

# De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM

## Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?

Janneke Gerards & Lize Glas\*

### 1 Inleiding

De rechtsorde van de Europese Unie (EU) en het systeem van de Raad van Europa (RvE) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) zijn ogenschijnlijk twee afzonderlijke structuren die onafhankelijk van elkaar functioneren. Tussen deze rechtsordes bestaat op het eerste gezicht geen hiërarchie, noch is sprake van 'meergelaagdheid'. In werkelijkheid zijn de twee echter nauw met elkaar verweven. Dat zal nog sterker worden als de EU toetreedt tot het EVRM, zoals beoogd met het Verdrag van Lissabon, en de onderlinge verbondenheid wordt geformaliseerd.

De onderlinge verbondenheid van de beide rechtsordes roept de vraag op hoe de huidige verhouding tussen de twee structuren kan worden gekarakteriseerd. Ook is de vraag of en, zo ja, hoe het karakter van de verhouding zal veranderen na de toetreding. Deze vragen staan in deze bijdrage centraal. De eerste vraag wordt beantwoord aan de hand van een schets van de huidige verhouding tus-

sen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) (par. 3). De tweede vraag wordt beantwoord door in te gaan op de uitgangspunten van primariteit en subsidiariteit, de procedurele instrumenten die in verband met de toetreding worden geïntroduceerd, en een aantal specifieke mechanismen die de onderlinge verhouding tussen EHRM en HvJ reguleren (par. 4). Voor een goed begrip van de materie geven wij echter allereerst een kort overzicht van de achtergronden van toetreding van de EU tot het EVRM (par. 2).

### 2 Achtergronden van toetreding van de EU tot het EVRM

Na het einde van de Tweede Wereldoorlog werden binnen Europa twee organisaties in het leven geroepen om de herwonnen vrede te behouden door middel van pan-Europese samenwerking: de RvE en de voorgangers van de huidige EU (zie kader). Het hogere doel

#### Grondslagen van Europese samenwerking

Dat de grondslagen van de Europese samenwerking in de EU en de RvE vergelijkbaar waren, kan blijken uit hun preambules. Het Statuut voor de Raad van Europa: 'Convinced that the pursuit of peace based upon justice and international co-operation is vital for the preservation of human society and civilisation'; het Verdrag tot Oprichting van de EGKS: 'CONSIDERING that world peace may be safeguarded only by creative efforts

equal to the dangers which menace it; CONVINCED that the contribution which an organized and vital Europe can bring to civilization is indispensable to the maintenance of peaceful relations; [...]; DESIROUS of assisting through the expansion of their basic production in raising the standard of living and in furthering the works of peace; RESOLVED [...] to establish, by creating an economic community, the foundation of a broad and independ-

ent community among peoples long divided by bloody conflicts; and to lay the bases of institutions capable of giving direction to their future common destiny' [curs. auteurs]. Zie ook G. Harpaz, 'The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy', 46 *Common Market Law Review* 2009, p. 105-141, p. 125-126.

\* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is hoogleraar fundamentele rechten aan de rechtenfaculteit van de Radboud Universiteit Nijmegen. L.R. (Lize) Glas LL.M is promovenda bij dezelfde faculteit; zij bereidt een proefschrift voor over de dialoog tussen het EHRM en andere actoren.

- 1 Preamble Verdrag tot Oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal: '[...] by creating an economic community [...]'.
- 2 *Portaalsite van de Europese Unie – Beleidsterreinen van de Europese Unie*, [http://europa.eu/pol/index\\_nl.htm](http://europa.eu/pol/index_nl.htm) (laatst geraadpleegd op 6 december 2011).
- 3 E.F. Defeis, 'Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal', 31 *Fordham International Law Journal* 2007, p. 1104; C. Costello, 'The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', 6 *Human Rights Law Review* 2006 (1), p. 91; G. Harpaz, 'The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy', 46 *Common Market Law Review* 2009, p. 105-141.
- 4 Art. 2 VEU.
- 5 Art. 6 lid 3 VEU.
- 6 S. Besson, 'The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?',

6 *Human Rights Law Review* 2006 (2), p. 324.

7 Art. 263 VWEU.

8 Vgl. Harpaz 2009, p. 125-127.

9 Vgl. J.P. Jacqué, 'The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms', 48 *Common Market Law Review* 2011 (4), p. 995-1031, p. 998 e.v.

10 BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); BVerfGE 73, 339 (*Solange II*). Zie voor een nader historisch overzicht van het toetredingsdebat M. Kuijer, 'Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Hét verjaardagscadeau voor een 60-jarig EVRM of een vreemde gast op het partijtje?', *NJCM-Bulletin* 2010 (35-7), p. 932-947, p. 935.

11 Zie CDDH-UE, 'Draft Explanatory report', CDDH-UE(2011)16, 19 juli 2011, par. 3. Zie voor de EU-rechtelijke aspecten het bovengenoemde advies 2/94 van het HvJ.

12 CETS-nr. 194 (zie <http://conventions.coe.int/>); zie art. 59 van dit Protocol.

13 Draft Explanatory report, par. 3; zie ook het Explanatory Memorandum bij art. 17 van Protocol No. 14 bij het EVRM, dat wijzigingen aanbrengt in art. 59 EVRM.

14 CDDH-UE, 'Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights', CDDH-UE(2011)16, 19 juli 2011, art. 1(2)(b).

15 De bezwaren kunnen blijken uit het verslag dat het CDDH heeft uitgebracht naar aanleiding van de laatste discussies over het ontwerp-akkoord; zie CDDH, 'Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights', CDDH(2011)009, 14 oktober 2011, par. 11, 12 en 14.

16 Vertragingen kunnen zich daarnaast nog op andere manieren voordoen; zie daarover S. Douglas-Scott, 'The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon', 11 *Human Rights Law Review* 2011 (4), p. 645-682, p. 661.

17 Bijv. S. Douglas-Scott, 'A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human

van samenwerking – vrede – was voor beide organisaties gelijk, maar het terrein waarop lidstaten van de organisaties samenwerkten verschilde. De eerste voorganger van de EU, de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, was een economische gemeenschap,<sup>1</sup> terwijl de samenwerking tussen de RvE-lidstaten voornamelijk was gericht op de grondrechten, democratie en de rechtsstaat.

## De Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal was een economische gemeenschap, terwijl de samenwerking tussen de RvE-lidstaten voornamelijk was gericht op de grondrechten, democratie en de rechtsstaat

Voor de EU waren de ontwikkelingen daarna snel en ingrijpend. In tegenstelling tot haar vroegere voorganger is de EU inmiddels veel meer dan een economische gemeenschap alleen – inmiddels begeeft zij zich op niet minder dan 35 beleidsterreinen, waaronder de grondrechten.<sup>2</sup> Het HvJ heeft een belangrijke rol gespeeld in het hoog op de EU-agenda zetten van de grondrechten, onder andere door hen als algemene beginselen van het Unierecht aan te merken.<sup>3</sup> Rondom de millenniumwisseling is deze ontwikkeling geculmineerd in een bewustere erkenning van de grondrechten in verdragsinstrumenten. Zeker sinds 1 december 2009, met de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon, geldt dat de Unie berust op de 'eerbiediging van de mensenrechten'<sup>4</sup> en dat de grondrechten 'als algemene beginselen' deel uitmaken van het recht van de Unie.<sup>5</sup> Bovendien beschikt de EU nu over een eigen, bindende grondrechten-catalogus in de vorm van het EU-Handvest van de Grondrechten.<sup>6</sup> De EU en de RvE, *twins separated at birth*,<sup>7</sup> zijn daardoor dichter tot elkaar gegroeid.<sup>8</sup>

## De EU en de RvE, *twins separated at birth*, zijn dichter tot elkaar gegroeid

Het is tegen deze achtergrond dat de discussie kan worden geplaatst over de toetreding van de EU tot het EVRM. Die discussie speelt al lange tijd, namelijk sinds het einde van de jaren 70 (zie kader). De discussie

**Discussie over toetreding van de EU tot het EVRM**  
Een eerste voorstel voor toetreding werd al gedaan door de Europese Commissie in 1979, zie Memorandum Commissie EG van 4 april 1979 betreffende de toetreding van de EG tot het EVRM, *Bull. EG* 4-1979 en *Bull. EG Suppl.* 2/79; zie voor een bespreking: K. Economides & J.H.H. Weiler, 'Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum', 42 *Modern Law Review* 1979 (6), p. 383-396. De discussie verloopt met horten en stoten. Pas in 1996 bracht het Hof van Justitie bijvoorbeeld advies uit over de juridische voorwaarden voor toetreding (Advies 2/94 van het HvJ van 28 maart 1996, *Jurispr.* 1996, I-1759), dus op een moment dat de discussie al langlopend was.

