



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland

Reestman, J.H.

Publication date
2013

Published in
Sociaal-economische Wetgeving : Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Reestman, J. H. (2013). Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland. *Sociaal-economische Wetgeving : Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 61(3), 103-113. [41].
<http://www.uitgeverijparis.nl/reader/8071/7279>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland

41

J.H. Reestman^{*}

Het ESM-verdrag en het Stabiliteitsverdrag zijn respectievelijk op 27 september 2012 en 1 januari 2013 in werking getreden. Daaraan voorafgaand hebben de Estse, Franse en Duitse constitutionele rechters zich over de verdragen gebogen en deze grondwettig geoordeeld. Daarmee dragen zij bij aan de legitimatie van deze zeer omstreden verdragen, misschien zelfs over de grenzen heen. Ook voor de aanstaande hervorming van de economische en monetaire unie zijn de uitspraken niet zonder betekenis.

Inleiding[†]

Het Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) en het Verdrag inzake stabiliteit, coördinatie en governance in de economische en monetaire Unie (Stabiliteitsverdrag) zijn in meerdere opzichten een koppel. Formeel staan beide buiten het EU-kader en zijn het 'gewone' internationale verdragen, maar inhoudelijk gezien regelen zij EU- of daaraan verwante zaken. Bovendien zijn beide verdragen uit nood geboren: zij moeten bijdragen aan het bestrijden van de eurocrisis, het ESM-verdrag door oprichting van een permanent fonds voor steun aan staten met de euro als munt (euro-lidstaten) wiens financiële nood de stabiliteit van de eurozone bedreigt, het Stabiliteitsverdrag in het bijzonder door aanscherping van de begrotingsdiscipline van de eurolidstaten. Daarbij kunnen alleen eurolidstaten die hebben voldaan aan de implementatieverplichtingen in het Stabiliteitsverdrag steun krijgen van het ESM. Verder zetten de twee verdragen nieuwe stappen in het Europese integratieproces: het ESM-verdrag innoveert door een vorm van financiële solidariteit in te voeren tussen de eurolidstaten, het Stabiliteitsverdrag onder meer door

het toezicht op de naleving van door de EU gestelde regels voor nationale begrotingen deels te nationaliseren.

Beide verdragen zijn ondertussen in werking getreden, het ESM-verdrag op 27 september 2012, nog voordat het Hof van Justitie van de EU er zijn zegen aan kon geven,² het Stabiliteitsverdrag op 1 januari van dit jaar.³ Daaraan voorafgaand hebben drie nationale (constitutionele) hoven zich over een van beide of beide verdragen uitgesproken: het Estse hooggerechtshof, het Riigikohus, op 12 juli 2012 over het ESM-verdrag,⁴ de Franse constitutionele raad, de Conseil constitutionnel, op 12 augustus 2012 over het Stabiliteitsverdrag⁵ en het Duitse constitutionele hof, het Bundesverfassungsgericht, op 19 september 2012 over beide verdragen; tegelijkertijd oordeelde dat Duitse hof over de toevoeging van een derde lid aan artikel 136 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (Werkingsverdrag).⁶

Nationale constitutionele hoven worden vaak gezien als struikelblokken voor verdere Europese integratie. Dat is terecht voor zover zij grenzen stellen aan hoever die integratie onder hun constituties mag gaan, grenzen die uiteindelijk overigens altijd door de grondwetgever te verleggen zijn. De hoven spelen evenwel ook een andere rol in het integratieproces. Niet alleen faciliteren zij het huidige functioneren van de EU, daarvan zijn vele voorbeelden te geven, maar ook kunnen zij nieuwe integratiestappen legitimeren. In de uitspraken van de Estse, Franse en Duitse rechters die in deze bijdrage worden gepresenteerd, is van dat laatste zeker sprake. Verder overheerst na lezing van de uitspraken de gedachte dat die rechters, ieder op hun eigen wijze, zich ditmaal wel zeer constructief hebben opgesteld en de politiek grote vrijheid hebben gelaten. Ook voor de hervorming van de economische en monetaire unie die in gang is gezet zijn de uitspraken niet zonder betekenis. Zo laat bijvoorbeeld het Bundesverfassungsgericht onmiskenbaar weten dat de Duitse grondwettelijke grenzen van de Europese financiële integratie met de oprichting van het ESM nog niet bereikt zijn.

* J.H. Reestman is universitair hoofddocent constitutioneel recht, Universiteit van Amsterdam. Dank aan Quirijn Reestman.

1 Deze bijdrage is deels gebaseerd op een samen met W.T. Eijssbouts geschreven editorial, *EuConst* 2012, p. 367.

2 HvJ EU 27 november 2012, zaak C-370/12 (*Pringle*), *SEW* 2013-3, p. 122, m.nt. W. Vandenbruwaene.

3 Nederland heeft dit verdrag nog niet geratificeerd. Een wetsvoorstel tot goedkeuring ervan ligt op het moment dat dit stuk geschreven wordt bij de Tweede Kamer; zie *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 319, nr. 2.

4 Riigikohus 12 juli 2012, Constitutional Judgment 3-4-1-6-12, zie www.riigikohus.ee/?id=1347.

5 Conseil constitutionnel 9 augustus 2012, beslissing n° 2012-653 DC, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-653-dc/decision-n-2012-653-dc-du-09-aout-2012.115444.html.

6 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html.

De opbouw van dit stuk is als volgt. In het eerste deel ga ik achtereenvolgens in op de oordelen van het Bundesverfassungsgericht en de Conseil constitutionnel over het Stabiliteitsverdrag, in het tweede deel op die van het Rijkshof en het Bundesverfassungsgericht over het ESM-verdrag. Bij wijze van afsluiting van deze bijdrage kom ik naar aanleiding van de hier behandelde uitspraken terug op de zojuist gemaakte opmerkingen over de verschillende rollen die de constitutionele hoven in het Europese integratieproces spelen en op de betekenis van die uitspraken voor de aanstaande hervorming van de economische en monetaire unie.

Het Stabiliteitsverdrag

De belangrijkste bepalingen in het Stabiliteitsverdrag betreffen het nationale begrotingsrecht.

Volgens het verdrag mogen de eurolidstaten in beginsel geen groter tekort op hun structurele begroting hebben dan 0,5% bbp en dienen zij deze begrotingsevenwichtsregel in hun nationale recht te verankeren. Daarnaast dienen de eurolidstaten op basis van door de Europese Commissie 'voor te stellen' gemeenschappelijke beginselen een mechanisme te creëren dat ervoor zorgt dat de begroting 'automatisch' wordt gecorrigeerd als deze significant afwijkt van de evenwichtsregel. Ook dienen zij te beschikken over een onafhankelijke autoriteit die toeziet op de naleving van de evenwichtsregel en het automatische correctiemechanisme (artikel 3 Stabiliteitsverdrag).⁷

Dit budgettaire arrangement kent twee inspiratiebronnen. De eerste is het secundaire Unierecht, dat de eurolidstaten verplicht een vergelijkbare, zij het iets minder strenge regel voor de structurele begroting na te leven.⁸ De tweede inspiratiebron is een Duitse. Duitsland heeft in 2009 in zijn grondwet en bijbehorende organieke wetgeving een min of meer vergelijkbaar en deels zelfs strenger budgettair arrangement opgenomen dan is neergelegd in het Stabiliteitsverdrag.⁹ Om die reden sta ik eerst stil bij het oordeel van het Bundesverfassungsgericht over het Stabiliteitsverdrag, daarna pas bij het eerdere oordeel van de Conseil constitutionnel.

Het Bundesverfassungsgericht over het Stabiliteitsverdrag

Het aan het Stabiliteitsverdrag gewijde deel van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 12 september 2012 heeft betrekkelijk weinig aandacht gekregen. Daarvoor is het Bundesverfassungsgericht ook zelf verantwoordelijk, want het betreffende deel ontbreekt volledig in het Engelstalige uittreksel van de uitspraak dat tegelijkertijd met de uitspraak zelf werd gepubliceerd op de website van het hof. Die lacune weerspiegelt op haar beurt ongetwijfeld het relatieve gemak waarmee het hof de klachten tegen dit verdrag kon afwijzen.

