

EU's tiltræden til EMRK – et sisyfosarbejde?

Af adjunkt, ph.d. Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen, Juridisk Institut ved Syddansk Universitet

EU-Domstolen afviste med udtalelse 2/13 den 18. december 2014 at lade EU tiltræde EMRK på grundlag af et udkast til en tiltrædelsesaftale. I artiklen behandles baggrunden for og det konkrete indhold i EU-Domstolens afvisning, hvorefter det undersøges, i hvilket omfang EMD fremover kan forventes at respektere EU-rettens forrang og dermed undlade at holde medlemsstaterne ansvarlige for påståede krænkelse som følge af medlemsstaternes forpligtelser efter EU-retten.

1. Udtalelse 2/13 – baggrund og reaktioner

1.1. Baggrunden for udtalelse 2/13

Lissabon-traktaten slår fast, at EU skal tiltræde den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK).¹ En formel tiltrædelse skal løse et problem, som har plaget EU-retten gennem mere end 40 år: Hvordan kan EU garantere, at grundlæggende rettigheder som minimum sikres på EMRK-niveau, når EU selv ikke er underlagt kontrol ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD)? Tidligere domme ved EU-Domstolen Peer Lorenzen har tidligere beskrevet, hvordan de to domstole i betydelig grad inspirerer hinanden i såvel konkrete afgørelser som i et mere uformelt samarbejde,² men inspiration og et uformelt samarbejde forpligter i sagens natur ikke på samme måde som en retligt bindende kontrol af EU's respekt for grundlæggende rettigheder ved EMD's eksterne kontrol.

Lissabon-traktaten er suppleret med protokol nr. 8, som slår fast, at EU's tiltræden til EMRK skal ske ved en aftale, som skal »[...] afspejle nødvendigheden af at bevare Unionens og EU-rettens særlige karakteristika [...]« og »[...] sikre, at tiltrædelsen hverken berører Unionens kompetencer eller institutionernes beføjelser. [...]«³ I oktober 2011 fremlagde en ekspertgruppe med repræsentanter fra

både EU og Europarådet et forslag til en tiltrædelsesaftale, som tog udgangspunkt i, at EU skulle tiltræde EMRK på samme vilkår som enhver anden stat.⁴ EU's særlige retsorden og især EU-Domstolens rolle som den øverste fortolker af EU-retten nødvendiggjorde dog en række særlige bestemmelser om høring af EU-Domstolen, EU's og medlemsstaternes mulige indtræden i en sag og ændring af stemmereglerne, når Ministerkomiteen påså, om en dom mod EU var fuldbyrdet. Samlet var der tale om en ganske kompliceret aftale, som langt fra sikrede borgerne en entydig position, når sager om EU-retsakternes krænkelse af grundlæggende rettigheder søgtes indbragt for EMD.⁵ De politiske forhandlinger fortsatte derefter i det såkaldte '47+1-forum', bestående af alle 47 kontraherende stater og EU. Parterne enedes i juni 2013 om en tekst, der i det væsentlige byggede på ekspertgruppens udkast.⁶

Den 4. juli 2013 sendte Europa-Kommissionen udkastet til en aftale til EU-Domstolen med en anmodning om en udtalelse. Anmodningen lød: 'Er udkastet til aftale om Den Europæiske Unions tiltrædelse af konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, forenelig med traktaterne?'

1.2. Forventningerne til udtalelse 2/13

Den umiddelbare forventning var, at EU-Domstolen ville besvare dette spørgsmål med et klart 'JA'. For det første havde EU-Domstolen allerede i maj 2010 offentliggjort et 'discussion paper', hvori EU-Domstolen oplyste en række forhold til støtte for forhandlerne,⁷ for det andet havde præsidenterne for EU-Domstolen og EMD udsendt

1. TEU art. 6(2), Den Europæiske Unions Tidende C 115 af 9. maj 2008, p. 19.
2. Peer Lorenzen: 'Dialog mellem dommere', Juristen, september 2011, nr. 7, p. 193-200.
3. Protokol nr. 8 vedrørende artikel 6, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union om Unionens tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, Den Europæiske Unions Tidende C 115 af 9. maj 2008, p. 273.

4. CDDH(2011)009, 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, 14 October 2011.
5. Henning Fuglsang Sørensen: 'EU's tiltræden til EMRK', Juristen, juni 2012, nr. 3, p. 159-167.
6. 47+1(2013)008rev2: Fifth negotiation meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the accession of the European Union to the European convention on human rights, 10 June 2013.
7. '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', Luxembourg, 5 May 2010.

en fælles erklæring om EU's tiltræden til EMRK,⁸ og for det tredje havde EU-Domstolen haft en observatør med i hele forhandlingsforløbet.⁹ Der var dermed en vis formodning for, at EU-Domstolens væsentligste synspunkter var tilgodeset i den endelige aftaletekst. I forbindelse med en offentlig høring ved EU-Domstolen den 5.-6. maj 2014 erklærede alle 28 medlemsstater og tre EU-institutioner (Europa-Kommissionen, Europa-Parlamentet og Det Europæiske Råd) da også deres støtte til aftalens tekst.¹⁰

Da EU-Domstolen den 18. december 2014 slog fast, at udkastet alligevel ikke var foreneligt med traktaterne,¹¹ gik reaktionerne fra 'Oops'¹² over 'a Christmas bombshell from the European Court of Justice'¹³ til 'a clear and present danger to human rights protection'.¹⁴ EU-Domstolens omfattende kritik af udkastet har især skabt en frygt for, at fornyede forhandlinger ikke kan skabe et resultat, som kan tilfredsstille både EU-Domstolen og alle de involverede stater. Dette har blandt andet ført til et forslag om en såkaldt 'notwithstanding protocol', som skulle give hjemlen for at lade EU tiltræde EMRK på grundlag af aftaleudkastet og uden hensyntagen til EU-Domstolens udtalelse.¹⁵

At ændre traktaterne ved hjælp af sådanne protokoller er selvsagt ikke nogen simpel sag, og forslaget skal da nok også nærmere ses som et udslag af en betydelig frustration over EU-Domstolens omfattende kritik. Eksempelvis blev der også i en lettere sarkastisk tone efterlyst nogen, som ville støtte EU-Domstolen.¹⁶ En enkelt professor tog

denne udfordring op og anførte, at EU-Domstolen muligvis fandt en tiltrædelse til EMRK uhensigtsmæssig af politiske årsager, at tillægsprotokol nr. 16 til EMRK¹⁷ kunne opfattes som en provokation mod EU-Domstolen og sidst, at en enkelt dommers fravær ved offentliggørelsen af udtalelsen kunne tolkes således, at en fornyet forelæggelse på et senere tidspunkt kunne føre til et andet resultat.¹⁸ Et forsvar, som indledes ved, at disse forhold må betegnes som tre 'mitigating circumstances', kan næppe anses for det stærkeste forsvar, ligesom de konkrete punkter i forsvaret forekommer lidet overbevisende. Reaktionerne på EU-Domstolens udtalelse er dermed samlet præget af overraskelse, chok og åbenlyse protester.

1.3. Generaladvokatens udtalelse

Overraskelsen bliver ikke mindre, når generaladvokatens udtalelse studeres.¹⁹ Generaladvokaten foretog en omfattende undersøgelse af, hvorvidt udkastet kunne medføre en ændring af Unionens kompetencer, om udkastet kunne ændre EU-institutionernes beføjelser, og om udkastet respekterede EU-retten særlige karakteristika.

