

**NOTITIE TBV VASTE KAMERCOMMISSIE FINANCIËN INZAKE HET *PSPP-URTEIL* VAN HET
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 5 MEI 2020.**

Leonard F.M. Besselink¹

1. Deze notitie bevat enige staatsrechtelijke en rechtspolitieke opmerkingen over enkele mogelijke gevolgen van de rechterlijke uitspraak van de tweede Senaat van het *Bundesverfassungsgericht* met betrekking tot een reeks besluiten van de Europese Centrale Bank rond wat bekend staat als het Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP) van 5 mei 2020.

De uitspraak

2. In essentie heeft het *Bundesverfassungsgericht* geoordeeld dat de besluiten die ten grondslag liggen aan het PSPP niet gebaseerd zijn op een kenbare afweging van de monetaire doelstelling van de EU, voor het bereiken waarvan de ECB een autonoom beleid voert binnen de Eurozone op basis van het mandaat dat vastgelegd is in de EU-verdragen, tegen de economische gevolgen van het ECB beleid door het PSPP. Bij deze gevolgen noemt het constitutionele hof de invloed op de nationale schuld, spaargelden, ouderdomspensioenen, vastgoedprijzen en het overeind houden van economisch niet levensvatbare ondernemingen.

3. Het monetaire beleid ten aanzien van de Euro is een exclusieve EU bevoegdheid, terwijl het economisch beleid in hoofdzaak een bevoegdheid van de lidstaten is. De afweging van het ene tegen het andere is daarom tevens verbonden met de vraag wie bevoegd is, en dus beslissingsmacht heeft.

4. Door het ontbreken van een kenbare en begrijpelijke en inhoudelijke afweging, zijn volgens het *Bundesverfassungsgericht* de bevoegdheden van de lidstaten op het gebied van economisch beleid niet afdoende gewaarborgd. Dit bezwaar kleeft zowel aan de besluiten omtrent het PSPP van de ECB, als aan de overwegingen van het Hof van Justitie over de PSPP in de zaak *Weiss*.²

Proportionaliteit en bevoegdheid

5. Voorafgaand zij erop gewezen dat in de vervolguitspraak op de eerdere OMT-zaken zoals berecht door het Hof van Justitie, het *Bundesverfassungsgericht* al sterke en precieze bezwaren formuleerde tegen de proportionaliteitstoets die het Hof bezigde, met name tegen de gebrekkige onderbouwing van de door het Hof uitgevoerde proportionaliteitstoets. Destijds leidden deze vrij ernstige bezwaren van het *Bundesverfassungsgericht* niet tot de conclusie dat de OMT-besluiten van

¹ L.F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam, en staatsrechtelijk deskundige op het gebied van de relatie tussen nationale constituties en de Europese Unie. Hij is onder meer lid van de hoofdredactie van het [European Constitutional Law Review](#).

² HvJEU zaak C 493/17, 11 december 2018.

de ECB en beoordeling daarvan door het Hof van Justitie kennelijk onbevoegd (*ultra vires*) gegeven waren. Het Hof van Justitie had zich in *Weiss* gewaarschuwd kunnen weten. Terugblikkend kunnen we zeggen dat het Hof van Justitie die onvoldoende serieus heeft genomen.

6. Een proportionaliteitstoets in eigenlijke zin behelst een beoordeling van de vraag of een middel in een redelijke verhouding staat tot een na te streven doel. Door rechters te verrichten proportionaliteitstoetsen worden vaak beschouwd als controversieel in zoverre beleidsdoelen en middelen worden afgewogen, hetgeen de rechter brengt op het gebied van een beoordeling van politieke keuzes die primair aan het democratisch gelegitimeerde bestuur en de wetgever moeten worden overgelaten. Het is daarom dat proportionaliteitstoetsing door de rechter in de regel gericht is op beoordeling of zich een geval voordoet waarin de maatregel niet noodzakelijk kán zijn. Dit doet zich volgens het *Bundesverfassungsgericht* hier voor, omdat in de afweging door de ECB en het Hof van Justitie een beoordeling en afweging van economische gevolgen ontbreekt, en daarmee niet duidelijk is of het als maatregel van monetair beleid bedoelde PSPP, treedt op het gebied van het economisch beleid en daarmee op het terrein dat aan de lidstaten voorbehouden is. Anders gezegd, door een ontbreken van een kenbare afweging kan PSPP niet beschouwd worden als een maatregel die blijft binnen het mandaat van de ECB; het PSPP kan namelijk niet als noodzakelijk worden beoordeeld voor het bereiken van de doeleinden van prijsstabiliteit en de stabiliteit van de Euro, en dit niet ook in overwegende mate of rechtstreeks treedt in een bevoegdheid die is voorbehouden aan de lidstaten.