werd vooral ingezet omdat de grondrechten-bescherming in de EU ontoereikend werd gevonden.<sup>9</sup> Het ontbreken van een eigen grondrechten-catalogus, in combinatie met het toenemen van de regelgevende en beleidsmatige bevoegdheden van de EU-instellingen, maakte dat sommige lidstaten protesteerden. Welbekend is de reactie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* in het *Solange I*-arrest van 1974, die het in scherpere bewoordingen in 1986 nog herhaalde in *Solange II*.<sup>10</sup> In deze arresten gaf het Duitse constitutionele hof te kennen dat het niet zou accepteren dat het Europese recht voorrang heeft boven de Duitse grondwet, in ieder geval niet zolang de grondrechten niet voldoende waren gegarandeerd. Toetreding tot het EVRM werd als een geschikte oplossing gezien, omdat daardoor de EU-instellingen aan het EVRM gebonden zouden worden. Voor die toetreding bleek echter heel wat nodig. Niet alleen was wijziging nodig van het EVRM (dat slechts ruimte bood voor toetreding door leden van de RvE), maar ook moest een speciale voorziening in de EU-verdragen worden opgenomen.<sup>11</sup> Stappen in de richting van wijziging zijn daarop ondernomen, maar het heeft lang geduurd voordat de nodige aanpassingen daadwerkelijk plaatsvonden. In het EVRM werd de mogelijkheid tot toetreding voorzien in het Veertiende Protocol, dat in 2004 werd aangenomen door het Comité van Ministers van de RvE.<sup>12</sup> Een belemmerende factor bij de ratificatie van dit Protocol was dat het tegelijkertijd voorzag in een groot aantal wijzigingen van de procedure voor het EHRM, die voor een aantal staten (vooral voor Rusland) moeilijk verteerbaar waren. Daardoor duurde het tot 2010 voordat alle staten het Protocol hadden ondertekend en het Protocol in werking kon treden. Ook bij de wijziging van de EU-verdragen waren er allerlei vertragende factoren. Het heeft

jaren geduurd voordat er een concept lag voor de 'Europese Grondwet', en het is welbekend dat de pogingen om die Grondwet aan te nemen uiteindelijk zijn gestrand. Hoewel eigenlijk al eind jaren 90 werd begonnen met de aanpassingen, is pas met het Verdrag van Lissabon in 2009 werkelijk de mogelijkheid gecreëerd van toetreding.

De juridische voorwaarden voor toetreding zijn, na zo'n dertig jaar debat, nu dus bijna aanwezig. Bijna, omdat de voorzieningen in het Verdrag van Lissabon en in het EVRM nog niet volstaan om toetreding echt mogelijk te maken. Daarvoor moet een apart akkoord worden opgesteld dat de goedkeuring nodig heeft van alle RvE-leden en de EU-lidstaten.<sup>13</sup> Met het opstellen van dat akkoord is voortvarend begonnen in 2010. In 2010-2011 heeft een RvE-expertcomité, het CDDH-UE, een ontwerp-toetredingsakkoord voorbereid waarin de status van de EU als verdragsluitende EVRM-partij wordt omschreven en waarin een aantal praktische elementen wordt geregeld die nodig zijn om de procedures voor het EHRM na toetreding goed te laten verlopen.<sup>14</sup> Het ontwerp-toetredingsakkoord ligt sinds oktober 2011 voor bij het Comité van Ministers, het politieke orgaan van de RvE, voor verdere besluitvorming. Over de toekomst van het akkoord bestaat echter enige zorg. Uit de laatste bespreking van het akkoord in oktober 2011 bleek dat sommige staten geen haast willen maken met de toetreding of bezwaren hebben tegen de afspraken in het ontwerp-toetredingsakkoord.<sup>15</sup> Het toetredingsproces lijkt daardoor opnieuw te stokken en vertraging op te lopen.<sup>16</sup>

## De grondrechtenrechtspraak van het HvJ is zo ver ontwikkeld dat commentatoren die gelijk hebben gesteld met die van nationale constitutionele hoven of zelfs met die van het EHRM zelf

De vraag is of het erg is dat de EU nog steeds niet tot het EVRM is toegetreden en dat de toetreding nu opnieuw vertraging oploopt. Sinds de *Solange*-arresten van het *Bundesverfassungsgericht* hebben de ontwikkelingen op grondrechtelijk terrein in de EU immers niet stilgestaan. Wij wezen al op de uitgebreide erkenning van grondrechten die inmiddels zichtbaar is in de verdragen en op

### Beperkt onderzoek op EVRM-conformiteit

Het toezicht dat het EHRM houdt op de EVRM-conformiteit van EU-recht is uiterst beperkt. Zie daarvoor vooral de *Kokkelvisserij*-zaak (EHRM 20 januari 2009 (ontv.), nr. 13645/05, *EHRC* 2009/56, m.nt. M. Bulterman, *AB* 2009, 310, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010, 266 m.nt. E.A. Alkema). Zie nader hierover C. Van de Heyning & R. Lawson, 'The EU as a party to the European Convention on Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights Jurisprudence', in: P. Popelier, C. Van de Heyning & P. Van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 50-52.

het bindende EU-Handvest voor de Grondrechten. De grondrechtenrechtspraak van het HvJ is zo ver ontwikkeld dat commentatoren die gelijk hebben gesteld met die van nationale constitutionele hoven of zelfs met die van het EHRM zelf<sup>17</sup> Zelfs het kritische *Bundesverfassungsgericht* toonde zich in zijn *Lissabon*-uitspraak uit 2009 tevreden over het bereikte beschermingsniveau.<sup>18</sup> Bovendien heeft het EHRM zich bereid getoond om, in uitzonderlijke omstandigheden, het handelen van EU-instellingen (indirect, via staatsaansprakelijkheid) te onderwerpen aan een onderzoek op EVRM-conformiteit, zodat er in laatste instantie toch enige rechtsbescherming mogelijk is (zie kader). De oorspronkelijke ratio voor toetreding tot het EVRM van enkele decennia geleden – betere bescherming van grondrechten tegen handelen door de EU-instellingen – is daarmee minder overtuigend geworden.<sup>19</sup>

Toch is er voor toetreding nog altijd veel te zeggen.<sup>20</sup> Toen de oorspronkelijke leden van de RvE het EVRM ondertekenden, hadden zij al eigen grondwetten met een catalogus van grondrechten waaraan de nationale autoriteiten zich hadden te houden. Ook zij dachten toen dat het EVRM voor hun eigen rechtsorde niet zoveel zou betekenen. De geschiedenis heeft anders uitgewezen: de uitgebreide rechtspraak van het EHRM heeft laten zien dat een extern controle- en correctiemechanisme wel degelijk nuttig is en meerwaarde heeft, ook voor staten met een goed ontwikkeld systeem van grondrechtenbescherming.<sup>21</sup> Voor de EU zal dit niet anders zijn. Een veelgehoorde klacht is bovendien dat het voor een Unieburger op dit moment moeilijk is om een rechter te vragen of een handeling van een EU-instelling verenigbaar is met de grondrechten. Hij kan de nationale rechter wel verzoeken om een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ over de verenigbaarheid van een

*Rights Acquis*', 43 *Common Market Law Review* 2006 (3), p. 629-665, p. 661.

18 *Bundesverfassungsgericht* 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, randnr. 191.

19 Soms is zelfs aangegeven dat nu al kan worden gesproken van 'de facto toetreding'; vgl. R. Harmsen, 'National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate', 7 *European Public Law* 2001 (4), p. 625-649, p. 641 en zie F.G. Jacobs, 'The European Convention on Human Rights, the EU Charter on Fundamental Rights and the European Court of Justice – The Impact of European Union Accession to the European Convention on Human Rights', in: I. Pernice, J. Kokott & C. Saunders (red.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden: Nomos 2006, p. 294-295.

20 Zie ook X. Groussot, T. Lock & L. Pech, 'EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011', *Fondation Robert Schuman Policy Paper, European Issues* No. 218, 7 November 2011, p. 2.

21 Zie onder meer H. Keller & A. Stone Sweet (red.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008; Kuijter 2010, p. 932-947, p. 936; J.H. Gerrards, 'De waarde van een Europees mensenrechtshof', *Recht der Werkelijkheid* 2011-2, p. 65-73.

22 K. Lenaerts & P. Van Nuffel, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 681-682; zie art. 267 VWEU. Onder omstandigheden kan het niet-stellen van een prejudiciële vraag overigens wel in strijd komen met het recht op toegang tot de rechter zoals beschermd door het EVRM (EHRM 20 september 2011, nrs. 3989/07 en 38353/07 (*Ullens de Schooten en Rezaek t. België*), *EHRC* 2011/150 m.nt. C. Van den Heyning).

23 Dit komt door de strikte ontvankelijkheidsvereisten (zie art. 236 VWEU); zie



nader Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 686-687.

24 Draft Agreement, Preliminary; Resolutie (2011/C 161 E/12) van het Europees Parlement (19 mei 2010), L(9).

25 Vgl. bijv. F. Hoffmeister, 'Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, App. No. 45036/98, European Court of Human Rights (Grand Chamber), June 30, 2005', 100 *American Journal of International Law* 2006 (2), p. 442-449, op p. 447.

26 Bovendien, en dit is misschien nog wel een groter twistpunt, is denkbaar dat het EHRM een uitleg moet geven van EU-recht om de EVRM-conformiteit te beoordelen; dit zou gemakkelijker in strijd kunnen komen met de externe dimensie van de autonomie van de EU, zoals uiteengezet door T. Lock, 'Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order', 48 *Common Market Law Review* 2011 (4), p. 1025-1054, p. 1030.

