensenrechtelijke kwesties het laatste woord hebben

anderzijds. Wie klaagt tegen de EU wordt niet-ontvankelijk verklaard *ratione personae*, omdat de Unie immers geen partij is bij het EVRM.⁶ Wie klaagt tegen EU-lidstaten over handelingen van die lidstaten ter (verplichte) uitvoering van EU-recht, komt evenzeer in de kou te staan indien de kwestie in eerdere instantie aan het HvJEU is voorgelegd.⁷ Het EHRM is namelijk van oordeel dat het HvJEU een rechtsbescherming biedt die gelijkwaardig is aan zijn eigen niveau van bescherming, zodat hemzelf geen rol meer toekomt.⁸ Maar ook wie twijfelt aan het zojuist omschreven juridisch belang van toetreding – bijvoorbeeld omdat de vraag gerechtvaardigd is in hoeverre het EHRM na toetreding door de EU anders zal denken over die gelijkwaardige bescherming – zal moeten erkennen dat deze stap op zijn minst een belangrijke symbolische en politieke betekenis heeft. Kon tot dusver in ieder geval de schijn bestaan dat de EU en haar lidstaten zich aan EVRM-standaarden konden onttrekken – de Unie door buiten het verdrag te blijven, de lidstaten door bevoegdheden over te hevelen – met de toetreding van de EU tot het EVRM kan zelfs van die schijn geen sprake meer zijn. Aldus gaat het erom, in de woorden van de President van het EHRM, ‘*dem Beitritt eine echte Anomalie in Europa zu beheben*’, waaraan hij toevoegt dat ‘*Glaubwürdigkeit zählt in diplomatischen Beziehungen*’.⁹

Eerste onderhandelingscyclus

De deur naar onderhandelingen over toetreding werd aan EU-zijde geopend door artikel 6 lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, ingevoegd bij het in december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon¹⁰ en inhoudend dat de EU toetreedt tot het EVRM. Aan de kant van de Raad van Europa werd de deur in juni 2010 opengezet met de inwerkingtreding van Protocol 14 EVRM, dat – naast vele andere vernieuwingen – een nieuw tweede lid toevoegde aan artikel 59, kortweg luidend dat de EU kan

toetreden tot het EVRM. Vanuit Brussel dus een verplichting, vanuit Straatsburg een uitnodiging. Beide organisaties reageerden onmiddellijk. Te Brussel werd besloten de Europese Commissie af te vaardigen als vertegenwoordiger van de EU. In Straatsburg werden veertien leden van het Stuurcomité Mensenrechten¹¹ gekozen om de Raad van Europa te vertegenwoordigen. Voor een juiste balans werd besloten dat zeven daarvan afkomstig uit EU-lidstaten zouden zijn¹² en zeven afkomstig uit niet-EU-lidstaten.¹³ Vanaf de vijfde bijeenkomst was het de leden bovendien toegestaan de hulp van Europeesrechtelijke deskundigen in te roepen.¹⁴ Het gehele onderhandelingsproces stond onder Noors voorzitterschap. Als waarnemers werden toegelaten tot de griffie van het EHRM en een vertegenwoordiger van het intergouvernementele Comité van Juridisch Adviseurs inzake Internationaal Publiekrecht.¹⁵ Tussen juli 2010 en juni 2011 kwam de aldus samengestelde onderhandelingsgroep¹⁶ acht keer gedurende drie tot vier dagen bij elkaar, waarvan zeven keer in Straatsburg en één keer in Brussel. Enkele keren werd aansluitend een gedachtenwisseling met relevante niet-gouvernementele organisaties georganiseerd. Het gezelschap opereerde in hoge mate op basis van individuele deskundigheid. Dit verdient vermelding gezien de gevoelige positie van de zeven leden afkomstig uit EU-lidstaten. Zij waren immers, tezamen met hun zeven collega's uit de niet-EU-lidstaten, gekozen als een zo evenwichtig mogelijk samengestelde vertegenwoordiging van de Raad van Europa. De Europese Commissie was naar Straatsburg gekomen om te onderhandelen met de Raad van Europa, niet uitsluitend met het smaldeel dat geen lid is van de EU. Nu de Commissie echter specifiek was gemandateerd om de Unie te vertegenwoordigen – waarover zij overigens doorlopend verslag uitbracht aan de Raad¹⁷ – was er uit de aard der zaak geen ruimte voor fundamenteel afwijkende stellingnames door onderhandelaars uit indi-

Auteur

1. Mr. R.A.A. Böcker is agent bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en lid van de onderhandelingsgroep toetreding EU tot EVRM. Voor zover in deze bijdrage meningen worden gegeven, zijn deze uitsluitend toe te schrijven aan de auteur. De auteur dankt zijn collega's Niels Blokker en Ivo van der Steen voor hun commentaren.

