

Zienswijze uitspraak Bundesverfassungsgericht 5 mei 2020

Tweede Kamer der Staten Generaal

Vaste Kamercommissie Financiën, vergadering van 8 juni 2020

Kees Sterk

President European Network of Councils for the Judiciary

Hoogleraar European Administration of Justice, Universiteit Maastricht

“The technique they (BVerfG, KS) used, to be able to judge themselves, instead of the court in Luxembourg, is dangerous. (..) They tried not to blow up the system in Europe, but I am not totally confident that they succeeded.”

Kees Sterk in The Financial Times, 10 mei 2020

Geachte leden van de Vaste Kamercommissie Financiën,

Op 5 mei 2020 wees het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) een vonnis dat de gemoederen in zowel juridische, politieke als bancaire kringen flink in beweging heeft gebracht. Bankiers vrezen voor de onafhankelijkheid van de Europese Centrale Bank (ECB), politici voor het Pandemic Emergency Purchase Program (PEPP), en juristen voor uniforme toepassing van Unierecht, en daarmee de effectiviteit van de Unie.

Ik dank de leden van de Vaste Kamercommissie voor de uitnodiging mijn zienswijze op de uitspraak van het BVerfG met u te mogen delen. Ik zal mij daarbij beperken tot de gevolgen van de uitspraak voor de uniforme toepassing van Unierecht en voor onafhankelijke rechtspraak, omdat daar mijn deskundigheid ligt. Deze onderwerpen zijn van groot belang zowel voor het functioneren van de Unie in het algemeen, als voor het functioneren van de Unie op haar uiteenlopende beleidsterreinen, zoals asiel, economie, en zeker ook financiën. Niet voor niets besteden kranten als The Financial Times en Het Financieele Dagblad veel aandacht aan deze vragen.

In deze zienswijze zal ik kort ingaan op de uitspraak, de problemen daarvan voor de uniforme toepassing van Unierecht en voor onafhankelijke rechtspraak, en zal ik een deeloplossing voorstellen. Het kader van de rechtsorde van de Europese Unie beschouw ik daarbij als een gegeven.

Feiten

Vanaf 4 maart 2015 nam de ECB diverse besluiten om leningen op te kopen op grond van het Public Sector Asset Purchase Program (PSPP). Diverse partijen startten een zaak voor het BVerfG omdat in hun ogen de Bundesbank de Duitse Grondwet schendt door mee te werken aan het PSPP. De juridische grondslag van het PSPP is immers monetaire politiek (competentie Unie), maar het PSPP heeft gevolgen voor de economie en dus voor de economische politiek (competentie lidstaten). Die gevolgen moeten worden meegenomen in de besluitvorming van de ECB, en mogen niet overheersen (proportionaliteit). Anders

bedrijft de ECB eigenlijk economische politiek, en daartoe is het niet bevoegd. Aldus het standpunt van de procederende partijen.

Wat te doen bij een dergelijke complexe afbakening van bevoegdheden, zoals tussen monetaire politiek en economische politiek, waarbij beide moeilijk van elkaar te scheiden zijn, alleen al omdat er geen heldere, gedeelde definities zijn?

Op 18 juli 2017 besloot het BVerfG aan het Hof van Justitie de vraag te stellen of de ECB zijn monetaire bevoegdheid met het PSPP overschrijdt, omdat PSPP invloed heeft op de economische politiek. Op 11 december 2018 kwam uit Luxemburg het antwoord: nee, monetaire gevolgen hebben noodzakelijkerwijs gevolgen voor de economie, en op die grond beperkingen opleggen aan de monetaire politiek zou een onneembare hindernis opwerpen, met name bij het bestrijden van een economische crisis.

Het BVerfG maakte op 5 mei 2020 duidelijk dat het daarmee niet eens is. Het overweegt dat het bij de uitleg van Unierecht het Hof van Justitie “grundsatzlich” volgt, tenzij de Luxemburgse uitleg van het Unierecht niet meer begrijpelijk (“nachvollziehbar”) is. De “tenzij” gaat hier op volgens het Hof, indien en voor zover het Hof van Justitie geen beperkingen aan de monetaire politiek stelt.

Volgens het BVerfG is het vereist dat grenzen gesteld worden aan de monetaire politiek door aan proportionaliteit te toetsen. Anders trekt het Hof van Justitie bevoegdheden binnen de Unie, die de lidstaten niet aan de Unie hebben overgedragen (economische politiek). De Duitse Grondwet staat dat niet toe. Daarom is het vonnis van het Hof Van Justitie “ultra vires” voor zover het niet aan het vereiste van proportionaliteit toetst. Het gevolg is dat de Bundesbank niet meer mag meewerken aan PSPP, tenzij binnen een termijn van drie maanden de ECB een nieuw besluit neemt waarin duidelijk is dat de met PSPP beoogde monetaire doelen niet disproportioneel zijn ten opzichte van de gevolgen voor de economie.