Het Bundesverfassungsgericht benadrukt dat het zelf de betreffende afwegingen niet kan maken of vaststellen hoe die afweging plaats dient te hebben; het stelt alleen vast dat die afweging in het geheel niet gemaakt is, noch door de ECB aan het begin of tijdens het verloop van het programma, en ook niet door het Hof van Justitie; daarom is het PSPP onbevoegdlijk vastgesteld (*ultra vires*).³

Gevolgen

7. Zoals het Bundesverfassungsgericht in andere zaken over de grondwettigheid van EU besluiten heeft vooropgesteld, kan het constitutionele hof de instellingen en organen van de EU niet binden. Deze uitspraak van het Bundesverfassungsgericht bindt juridisch gesproken de ECB dus niet, dat slechts onderworpen is aan de jurisdictie van het Hof van Justitie van de EU. Wèl echter zijn de Duitse autoriteiten gebonden aan de constitutionele grenzen van de federale *Grundgesetz*. In deze zaak draait het dan ook primair om de vraag of de

³ Onder meer paragraaf 173: 'Welche Gewichtung derartigen Belangen im Rahmen einer währungspolitischen Entscheidung zuzumessen ist, ist hier nicht zu entscheiden; maßgeblich ist vielmehr, dass derartige Auswirkungen, die entweder durch das PSPP hervorgerufen oder zumindest verstärkt werden, nicht vollständig außer Acht gelassen werden dürfen.'

Bondsregering en de Bondsdag gehouden zijn de beëindiging van het PSPP te bepleiten, nu deze onbevoegd is vastgesteld.

8. Nochtans vraagt het constitutionele hof om een motivering van PSPP in termen van gevolgen op economisch vlak, die de proportionaliteit daarvan aannemelijk maakt, opdat de Duitse regering en parlement kunnen bepalen of zij de beëindiging van het PSPP moeten bepleiten, 'als het ofwel niet mogelijk ofwel niet wenselijk is de ontbrekende bevoegdheden aan de Unie te verschaffen'.⁴ De Bondsregering en Bondsdag dienen na te streven dat de ECB een proportionaliteitstoets verricht ten aanzien van het programma,⁵ inclusief de herstart van het programma in 2019.⁶

9. Een ander gevolg van de uitspraak, die het constitutionele hof uitdrukkelijk noemt, is dat de besluiten over het PSPP geen werking kunnen hebben en geen openbaar gezag kan binden in Duitsland.⁷ Dit geldt ook voor de Duitse centrale bank, de *Bundesbank*, die echter een overgangperiode van drie maanden wordt gegund om binnen het Europese Stelsel van Centrale Banken te komen tot beëindiging van deelname aan de uitvoering van de PSPP besluiten van 2015, 2015, 2017 en 2019, door geen verdere aankopen te doen of bij te dragen aan een verdere uitbreiding van het maandelijkse aankoopvolume, tenzij de bestuursraad van de ECB een nieuw besluit aanneemt dat op begrijpelijke en zakelijk wijze aantoont dat de monetaire beleidsdoelen die door de ECB worden nagestreefd niet disproportioneel zijn ten aanzien van de economische en fiscale gevolgen van het programma. Het constitutionele hof voegt hieraan toe dat, tenzij aan genoemde voorwaarde is voldaan, de Bundesbank zeker moet stellen dat de obligaties die onder het PSPP zijn gekocht en in portefeuille zijn, worden verkocht middels een – mogelijk lange-termijn – strategie die is gecoördineerd binnen het Europese Stelsel van Centrale Banken.⁸

10. De Europese Centrale Bank heeft aanvankelijk slechts te kennen gegeven dat het PSPP beleid naar het oordeel van het Hof van Justitie binnen het mandaat van de ECB valt.⁹ Tijdens de persconferentie van 4 juni 2020 van Mme Lagarde over het *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP) gaf zij aan dat de ECB uitsluitend onder de rechtsmacht van het HvJEU staat, en dat het

⁴ Para. 231.