Noten

2. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008_final_report_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008_final_report_EN.pdf).
3. Zie over deze voorgeschiedenis onder meer: *De binding van de Europese Gemeenschap aan Mensenrechten*, afscheidscollage van prof. mr. H.G. Schermers, Europa Instituut van de Universiteit van Amsterdam, 29 juni 1978; R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen – Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van*

internationale organisaties, Deventer: Kluwer, 1999; en M. Kuijer, *Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Hét verjaardagscadeau voor een 60-jarig EVRM of een vreemde gast op een partijtje?*, in *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 932.
4. Art. 53 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
5. R.A. Lawson, ‘Confusion and Conflict? Diverging interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg’, in R.A. Lawson and M. de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. III (1994), pp. 219-252. Zie ook Henry G. Schermers & Niels M. Blokker, *International Institutional Law, Unity within Diversity*, 5th rev. ed., p. 999.
6. Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, beslissing van 10 juli 1978, *Confédération Française Démocratique du Travail vs. the European Communities, alternatively: their Member States a) jointly*

and b) severally, nr. 8030/77.

7. Hetgeen gewoonlijk zal geschieden in de vorm van prejudiciële vragen van de nationale rechter aan het HvJEU.
8. EHRM, uitspraak van 30 juni 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs. İerland*, nr. 45036/98. Dit kan anders liggen indien het HvJEU *niet* in de procedure betrokken is geweest, zie EHRM, uitspraak van 6 december 2012, *Michaud vs. Frankrijk*, nr. 12323/11.
9. Dean Spielmann, *Menschenrechte in Europa*, toespraak tot het Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe, 9 april 2013.
10. Dat die verdragswijziging een noodzakelijke voorwaarde voor toetreding was stond vast sedert het op verzoek van de Raad door het HvJEU uitgebrachte Advies 2/94, [1996] Jur. I-1759.
11. *Comité Directeur pour les Droits de l’Homme* (CDDH). Zie ook: Böcker & Egmond, *Het Stuurcomité Mensenrechten*. Turbodiesel van de Raad van Europa. *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p.905.

12. Duitsland, Finland, Frankrijk, Letland, Nederland, Roemenië en het Verenigd Koninkrijk.
13. Albanië (later vervangen door Montenegro), Armenië, Kroatië, Noorwegen, Rusland, Turkije en Zwitserland.
14. Schrijver dezes werd vanaf dat moment vergezeld door collega's van de Afdeling Europees Recht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (tevens Expertisecentrum Europees Recht) en de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging bij de EU, achtereenvolgens Ivo van der Steen, Geertje Rohof en Martijn de Grave.
15. Naar zijn oude naam *Comité Ad Hoc pour le Droit International* afgekort tot CAHD
16. In de beste Straatsburgse tradities voorzien van het acronym CDDH-UE, in de wandelgangen ook wel de ‘7+7’ genoemd.
17. Meer in het bijzonder aan de *Working Party on Fundamental Rights, Citizen Rights and Free Movement of Persons*, afgekort tot FREMP.



viduele EU-lidstaten. Gezien de in hoge mate innovatieve aard van de materie bleef er echter ruim voldoende mogelijkheid voor genoemde zeven leden om, met inachtne-

Dit Brussels intermezzo leidde ertoe dat de Commissie met een aangescherpt mandaat terug naar Straatsburg werd gezonden

ming van het aan de Commissie gegeven mandaat, daadwerkelijk mee te sleutelen aan een concepttekst. Dit alles leidde er aan Straatsburgse zijde toe dat in oktober 2011 via het Stuurcomité Mensenrechten een concept-overeenkomst kon worden aangeboden aan het Comité van Ministers.¹⁸ In Brussel gebeurde hetzelfde aan de Raad.

