

Hoog spel in Karlsruhe

Het Duitse Constitutionele Hof over het *Public Sector Purchase Programme* van de ECB

Stefaan Van den Bogaert & Vestert Borger¹

De uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* over het PSPP-programma van de ECB is een primeur: voor het eerst in zijn bestaan heeft het constitutionele hof van de grootste lidstaat van de Unie een arrest van het Hof van Justitie naast zich neergelegd. Daarmee speelt het hoog spel. Het verbaast daarom dat het Duitse Constitutionele Hof zijn *ultra vires*-oordeel voorziet van een zeer wankel basis. Zijn begrip van proportionaliteit is allesbehalve overtuigend. De daarop gebaseerde kwalificatie van de uitspraak van het Hof van Justitie als ‘methodologisch onbegrijpelijk’ en ‘objectief arbitrair’ is dat evenmin. Nu de lat voor een *ultra vires*-kwalificatie zo laag ligt, is het bovendien aannemelijk dat in Karlsruhe vaker pogingen zullen worden ondernomen om uitspraken van het Hof van Justitie aan te vechten. Dat valt moeilijk te rijmen met de door het Constitutionele Hof geprezen openheid van de Duitse grondwet voor Europees recht.

1. Inleiding

De uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof – het *Bundesverfassungsgericht* – van 5 mei 2020 over het *Public Sector Purchase Program* (PSPP) van de Europese Centrale Bank (ECB) heeft de Europese Unie op haar grondvesten doen schudden.² Op basis van dit programma heeft de ECB sinds 2015 grote hoeveelheden staatsobligaties opgekocht om zo de inflatie in de eurozone te stimuleren. Daarmee heeft zij een belangrijke bijdrage geleverd aan het economisch herstel van de muntunie in de jaren na de eurocrisis. Volgens het Duitse Constitutionele Hof treedt de ECB met het opkoopprogramma echter buiten haar mandaat in de Unieverdragen. Met andere woorden: ze handelt *ultra vires*. In het bijzonder de motivering van het programma achten de rechters in Karlsruhe problematisch. De ECB zou daarin onvoldoende oog hebben gehad voor nadelige economische effecten en zo in strijd hebben gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel. Het Duitse Constitutionele Hof legde de ECB daarom een ultimatum op: zij moest binnen drie maanden haar motivering aanscherpen. Zo niet, dan diende de Duitse Centrale Bank – de *Bundesbank* – haar medewerking aan de obligatieaankopen te staken.

De potentieel enorme economische impact van de uitspraak was helder. Als de *Bundesbank* haar deelname aan het PSPP-programma zou stopzetten, dan zou het gedaan zijn met de nog immer fragiele rust in de muntunie. Het was echter ook duidelijk dat de gevolgen van de uitspraak het economische overstijgen, en raken aan de

juridische en politieke fundamenteën van de Unie. Teneinde het PSPP-programma op basis van de Duitse grondwet te kunnen kwalificeren als *ultra vires*, diende het Duitse Constitutionele Hof namelijk ook de voorafgaande uitspraak van het Europees Hof van Justitie hierover in *Weiss* als zodanig te verwerpen. Alhoewel prominente nationale hoven eerder arresten van het Hof van Justitie naast zich neer hebben gelegd, is het voor het eerst dat het constitutionele hof uit de grootste lidstaat van de Unie dit doet.

Dat het Duitse Constitutionele Hof deze Europees-rechtelijke Rubicon nu is overgestoken verwondert niet, gezien de lange voorgeschiedenis van zijn meningsverschil met het Hof van Justitie over de voorrang van Unierecht. Wél opzienbarend is het feit dat de rechters in Karlsruhe hiertoe overgaan in een zaak over monetair beleid – een exclusieve bevoegdheid van de Unie – ook al hadden ze in het kader van hun eerdere verwijzing in *Gauweiler* reeds aangegeven grote moeite te hebben met de wijze waarop het Hof van Justitie het mandaat van de ECB afbakent. Bovendien is de toon die het Duitse Hof bezigt ongezien: het kwalificeert het arrest van het Hof van Justitie in *Weiss* als ‘onhoudbaar’, ‘methodologisch onbegrijpelijk’ en ‘objectief arbitrair’.³ Dit zet niet enkel de verhouding tussen beide hoven onder druk, maar heeft ook bredere implicaties voor het gezag van het Hof van Justitie op het Europese speelveld. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van lidstaten als Polen en Hongarije, wier regeringen al meerdere malen door de rechters in Luxemburg zijn berispt wegens ondermijning van de rechtsstaat.

Dit artikel behandelt eerst het achterliggende feitelijke en juridische kader van de zaak (paragraaf 2). Vervolgens vat het de uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof samen en onderwerpt de belangrijkste elementen ervan aan een analyse (paragraaf 3). Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar het onderscheid tussen monetair en economische beleid, de relatie daarvan tot proportionaliteit, en de onafhankelijkheid van de ECB. Daarna plaatst het artikel de uitspraak in breder constitutioneel perspectief (paragraaf 4). Eerst wordt ingegaan op de consequenties ervan voor het PSPP-programma en de muntunie, bezien in het licht van de relatie tussen Karlsruhe en de Duitse politiek. Daarna bespreekt het de gevolgen voor het gezag van het Hof van Justitie en de wenselijkheid van een inbreukprocedure tegen Duitsland. Het eindigt met enkele slotbeschouwingen (paragraaf 5).

