

De niet-uitvoering van het tijdelijk herplaatsingsmechanisme

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2020). De niet-uitvoering van het tijdelijk herplaatsingsmechanisme. *SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 68(10), 571-576.
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/208482/1001510508>

Document status and date:

Published: 01/01/2020

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

JURISPRUDENTIE

HOF VAN JUSTITIE

178 De niet-uitvoering van het tijdelijk herplaatsingsmechanisme

Gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië

Arrest van 2 april 2020 (Derde kamer), ECLI:EU:C:2020:257; conclusie van A-G E. Sharpston van 31 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:917

Niet-nakoming – Voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van de Helleense Republiek en de Italiaanse Republiek – Noodsituatie ten gevolge van een plotselinge toestroom van onderdanen van derde landen op het grondgebied van bepaalde lidstaten – Herplaatsing van die onderdanen op het grondgebied van de andere lidstaten – Verplichting van de lidstaten om op gezette tijden en ten minste om de drie maanden mee te delen hoeveel aanvragers van internationale bescherming snel op hun grondgebied konden worden herplaatst – Belangen van de lidstaten inzake nationale veiligheid en openbare orde – Mogelijkheid voor een lidstaat om artikel 72 VWEU in te roepen om bindende handelingen van Unierecht niet uit te voeren

Inleiding

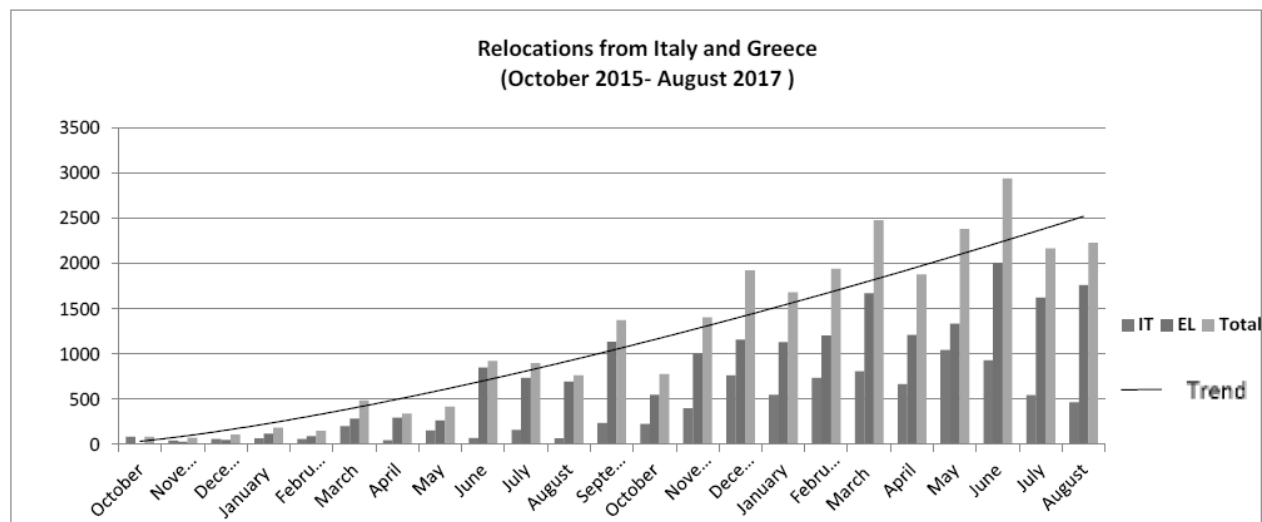
In de gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17 stelde de Europese Commissie inbreukprocedures in tegen Polen, Hongarije en Tsjechië wegens het niet in acht nemen van de vluchtelingenquota, op EU-niveau ingesteld in 2015 om de druk op Griekenland en Italië ten gevolge van de vluchtelingen crisis te verlichten. In zekere zin zijn deze arresten het vervolg op de gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15,¹ waarin het Hof in Grote kamer op 6 september 2017 de vorderingen tot nietigverklaring van het herplaatsingsmechanisme, ingesteld door Hongarije en Slowakije, verwierp. Echter kan niet gesteld worden dat de uitkomst van de inbreukprocedures een logisch vervolg was van de uitkomst van de annulatieberoepen. Immers, de vraag naar de geldigheid van een Uniebesluit staat (volledig) los van de vraag onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden vastgesteld kan worden dat lidstaten hun Verdragsverplichtingen niet nakomen bij de naleving van dat (geldig) Uniebesluit.

In casu was de niet-naleving door Polen, Hongarije en Tsjechië flagrant, waardoor het belang van de gevoegde zaken eerder ligt in de vraag naar de ontvankelijkheid van de beroepen en in de mogelijke rechtvaardiging die lidstaten kunnen invoeren.

Voorgeschiedenis en feiten

Tijdens een van de hoogtepunten van de vluchtelingen crisis in 2015 nam de Raad van de Europese Unie Besluiten (EU) 2015/1523 en (EU) 2015/1601 aan. Beide besluiten voorzagen in de herplaatsing van enkele tienduizenden (in totaal maximaal 160 000) asielzoekers vanuit Griekenland en Italië (frontlijn lidstaten), naar de overige lidstaten. Besluit (EU) 2015/1523² werd aangenomen naar aanleiding van de conclusies van de Europese Raad van juni 2015,³ en de daaropvolgende Resolutie van de lidstaten van 20 juli 2015⁴ en voorzag in een *vrijwillig* herplaatsingsmechanisme in de zin dat de lidstaten zelf vrij konden aangeven hoeveel asielzoekers ze wensden over te nemen van de frontlijn lidstaten. Besluit (EU) 2015/1601⁵ daarentegen voorzag in een *verplicht* herplaatsingsmechanisme waarbij elke lidstaat een (maximum)aantal asielzoekers kreeg toegewezen.⁶ Beide besluiten hadden een beperkte geldigheidsduur die afliep in september 2017.