In zijn uitspraak van 7 september 2011 over het financiële steunpakket aan Griekenland liet het Bundesverfassungsgericht al weten dat het Duitse arrangement niet ondemocratisch is. Integendeel, een beperking van de budgettaire bevoegdheden van het Duitse parlement kan juist nodig zijn om de budgettaire prerogatieven van datzelfde parlement en daarmee de Duitse democratie op termijn te waarborgen.¹⁰ Daar voegt het hof in de uitspraak van 12 september 2012 twee considerata aan toe. De eerste is dat zo'n inperking van de budgettaire bevoegdheid ook kan worden neergelegd in Unie- of internationaal recht, de tweede dat het primair de bevoegdheid is van de wetgever om te beslissen of de noodzaak tot inperking bestaat. Het hof kan zijn oordeel ter zake niet in de plaats stellen van dat van de wetgever; het dient alleen zeker te stellen dat het democratische proces open en in de toekomst een andere politiek mogelijk blijft.¹¹ Het is een van de vele uitingen van rechterlijke terughoudendheid die de uitspraak van 12 september 2012 kenmerkt.¹²

Gezien die standpunten en de structurele gelijkenis van de begrotingsregels in het Stabiliteitsverdrag met de Duitse begrotingsregels en die in het secundair Unierecht, kon het Bundesverfassungsgericht de klachten tegen de begrotingsregels in het Stabiliteitsverdrag zonder moeite afwijzen.¹³ Al even gemakkelijk kon het Duitse hof weerleggen dat het Stabiliteitsverdrag, omdat het geen opzeggingsclausule bevat, de Duitse politiek tot in de eeuwigheid de mogelijkheid ontnemt om een andere budgettaire politiek te voeren. Het hof wees erop dat verdragen altijd met onderlinge instemming van de verdragspartners kunnen worden beëindigd en bovendien eenzijdig kunnen worden opgezegd als de omstandigheden waaronder ze zijn gesloten wezenlijk veranderen (*clausula rebus sic stantibus*; artikel 62 Weense verdragen-

7 Zie over dat verdrag uitgebreid Paul Craig, 'The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism', *European Law Review* 2012, p. 231; Steve Peers, 'The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?', *EuConst* 2012, p. 404; V. Borger & A. Cuyvers, 'Het Verdrag inzake Stabiliteit, Coördinatie en Bestuur in de Economische en Monetaire Unie: de juridische en constitutionele complicaties van de eurocrisis', *SEW* 2012-10, p. 370; J.H. Reestman, 'Constitutioneel minimalisme. Het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde', *TvCR* 2013, p. 6.

8 Artikel 2 bis tweede alinea van Verordening (EG) nr. 1466/1997, zoals laatstelijk gewijzigd door Verordening (EU) nr. 1175/2011.

9 Art. 109 lid 3, 115 lid 2 en 143d lid 1 Duitse grondwet, de *Stabilitätsratsgesetz* en de bijbehorende *Ausführungsgesetz*.

10 BVerfG, 2 BvR 987/10 van 7 september 2011, r.o. 104.

11 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 224-228.

12 Zo ook Mattias Wendel, 'Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012', www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1495.

13 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 302-310.

verdrag): met een Duitse uittreding uit de EU of de economische monetaire unie zal ook de bodem uit het Stabiliteitsverdrag vallen.¹⁴ Daar valt m.i. geen speld tussen te krijgen.

Met het oog op de toekomst is de overweging die het hof wijdde aan de in artikel 5 Stabiliteitsverdrag neergelegde bevoegdheden van de Europese Commissie en de Raad van de EU eigenlijk interessanter. Op basis van dat artikel dient een eurolidstaat wiens begrotingstekort oploopt tot boven de 3% bbp en die daardoor terechtkomt in de zogenaamde buitensporigtekortprocedure ex artikel 126 Werkingsverdrag, een ‘budgetair en economisch partnerschapsprogramma’ op te stellen. Dat programma, dat een gedetailleerde beschrijving moet bevatten van de structurele hervormingen die de betreffende staat voornemens is in te stellen en uit te voeren ‘met het oog op een effectieve en duurzame correctie van (zijn) buitensporige tekort’, wordt in het EU-recht opgenomen na te zijn goedgekeurd door de Europese Commissie en de Raad van de EU, die ook op de naleving ervan toezien. Het Bundesverfassungsgericht had er geen enkele moeite mee, evenmin overigens als de Conseil constitutionnel (*infra*). De bepaling geeft de Unie-instellingen geen directe greep op de nationale begrotingen (dat zou in strijd zijn geweest met de Duitse constitutionele identiteit, waarover bij de behandeling van het ESM veel meer). Integendeel, zij versterkt de positie van de eurolidstaten in de buitensporigtekortprocedure alleen maar. In plaats van te moeten reageren op hervormingsvoorstellen van de Unie-instellingen, kunnen zij nu zelf hun hervormingsprogramma gestalte geven.¹⁵

Dat is wel een erg rooskleurige visie op artikel 5 Stabiliteitsverdrag. Zij wekt het vermoeden dat ook het voorstel van de voorzitter van de Europese Raad, Herman van Rompuy, om op termijn te komen tot invoering van ‘regelingen van contractuele aard’ tussen eurolidstaten en de Unie-instellingen over het nationale begrotings- en economisch beleid¹⁶ in Duitsland niet op grondwettelijke bezwaren zal stuiten. Ook de totstandkoming van partnerschapsprogramma’s is uiteindelijk immers gebaseerd op ‘aanbod en aanvaarding’.

De Conseil constitutionnel over het Stabiliteitsverdrag

De uitspraak van de Conseil constitutionnel over het Stabiliteitsverdrag is zoals gebruikelijk schaars gemotiveerd. Dat maakt haar ditmaal wel erg moeilijk te doorgronden. De uitspraak loopt op onderdelen parallel aan die van het Bundesverfassungsgericht. Zo onderwerpen bijvoorbeeld beide rechters de verdragen aan dezelfde maatstaven waaraan zij ‘echte’ EU-verdragen gewoonlijk toetsen.¹⁷ Evenmin als het Duitse hof had de Franse raad grondwettelijke bezwaren tegen de begrotingsevenwichtsregel in het Stabiliteitsverdrag op zichzelf: de verplichting die regel te respecteren maakt, net als de verplichting de begrotingsregels in het Unierecht te respecteren die door het Stabiliteitsverdrag ‘worden overgenomen en aangescherpt’, geen inbreuk op de essentiële voorwaarden voor de uitoefening van de nationale soevereiniteit.¹⁸ En ook in Frankrijk stuiten de bevoegdheden van de EU-instellingen inzake partnerschapsprogramma’s niet op grondwettelijke bezwaren, omdat zulke programma’s geen ‘dwingend effect sorteren in de interne rechtsorde’.¹⁹ Tegelijkertijd is er ook een belangrijk verschil tussen de twee uitspraken. Het grootste deel van de Franse uitspraak is gewijd aan een kwestie die in de Duitse uitspraak om voor de hand liggende redenen geen aandacht behoeft: hoe moet Frankrijk aan de verplichting voldoen om de begrotingsevenwichtsregel nationaal te verankeren? De Conseil constitutionnel schotelde de Franse politiek twee opties voor die hij ontleende aan de bepaling in het Stabiliteitsverdrag welke verplicht de evenwichtsregel in nationaal recht op te nemen ‘middels bindende en permanente, bij voorkeur constitutionele, bepalingen of door andere garanties voor de volledige inachtneming en naleving ervan gedurende de nationale begrotingsprocessen’ (artikel 3 lid 2).