27 HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, *Jurispr.* 1974, 491 (Nold), par. 13.

28 HvJ EG 28 oktober 1975, zaak 36/75, *Jurispr.* 1975, 1219 (Rutili), par. 32.

29 Harpaz 2009, p. 108; Douglas-Scott 2006, p. 650; P. van Dijk, 'Comments on the Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights', European Commission of Democracy through Law (Venice Commission), 12 oktober 2007.

30 HvJ EG 21 september 1989, gev. zaken 46/87 en 227/88, *Jurispr.* 1989, 2859 (Hoechst), par. 13.

31 HvJ EU 18 juni 1991, zaak C-260/89, *Jurispr.* 1991, I-2925 (ERT), par. 41.

32 Bijv. HvJ EU 30 april 1996, zaak C-13/94, *Jurispr.* 1996, I-2143 (P/S), par. 16.

33 Douglas-Scott 2006, p. 648.

34 HvJ EU, 'Discussion Document of the Court of Justice of the European Union on Certain Aspects of the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms', 5 mei 2010, par. 3.

35 Zie voor een goed overzicht o.m. Douglas-Scott 2006, p. 641-642 en Harpaz 2009,

EU-handeling met grondrechten, maar hij kan niet afdwingen dat de rechter dit doet.<sup>22</sup> Ook is er maar een beperkte mogelijkheid om via een rechtstreeks beroep aan de EU-hoven te vragen om over grondrechtengeschillen te oordelen.<sup>23</sup> Toetreding van de EU tot het EVRM vult deze lacune in de bescherming van de Europese grondrechten.<sup>24</sup>

Toetreding heeft daarmee nog steeds zin. Tegelijkertijd laten de verdragen zien dat er een zekere huiver en terughoudendheid bestaat zodra toetreding echt aan de orde is. Die terughoudendheid houdt vermoedelijk precies verband met de toegevoegde waarde die toetreding heeft, namelijk de mogelijkheid van externe controle. Onvermijdelijk heeft toetreding van de EU tot het EVRM tot gevolg dat het EHRM toezicht kan uitoefenen op de EVRM-conformiteit van het EU-recht. Daarmee krijgt het EHRM een positie die bovengeschikt is aan die van het HvJ.<sup>25</sup> In laatste instantie is het dan immers het EHRM dat uitleg geeft aan het EVRM en dat kan bepalen of beperkingen van grondrechten een schending van het EVRM opleveren.<sup>26</sup> Niet iedereen is enthousiast over de gedachte dat het EHRM in deze positie wordt gesteld.

## Wij willen laten zien dat de beide hoven op dit moment in een gelijkwaardige relatie staan tot elkaar, waarbij sprake is van een voortdurende wisselwerking en wederzijdse beïnvloeding, met als doel om de grondrechten effectief te garanderen

Toch is onze stelling dat het weinig behulpzaam is om in de discussie over toetreding te denken in termen van 'lagen' en hiërarchie, en evenmin om het beeld op te roepen van een piramide waar een hoogste instantie bovenaan staat die het laatste woord heeft. De noties van pluralisme en complementariteit geven volgens ons een meer adequate omschrijving van de onderlinge verhouding tussen het EHRM en het HvJ. Wij willen laten zien dat de beide hoven op dit moment in een gelijkwaardige relatie staan tot elkaar, waarbij sprake is van een voortdurende wisselwerking en wederzijdse beïnvloeding, met als doel om de grondrechten effectief te garanderen. De toetreding van de EU tot het EVRM zal die

onderlinge verhouding niet fundamenteel veranderen, zoals soms wordt aangenomen, maar zal de gelijkwaardigheid eerder versterken. Binnen het debat over de wenselijkheid van toetreding is dat een belangrijk punt, dat grotendeels onderbelicht is gebleven in de discussie.

## 3 Schets van de huidige verhouding tussen het EHRM en het HvJ

### 3.1 Onderlinge afstemming van rechtspraak

Op dit moment is er geen formele, juridische relatie tussen de RvE en de EU, of tussen het EVRM en de EU. Nu de EU geen lid is van de RvE en de EU het EVRM niet heeft ondertekend, zijn de EU-instellingen niet gebonden aan het EVRM (zie tevens kader). Wel hebben het HvJ en EHRM een informele verhouding opgebouwd. Die verhouding bestaat voornamelijk uit het verwijzen naar elkaars jurisprudentie en rechtsbronnen. Het HvJ verwees voor het eerst indirect naar het EVRM in 1974.<sup>27</sup> In het daaropvolgende jaar ging het HvJ een stap verder en citeerde het afzonderlijke EVRM-bepalingen.<sup>28</sup> Het HvJ heeft het EVRM sindsdien als een leidraad en inspiratiebron<sup>29</sup> gebruikt en heeft aangegeven dat de fundamentele rechten een integraal onderdeel zijn van de algemene beginselen van het Unierecht.<sup>30</sup> Het EVRM is volgens het HvJ zelfs zo belangrijk dat de EU-instellingen geen maatregelen mogen nemen die onverenigbaar zijn met het EVRM.<sup>31</sup> Sinds 1996 citeert het HvJ ook EHRM-jurisprudentie.<sup>32</sup> Dat doet het inmiddels zo frequent,<sup>33</sup> precies<sup>34</sup> en systematisch dat het in feite een routine is geworden.<sup>35</sup> Misschien kan zelfs worden volgehouden dat de Straatsburgse jurisprudentie in de Luxemburgse is geïncorporeerd.<sup>36</sup>

Op zijn beurt verwijst het EHRM regelmatig (de laatste jaren zelfs in toenemende mate) naar het Unierecht en de HvJ-jurisprudentie en doet het zijn best om het Unierecht stelselmatig bij zijn overwegingen te betrekken.<sup>37</sup>

#### Lidstaten zijn wel aan EVRM gebonden

Dat EU-instellingen niet gebonden zijn aan het EVRM, neemt niet weg dat de lidstaten zelf dat wél zijn, ook als zij handelen op basis van EU-verplichtingen of als zij aan het EU-recht ontleende bevoegdheden uitoefenen. Dit geldt zeker als daarbij een discretionaire bevoegdheid bestaat. Is sprake van volledig gebonden uitvoering van EU-recht, waarbij de nationale autoriteiten in feite als EU-instelling optreden, dan ligt de situatie ingewikkelder. In dat geval is de zogenaamde *Bosphorus*-doctrine van toepassing.

Daarnaast maakt het EHRM soms gebruik van Luxemburgse bronnen wanneer deze concepten bevatten die ook voor de uitleg van het EVRM nuttig zijn.<sup>38</sup>

Het is niet altijd gemakkelijk voor de hoven om een gelijke lijn te kiezen. Vooral in de jaren 80 en 90 waren er zorgen over hun onderlinge verhouding, nu het HvJ en het EHRM soms een verschillende uitleg gaven aan dezelfde grondrechten of een andere benaderingswijze kozen (zie kader). Bovendien opereren de hoven van oudsher in een andere context. Daardoor kan het HvJ soms komen tot een meer economisch gekleurde en door de noden van de interne markt gestuurde grondrechteninterpretatie, terwijl het EHRM de bescherming van grondrechten steeds voorop stelt.<sup>39</sup> De recentere jurisprudentie laat echter zien dat de hoven dichter tot elkaar zijn gekomen.<sup>40</sup> Dankzij de inspanningen van het HvJ en EHRM is de interpretatie van de grondrechten door beide hoven nu grotendeels gelijk.<sup>41</sup> De beide hoven dragen daardoor in gezamenlijkheid bij aan de totstandkoming van een uniforme standaard voor de bescherming van de fundamentele rechten in Europa.<sup>42</sup> De interactie tussen de twee hoven strekt daarbij verder dan het citeren en respecteren van elkaars jurisprudentie alleen. De hoven organiseren geregeld bilaterale bijeenkomsten, houden toespraken voor elkaar en hebben persoonlijk overleg.<sup>43</sup> Het meest kenbare product van de interactie is wellicht te zien rondom de toetredingsonderhandelingen: begin 2011 brachten de Presidenten van het EHRM en het HvJ een gezamenlijke verklaring uit over de toepassing van het Handvest en over de toetreding van de EU tot het EVRM.<sup>44</sup>