Relocations from Italy and Greece (October 2015- August 2017)



Zoals eerder gesteld werd de geldigheid van het verplichte herplaatsingsmechanisme bevestigd in de gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15. Een geldig besluit maakt evenwel nog geen effectief besluit en met name hier wrong het schoentje dan ook. Zoals uit de opvolgingsrapporten van de Europese Commissie blijkt, duurde het een hele tijd vooraleer de uitvoering van het mechanisme op kruissnelheid kwam. De meeste lidstaten hebben daarbij hun quota niet volledig opgenomen.^{7,8}

De verweten niet-nakomingen

De concrete niet-nakoming *in casu* varieerde dan ook van lidstaat tot lidstaat. Wat Hongarije betreft, was enkel de niet-nakoming van het verplicht herplaatsingsmechanisme aan de orde, aangezien het zich niet had aangesloten bij het vrijwillig mechanisme. De Poolse regering, toen aangevoerd door het Burgerplatform van Donald Tusk, sloot zich wel bij dit laatste mechanisme aan. De PiS-regering die in november 2015 in Polen aan de macht kwam, weigerde nadien evenwel om vluchtelingen op te nemen. Tsjechië, dat ook tot het vrijwillig mechanisme was toegetreden, heeft uiteindelijk slechts 12 vluchtelingen opgenomen.

Beide besluiten legden een aantal concrete verplichtingen op aan de lidstaten, met name de verplichting om minstens driemaandelijks te melden hoeveel vluchtelingen de lidstaat in kwestie zou kunnen overnemen van Italië en Griekenland⁹ en, daaropvolgend, de verplichting om daadwerkelijk ook vluchtelingen, geselecteerd door Italië en Griekenland, op te vangen.¹⁰

Hierbij had Polen in eerste instantie gecommuniceerd dat het plaats had voor een eerste groep van 100 vluchtelingen, maar weigerde het vervolgens de door Italië en Griekenland voorgestelde personen daadwerkelijk over te nemen. Nadien verzaakte Polen ook om nog driemaandelijks meldingen te doen (r.o. 24). Hongarije heeft überhaupt nooit gemeld hoeveel personen het kon overnemen en heeft dus ook nooit vluchtelingen uit Italië en Griekenland opgevangen (r.o. 25). Tsjechië tot slot meldde aanvankelijk dat het een aantal vluchtelingen kon overnemen en deed dit ook (twaalf in totaal), maar stopte na verloop van tijd om driemaandelijks te melden hoeveel personen het kon opvangen en ontving er dan ook geen meer (r.o. 26).

Het arrest van het Hof en de conclusie van de A-G

Aangezien de analyse van de A-G grotendeels in lijn ligt van die van het Hof zullen beide niet apart besproken worden. Waar nuttig wordt gewezen op de meer uitgebreide overwegingen van de A-G. Zoals reeds opgemerkt stond de niet-nakoming *an sich* buiten kijf. De drie lidstaten in kwestie wierpen dan ook in de eerste plaats op dat de beroepen niet-ontvankelijk dienden verklaard te worden en/of dat de inbreuken gerechtvaardigd konden worden.

Inbreukprocedures zonder voorwerp?

In eerste instantie wierpen Polen, Hongarije en Tsjechië op dat de beroepen zonder voorwerp waren, aangezien de relevante besluiten niet meer van kracht waren op het moment dat het Hof uitspraak zou doen (r.o. 47-50). Het Hof wijst deze exceptie af, zij het minder resoluut en veel geforceerder dan op het eerste zicht nodig lijkt, voornamelijk omdat het op verschillende punten een analogie wil maken met het *COTIF II*-arrest (zie verder). In die zaak had de Commissie een inbreukprocedure ingeleid tegen Duitsland omdat deze lidstaat op eigen houtje gehandeld had in een internationaal orgaan, terwijl de Raad een positie voor de EU had bepaald. Aangezien de deadline, die de Commissie aan Duitsland had gegeven in haar met redenen omkleed advies, verstreek na de vergadering van het internationaal orgaan, wierp Duitsland op dat het beroep niet-ontvankelijk was. Dit aangezien op het moment van het verstrijken van de deadline, de rechtsgevolgen van de verweten niet-nakoming reeds uitgewerkt waren.¹¹

Onder de gevestigde rechtspraak m.b.t. artikel 258 VWEU, die het Hof *in casu* ook aanhaalt, wordt de vermeende niet-nakoming beoordeeld op het tijdstip dat de deadline in het met redenen omkleed advies afloopt (r.o. 54). In tegenstelling tot de situatie in *COTIF II*, viel dit tijdstip voor het aflopen van de geldigheidsduur van de besluiten. Met eventuele wijzigingen in de rechtssituatie die zich voordoen tussen de deadline van het met redenen omkleed advies en de uitspraak van het Hof wordt in de regel geen rekening gehouden. Zoals A-G Sharpston uitgebreider opmerkt,¹² heeft het Hof wel soms rekening gehouden met ontwikkelingen na het aflopen van de deadline, maar dit is enkel zo indien de geïviseerde lidstaat zich (verder) in regel stelt of indien het relevante EU-rechtskader wijzigt (r.o. 68-69). Indien dat het geval is heeft het Hof eerder

opgemerkt dat de Commissie moet nagaan of het nog belang heeft om de procedure voort te zetten. Het Hof heeft dit nooit uitgebreid tot de gevallen waarin lidstaten simpelweg blijven stilzitten en het EU-rechtskader niet actief gewijzigd wordt.¹³

