

Uitspraak Uitgelicht

In deze rubriek een commentaar bij een actuele uitspraak.

Henri de Waele – prof. mr. H.C.F.J.A. de Waele is hoogleraar Internationaal Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, gasthoogleraar aan de Universiteit Antwerpen en senior fellow bij het Centre for European Integration Studies in Bonn.

Besluit over herplaatsing van asielzoekers geldig

Slowakije en Hongarije halen bakzeil bij Europees Hof van Justitie

Hof van Justitie van de EU, arrest van 6 september 2017, gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15, *Slowakije en Hongarije (ondersteund door Polen) tegen Raad*, ECLI:EU:C:2017:631.

Het Europees Hof van Justitie bevestigde onlangs de geldigheid van het besluit van de Raad van Ministers uit 2015 dat herplaatsing van asielzoekers beoogde tussen de verschillende lidstaten van de EU. Hiermee faalde het beroep dat Slowakije en Hongarije tegen dit besluit hadden ingediend, en strandde tegelijk de poging van de Poolse regering om aanvullende argumenten voor de ongeldigheid ingang te doen vinden. Henri de Waele bespreekt de achtergrond van het geding, onderwerpt de hoofdpunten van het oordeel aan een nadere beschouwing, en werpt een blik op de toekomst.

1. Achtergrond

Op 14 en 22 september 2015 nam de Raad van Ministers van de Europese Unie twee besluiten aan tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming.¹ Deze besluiten beoogden vooral Italië en Griekenland te ontlasten, aangezien die landen de afgelopen jaren bijzonder hoge aantallen asielzoekers hebben mogen begroeten.² De gekozen oplossing: grootschalige, selectieve herplaatsing, voornamelijk gebaseerd op de verwachte slaagkans

van de asielverzoeken en het criterium ‘kwetsbaarheid’ uit de Opvangrichtlijn.³

Het eerste besluit, aangenomen bij consensus, zag op 40.000 personen, en ging uit van vrijwillige overnames door de overige lidstaten. Het tweede besluit, gericht op 120.000 personen, week qua opzet hiervan af, door in de bijlage een specifieke toewijzing voor te schrijven, rekening houdend met de relatieve (bevolkings)omvang van het land van bestemming. Slowakije, Roemenië, Hongarije en Tsjechië achtten dit onverteerbaar, en stemden tegen – wat volgens de overige leden van de Raad niet in de weg stond aan een geldige uitkomst en een bindende verplichting.

Slowakije en Hongarije lieten het er niet bij zitten, en stelden een vernietigingsberoep conform artikel 263 VWEU in bij het Europees Hof van Justitie. In het arrest van 6 september 2017 wordt dit vernietigingsberoep ondubbelzinnig verworpen, en laat het Hof geen spaan heel van de aangevoerde grieven. Ook de regering van Polen, die ervoor koos te interveniëren aan de zijde van de klagers, krijgt het deksel op de neus.

In het omvangrijke oordeel, dat volledig in lijn is met de eerdere conclusie van A-G Yves Bot, groepeerde het Hof de argumenten van de klagers in drie hoofdsecties, om er vervolgens korte metten mee te maken.⁴ Een nadere beschouwing van de door het Hof gebezigde redeneringen suggereert dat het vernietigingsberoep haast gedoemd was te mislukken, en dat er op het dictum weinig tot niets valt af te dingen.

2. Solide rechtsbasis

Het kwestieuze besluit werd aangenomen op basis van artikel 78 lid 3 VWEU.⁵ Slowakije en Hongarije voerden allereerst aan dat het in wezen gaat om een wetgevingshandeling, en dat hierbij een wetgevingsprocedure had moeten worden toegepast, omdat de genoemde bepaling raadpleging van

1 Besluit 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, *Pb.* EU 2015, L 239, p. 146; Besluit 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, *Pb.* EU 2015, L 248, p. 80.

2 Zij het dat in absolute zin Duitsland de kroon spant; zie de ‘Asylum statistics’ op <http://bit.ly/2q9PBDl>, tabel 1.

3 Zie artikel 21-25 van Richtlijn 2013/33 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming, *Pb.* EU 2013, L 180, p. 96.