## De hoven organiseren geregeld bilaterale bijeenkomsten, houden toespraken voor elkaar en hebben persoonlijk overleg

**3.2 Behoedzaamheid: de Bosphorus-doctrine**  
Doordat de EU niet is gebonden aan het EVRM, ligt het op het eerste gezicht niet voor de hand dat het EHRM te maken krijgt met zaken over EU-recht. Toch bereiken regelmatig EU-rechtelijke klachten het EHRM, vooral doordat steeds meer nationale wetgeving en nationale besluiten direct of indirect verband houden met het EU-recht. De grens tussen wat puur nationaal recht is, en waarvoor een EVRM-staat rechtstreeks

kan worden aangesproken, en wat EU-recht, is niet altijd gemakkelijk te trekken. Slechts geleidelijk aan heeft het EHRM jurisprudentie ontwikkeld die duidelijk maakt hoe het zal omgaan met klachten met een EU-rechtelijk aspect.<sup>45</sup> Aanvankelijk was het daarbij niet steeds even voorzichtig, wat de kritiek opleverde dat het EHRM de autonomie van de EU dreigde aan te tasten en dat het zich te dominant opstelde ten opzichte van het HvJ.<sup>46</sup> Pas sinds de uitspraak in *Bosphorus* (2005)<sup>47</sup> is de situatie duidelijker en staat voorop dat het EHRM zich niet snel zal bemoeien met puur EU-rechtelijke aangelegenheden.<sup>48</sup> Klachten die rechtstreeks zijn gericht tegen Unie-instellingen verklaart het EHRM standaard niet-ontvankelijk, omdat de EU geen verdragsluitende partij is.<sup>49</sup> Klachten die zijn gericht tegen de lidstaten en die betrekking hebben op handelen dat weliswaar een EU-oorsprong heeft, maar waarbij de lidstaat een zekere eigen verantwoordelijkheid en discretie toekomt, ziet het Hof als klachten over nationaal recht. Dat soort klachten is in beginsel ontvankelijk en wordt afgedaan zoals alle andere klachten over nationaal handelen.<sup>50</sup> Tot slot is er een derde categorie van klachten die zijn gericht tegen EU-lidstaten, maar die handelingen betreffen die puur zijn gericht op tenuitvoerlegging van Unierechtelijke verplichtingen. De lidstaten handelen dan zonder discretie; zij zijn niet meer dan een verlengstuk van de EU-instellingen. Dergelijke klachten verklaart het EHRM wel ontvankelijk, maar behandelt het in de meeste gevallen niet op de inhoud vanwege de *'Bosphorus-doctrine'*.<sup>51</sup> Onder deze doctrine neemt het Hof weliswaar aan dat de lidstaten verantwoordelijk blijven voor hun uitvoeringshandelingen onder het

p. 105-141; zie ook Jacobs 2006, p. 292.

- 36 Een recent voorbeeld waarin het HvJ uitdrukkelijk de EHRM-standaarden tot de zijne maakt is *N.S.* (HvJ EU 21 december 2011, gev. zaken C-411/10 en C-493/10). Vgl. ook Costello 2006, p. 112-114 en Harpaz 2009, p. 110.
- 37 Douglas-Scott 2006, p. 644; T. Lock, 'The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts', 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, p. 380; zie bijv. EHRM 11 juli 2002 (Grote Kamer), nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. VK*), *Reports 2002-VI, EHRC 2002/74*, m.nt. H. Janssen & J. van der Velde, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 330 m.nt. P. van Dijk, par. 43-45. Zie verder uitgebreid R.A. Lawson, 'Stuifzand of kruisbestuiving? Over de invloed van het Unierecht op de rechtspraak van het EHRM', *NJCM-Bulletin* 2011, p. 795-796.
- 38 Douglas-Scott 2006, p. 644. Zie voor een uitgebreidere analyse, waarbij ook de rol van het EU-recht als onderdeel van het nationale recht wordt betrokken, ook Van de Heyning & Lawson 2011, p. 42.
- 39 Vgl. ook Harmsen 2001, p. 627 en zie Douglas-Scott 2006, p. 649.
- 40 Zie ook Van de Heyning & Lawson 2011, p. 37.
- 41 Lock 2009, p. 381. Overigens kan worden aangemerkt dat ook de uitbreiding van het mandaat van de EU tot buiten het puur economische van invloed is op de rechtsvinding door het HvJ, dat daardoor immers niet meer door een puur economische en op de interne markt gerichte blik naar grondrechtzaken zal kijken.
- 42 Lock 2009, p. 380.
- 43 L. Scheeck, 'The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights', 65 *Heidelberg Journal of International Law* 2005, p. 873; zie voor speeches bijv. GT-DH-EU, 'Speeches given by the President of the Court of Justice of the European Communities and by the President of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year', GT-DH-

### De jaren 80 en 90: 'gunboat diplomacy'

Van de Heyning en Lawson hebben de verhouding tussen het EHRM en het HvJ in de jaren 80 en 90 getypeerd als *gunboat diplomacy* (Van de Heyning & Lawson 2011, p. 36). Meer informatie over de verhouding in deze periode is te vinden bij Costello 2006, p. 112; F.G. Jacobs, 'Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System: the European Court of Justice', 38 *Texas International Law Journal* 2003, p. 552; L. Rincón-Eizaga, 'Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and Strasbourg Courts regarding the Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights', 11 *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2008, p. 119-154; R.A. Lawson, 'Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg', in: R.A. Lawson & M. de Blois (red.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*, Vol. III, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1994, p. 219-252.

EU(2002)011, 31 januari 2002.

44 J.-P. Costa & V. Skouris, 'Joint Communication from President Costa and Skouris', 17 januari 2011, te raadplegen via: [www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication\\_CEDHCJUE\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf).

45 Zie over de onduidelijkheden tot *Bosphorus* bijv. Harmsen 2001, p. 629.

46 Vgl. Harmsen 2001, p. 625-649; I. Canor, 'Primus inter Pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?', 25 *European Law Review* 2000 (1), p. 3-21, p. 4.

47 EHRM 30 juni 2005 (Grote Kamer), nr. 45036/98 (*Bosphorus/Ierland*), *EHRC* 2005/91, m.nt. M. Bulterman, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 969, m.nt. R.A. Lawson, par. 159, 165, *AB* 2006, 273 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

48 Doet het dit wel (indirect, via de lidstaten), dan stelt het zich bovendien extreem terughoudend en coulant op. Dat blijkt vooral uit de rechtspraak over het kunnen reageren op de conclusie van de advocaat-generaal bij het HvJ; zie bijv. EHRM 13 januari 2005 (ontv.), nr. 62023/00 (*Emesa Sugar t. Nederland*), *EHRC* 2005/42, m.nt. J.H. Gerards, *NJ* 2006, 183.

49 EHRM 18 februari 1999 (Grote Kamer), nr. 24833/94 (*Matthews/Verenigd Koninkrijk*), *JB* 1999/63, m.nt. A.W. Heringa, *AB* 1999, 181, m.nt. I. Sewandono, *NJ* 1999, 515, m.nt. E.A. Alkema, par. 32. Zie recentier ook EHRM 20 januari 2009 (ontv.), nr. 13645/05 (*Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij e.a. t. Nederland*), *EHRC* 2009/56, m.nt. M. Bulterman, *AB* 2009, 310, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010, 266 m.nt. E.A. Alkema.

50 Costello 2006, p. 107-108.

51 Ditzelfde geldt voor klachten die in feite betrekking hebben op een handelen door een EU-instelling, maar die zijn ingediend tegen een lidstaat, die vanwege het sluiten van het EU-verdrag geacht kan worden verantwoordelijk te blijven onder het

EVRM, maar ook veronderstelt het dat dit soort nationale EU-uitvoeringshandelingen in beginsel verenigbaar zijn met de EVRM-verplichtingen. Deze veronderstelling baseert het op een tweede aanname, namelijk dat de bescherming van de grondrechten door het Unierecht gelijkwaardig is aan de bescherming door het EVRM (de 'equivalent protection'-doctrine). Die aanname acht het EHRM redelijk vanwege de nauwe wisselwerking tussen EU en EVRM en de garanties die het Unierecht inmiddels biedt voor gedegen bescherming van de grondrechten.<sup>52</sup> Dit betekent dat het EHRM een lidstaat niet zal corrigeren als hij handelt in directe uitvoering van het EU-recht; dat is alleen anders als het handelen flagrant in strijd is met het EVRM (de 'manifestly deficient'-test).

Uit deze uitspraak blijkt hoe voorzichtig het EHRM is in zijn benadering van de EU-instellingen en het EU-recht.<sup>53</sup> De *Bosphorus*-doctrine laat ten enenmale zien dat het EHRM de EU niet snel op de vingers zal tikken, en dat het de suggestie wil voorkomen dat het zich in feite boven het HvJ stelt.<sup>54</sup>

## De *Bosphorus*-doctrine laat zien dat het EHRM de EU niet snel op de vingers zal tikken, en dat het de suggestie wil voorkomen dat het zich in feite boven het HvJ stelt

### 3.3 Conclusie: 'comity' en 'egeltjesgedrag'

Het ontbreken van juridische garanties voor wederzijds respect tussen en de mogelijke verschillen in opvatting tussen het EHRM en het HvJ hebben vooralsnog nooit tot kennelijke botsingen geleid.<sup>55</sup> Eerder heeft de situatie de hoven ertoe geprikkeld hun goede verhouding te behouden en te versterken.<sup>56</sup> Daarbij hebben zij groot belang: een botsing zou al te gemakkelijk kunnen leiden tot het verlies van gezag.<sup>57</sup> Dit betekent dat de verhouding tussen de beide hoven geenszins een conflictueuze of hiërarchische is. Hun verhouding kan eerder worden gekenschetst door stille samenwerking, wederzijds respect, dialoog, *comity* en een duidelijk *commitment* om de harmonie te bewaren.<sup>58</sup> Zoals de Nederlandse rechter in het EHRM het onlangs samenvatte: 'De hoven hebben veel moeite gedaan om niet in elkaars vaarwater te raken en wanneer dit wel gebeurde, om het zo rimpelloos mogelijk

te laten verlopen. Rechterlijk egeltjesgedrag en voorzichtigheid zijn troef'.<sup>59</sup> Minder vriendelijk zegt Douglas-Scott het, door te verwoorden dat de overlappende grondrechtenjurisdictie de beide hoven ertoe dwingt elkaars jurisprudentie te erkennen, 'while at the same time jealously shielding their jurisdiction from the encroachment of the other system'.<sup>60</sup> Wat er ook zij van de precieze duiding: helder is dat beide hoven proberen de onderlinge relatie zo goed mogelijk te houden en conflicten te voorkomen.