Het bezwaar van de drie lidstaten dat ze hun niet-nakoming niet meer kunnen beëindigen (aangezien de geldigheidsduur van de besluiten verstreken was), werd van de hand gewezen door het Hof (r.o. 60). Het merkte immers op dat besluiten aangenomen op grond van artikel 78 lid 3 VWEU *a fortiori* een beperkte geldigheid hebben, waardoor een niet-nakoming m.b.t. zulke besluiten nooit aan het Hof zou kunnen voorgelegd worden via de inbreukprocedure (r.o. 63). Net als in *COTIF II* steunt het Hof ook op een *effutitile*-redenering en een rechtsstaatedenering om de exceptie af te wijzen. Wat de eerste betreft herinnert het Hof eraan dat de Commissie haar rol onder artikel 17 VEU optimaal moet kunnen vervullen en de *in casu* vermeende inbreuken dus moet kunnen voorleggen aan het Hof (r.o. 64). Wat de tweede betreft geeft het Hof aan dat het beroep niet-ontvankelijk verklaren afbreuk zou doen aan de waarden waarop de EU gebaseerd is, waaronder de rechtsstaat (r.o. 65). Tot slot knoopt het Hof ook aan bij zijn meer klassieke rechtspraak en merkt het op dat de vastgestelde niet-nakoming kan dienen 'om de grondslag vast te stellen van de aansprakelijkheid die een lidstaat, als gevolg van die niet-nakoming, jegens andere lidstaten, de Unie of particulieren te dragen kan krijgen' (r.o. 66).

Schending van het gelijkheidsbeginsel

De drie geïviseerde lidstaten riepen ook een schending van het gelijkheidsbeginsel in, en dit aangezien de overgrote meerderheid van de lidstaten in gebreke was gebleven bij de uitvoering van de besluiten (r.o. 72). Het Hof gaat (opnieuw) uitgebreider op dit bezwaar in dan strikt noodzakelijk is. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat het instellen van een inbreukprocedure onder de discretionaire bevoegdheid van de Commissie ligt en het beginsel van institutioneel evenwicht eraan in de weg staat dat het Hof nagaat op grond van welke overwegingen de Commissie een procedure instelt.¹⁴ Het verweer van een lidstaat dat zijn niet-nakoming verschoonbaar is, omwille van een gelijkaardige inbreuk door andere lidstaten¹⁵ of door onrechtmatige handelingen van de EU-instellingen¹⁶ is reeds decenia geleden verworpen door het Hof. In de zaken *in casu* herinnert het Hof hieraan

(r.o. 57-76), maar gaat het ook verder. Zo merkt het op dat de Commissie in haar opvolgingsverslagen de lidstaten had gewaarschuwd dat het inbreukprocedures zou kunnen inleiden (r.o. 77-78). Bijgevolg, oordeelt het Hof, zijn de door de Commissie ingeleide procedures ‘volledig in overeenstemming met het doel dat met de besluiten 2015/1523 en 2015/1601 werd nagestreefd’ (r.o. 79).

Zonder een neutraal en objectief criterium te identificeren, concludeert het Hof dat het:

‘(...) beroep van de Commissie (...) in het onderhavige geval dus gebaseerd [is] op een neutraal en objectief criterium inzake de ernst en duur van de aan de Republiek Polen, Hongarije en de Tsjechische Republiek verweten niet-nakomingen, aan de hand waarvan de situatie van deze drie lidstaten (...) kan worden onderscheiden van die van de andere lidstaten, waaronder de lidstaten die niet volledig aan hun uit deze besluiten voortvloeiende verplichtingen hadden voldaan’ (r.o. 81).

A-G Sharpston daarentegen weet dit neutraal en objectief criterium wel te identificeren:

‘(...) de drie verwerende lidstaten [bevinden] zich in een situatie (...) die zich wegens de ernst en het voortduren van de niet-nakoming onderscheidt van de situatie van de andere lidstaten, die ten minste hebben toegezegd om een bepaald aantal aanvragers van internationale bescherming te herplaatsen, ook al hebben deze toezeggingen in de praktijk (helaas) niet stelselmatig tot daadwerkelijke herplaatsingen geleid.’¹⁷

In tegenstelling tot alle andere lidstaten hadden Polen, Hongarije en Tsjechië dus zelf geen toezeggingen (meer) gedaan, wat hen onderscheidt van alle andere lidstaten.

Schending van de rechten van verdediging

Verder riepen Hongarije en Tsjechië een inbreuk van de rechten van verdediging in, wegens respectievelijk een vermeende te korte termijn die de Commissie aan de lidstaat liet om te antwoorden op de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies, en een onnauwkeurigheid in het verzoekschrift (r.o. 11 en 83-85).

Zo verweet Hongarije aan de Commissie dat deze te lang getalmd heeft met het inleiden van de procedure wat haar vervolgens noodzaakte om Hongarije een te korte termijn (vier weken) te geven om te antwoorden op het met redenen omkleed advies. Het

Hof verwerpt dit bezwaar door op te merken dat de Commissie zolang talmde om de lidstaten de kans te geven te voldoen aan hun Unierechtelijke verplichtingen (r.o. 94-97). Met een verwijzing naar zijn gevestigde rechtspraak over de ‘redelijke termijn’ die de Commissie moet laten aan de lidstaten (r.o. 92),¹⁸ oordeelt het Hof dat vier weken voldoende was om op de grieven van de Commissie te reageren. Dit omdat de Commissie de inbreukprocedures had aangekondigd in de opvolgingsverslagen (r.o. 99-100), omdat de lidstaten dezelfde argumenten hadden aangehaald in de schriftelijke procedure voor het Hof als in hun schrijven aan de Commissie (r.o. 102), en omdat de inbreuk op zich in wezen niet complex is (r.o. 105-109). In een geest van solidariteit beoogden de besluiten vluchtelingen te herplaatsen. Hiertoe dienden lidstaten aan te geven hoeveel personen zij kunnen opnemen en op basis van deze mededelingen daadwerkelijk over te gaan tot overname. Als er geen meldingen worden gedaan, zijn er geen overplaatsingen en is er geen solidariteit.