De eerste optie is gebaseerd op het eerste deel van de aangehaalde verdragsbepaling: de evenwichtsregel in de Constitutie opnemen en daarmee dwingend aan de begrotingswetgever voorschrijven. Als de politiek daarvoor zou kiezen, zou voorafgaand aan de goedkeuring van het verdrag de Franse grondwet moeten worden gewijzigd. In dat geval zou het verdrag namelijk in strijd zijn met de begrotingsprerogatieven van de Franse regering en het Franse parlement, alsmede met het annualiteitsbeginsel.²⁰ Het tweede deel van de aangehaalde verdragsbe-

14 Idem, r.o. 318-319.

15 Idem, r.o. 311.

16 Van Rompuy e.a., ‘Naar een echte Economische en Monetaire Unie, 5 december 2012’, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/134192.pdf. Interessant is ook ‘s hofs beoordeling van de bevoegdheid van de Europese Commissie om gemeenschappelijke beginselen voor te stellen voor het automatisch correctiemechanisme, en in het bijzonder over ‘de aard en de omvang’ van de maatregelen die moeten worden genomen als de begroting significant afwijkt van de evenwichtsregel (art. 3 lid 2 Stabiliteitsverdrag). Die bevoegdheid geeft de Commissie niet het recht om inhoudelijke richtlijnen voor de Duitse begroting voor te schrijven (r.o. 315). Dat standpunt werd al eerder ingenomen door de Conseil constitutionnel (beslissing n° 2012-653 DC, r.o. 25) en is blijkbaar ook het standpunt van de Europese Commissie zelf, want zij heeft in de beginselen die zij op 20 juni 2012 heeft gepubliceerd geen inhoudelijke begrotingsvoorschriften opgenomen (‘Common principles on national fiscal correction mechanisms’, COM(2012)342 final).

17 Conseil constitutionnel 9 augustus 2012, beslissing n° 2012-653 DC, r.o. 9-11.

18 Idem, r.o. 16.

19 Idem, r.o. 32; zie ook noot 16.

20 Art. 34 en 47 Franse grondwet; idem, r.o. 21.

paling maakt het volgens de Franse raad echter ook mogelijk om de begrotingsevenwichtsregel neer te leggen in op artikel 34 van de Franse grondwet gebaseerde organieke wetgeving, die dan de begrotingswetgever niet zou binden, maar alleen het begrotingsproces (procedureel) zou 'inkaderen'.²¹ Als de politiek voor deze optie zou kiezen, zou goedkeuring van het verdrag geen voorafgaande grondwetswijziging behoeven.

De vraag hoe een dergelijke, de begrotingswetgever niet bindende organieke wet, die ondertussen tot stand is gekomen,²² juridisch kan verzekeren dat de begrotingsevenwichtsregel volledig in acht wordt genomen en nageleefd gedurende het nationale begrotingsproces, zoals het tweede deel van de aangehaalde verdragsbepaling eist, is een retorische: dat kan zij niet. De Conseil constitutionnel heeft er evenwel op gewezen dat de Franse begrotingswetgever die regel uit anderen hoofde dient te respecteren. Verdragen hebben in het Franse monistische stelsel een bovenwettelijke status (artikel 55 Franse grondwet). Dat betekent dat de Franse autoriteiten in het kader van hun respectievelijke bevoegdheden moeten toezien op de correcte naleving van het Stabiliteitsverdrag. Dat geldt, aldus de raad, in het bijzonder voor de begrotingswetgever, die gehouden is de begrotingsevenwichtsregel te respecteren.²³ Daarbij heeft de raad, die volgens vaste jurisprudentie niet aan verdragen toetst, zichzelf ook een taak gegeven: hij verklaarde indirect aan de begrotingsevenwichtsregel te zullen gaan toetsen. Uit de artikelen 14 en 15 van de Declaratie van de Rechten van de Mens en van de Burger van 1789, die in Frankrijk nog steeds grondwettelijk recht is, leidde de raad af dat begrotingen 'eerlijk' ('sincère') dienen te worden gepresenteerd. Aan die eis zal de raad toetsen als begrotingswetten aan hem worden voorgelegd, waarbij hij het 'advies' van de door het verdrag geëiste nationale begrotingstoezichtouder over de naleving van de evenwichtsregel en het correctiemechanisme, zal meenemen. Kortom, indirect staat de Conseil constitutionnel zelf garant voor de naleving van de begrotingsevenwichtsregel.²⁴

De uitspraak was een geschenk uit de hemel voor de net aangetreden president François Hollande, die het verdrag overigens zelf aan de constitutionele raad had voorgelegd (artikel 54 Franse grondwet). Als presidentskandidaat had hij beloofd de Franse grondwet niet te zullen wijzigen ten behoeve van de begrotingsevenwichtsregel: 'Je ne modifierai pas la Constitution pour la règle d'or budgétaire'. Ook had zijn socialistische partij om principiële redenen de in 2011 door de toenmalige Franse president Sarkozy geïnitieerde en door beide kamers van het Franse parlement in eerste lezing aanvaarde voorstel voor invoering van een vergelijkbaar 'règle d'or' in de Franse grondwet, in tweede lezing geblokkeerd. De uitspraak maakte het voor Hollande mogelijk om zijn verkiezings-

belofte te houden en voor zijn partij om zonder al te veel gezichtsverlies met het Stabiliteitsverdrag in te stemmen, hetgeen in het licht van de Europese politieke en financiële constellatie eigenlijk onvermijdelijk was.

Los van de politieke context kan ik de uitspraak, die terecht als 'Byzantijns' is bestempeld,²⁵ echter maar moeilijk begrijpen. Moeilijk te vatten valt hoe het Stabiliteitsverdrag zonder voorafgaande grondwetswijziging niet mag leiden tot een *nationaalrechtelijke* bepaling die de begrotingswetgever bindt aan de begrotingsevenwichtsregel, maar het in de nationale rechtsorde opgenomen verdrag *zelf* zonder voorafgaande grondwetswijziging diezelfde begrotingswetgever wél kan verplichten die regel te respecteren. Dat verdragen in de Franse normenhierarchie onder de grondwet staan, kan die constructie niet verklaren. Zij moet waarschijnlijk als volgt worden begrepen.

De constitutionele raad heeft het verdrag aan drie maatstaven getoetst. Hij is nagegaan of het verdrag bepalingen bevat die (1) in strijd zijn met (een bepaling van) de grondwet, (2) inbreuk maken op de essentiële voorwaarden voor de uitoefening van de nationale soevereiniteit dan wel (3) op de grondwettelijke rechten en vrijheden.²⁶ Alleen die eerste maatstaf is hier m.i. van belang.²⁷ Hij wordt blijkbaar heel formeel uitgelegd: alleen als het verdrag zou hebben verplicht om de *tekst* van de grondwet te wijzigen, of de Franse politiek aan zo'n tekstuele wijziging de voorkeur zou hebben gegeven, zou sprake zijn (geweest) van strijd met de grondwet in de bedoelde zin. Ook iets anders speelt waarschijnlijk een rol. Bij de presentatie van de toetsingsmaatstaven stelde de raad bepalingen van het Stabiliteitsverdrag 'die door Frankrijk eerder onderschreven verplichtingen dupliceren', niet te zullen toetsen. Een van die verplichtingen is, althans tot op grote hoogte, de verplichting om de begrotingsevenwichtsregel in het secundaire Unierecht na te leven. Als de raad het geforceerde onderscheid tussen binding aan de begrotingsregel via het verdrag en binding aan die regel via de grondwet niet had gemaakt, zou hij waarschijnlijk het gehele verdrag ongrondwettig moeten hebben verklaren. Daarmee zou hij zich indirect ook hebben uitgesproken over de grondwettigheid van de begrotingsregel in het secundaire Unierecht.

Het ESM-verdrag

Het permanente noodfonds ESM beoogt eurolidstaten die in ernstige financiële moeilijkheden verkeren onder stringente voorwaarden financiële steun te verlenen als deze 'onontbeerlijk' is om 'de financiële stabiliteit van de eurozone als geheel en van de lidstaten ervan te

21 Idem, r.o. 22-28.

22 Loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques.

23 Conseil constitutionnel 9 augustus 2012, beslissing n° 2012-653 DC, r.o. 18.

24 Idem, r.o. 22 en 27; zie ook Martine Lombard, 'Le futur rôle de régulateur financier du Conseil constitutionnel', *AJDA* 2012, p. 1717.

25 Anne-Marie Le Pourhiet, 'Le Conseil constitutionnel invente la règle d'or non contraignante', www.marianne2.fr/Le-Conseil-constitutionnel-invente-la-regle-d-or-non-contraignante_a221662.html.