⁵ Para. 232: 'Da sich das PSPP insoweit als Ultra-vires-Akt darstellt, als die EZB seine Verhältnismäßigkeit nicht dargelegt hat, sind Bundesregierung und Bundestag aufgrund ihrer Integrationsverantwortung verpflichtet, auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB hinzuwirken. Diese Verpflichtung scheidet, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht an der Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank (Art. 130, Art. 282 AEUV, Art. 88 Satz 2 GG). Bundesregierung und Bundestag müssen ihre Rechtsauffassung gegenüber der EZB deutlich machen oder auf sonstige Weise für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände sorgen.' Zie ook paragraaf 179.

⁶ Para. 233.

⁷ Para. 234.

⁸ Para. 235.

⁹ Persbericht 5 mei 2020, <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html>.

Bundesverfassungsgericht zich in zijn oordeel richt tot de Duitse regering en parlement, dat de bestuursraad van het ECB altijd een afweging van kosten en baten ook in termen van economische en andere dan monetaire gevolgen ten grondslag legt aan haar besluiten. Tevens gaf zij aan dat zij erop vertrouwt dat de Duitse autoriteiten in samenspraak met de *Bundesbank* tot een goede oplossing komen.

De Duitse constitutionele context

11. In de PSPP-uitspraak van 5 mei, baseert het *Bundesverfassungsgericht* zich op een vaste lijn in zijn jurisprudentie, die erop neerkomt dat de Bondsrepubliek bevoegdheden heeft opgedragen en overgedragen en de uitoefening van de eigen soevereine en democratische rechten heeft beperkt op grond van de EU Verdragen zoals deze bij wet zijn goedgekeurd. De Verdragen bepalen de voorwaarden waaronder de volksvertegenwoordiging heeft ingestemd met die beperking van de soevereine bevoegdheden. Treden de EU instellingen en organen buiten hun bevoegdheden, dan handelen zij niet alleen in strijd met de Verdragen, maar eveneens in strijd met de voorwaarden waaronder de Bondsrepubliek instemde met beperking van de autonome bevoegdheden. Dit wordt in de Duitse jurisprudentie over de bepalingen omtrent het kiesrecht in samenhang met het meer algemene democratiebeginsel, tevens beschouwd als een inbreuk op het door de Duitse Grondwet gewaarborgde democratiebeginsel.

12. Het staat in de Duitse constitutionele jurisprudentie vast dat in eerste instantie het aan het Hof van Justitie is om te bepalen of de instellingen, organen en instanties van de EU binnen de grenzen van hun bevoegdheid zijn gebleven. Pas als zich een kennelijk (*offensichtlich*) gekwalificeerde overschrijding van bevoegdheid (*ultra vires*) heeft voorgedaan ten nadele van de bevoegdheden van de lidstaten, zal er plaats zijn voor een beoordeling door het constitutionele hof. Ook dan neemt het Bundesverfassungsgericht tot uitgangspunt dat in geval er twijfel bestaat of een EU besluit binnen die grenzen is gebleven, eerst een oordeel van het Hof van Justitie moet worden gevraagd. Dit is ook in de PSPP-zaak gebeurd, waarin het Bundesverfassungsgericht zelf vragen ter zake ter beoordeling aan het Hof van Justitie voorlegde. In vervolg op de beantwoording van deze prejudiciële vragen in het arrest *Weiss*, heeft in de uitspraak van 5 mei 2020 het constitutioneel hof deze beantwoording onbevredigend geacht, zoals hierboven aangegeven.

13. Het Hof van Justitie heeft zich eerder bewust getoond van de constitutionele gevoeligheden wanneer een EU-besluit beweerdelijk onbevoegd is genomen.

Een dergelijke bevoegdheidsgebrek hoeft niet alleen te bestaan in het formele ontbreken van een grondslag voor een bepaald besluit in de Verdragen; het kan ook bestaan in de vorm van een materiële schending van bijvoorbeeld een grondrecht waardoor in zekere zin (maar de meeste juristen zullen zeggen: oneigenlijke zin) het besluit onbevoegd is genomen – en wel in de zin dat het

relevante EU-orgaan niet bevoegd is een besluit te nemen dat in strijd is met een bepaald grondrecht.