Brussels intermezzo

De hooggespannen verwachtingen die het gevolg waren van de voortvarende uitwerking van een concept-toetredingsverdrag bleken ijdel. Opmerkelijk genoeg had dat niets te maken met het feit dat deze uitwerking tot dusver in beperkte kring had plaatsgevonden, waardoor het

merendeel der betrokken partijen op afstand had gestaan. Het waren immers met name twee in de onderhandelingsgroep vertegenwoordigde landen die bij bespreking van het concept in de Raad met bezwaren kwamen. Frankrijk maakte bezwaar tegen het binnen de reikwijdte van het verdrag komen van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid van de EU, nu op dat terrein het HvJEU geen bevoegdheid heeft en de EU dus niet de mogelijkheid zal hebben via de eigen rechter een eventuele EVRM-schending te redresseren alvorens deze door het EHRM wordt beoordeeld. Het Verdrag van Lissabon bepaalt nu eenmaal dat de toetreding de bevoegdheden van de Unie niet wijzigt.¹⁹ Tevens vreesde Frankrijk dat het ontbreken van een gang naar de eigen interne rechter een zelfstandige schending zou kunnen opleveren van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, neergelegd in artikel 13 EVRM. De Britse bezwaren leken minder scherp gefocust en meer het gevolg van het feit dat de Britse politiek, toch al worstelend met haar relatie met Europa, niet goed raad wist met een verdrag waardoor het ene Europa controle zou krijgen over het andere. Een van de Britse punten van kritiek die niettemin binnen de kring van EU-lidstaten wel weerklank vonden was het bezwaar tegen het al te genereus weggeven van het getalsmatig overwicht van de EU-lidstaten bij de stemverhoudingen in het Comité van Ministers van de Raad van Europa in zijn toezichthoudende rol op de naleving van EHRM-uitspraken.²⁰ Dit Brussels intermezzo leidde ertoe dat de Commissie met een aangescherpt mandaat terug naar Straatsburg werd gezonden.

Tweede onderhandelingscyclus

Aldaar had het Comité van Ministers inmiddels opdracht gegeven tot het in het leven roepen van een nieuwe onderhandelingsgroep, waarin deze keer alle lidstaten van de Raad van Europa de Europese Commissie tegemoet zouden treden²¹ en waarin dus ook geen leden meer op persoonlijke titel zitting zouden hebben. Onvermijdelijk had dit gevolgen voor de spreekvrijheid voor de delegaties uit de EU-lidstaten. Nu meer dan voorheen op het scherpst van de snede werd gedebatteerd en het gezelschap zo onoverzichtelijk was geworden, kreeg de Commissie alsnog nagenoeg het prerogatief op woordvoering en nam daarmee het gewicht van de tussentijdse Brusselse consultaties navenant toe.²² De onderhandelingsgroep nieuwe stijl vergaderde tussen juni 2012 en april 2013 vijf keer in Straatsburg gedurende drie tot vier dagen. Hoewel de noodzaak van voortgezet onderhandelen op basis van de concepttekst van oktober 2011 feitelijk van EU-zijde was veroorzaakt, lieten sommige van de twintig niet-EU-lidstaten zich niet onbetuigd en kwamen ook zij met aan-

vullende eisen.²³ Dat leidde tot pittige discussies, maar tevens tot de ontwerp teksten van 5 april van dit jaar.

Vorm en reikwijdte van de toetreding

Gekozen is voor een toetredingsverdrag dat vele vliegen in één klap slaat. Inwerkingtreding ervan bewerkstelligt tegelijkertijd toetreding van de EU tot het EVRM,²⁴ wijziging van het EVRM,²⁵ interpretatie van het EVRM met het

Ter bezwering van twijfel bij de niet-EU-lidstaten over de goede bedoelingen van de Unie stelt het ontwerp nadrukkelijk dat medeaansprakelijkheid van de EU niet wordt uitgesloten