26 Conseil constitutionnel 9 augustus 2012, beslissing n° 2012-653 DC, r.o. 10 en 11.

27 Anders Éric Oliva, 'La decision du Conseil constitutionnel du 9 août 2012', *RFDA* 2012, p. 1043 (p. 1049).

waarborgen' (artikel 3 en 12 lid 1 ESM-verdrag). Het ESM, dat volledige rechtspersoonlijkheid heeft, wordt geacht de voor de financiële steun benodigde gelden te verwerven op de kapitaalmarkten, waarbij de eurolidstaten zich garant stellen voor de nakoming door het ESM van zijn betalingsverplichtingen. Ten behoeve daarvan heeft het ESM een maatschappelijk kapitaal van 700 miljard euro (artikel 8 lid 1), dat volgens een bepaalde sleutel in de vorm van aandelen is verdeeld over de eurolidstaten en waarvan in totaal 80 miljard euro door de eurolidstaten moet worden gestort. Het restant kan zo nodig later worden opgevraagd door het ESM, in beginsel bij eenparig besluit van de Raad van Gouverneurs, maar onder bepaalde omstandigheden bij meerderheidsbesluit van de Raad van Bewind en onder weer andere omstandigheden bij besluit van de directeur van het ESM (artikel 9). Zowel het Bundesverfassungsgericht als het Estse hooggerechtshof zag in de door hun staat aangegeane financiële verplichtingen geen ongrondwettige uitholling van de budgettaire prerogatieven van hun nationale parlement. Beide uitspraken zijn op hun eigen manier verrassend, de Estse door de gebruikte redeneringen, de Duitse door de openheid voor toekomstige ontwikkelingen die zij uitstraalt. Ik begin met de Estse uitspraak.

Het Estse hooggerechtshof en het ESM-verdrag

De Estse zaak werd aangespannen door Õiguskantsler, de kanselier van justitie, die als onafhankelijke instantie op grond van de Estse grondwet (artikel 139) toeziet op de naleving van die grondwet en die bevoegd is om constitutionele kwesties bij het Estse hooggerechtshof aan te kaarten. De kanselier stelde dat de zogenaamde spoedstemprocedure in artikel 4 lid 4 van het ESM-verdrag ongrondwettig is.

In beginsel is voor steunverlening door het ESM een eenparig besluit van de Raad van Gouverneurs nodig (artikel 5 lid 6 sub f jo. artikel 4 lid 33). Die Raad bestaat uit de Ministers van Financiën van de eurolidstaten. Aldus heeft iedere minister de mogelijkheid om steunverlening te vetoën, al dan niet op basis van door zijn nationale parlement verleende instructies. Op basis van de spoedstemprocedure in artikel 4 lid 4 kan evenwel met een gekwalificeerde meerderheid van 85% van de uitgebrachte stemmen tot steun worden besloten, op voorwaarde dat de Europese Commissie en de ECB van mening zijn dat als 'niet dringend' een steunbesluit wordt genomen 'de economische en financiële duurzaamheid van de eurozone in gevaar' komt. Onder meer omdat die laatste voorwaarde niet wezenlijk verschilt van de voor-

waarde die in het algemeen wordt gesteld aan het verlenen van steun door het ESM,²⁸ betreft de spoedstemprocedure volgens het hooggerechtshof niet zozeer een procedure die de besluitvorming moet bespoedigen, maar maakt zij zo nodig 'gewoon' gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming over steunverlening mogelijk.²⁹

Daarbij teken ik aan dat het mij hoogst onwaarschijnlijk lijkt dat als het ESM steun verleent de Europese Commissie en de ECB dat niet nodig achten (vgl. artikel 13). Kort gezegd, in de praktijk zal waarschijnlijk geen substantieel verschil te bespeuren zijn tussen situaties waarin op basis van artikel 4 lid 3 en die waarin op basis van artikel 4 lid 4 steun wordt verleend.

Omdat bij de gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming het aantal uit te brengen stemmen gerelateerd is aan de bijdrage aan het maatschappelijk kapitaal van het ESM, en Estland daaraan slechts 0,186% bijdraagt, verliezen de Estse minister in de Raad en bijgevolg het Estse parlement in zo'n spoedstemprocedure hun greep op de steunverlening. Zo'n steunverleningsbesluit kan, aldus het Estse hof, bovendien een sneeuwbaaleffect hebben en leiden tot de verplichting voor de Estse staat om, onder omstandigheden opnieuw tegen de wil van het Estse parlement, nog ongestort maatschappelijk kapitaal te storten, tot een maximum van 1,390 miljard euro.

Het uitgangspunt van het Estse hooggerechtshof voor de beoordeling van artikel 4 lid 4 was, zoals we straks zullen zien, in grote lijnen hetzelfde als dat van het Bundesverfassungsgericht: het budgetrecht is een van de 'core competences' van het Estse parlement en het betreft een bevoegdheid die het niet mag delegeren aan de executieve, zelfs niet tijdelijk.³⁰ Uit de uitspraak, die in nogal rudimentair en niet al te duidelijk Engels is vertaald, maak ik verder op dat die onvervreemdbaarheid van de budgetbevoegdheid ook meebrengt dat de Estse minister, net als de Duitse, alleen met steunverlening mag instemmen als ook zijn parlement daarmee instemt.³¹ Daarom kan gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming de budgettaire prerogatieven van het Estse parlement aantasten en daarmee 'het beginsel van de democratische rechtsstaat en de financiële soevereiniteit van de Estse staat, omdat indirect de wilsvorming van het Estse volk wordt beperkt'³² wiens soevereiniteit ten grondslag ligt aan die van de staat.³³

Niettemin achtte het hooggerechtshof, overigens met een kleinst mogelijke meerderheid van 10 van de 19 rechters, de mogelijkheid van gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming niet in strijd met de grondwet. Daarbij interpreteerde het de Estse grondwet op een voor de internationale en Europese samenwerking zeer constructieve wijze die het verdient hier ruim aandacht te krijgen.

Hoewel artikel 1 van de Estse grondwet bepaalt dat de soevereiniteit van de Estse staat 'tijdloos en onvervreemd-

28 Artikel 12 lid 1 ESM-verdrag: 'Indien zulks onontbeerlijk is om de financiële stabiliteit van de eurozone als geheel en van de lidstaten ervan te waarborgen...'

29 Riigikohus 12 juli 2012, Constitutional Judgment 3-4-1-6-12, r.o. 155-158.

30 Idem, r.o. 133-138.

31 Idem, r.o. 150 jo. 133-138.

32 Idem, r.o. 153.

33 Idem, r.o. 127.

baar' is, betekent dat niet dat die soevereiniteit absoluut is: in de huidige tijd is lidmaatschap van de EU en internationale organisaties een 'natuurlijk' onderdeel van die soevereiniteit.³⁴ Daarna stelde het hof dat het doel van artikel 4 lid 4 – zo nodig door gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming de stabiliteit van de eurozone garanderen – legitiem is omdat het een constitutioneel beginsel dient: de bescherming van de grondwettelijke vrijheden en rechten van de Esten, die de Estse staatsorganen op basis van artikel 14 van de grondwet gehouden zijn te beschermen. Een bedreiging voor de stabiliteit van de eurozone is sinds Estlands toetreding tot de eurozone op 1 januari 2011, die het Estse volk heeft geautoriseerd door in 2003 bij referendum in te stemmen met Estlands toetreding tot de EU, namelijk ook een bedreiging voor de financiële en economische stabiliteit van Estland zelf en daarmee in het bijzonder voor het inkomen, de kwaliteit van leven en de sociale zekerheid van de Estse burgers.³⁵

Vervolgens werd artikel 4 lid 4 aan een proportionaliteits-toetsing onderworpen, waarvan de slotsom was dat de spoedstemprocedure niet alleen geschikt is, maar ook noodzakelijk en proportioneel in engere zin. Geschikt omdat de procedure weliswaar niet absoluut verzekert dat steun wordt verleend als dat nodig is om de stabiliteit van de eurozone te garanderen, maar zij de besluitvorming wel vergemakkelijkt. Noodzakelijk omdat er geen procedure is die de Estse budgettaire soevereiniteit minder aantast en tegelijkertijd even geschikt is om het nagestreefte doel te dienen: alleen verhoging van de gekwalificeerde meerderheidsdrempel tot boven de 99,814% zou de Estse soevereiniteit minder aantasten, maar een dergelijke verhoging zou artikel 4 lid 4 van iedere betekenis beroven.³⁶