Probleem: uniforme toepassing Europees recht

Het BVerfG verklaart een uitspraak van het Hof van Justitie voor de Bondsrepubliek nietig. Voor Duitsland geldt die uitspraak dan niet meer, maar voor de rest van de Unie wel. Daarmee wordt inbreuk gemaakt op de uniforme toepassing van Unierecht, dat het fundament van de Unie is. Daarom is dit in mijn ogen het grootste probleem dat Karlsruhe veroorzaakt. De redenering van het BVerfG – het Hof van Justitie is niet bevoegd, want Duitsland heeft die bevoegdheid niet overgedragen – is makkelijk (ook: opportunistisch) te kopiëren door andere lidstaten, zeker indien regeringen de uitkomst van een zaak niet willen accepteren, en zij hun Constitutionele Hoven aan de leiband hebben, zoals in Polen en Hongarije.

In het verleden hebben het Tsjechische (2012) en Deense (2014) Constitutionele Hof wel eens geoordeeld in afwijking van het Hof van Justitie. Maar dat betrof zaken die voor de Unie van relatief gering belang waren, zoals in het Tsjechische geval de pensioenen van Slowaken in Tsjechië. In ieder geval werden die uitspraken niet gezien als een bedreiging van het systeem van het Unierecht, dat de uniforme uitleg en toepassing in alle lidstaten verankert.

Een “voorlopig afwijken” van het Hof van Justitie kan ook een onderdeel zijn van een dialoog tussen het Hof van Justitie en een Constitutioneel Hof. Een mooi voorbeeld daarvan is het Italiaans Constitutioneel Hof in de zaak Taricco. In 2015 gaf het Hof van Justitie op vragen van het Italiaans Constitutioneel Hof een antwoord dat duidelijk in strijd is met een fundamenteel recht in de Italiaanse Grondwet. Daarop stelde het Italiaanse Hof opnieuw vragen aan Luxemburg, dat vervolgens in 2017 zijn aanvankelijke oordeel zo nuanceerde dat het Italiaanse Constitutioneel Hof daarmee uit de voeten kon.

Het BVerfG is deze dialoog niet aangegaan, maar is de Rubicon overgestoken. Voor het eerst wijkt het af van het Hof van Justitie met als argument dat het Hof van Justitie onbevoegd is een definitief oordeel uit te spreken over de bestreden besluiten van de ECB. Dit in een voor de Unie en lidstaten zeer belangrijke materie. Aldus bedreigt het de uniforme toepassing van Unierecht, en dat is het cement van de Unie.

Probleem: Onafhankelijke rechtspraak

De redenering van het BVerfG beperkt zich niet tot de bestreden besluiten van de ECB, maar is ook op alle andere terreinen van de Unie toepasbaar, zoals de rechtspraak van het Hof van Justitie over onafhankelijke rechtspraak. Een andere hoeksteen van het systeem van de Unie.

Hongarije en Polen zijn al jaren bezig de onafhankelijke rechtspraak in hun land af te breken. In de kern komt het afbreekproces erop neer dat rechters geselecteerd worden op loyaliteit aan het regeringsbeleid, in plaats van op deskundigheid en loyaliteit aan de Grondwet. In Polen worden – as we speak - zittende rechters die vonnissen wijzen die de regering niet zint, uit hun ambt gezet of anderszins tuchtrechtelijk gestraft. Twee voorbeelden ter verduidelijking. Een uit Polen, en een uit Hongarije.

Polen

Op 19 november 2019 wees het Hof van Justitie arresten waarin het een criterium formuleerde om te bepalen of een gerecht onafhankelijk en onpartijdig is. De Hoge Raad van Polen – toen nog grotendeels niet onder controle van de regering – paste dat criterium in januari 2020 toe op een nieuwe tuchtkamer voor rechters, en oordeelde dat deze kamer geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht is. Kort daarna vernietigde het Poolse Constitutioneel Hof – sinds 2017 onder controle van de regering – de beslissing van de Hoge Raad, omdat die in strijd zou zijn met de Poolse Grondwet. Op 8 april 2020 beval het Hof van Justitie dat de nieuwe tuchtkamer zijn werkzaamheden moest opschorten, omdat het geen onafhankelijk gerecht is. Toch besloot die kamer dat morgen (9 juni 2020) de zaak van de Poolse rechter Tuleya wordt behandeld. Die rechter heeft een vonnis gewezen waarvan de inhoud de regering niet bevalt.