oog op een niet-statelijke partij²⁶ en integratie van het toetredingsverdrag in zijn totaliteit met het EVRM.²⁷ Dat laatste heeft enerzijds tot gevolg dat eventueel nieuw tot het EVRM toetredende staten automatisch partij worden bij het toetredingsverdrag en anderzijds dat het EHRM bevoegd zal zijn het gehele toetredingsverdrag toe te passen op gelijke voet met het EVRM. Het ontwerp voorziet in toetreding tot het EVRM zelf en tot de Protocolen 1 en 6 bij het EVRM, nu dit de enige instrumenten zijn die door alle EU-lidstaten zijn geratificeerd. Tevens wordt de deur opengezet naar toekomstige toetreding tot de overige aanvullende Protocolen 4, 7, 12 en 13. Van belang zijn voorts de toerekeningsregels,²⁸ die expliciteren dat handelingen van de EU dienen te worden toegerekend aan de EU en handelingen van de lidstaten aan de lidstaten.²⁹ Dit lijkt een open deur, maar dient om te voorkomen dat de EU door toetreding wordt gedwongen handelingen te verrichten waarvoor zij geen bevoegdheid heeft. Cruciaal is het gemaakte onderscheid tussen toerekening of toeschrijving en aansprakelijkheid. Ter bezwering van twijfel bij de niet-EU-lidstaten over de goede bedoelingen van de Unie stelt het ontwerp dan ook nadrukkelijk dat het toeschrijven van handelingen aan de lidstaten geenszins medeaansprakelijkheid van de EU uitsluit indien die handelingen het EVRM schenden. Het bovengenoemde Franse bezwaar, ten slotte, kon worden geaccommodeerd door in

18. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_en.pdf.

19. Art. 6 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie.

20. Art. 46 lid 2 EVRM.

21. De groep werd dan ook '47+1' genoemd.

22. Zie voetnoot 17. Op binnenlands niveau

vond voorts coördinatie plaats met de Ministeries van Veiligheid & Justitie en van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties.

23. Dit bonte gezelschap ging zich gaandeweg tooien met de geuzennaam 'NEUMS' van 'Non-EU member states'. Zie ook: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/47_1\(2013\)003_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/47_1(2013)003_EN.pdf).

24. Art. 1 lid 1 ontwerp-toetredingsverdrag.

25. Art. 1 leden 2 en 8, art. 2 lid 2, art. 3 lid 1, art. 4 en art. 7 lid 1 ontwerp-toetredingsverdrag.

26. Art. 1 leden 5, 6 en 7 en art. 5 ontwerp-toetredingsverdrag.

27. Art. 1 lid 2 ontwerp-toetredingsverdrag.

28. Art. 1 leden 3 en 4 ontwerp-toetredingsverdrag.

29. Kortheidshalve wordt hier en in het vervolg gesproken over 'handelen' en 'handelingen'. Het ontwerp-toetredingsverdrag onderkent echter terdege dat evenzeer sprake kan zijn van verwijtbaar nalaten. De gebruikte terminologie is: 'acts, measures and omissions'.

de toelichtende nota te benadrukken dat de relevante EHRM-jurisprudentie inzake extraterritoriale activiteiten onder de vlag van een internationale organisatie geen toerekeningsregels bevat.³⁰

Het co-respondentmechanisme

Teneinde samenloop van de EU en haar lidstaten als potentiële partijen bij EHRM-procedures in goede banen te leiden is wordt een bijzondere voorziening voorgesteld, het co-respondentmechanisme.³¹ De gedachte achter dit mechanisme is het gegeven dat in het EU-recht degene die handelt – of in de termen van het ontwerp: degene aan wie een handeling wordt toegerekend – niet per se degene is die primair verantwoordelijk is voor de juridische basis waarop dat handelen is gestoeld. Het primair EU-recht³² is naar zijn vorm klassiek verdragenrecht, voor de totstandkoming en wijziging waarvan de verdragsluitende partijen, de EU-lidstaten dus, volledig verantwoordelijk zijn, maar dat op EU-niveau wordt tenuitvoergelegd door (de instellingen van) de Unie. De burger die bij die tenuitvoerlegging in zijn EVRM-rechten meent te zijn geschaad, kan – na toetreding – wel klagen tegen de Unie, maar zal zonder nadere voorziening de kans lopen, ook als het EHRM zijn klacht honoreert, alsnog bot te vangen omdat de Unie niets anders deed dan een verplichting op grond van de verdragen nakomen en dus ook niets zal kunnen repareren zonder verdragswijziging.³³ Het spiegelbeeld is het secundair EU-recht, ofwel de Brusselse wet- en regelgeving, die kan leiden tot de situatie waarin een EU-lidstaat bij de tenuitvoerlegging van dat recht verplichtingen onder het EVRM schendt jegens een burger, maar tegelijkertijd niet de vrijheid had zijn doen of laten te veranderen en dus ook niet adequaat kan reageren op de eventuele constatering van een EVRM-schending door het EHRM.³⁴ In beide genoemde scenario's kan de partij die *niet* handelde maar *wel* medeverantwoordelijkheid draagt, betrokken raken in de procedure als zogenaamde co-respondent.³⁵ De toetssteen daarvoor is de vraag of de handelende partij de beweerde EVRM-schending had kunnen voorkomen zonder het (primair dan wel secundair) EU-recht te schenden.³⁶ Is het antwoord op die vraag ontkennend, dan kan een partij het EHRM verzoeken, of kan het Hof een partij uitnodigen, co-respondent te worden. Aan de bezwaren van de niet-EU-lidstaten tegen deze onverbindende formulering is tegemoetgekomen door de opstelling van een eenzijdige verklaring van de EU, af te leggen bij ondertekening van het toetredingsverdrag, welke luidt dat de EU een uitnodiging van het EHRM zal accepteren indien bovengenoemde voorwaarde is vervuld. Het ontwerp van deze eenzijdige verklaring maakt integraal deel uit van het pakket toetredingsdocumenten. Anders dan de derdeninterveniënt³⁷ is de co-respondent volledig partij bij de procedure en dient hij de uitspraak dus ten uitvoer te leggen.³⁸ Een belangrijk verschil met

