

HET ADVIES OVER DE EU-TOETREDING TOT HET EVRM Overwegingen betreffende het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid

Cedric Ryngaert *

Samenvatting | Door het negatief advies van het Hof van Justitie blijft er een *accountability*-vacuüm waarbij de GBVB gestelde EU-handelingen noch door het Hof van Justitie noch door het EVRM kunnen worden getoetst op mensenrechtenschending. De toetreding van de EU tot het EVRM zou het mogelijk maken de rechtsmacht over de GBVB-handelingen uit te breiden doordat het ontwerp-toetredingsakkoord voorziet in een co-respondentmechanisme en een procedure van voorafgaande beoordeling door het Hof van Justitie. Door het negatief advies blijft het Hof van Justitie lijdzaam toezien hoe GBVB-handelingen enkel kunnen worden aangevochten in een EHRM-procedure tegen de lidstaat.

Trefwoorden | GBVB-handelingen, ontwerp-toetredingsakkoord, rechtsmacht.
[artt. 344 VWEU, 24 lid 1 VEU, 28 lid 1 VEU]

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2015/14

In Advies 2/13 over de EU-toetreding tot het EVRM toetst het Hof van Justitie de verenigbaarheid van de ontwerp-toetredingsovereenkomst met het primaire recht van de Unie. Het Hof besteedt daarbij aandacht aan de specifieke kenmerken en autonomie van het Unierecht, artikel 344 VWEU, het co-respondentmechanisme, de procedure van voorafgaande beoordeling door het Hof, en de specifieke kenmerken van het Unierecht wat het rechterlijk toezicht op het gebied van het GBVB betreft. Zoals bekend was het Hof over de hele lijn vernietigend wat betreft de verenigbaarheid van de ontwerpovereenkomst met de relevante kenmerken van het Unierecht, met inbegrip van de kenmerken van het GBVB. Deze bijdrage bekritiseert de overwegingen van het Hof met betrekking tot dit GBVB.

Het Hof van Justitie heeft op basis van artikel 24, eerste lid, VEU zeer beperkte rechtsmacht over in de context van het GBVB gestelde handelingen.¹ Die rechtsmacht heeft in essentie louter betrekking op de toetsing van aan individuen of rechtspersonen opgelegde beperkende maatregelen (sancties), bijvoorbeeld in de strijd tegen het internationale terrorisme.² De toetreding van de EU tot het EVRM maakt het echter mogelijk dat *alle* in het kader van het GBVB genomen handelingen aan rechterlijke toetsing zouden worden onderworpen – zij het enkel door het

■ Prof. dr. C. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie art. 24 lid 1 VEU *in fine* ('Het Hof van Justitie van de Europese Unie is niet bevoegd ten aanzien van deze bepalingen, met uitzondering van zijn bevoegdheid toezicht te houden op de naleving van artikel 40 van dit Verdrag en de wettigheid van bepaalde besluiten na te gaan, als bepaald in artikel 275, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.').

2 Zie met name de bekende *Kadi*-zaken: HvJ EU 30 september 2008, zaken C-402/05 P en C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie), Jurispr. 2008, I-6351, ECLI:EU:C:2008:461; Gerecht van Eerste Aanleg 3 september 2010, zaak T-85/09 (Kadi/Commissie), Jurispr. 2010, II-5177, ECLI:EU:T:2010:418; Samengevoegde zaken HvJ EU (GK) 18 juli 2013, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (Commissie en VK/Kadi), ECLI:EU:C:2013:51.

EHRM.³ De onderhandelaars hadden deze toetsingsbevoegdheid van het EHRM immers niet uitgesloten, ook al bestond er initieel een voorstel in die zin. Voor het Hof van Justitie is de toetsingsbevoegdheid van het EHRM over handelingen, maatregelen of nalatigheden van de EU waarover het Hof van Justitie zelf niet eens rechtsmacht heeft, zonder meer onaanvaardbaar: Volgens het Hof van Justitie kan het rechterlijk toezicht hierop immers niet uitsluitend worden toevertrouwd aan een orgaan van buiten de Unie.⁴

De Commissie had voor het Hof van Justitie geargumenteed dat de toetsingsbevoegdheid van het Hof van Justitie in GBVB-aangelegenheden mogelijk niet zo beperkt is als art. 24, eerste lid, VEU laat uitschijnen. De Commissie stelde met name dat een besluit van de Raad met betrekking tot een operationeel optreden van de Unie (vastgesteld op grond van artikel 28, eerste lid, VEU), dat de rechtsbasis vormt voor een operationele handeling van een lidstaat, een 'beperkende maatregel' is waarover het Hof van Justitie rechtsmacht heeft.⁵ Op basis van deze redenering zou elke handeling of nalatigheid van een lidstaat die in uitvoering van een EU-mandaat aan een derde partij schade veroorzaakt via een prejudiciële vraagstelling *toch* binnen de rechtsmacht van het Hof van Justitie kunnen vallen. Bovendien zouden, aldus de Commissie, GBVB-handelingen van de instellingen van de Unie, voor zover zij bindende rechtsgevolgen hebben, 'beperkende maatregelen' zijn waartegen bij het Hof van Justitie een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld; voor zover zij geen bindende rechtsgevolgen hebben, zou een aansprakelijkheidsvordering tegen de Unie bij het Hof van Justitie mogelijk zijn. Dit is een erg brede interpretatie van de toetsingsbevoegdheid van het Hof van Justitie, waarvan hoogst onduidelijk is of deze wel strookt met de intenties van de lidstaten als *Herren der Verträge*. In hun pleidooien voor het Hof van Justitie steunde een aantal lidstaten deze lezing alvast niet.