For så vidt angik Unionens kompetencer, nåede generaladvokaten frem til, at udkastet ikke ville ændre Unionens kompetencer eller medføre et behov for at tildele Unionen nye kompetencer.²⁰ I spørgsmålet om, hvorvidt udkastet kunne ændre EU-institutionernes beføjelser, bemærkede generaladvokaten, at udkastet efterlod en vis tvivl om EU-Domstolens kompetence i sager, hvor fortolkningen af sekundære EU-retsakter blev behandlet ved EMD. Denne tvivl kunne efter generaladvokatens opfattelse bringes ud af verden ved at blot præcisere, at EU-Domstolen også her havde fuld kompetence.²¹ Herudover fandt generaladvokaten ikke anledning til at konkludere, at udkastet ville ændre institutionernes beføjelser.²²

I det tredje spørgsmål, hvorvidt udkastet respekterede Unionens og EU-retten særlige karakteristika, kunne generaladvokaten derimod identificere flere væsentlige problemer. For så vidt angik anerkendelse af EMD's jurisdiktion, bemærkede generaladvokaten særligt, at EMD efter udkastet ville få mulighed for at tage stilling til fordelingen af ansvaret mellem Unionen og medlemsstaterne i sager, hvor Unionen og medlemsstaterne var indklaget sammen. EMD ville dermed få mulighed for at træffe bindende afgørelser om forholdet mellem Unionen og medlemsstaterne, hvilket ville stride mod EU-retten in-

8. 'Joint communication from Presidents Costa and Skouris', Strasbourg and Luxembourg, 24 January 2011.
9. Council of the European Union, doc.no. 13714/10, 17 September 2010.
10. Stien Øby Johansen: 'Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement (Part 1 of 2)', Øby-kanalen, <https://obykanalen.wordpress.com/2014/05/06/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2/>, sidst besøgt den 27. december 2014.
11. Udtalelse 2/13 fra Domstolen, offentliggjort den 18. december 2014.
12. Lock, Tobias: 'Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR', *VerfBlog*, 2014/12/18, <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/>, sidst besøgt den 27. december 2014.
13. Douglas-Scott, Sionaidh: 'Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice', *VerfBlog*, 2014/12/24, <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/>, sidst besøgt den 27. december 2014.
14. Steve 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, sidst besøgt den 27. december 2014.
15. Leonard Besselink: 'Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13', <http://acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/>, sidst besøgt den 27. december 2014.
16. <https://twitter.com/Verfassungsblog/status/547526930128719872>: 'Anyone stepping up in defence of the ECJ in the ECHR matter? ANYONE?', sidst besøgt den 27. december 2014.

17. Tillægsprotokol nr. 16 giver nationale domstole mulighed for at forelægge sager for EMD efter en procedure, som minder om muligheden for en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Protokollen behandles senere i denne artikel.
18. Scheinin, Martin: 'CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances', *VerfBlog*, 2014/12/26, <http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/>, sidst besøgt den 27. december 2014.
19. Udtalelse 2/13, Generaladvokat Kokott's stillingtagen af 25. juni 2014, Endnu ikke offentliggjort.
20. *Ibid*, p. 104.
21. *Ibid*, p. 135.
22. *Ibid*, p. 156.

terne orden.²³ Tilsvarende var generaladvokaten ikke tilfreds med, at EMD havde kompetence til at beslutte, om en sag skulle forelægges EU-Domstolen, inden EMD ville træffe afgørelse i en sag med forbindelse til EU-retten. En sådan vurdering kunne alene foretages af EU-Domstolen.²⁴ Herudover udtrykte generaladvokaten en vis skepsis over for det forhold, at EMD alene var forpligtet til at orientere EU om sager med forbindelse til EU-retten, hvis EMD fandt dette relevant. Efter generaladvokatens opfattelse måtte det pålægges EMD at orientere EU om samtlige sager med forbindelse til EU-retten, således at EU uden undtagelse selv kunne foretage en vurdering af behovet for at indtræde i den konkrete sag.²⁵ Aftaleudkastet ville således først kunne respektere EU-rettens særlige karakteristika, når der var foretaget flere ændringer og præciseringer.

Disse ændringer og præciseringer blev herefter behandlet mere uddybende, hvorefter generaladvokaten konkluderede, at Unionen kunne tiltræde EMRK på grundlag af det forelagte udkast til en aftale, såfremt i alt 6 forhold enten blev ændret eller præciseret på en folkeretligt bindende måde.²⁶ EMD måtte således systematisk og undtagelsesfrit være pålagt at orientere EU og medlemsstaterne om alle indbragte sager, EMD måtte være afskåret fra at vurdere en anmodning fra EU eller en medlemsstat om indtræden i en given sag, EU-Domstolen skulle have kompetence til at udtale sig inden EMD afsagde dom i sager vedrørende såvel primær som sekundær EU-ret, EMD kunne alene undlade at høre EU-Domstolen hvis det var åbenbart at EU-Domstolen allerede havde udtalt sig om det konkrete retsspørgsmål, EMD skulle ikke kunne tage stilling til ansvarsfordelingen mellem EU og medlemsstaterne og ville i øvrigt være forpligtet til at respektere indklagedes og medindklages fælles ansvar for eventuelle overtrædelser af EMRK.

Samlet nåede generaladvokaten ligesom samtlige medlemsstater, Kommissionen, Det Europæiske Råd og Europa-Parlamentet også frem til, at udkastet kunne danne grundlag for EU's tiltræden til EMRK under forudsætning af de nævnte ændringer eller præciseringer.

Men som generaladvokaten ganske rigtigt også præciserede i sin indledning, så gemmer Djævelen sig i detaljen.²⁷ Denne sandhed kom for alvor frem i EU-Domstolens endelige udtalelse, som gennemgås i næste afsnit.

2. Udtalelse 2/13 – indholdet

2.1. Domstolens generelle betragtninger

Udtalelsen indledes med Kommissionens spørgsmål og en opstilling af de relevante dokumenter. Udtalelsens andet afsnit, præmis 2-36 beskriver EMRK-systemet, mens tredje afsnit, præmis 37-45 beskriver forholdet mellem EU og EMRK. Tiltrædelsesprocessen gennemgås i

fjerde afsnit, præmis 46-48, mens aftaleudkastet gennemgås i femte afsnit, præmis 49-70. Præmisserne 71-108 indeholder en detaljeret gennemgang af Kommissionens argumenter for aftalens forenelighed med traktaterne, hvor der flere steder henvises til, at aftalen må suppleres med en nærmere regulering internt i EU-systemet. Herefter beskrives i præmisserne 109-143, hvordan 24 af Unionens 28 medlemsstater, Rådet og Parlamentet alle har afgivet udtalelser for Domstolen, der også støtter aftalen, om end argumenterne på flere punkter adskiller sig fra Kommissionens argumenter. Domstolens egen stillingtagen følger herefter fra præmis nr. 144, hvor først formaliteten behandles, inden realitetsbehandlingen indledes ved præmis nr. 153.

Domstolen indledte realitetsbehandlingen med en beskrivelse af Unionens særlige karakteristika. Det blev først slået fast, at TEU art. 6(2) pålægger Unionen at tiltræde EMRK, og EU-retten befinder sig dermed nu på et andet udviklingsstrin, end da Domstolen sidst afviste at lade EU tiltræde EMRK.²⁸ Unionen kan dog stadig ikke anses som en stat i folkeretlig forstand. For det første har traktaterne etableret en helt ny retsorden, hvor medlemsstaterne på flere områder har overført suveræniteten til Unionen. For det andet har Unionen etableret egne institutioner, og for det tredje er ikke blot medlemsstaterne, men også borgerne retssubjekter i EU-retten. Disse særlige karakteristika medfører, at en række betingelser skal være opfyldt, før EU kan tiltræde EMRK.