## De verhouding tussen het HvJ en het EHRM kenmerkt zich door het ontbreken van hiërarchische pretenties – de beide hoven werken zoveel mogelijk vanuit een uitgangspunt van gelijkwaardigheid

### 4 Consequenties van toetreding van de EU tot het EVRM – hiërarchie of pluralisme?

#### 4.1 Inleiding

De verhouding tussen het HvJ en het EHRM kenmerkt zich door het ontbreken van hiërarchische pretenties – de beide hoven werken zoveel mogelijk vanuit een uitgangspunt van gelijkwaardigheid. Een vaak geopperde gedachte rondom toetreding van de EU tot het EVRM is dat dit uitgangspunt definitief zou worden doorbroken.<sup>61</sup> In de nieuwe situatie is het voor iedere Unieburger immers mogelijk om met een klacht over het handelen door de EU-instellingen naar het EHRM te stappen. In al die gevallen is het vervolgens aan het EHRM om uitspraak te doen over de geldigheid en de redelijkheid van het EU-recht, door het te toetsen aan de bepalingen van het EVRM en de voorwaarden voor de beperking van grondrechten. Daarmee krijgt het EHRM in hoogste en laatste instantie zeggenschap over de geldigheid van EU-recht – een hiërarchisch bovengeschikte positie boven de EU-instellingen dus. Critici van de gedachte van toetreding vinden dat om een aantal redenen problematisch. Met name wordt gevreesd voor de autonomie van de EU-rechtsorde.<sup>62</sup> Als belangrijk probleem wordt daarbij genoemd dat de procedurele constructie binnen de systemen



van het EVRM en de EU momenteel zo in elkaar steekt dat het EHRM uitspraak kan doen over EU-recht, zonder dat het HvJ zich over de voorliggende rechtsvraag heeft kunnen buigen. Lang niet alle uitlegvragen over grondrechtenvragen zullen immers via een prejudiciële procedure aan het HvJ worden voorgelegd, hetzij door nalatigheid of onwil van de nationale rechter, hetzij doordat niet duidelijk was dat er een EVRM-uitlegvraag speelde waarover het HvJ zich had moeten uitlaten. Als het EHRM in dat soort zaken uitleg moet geven aan het EVRM en zich moet uitspreken over de verenigbaarheid daarmee van een EU-handeling, is het niet alleen hiërarchisch bovengeschied aan het HvJ, maar kan het het HvJ zelfs *passeren*.<sup>63</sup> Een soortgelijk passeren kan zich voordoen wanneer een zaak over directe toepassing van EU-recht niet tegen de instellingen wordt aangebracht, maar tegen een van de lidstaten; de situatie van *Bosphorus* dus eigenlijk. In dat geval is een zaak aanhangig in Straatsburg over wat in feite EU-recht is, maar waarbij niet de EU, maar een lidstaat de verwerende partij is. In dat geval is de EU weliswaar (mede-)verantwoordelijk, maar kan zij niet participeren in de procedure.<sup>64</sup> Door dit soort procedurele lacunes kan de bovengeschiede rol van het EHRM als extra ingrijpend worden ervaren.<sup>65</sup> Niet voor niets is in een Achtste Protocol bij het Verdrag van Lissabon uitdrukkelijk vermeld dat bij de toetreding moet worden voorzien in mechanismen om de betrokkenheid van EU en lidstaten voldoende te garanderen.<sup>66</sup>

Het ontwerp-toetredingsakkoord beoogt op deze problemen een antwoord te bieden. Dit akkoord omvat een aantal procedurele mechanismen die bedoeld zijn om de onderlinge verhouding tussen het EHRM en het HvJ zo goed mogelijk te stroomlijnen. Daardoor wordt voorkomen dat de beide hoven elkaar (maar ook de lidstaten en de EU in meer algemene zin) kunnen passeren, en worden zij geprikkeld tot onderlinge dialoog. Wij bespreken hierna kort de belangrijkste twee mechanismen die in het akkoord zijn vervat, waarbij wij willen laten zien dat de beide procedures tot effect kunnen hebben dat de hiërarchisering als gevolg van de toetreding in de praktijk beperkt zal blijven (par. 4.2). Daarnaast gaan wij in deze paragraaf in op de functie van de *Bosphorus*-doctrine na toetreding (par. 4.3), en op enkele andere mechanismen die kunnen helpen om de verhouding tussen de beide hoven in materiële zin gelijkwaardig te houden (par. 4.4).

#### Géén rechter in vierde instantie

Het EHRM heeft steeds uitdrukkelijk benadrukt dat het geen rechter in vierde instantie is – zie bijvoorbeeld de *Belgische Taalzaak* (EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62, *Series A*, Vol. 6) en recenter *Demopoulos e.a. t. Turkije* (EHRM 1 maart 2010 (GK, ontv.), nr. 46113/99, *EHRC* 2010/54), par. 69. Ook in wetenschappelijke publicaties hebben rechters van het EHRM dit onderstreept; zie bijv. N. Bratza, 'The relationship between the UK courts and Strasbourg', *5 European Human Rights Law Review* 2011, p. 505-512 en J.P. Costa, 'On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments', *7 European Constitutional Law Review* 2011, p. 173-182.

### 4.2 Co-respondentmechanisme en de 'HvJ-betrokkenheidsprocedure'

#### 4.2.1 Uitgangspunten: primariteit en subsidiariteit; lacunes in de huidige procedure

Voor een goed begrip van de procedurele mechanismen die in het ontwerp-toetredingsakkoord zijn opgenomen, is het nuttig om deze in verband te brengen met het subsidiariteitsbeginsel en het uitgangspunt van 'primariteit'. Het uitgangspunt van 'primariteit' houdt in dat het primair aan de staten is (of, in de voor nu relevante context, aan de EU-instellingen) om de door het EVRM beschermde grondrechten te respecteren en te garanderen.<sup>67</sup> Het EHRM heeft de functie om als vangnet op te treden als er bij die bescherming iets misgaat en om eventueel corrigerend op te treden. De functie van het EHRM is daarmee een subsidiaire of secundaire; het EHRM is zeker geen 'rechter in vierde instantie', die op gelijke voet met een nationale rechter uitspraak doet over het nationale recht (zie kader). Voor de onderlinge verhouding tussen de nationale autoriteiten (en, na toetreding, de EU-instellingen) en het EHRM is dit beginsel van groot belang, omdat het duidelijk maakt dat er op nationaal niveau de nodige ruimte bestaat om de grondrechten naar eigen inzicht te beschermen. Het subsidiariteitsbeginsel speelt in de rechtspraak van het EHRM een belangrijke rol,<sup>68</sup> maar het komt ook tot uitdrukking in het EVRM zelf. Zo is het EVRM gebaseerd op de notie dat op nationaal niveau de ruimte moet bestaan om grondrechtelijke 'fouten' te corrigeren. Klagers kunnen daarom niet zomaar een klacht instellen bij het EHRM, maar moeten eerst alle nationale procedurele mogelijkheden uitputten die er zijn om tegen een (vermeende) grondrechtenschending op te komen.<sup>69</sup>

Het is duidelijk dat de uitgangspunten van primariteit en het subsidiariteitsbeginsel ook relevant zijn voor de EU-instellingen en voor de lidstaten die handelen in uitvoering van

EVRM voor het handelen van de instellingen; zie EHRM 20 januari 2009 (ontv.), nr. 13645/05 (*Coöperatieve Productie-tenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij e.a. t. Nederland*), *EHRC* 2009/56, m.nt. M. Bulterman, *AB* 2009, 310, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010, 266 m.nt. E.A. Alkema.

52 EHRM 30 juni 2005 (Grote Kamer), nr. 45036/98 (*Bosphorus/Ierland*), *EHRC* 2005/91, m.nt. M. Bulterman, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 969, m.nt. R.A. Lawson, par. 159, 165, *AB* 2006, 273 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

53 Al kan tegelijkertijd worden vastgesteld dat het Hof de doctrine ook gebruikt om tenminste enige controle te kunnen uitoefenen op het handelen van staten ter uitvoering van EU-recht – het EHRM had wellicht ook kunnen beredeneren dat in deze gevallen in feite sprake is van handelen van de EU-instellingen, en dat het EHRM niet bevoegd is daarover te oordelen; vgl. Costello 2006, p. 88.

54 Vgl. S. Douglas-Scott, '*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*', application No. 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005, (2006) 42 E.H.R.R. 1', 43 *Common Market Law Review* 2006, p. 243-254, op p. 249 en 250.