Zo heeft het Hof van Justitie met name enkele uitspraken gedaan waarin EU-besluiten op het gebied van dataprotectie in strijd met de grondrechten worden geacht op een wijze die duidelijk aansluiten met de strenge privacy jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht. Eveneens zijn er door het Hof van Justitie uitspraken gedaan die ruimte scheppen voor de specifieke Duitse opvatting over menselijke waardigheid, ter legitieme beperking van het vrij verkeer van diensten (*Omega*). Eveneens heeft het Hof van Justitie zich op soortgelijke wijze gevoelig betoond voor specifieke constitutionele opvattingen van andere lidstaten, zoals Ierland (*Groener*) en Oostenrijk (*Sayn-Wittgenstein*).

Botsing tussen hoogste rechters: perscommuniqués en interviews

14. Het Hof van Justitie heeft zich van oudsher op het standpunt gesteld dat rechtstreeks werkend EU recht niet alleen voorrang heeft op nationale wetgeving maar ook op de nationale constituties – impliciet sinds de jaren '60 in het *Costa/ENEL* arrest, expliciet in het *Internationale Handelsgesellschaft*-arrest van 1970, en specifiek ten aanzien van de voorrang op (grondwettelijke stelsels van) nationale constitutionele rechtspraak in het *Simmenthal*-arrest (1989).

De voorrang van EU-recht op de nationale wetten is algemeen aanvaard in alle lidstaten. De voorrang van EU-recht op nationale constituties is echter nimmer algemeen aanvaard in de grote meerderheid van lidstaten, met name niet ten aanzien van de kernwaarden van nationale constituties. Hier zij vermeld dat Nederland hierop één van de weinige uitzonderingen is; sinds de jaren '80 gaan de meeste Nederlandse rechters er vanuit dat de Grondwet van geen enkele betekenis is voor de werking van het EU-recht. Daar komen we hieronder kort op terug.

15. Het komt zeer weinig voor dat een nationale hoogste rechter zich expliciet verzet tegen een uitspraak van het Hof van Justitie en om principiële redenen van constitutionele aard weigert toepassing te geven aan een uitspraak van dit Hof. Dit gebeurde voor het eerst in een uitspraak van het Tsjechische constitutionele hof (31 januari 2012, weigering toepassing *Landtova* inzake pensioenen), en in belangrijker en principiële vorm het Deense Hooggerechtshof (6 december 2016, *Ajos* inzake toetsing van de wet aan een ongeschreven verbod van leeftijdsdiscriminatie).

16. Ook het Italiaanse Constitutionele Hof heeft aanvankelijk geweigerd om de *Taricco*-uitspraak van het Hof van Justitie onverkort toe te passen omdat dit een inbreuk zou maken op het grondwettelijk legaliteitsbeginsel in strafzaken, maar na een verwijzing ter zake van het Italiaanse Hof, herzag het Hof van Justitie de *Taricco*-jurisprudentie op een wijze die tegemoet kwam aan de Italiaanse constitutionele bezwaren.

17. De Nederlandse Hoge Raad heeft onlangs, zij het meer impliciet, in het *Urgenda*-arrest eveneens geoordeeld dat de besluiten van de Raad van de EU waarbij het de doelstelling voor de beperking van broeikasgassen in CO₂-equivalenten op 20% per eind 2020 stelde, in strijd zijn met het recht op leven en de persoonlijke levenssfeer (artikelen 2 en 8 EVRM), zonder daaraan voorafgaand een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, hoewel zij daar naar EU-recht wel toe verplicht te achten was.

15. De uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 5 mei jongstleden is de eerste weigering van dit constitutionele hof een uitspraak van het Hof van Justitie toe te passen in een concrete zaak waarover het Hof van Justitie een prejudicieel oordeel velde.