Domstolen henviser herefter til, at TEU art. 6(2) og tilføjesprotokol nr. 8 slår fast, at tiltrædelsen ikke ændrer Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne, og at tiltrædelsesaftalen skal afspejle nødvendigheden af at bevare Unionens kompetencer, institutionernes beføjelser og medlemsstaternes position i forhold til EMRK, ligesom tiltrædelsen ikke må berøre TEUF art. 344. Med denne bestemmelse har medlemsstaterne forpligtet sig til at anvende traktatens instrumenter ved tvister om fortolkning eller anvendelse af traktaterne, og det vil derfor stride mod EU-retten, hvis medlemsstaterne indklager hinanden for EMD i forbindelse med EU-rettens gennemførelse.

EU-Domstolen anser det for sin opgave at vurdere, om tiltrædelsesaftalen kan berøre Unionens eller EU-rettens særlige karakteristika. Disse karakteristika omfatter Unionens forfatningsmæssige struktur, traktaternes bestemmelser om kompetencefordeling og de institutionelle rammer. Herudover omfatter disse karakteristika også, at EU-retten udledes af traktaterne, at EU-retten har forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer, og at EU-retten på en lang række områder har direkte virkning. Disse karakteristika medfører, at EU-retten nu udgør et struktureret netværk af indbyrdes bindende principper, regler og retlige forbindelser, der er gensidigt bindende for Unionen selv og for medlemsstaterne. Charteret om grundlæggende rettigheder er herefter fremhævet som en betingelse for EU-retsakters lovlighed, idet charteret er

23. Ibid, p. 179.

24. Ibid, p. 183.

25. Ibid, p. 235.

26. Ibid, p. 280.

27. Ibid, p. 4.

28. Opinion 2/94, 28. marts 1996.

bindende for både Unionen og medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelse af EU-retten.

Herudover bemærkes det, at Unionen forfølger sine mål gennem fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, kapital og personer, gennem unionsborgerskabet, gennem bestemmelserne om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed og gennem konkurrencepolitikken. Disse bestemmelser indeholder hver især deres bidrag til den integrationsproces, som er selve formålet med Unionen. Herefter henviser Domstolen til, at EU-retten giver såvel nationale domstole som Domstolen særlige EU-retlige kompetencer, understreget ved muligheden for præjudiciel forelæggelse efter TEUF art. 267.

Inden Domstolen begynder den egentlige realitetsbehandling af tiltrædelsesaftalen, har Domstolen ved at opregne EU-rettens særlige karakteristika slået fast, at Domstolen anser det for sin opgave at sikre, at tiltrædelsen ikke griber ind i disse karakteristika. Domstolen er dermed meget bevidst om sin rolle som EU's forfatningsdomstol, således som EU-Domstolens præsident også understregede ved FIDE 2014 i København ved at udtale, at: *'The Court is not a human rights court: it is the supreme court of the Union.'* På denne baggrund går EU-Domstolen i gang med at undersøge aftalens nærmere detaljer.

2.2. Realitetsbehandlingen

EU-Domstolen har identificeret fem særlige problemer i udkastet til en tiltrædelsesaftale. Disse særlige problemer behandles enkeltvis nedenfor.

2.2.1. EU-rettens særlige karakteristika og autonomi

For det første²⁹ bemærker EU-Domstolen, at en tiltrædelse vil medføre, at Unionen underlægges en eksternt kontrol ved EMD. Det er ikke i sig selv i strid med traktaterne at lade Unionen underlægge sig en sådan kontrol, særligt ikke når dette ligefrem er fastsat i traktaterne. Den eksterne kontrol må dog ikke medføre, at Unionen eller Unionens institutioner påtvinges en bestemt fortolkning af EU-retten, hvilket kan ske, når EMD måtte vurdere, om en given EU-retsakt respekterer EMRK. Efter EU-Domstolens opfattelse må EMD ikke kunne stille spørgsmålstejn ved især EU-Domstolens bedømmelse af EU-rettens og dermed charterets anvendelsesområde. Dette har særlig betydning ved EMRK art. 53 og charterets art. 53.

EMRK art. 53 slår fast, at EMRK er en minimumskonvention, som ikke afskærer de kontraherende stater fra et højere beskyttelsesniveau, end hvad der gælder efter EMRK.³⁰ Charterets artikel 53 slår fast, at charteret ikke må fortolkes som en begrænsning af beskyttelsen i af grundlæggende rettigheder, som disse er beskyttet efter blandt andet medlemsstaternes forfatninger, men EU-

Domstolen har dog også flere gange fastslået EU-rettens forrang i sager, hvor en konflikt mellem EU-retten og medlemsstaternes forfatningsretlige beskyttelse af grundlæggende rettigheder ikke kunne løses ved fortolkning.³¹ I disse sager skal beskyttelsesniveauet som dette er fastsat ved EU-retten således lægges til grund, uanset at medlemsstaterne måtte have et højere beskyttelsesniveau. Når forholdet mellem EMRK art. 53 og charterets art. 53 ikke er fastlagt, kan der derfor opstå en situation, hvor EMD anerkender, at en medlemsstat i sin nationale lovgivning har et højere niveau end hvad der gælder efter EU-retten og herefter med henvisning til EMRK art. 53 forlanger EU-retten implementeret i national ret på grundlag af dette højere nationale beskyttelsesniveau. Efter EU-Domstolens opfattelse må EU-rettens forrang medføre, at EU-retten implementeres i national ret på grundlag af det beskyttelsesniveau, som er fastsat i EU-retten og dermed efter charterets art. 53. EMRK art. 53 må efter EU-Domstolens opfattelse med andre ord vige for EU-retten, idet EMD ellers får kompetence til at påtvinge medlemsstaterne og EU-Domstolen en bestemt fortolkning af EU-retten.

For det andet fremhæves princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne som et princip af grundlæggende betydning i EU-retten.³² Særligt for så vidt angår et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed er medlemsstaterne som udgangspunkt afskåret fra at vurdere, om andre medlemsstater respekterer grundlæggende rettigheder eller kræve at andre medlemsstater skal garantere et særligt højt beskyttelsesniveau. Tiltrædelsesaftalen tager ikke hensyn til, at medlemsstaternes indbyrdes forhold reguleres ved EU-retten, og der kan dermed opstå en situation, hvor medlemsstaterne i strid med EU-retten skal kontrollere, hvorvidt en anden medlemsstat overholder de grundlæggende rettigheder.

For det tredje er EU-Domstolen bekymret for forholdet mellem EU-retten og EMD tillægsprotokol nr. 16.³³ Tillægsprotokol nr. 16 giver de kontraherende stater højeste domstole mulighed for at indhente en vejledende udtalelse fra EMD i en konkret sag. Protokollen åbnede den 2. oktober 2013 og er ved udgangen af 2014 underskrevet af 16 stater. Endnu har ingen stater ratificeret protokollen, som træder i kraft, når 10 stater har ratificeret den. Efter art. 267 TEUF skal sådan en udtalelse dog indhentes ved EU-Domstolen og ikke ved EMD, når sagen drejer sig om rettigheder sikret efter charteret. Muligheden for at indhente en vejledende udtalelse ved EMD kan dermed føre til omgåelse af bestemmelsen om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

EU-Domstolen konkluderede på denne baggrund, at tiltrædelsesaftalen kunne gribe ind i EU-rettens særlige karakteristika og i EU-rettens anatomi.