Met betrekking tot het door de Commissie aangereikte argument was het Hof van Justitie in ieder geval van oordeel dat het Hof van Justitie 'nog niet de gelegenheid [heeft] gehad om te preciseren hoe ver de uit bovengenoemde bepalingen voortvloeiende beperkingen van zijn bevoegdheid op het gebied van het GBVB reiken', dat 'bepaalde in het kader van het GBVB vastgestelde handelingen in de huidige stand van het Unierecht aan het rechterlijk toezicht van het Hof van Justitie ontsnappen', en dat dit nu eenmaal 'de huidige regeling van de bevoegdheden van het Hof' is.⁶ Deze observatie is correct naar Europees recht. Het is echter maar de vraag of hieruit noodzakelijkerwijs voortvloeit dat het EHRM *dus ook niet* de bevoegdheid heeft om over de verenigbaarheid van GBVB-handelingen met het EVRM te beoordelen. Immers, het feit dat de gerechtelijke organen van sommige staten partij bij het EVRM niet de bevoegdheid hebben om statelijke handelingen begaan in militaire operaties te toetsen, heeft geen invloed gehad op de toelaatbaarheid van de toetsingsbevoegdheid van het EHRM aangaande deze handelingen. Het is onduidelijk waarom de EU, op grond van haar vermeende *sui generis*-karakter, aanspraak zou kunnen maken op bijzondere regels. Steve Peers omschreef de houding

3 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, EHRC 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk & Beijer en (2) van Rossem, par. 254.

4 Idem, par. 255-256; Het Hof lijkt hier impliciet te verwijzen naar art. 344 VWEU, dat het elders in het advies ook citeerde (par. 201-214). Deze bepaling stelt: 'De lidstaten verbinden zich, een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven.'

5 Idem, par. 98.

6 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 251-257.

van het Hof van Justitie terecht als *'judicial politics of the playground'*, waarbij een jaloers Hof van Justitie het EHRM geen toetsingsbevoegdheid gunt die het zelf ook niet heeft.⁷

Het pijnlijke gevolg is dat een *accountability*-vacuüm zich opent, of althans wordt bestendigd: EU-handelingen aangenomen in het kader van het GBVB, die aanleiding geven tot een schending van de mensenrechten, zijn *niet* onderworpen aan rechterlijke toetsing, niet van het Hof van Justitie noch van het EHRM. Dat EU-handelingen, of de uitvoering ervan door de lidstaten, de mensenrechten kunnen schenden, is niet illusoir. Eind 2014 waren onder EU-auspiciën vijf militaire en zes civiele missies ontplooid in landen als Mali, de Centraal-Afrikaanse Republiek, of Oekraïne.⁸ Dit zijn conflictgebieden waar het risico op mensenrechtenschendingen reëel is. Men kan daarbij met name denken aan schietincidenten, willekeurige hechtenis, deportatie of verlies van bezittingen. Om een idee te geven: het *Human Rights Advisory Panel* voor Kosovo, een orgaan met rechtsmacht over mensenrechtenschendingen die beweerdelijk toerekenbaar zijn aan de *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo* (UNMIK),⁹ ontving honderden klachten van burgers die zich gegriefd voelden door het falen van de VN om tijdens de oorlog in Kosovo begane moorden en gedwongen verdwijningen te onderzoeken, alsook door de door de VN ingestelde procedure voor de teruggave van bezittingen. In het licht van de mogelijke schendingen die in het kader van een EU GBVB-operatie kunnen worden begaan, was het wenselijk dat de EU, bij gebreke aan rechtsmacht van het Hof van Justitie, tenminste rekenschap zou kunnen afleggen voor het EHRM.¹⁰ Op basis van het advies is dit echter niet mogelijk, en het ligt in de rede dat de toetredingsovereenkomst op dit punt dan ook zal worden gewijzigd, althans als de andere leden van de Raad van Europa hiermee akkoord gaan.