Tsjechië tot slot riep een schending van zijn rechten van verdediging in aangezien de conclusies van het verzoekschrift van de Commissie geen melding maakten van de begindatum waarop zijn vermeende inbreukging. De datum van 13 augustus 2016 (te weten drie maand na de laatste melding door Tsjechië op 13 mei 2016) werd door de Commissie enkel vermeld in haar aanmaningsbrief, in het met redenen omkleed advies en in de motivering van het verzoekschrift (maar dus niet in de conclusies van laatste) (r.o. 117). Aan de orde was dus niet een inconsistentie tussen het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift (of in het verzoekschrift zelf), maar enkel een onzorgvuldigheid in deze laatste. Het Hof oordeelde dat dit betreurenswaardig was (r.o. 119), maar niet van die orde om Tsjechië in het ongewisse te laten m.b.t. de vermeende niet-nakoming die de Commissie hem verweet (r.o. 120).

De uitzonderingsbepaling van artikel 72 VWEU en het slechte functioneren van het herplaatsingsmechanisme

Zoals reeds opgemerkt stond de niet-nakoming op zich buiten kijf. Nadat het Hof de excepties van onontvankelijkheid afwijst, gaat het Hof nagenoeg meteen over naar het verweer van Polen en Hongarije dat artikel 72 VWEU hen de mogelijkheid geeft om de relevante besluiten van de Raad niet uit te voeren of toe te passen. Dit artikel bepaalt

dat de maatregelen aangenomen in het domein van de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht (titel V van deel I van het VWEU) ‘de uitoefening van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid onverlet [laat]’. Zoals de A-G opmerkt werd artikel 72 VWEU als uitzonderingsbepaling voorheen nog nooit onderzocht door het Hof.¹⁹ Het Hof merkt dan ook algemeen op dat onder zijn vaste rechtspraak, de bepalingen in de verdragen die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bevestigen voor wat betreft openbare en publieke veiligheid geen uitdrukking zijn van een algemeen voorbehoud m.b.t. de werkingssfeer van het Unierecht, maar uitzonderingen die strikt moeten geïnterpreteerd worden (r.o. 143-144). Net zoals voor de andere analoge bepalingen in de verdragen moeten lidstaten die zich wensen te beroepen op artikel 72 VWEU dus concreet aantonen dat het, in het licht van de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid noodzakelijk was om van deze uitzondering gebruik te maken (r.o. 147).

Op dit punt knoopt het Hof vervolgens aan bij zijn arrest in *Slowakije en Hongarije/Raad*, waarin deze lidstaten reeds hadden geargumenteed dat Besluit (EU) 2015/1601 het hen onmogelijk maakte de openbare orde te handhaven. Het Hof wees dat toen af door op te merken dat het Besluit bepalingen bevatte die de lidstaten in staat stelden om door Italië en Griekenland geselecteerde personen te weigeren op grond van openbare orde of publieke veiligheid en de lidstaten dus geenszins gehinderd werden in het verzeke- ren van deze legitieme doelstellingen (r.o. 148-151). Daarbij merken A-G en Hof op dat de besluiten in kwestie zelf de verantwoordelijkheid van de lidstaten zoals bevestigd in artikel 72 VWEU erkennen. De besluiten staan immers toe dat een lidstaat, na toezeggingen te hebben gedaan, alsnog kan weigeren geselecteerde individuen over te nemen op grond van nationale veiligheid of openbare orde.²⁰ Het Hof gaat hierbij dieper in op het begrip van de openbare orde en merkt op dat de concrete invulling ervan en de marge die gelaten wordt aan de lidstaten kan verschillen naargelang het relevante rechtskader.²¹ Zo merkt het op dat de lidstaten, onder de besluiten in kwestie een ruime beoordelingsmarge hebben om personen te weigeren dan de beoordelingsmarge die zij hebben om de openbare orde en publieke veiligheid te vrijwaren zowel onder de Burgerschapsrichtlijn wanneer zij EU-burgers

wensen uit te zetten (r.o. 157), als onder de Erkeningsrichtlijn wanneer zij de status van vluchteling of subsidiaire bescherming wensen te ontnemen (r.o. 154-156).

Deze ruimere beoordelingsmarge doet volgens het Hof evenwel niet af aan de verplichting om elk individueel geval (en elke individuele weigering) te onderzoeken (en te motiveren) (r.o. 159). Artikel 72 VWEU kan dus niet ingeroepen worden ter rechtvaardiging van een algemene weigering om überhaupt over te gaan tot herplaatsingen (r.o. 160). Met name Polen argumenteerde hierbij verder dat een individuele beoordeling onmogelijk was, gelet op de problematische toepassing van het herplaatsingsmechanisme en de beperkte medewerking van de frontlijnlandstaten bij de correcte identificatie van de geselecteerde personen (r.o. 162). Hieromtrent erkent het Hof dat het systeem in de aanvangsperiode te maken had met wat kinderziektes, maar dat deze niet inherent aan het herplaatsingsmechanisme waren en dat de lidstaten deze praktische problemen moeten adresseren door loyaal samen te werken, niet door unilateraal te beslissen de toepassing van het mechanisme op te schorten (r.o. 163-169). Anders dan Polen en Hongarije had Tsjechië het slechte functioneren van het herplaatsingsmechanisme uitgewerkt tot de principiële rechtvaardiging van zijn niet-nakoming, maar het spreekt voor zich dat dit nonsensicale verweer het Hof niet kon overtuigen. Zo merkt het op dat een lidstaat niet unilateraal een Unierechtelijke maatregel kan opschorten op basis van zijn eigen beoordeling van de effectiviteit van de maatregel (r.o. 180). Dit temeer omdat het herplaatsingsmechanisme een uitdrukking is van de solidariteit tussen lidstaten, waaraan Tsjechië zich dus unilateraal heeft onttrokken (r.o. 181).