55 Costello 2006, p. 88-89; Jacobs 2003, p. 552.

56 Douglas-Scott 2006, p. 660; ex EHRM-President Wildhaber geciteerd in: Costello 2006, p. 114; GT-DH-EU, 'Speeches given by the President of the Court of Justice of the European Communities and by the President of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year', GT-DH-EU(2002)011, 31 januari 2002.

57 E. Myjer, 'Verhouding EHRM en Hof van Justitie door prof. mr. Egbert Myjer', tijdens symposium *Proliferatie van internationale toezichhouders: heilzaam of onhandig?*, Universiteit Leiden, 26 oktober 2011.

58 Canor 2000, p. 5; Lock

2009, p. 380-381; Harpaz 2009, p. 108; ex EHRM-President Wildhaber, geciteerd in: Costello 2006, p. 114; 'Declaration No 2 on Article 6(2) of the Treaty on European Union in Declarations Annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which Adopted the Treaty of Lisbon', C 115/335, 9 mei 2008; Van de Heyning & Lawson 2011, p. 36-38.

59 Myjer 2011; zie eerder ook: E. Myjer, 'Can the EU Join the ECHR: General Conditions and Practical Arrangements', in: I. Pernice, J. Kokott & C. Saunders (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden: Nomos 2006 p. 297-308, p. 300.

60 Douglas-Scott 2006, p. 652.

61 Vgl. Van de Heyning & Lawson 2011, p. 38.

62 Costello 2006, p. 89; Lock 2011.

63 Vgl. Draft Explanatory report, par. 57; zie nader Groussot e.a. 2011, p. 6.

64 Harmsen 2001, p. 625-649, p. 646; hij spreekt over 'control without participation'.

65 Douglas-Scott 2006, p. 639.

66 Art. 1 onder a van het Protocol betreffende artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

67 Dit principe is uitvoerig in kaart gebracht door Jonas Christoffersen in zijn boek *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009

68 Daarover nader onder meer: J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, hoofdstuk 3.

69 Art. 35 (1) EVRM; er zijn wel enkele uitzonderingen aanvaard, zie bijv. EHRM 16 september 1996, nr. 21893/93 (*Akdivar / Turkije*), par. 68.

70 Een officiële Nederlandse vertaling is momenteel nog niet voorhanden.

71 Draft Agreement, art. 3(1) (b) en 3(2).

72 Draft Agreement, art. 3(1) (b) en 3(3). Overigens zijn de voorwaarden voor toe-

EU-recht. Juist daarom zijn er bijzondere voorzieningen nodig. In paragraaf 4.1 maakten we immers duidelijk dat de huidige procedures ruimte laten om over het HvJ 'heen te springen', waardoor het EHRM uitspraak kan doen over een EU-aangelegenheid zonder dat het HvJ een correctiemogelijkheid heeft gekregen of zonder dat de EU betrokken is bij de procedure voor het EHRM.

#### 4.2.2 De procedurele voorzieningen in het ontwerp-toetredingsakkoord

De procedurele voorzieningen in het ontwerp-toetredingsakkoord beogen recht te doen aan de uitgangspunten van primariteit en subsidiariteit. Voor de verhouding tussen de twee hoven is de toevoeging van het 'co-respondentmechanisme' aan de EVRM-procedures de meest relevante aanpassing uit het conceptakkoord.<sup>70</sup> Dit mechanisme stelt het EHRM in staat om de EU als aangeklaagde partij ('co-respondent') aan de procedure toe te voegen wanneer een vermeende schending betrekking heeft op de verenigbaarheid van het Unierecht met een EVRM-recht en wanneer de klacht over deze schending aanvankelijk alleen is gericht tegen een Unielidstaat.<sup>71</sup> De EU is in dat geval de 'co-respondent'. Andersom kan bij een procedure tegen de EU een Unielidstaat op vergelijkbare voorwaarden als co-respondent aan de procedure worden toegevoegd.<sup>72</sup> Op deze manier krijgen alle betrokken partijen gelijkelijk de kans om zich voor het Hof te verweren en wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van primaire verantwoordelijkheid.<sup>73</sup>

### Voordat het EHRM toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van een klacht, moet het de behandeling tijdelijk schorsen om het HvJ de tijd te geven om een eigen, interne toetsing uit te voeren

Om het HvJ de kans te geven om steeds een oordeel te geven over de verenigbaarheid van een Unierechtelijke regeling met het EVRM, voordat het EHRM zich over de zaak buigt, voorziet het ontwerpakkoord eveneens in een speciale procedure.<sup>74</sup> In het Engels wordt de procedure omschreven als '[p]rior involvement of the CJEU in cases in which the EU is a co-respondent'; wij noemen hem hierna de 'HvJ-betrokkenheidsprocedure'.<sup>75</sup> Voordat het

EHRM toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van een klacht, moet het de behandeling tijdelijk schorsen om het HvJ de tijd te geven om een eigen, interne toetsing uit te voeren. Dat kan gebeuren via een versnelde prejudiciële procedure, maar de HvJ-betrokkenheidsprocedure is in het ontwerp-toetredingsakkoord niet tot in detail uitgewerkt – dat zal moeten gebeuren op het niveau van de EU zelf.<sup>76</sup>

#### 4.2.3 Effect van het ontwerp-toetredingsakkoord op de verhouding tussen HvJ en EHRM

De vraag is natuurlijk op welke manier de procedurele mechanismen die worden voorgesteld in het ontwerp-toetredingsakkoord de onderlinge verhouding tussen het HvJ en het EHRM zullen beïnvloeden. Strikt genomen brengen de beide mechanismen geen verandering in het gegeven dat het EHRM in laatste instantie bevoegd is het EVRM uit te leggen en EU-handelingen te beoordelen op hun conformiteit met het EVRM. Tegelijkertijd is duidelijk dat de procedures beogen om de onderlinge verhoudingen zo soepel en gelijkwaardig mogelijk te laten verlopen en om de autonomie van de EU-rechtsorde te bewaren.<sup>77</sup> Dit geldt in ieder geval voor de co-respondentprocedure, die tot functie heeft dat de EU noch de lidstaten kunnen worden gepasseerd als een klacht is ingediend bij het EHRM over een onderwerp dat binnen hun verantwoordelijkheidsbereik valt.<sup>78</sup> Voor de verhouding tussen het EHRM en het HvJ is echter vooral de HvJ-betrokkenheidsprocedure van belang (zie kader p. 530). Vanuit het EVRM geredeneerd is zo'n procedure op zichzelf niet nodig. Ook als geen prejudiciële vragen zijn gesteld, maar wel tot in hoogste instantie is geprocedeerd, zijn alle beschikbare rechtsmiddelen uitgeput en is een klacht ontvankelijk bij het EHRM. Dat geldt ook als die klacht betrekking heeft op EU-recht of is gericht tegen de EU. De betrokkenheidsprocedure heeft echter een belangrijke functie vanuit het perspectief van de onderlinge verhouding tussen EHRM en HvJ.<sup>79</sup> De procedure maakt het namelijk mogelijk dat het HvJ zichzelf kan uitspreken over het 'eigen' EU-recht en dat het als eerste in de gelegenheid wordt gesteld om iets te zeggen over de verenigbaarheid van een EU-handeling met het EVRM. Dat is niet alleen praktisch (het HvJ kan immers als geen ander de technische eigenaardigheden van het EU-recht doorgronden), maar het zal ook belangrijke gevolgen hebben voor de rechtsvinding door het EHRM. Als het HvJ al een toetsing aan het EVRM



### De HvJ-betrokkenheidsprocedure

De HvJ-betrokkenheidsprocedure is mede ingevoerd om de juiste werking van het rechtssysteem van de EU te waarborgen en de bevoegdheidsverdeling tussen EU en lidstaten onaangetaast te laten (CDDH-UE, 'Draft additional elements prepared by the Secretariat on Procedural means guaranteeing the prior involvement of the Court of Justice of the EU in cases in which it has not been able to pronounce on compatibility of an EU act with fundamental rights,' CDDH-UE(2011)02, 17 januari 2011, p. 3). Het monopolie van het HvJ op het nietigverklaren van Unieregelgeving is van bijzonder belang in deze context (vgl. HvJ EU, 'Discussion Document of the Court of Justice of the European Union on Certain Aspects of the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms', 5 mei 2010, par. 8-9). De Nederlandse minister van Veiligheid en Justitie schreef: '[...] bij toetreding van de EU tot het EVRM [moet] de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de EU-lidstaten onveranderd blijven. Dat betekent onder meer dat het [HvJ] in de gelegenheid wordt gesteld zich vooraf uit te spreken over de precieze uitleg van EU-bepalingen die verband houden met klachten, ingediend bij het [EHRM]' (zie het Kabinetstandpunt inzake de hervormingen van het EHRM en de toetreding van de EU tot het EVRM, 3 oktober 2011, *Kamerstukken II 2011/12*, 32735, nr. 32, p. 9).

heeft uitgevoerd, daartoe uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld door het EHRM, zal het EHRM erg goede argumenten en redenen moeten vinden om van de uitleg door het HvJ af te wijken.<sup>80</sup> Deze procedure biedt daarmee bij uitstek ruimte en gelegenheid voor de werking van het hiervoor genoemde 'egeltjesgedrag'. Vermoedelijk zal het EHRM slechts in zeer uitzonderlijke situaties zijn gewicht doen gelden en de uitspraak van het HvJ overrulen. De *default position* zal die van gelijkwaardigheid en terughoudendheid blijven.