Bij de proportionaliteitstoetsing in engere zin, de afweging tussen de zwaarte van de inbreuk op de financiële soevereiniteit van Estland en het belang van het doel dat met artikel 4 lid 4 wordt nagestreefd, speelden tal van elementen een rol. Enerzijds stelde het hof dat de inbreuk op de Estse soevereiniteit niet bijzonder groot is. De omvang van de inbreuk kan namelijk niet zonder meer worden afgeleid uit de omvang van de aangegane financiële verplichtingen. Meegewogen moet worden dat de spoedstemprocedure alleen kan worden gebruikt als de ECB en de Europese Commissie, instanties met speciale expertise ter zake, van mening zijn dat onverwijld steun moet worden verleend: dat garandeert dat de procedure niet onnodig wordt gebruikt. Eveneens van belang is dat steun alleen onder strikte voorwaarden kan worden verleend, waaronder die dat de ontvangende staat het Stabiliteitsverdrag heeft geratificeerd en correct uitgevoerd. Ook daarom achtte het hof het niet erg waarschijnlijk dat Estland het gehele bedrag waarop het kan worden aangesproken ook daadwerkelijk zal moeten storten. Bovendien zullen verzoeken om kapitaalstorting niet als een donder-

slag bij heldere hemel komen: het Estse parlement kan erop anticiperen.

Anderzijds is het belang dat de spoedstemprocedure dient groot, onder meer omdat de stabiliteit van de in Estland gebruikte munt alleen kan worden gegarandeerd door samenwerking met andere eurolidstaten, Estland zo nodig zelf ook een beroep kan doen op het ESM en samenwerking in de EU en internationale organisaties de beste garanties geeft voor het voortbestaan van het Estse volk en zijn taal en cultuur.³⁷

De kern van de redenering van het Estse hooggerechtshof is m.i. ijzersterk: hoe groot de financiële risico's ook zijn die Estland loopt door deelname aan het ESM, de financiële risico's van een instabiele of misschien zelfs ineensstortende eurozone zijn voor de Estse staat en zijn bevolking waarschijnlijk nog veel groter. Men kan die redenering evenwel moeiteloos veralgemeniseren: Estland is binnen de EU en de economische monetaire unie beter af dan daarbuiten. Zo beschouwd zou het hooggerechtshof de politiek alle ruimte geven om de Europese integratie te verdiepen en toekomstige EU-verdragen eigenlijk al bij voorbaat grondwettig verklaren. Dat is echter blijkbaar niet de bedoeling, want in zijn laatste overwegingen gaf het Estse hof nog een schot voor de boeg.

In een obiter dictum stelde het Estse hooggerechtshof dat het grondwettelijke amendement dat door Estse kiezers in 2003 bij referendum is aanvaard en dat bepaalt dat Estland lid mag zijn van de EU op voorwaarde dat de fundamentele beginselen van de Estse grondwet worden gerespecteerd, niet legitimeert dat Estland onbeperkt nieuwe bevoegdheden aan de EU overdraagt. Als toekomstige EU-verdragen voorzien in nieuwe bevoegdheidsverdrachten aan de EU die de soevereiniteit van Estland verder aantasten, dan is het noodzakelijk daarvoor goedkeuring te vragen aan het Estse volk en zo nodig de grondwet te wijzigen.³⁸ In deze overwegingen refereert het hooggerechtshof aan een concept dat men in Duitsland 'constitutionele identiteit' noemt en dat verwijst naar de fundamentele beginselen van in casu de Estse grondwet. Als een (EU-)verdrag daarop inbreuk maakt, dient het Estse volk als drager van de Estse soevereiniteit ermee in te stemmen voordat Estland zich eraan bindt.

Het Bundesverfassungsgericht, het ESM-verdrag en artikel 136 lid 3 Werkingsverdrag

De uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 12 september 2012 ligt in het verlengde van onder meer de uitspraken over de verdragen van Maastricht en Lissabon en die over het Griekse steunpakket. Zij staat in de sleutel van de 'Verfassungsidetitat des Grundgesetzes', de identiteit van de Duitse grondwet oftewel de Duitse

34 Idem, r.o. 130.

35 Idem, r.o. 154-169.

36 Idem, r.o. 176-184.

37 Idem, r.o. 186-203.

38 Idem, r.o. 221-223.

constitutionele identiteit, een concept dat al vroeg in de EU-jurisprudentie van het Duitse hof is terug te vinden³⁹ maar pas in diens uitspraak over het Verdrag van Lissabon helemaal op de voorgrond is getreden.⁴⁰ Met dat concept verwijst het Bundesverfassungsgericht naar de basisbeginselen van het Duitse constitutionele bestel, kort gezegd de beginselen van een democratische, sociale rechtsstaat, die zelfs de ‘verfassungsändernden Gesetzgeber’, de Duitse wetgever in zijn grondwetgevende capaciteit, dient te respecteren op grond van artikel 79 lid 3 jo. artikel 20 lid 1 en 2 Duitse grondwet. Ook in het Europese integratieproces mogen die grondbeginselen niet worden aangetast. Alleen het Duitse volk in zijn grondwetgevende capaciteit kan een inbreuk op die beginselen legitimeren.⁴¹

De uitspraak van 12 september 2012 is in beginsel slechts een uitspraak over een verzoek om een voorlopige voorziening. Normaliter beperkt het Duitse hof zich daarbij tot een afweging van belangen. Omdat het verzoek in casu een verdrag betreft dat ook nog eens de Duitse constitutionele identiteit zou schenden, heeft het hof ditmaal een ‘summarische Prüfung’ uitgevoerd, d.w.z. is het nagegaan of de aangedragen grieven met een hoge graad van waarschijnlijkheid gegrond waren.⁴² Dat waren ze niet. Er komt echter nog een einduitspraak, waarin naast enkele interne Duitse kwesties (misschien) ook een beslissing valt over het voornemen van de ECB van afgeopen zomer om zo nodig onbeperkt staatsschuldbewijzen op te kopen; daarover later. Op zijn in beginsel nog voorlopige oordeel over de grondwettigheid van het ESM-verdrag (en van het Stabiliteitsverdrag) zal het hof echter niet terugkomen: die staat wel vast.

Tot de Duitse constitutionele identiteit behoort, als essentieel element van een democratische rechtsorde, het in artikel 38 Duitse grondwet neergelegde kiesrecht, dat de Duitse burgers vrije en gelijke deelname garandeert aan de in Duitsland uitgeoefende staatsmacht en dat geworteld is in de menselijke waardigheid die artikel 1 van de Duitse grondwet onschendbaar verklaart.⁴³ Daarbij is het budgetrecht van de Bondsdag een centraal element van democratische wilsvorming. De Duitse Bondsdag en zijn opvolgers moeten daarom onder verantwoordelijkheid aan het Duitse volk kunnen blijven beslissen over de inkomsten en uitgaven van de Duitse staat en mogen geen afstand doen van hun ‘haushaltpolitische Gesamtverantwortung’, hun algemene budgettaire verantwoordelijkheid.⁴⁴ Dat beginsel heeft internrechtelijke consequenties – het kan de invoering van een begrotingsevenwichtsregel rechtvaardigen die beoogt het budgetrecht van het Duitse parlement in de toekomst veilig te stellen (*supra*). Het

heeft ook gevolgen voor Duitslands participatie in internationale en Europese financiële samenwerkingsverbanden. Niet alleen moet de Bondsdag de plaats blijven waar de wezenlijke beslissingen over de Duitse begroting worden genomen, ook dient dat parlement te kunnen beschikken over alle informatie die het nodig heeft om zijn begrotingsbeslissingen te nemen. Bovendien is de vormgeving van de economische en monetaire unie als ‘stabiliteitsgemeenschap’ een sine qua non voor Duitse deelname aan die unie. Hoewel het Duitse hof voor alle zekerheid twee voorwaarden stelde aan de ratificatie ervan, voldeed het ESM-verdrag in zijn ogen aan deze uitgangspunten. Ze worden hieronder toegelicht.