Het Hof gaat evenwel verder en ontkracht ook de praktische bezwaren die Tsjechië formuleerde: hoewel het mechanisme aanvankelijk slecht functioneerde, werd het momentum gaandeweg opgebouwd door de inspanningen van de Commissie en de andere lidstaten (r.o. 182-185).

Commentaar

Zuiver juridisch gezien is het arrest van het Hof niet bijzonder opmerkelijk. Ook het feit dat een kamer van vijf rechters zich over de vermeende niet-nakomingen boog, wijst hierop. Politiek gezien was deze zaak des te gewichtiger. Aan de orde waren immers inbreuken door lidstaten die al enkele jaren hun best doen om te bewijzen dat ze niet

thuishoren in een Unie gebaseerd op de rechtsstaatsgedachte. Dat het Hof op een aantal punten uitvoeriger dan nodig stilstaat, kan dan misschien verklaard worden in het licht van de politieke gevoeligheid en de wens van het Hof om ten overvloede het idee te ontcrachten dat de EU-instellingen dubbele standaarden hanteren t.a.v. Polen, Hongarije en Tsjechië. Om die reden hoeft misschien ook niet verwacht te worden dat in toekomstige inbreukprocedures het Hof deze nieuwe uitvoerige stijl zal aanhouden.

Het procesbelang van de Commissie en het voorwerp van de inbreukprocedure

Zo zijn het procesbelang van de Commissie en het wegvallen van het voorwerp van de procedure twee kwesties die van elkaar moeten onderscheiden worden. Wat betreft de eerste, is het vaste rechtspraak dat de Commissie geen procesbelang hoeft aan te tonen. Dat het Hof in oude rechtspraak heeft aangegeven dat de Commissie moet onderzoeken of ze nog voldoende belang bij haar vordering heeft indien het EU-rechtskader zelf wijzigt,²² gaat in wezen niet over het procesbelang van de Commissie, maar over de opportuniteit van het verderzetten van de procedure. Om evidente reden desavoueert het Hof zijn oude rechtspraak op dit punt niet, maar merkt het op dat de drie onderhavige gevallen zich onderscheiden van de situatie in *Commissie/Frankrijk* (r.o. 69). In de praktijk doen lidstaten er goed aan om deze jurisprudentie niet opnieuw op te werpen. Zelfs indien de feitelijke en juridische omstandigheden van deze zaak in de toekomst nogmaals verenigd zouden worden, zal het Hof immers oordelen dat handhaving van het beroep van belang blijft ter vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid die ten gevolge van de niet-nakoming op de lidstaat in kwestie rust.²³ Dat de beroepen niet zonder voorwerp waren, kon het Hof ook krachtadiger bevestigd hebben. Immers, het enige wat van tel is in dit opzicht is of de niet-nakoming beëindigd was bij het aflopen van de termijn gesteld in het met redenen omkleed advies. Aangezien deze termijn afliep voor het verstrijken van de geldigheidsduur van de besluiten in kwestie, hoefde het Hof niet te verwijzen naar *COTIF II* waarin de Commissie een inbreukprocedure opstartte n.a.v. handelingen in het verleden.²⁴ Het Hof had hier kunnen verwijzen naar zijn vaste rechtspraak m.b.t. de vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid van de lidstaat (vgl. *supra*) (r.o. 66),²⁵ ook indien het onwaarschijnlijk is dat deze aansprakelijkheid *in*

casu zal gevorderd worden door een particulier.²⁶ De suggestie dat de aansprakelijkheid van een lidstaat kan gevorderd worden door de Unie zelf of door een andere lidstaat is op zich interessant, maar niet nieuw. Zoals het Hof zelf aangeeft in zijn arrest gaat zij terug tot rechtspraak uit de jaren 70.²⁷ De vraag is hier evenwel of dit meer is dan een theoretische mogelijkheid. Hierbij kan een analogie getrokken worden met artikel 268 *juncto* 340 VWEU dat ook een mogelijkheid laat aan een lidstaat om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te vorderen, wat zich evenwel nog nooit heeft voorgedaan.²⁸

De gelijke behandeling van de lidstaten

Uit het arrest is niet duidelijk of en hoever het Hof wil gaan in het nagaan van het gelijkheidsbeginsel bij inbreukprocedures. Zoals opgemerkt gaat het Hof verder dan zijn klassieke rechtspraak dat een en ander onder de discretie van de Commissie valt.