de aangeklaagde partij is het feit dat de klager niet de interne rechtsmiddelen van de co-respondent hoeft uit te putten.³⁹ Indien een klager zekerheidshalve zijn klacht zou hebben gericht tegen zowel de Unie als de lidstaat, kan, afhankelijk van de aard van de klacht, de status van een van beide aangeklaagde partijen worden omgezet in die van co-respondent.⁴⁰ Wordt een klacht in een zaak waarin een co-respondent is betrokken gehonoreerd, dan zijn de aangeklaagde partij en de co-respondent gezamenlijk verantwoordelijk, tenzij het EHRM anders zou besluiten op basis van door die beide partijen aangedragen gronden. Daarbij wordt tevens voorafgaand de visie van de klagenpartij gevraagd.⁴¹ Tot slot dient in dit verband te worden vermeld dat enkele niet-EU-lidstaten aandrongen op uitbreiding van het co-respondentmechanisme tot situaties waarin tegen hen werd geklaagd over de tenuitvoerlegging van onderdelen van het EU-recht waaraan zij via een bilateraal verdrag met de EU gebonden zijn. Omdat het hier een wezenlijk andere situatie betreft dan de gebondenheid van EU-lidstaten aan EU-recht – het betreft hier immers klassiek verdragenrecht dat dus op de traditionele verdragsrechtelijke manier gewijzigd of opgezegd kan worden indien het zou botsen met het EVRM – is ook voor dit probleem een oplossing buiten het eigenlijke toetredingsverdrag gezocht. Onderdeel van het pakket toetredingsdocumenten is een ontwerp van een *memorandum of understanding* tussen de EU en een nader in te vullen derde land, waarin de EU zich committeert aan interventie als derde partij in een dergelijke situatie, alsmede aan samenwerking bij de tenuitvoerlegging van een eventuele veroordelende EHRM-uitspraak.

Positie Hof van Justitie van de Europese Unie

Een belangrijk element van het co-respondentmechanisme, in gevallen waarin de EU de co-respondent is, is een expliciete mogelijkheid voor het HvJEU om een bij het EHRM ingediende klacht te beoordelen in gevallen waarin dat nog niet eerder is gebeurd.⁴² Waar in een niet-EU-gerelateerde zaak normaal gesproken de hoogste (nationale) instantie de kans heeft gehad zich uit te laten over de compatibiliteit van het handelen van de staat met het EVRM, op straffe van niet-ontvankelijkheid van de klacht, is dat ten aanzien van de hoogste EU-rechter niet het geval indien in nationale procedures kwesties van EU-recht aan de orde zijn geweest.⁴³ Zonder nadere regeling zou een Straatsburgs oordeel over de EVRM-compatibiliteit van secundair EU-recht zonder voorafgaand Luxemburgs oordeel niet alleen de verhoudingen tussen de beide Europese hoven nodeloos op scherp zetten, maar ook strijdig zijn met het beginsel van subsidiariteit dat ten grondslag ligt aan het EVRM.⁴⁴ Hoewel het omslachtig en tijdrovend kan zijn om, hangende de procedure in Straatsburg, een Luxemburgs uitstapje te maken, werd niettemin noodzakelijk geacht deze mogelijkheid te creëren. Het ontwerp-toetredingsverdrag eist van de

Hoewel het omslachtig en tijdrovend kan zijn om, hangende de procedure in Straatsburg, een Luxemburgs uitstapje te maken, werd deze mogelijkheid noodzakelijk geacht

EU wel dat bij het HvJEU vaart wordt gemaakt en bepaalt tevens dat de excursie naar Luxemburg de bevoegdheden van het EHRM in geen dele aantast.