4 Respectievelijk par. 47-135, par. 136-205 en par. 206-345, voorbeeldig onderverdeeld met behulp van cijfers, grote letters en kleine letters.

5 ‘Indien een of meer lidstaten ten gevolge van een plotselinge toestroom van onderdanen van derde landen in een noodsituatie terechtkomen, kan de Raad op voorstel van de Commissie voorlopige maatregelen ten gunste van de betrokken lidstaat of lidstaten vaststellen. De Raad besluit na raadpleging van het Europees Parlement.’

het Parlement vereist. Het Hof verwerpt dit pleidooi, erop wijzend dat de wetgevingsprocedure alleen dan in beeld komt wanneer de rechtsbasis in het verdrag daar uitdrukkelijk naar verwijst – quod in casu non. Het veegde zo meteen de belerende klachten van tafel dat het besluit in een plenaire zitting had moeten worden aangenomen en dat de nationale parlementen hadden moeten worden geraadpleegd, aangezien die verplichtingen alleen gelden voor wetgevingshandelingen. Volgens het Hof is evenmin uitgesloten dat een niet-wetgevingshandeling als de onderhavige afwijkt van een wetgevingshandeling (te weten: de derde Dublinverordening), mits de temporele en materiële werkingssfeer van de eerste voldoende afgebakend is, en zij niet leidt tot een permanente vervanging of wijziging van de laatste.

De klagers hadden deze bui gemakkelijk kunnen zien hangen: de vaste jurisprudentie gaat immers uit van een formalistisch wetgevingsbegrip, waarbij een discussie over de daadwerkelijke inhoud van een instrument zinloos is, en de (vormvoorschriften in de) officiële rechtsgrondslag doorslaggevend: zodra die rept van een wetgevingsprocedure, is het eindproduct onherroepelijk een wetgevingshandeling (en vice versa).⁶ Op deze vaste rechtspraak valt zeker het nodige aan te merken, maar de kans was nihil dat in de huidige zaak opeens een contraire benadering zou postvatten.⁷ In casu was de Raad derhalve volledig bevoegd het betreffende niet-wetgevingsinstrument aan te nemen zoals hij deed.

Slowakije en Hongarije betoogden tevens dat het besluit niet zou voldoen aan de eigenlijke voorwaarden van artikel 78 lid 3 VWEU, met name vanwege het ontbreken van een voorlopig karakter, en de overdreven lange toepassingsduur. Het Hof repliceert dat er, gezien de nauwkeurig afgebakende looptijd (25 september 2015 tot en met 26 september 2017), geen reden is om aan het voorlopig karakter te twijfelen. Daarnaast constateert het, minstens zo overtuigend, dat aan zowel het criterium van een 'plotselinge toestroom' als van een 'noodsituatie' duidelijk was voldaan.

Inbreukprocedures kunnen nu resulteren in nieuwe arresten en boetes, die sommige lidstaten liever zullen willen betalen dan dat ze asielzoekers opnemen: rechtsregels slagen er soms niet in sociaal gedrag te sturen.

3. Geen vormverzuimen

De volgende serie grieven zag op het feit dat de Europese Raad medio 2015 nog aankondigde dat de lidstaten 'bij consensus' overeenstemming zouden bereiken over de herverdeling, 'rekening houdend met de specifieke situatie van de lidstaten'.⁸ Volgens het Hof stond dit echter niet aan de vaststelling van het aangevochten besluit in de weg, omdat de bewuste passage expliciet betrekking had op het eerste besluit, dat inderdaad bij consensus werd aangenomen. Het Hof merkt daarnaast op dat de slotsom niet anders was

geweest als in de mededeling van de Europese Raad het tweede besluit zou zijn geïmplementeerd – en het is vanuit constitutioneelrechtelijk oogpunt inderdaad ondenkbaar dat een dergelijke mededeling derogeeft aan een in het VWEU verankerde stemregel.⁹ Politiek gezien was unanimité misschien wenselijk, maar artikel 78 lid 3 staat besluiten bij gekwalificeerde meerderheid toe, en daarmee is in dit opzicht de kous af.