In vaste rechtspraak doet het Hof immers dit bezwaar van een lidstaat af met één eenvoudige paragraaf.²⁹ Gaat het Hof in deze zaken louter ten overvloede in op de redenen waarom niet kan gezegd worden dat de Commissie de drie lidstaten viseerde? Het Hof weet, minder goed dan de A-G, het objectief criterium te identificeren dat de drie lidstaten onderscheidt van de andere lidstaten. Geeft het Hof hiermee aan dat de Commissie op een objectief criterium moet kunnen steunen bij het inleiden van inbreukprocedures tegen enkele van de lidstaten? In elk geval was A-G Scharpston duidelijker aangezien ze de vraag naar het gelijkheidsbeginsel expliciet toetst aan de hand van de maatstaf van de kennelijke overschrijding door de Commissie van haar beoordelingsbevoegdheid.³⁰

Het lijkt echter aangewezen dat het Hof zich beperkt tot zijn klassieke rechtspraak en een en ander volledig overlaat aan de discretie van de Commissie. Dit had ook beter geweest in de drie procedures *in casu*. Het optreden van de Commissie had immers op het eerste gezicht inderdaad iets arbitrairs. Uit het overzicht van herverdeelde personen uit oktober 2017³¹ blijkt bijvoorbeeld dat Oostenrijk slechts 15 en Slowakije slechts 16 personen had overgenomen. De eerste had een opschorting van zijn verplichtingen bekomen,³² maar dit was niet het geval voor Slowakije. Hoe kan de Commissie dan rechtvaardigen dat tegen de laatste geen inbreukprocedure werd ingeleid? Het antwoord is ontmoedigend en zet een cynisch precedent. In tegenstelling tot Polen, Hon-

garije en Tsjechië had Slowakije immers wel toezeggingen gedaan om personen over te nemen, maar had het vervolgens nagelaten over te gaan tot daadwerkelijke herplaatsing. In het kader van een inbreukprocedure heeft de Commissie dus enkel die lidstaten geïsoleerd waarvoor de niet-nakoming eenvoudig kon aangetoond worden: de verplichting om driemaandelijks te communiceren over het aantal beschikbare plaatsen is immers een binaire kwestie. De verplichting om daadwerkelijk personen over te nemen is veel minder binair aangezien de lidstaten een ruime marge hadden om een overname te weigeren indien er ‘redelijke gronden’ waren om de persoon in kwestie te beschouwen als een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid.

Artikel 72 VWEU

Zoals blijkt uit de conclusie van A-G Sharpston heeft het Hof in de procedures *in casu* verschillende vragen m.b.t. de interpretatie van artikel 72 VWEU aan de Commissie gericht.³³ Volgens de Commissie diende de verwijzing naar binnenlandse veiligheid in artikel 72 VWEU niet in lijn gelezen worden met het veiligheidsbegrip in artikel 346 VWEU. De Commissie betoogde dat artikel 72 VWEU een verplichting inhoudt aan de Uniewetgever om bij het aannemen van handelingen m.b.t. de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht erover te waken dat de lidstaten nog steeds de mogelijkheid behouden om de openbare orde en de binnenlandse veiligheid te waarborgen. Indien de wetgever hierin faalt, zouden lidstaten beroep kunnen instellen bij het Hof en een schending van artikel 72 VWEU inroepen.

Het Hof volgt de minimalistische lezing van artikel 72 VWEU zoals voorgesteld door de Commissie niet. In eerdere rechtspraak had het Hof reeds parallellen getrokken tussen artikel 346 VWEU en de klassieke uitzonderingsgronden die de verdragen voorzien voor de fundamentele vrijheden van de interne markt (waar openbare orde en publieke veiligheid een prominente rol spelen).³⁴ De suggestie van de Commissie zou dus niet zozeer een onderscheid tussen artikel 72 en 346 VWEU gemaakt hebben, maar eerder tussen artikel 72 VWEU en alle andere Verdragsartikelen die uitdrukking geven aan de primaire verantwoordelijkheid van de lidstaten om de openbare orde en publieke veiligheid te garanderen op hun grondgebied.

Door expliciet te verwijzen naar artikelen 36, 45, 52, 65, 72, 346 en 347 VWEU, lijkt het Hof artikel 72 VWEU dus in dit rijtje van artikelen te scharen waaraan een uni-

form begrip van publieke veiligheid en openbare orde aan ten grondslag ligt. Net als de andere Verdragsartikelen geeft artikel 72 VWEU immers geen *carte blanche* aan de lidstaten om zich te beroepen op de handhaving van de openbare orde of publieke veiligheid zonder toezicht van de EU-instellingen (r.o. 146). In lijn met eerdere recente rechtspraak,³⁵ verduidelijkt het Hof verder dat de modaliteiten waarin de lidstaten deze uniforme Unierechtelijke begrippen van openbare orde en publieke veiligheid kunnen inroepen wel gedifferentieerd kunnen worden in het afgeleid recht.

Met verwijzing naar *Slowakije/Hongarije* merkt het Hof eerst op dat de Raad terdege rekening heeft gehouden met artikel 72 VWEU bij de aanneming van de besluiten in kwestie (r.o. 153). In het recht van de interne markt is het vaste rechtspraak dat een lidstaat zich niet (meer) kan beroepen op de Verdragsuitzondering ter rechtvaardiging van een belemmerende maatregel indien de materie in kwestie uitputtend geharmoniseerd werd op EU-niveau. In zulke gevallen moeten de nationale maatregelen getoetst worden in het licht van het relevante secundaire recht.³⁶ Het Hof doet *in casu* iets gelijkaardigs door het verweer van Hongarije en Polen te toetsen in het licht van de bepalingen van de besluiten en niet in het licht van artikel 72 VWEU. Volgens de suggestie van de Commissie zou een lidstaat zich enkel kunnen beroepen op artikel 72 VWEU om de geldigheid van een EU-handeling aan te vechten. Het arrest van het Hof suggereert nu evenwel dat een lidstaat zich ook in een inbreukprocedure rechtsreeks op artikel 72 VWEU zou kunnen beroepen indien de Uniewetgever onvoldoende rekening heeft gehouden met deze bepaling bij het aannemen van secundair recht.