16. Geheel nieuw aan de al decennia bestaande dynamiek tussen nationale constitutionele perspectieven op (grenzen van) Europese integratie en het EU-perspectief op de status van EU-recht ten opzichte van nationale constitutionele rechtsordes, is dat rechters de discussie (vaak een 'rechterlijke dialoog' genoemd) niet meer via hun rechterlijke oordelen voeren, en overigens in extra-judiciële algemene beschouwingen die losstaan van concrete rechtszaken en gewezen oordelen. Naar aanleiding van de concrete rechterlijke uitspraak van 5 mei heeft zich een curieuze vorm van communicatie ontsponnen tussen de rechters die in deze zaak op Europees en op Duits niveau de zaak zelf hebben gewezen per persbericht en media-interviews.

17. Voor het eerst in zijn geschiedenis heeft het Hof van Justitie zich in een persbericht over een rechterlijke uitspraak van een lidstaat uitgesproken. Dat gebeurde in het persbericht van 8 mei 2020, waarin het Hof het Duitse constitutionele hof heel beleefd om de oren slaat met het verwijt dat

'een prejudicieel arrest van het Hof bindend is voor de nationale rechter bij de beslechting van het hoofdgeding. Opdat een uniforme toepassing van het Unierecht gewaarborgd is, heeft het Hof van Justitie, dat daartoe door de lidstaten is opgericht, als enige de bevoegdheid om vast te stellen dat een handeling van een instelling van de Unie in strijd is met het Unierecht. Verschillen van inzicht tussen de rechterlijke instanties van de lidstaten over de geldigheid van Uniehandelingen zouden de eenheid van de rechtsorde van de Unie in gevaar kunnen brengen en afbreuk kunnen doen aan de rechtszekerheid. Net zoals andere autoriteiten van de lidstaten zijn de nationale rechterlijke instanties verplicht om de volle werking van het Unierecht te waarborgen. Enkel zo kan worden gezorgd voor de gelijkheid van de lidstaten in de Unie die zij tot stand hebben gebracht.'

Vervolgens hebben leden van het Bundesverfassungsgericht een reeks interviews in verschillende media gegeven in Duitsland en Frankrijk, met name President Andreas Vosskuhle en Peter Huber, die zich al jaren leidend is in de constitutionele aspecten van Europese integratie. Zij gaven uitleg aan de uitspraak, mede in het licht van eerdere uitspraken.

Op zijn beurt heeft de president van het Hof van Justitie, Koen Lenaerts, in onder meer het NRC Handelsblad een interview gegeven naar aanleiding van de uitspraak van 5 mei.

Het gezag van uitspraken van het Hof van Justitie

18. Het is zonder meer juist dat de rechtseenheid, eenheid van toepassing van Europese besluiten en rechtsgelijkheid tussen rechtsordes gebaat is bij naleving van de oordelen van het Hof van Justitie. Nederland als een van de allergrootste profiteurs van de Europese integratie, heeft er als handelsnatie geen enkel belang bij als de toegang tot de markt in andere lidstaten belemmerd zou worden doordat niet de jurisprudentie van het Hof van Justitie over welke beperkingen op het vrij verkeer van goederen, diensten en personen gerechtvaardigd zijn en welke niet, niet nageleefd zouden worden. Hetzelfde geldt voor al het andere EU-recht met betrekking tot de interne markt en met betrekking tot *level playing field* voor economische actoren binnen de EU.

Eveneens heeft Nederland zeer veel baat gehad bij de invoering van de ene munt, waardoor Nederland niet langer gedwongen was zich te conformeren met wat het Duitse monetaire (en daarmee verwante economische en fiscale) beleid, zonder daar enige inbreng in te kunnen hebben.

Met andere woorden, Europeanisering heeft de mogelijkheden tot het behouden van enige greep op het beleid zoals dat in Nederland zijn werking krijgt vergroot. In deze zin draagt Europeanisering bij aan de democratisch gelegitimeerde invloed op beleid dat zich in de werkelijkheid in Nederland realiseert.

19. In algemene zin moet daar tegenover worden vastgesteld dat lidstaten als democratische rechtsstaten gelegitimeerd worden door hun nationale constituties. Zoals het EU-verdrag in artikel 2 zelf aangeeft, vormen de constitutionele waarden die ten grondslag liggen aan de lidstaten zelf tevens de grondslag van de Unie. Hoewel de Nederlandse constitutionele cultuur minder sterk is dan in de meeste continentaal Europese landen, en dus het besef relatief gering is dat zonder de nationale constituties de Unie geen bestel zou zijn dat zou kunnen gelden in de lidstaten, geldt dat de Unie haar eigen democratisch en rechtsstatelijk gehalte ontleent de constitutionele waarden, en daarom op haar beurt deze – zoals uitdrukkelijk bepaald in artikel 4 lid 2 Unieverdrag – waarden van de lidstaten dient te eerbiedigen.