Deelname van de EU in het toezicht op de naleving van Hofuitspraken

Naast het co-respondentmechanisme, met inbegrip van de aparte procedure bij het HvJEU, was de lastigste kwestie in de onderhandelingen de positie van de EU ten opzichte van het Comité van Ministers, het beleidsbepalende orgaan van de Raad van Europa. Immers, de EU treedt wel toe tot het EVRM, maar wordt geen lid van de Raad van Europa. In het huidige tijdsgewricht is dit, in de context van

De EU zal per definitie medestanders buiten eigen kring moeten zoeken teneinde het toezicht in een haar betreffende zaak te beëindigen

de Raad van Europa en het EVRM, een unieke situatie, waarvoor oplossingen op maat noodzakelijk zijn.⁴⁵ Duidelijk is dat de Unie volledig moet kunnen participeren in de uitvoering van taken die het Comité van Ministers heeft uit hoofde van het EVRM zelf en dus ook moet kunnen stemmen waar dat aan de orde is. Het betreft hier eerst en vooral het toezicht op de naleving van EHRM-uitspraken⁴⁶ en beslissingen van het Hof ter bekrachtiging van minnelijke schikkingen.⁴⁷ Juist hier lag in de onderhandelingen een van de grootste struikelblokken. Immers, indien het gaat om toezicht op een EHRM-uitspraak in een zaak waarbij de EU partij was, zijn de EU-lidstaten en de Unie zelf verplicht gezamenlijk op te treden.⁴⁸ Dit zou echter tot gevolg hebben dat het debat over dergelijke uitspraken in het Comité van Ministers *de facto* inhoudsloos zou wor-

den, omdat van te voren vaststaat dat de uitkomst van het debat niet in Straatsburg, maar in Brussel wordt beslecht. De EU-lidstaten en de Unie vormen immers een meerderheid binnen het Comité van Ministers. Het moge zo zijn dat ook nu al de EU-lidstaten niets in de weg staat gezamenlijk op te trekken, maar het principiële verschil is dat naar de huidige omstandigheden de vertegenwoordiger van een niet-EU-lidstaat in het Comité van Ministers niet bij voorbaat kansloos is in het belobbyen van zijn collega's uit de EU-lidstaten. Met het oog hierop is een doorwrocht stelsysteem voor het Comité van Ministers ontworpen, waarvoor bovendien opnieuw is gekozen voor plaatsing buiten het toetredingsverdrag zelf, en wel in een nieuwe regel, toe te voegen aan de Regels van het Comité van Ministers voor het toezicht op de tenuitvoerlegging van uitspraken en van de termen van minnelijke schikkingen. Het voorstel behelst zeer uiteenlopende drempels voor het aannemen van resoluties en beslissingen in zaken waarbij de EU partij is. Puur procedurele beslissingen en beslissingen waarin aan de veroordeelde partij(en) om informatie wordt gevraagd kunnen worden aangenomen met een aantal van een vijfde van het aantal leden van het Comité van Ministers, momenteel tien leden derhalve. Beslissingen tot verzoeken aan het EHRM om interpretatie van een uitspraak⁴⁹ en beslissingen om voorlegging aan het EHRM van een geconstateerde niet-naleving van een uitspraak aan het EHRM, de zogenaamde *second referral*,⁵⁰ kunnen worden aangenomen met een aantal van een vierde van het aantal leden van het Comité van Ministers, momenteel dus twaalf leden. Alle tot dusver genoemde beslissingen kunnen vanwege de lage drempels, ook wel *hyperminorities* genoemd, dus niet worden geblokkeerd door de EU en haar lidstaten. Anders ligt dat bij de meest gevoelige categorie beslissingen, namelijk die waarin een tussentijds oordeel wordt geveld over de mate van naleving van een uitspraak. Dergelijke beslissingen zijn per definitie negatief vanuit het perspectief van de betrokken partij, aangezien niet wordt geconstateerd dat de naleving is voltooid; zou dat anders zijn dan zou immers geen sprake van een tussentijds, maar van een definitief oordeel zijn en zou het toezicht worden beëindigd. Voor deze zogenaamde interim resoluties blijft de in de Raad van Europa gebruikelijke dubbele meerderheid gelden van tweederde van de aanwe-

30. Onder andere EHRM beslissingen van 2 mei 2007, *Behrami & Behrami vs. Frankrijk en Saramati vs. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen*, nr. 71412/01, § 122; en EHRM uitspraak van 7 juli 2011, *Al-Jedda vs. Verenigd Koninkrijk*, nr. 27021, § 76.