Zeggenschap Bondsdag. Dat de Bondsdag heer en meester (‘Herr seiner Entschlüsse’) moet blijven over de Duitse begroting impliceert dat hij deze vrij van bemoeienis van instellingen of van andere EU-lidstaten moet kunnen opstellen. Dat verklaart het belang van de eerder behandelde overwegingen dat de EU-instellingen in het Stabiliteitsverdrag geen zeggenschap hebben gekregen over de Duitse begroting. Al evenmin mag Duitsland instemmen met internationale mechanismen waarin Duitsland zich garant stelt voor ‘Willensentscheidungen’ van andere staten, vooral als deze moeilijk te overziene gevolgen hebben. Dat sluit naar we mogen aannemen de ‘full-fledged’ invoering van eurobonds uit (maar misschien een zeer beperkte vorm ervan niet?). Wel mag de Bondsdag in een geest van financiële solidariteit instemmen met financiële steunmechanismen (‘solidarische Hilfsmassnahme’), zelfs als die vanwege de omvang van de financiële verplichtingen voor de Duitse begroting van structurele betekenis (kunnen) zijn.⁴⁵ In dat geval moet echter voldaan zijn aan een aantal voorwaarden. Allereerst mag zo’n steunmechanisme niet leiden tot een uitholling van het budgetrecht van de Bondsdag. Bij de beoordeling of daar sprake van is, toetst het Bundesverfassungsgericht uiterst marginaal en laat het de Duitse politiek grote vrijheid. Alleen als het budgetrecht ‘für einen nennenswerten Zeitraum’ niet alleen zou worden ingeperkt, maar ‘praktisch leerliefe’, grijpt het in.⁴⁶ Zelfs als men alle eerdere financiële garanties die Duitsland heeft gegeven in het kader van het EFSF, het steunpakket aan Griekenland, de ECB en het IMF meeneemt, is daarvan door toetreding tot het ESM volgens de Duitse regering en de Bondsdag geen sprake. Hoewel dat standpunt in economische kringen uiterst omstreden is, respecteerde het Bundesverfassungsgericht het omdat het ‘nicht evident fehlerhaft’ is.⁴⁷

39 BVerfGE, 37, 271 (279 e.v.; 29 mei 1974, *Solange I*).

40 BVerfG, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009.

41 Zie daarover bijv. Christian Calliess, ‘Verfassungssouveränität versus Europäische Integration’, in: Ralf Thomas Bauss e.a., *Europäische Integration und Deutsche Verfassungsidentität*, Konrad Adenauer Stiftung 2010, p. 112; Ingolf Pernice, ‘Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union’, AöR 2011, p. 185. Voor een vergelijking tussen het Duitse en het Franse concept van constitutionele identiteit, zie J.H. Reestman ‘The Franco-German Constitutional Divide Reflections on National and Constitutional Identity’, *EuConst* 2009, p. 374.

42 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 190-194.

43 BVerfG, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009, r.o. 211.

44 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 208-212.

45 *Idem*, r.o. 214.

46 *Idem*, r.o. 216-217.

47 *Idem*, r.o. 271.

Andere voorwaarden voor de grondwettigheid van de participatie van Duitsland in een financieel steunmechanisme à la het ESM had het hof in zijn uitspraak over het Griekse steunpakket van 7 september 2011 al geformuleerd.⁴⁸ Zo moet de Bondsdag onder meer met iedere steunmaatregel van grotere omvang instemmen en daarbij invloed kunnen uitoefenen op de manier waarop en de voorwaarden waaronder steun wordt verleend. Daaraan was voldaan omdat de Bondsdag de vereiste instemmingsrechten al in de goedkeuringswet en het ‘Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus’ had opgenomen. Daarbij zij aangetekend dat de kwestie van de spoedstemprocedure in artikel 4 lid 4 ESM-verdrag die in de Estse uitspraak centraal stond in de Duitse uitspraak geen rol speelde, simpelweg omdat Duitsland 27,1464% van het maatschappelijk kapitaal voor zijn rekening neemt en daarmee dus ook in die procedure een vetorecht heeft.⁴⁹ We moeten aannemen dat als het anders was geweest het Bundesverfassungsgericht het ESM-verdrag niet grondwettig zou hebben gevonden.

Een andere voorwaarde voor deelneming aan een financieel solidariteitsmechanisme is dat de hoogte van het financiële engagement van Duitsland begrensd is. De Duitse regering en de Bondsdag, zoals bijvoorbeeld ook de Nederlandse regering en parlement en het Estse hoogerechtshof, zijn ervan uitgegaan dat de bijdrage van de eurolidstaten begrensd is tot hun aandeel in het maatschappelijk kapitaal (artikel 8 lid 4 en 5 ESM-verdrag) en niet zonder verdragswijziging kan worden verhoogd. Tot dat oordeel kwam ook het Bundesverfassungsgericht: noch bijvoorbeeld een (meerderheids)besluit van de Raad van Bewind om kapitaal op te vragen om het niveau van het volgestorte kapitaal te herstellen dan wel een besluit van de directeur van het ESM om kapitaal op te vragen om te voorkomen dat het ESM zijn crediteuren niet kan betalen (respectievelijk artikel 9 lid 2 en 3), kan volgens het Duitse hof in het licht van de tekst en de systematiek van het verdrag tot een hogere bijdrage leiden. Toch eiste het Duitse hof ter zake een effectief internationaalrechtelijk voorbehoud. Het kon namelijk niet uitsluiten dat anderen tot een ander oordeel zouden komen. Zo zou bijvoorbeeld met behulp van de teleologische interpretatiemethode verdedigd kunnen worden dat het maatschappelijk kapitaal zonder verdragswijziging verhoogd kan

worden als dat nodig is om het ESM overeind te houden. Daarom diende Duitsland voorafgaand aan ratificatie zeker te stellen dat zulks niet mogelijk is.⁵⁰ Dat is gebeurd via een door alle eurolidstaten onderschreven interpretatieve verklaring.⁵¹

Dit betreft duidelijk een ‘preemptive strike’ van het Duitse hof tegen het Hof van Justitie van de EU, dat groepen kan worden geschillen over de uitlegging of toepassing van het verdrag tussen ESM-leden onderling of tussen een ESM-lid en de ESM-instituten, te beslechten (artikel 37 lid 3). Zoals bekend hanteert het Hof van Justitie graag de teleologische interpretatiemethode, zo nodig ten koste van de tekst of de bedoeling van de verdragspartners. Die weg is nu effectief afgesloten, want om de genoemde interpretatieve verklaring kan het Hof van Justitie onmogelijk heen.

Informatierechten Bondsdag. Ook op een ander punt bond het Bundesverfassungsgericht de ratificatie van het ESM-verdrag aan een effectief internationaal voorbehoud. De Bondsdag kan zijn ‘haushaltspolitische Gesamtverantwortung’ niet uitoefenen als het niet voldoende informatie krijgt. In de kern behoort het recht op inlichtingen van het parlement daarom tot de constitutionele identiteit.⁵² De bepalingen in het ESM-verdrag die onder meer de ESM-documenten ‘onschendbaar’ verklaren (artikel 30 lid 5) en een beroepsgeheim opleggen aan (voormalige) leden van de Raad van Gouverneurs (artikel 34) mogen dan ook niet zo worden uitgelegd dat op grond ervan nationale parlementen informatie kan worden onthouden die zij nodig hebben om in het kader van het ESM beslissingen te nemen. Hier stelde het Bundesverfassungsgericht zich duidelijk niet alleen op als beschermheer van de rechten van de Bondsdag, maar tevens als de beschermheer van de rechten van alle parlementen van de betrokken staten. Ook meende het hof dat de verwantschap van het ESM-verdrag met het recht van de EU, die de constitutionele identiteit van de lidstaten moet respecteren (artikel 4 lid 2 Unieverdrag) en die in toenemende mate een beroep doet op de nationale parlementen om hun ‘Legitimationsreservoir für europäische Prozesse’ vruchtbaar te maken, een dergelijke interpretatie uitsluit. Toch was het hof er niet helemaal gerust op, omdat de medebeslissings- en informatierechten van de nationale parlementen in de eurolidstaten verschillen en er dus,

48 BVerfG, 2 BvR 987/10 van 7 september 2011; zie daarover Antje von Ungern-Sternberg, ‘Parliaments – Fig Leaf or Heartbeat of Democracy?’ German Federal Constitutional Court Judgment of 7 September 2011 – Euro Rescue Package’, *EuConst* 2012, p. 304.