29. Præmisserne 179-190.

30. Nina Holst-Christensen: 'Artikel 53' i Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen: 'Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

31. Jonas Christoffersen: 'EU's charter om Grundlæggende Rettigheder', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, p. 480-481.

32. Præmisserne 191-195.

33. Præmisserne 196-199.

2.2.2. Artikel 344 TEUF

Med artikel 344 TEUF har medlemsstaterne forpligtet sig til, ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde, end hvad der er fastsat i traktaterne. Bestemmelsen sikrer EU-Domstolens enekompetence og understreger medlemsstaternes loyaltetsforpligtelse over for hinanden. Lissabon-traktatens protokol nr. 8 fastslår således klart i artikel 3, at tiltrædelsesaftalen ikke må berøre artikel 344 TEUF. Heroverfor giver EMRK art. 33 enhver kontraherende stat mulighed for at indklage en anden kontraherende stat for EMD med påstand om brud på de konventionssikrede rettigheder.³⁴

EU-Domstolen slår fast, at kun en bestemmelse, som udtrykkelig afskærer EMRK's kompetence efter EMRK art. 33 i EU-retlige tvister mellem medlemsstaterne og mellem medlemsstaterne og Unionen vil være forenelig med artikel 344 TEUF.³⁵ Udkastet til en tiltrædelsesaftale indeholder ikke en sådan bestemmelse.

2.2.3. »Co-respondent«-mekanismen

Udkastet til en tiltrædelsesaftale indeholder en særlig »co-respondent«-mekanisme. Mekanismen giver EU mulighed for at indtræde som »co-respondent«, når en medlemsstat indklages for EMD i en sag vedrørende et EU-retligt spørgsmål. Tilsvarende kan medlemsstaterne indtræde som »co-respondents«, hvis EU indklages for en krænkelse ved bestemmelser i traktaterne eller retsakter med samme juridiske værdi som traktaterne. Når EU eller en medlemsstat indtræder som »co-respondent«, opnås partstatus, og EMD's dom er derfor også bindende for en »co-respondent«.

Efter aftalens artikel 3, stk. 5, kan en kontraherende part blive »co-respondent« på to måder. Enten kan EMD invitere en part til at indtræde som »co-respondent«, hvorefter den pågældende part selv kan beslutte, om parten ønsker at indtræde, eller en part kan anmode EMD om tilladelse til at indtræde som »co-respondent«, hvorefter EMD vil beslutte, om dette skal tillades. I begge tilfælde skal EMD således vurdere, om sagen indeholder EU-retlige spørgsmål af en sådan karakter, at EU eller en medlemsstat skal tillades at indtræde som »co-respondent«. EMD skal dermed vurdere kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne.³⁶

En dom vil i sin helhed være bindende for såvel den indklagede part som den part, der er indtrådt som »co-respondent«. Dette kan efter EU-Domstolens opfattelse medføre, at en medlemsstat kan blive forpligtet af en dom, uanset at den pågældende part har meddelt en reservation i medfør af EMRK art. 57. I alt 12 medlemsstater har sådanne reservationer over for EMRK.³⁷ En dom, som

forpligter en medlemsstat på trods af en reservation, vil være i strid med artikel 2 i protokol nr. 8 til Lissabon-traktaten, som slår fast, at intet i tiltrædelsesaftalen må berøre forholdet mellem medlemsstaterne og EMRK.³⁸

Den indklagede part og en »co-respondent« ifalder efter udkastets artikel 3, stk. 7, som udgangspunkt et fælles ansvar. Men bestemmelsen giver også EMD mulighed for alene at holde den ene part ansvarlig. Efter EU-Domstolens opfattelse vil dette forudsætte, at EMD foretager en selvstændig prøvelse af EU-retsakter og tager stilling til kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne. Det tilkommer efter traktaterne alene EU-Domstolen at foretage en sådan prøvelse.³⁹

EU-Domstolen konkluderer derefter i præmis nr. 235, at »co-respondent«-mekanismen ikke sikrer Unionens og EU-rettens særlige karakteristika.

2.2.4. Inddragelse af EU-Domstolen

Det kan i sagens natur ikke udelukkes, at en sag med EU-retlige elementer indbringes for EMD, uden at sagen forinden har været forelagt EU-Domstolen og dermed uden EU-Domstolens fortolkning af sagens EU-retlige spørgsmål. Tiltrædelsesaftalen forsøger at tage højde for dette ved artikel 3, stk. 6, som giver EMD mulighed for at bede EU-Domstolen om en udtalelse om de EU-retlige spørgsmål i sager, hvor EU er indtrådt som »co-respondent«. EU-Domstolen gør her opmærksom på, at EMD i sagens natur først må vurdere, om EU-Domstolen tidligere har behandlet de konkrete spørgsmål, hvilket vil forudsætte, at EMD skal fortolke EU-Domstolens praksis, uagtet at EU-Domstolen er den eneste autoriserede fortolker af såvel EU-retten som EU-Domstolens praksis. EU-Domstolen mener derfor, at EU skal orienteres om enhver sag, hvorefter EU-Domstolen selv vurderer, om der er behov for en udtalelse.⁴⁰

Ydermere fremgår det af udkastets forklarende rapport, at høringen ved EU-Domstolen kan omfatte gyldigheden af sekundær EU-ret eller fortolkningen af primær EU-ret. EU-Domstolen får dermed ikke mulighed for at fortolke sekundær EU-ret. Hvis EMD herefter fortolker sekundær EU-ret, vil dette efter EU-Domstolens opfattelse utvivlsomt medføre, at EU-Domstolens enekompetence som den endelige fortolker af EU-retten er tilsidesat. Dermed griber tiltrædelsesaftalen ind i EU-Domstolens beføjelser og gør det samtidig ikke muligt at bevare Unionens og EU-rettens særlige karakteristika.⁴¹

2.2.5. Den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik.

TEU afsnit V, kapitel 2, indeholder en række bestemmelser om den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik. Af artikel 24, stk. 1, TEU fremgår, at dette område er underlagt en række særlige regler og procedurer, herunder blandt andet at EU-Domstolen kun har kompetence til at kon-

34. Præmisserne 201-208.

35. Præmis 213.

36. Præmis nr. 224.

37. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=005&CM=8&DF=06/01/2015&CL=ENG&VL=1>, sidst besøgt den 6. januar 2005.

38. Præmisserne 226-228.

39. Præmisserne 229-234.

40. Præmisserne 236-241.

41. Præmisserne 242-248.

trollere overholdelse af art. 40 TEU om institutionernes procedurer og beføjelser samt lovligheden af visse afgørelser og blandt andet restriktive foranstaltninger over for fysiske og juridiske personer i medfør af art. 275, stk. 2, TEUF.

Heroverfor vil EMD have fuld kompetence i forbindelse med Unionens gennemførelse af den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik. Der vil dermed være tale om en eksklusiv overdragelse af domstolsprøvelsen til en ekstern domstol, hvorved tiltrædelsesaftalen også her griber ind i EU-rettens særlige karakteristika.⁴²

2.3. EU-Domstolens konklusion

På baggrund af denne analyse, konkluderede EU-Domstolen herefter, at:

»Aftalen om Den Europæiske Unions tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder er hverken forenelig med artikel 6, stk. 2, TEU eller med protokol (nr. 8) vedrørende artikel 6, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union om Unionens tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.«

3. Tiltrædelsesprocessens videre forløb

Med den negative udtalelse fra EU-Domstolen er det selv sagt ikke muligt for EU at tiltræde EMRK på grundlag af det foreliggende udkast. EU-Domstolens afvisning er knyttet til en række meget konkrete punkter, men også til punkter af grundlæggende betydning for såvel aftalens indhold som forholdet mellem de to domstole. Det er umiddelbart vanskeligt at forestille sig, at de konkrete problemer kan løses uden langvarige og meget omfattende forhandlinger.