**Vermoedelijk zal het EHRM slechts in zeer uitzonderlijke situaties zijn gewicht doen gelden en de uitspraak van het HvJ overrulen. De *default position* zal die van gelijkwaardigheid en terughoudendheid blijven**

**4.3 Toekomst van de Bosphorus-doctrine**  
Hiervoor maakten wij al melding van de Bosphorus-doctrine, die het EHRM op dit moment gebruikt om zich niet te hoeven uitspreken over de EVRM-conformiteit van rechtstreekse tenuitvoerlegging van EU-handelingen.<sup>81</sup> Dit is bij uitstek een voorbeeld van een 'egeltjesdoctrine'. Het gaat immers om een constructie waarbij enerzijds

een lidstaat die handelt in directe tenuitvoerlegging van EU-recht niet wordt ontslagen van zijn verantwoordelijkheid onder het EVRM, maar anderzijds de staat een uitweg wordt geboden door aan te nemen dat de EU gelijkwaardige bescherming biedt.<sup>82</sup> Daardoor onthoudt het EHRM zich in feite van een beoordeling van de EVRM-conformiteit van EU-handelingen.

De vraag is of deze doctrine nog bestaansrecht heeft als de EU eenmaal tot het EVRM is toegetreten. In de toekomst kunnen de EU-instellingen immers rechtstreeks verantwoordelijk worden gehouden voor (vermeende) EVRM-schendingen die het gevolg zijn van nationale, gebonden uitvoering van EU-verplichtingen. De klager maakt dit mogelijk door een klacht in te dienen tegen de EU bij het EHRM en het EHRM maakt dit mogelijk door de EU toe te voegen als co-respondent wanneer de klager alleen een klacht indient tegen een EU-lidstaat. Op zichzelf kan het EHRM natuurlijk besluiten om ook in die situaties vast te blijven houden aan het vermoeden van gelijkwaardige grondrechtenbescherming door de EU. Dat zou een ultieme uitdrukking zijn van *comity* en het zou wellicht ook passen in de redenering die het Hof in *Bosphorus* heeft opgezet.<sup>83</sup>

Hoewel niet ondenkbeeldig, is het echter niet heel waarschijnlijk dat het EHRM kiest voor voortzetting van de Bosphorus-doctrine.<sup>84</sup> Instandhouding van de Bosphorus-doctrine na de toetreding zou er immers toe leiden dat de EU wordt voorgetrokken ten opzichte van de lidstaten.<sup>85</sup> De EU zou niet verantwoordelijk worden gehouden voor schendingen die zij veroorzaakt (behalve in uitzonderlijke gevallen), terwijl dat anders is voor de lidstaten. Zeker voor staten met een goed ontwikkeld rechtssysteem en een degelijke eigen grondrechtencatalogus, zou zo'n verschil in behandeling moeilijk zijn te verklaren en te rechtvaardigen (zie tevens kader). Aangenomen mag dan ook worden dat

voeging als 'co-respondent' streng: de tekst en toelichting zijn zo geformuleerd dat de procedure eigenlijk alleen in *Bosphorus*-achtige situaties van toepassing is; zie Draft Explanatory report, par. 42 en 44.

73 Draft Explanatory report, par. 32-33.

74 Draft Agreement, art. 3(6).

75 Draft Explanatory report, par. 57-61.

76 Zie voor meer detail wel Groussot e.a. 2011, p. 15-16.

77 Groussot e.a. 2011, p. 16.

78 Draft Explanatory report, par. 33.

79 Zie ook Van de Heyning & Lawson 2011, p. 59.

80 Daaraan doet niet af dat in de toelichting bij het ontwerp-toetredingsakkoord nadrukkelijk staat vermeld dat de uitspraak van het HvJ het EHRM niet bindt; zie Draft Explanatory report, par. 60. Er is immers ook nog de mogelijkheid van zelfbeperking; het gaat ons erom dat het EHRM daar in deze gevallen waarschijnlijk veel waarde aan zal hechten.

81 EHRM 30 juni 2005 (Grote Kamer), nr. 45036/98 (*Bosphorus/Lerland*), *ECHR* 2005/91, m.nt. M. Bulterman, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 969, m.nt. R.A. Lawson, par. 159, 165, *AB* 2006, 273 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 154.

82 Costello 2006, p. 101.

83 Zie vooral J. Callewaert, 'Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme: la portée procédurale de l'arrêt *Bosphorus*', in: L. Caffish e.a. (red.), *Human Rights – Strasbourg Views; Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: Engel 2007, p. 347-370, p. 130. Bovendien zou dit kunnen passen bij het specifieke karakter van de EU, zoals tot uitdrukking komt in het eerdergenoemde protocol 8 bij het Verdrag van Lissabon; zie Douglas-Scott 2011, p. 668.

84 Vgl. Douglas-Scott 2006b, op p. 252 en Van de Heyning & Lawson 2011, p. 60.

85 Zie ook Lock 2009, p. 395; Groussot e.a. 2011, p. 9; M. Kuijzer, 'The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR's 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?', *Amsterdam Law Forum* 2011 (3), p. 22.

### Toekomst Bosphorus-doctrine

Voortzetting van de Bosphorus-doctrine is niet waarschijnlijk vanwege het gelijkheidsargument. Voortzetting past bovendien niet bij de uitgangspunten van het ontwerp-toetredingsakkoord, namelijk dat '[t]he current control mechanism of the Convention should, as far as possible, be preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties...' en '[t]he EU should, as a matter of principle, accede to the Convention on an equal footing with the other Contracting Parties, that is, with the same rights and obligations' (Draft Explanatory report, par. 7). Zie ook Groussot e.a. 2011, p. 9.

86 Zie art. 3 van het Protocol Betreffende Artikel 6 lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en art. 344 VWEU.

87 Vgl. Groussot e.a. 2011, p. 5.

88 CDDH-UE, 'Draft additional elements prepared by the Secretariat on Procedural means guaranteeing the prior involvement of the Court of Justice of the EU in cases in which it has not been able to pronounce on compatibility of an EU act with fundamental rights', CDDH-UE(2011)02', 17 januari 2011, p. 3; Draft Explanatory Report, par. 54; EHRM 8 april 2004, nr. 71503/01 (*Assanidze / Georgië*), EHRC 2004/52, m.nt. J. van der Velde, par. 202. Zie ook Resolutie (2009/2241(INI)) van het Europees Parlement (19 mei 2010), *Institutional aspects of accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, par. K(1) en vgl. Jacqué 2011, p. 1022.

89 Vgl. Lock 2011, p. 1035 en 1036.

90 Zie bijv. Gerards 2011, hoofdstuk 3.

91 Gerards 2011, hoofdstuk 2; zie nader vooral H.C.K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union* (diss. Leiden), Antwerpen: Intersentia 2011.

92 Zie nader J.H. Gerards, 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine', 17 *European Law Journal* 2011 (1), p. 80-120.

93 Zie voor recente voorbeelden o.m. EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited t. VK*), EHRC 2011/69 m.nt. S. Smet en D. Voorhoof; EHRM (Grote Kamer) 12 september 2011, nrs. 28955/06 e.a. (*Palomo Sanchez e.a. t. Spanje*), EHRC 2011/148 m.nt. R. Ó Fathaigh.

deze doctrine na de toetreding niet meer zal worden toegepast, niet zozeer omdat de EU geen equivalente bescherming meer biedt, maar om gelijkwaardigheid te creëren tussen de EU en de lidstaten. Een belangrijk mechanisme om onderling respect te tonen, komt bij toetreding dan te vervallen. Dat betekent echter nog niet dat het EHRM stelselmatig een bovengeschiede positie zal innemen ten opzichte van het HvJ.

#### 4.4 Andere hiërarchie-vermijdende mechanismen

##### 4.4.1 Concrete toetsing, geen geldigheidsoordelen

In paragraaf 4.2 is duidelijk geworden dat het ontwerp-toetredingsakkoord het ontstaan van een scherpe hiërarchie tussen HvJ en EHRM onwaarschijnlijk maakt. Daarnaast zijn er andere mechanismen aan het werk die hiërarchievermijdend werken, en waarvan het waarschijnlijk is dat zij ook na de toetreding relevant blijven. We wijzen allereerst op een belangrijke eis die het Unierecht stelt aan de toetreding, namelijk dat het monopolie van het HvJ op de interpretatie en toepassing van Unieverdragen onverlet wordt gelaten.<sup>86</sup> Dat dit logisch is, is steeds benadrukt in de onderhandelingen over het ontwerp-toetredingsakkoord. Daarbij is erop gewezen dat het EHRM niet *in abstracto* kan oordelen over de verenigbaarheid van een EU-rechtelijke bepaling met het EHRM, maar alleen kan beoordelen of er *in het concrete geval* een schending heeft plaatsgevonden.<sup>87</sup> Over de EVRM-conformiteit van een wettelijke regeling als zodanig spreekt het EHRM zich slechts bij hoge uitzondering uit, en het is al helemaal niet bevoegd om wetten nietig te verklaren.<sup>88</sup> Het zal aan de EU (of aan de lidstaten) zijn om te bepalen welke consequenties moeten worden verbonden aan uitspraak in een individueel geval voor een EU-wetgevingshandeling of een EU-beleidslijn. Waar het gaat om de geldigheid van het EU-recht, kan het EHRM niet meer dan speldenprikken uitdelen. De autonomie van de EU-rechtsorde zal door de toetreding dan ook onaangetaast blijven.<sup>89</sup> Vanzelfsprekend betekent dat ook dat de mate van hiërarchisering beperkt is.