49 Wel speelde een andere stemkwestie een rol. In het geval dat en zolang als een staat verzuimt zijn financiële verplichtingen na te komen, is hij niet gerechtigd zijn stemrechten in de verschillende gremia van het ESM uit te oefenen (art. 4 lid 8 ESM-verdrag). Als Duitsland in die positie terecht zou komen, zou daarmee de ‘haushaltspolitische Gesamtverantwortung’ van de Bondsdag op de tocht staan. Toch is de bepaling niet ongrondwettig. De Bondsdag kan en moet door begrotingsvoorzieningen te treffen zeker stellen dat Duitsland aan zijn verplichtingen kan voldoen. Als onenigheid ontstaat over de rechtmatigheid van de opvraging van kapitaal, dient Duitsland eerst te betalen en vervolgens de zaak aan het HvJ voor te leggen (BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 263-269).

50 Idem, r.o. 251-253.

51 ‘Artikel 8, lid 5, van het Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme (“het Verdrag”) beperkt alle betalingsverplichtingen van de ESM-leden uit hoofde van het Verdrag in die zin dat geen enkele bepaling van het Verdrag aldus kan worden uitgelegd dat zij ertoe leidt dat de betalingsverplichtingen hoger zijn dan het aandeel in het maatschappelijk kapitaal van elk ESM-lid, als bepaald in bijlage II bij het ESM-Verdrag, zonder de voorafgaande instemming van de vertegenwoordiger van elk lid en de inachtneming van de nationale procedures. Artikel 32, lid 5, artikel 34 en artikel 35, lid 1 van het Verdrag vormen geen beletsel voor het volledig informeren van de nationale parlementen, als voorzien door de nationale regelgeving. De bovenvermelde elementen vormen een essentiële basis voor de instemming van de overeenkomstsluitende partijen om door de bepalingen van het Verdrag gebonden te worden.’; www.gouvernement.lu/salle_presse/communiqués/2012/09-septembre/27-mes/mes.PDF.

52 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 215.

zo voeg ik toe, ter zake geen sprake is van een gemeenschappelijke constitutionele traditie. Daarom diende de gewraakte interpretatie door Duitsland effectief te worden uitgesloten alvorens het het ESM-verdrag mocht ratificeren. Ook dat is gebeurd in de voornoemde interpretatieve verklaring.⁵³

Economische en monetaire Unie als 'stabiliteitsgemeenschap'. De vormgeving van de economische en monetaire unie door het Werkingsverdrag als 'stabiliteitsgemeenschap' is een wezenlijke, door de constitutionele identiteit gedicteerde voorwaarde voor Duitse deelname aan de monetaire unie. De onafhankelijkheid van de ECB, prijsstabiliteit als primaire doelstelling van het Europese monetaire beleid, het verbod op monetaire financiering door de ECB, de 'no-bail out'-clausule en het gebod van houdbare overheidsfinanciën in de EU-verdragen beschermen tezamen de 'haushaltpolitische Gesamtverantwortung' van de Bondsdag.⁵⁴ Nu hervormen het nieuwe derde lid van artikel 136 Werkingsverdrag⁵⁵ en het ESM-verdrag de als stabiliteitsgemeenschap vormgegeven economische en monetaire unie. Zij relativeren namelijk het aan die unie ten grondslag liggende beginsel van de zelfstandigheid van de nationale begrotingen en de marktafhankelijkheid van de eurolidstaten voor de financiering van hun schulden. Maar van een volledige breuk is volgens het Duitse hof geen sprake, onder meer niet omdat de ECB verplicht blijft in zijn monetaire beleid prioriteit te geven aan de prijsstabiliteit en het verbod van monetaire financiering door de ECB van kracht blijft.⁵⁶

Dat roept de vraag op hoe het Duitse hof zal gaan oordelen over de klacht dat de ECB met diens voornemen om zo nodig ad infinitum op de secundaire financiële markten staatsschuldbewijzen op te kopen, buiten zijn bevoegdheden is getreden. Die klacht heeft het hof op 12 september 2012 niet behandeld, dat zal het in de einduitspraak doen.⁵⁷ Niettemin heeft het hof op 12 september al wel een toetsingsmaatstaf ter zake geformuleerd. Het stelde dat het verbod op monetaire financiering door de ECB, dat is neergelegd in artikel 123 Werkingsverdrag, de ECB niet alleen verbiedt om staatsschuldbewijzen op de primaire markten te kopen, maar ook op de secundaire, omdat anders het verbod van monetaire financiering zou kunnen worden omzeild. Dat verbod van aankoop op de secundaire markten geldt echter alleen als de aankoop het oogmerk heeft om de nationale staten onafhankelijk van de kapitaalmarkten te financieren.⁵⁸

Welnu, dat is weliswaar een (tijdelijk) effect van de eventuele interventies van de ECB, maar niet hun oogmerk. Dat oogmerk is het garanderen van 'price stability over the medium term'⁵⁹ (hetgeen overigens weer niet uitsluit dat ECB-interventies, als zij ooit plaatsvinden, op de langere termijn een inflatoir effect hebben). Als het Bundesverfassungsgericht die argumentatie van de ECB niet geheel onaannemelijk vindt en het de ECB net zoveel bewegingsruimte geeft als het het Hof van Justitie heeft gegeven in de *Honeywell*-zaak,⁶⁰ moeten we aannemen dat het de 'beslissing' van de ECB accepteert. Als het hof de klacht al ontvankelijk verklaart. Dat is geenszins vanzelfsprekend. In diezelfde *Honeywell*-zaak heeft het Bundesverfassungsgericht laten weten niet over ultra vires-klachten tegen EU-instellingen te zullen oordelen vóórdat het Hof van Justitie er zich over heeft kunnen buigen. Aangezien geen andere Duitse rechter dat voor hem kan doen, zal het Bundesverfassungsgericht zelf een prejudiciële procedure moeten aanspannen. Voor zover ik weet, is het op dit moment zover nog niet, hetgeen erop zou kunnen wijzen dat het hof de klacht niet-ontvankelijk gaat verklaren.⁶¹ Verder is het de vraag of een prejudiciële vraag nu al mogelijk is, omdat de ECB nog niet gehandeld heeft, maar slechts een voornemen daartoe heeft bekendgemaakt. We moeten het afwachten.⁶²

Tot slot

Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag zijn maatschappelijk en politiek zeer omstreden omdat zij grote financiële risico's met zich meebrengen, de begrotingsvrijheid van de nationale parlementen (verder) inperken en veel eurolidstaten dwingen tot bezuinigen. De uitspraken van het Riigikohus, de Conseil constitutionnel en het Bundesverfassungsgericht maken duidelijk dat, wat overigens ook hun merites mag zijn, aan het ESM- en/of het Stabiliteitsverdrag in hun landen in ieder geval geen grondwettelijke bezwaren kleven. Als de verdragen niet zouden zijn getoetst, zou twijfel aan hun grondwettigheid het debat zijn blijven beïnvloeden. Aldus draagt de toetsing ook bij aan de maatschappelijke en politieke acceptatie van de verdragen, misschien zelfs over de grenzen heen. Natuurlijk, gezien de enorme politieke, economische, financiële en daarmee ook maatschappelijke belangen die

53 Idem, r.o. 254-259. Voor de tekst van de verklaring zie noot 51.

54 Idem, r.o. 219-220.

55 'De lidstaten die de euro als munt hebben kunnen een stabiliteitsmechanisme instellen dat geactiveerd wordt indien dat onontbeerlijk is om de stabiliteit van de eurozone in haar geheel te waarborgen. De verlening van financiële steun, indien vereist, uit hoofde van het mechanisme zal aan stringente voorwaarden gebonden zijn.'

56 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 231-234.