Mere afgørende er dog, at det helt grundlæggende formål med Unionens tiltrædelse til EMRK ikke er begrænset til den konkrete prøvelse af, hvorvidt en given rettighed krænktes gennem EU-retten. Det helt grundlæggende formål er derimod at gøre det tydeligt, at EU til enhver tid og i enhver situation vil respektere grundlæggende rettigheder og i den forbindelse endda underlægger sig ekstern kontrol. Helt grundlæggende er det vanskeligt at skabe en retlig konstruktion, hvor EU-Domstolens enekompetence til fortolkning af EU-retten kan fungere i et regime, hvor EU som sådan og dermed også EU-Domstolen underkaster sig ekstern kontrol af spørgsmålet om respekt for grundlæggende rettigheder. Det er derfor uhyre vanskeligt at se, hvordan tiltrædelsesaftalens konkrete problemer kan løses uden at blot skabe nye problemer.

Ikke desto mindre slår artikel 6(2) TEU stadig fast, at Unionen skal tiltræde EMRK – den danske sprogudgave udtrykker dette ved at »Unionen tiltræder [EMRK ...]« mens den engelske sprogversion mere aktivt lyder »The Union shall accede [...]«. Ligesom Sisyfos måtte gå den tunge vej ned ad bjerget for endnu en gang at forsøge at rulle stenen op, må EU således også gå den tunge vej tilbage til

forhandlingsbordet for endnu en gang at finde ud af, hvordan EU kan tiltræde EMRK.

Unionens tiltrædelse til aftaler med internationale organisationer er reguleret ved art. 218 TEUF. Det fremgår her af art. 218(2) TEUF, at Rådet godkender indledningen af forhandlinger og vedtager forhandlingsdirektiver. Rådets godkendelse kræver enstemmighed jf. art. 218(8) TEUF, og Kommissionen har dermed en kompliceret opgave, når et udkast skal formuleres, så det både tilgodeser EU-Domstolens synspunkter og samtidig har en reel chance for at blive godkendt med enstemmighed i Rådet.

Dernæst må forhandlingerne også ventes at blive ganske komplicerede. Det er ikke oplagt, at alle kontraherende stater uden for EU er lige begejstrede for at skulle indlede et nyt forhandlingsforløb alene for at kunne løse et internt problem hos EU.

Skulle det lykkedes at opnå enighed om en tiltrædelsesaftale, skal EU-Domstolen efter art. 218(11) TEUF igen vurdere aftalen. Det tog EU-Domstolen halvandet år at formulere udtalelse 2/13. Derefter kan selve ratificeringsprocessen fortsætte, ved at alle 47 kontraherende stater ratificerer tiltrædelsesaftalen, ligesom Europa-Parlamentet efter art. 218(a)(iii) TEUF skal godkende aftalen. Samlet må det konkluderes, at en tiltrædelse til EMRK næppe bliver en realitet de første mange år.

Dette giver anledning til at overveje, om der kan findes andre løsninger. Som tidligere anført har Leonard Besse-link foreslået en »notwithstanding-protocol« til Lissabontraktaten. Dette er politisk næppe en farbar vej, men det forekommer naturligvis nærliggende at overveje sagen i forbindelse med en fremtidig revision af traktaterne. En sådan revision ser dog næppe heller ud til at blive en realitet i den nærmeste fremtid, og EU's tiltrædelse til EMRK er derfor for nuværende i realiteten en utopi.

I forbindelse med offentliggørelsen af EMD's årsrapport for 2014 har EMD's retspræsident Dean Spielmann da også udtrykt sin skuffelse over EU-Domstolens negative udtalelse.⁴³

»[...] Bearing in mind that negotiations on European Union accession have been under way for more than thirty years, that accession is an obligation under the Lisbon Treaty and that all the member States along with the European institutions had already stated that they considered the draft agreement compatible with the Treaties on European Union and the Functioning of the European Union, the CJEU's unfavourable opinion is a great disappointment. Let us not forget, however, that the principal victims will be those citizens whom this opinion (no. 2/13) deprives of the right to have acts of the European Union subjected to the same external scrutiny as regards respect for human rights as that which applies to each member State. More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation.«

Som påpeget af blandt Peer Lorenzen⁴⁴ er der udviklet en praksis ved både EMD og EU-Domstolen, således at de to domstole til stadighed refererer til hinandens praksis, lige-

42. Præmisserne 249-250.

43. European Court of the Human Rights: 'Annual report 2014 Provisional Version', Strasbourg, 2015, p. 6.

44. Peer Lorenzen: 'Dialog mellem dommere', Juristen, september 2011, nr. 7, p. 193-200.

som dommere ved de to domstole mødes i mere uformelle sammenhænge. Der har derfor som udgangspunkt ikke været et modsætningsforhold mellem de to domstole.

Men med udtalelse 2/13 har EU-Domstolen slået fast, at EU-Domstolen har enekompetence på fortolkning af EU-retten. Heroverfor står det også tilsvarende klart, at EMD med retspræsident Spielmanns udtalelse nu er sig meget bevidst om sin rolle som den øverste vogter af EMRK. Der er derfor en reel risiko for en konflikt mellem EU-Domstolen og EMD, hvis en EU-retsakt påstås at krænke EMRK-sikrede rettigheder. Denne konflikt kunne have været løst ved EU's tiltrædelse til EMRK, men må nu fortsat løses gennem praksis fra særligt EMD. Med retspræsident Spielmanns udtalelse må det nok forventes at den traditionelle dialog mellem de to domstole og den gensidige respekt har lidt et knæk, og EMD må derfor forventes at træde tydeligere i karakter i sager om EU-retsakters mulige krænkelse af EMRK-sikrede rettigheder. Den aktuelle situation er således omtalt som et fortsat hundeslagsmål,⁴⁵ mens Tobias Lock spekulerer i, om retspræsident Spielmanns udtalelse kan udlægges som »Will the empire strike back?«.⁴⁶

Næste afsnit undersøger, hvordan EMD kontrollerer EU-retsakter, når EU ikke kan indklages for EMD.

4. Forholdet mellem EMD og EU-retten

4.1. EU-retten og EMRK

Når der ikke er grund til at forvente, at EU inden for en overskuelig fremtid vil tiltræde EMRK, trænger et oplagt spørgsmål sig på: Vil EMD respektere EU-rettens forrang og udvise tilbageholdenhed i forhold til en intensiv prøvelse af den påståede krænkelse – eller vil EMD uden hensyntagen til EU-rettens forrang holde medlemsstaterne ansvarlige for den påståede krænkelse?