Hongarije en Slowakije brachten voorts te berde dat de Raad een essentiële wijziging doorvoerde in de conceptversie ná de raadpleging van het Parlement. Minstens zo kwalijk in hun ogen negeerde de Raad dat er, bij afwijking van het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, normaliter alsnog met eenparigheid over zou moeten worden gestemd. Met dit middel leggen zij de vinger op de meest zere plek in het hele gebeuren. Het Hof geeft de Raad nochtans het voordeel van de twijfel, zich vastklampend aan het feit dat de Commissie zich informeel met de wijziging akkoord had verklaard, en dat het Parlement er over geïnformeerd was. Deze gang van zaken verdient geen schoonheidsprijs, en wekt een onmiskenbare indruk van vormverzuim – iets dat zich niet zo snel laat wegwimpelen. Anderzijds zou een nietigverklaring op deze technische grond tamelijk puristisch zijn geweest – al helemaal omdat hernieuwde raadpleging van beide instellingen niet in een totaal ander besluit zou hebben geresulteerd.

4. Volledig proportioneel

De laatste serie geldigheidsbezwaren is voornamelijk in de sleutel van de proportionaliteit geplaatst. Zo betogen de klagers onder meer dat het herplaatsingsmechanisme kennelijk ongeschikt is om het doel te bereiken, zoals de beperkte effectiviteit ervan ook aantoonde. Ze wijzen er bovendien op dat in plaats van een nieuw besluit, toepassing van het regime van de richtlijn tijdelijke bescherming behoorde tot de verkieslijker opties.¹⁰ Waar het Hof deze boot eenvoudig

had kunnen afhouden, zich verschuilend achter de ruime beoordelingsmarge die de politieke instellingen in de EU veelal toekomt, evenals het gebrek aan harde juridische maatstaven om (een gebrek aan) doeltreffendheid te toetsen, reageert het uitgebreid en opmerkelijk ferm. Het benadrukt, kort gezegd, dat de Raad het besluit zeer zorgvuldig had voorbereid, en dat de geldigheid ervan niet van (gemakzuchtige) taxaties achteraf mag afhangen. Fijntjes voegt het hier aan toe, dat het teleurstellende aantal gerealiseerde herplaatsingen mede het gevolg is van 'het gebrek aan medewerking van bepaalde lidstaten'. Tevens bevat het aangevochten besluit allerlei mogelijkheden

6 Zie zaak C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*, ECLI:EU:C:2013:625.

7 Vgl. bijv. A. Meuwese, 'Het onderscheid tussen 'wetgeving' en 'regelgeving'. De Europese rechter spreekt zich uit', *RegelMaat* 2012, p. 113-117, en de annotatie bij het zojuist aangehaalde *Inuit*-arrest van J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele in *SEW – Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2014, p. 199-202.

8 Conclusies van de Europese Raad van 25 en 26 juni 2015, EUCO 22/15, beschikbaar op <http://bit.ly/2gsoEsm>, p. 2.

9 Vgl. artikel 15 lid 1 EU-Verdrag: 'De Europese Raad (...) oefent geen wetgevingstaak uit.'

10 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, *Pb.* EU 2001, L 212, p. 12.

tot maatwerk, waaruit blijkt dat het op evenredige wijze rekening hield met eventuele bijzondere situaties.

De richtlijn tijdelijke bescherming zou tot slot geen valide alternatief hebben geboden, aangezien het daarin opgenomen regime uitgaat van bescherming van ontheemden in de lidstaat waar ze zich bevinden (een dubieuze aanname, aangezien die richtlijn overdracht an sich niet uitsluit). Dan etaleert het Hof opeens een verassende bescheidenheid, door het opzetten van een nieuw herverdelingsmechanisme aan te merken als een 'wezenlijk politieke' beslissing, waarvan de 'opportunity' niet in rechte kan worden getoetst. Voor het overige vindt het hoe dan ook geen aanwijzing dat de Raad zijn beoordelingsbevoegdheid kennelijk zou hebben overschreden. In het allerlaatste segment concludeert het dat het Vluchtelingenverdrag evenmin geweld is aangedaan, nu het herverdelingsbesluit enkel tot herbeoordeling van het asielverzoek, en niet tot *refoulement* leidt.