57 Idem, r.o. 202.

58 Idem, r.o. 278.

59 Mario Draghi, Introductory statement to the press conference in Frankfurt am Main on 6 September 2012.

60 BVerfG, 2 BvR 2661/06 van 6 juli 2010 (*Honeywell*); zie Christoph Möllers, 'Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*', *EuConst* 2011, p. 161; J.H. Reestman, 'De pacificatie van Karlsruhe (2010). Het Bundesverfassungsgericht en ultra vires-toetsing van Europese Uniebesluiten', in: A.J. Nieuwenhuis, J.H. Reestman en C.M. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme*. (Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 201.

61 Laatste nieuws: in Brussel gaat het gerucht dat het Bundesverfassungsgericht een prejudiciële vraag gaat stellen!

62 Vgl. Mattias Wendel, 'Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012', p. 49-51.

op het spel stonden, konden de hoven waarschijnlijk niet anders dan de verdragen ‘goedkeuren’: ook constitutionele rechters opereren niet in een vacuüm. De invloed van de genoemde belangen komt in de uitspraak van het Estse hooggerechtshof duidelijk aan de oppervlakte. De uitkomst van de proportionaliteitstoetsing waaraan dat hof formeel alleen de spoedstemprocedure maar in feite het gehele verdrag onderwierp, werd uiteindelijk bepaald door de gedachte dat het ESM-verdrag grondwettig is omdat een stabiele eurozone voor Estland en de Estlanders belangrijker is dan de eventuele financiële aansprakelijkheid van de Estse staat op basis van het ESM, hoe hoog die ook kan oplopen. Het zou naïef zijn om te denken dat zulke gedachten in de achterhoofden van de rechters in het Bundesverfassungsgericht en de Conseil constitutionnel hebben ontbroken.

Daarin ligt evenwel niet de gehele verklaring voor de EU-ontvankelijke opstelling van de constitutionele rechters die de behandelde uitspraken ademt. Zij is ook een uiting van de steeds verder toenemende verwevenheid van de nationale en de EU-rechtsordes, niet alleen in economisch en politiek maar ook in constitutioneel opzicht. In alle drie de landen is het EU-lidmaatschap grondwettelijk verankerd, hetgeen de constitutionele rechters machtigt en tot op zekere hoogte zelfs verplicht om hun grondwetten op een EU-ontvankelijke wijze te interpreteren. Opnieuw komt dat het duidelijkst naar voren in de uitspraak van het Estse hooggerechtshof, dat de grondwettigheid van het ESM-verdrag mede baseerde op de goedkeuring die het Estse volk in 2003 hechtte aan toetreding tot de EU en bijgevolg tot de eurozone.

Dat betekent niet dat er geen grondwettelijke grenzen zijn aan de budgettaire en financiële Europese integratie. Zo blijkt uit de uitspraken dat directe zeggenschap van Unie-instellingen over nationale begrotingen in Duitsland en Frankrijk op constitutionele bezwaren stuit. Het zal in Estland niet anders zijn, want in bewoordingen die niet wezenlijk verschillen van die van het Duitse hof heeft het Estse hooggerechtshof het belang van het budgetrecht van het Estse parlement voor de Estse democratie benadrukt. Een andere parallel is dat op grond van Duits en Ests constitutioneel recht financiële solidariteitsarrangementen niet mogen leiden tot vrijwel volledige uitholling van het budgetrecht van de nationale parlementen. Dat zegt het Duitse hof met zoveel woorden en valt a contrario af te leiden uit de uitspraak van het Estse hooggerechtshof. Is het in Frankrijk anders? Ongetwijfeld niet, want de beginselen waaruit de Duitse en Estse rechters de genoemde grens afleiden – kort gezegd (budgettaire) soevereiniteit en (nationale) democratie – zijn in Frankrijk niet minder constitutioneel gearticuleerd dan in Duitsland en Estland. Overigens: dat Estland van het Estse hooggerechtshof mocht aanvaarden wat Duitsland van het Bundesverfassungsgericht niet aanvaard zou mogen

hebben – gekwalificeerde meerderheidsstemming die in potentie de ‘onvervreembare’ budgettaire prerogatieven van het nationale parlement aantast – toont weer eens aan dat niet alle staten in de Europese samenwerking hetzelfde soortelijk gewicht hebben en bij machte zijn om hun grondwet ook in de Europese sfeer te handhaven. De misschien wel opvallendste gemeenschappelijke trek van de drie uitspraken betreft de grote ruimte die de rechters, ieder op hun eigen manier, aan de politiek hebben gelaten, soms zelfs ten koste van de juridische begrijpelijkheid. Dat laatste geldt voor de Conseil constitutionnel. Zijn uitspraak heeft de aanvaarding van het Stabiliteitsverdrag door de nieuwe Franse politieke meerderheid op z’n minst vergemakkelijkt, maar is overigens maar moeilijk te doorgronden. Maar het is de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht die eruit springt, omdat zij duidelijk maakt dat bij de vormgeving van de economische en monetaire unie het primaat bij de politiek ligt en zal blijven liggen en de Duitse grondwettelijke grenzen van de Europese financiële integratie met de oprichting van het ESM nog niet bereikt zijn. Onmiskenbaar volgt uit de uitspraak dat het Duitse hof niet uitsluit dat de Duitse bijdrage aan het ESM in de toekomst hoger wordt, op de voorwaarden dat het Duitse parlement daarmee instemt en het budgetrecht van dat parlement en van zijn opvolgers niet volledig illusoir wordt, en dus de Duitse constitutionele identiteit wordt gerespecteerd. Nog belangrijker misschien wel zijn de opmerkingen die het hof maakt over de relatie tussen de vormgeving van de economische en monetaire unie als stabiliteitsgemeenschap en die Duitse constitutionele identiteit. Die opmerkingen betreffen primair de beoordeling van de grondwettigheid van artikel 136 lid 3 Werkingverdrag en het ESM, maar lijken ook een ruimere strekking te hebben.⁶³

De Duitse constitutionele identiteit eist niet ‘dat het bestaande recht onveranderlijk is, maar dat structuren en processen bestaan die het democratische proces openhouden en die tegelijkertijd de budgetverantwoordelijkheid van het Duitse parlement waarborgen. (...) Als de monetaire unie niet kan worden gerealiseerd op de wijze die voorzien is in het bestaande integratieprogramma, zijn nieuwe politieke beslissingen nodig over hoe verder te gaan (...). Het is aan de wetgever om te beslissen hoe via amendering van Europese Unierecht eventuele zwakheden van de monetaire unie kunnen worden gerepareerd.’⁶⁴

Hoewel het Duitse hof zich in de uitspraak over het verdrag van Maastricht al in dergelijke bewoordingen uitliet, werd de boodschap toen overschaduwed door een duidelijk wantrouwen in het politieke proces, getuige bijvoorbeeld de opmerking dat het gewenst is het bepalen van de monetaire politiek te onttrekken aan ‘der an einer Wie-

63 Zie ook Mattias Wendel, ‘Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012’, p. 45-49.

64 BVerfG, 2 BvR 1390/12 van 12 september 2012, r.o. 222: ‘Art. 79 Abs. 3 GG gewährleistet nicht den unveränderten Bestand des geltenden Rechts, sondern Strukturen und Verfahren, die den demokratischen Prozess offen halten und dabei auch die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Parlaments sichern. (...) Wenn sich die Währungsunion mit dem geltenden Integrationsprogramm in ihrer ursprünglichen Struktur nicht verwirklichen lässt, bedarf es erneuter politischer Entscheidungen, wie weiter vorgegangen werden soll (...) Es ist Sache des Gesetzgebers, darüber zu befinden, wie etwaigen Schwächen der Währungsunion durch eine Änderung des Unionsrechts entgegen gewirkt werden soll.’

derwahl interessierten politischen Mandatsträger'.⁶⁵ Dat wantrouwen ontbreekt in de uitspraak van 12 september 2012. Daarin benadrukte het Duitse hof voortdurend dat het primair de verantwoordelijkheid is van de Bondsdag om te beslissen hoever het Duitse financiële engagement

gaat, onder uiterst marginale toetsing van het Bundesverfassungsgericht. Wat dat precies betekent voor de hervorming van de economische en monetaire unie valt moeilijk te zeggen, maar dichtgemetseld is de zaak in ieder geval niet.

65 BVerGE 89, 155 (208).