##### 4.4.2 Terughoudendheid: margin of appreciation en procedurele toetsing

Aangenomen mag worden dat het EHRM na toetreding de gebruikelijke uitgangspunten bij de bescherming van de EVRM-rechten ook

ten aanzien van de EU in acht zal nemen. Hiervoor maakten wij al melding van het subsidiariteitsbeginsel, dat het EHRM in zijn rechtspraak hoog in het vaandel draagt. Dit beginsel komt vooral tot uitdrukking in de vorm van rechterlijke terughoudendheid. Het EHRM zal slechts corrigerend optreden als duidelijk is dat de vereiste bescherming van grondrechten op nationaal niveau niet wordt geboden.<sup>90</sup> Van oudsher laat het Hof veel ruimte aan de staten om te bepalen wat het 'vereiste' niveau dan precies is. Het geeft meestal pas een eigen, verdergaande uitleg van het EVRM als blijkt dat daarvoor binnen de Raad van Europa voldoende draagvlak bestaat.<sup>91</sup> Bovendien neemt het aan dat het eerst en vooral de nationale autoriteiten zijn die bepalen wanneer beperkingen van grondrechten redelijk en noodzakelijk zijn. Dat geldt vooral als de beperkingen sociaaleconomische of ethische vraagstukken betreffen, of als de beperkingen betrekking hebben op minder wezenlijke aspecten van grondrechten. Deze terughoudendheid, vertaald in de zogenaamde *margin of appreciation*-doctrine, is een goed mechanisme voor een supra-nationaal hof om zich te positioneren ten opzichte van nationale autoriteiten, vooral ook omdat het de verantwoordelijkheid voor grondrechtenbescherming zoveel mogelijk bij de staten laat berusten.<sup>92</sup> In die zin kan van een hiërarchievermijdend instrument worden gesproken.

### Waar het gaat om de geldigheid van het EU-recht, kan het EHRM niet meer dan speldenprikken uitdelen. De autonomie van de EU-rechtsorde zal door de toetreding dan ook onaangetaast blijven

Iets soortgelijks geldt voor een ander instrument dat het EHRM in toenemende mate gebruikt, namelijk dat van procedurele toetsing. In steeds meer gevallen onderzoekt het EHRM vooral of een grondrechtenbeperking via een redelijke, transparante en met voldoende waarborgen omklede procedure tot stand is gekomen.<sup>93</sup> Is dat het geval, dan ziet het meestal geen reden voor correctie. Het stelt zich dan – opnieuw – terughoudend op, en laat de inhoudelijke beoordeling over aan de nationale autoriteiten.

Het ligt in de lijn der verwachting dat het EHRM deze rechtspraaklijnen ook zal toepassen ten aanzien van de EU. Dit zou goed passen bij de tot nu toe gehanteerde *Bosphorus*-rechtspraak, die kan worden gezien als een extreme toepassing van het subsidiariteitsbeginsel.<sup>94</sup> Vooral de mogelijkheid van procedurele toetsing biedt interessante mogelijkheden voor het EHRM om zich zorgvuldig te positioneren naast in plaats van boven het HvJ. Als het HvJ de gelegenheid heeft gekregen om de redelijkheid van een EU-grondrechtenbeperking te beoordelen, bijvoorbeeld via de HvJ-betrokkenheidsprocedure, zal er voor het EHRM meestal weinig reden meer zijn om in te grijpen. Is die reden er wel, dan blijkt daaruit de toegevoegde waarde van toetreding, die immers is gelegen in de mogelijkheid van extern toezicht op de effectieve bescherming van grondrechten.

### Voor de mogelijkheid van procedurele toetsing biedt interessante mogelijkheden voor het EHRM om zich zorgvuldig te positioneren naast in plaats van boven het HvJ

#### 5 Conclusie

Een vaak gehoord bezwaar tegen toetreding van de EU tot het EVRM is dat die toetreding betekent dat het EHRM hiërarchisch boven het HvJ komt te staan en dat de autonomie van de EU zal worden beperkt. In onze bijdrage hebben wij laten zien dat dit juridisch gezien wellicht een correcte analyse is, maar dat het onwaarschijnlijk is dat het EHRM zich daadwerkelijk en stelselmatig boven het HvJ zal positioneren. De mechanismen die worden voorgesteld in het ontwerp-toetredingsakkoord waarborgen dat het HvJ, de EU en de EU-lidstaten steeds in staat worden gesteld om hun visie te geven op de voorgelegde klacht. Hoewel het EHRM daar natuurlijk van kan afwijken, zal het daarvoor goede redenen moeten geven. Gelet op de gevestigde uitgangspunten van het EHRM (subsidiariteit, de *margin of appreciation*-doctrine), ligt het voor de hand dat het EHRM dit alleen zal doen als effectieve grondrechtenbescherming dat werkelijk vereist. In de meeste gevallen zal het de door het HvJ gegeven uitleg respecteren en zal het de huidige houding

van welwillendheid en tegemoetkomendheid behouden. Dat zal zeker gelden als het HvJ die houding zelf ook betracht tegenover de rechtspraak van het EHRM. En zelfs als het EHRM in voorkomende omstandigheden wel corrigerend optreedt, kan gelden dat de effecten daarvan op het EU-recht vooral door de EU-instellingen en de lidstaten moeten worden bepaald. De uitspraak van het EHRM heeft immers altijd maar betrekking op een individueel geval, en kan nooit de geldigheid van het EU-recht rechtstreeks aantasten.

### De verhouding tussen de twee hoven na de toetreding moet worden gezien als complementair, eerder dan als hiërarchisch

De verhouding tussen de twee hoven na de toetreding moet dan ook worden gezien als complementair, eerder dan als hiërarchisch.<sup>95</sup> Dit past goed bij het karakter van de EU- en de EVRM-rechtsorde, dat beter als pluralistisch dan als werkelijk (meer)gelaagd of piramidaal kan worden gekenschetst.<sup>96</sup> Het EHRM complementeert het HvJ doordat het de mogelijkheid biedt aan Unieburgers om hun klacht over de verenigbaarheid van Uniehandelingen met een grondrecht aan een internationale rechter voor te leggen, een mogelijkheid die het HvJ alleen in beperkte mate aan de Unieburgers biedt. Het HvJ complementeert het EHRM omdat het, anders dan het EHRM, de bevoegdheid heeft om Unierecht nietig te verklaren, en dus naar aanleiding van een EHRM-uitspraak de mogelijkheid heeft om een verandering teweeg te brengen die een volgende schending voorkomt.<sup>97</sup> De verhouding na toetreding kan bovendien worden omschreven als een van specialisatie. Het EHRM kan, als specialist in de bescherming van de grondrechten, controleren of de EU de EVRM-rechten daadwerkelijk verzekert aan een ieder die onder haar rechtsmacht ressorteert.<sup>98</sup> Het HvJ, met zijn aanmerkelijk bredere mandaat, geeft slechts een klein onderdeel daarvan aan zijn specialistische partner uit handen.<sup>99</sup> Vanuit hun eigen specialisme en vanuit een basisstandpunt van complementariteit kunnen de beide hoven *gezamenlijk* bijdragen aan een goede bescherming van de grondrechten in de EU, zeker als eindelijk haast wordt gemaakt met de toetreding.

94 Vgl. Douglas-Scott 2006b, op p. 251.

95 Zie ook Douglas-Scott 2006, p. 629-665, p. 664, die aangeeft dat 'it is admittedly concordant with the multi-dimensional "post-modern" nature of the European space that there should be no final arbiter of human rights and more than one candidate for a European "constitutional court"'. Vgl. verder M. Pellonpää, 'The European Court of Human Rights and the European Union', in: L. Caffish, J. Callewaert, R. Liddell, P. Mahoney, M. Villiger (eds.), *Human Rights – Strasbourg Views; Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: Engel 2007, p. 347-370, vooral p. 369.

96 Zie voor een vergelijking tussen de EU-rechtsorde en de EVRM-rechtsorde Gerards 2011b en vgl. Douglas-Scott 2006, p. 629-665. Zie voor de EU meer specifiek o.m. R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009-2, p. 44-53.

97 Secretariat of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Accession of the European Union to the European Convention – Reflection paper prepared by the Secretariat*, DG-II(2001)002, 8 februari 2001.

98 Art. 1 EVRM.

99 Resolutie (2009/2241(INI)) van het Europees Parlement (19 mei 2010), *Institutional aspects of accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, par. K(1); CDDH-UE, 'Summary of discussions of the informal meeting of member states' representatives in the CDDH', CDDH-UE(2010)01, 22 juni 2010 par. 18.