Det er som bekendt svært at spå, især om fremtiden. Men en nærmere undersøgelse af EMD's praksis giver dog et vist grundlag for at vurdere, om EMD i fremtiden vil udvise tilbageholdenhed eller foretage en fuldstændig prøvelse. Det traditionelle udgangspunkt for denne vurdering har hvilet på den såkaldte »equivalent protection doctrine«, som tilsiger, at EMD vil udvise en betydelig tilbageholdenhed, hvis den indklagede medlemsstat ikke har indflydelse på det forhold, som har givet anledning til den påståede krænkelse, medmindre der er klare indikationer på, at EU *ikke* sikrer en beskyttelse, som kan sammenlignes med den beskyttelse, der garanteres efter EMRK. Doktrinen hviler særligt på tre domme: *Cantoni v.*

France,⁴⁷ *Matthews v. UK*⁴⁸ og *Bosphorus v. Ireland*.⁴⁹ EMD har nu i to nyere domme, *Michaud v. France*⁵⁰ og *Tarakhel v. Schwitterland*,⁵¹ nuanceret doktrinen om »equivalent protection«, således at medlemsstaternes muligheder for at påstå sig frifundet for krænkelse af EMRK-sikrede rettigheder formentlig er indsnævret i ganske betydelig grad.

For at give et overblik over medlemsstaternes reelle ansvarsforhold, må den traditionelle forståelse af doktrinen om »equivalent protection« først behandles i lyset af de tre ældre domme, hvorefter doktrinen forståelse i lyset af de to nye domme kan behandles.

4.2. Den klassiske forståelse af doktrinen om »equivalent protection«

Som nævnt hviler den klassiske forståelse af doktrinen om »equivalent protection« på dommene *Cantoni v. France*, *Matthews v. UK* og *Bosphorus v. Ireland*.

Cantoni v. France angik et direktiv, som pålagde medlemsstaterne at kriminalisere handel med visse lægemidler. Ved implementeringen af et direktiv er medlemsstaterne alene bundet af direktivets mål, mens det overlades til medlemsstaterne at vælge den mest hensigtsmæssige implementeringsform. Frankrig havde valgt at implementere direktivet ved at gennemføre en lov, som i sit indhold var en næsten direkte afskrivning af direktivet. Efterfølgende blev Michel Cantoni, som havde drevet handel med de pågældende lægemidler som håndkøbsudsalg fra sit supermarked, dømt for at have overtrådt dette forbud. Cantoni indklagede Frankrig for EMD og henviste til, at beskrivelsen af det objektive gerningsindhold i såvel direktivet som den franske implementeringslov var uklar. Hans rettigheder efter EMRK art. 7(1) var derfor krænket. Den franske regering gjorde gældende, at den franske implementeringslov næsten ord for ord gengav direktivets indhold, ligesom direktivet i adskillige sager havde været prøvet ved EU-Domstolen. EMD slog her ganske kort fast, at den reelt ordrette gengivelse af direktivet ikke kunne medføre, at implementeringsloven ikke var omfattet af EMRK. Idet medlemsstaterne havde friheden til at vælge den konkrete implementeringsform, måtte medlemsstaterne bære ansvaret for eventuelle krænkelser af EMRK i forbindelse med implementeringen.

Siden fulgte *Matthews v. UK*, hvor medlemsstaterne havde indført direkte valg til Europa-Parlamentet ved indgåelse af en traktat fra 1976. Traktaten fandt ikke anvendelse på Gibraltar, uanset at Gibraltar var omfattet af Det Forenede Kongerige. Matthews kunne som bosiddende på Gibraltar derfor ikke stemme ved valget til Europa-Parlamentet. Dette førte til, at UK blev indklaget for EMD med påstand om krænkelse af forpligtelsen til at afholde frie valg efter EMRK protokol nr. 1, artikel 3. Her

45. David Hart: 'Dogfight continues: Strasbourg not happy with EU Court on accession to ECHR', UK Human Rights Blog, <http://ukhumanrightsblog.com/2015/01/30/dogfight-continues-strasbourg-not-happy-with-eu-court-on-accession-to-echr/#more-25236>, sidst besøgt den 31. januar 2015.

46. Tobias Lock: 'Will the empire strike back? Strasbourg's reaction to the CJEU's accession opinion', VerfBlog, 30/1/2015, <http://www.verfassungsblog.de/en/will-empire-strike-back-strasbourgs-reaction-cjeu-accession-opinion/>, sidst besøgt den 31. januar 2015.

47. EMD af 11. november 1996 (*Cantoni v. France*).

48. EMD af 18. februar 1999 (*Matthews v. United Kingdom*).

49. EMD af 30. juni 2005 (*Bosphorus v. Ireland*).

50. EMD af 6. december 2012 (*Michaud v. France*).

51. EMD af 4. november 2014 (*Tarakhel v. Schwitterland*).

gjorde UK forgæves gældende, at kompetencen til at fastsætte den nærmere regulering af valg til Europa-Parlamentet var overført til EU, hvorefter UK ikke kunne holdes ansvarlig. Dette blev afvist af EMD, som slog fast, at de kontraherende stater kunne overføre kompetence til internationale organisationer, men ikke desto mindre fortsat ville være ansvarlige for krænkelser af de konventionssikrede rettigheder.

Endelig fulgte *Bosphorus v. Ireland*. I forsøget på at stoppe den jugoslaviske borgerkrig havde FN vedtaget en resolution om beslaglæggelse af aktiver tilhørende den jugoslaviske stat. EU havde implementeret denne resolution ved en forordning, som i sin form havde umiddelbar og direkte virkning i alle medlemsstater. Luftfartsselskabet Bosphorus, som havde leaset et antal fly af det nationale jugoslaviske luftfartsselskab, havde nu indgået en aftale om servicering af disse fly i Irland, men med hjemmel i forordningen blev de jugoslavisk ejede fly beslaglagt umiddelbart efter ankomsten til Irland. Beslaglæggelsen blev først indbragt for EU-Domstolen, som godkendte beslaglæggelsen med henvisning til forordningen og den bagvedliggende FN-resolution. Siden blev sagen indbragt for EMD med påstand om, at ejendomsretten efter EMRK protokol 1, artikel 1, var krænket. Her nåede EMD frem til, at EMD kun ville prøve spørgsmålet om krænkelser af EMRK-sikrede rettigheder, hvis der var klare indikationer på, at en krænkelser forelå. I fraværet af sådanne klare indikationer ville EMD som udgangspunkt uden videre lægge til grund, at EU-systemet sikrede en beskyttelse af grundlæggende rettigheder, på samme måde som hvad der gjaldt efter EMRK. Idet der ikke var sådanne klare indikationer i den konkrete sag, foretog EMD sig ikke yderligere.

Dermed var doktrinen om »equivalent protection« en realitet. Doktrinen medfører, medlemsstaten må bære ansvaret for påståede krænkelser af EMRK-sikrede rettigheder hvis medlemsstaten har indflydelse på implementeringen af EU-retten. Dette sås i *Cantoni v. France*. Hvis en medlemsstat ikke har haft indflydelse på implementeringen af EU-retten, vil EMD som udgangspunkt begrænse sin prøvelse til en prøvelse af, om der er konkrete grunde til at formode, at EU ikke beskytter EMRK-sikrede rettigheder på mindst samme niveau som der gælder efter EMK. Dette sås i *Bosphorus v. Ireland*. Hvis der er konkrete grunde til at formode, at EU-lovgivningen ikke beskytter EMRK-sikrede rettigheder på mindst samme niveau, som der gælder efter EMRK, vil EMD foretage en intensiv prøvelse. Dette sås i *Matthews v. UK*.⁵²

52. Ayo Næsborg-Andersen: '»Equivalent Protection« – eller historien om den europæiske menneskerettighedsdomstols håndtering af EU-rettens krav på forrang' i Hans Viggo Godsk (red.): 'Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2011', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011:185-198, 197.