Lessen voor een permanent herplaatsingsmechanisme

Tegelijkertijd met de vaststelling van de besluiten tot instelling van een tijdelijk herplaatsingsmechanisme, deed de Europese Commissie ook een voorstel tot wijziging van de Dublin III-Verordening om een permanent herplaatsingsmechanisme op te richten. In het licht van *Slowakije en Hongarije/Raad*³⁷ is een aanpassing van de Dublin III-Verordening inderdaad noodzakelijk om naar een permanent mechanisme te gaan.

De zaken *in casu* tonen alvast wel de zwakke punten van het tijdelijke herplaatsingsmechanisme aan en in het licht hiervan was het interessant om op te merken dat het

Commissievoorstel uit 2015 voor een permanent mechanisme hier lessen uit trok.³⁸ Zo was er in het voorstel van de Commissie geen procedure in twee fasen meer waarin lidstaten eerst communiceren m.b.t. het aantal beschikbare plaatsen en daarna concrete toezeggingen doen. De Commissie zou daarentegen bij een volgende herplaatsingscrisis het verplichte aantal over te nemen personen overeenkomstig de sleutel gedefinieerd in de wetgevende verordening bepalen. Ook zou er geen mogelijkheid meer voorzien zijn voor lidstaten om geselecteerde individuen te weigeren. Een lidstaat kon enkel een algemene (gedeeltelijke) opschorting van zijn verplichtingen van de Commissie (en dus niet van de Raad) verkrijgen in uitzonderlijke omstandigheden en op grond van gegronde redenen die verenigbaar zijn met de fundamentele waarden van de Unie. Opmerkelijk was wel dat de Commissie voorstelde om de verdeling in concrete gevallen op te leggen middels gedelegeerde handelingen, terwijl zo een verdeling eerder een uniforme uitvoering lijkt te zijn van de verdeelsleutel (in de zin van artikel 291 lid 2 VWEU) dan een aanvulling of wijziging (in de zin van artikel 290 VWEU) van de Dublin III-Verordening. Ongetwijfeld was de keuze voor de gedelegeerde handeling voor de politiek significante beslissing om tot een herverdeling over te gaan, ingegeven door het feit dat Raad en Parlement een ontwerp gedelegeerde handelingen kunnen vetoën (in tegenstelling tot een ontwerpuitvoeringshandeling).

Zoals de *SEW*-lezer vermoedelijk weet zit de discussie in de Raad op dit dossier echter muurvast. De solidariteit waar het Hof en de A-G in de hier besproken zaken op hame ren blijft dus voorlopig uit. Juist voor het ter perse gaan van dit nummer publiceerde de Europese Commissie haar Migration and Asylum Package waarin ze aankondigt het voorstel uit 2015 terug in te trekken en waarin een verplicht solidariteitsmechanisme wordt voorzien. Solidariteit kan daarbij evenwel verschillende vormen aannemen en zou toestaan dat lidstaten weigeren om personen over te nemen zolang ze op andere wijze solidariteit tonen.³⁹

M. Chamon⁴⁰

Voetnoten

¹ HvJ EU, gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 (*Slowakije en Hongarije/Raad*). Voor een bespreking van deze zaken, zie Merijn Chamon, ‘De interinstitutionele verhoudingen bij de uitoefening van primairrechtelijke uitvoeringsbevoegdheden in de ruimte van vrij-