31. Art. 3 ontwerp-toetredingsverdrag. Het zal nog een hele toer worden voor deze term een geschikte Nederlandse vertaling te bedenken. De President van het EHRM houdt het in het Duits op *Mitbeklagten-Mechanismus*; Dean Spielmann, *Menschenrechte in Europa*, toespraak tot het Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe, 9 april 2013.

32. Met name het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

33. Het meest in de buurt van dit scenario komt de uitspraak van het EHRM van 18 februari 1999 in de zaak *Matthews vs. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 24833/94, waarin (gezien de uitbreiding bij het Verdrag van Maastricht van de bevoegdheden van het Europees Parlement) het feit dat inwoners van Gibraltar niet voor dat parlement konden stemmen werd beschouwd als een schending door het Verenigd Koninkrijk van het recht op vrije verkiezingen.

34. EHRM, uitspraak van 30 juni 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs. Ierland*, nr. 45036/98.

35. Art. 3 leden 2 en 3 ontwerp-toetredingsverdrag.

36. Dit criterium zal naar verwachting een

belangrijke matigende werking hebben op het aantal zaken waarin een co-respondent optreedt. Zo zal de EU in (de vele) zaken waarin de Dublin-II-Verordening aan de orde is geen co-respondent zijn, omdat de Verordening niet verplicht tot overbrenging van een doorreizende asielzoeker naar het eerste land van binnenkomst en een eventuele schending van de artikelen 2 of 3

EVRM door de lidstaat dus voorkomen kan worden met inachtneming van het secundair EU-recht, zie EHRM uitspraak van 21 januari 2011, *M.S.S. vs. België en Griekenland*, nr. 30696/09.

37. Art. 36 EVRM.

38. Art. 46 lid 1 EVRM.

39. In afwijking dus van art. 35 lid 1 EVRM.

40. Art. 3 lid 4 ontwerp-toetredingsverdrag.

41. Art. 3 lid 7 ontwerp-toetredingsverdrag.

42. Art. 3 lid 6 ontwerp-toetredingsverdrag.

43. HvJEG 6 oktober 1982, *Cilfit*, C-283/81.

44. Welk beginsel *expressis verbis* is gecoördiceerd in art. 1 van (ten tijde van het schrijven van dit artikel nog ontwerp-) Protocol 15 EVRM.

45. Art. 7 ontwerp-toetredingsverdrag.

46. Art. 46 leden 2 tot en met 5 EVRM.

47. Art. 39 lid 4 EVRM.

48. Op grond van het beginsel van loyale samenwerking als bedoeld in art. 4 lid 3 Verdrag van de Europese Unie.

49. Art. 46 lid 3 EVRM.

50. Art. 46 lid 4 EVRM.

Als laatste zullen alle achtenveertig partijen het toetredingsverdrag dienen te ondertekenen en ratificeren. De ervaring leert dat we dan wel enkele jaren verder zullen zijn

zigen en een gewone meerderheid van het aantal leden van het Comité van Ministers. De vrees bij de niet-EU-lidstaten voor obstructie van EU-wege kon worden ondervangen door – opnieuw op een plaats buiten het eigenlijke toetredingsverdrag, namelijk in de toelichtende nota – te benadrukken dat dergelijke obstructie politiek hoogst onwaarschijnlijk is en de besluitvorming in het Comité van Ministers bovendien steevast bij consensus plaatsvindt, dus niet door stemming. De laatste categorie beslissingen betreft de afsluitende resoluties. Hier geldt een spiegelbeeldige situatie. Afsluitende resoluties zijn immers per definitie gunstig voor de veroordeelde partij. Teneinde het getalsmatig overwicht van de EU enigszins te compenseren wordt hier een dubbele supermeerderheid voorgesteld van viervijfde van het aantal aanwezigen en tweederde van het aantal leden, hetgeen neerkomt op een aantal vereiste stemmen liggend tussen tweëndertig en negenendertig. De EU zal dus per definitie medestanders buiten eigen kring moeten zoeken teneinde het toezicht in een haar betreffende zaak te beëindigen.