Wat is het verband met de uitspraak van 5 mei 2020? Het Poolse Constitutioneel Hof kan de ultra-vires-redenering van Karlsruhe toepassen om de bemoeienis van de Unie met de onafhankelijke rechtspraak (bijvoorbeeld het bevel van het Hof van Justitie van 8 april 2020) definitief buiten de deur te plaatsen. Dit terwijl onafhankelijke rechtspraak de hoeksteen van de uniforme toepassing van Unierecht is.

Hongarije

Op 1 januari 2012 werd in Hongarije de nieuwe Grondwet van kracht, aangenomen met de 2/3 Fidesz-meerderheid. Vergeleken met de oude Grondwet bevat de nieuwe Grondwet een identiteitsclausule, luidende: *“the protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.”* In 2016 oordeelde het Hongaarse Constitutioneel Hof – toen al onder controle van de regering – dat deze identiteit *“cannot be renounced by an international treaty”*, en dat het Hongaarse Constitutioneel Hof *“can apply identity control tests to acts of the European Union”*. Deze uitspraak heeft nog niet tot vernietiging van Europese besluiten geleid, maar de uitspraak van Karlsruhe gaat daar vast verandering in brengen. Premier Orban gaf kort na de uitspraak van het BVerfG al aan dat hij de uitspraak van het Hof van Justitie zou negeren dat de “transit zones” voor asielzoekers onrechtmatig zijn. Zijn argumenten: de Hongaarse identiteitsclausule en de ultra-vires-redenering van Karlsruhe. Inmiddels is hij op deze uitspraak teruggekomen. Niet uit overtuiging, maar uit opportunisme. Waarschijnlijk vindt hij het niet verstandig ruzie met Brussel te maken op een moment waarop er veel geld te verdelen is.

Kortom: de redenering van het Duitse Hof opent de doos van Pandora: regeringen die hun Constitutionele Hoven controleren, zijn in staat om via die Hoven onwelgevallige besluiten van de Unie buiten toepassing te laten verklaren. De uniforme toepassing van het Unierecht gaat verloren. Cherry picking wordt mogelijk op allerlei beleidsterreinen. Unie waarden met voeten getreden.

Deeloplossing: onafhankelijke rechtspraak als harde voorwaarde voor geld uit Brussel

De Unie is nog niet erg succesvol in het stoppen en terugdraaien van de afbraak van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in diverse lidstaten, en daarmee van het ondermijnen van de uniforme toepassing van Unierecht. Het huidige systeem van handhaving op deze punten is niet efficiënt en niet effectief genoeg. Daarom moet het versterkt worden. De meest snelle en effectieve manier om dit te bereiken (laag hangend fruit) is de harde voorwaarde te verbinden aan uitkeringen uit Uniefondsen dat een lidstaat geen uitkering krijgt indien het de rechtsstaat schendt, zoals bijvoorbeeld door de rechtspraak onder politieke controle te brengen. De uitspraken van het Hof van Justitie moeten voor de uitleg van het begrip onafhankelijke rechtspraak leidend zijn. Dan worden in ieder geval de gevolgen van Karlsruhe voor de uniforme toepassing van Unierecht op het punt van rechterlijke onafhankelijkheid geneutraliseerd, en op dat punt de effectiviteit van het Unierecht gered. Dat is belangrijke winst.

Open eind

De aangedragen deeloplossing lost het probleem van de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten niet op. Het probleem is ook niet altijd te voorkomen, omdat alle lidstaten een eigen rechtstraditie hebben, met een eigen systeem en eigen juridische begrippen. Een zekere onduidelijkheid en overlap, en daarbij behorende spanning, zal er daarom altijd zijn. De Unie is immers geen staat.

In mijn ogen zal in verreweg de meeste gevallen een vruchtbare dialoog tussen Hof van Justitie en een Constitutionele Hof tot een aanvaardbare oplossing leiden. Daarbij moet in mijn ogen het Hof van Justitie uiteindelijk, na een dialoog, wel de doorslag geven voor

besluiten van de Unie-instellingen, zoals de ECB. Een Constitutioneel Hof van een lidstaat moet immers zijn eigen traditie en uitleg van juridische begrippen niet willen en kunnen opleggen aan de Unie. Bovendien wordt anders niet voldaan aan de verdragsverplichting het Unierecht uniform uit te leggen en toe te passen. Voor de incidentele gevallen waarbij het mis gaat, zal de schade via politiek overleg moeten worden beperkt.

Voor het geven van een nadere toelichting of het beantwoorden van vragen ben ik altijd bereid.

Dank u