- heid, veiligheid en recht', *SEW* 2018, afl. 2, p. 70-76.
- 2 Zie Besluit (EU) 2015/1523 van de Raad van 14 september 2015 tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en van Griekenland, *PbEU* 2015, L 239/146.
 - 3 Conclusies van de Europese Raad van 25 en 26 juni 2015, *EUCO* 22/15.
 - 4 Zie Council of the European Union, Resolution of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on relocating from Greece and Italy 40 000 persons in clear need of international protection, 11097/15.
 - 5 Besluit (EU) 2015/1601 van de Raad van 22 september 2015 tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en Griekenland, *PbEU* 2015, L 248/80.
 - 6 De OVT is hier van toepassing, aangezien de twee besluiten slechts twee jaar van kracht waren. De Commissie heeft ook een permanent herplaatsingsmechanisme voorgesteld (als wijziging aan de Dublin III-Verordening), maar dit dossier zit tot op vandaag vast in de Raad. Zie Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een crisisherplaatsingsmechanisme, COM(2015) 450.
 - 7 In oktober 2017 had Nederland slechts 2551 van de toegewezen 5947 vluchtelingen opgenomen en België slechts 1059 van de 3812. Zie European Commission, Relocation: EU solidarity between Member States, November 2017 beschikbaar op: ec.europa.eu/commission/publications/relocation-eu-solidarity-between-member-states_sv.
 - 8 European Commission, Fifteenth report on relocation and resettlement, COM(2017)465 final, p. 3.
 - 9 Zie artikel 5 lid 2 Besluiten (EU) 2015/1523 en (EU) 2015/1601.
 - 10 Zie artikel 5 lid 4-11 Besluiten (EU) 2015/1523 en (EU) 2015/1601.
 - 11 Zie HvJ EU, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*Commissie/Duitsland*).
 - 12 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 102 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 13 Zie bijv. HvJ EU, C-533/11, ECLI:EU:C:2013:659, r.o. 20-25 (*Commissie/België*), waar de Commissie uit eigen beweging haar vordering aanpaste tijdens de contentieuze fase.
 - 14 HvJ EG, 416/85, ECLI:EU:C:1988:321, r.o. 9 (*Commissie/VK*).
 - 15 HvJ EG, 52/75, ECLI:EU:C:1976:29, r.o. 11 (*Commissie/Italië*).
 - 16 Zie HvJ EG, gevoegde zaken 2/62 en 3/62, ECLI:EU:C:1962:45 (*Commissie/Luxemburg en België*); HvJ EG, gevoegde zaken 90/63 en 91/63, ECLI:EU:C:1964:80 (*Commissie/Luxemburg en België*).
 - 17 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 118 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 18 Zie ook Luca Prete, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 141-143.
 - 19 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 189-195 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 20 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 203-206 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 21 Eerder in die zin, zie HvJ EU, C-380/18, ECLI:EU:C:2019:1071, r.o. 29 e.v. (*E.P.*); HvJ EU, gevoegde zaken C-381/18 en C-382/18, ECLI:EU:C:2019:1072, r.o. 54 e.v. (*G.S. & V.G.*).
 - 22 HvJ EG, 26/69, ECLI:EU:C:1970:67, r.o. 9 en 10 (*Commissie/Frankrijk*).
 - 23 Zie bijv. HvJ EG, C-29/90, ECLI:EU:C:1992:31, r.o. 12 (*Commissie/Griekenland*).
 - 24 Zie HvJ EU, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*Commissie/Duitsland*).
 - 25 Het Hof merkt dit ook op, maar beperkt zich dus hier niet toe.
 - 26 Zo heeft het gerechtshof Den Haag in Nederland geoordeeld dat aan de besluiten in kwestie geen rechtstreekse werking toekomt, zie Hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664, r.o. 17.
 - 27 HvJ EG, 39/72, ECLI:EU:C:1973:13, r.o. 11 (*Commissie/Italië*). Zie ook Luca Prete, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 153-154.
 - 28 Recent heeft het Hof deze mogelijkheid wel nog bevestigd, zie HvJ EU C-578/18 P, ECLI:EU:C:2020:530, r.o. 82 (*Tsjechië/Commissie*).
 - 29 HvJ EG, C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715, r.o. 48 (*Commissie/Finland*); HvJ EU, C-356/15, ECLI:EU:C:2018:555, r.o. 106 (*Commissie/België*).
 - 30 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 115 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 31 Zie *supra* noot 7.
 - 32 Zie Uitvoeringsbesluit (EU) 2016/408 van de Raad, *PbEU* 2016, L 74/36.
 - 33 Conclusie van A-G E. Sharpston in gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, r.o. 183-188 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
 - 34 Zie bijv. HvJ EU, C-409/05, ECLI:EU:C:2009:782, r.o. 51 (*Commissie/Griekenland*).
 - 35 Zie *supra*, noot 20.
 - 36 Zie bijv. HvJ EU, C-537/12, ECLI:EU:C:2014:2037, r.o. 57 (*Ålands Vindkraft AB*).
 - 37 Zie in het bijzonder HvJ EU, gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, r.o. 78 (*Slowakije en Hongarije/Raad*).
 - 38 Zie Europese Commissie, COM (2015) 450 final.
 - 39 Zie Deel IV van het voorstel tot Verordening in COM (2020) 610 final.
 - 40 Merijn Chamon is Assistant Professor EU Law aan de Universiteit Maastricht. Ik wens prof. Bruno De Witte en dra. Joyce De Coninck te bedanken voor opmerkingen op een eerdere versie van deze tekst. De inhoud van deze noot is geheel voor eigen rekening van de schrijver.

179 Met een oog voor symmetrie stelt het Hof van Justitie een (logische) grens aan de definitieve verliesdoctrines

Zaak C-405/18, Aures Holdings a.s./Odvolaci financni reditelstvi

Arrest van 27 februari 2020 (Vierde kamer), ECLI:EU:C:2020:127; conclusie van A-G J. Kokott van 17 oktober 2019

Definitieve verliezen – Vrijheid van vestiging – Verplaatsing feitelijke bestuurszetel – Overgedragen verliezen – Verplaatsing fiscale woonplaats – Symmetrie – Exitheffing – Verlies dat voor de verplaatsing is geleden – Verdeling hef-fingsbevoegdheid – Voorkomen dubbele verliesverrekening

Inleiding – definitieve verliezendoctrine

1. De regels inzake verliesverrekening zijn (nog) niet geharmoniseerd. Hoewel EU-lidstaten niet in een mechanisme van grensoverschrijdende verliesverrekening hoeven te voorzien, doet een behoorlijk aantal onder hen dat wel. Daarbij moeten ze logischerwijze wel de Europese vrijheden respecteren. Dat wil zeggen dat als zij de mogelijkheid voorzien dat verliezen van een (ook in het buitenland gelegen) dochter of vaste inrichting bij de ingezet(en) moeder(vennootschap) worden verrekend, dat op een EU-conforme wijze moet gebeuren. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een lidstaat wel degelijk beperkingen opleggen aan grensoverschrijdende verliesverrekening die hij niet oplegt aan zuiver interne situaties. Voor zover beide situaties 'niet vergelijkbaar' zijn, kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn.¹ Echter moet daarbij de kanttekening worden gemaakt dat sinds het *Marks & Spencer*-arrest zogenaamd 'definitieve verliezen' van een buitenlandse dochter desgevallend niet van verliesverrekening bij de moeder mogen worden uitgesloten.² Als die verliezen van de buitenlandse dochter in haar vestigingsstaat definitief verloren zijn en op geen enkele manier meer kunnen worden verrekend – noch door de dochter zelf, noch door een eventuele derde waaraan de dochter later is verkocht – moeten deze toch bij de moeder kunnen worden verrekend. Dat de vestigingsstaat van de dochtervennootschap de verliesoverdracht in hoofde van die dochter beperkt of definitief onmogelijk maakt, is daarbij niet doorslaggevend. Zo heeft het Hof in het arrest *Memira Holding*³ inderdaad geoordeeld