20. Er bestaat dus een inherente verbondenheid tussen het belang van de eerbiediging van het EU-recht door lidstaten en hun constitutionele instellingen en de eerbiediging door de EU en haar instellingen van de constitutionele waarden van de lidstaten. Het is daarom wel begrijpelijk dat het niet alleen een exclusieve EU-aangelegenheid is dat de instellingen en organen van de EU binnen de grenzen van de hun toegekende bevoegdheden uitoefenen, maar tevens, althans potentieel, een kwestie van waar de democratisch gelegitimeerde lidstaten toe hebben ingestemd om aan bevoegdheden te Europeaniseren.

Het is dan ook zo, dat – zoals hierboven al aangegeven – het Hof van Justitie zich aanpaste aan nationale constitutionele gevoeligheden (nrs 13 en 16 hierboven), maar omgekeerd nationale constitutionele hoven en andere rechterlijke instellingen zich ook aanpasten aan beginselen van de effectiviteit van het EU-recht.

Het Nederlands belang gemoeid met PSPP en andere ECB opkoopprogramma's; corona

21. Opkoopprogramma's van de ECB hebben niet altijd volledige en onvoorwaardelijke steun gehad in Nederland. Daarbij heeft Nederland zich altijd geschaard achter het type van bezwaren die voorheen ook door Duitsland werden gebezigd en, kort gezegd, op een Noord-Zuid tegenstelling, waarbij de Noordelijke Europese landen, die in de ogen van de zuidelijke lidstaten het meest hebben geprofiteerd van de oplossingen van de banken- en Eurocrisis, zich als miezige vrekken gedroegen, en omgekeerd de Zuidelijke landen werden gezien als potverteerders. Kortom, een geest van Europese solidariteit, die men had kunnen verwachten rond de crises, verkeerde in zijn tegendeel.

Ten aanzien van het PSPP kan men dan ook naar aanleiding van het oordeel van de Duitse constitutionele rechter afvragen of in het publieke en politieke debat voldoende duidelijk is geworden welk economische, fiscale en sociaalpolitieke voor- en nadelen kleefden aan zo'n programma. Een meer volledig inzicht hierin zou zowel een rechtvaardiging van bezwaren als van de voordelen en verdiensten van het programma kunnen verduidelijken. Het zou ook een meer open en toegankelijk politiek debat kunnen bevorderen.

22. Intussen is er een heel veel grotere crisis uitgebroken, die heel veel mensenlevens heeft gekost, aanvankelijk ook relatief zwaar door de eerdere banken- en Euro-crisis, en de daaropvolgende opgelegde zware bezuinigingsprogramma's, getroffen landen, zoals Italië en Spanje, die – net als de meeste andere lidstaten – zeer zwaar op de economie ingrijpende maatregelen hebben moeten nemen om de virusuitbraken in te tomen en te bestrijden.

Duitsland is daarbij niet langer de aanvoerder van de vrekken. Dat is Nederland, dat zich binnen zeer korte tijd tot het minst geliefde Europese volk wist te maken in een binnenshuis opgesloten Italië, door aanvankelijk een volslagen gebrek aan ook maar de geringste vorm van symbolische solidariteit te betuigen, en in plaats daarvan zich in zelfgenoegzame kritiek op het ontbreken van buffers in de zwaarst getroffen landen vermeide.

23. Het Bundesverfassungsgericht heeft uitdrukkelijk gesteld dat zijn oordeel geen betrekking heeft op het intussen opgestarte PEPP. Nochtans is niet op voorhand duidelijk dat niet ook dit programma zou moeten voldoen aan een afweging van kosten en baten in meer dan alleen monetaire gevolgen. Dit betekent dus opnieuw dat het geraden is, transparantie te betrachten bij de economische,

fiscale, sociaal-politieke en monetaire kosten en batenafweging die ten grondslag ligt aan ook dit programma.

24. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om ter zake van het de corona-programma's, zoals het voorgestelde Herstelfonds, en sommige andere instrumenten, een uitdrukkelijke verdragsrechtelijke basis te verschaffen voor zover het gaat om thans nog aan lidstaten voorbehouden economische, fiscale en sociaal-politieke doeleinden die gediend zouden worden door dergelijke programma's, zoals destijds met het *Fiscal Compact* en het ESM is gebeurd.

Omdat de economische consequenties van de corona-crisis voor een sterk van internationale economische en handelsbetrekkingen afhankelijk land als Nederland groter kunnen zijn dan op dit moment lijkt, heeft Nederland vermoedelijk op de middellange termijn, maar misschien al korte termijn, zelf ook baat bij het samenstel van dergelijke Europese maatregelen en programma's.

Kan het in Nederland ook gebeuren?

25. Omdat Nederland geen sterke constitutionele cultuur, ook in juridisch opzicht, heeft, ligt het niet voor de hand dat een Nederlandse rechter een Europees opkoopprogramma ongrondwettig zou verklaren. Daar is in de Grondwet ook geen goed aanknopingspunt voor te vinden. Wij kennen niet, zoals de grondslag is van het oordeel van 25 mei 2020, een grondwettelijke democratiebeginsel waarop elke Nederlandse burger zich kan beroepen om zich toegang te verschaffen tot een rechterlijk forum om de grondwettigheid van een Europese maatregel te laten beoordelen.

26. Wel is het in abstracto denkbaar dat de burgerlijke rechter een Europees programma onrechtmatig verklaart in de zin van de burgerrechtelijke onrechtmatige daad. Er is hierboven al op gewezen dat de Hoge Raad bij implicatie een Europees besluit waarin een CO₂-reductie met 20% per eind 2020 werd gesteld in het *Urgenda*-arrest onrechtmatig verklaard en de Staat opgedragen een hoger minimumpercentage na te streven.

In dit verband zou een – thans niet goed denkbare maar geheel in abstracto niet volstrekt onmogelijke – toetsing van de vraag of de Unie binnen de bevoegdheden is gebleven die haar bij de wetten tot goedkeuring van de EU-Verdragen zijn opgedragen, een vorm van toetsing aan de wet zijn, die niet grondwettelijk is verboden. Vermoedelijk zou een Nederlandse rechter zich op het standpunt stellen dat op grond van Europees recht Europese besluiten voorrang hebben. Naar Europees recht is het thans echter zeker, dat die voorrang alleen geldt voor rechtstreeks werkende besluiten – en men mag zich afvragen of daarvan sprake is bij dergelijke programma's. Kortom, er zijn nogal wat belemmeringen voordat een rechter zover te brengen zou zijn dat hij, ook in evidente gevallen, een Europees besluit als onbevoegd vastgesteld zou achten.

Mogelijke gevolgen op ander gebied en voor andere lidstaten

27. In eerste reacties wordt het oordeel van het Bundesverfassungsgericht van 5 mei beschouwd als een mogelijke steun voor de lidstaten waar zich een illiberale ontwikkeling voordoet en de rechtsstaat bedreigd wordt of al uitgehold is geraakt.

Dit lijkt me onjuist, zelfs al besef ik dat er al Polen en Hongaren waren die het Duitse oordeel toejuichten. Gezien eerdere jurisprudentie enigszins onverwacht, valt op dat het Bundesverfassungsgericht zich beperkt tot een strikte *ultra vires* toetsing en de toetsing niet de vorm geeft van een toetsing aan de constitutionele identiteit.

Het is dan ook moeilijk voorstelbaar dat er enige serieuze grondslag in deze uitspraak te vinden is om een ondermijning van de rechtsstaat, en in het bijzonder de onafhankelijkheid van de rechter, te rechtvaardigen.

Evenmin valt de vorm van evenredigheidstoetsing die in deze zaak aan de orde is over te brengen op andere onderwerpen, zoals in de sfeer van erkenning van rechterlijke uitspraken, strafrechtelijke samenwerking, het Europese burgerschap of de grondrechtenbescherming. Daarover bestaat wel relatief uitgewerkte Duitse constitutionele rechtspraak, maar die gaat niet langs de lijnen van een proportionaliteitstoetsing om bevoegdheden van lidstaten te beschermen tegen Europeanisering.

LB