De afwezigheid van toetsingsbevoegdheid van het Hof van Justitie (op basis van de EU-verdragen) en het EHRM (op basis van het advies) met betrekking tot GBVB-handelingen van de EU impliceert evenwel niet dat er geen enkele rechtsbescherming is wat betreft mensenrechtenschendingen begaan in militaire operaties onder auspiciën van de EU. Zoals de Commissie opwierp voor het Hof van Justitie bepaalt artikel 1, vierde lid, van het ontwerp-toetredingsakkoord immers dat de handelingen van de lidstaten worden toegerekend aan de betrokken lidstaat en niet aan de Unie, zelfs wanneer het gaat om operaties die worden verricht in het kader van het GBVB (punt 95 van het advies). Militaire en politionele operaties van de EU worden steeds uitgevoerd door de lidstaten, en niet door de EU zelf, die geen eigen leger of politiemacht heeft. Handelingen verricht in deze operaties zijn toerekenbaar aan een lidstaat en kunnen dus rechtstreeks worden aangevochten *in een EHRM-procedure tegen de lidstaat*.

Wanneer het EHRM operationele handelingen toetst in procedures aangespannen tegen een EU-lidstaat, kan het erop lijken dat het EHRM geen uitspraak doet over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaat – zoals de Commissie impliceert. Het valt evenwel niet te ontkennen dat, indien een EU-lidstaat voor het EHRM wordt gedaagd met betrekking tot schendingen begaan in het kader van een GBVB-operatie, het EHRM de allocatie van aansprake-

7 S. Peers, 'The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection', *EU Law Analysis Blog* 18 december 2014.

8 Een actueel overzicht is te vinden op: eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/index_en.htm.

9 Verordening (UNMIK) 12/2006 23 maart 2006 on the Establishment of the Human Rights Advisory Panel, gewijzigd door Verordening 3/2007, 12 januari 2007.

10 Zie ook A. Łazowski & R.A. Wessel, 'The European Court of Justice blocks the EU's accession to the ECHR', Brussel: Centre for European Policy Studies, 8 januari 2015, beschikbaar op <http://www.ceps.eu/publications/european-court-justice-blocks-eu%E2%80%99s-accession-echr>.

lijkheid tussen de lidstaat en de EU zal moeten nagaan wanneer het de in *Al Jeddah/VK* bekrachtigde standaard van ‘effectieve controle’ toepast.¹¹ Op basis van deze standaard beslist het EHRM of de troepen die de schending beweerdelijk begingen onder de effectieve controle stonden van de lidstaat, de EU, dan wel beide, op basis van formele afspraken tussen de EU en haar lidstaten, of op basis van de operationele realiteit.¹² Op die manier lijkt het EHRM in de interne aangelegenheden van de EU te interfereren, en voorbij te gaan aan de ‘natuurlijke’ rechter van de Unie, het Hof van Justitie. Precies daarom voorziet het ontwerp-toetredingsakkoord evenwel in een *co-respondentmechanisme* (artikel 3, tweede lid) en in een procedure van *voorafgaande beoordeling door het Hof van Justitie* (artikel 3, zesde lid). Het co-respondentmechanisme maakt het mogelijk de EU als co-respondent te betrekken bij een procedure aangespannen tegen een lidstaat, en de EU ultiem ook aansprakelijk te stellen. De procedure van voorafgaande beoordeling door het Hof van Justitie stelt het Hof van Justitie in staat te oordelen over de verenigbaarheid met de grondrechten voor het EHRM dit doet.¹³ Maar helaas heeft het Hof van Justitie net in een ander deel van het advies geoordeeld dat deze rechtsfiguren niet waarborgen dat de specifieke kenmerken van de Unie en van het Unierecht in stand worden gehouden,¹⁴ en daarmee verklaard dat ze niet verenigbaar zijn met het VEU.

Contradictorisch genoeg schiet het Hof van Justitie zichzelf hiermee in de voet: door het co-respondentmechanisme en de procedure van de voorafgaande beoordeling te torpederen, zal het lijdzaam moeten toezien hoe het EHRM toch toezicht kan (blijven) uitoefenen over GBVB-implementatiehandelingen door lidstaten, zonder enige interveniërende rol van de EU of het Hof van Justitie. Of de onderhandelaars erin slagen om aan de door het Hof van Justitie opgeworpen bezwaren inzake co-respondentschap en voorafgaande beoordeling tegemoet te komen, valt nog maar te bezien.

11 EHRM 7 juli 2011, appl.no. 27021/08 (*Al-Jedda/VK*), par 76.

12 In par. 56 van het arrest *Al Jeddah* verwees het Hof naar de ‘effective control’ standaard zoals neergelegd in [huidig] artikel 7 van de International Law Commission’s Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (DARIO 2011, *UN Doc. A/66/10*). ILC Commentaar (4) bij dit artikel maakt duidelijk dat het hier gaan om *feitelijke* veeleer dan institutionele controle.

13 Deze procedure van voorafgaande beoordeling lijkt ook te gelden voor het GBVB: ook al heeft het Hof van Justitie, zoals hoger aangegeven, op basis van het VEU en het VWEU slechts een zeer beperkte rechtsmacht over GBVB-handelingen, toch kan zij zich een sluipende beoordelingsbevoegdheid toe-eigenen op basis van het ontwerpakkoord.

14 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, EHRC 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk & Beijer en (2) van Rossem, par. 235 en 248.