Deelname van de EU bij overige activiteiten

Naast zijn toezichthoudende rol heeft het Comité van Ministers nog andere functies onder het EVRM, waarin deelname van de EU wordt voorgesteld. Het betreft hier de bevoegdheid tot verkleining van de omvang van Kamers van het EHRM van zeven naar vijf rechters,⁵¹ de bevoegdheid het EHRM om adviezen te vragen⁵² en een speciaal met het oog op de EU in het EVRM op te nemen bevoegdheid om nieuwe protocollen bij het EVRM aan te nemen.⁵³ Deze bevoegdheid was tot dusver gebaseerd op het Statuut van de Raad van Europa, maar zoals gezegd wordt de EU daarbij geen partij. Voorts is bepaald dat de EU zal worden geconsulteerd in geval van het aannemen van andere instrumenten dan protocollen bij het EVRM, waarbij kan worden gedacht aan een veelsoortigheid van teksten afkomstig van het Comité van Ministers die direct betrekking hebben op EVRM-kwesties, zoals bijvoorbeeld besluiten genomen op basis van de slotverklaringen van de in de voorbije jaren gehouden conferenties van Interlaken, Izmir en Brighton inzake de toekomst van het EVRM-systeem. Tot slot is voorzien in deelname van de EU, in dit

geval in de hoedanigheid van leden van het Europees Parlement, in de verkiezingen van EHRM-rechters door de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa.⁵⁴ Dit beperkt zich niet tot het kiezen van een rechter vanuit de EU zelf, maar strekt zich uit tot alle rechters.

Overige kwesties

Bovengenoemde onderwerpen namen het leeuwendeel van de onderhandelingstijd in beslag. Daarnaast waren er kwesties die vrij eenvoudig konden worden beslecht. Deels waren deze van inhoudelijke en procedurele, deels van meer technische of verdragsrechtelijke aard. Onder de eerste categorie valt de bepaling⁵⁵ dat een procedure voor het HvJEU logischerwijze niet geldt als voorlegging aan 'een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling' en dus niet als belemmering voor ontvankelijkheid van een klacht,⁵⁶ en dat deze procedure evenmin geldt als een 'andere wijze van regeling' die tussen EVRM-partijen is verboden.⁵⁷ Onder de tweede categorie valt de regeling van een bijdrage van de EU in de kosten van het EVRM-systeem,⁵⁸ alsmede de positie van de EU ten aanzien van andere instrumenten dan het EVRM die in dit verband relevant zijn.⁵⁹

En nu?

Zoals gezegd is toetreding geen gelopen race. Allereerst zal advies worden ingewonnen bij het HvJEU⁶⁰ en mogelijk ook bij het EHRM. Naar verwachting zal daarmee een jaar gemoeid zijn. Dat jaar behoeft echter niet lijdzaam te worden afgewacht. Binnen de EU kan intussen worden gewerkt aan de opstelling van interne regels, bijvoorbeeld betreffende de voordracht van rechterskandidaten voor het EHRM en de wijze van vertegenwoordiging van de EU in EHRM-procedures. Afhankelijk van de inhoud van het ingewonnen advies zal het pakket aan toetredingsstukken vervolgens moeten worden vastgesteld binnen zowel de EU als de Raad van Europa op het hoogste niveau, respectievelijk de Raad en het Comité van Ministers. Als laatste zullen alle achtenveertig partijen het toetredingsverdrag dienen te ondertekenen en ratificeren volgens hun interne procedures. De ervaring leert dat we dan wel enkele jaren verder zullen zijn. •

51. Art. 26 lid 2 EVRM.

52. Art. 47 EVRM.

53. Art. 7 lid 1 ontwerp-toetredingsverdrag.

54. Art. 22 EVRM, art. 6 ontwerp-toetredingsverdrag.

55. Art. 5 ontwerp-toetredingsverdrag.

56. Art. 35 lid 2 sub b EVRM.

57. Art. 55 EVRM.

58. Art. 8 ontwerp-toetredingsverdrag.

59. Art. 9 ontwerp-toetredingsverdrag. Het betreft hier met name het Algemeen verdrag nopens de voorrechten en immunitei-

ten van de Raad van Europa, 2 september 1949 (ETS No. 10) met bijbehorende protocollen en de Europese overeenkomst betreffende personen die deelnemen aan procedures voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 5 maart 1996 (ETS

No. 161).

60. Op grond van art. 218 lid 11 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.