4.3. Nye praksis af relevans for doktrinen om »equivalent protection«

Doktrinen om »equivalent protection« er siden nuanceret af EMD i to nye domme: *Michaud v. France* og *Tarakhel v. Schweiz*.

Den første sag, *Michaud v. France*,⁵³ tog sin begyndelse ved, at den franske advokat Patrick Michaud var utilfreds med, at han som advokat var forpligtet til at indberette klienters mistænkelige transaktioner. Indberetningspligten var indført i fransk ret som inkorporering af et EU-direktiv om bekæmpelse af hvidvaskning. Michaud fandt, at indberetningspligten krænkede konventionens art. 8 om retten til privatliv ved at bryde ind i fortrolighedsforholdet mellem advokat og klient, og Michaud lagde derfor sag an ved de franske domstole med påstand om implementeringslovens ulovlighed. Undervejs anmodede han om en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, hvilket blev afvist af den franske *Council d'Etat*, inden det blev fastslået, at implementeringsloven ikke krænkede EMRK. Michaud indbragte herefter sagen for EMD.

Overfor EMD gjorde Michaud gældende, at *Bosphorus v. Ireland* omhandlede en forordning, hvor medlemsstaten ikke havde indflydelse på implementeringen, mens implementeringsloven vedrørte et direktiv, hvor medlemsstaten alene var bundet på målet og dermed frit kunne vælge en EMRK-konform implementering. Ydermere gjorde Michaud gældende, at den foreliggende sag ikke havde været forelagt EU-Domstolen, og spørgsmålet om krænkelser af de grundlæggende rettigheder var derfor ikke prøvet efter EU-retten. Det kunne dermed ikke siges med sikkerhed, om Unionen her sikrede beskyttelsen af grundlæggende rettigheder på en måde, som kan sammenlignes med EMRK. Heroverfor gjorde den franske regering gældende, at doktrinen om »equivalent protection« ikke var afkræftet i den konkrete sag.

EMD gentog først, at de kontraherende stater har mulighed for at overføre kompetence til internationale organisationer, men at de kontraherende stater fortsat vil bære ansvaret for eventuelle krænkelser med mindre der er tale om en organisation, der som udgangspunkt opfylder doktrinen om »equivalent protection«. I så fald vil EMD kun foretage en intensiv prøvelse, hvis der var konkrete grunde til at antage, at der var sket en krænkelser. Som udgangspunkt ville EU opfylde doktrinen, idet EMD her både henviste til *Bosphorus v. Ireland* og Lissabon-traktatens ændring af charterets status. EMD bemærkede herefter med henvisning til de konkrete bestemmelser i traktaterne, at påståede brud på grundlæggende rettigheder ikke i alle tilfælde gav mulighed for at indbringe en sag for EU-Domstolen, men at der til trods for dette var tale om en monitorering, som kunne sidestilles med EMD, idet borgerne havde mulighed for at anvende de nationale domstole.⁵⁴

Efter disse generelle betragtninger undersøgte EMD, om den forelæggende sag kunne sammenlignes med *Bospho-*

53. EMD af 6. december 2012 (*Michaud v. France*).

54. Dommens præmisser 102-111.

rus v. Ireland. EMD konstaterede, at den forelæggende sag adskilte sig på to punkter. For det første var der i *Bosphorus v. Ireland* tale om en forordning, mens den forelæggende sag berodde på et direktiv. I *Bosphorus v. Ireland* havde den indklagede stat dermed ikke mulighed for at foretage et diskretionært skøn, mens den indklagede stat i den foreliggende sag havde et råderum for valget af implementeringsform. For det andet havde EU-Domstolen haft mulighed for at vurdere, om der var sket en krænkelse i *Bosphorus v. Ireland*, mens klageren i den forelæggende sag var blevet nægtet en præjudiciel forelæggelse.⁵⁵ EMD konkluderede herefter i dommens præmis nr. 115 at

»The Court is therefore obliged to note that because of the decision of the *Conseil d'Etat* not to refer the question before it to the Court of Justice for a preliminary ruling, even though that court had never examined the Convention rights in issue, the *Conseil d'Etat* ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what was at stake, the presumption of equivalent protection does not apply.«

EMD foretog herefter sin egen intensive prøvelse og fandt, at den franske implementering ikke havde ført til krænkelse af bestemmelsen.

Formodningen om, at EU lever op til doktrinen om »equivalent protection« bliver dermed uden videre afkræftet, hvis sagen ikke har været forelagt EU-Domstolen. I så fald er EMD ikke tilbageholdende med selv at fortolke såvel primær og sekundær EU-ret, og der er dermed tale om en fuldstændig granskning af det retlige grundlag, uanset om det retlige grundlag udspringer af national ret eller EU-ret.

Doktrinen blev igen behandlet i *Tarakhel v. Schweiz*.⁵⁶ Familien Tarakhel var oprindeligt fra Afghanistan, og havde haft held til at komme til Italien som bådflygtninge. Familien havde dog ikke fundet forholdene i de italienske asylcentre acceptable, og var derfor rejst videre til Østrig og herfra videre til Schweiz, hvor de igen søgte om asyl. Schweiz afviste også at give familien asyl, og forberedte i stedet at sende familien tilbage til Italien. Efter at appelmulighederne var udtømte, indbragte familien sagen for EMD med påstand om, at Schweiz ved at sende familien tilbage ville krænke EMRK art. 3 og 8.

EMD bemærkede først, at Schweiz ikke er medlem af EU, men dog har tiltrådt Dublin-forordningerne, som regulerer asylretten i EU. Herefter henviste EMD igen til *Bosphorus v. Ireland*, og gentog, at en stat kunne overføre kompetence til en international organisation, samt at EMD kun ville granske implementeringen af denne organisations retsakter, hvis organisationen ikke kunne anses at sikre en beskyttelse svarende til, hvad der gælder efter EMRK. En stat vil dog fortsat bære ansvaret for beskyttelsen af grundlæggende rettigheder, hvis implementeringen af de retlige forpligtelser som følge af medlemskabet

af en international organisation efterlod et rum for statens diskretionære skøn. EMD bemærkede herefter, at art. 3(1) i Dublin III-forordningen⁵⁷ fastlagde, hvilken medlemsstat der er forpligtet til at behandle asylansøgningen, men at art. 3(2) medførte, at en anden medlemsstat kunne overtage asylsagen, hvis asylansøgeren efterfølgende søger asyl i en anden medlemsstat, og det på grund af modtagelsesforholdene i den primært forpligtede medlemsstat ikke var muligt at sende asylansøgeren tilbage til denne medlemsstat. Idet Schweiz dermed havde mulighed for at undlade at sende familien tilbage til Italien med henvisning til de faktiske forhold i de italienske asylcentre, havde Schweiz således et råderum som medførte, at Schweiz kunne holdes ansvarlig.⁵⁸

EMD vurderede herefter forholdene i de italienske asylcentre, og konkluderede, at det ikke kunne udelukkes at asylansøgere blev indkvarteret i overfyldte centre uden mulighed for privatliv og med en risiko for at blive udsat for vold. Dette burde have medført, at Schweiz havde afkrævet Italien en garanti for en passende behandling af familien samt at familien garanteredes at kunne forblive samlet. EMD slog herefter fast, at Schweiz ville krænke EMRK art. 3, hvis familien blev sendt tilbage til Italien uden disse garantier.⁵⁹

Også i *Tarakhel vs. Schweiz* udviser EMD således ikke nogen form for tilbageholdenhed. Men mere væsentligt må det bemærkes, at dommen viser, at det også er muligt at ifalde ansvar for krænkelse af EMRK-sikrede rettigheder ved forordninger. Det afgørende er dermed, om den indklagede stat har haft et reelt råderum i den faktiske anvendelse af EU-retten, og ikke hvilken retsakt der er tale om. Men samtidig bryder dommen også med et andet grundlæggende princip i EU-retten, nemlig princippet om gensidig tillid. EU-Domstolen nævner dette i udtalelse 2/13,⁶⁰ hvor det slås fast, at medlemsstaterne som udgangspunkt er afskåret fra at vurdere, om andre medlemsstaters beskyttelse af grundlæggende rettigheder. Efter *Tarakhel vs. Schweiz* skal staterne netop vurdere, om den stat, som skal modtage asylansøgeren, er i stand til at behandle asylansøgerne i overensstemmelse med EMRK.