5. Een onsmakelijke interventie

De eerdergenoemde interventie van Polen in deze zaak verdient nog aparte aandacht. Aanknopen bij de grieven over de vermeende schending van het proportionaliteitsbeginsel, luidt het Poolse betoog dat de herverdeling sommigen ertoe noopt zwaardere inspanningen te verrichten dan anderen – en dan vooral lidstaten die 'nagenoeg etnisch homogeen' zijn, waarvan de bevolking uit 'cultureel en taalkundig oogpunt' zou verschillen van de te ontvangen migranten. Het Hof wijst deze onsmakelijke uiteenzetting resoluut van de hand, onderstrepend dat dit type overwegingen een faliekante schending oplevert van het non-discriminatiebeginsel opgenomen in artikel 21 van het EU-Grondrechtenhandvest. Een dergelijke redenering levert kortom een door het Europees recht verboden discriminatie op – interessante ammunities die eveneens bruikbaar lijkt in procedures gericht tegen restrictief nationaal immigratiebeleid dat op vergelijkbare principes is gestoeld.

Polen nam in feite een loopje met het hele idee van interventie in het Europees procesrecht: de route geeft namelijk alleen gelegenheid om aanvullende argumenten in te brengen voor de door de partijen in de hoofdzaak geformuleerde gronden.¹¹ Wat we hier aantreffen, is een zelfstandig pleidooi voor de ongeldigheid van het herverdelingsbesluit. De Poolse actie wordt daarom terecht niet-ontvankelijk verklaard. Curieus is

niettemin hoe dit pas helemaal aan de staart van het arrest gebeurt, evenals de ruime inhoudelijke aandacht die het Hof desondanks aan de Poolse positie besteedt.¹²

6. Hoe nu verder?

Tegen het oordeel staat geen hoger beroep open. Slowakije en Hongarije trekken dus definitief aan het kortste eind. Zij hebben zonder succes een politiek meningsverschil willen juridiseren; ze dienen nu de rechtmatigheid van het Raadsbesluit te erkennen, en zijn juridisch verplicht aan het arrest gevolg te geven.

In dit gevoelige dossier blijft *compliance* nochtans het meest heikele vraagstuk. Weliswaar stond de Raad in zijn recht toen het twee jaar geleden de wil van de meerderheid doordreef, maar die meerderheid ziet zich nu geconfronteerd met de klassieke kloof tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Hoewel de twee besluiten uit 2015 inmiddels zijn verlopen, kan getrouwe naleving niettemin nog worden geëist. De Commissie laat het er ook niet bij zitten, en heeft al inbreukprocedures op basis van artikel 258 VWEU opgestart.¹³ Die procedures kosten echter tijd, doorgaans ongeveer twee jaar, wat uiteraard in het voordeel werkt van de dwarsliggers. Ten langen leste resulteren die zaken eventueel in nieuwe arresten van het Hof, en oplegging van financiële sancties krachtens artikel 260 VWEU. Cruciaal obstakel is dat sommige lidstaten liever boetes zullen willen betalen dan dat ze asielzoekers opnemen. Dit legt het klassieke probleem bloot dat rechtsregels er soms eenvoudigweg niet in slagen sociaal gedrag te sturen of (duurzaam) te veranderen.

Mogelijk is dit perspectief te pessimistisch, en blijken sommige landen toch op korte termijn bereid de bladzijde om te slaan. Aanhoudend dwarsliggen vergroot bovendien de kans dat de betreffende lidstaat als een systematische schender van het EU-recht wordt aangemerkt, die riskeert zijn stemrecht in de Raad te verliezen.¹⁴ Prettige bijvangst van een dergelijke quarantaine is dat de invoering van een permanent mechanisme zich een stuk gemakkelijker zou laten realiseren...¹⁵

¹² Par. 302-309.

¹³ Zie <http://bit.ly/2ujkOt7>.

¹⁴ Vgl. artikel 7 EU-Verdrag.

¹⁵ De besluitvorming over de invoering van een dergelijk mechanisme is medio 2016 vastgelopen. Op 27 september jl. stelde de Commissie een nieuwe aanpak voor waarbij lidstaten financieel gestimuleerd worden de komende 2 jaar, op vrijwillige basis, hervestiging op hun grondgebied toe te staan van 50.000 erkende vluchtelingen: zie *Communication on the Delivery of the European Agenda on Migration*, COM(2017) 558 final.

¹¹ Zie artikel 40 van het Statuut van het Hof van Justitie.