4.4. Doktrinen om »equivalent protection« i lyset af nyere praksis.

Den klassiske forståelse af doktrinen om »equivalent protection« tilsagde, at medlemsstaten måtte bære ansvaret for påståede krænkelse af EMRK-sikrede rettigheder, hvis medlemsstaten har haft indflydelse på implementeringen af EU-retten. Dette sås som nævnt i *Cantoni v.*

57. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 604/2013 af 26. juni 2013 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en ansøgning om international beskyttelse, der er indgivet af en tredjelandstatsborger eller en statsløs i en af medlemsstaterne, EU Tidende L 180 af 29. juni 2013:31.

58. Præmisserne 88-91.

59. Præmisserne 106-122.

60. Præmisserne 191-195.

55. Præmisserne 112-114.

56. EMD af 4. november 2014 (*Tarakhel v. Switzerland*).

France. Med *Tarakhel v. Schwitterland* gælder dette nu også, når medlemsstaterne anvender EU-retten.

Den klassiske forståelse af doktrinen tilsagde også, at hvis en medlemsstat ikke havde haft indflydelse på implementeringen af EU-retten, ville EMD som udgangspunkt begrænse sin prøvelse til en prøvelse af, om der var konkrete grunde til at formode, at EU ikke beskyttede EMRK-sikrede rettigheder på mindst samme niveau som der gjaldt efter EMRK. Dette sås i *Bosphorus v. Ireland*. Med *Michaud v. France* er formodningen om en tilsvarende beskyttelse i EU-systemet nu også betinget af, at sagen har været forelagt EU-Domstolen. Men særligt i lyset af den refererede udtalelse fra retspræsident Spielmann i EMD's årsrapport for 2014 forekommer det dog ikke usandsynligt, at EMD fremover vil foretage en intensiv prøvelse, uanset om der er konkrete grunde til at formode, at EU beskytter EMRK-sikrede rettigheder på mindst samme niveau, som gælder efter EMRK. Det er selvsagt først muligt at sige noget sikkert om dette, når der måtte falde dom i en konkret sag.

Endelig tilsagde den klassiske forståelse af doktrinen, at EMD ville foretage en intensiv prøvelse, hvis der var konkrete grunde til at formode, at EU ikke beskyttede EMRK-sikrede rettigheder på mindst samme niveau som EMRK. Dette sås i *Matthews v. UK*. Med *Tarakhel v. Schwitterland* er det også klart, at EMD i forbindelse med denne intensive prøvelse forudsætter, at EU-retten må vige for EMRK, og en konflikt mellem EU-retten og EMRK kan efter EMD's opfattelse derfor kun løses ved at medlemsstaterne opfylder deres forpligtelser efter EMRK.

EMD har dermed i væsentligt omfang begrænset eller måske endda reelt helt fjernet muligheden for at undgå en fuldstændig prøvelse som udtrykt i *Bosphorus v. Ireland*. En medlemsstat vil formentlig kun have mulighed for at undgå at blive holdt ansvarlig, hvis der er tale om en forordning uden et diskretionært råderum for medlemsstaten, og forordningens respekt for de grundlæggende rettigheder har været prøvet ved EU-Domstolen. Ligeledes vil en medlemsstat formentlig også kunne undgå at blive holdt ansvarlig, hvis krænkelsen er sket ved EU-institutionernes anvendelse af EU-retten. Bortset fra disse to situationer må medlemsstaterne forvente at blive holdt ansvarlige – også selv om dette forudsætter, at medlemsstaterne alene kunne have undgået at krænke EMRK ved i stedet at krænke EU-retten.

Set fra medlemsstaternes side vil det derfor være ønskeligt at lade EU tiltræde EMRK så hurtigt som overhovedet muligt, sådan at Unionen kan indtræde i sagerne som »correspondent« og dermed påtage sig et medansvar ved EMD. Med udtalelse 2/13 er en sådan tiltrædelse udskudt i mange år og vil formentlig først være mulig efter en re-

vision af traktatgrundlaget. Medlemsstaterne har derfor indtil videre ikke andre muligheder end at stille ekstraordinært høje krav til EU-lovgiver om beskyttelse af grundlæggende rettigheder i forbindelse med vedtagelsen af ny EU-lovgivning – men selv dette vil ikke altid være tilstrækkeligt til at sikre medlemsstaterne mod at blive dømt ved EMD, når EMD ligefrem stiller krav om, at medlemsstaterne om nødvendigt må krænke EU-retten for at respektere EMRK.

5. Konklusion

Ligesom Sisyfos forgæves forsøgte at rulle sin sten op til bjergtoppen for endnu en gang at se stenen rulle ned til sin startposition, står Kommissionen, Rådet, Europa-Parlamentet og medlemsstaterne nu igen med endnu et forlist forsøg på at lade Unionen tiltræde EMRK. Med udgangspunkt i udtalelse 2/13 må Kommissionen nu endnu en gang forsøge at formulere et nyt forhandlingsmandat i håbet om, at Rådet vil godkende dette. Derefter kan forhandlingerne genoptages med henblik på en ny forelæggelse for EU-Domstolen. Men det er vanskeligt at læse udtalelse 2/13 på anden måde, end at EU-Domstolen afviser den helt grundlæggende præmis for EU's tiltrædelse til EMRK, hvorefter EU skal underlægge sig ekstern granskning ved EMD. Med udtalelse 2/13 slår EU-Domstolen meget klart fast, at EU *ikke* kan betragtes som en enhver anden stat, samt at EMD *ikke* kan tillades at foretage nogen form for granskning af EU-retten. Uanset at Kommissionen ligesom Sisyfos ikke har andre muligheder end at starte forfra, må Kommissionen ligesom Sisyfos forvente, at også de næste forsøg vil mislykkes. Det forekommer usandsynligt, at tiltrædelsen kan lykkes på det aktuelle traktatgrundlag.

I stedet kan medlemsstaterne nu se frem til, at EMD's særlige respekt for Unionens beskyttelse af grundlæggende rettigheder vil vige til fordel for en mere intens prøvelse af medlemsstaternes ansvar. Set fra medlemsstaternes side er denne situation næppe særlig attraktiv, men risikoen for, at borgerne efterlades med upåtalte krænkelser af grundlæggende rettigheder, er dermed også reduceret. Og når det helt grundlæggende formål med EMRK netop er muligheden for at påtale krænkelser af borgernes grundlæggende rettigheder, forekommer den nye forståelse af doktrinen om »equivalent protection« at være mere gunstig for borgerne og for EMRK som sådan. Men det er også helt klart, at den mest gunstige situation først bliver en realitet, når tiltrædelsen måtte blive en realitet. Uanset Kommissionens indsats for dette forekommer det desværre usandsynligt, at dette mål kan nås inden for en overskuelig årrække.