2. Het opkoopprogramma en zijn aanvechting in Karlsruhe

2.1. Kwantitatieve verruiming als antwoord op deflatierisico's

Sinds het uitbreken van de eurocrisis eind 2009 heeft de ECB een rits maatregelen moeten nemen die voorheen ondenkbaar waren. De meest controversiële is zonder twijfel het opkopen van staatsobligaties. De ECB deed dat voor het eerst in mei 2010, toen zij het *Securities Markets Programme* (SMP) lanceerde.⁴ In het kader van dit programma kocht zij staatsobligaties van investeerders op de secundaire markt – dat wil zeggen: nadat ze eerst door de staat zijn uitgegeven op de primaire markt. De ECB trachtte hiermee zeer hoge rentevoeten voor bepaalde staatsobligaties te verlagen. Deze hoge rentevoeten, die volgens de ECB het resultaat waren van onterechte angst onder investeerders voor het uiteenvallen van de muntunie,⁵ hinderden namelijk de transmissie van haar monetair beleid: de 'impulsen' die uitgaan van haar rentebesluiten konden niet langer gelijkmatig hun effect sorteren in bepaalde delen van de muntunie, waardoor de handhaving van het primaire doel van prijsstabiliteit in het geding kwam.⁶

Twee jaar later, op het hoogtepunt van de eurocrisis in september 2012, lanceerde de ECB het *Outright Monetary Transactions Programme* (OMT).⁷ Hiermee gaf zij handen en voeten aan de uitspraak van haar toenmalige

president Mario Draghi in juli 2012 dat de ECB binnen haar mandaat 'alles zou doen wat nodig was om de euro te behouden'.⁸ Net als zijn voorganger, het SMP-programma, had dit opkoopinstrument tot doel de transmissie van monetair beleid te bevorderen door zeer hoge rentes voor bepaalde staatsobligaties te verlagen. Maar in tegenstelling tot het SMP-programma, heeft de ECB dit instrument nooit hoeven gebruiken.⁹ Enkel de uitspraak van Draghi volstond om de markten tot bedaren te brengen.

Het *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) vormt het derde instrument waarmee de ECB intervenueert in de secundaire markt voor staatsobligaties. Dit derde programma verschilt echter wezenlijk van de eerste twee. Waar die gericht waren op het veiligstellen van het monetaire transmissiemechanisme in een tijd waarin de obligatiemarkten in hevige paniek verkeerden, heeft het PSPP-programma als doel deflatie tegen te gaan. Toen de eurocrisis op haar einde liep in 2015, kampte de muntunie met zeer lage inflatie, en enige tijd zelfs deflatie. De inflatiedoelstelling van de ECB – een inflatie op jaarbasis van dichtbij, maar net onder de 2% op de middellange termijn – kwam hierdoor in het gedrang.¹⁰ Tegelijkertijd had de ECB de basisrentetarieven waarmee zij normaliter haar monetaire beleid vormgeeft in de jaren daarvoor aanzienlijk verlaagd. Als gevolg hiervan zaten deze nu tegen hun ondergrens aan, waardoor een verdere verlaging geen effect zou hebben. Om toch het inflatieniveau te kunnen beïnvloeden, ging de ECB over tot 'kwantitatieve verruiming'. Dat wil zeggen dat zij activa opkoopt, waaronder staatsobligaties en andere door de publieke sector uitgegeven schuldbewijzen, om zo de geldhoeveelheid te verruimen. Die verruiming moet leiden tot hogere consumptie en investeringen, economische groei en uiteindelijk een stijging van de prijzen.

Het PSPP werd geactiveerd in maart 2015.¹¹ Tezamen met enkele andere opkoopinstrumenten – het *Third Covered Bond Purchase Programme* (CBPP3), het *Asset Backed Securities Purchase Programme* (ABSPP) en het *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP) – vormt het PSPP het *Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP). Aanvankelijk zou het EAPP eindigen in september 2016, maar uiteindelijk is het blijven bestaan tot december 2018. Vervolgens besloot de ECB in september 2019 het programma te heractiveren per 1 november dat jaar.¹² Het maandelijkse bedrag aan activa dat wordt opgekocht is

Auteurs

1. Prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert en dr. V. Borger LL.M. zijn beiden verbonden aan het Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Van den Bogaert is medewerker van het NJB.

Noten

2. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 859/15, 5 mei 2020 (hierna: 'BVerfG PSPP-uitspraak').
3. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 116, 117, 118, 153.
4. Besluit 2010/281/EU van de Europese Centrale Bank van 14 mei 2010 houdende

vaststelling van een programma voor de effectenmarkten (PbEU 2010, L 124).

5. Europese Centrale Bank, 'The determinants of euro area sovereign bond yield spreads during the crisis', *ECB Monthly Bulletin* mei 2014, p. 78.
6. Zie uitgebreid P. Cour-Thimann & B. Winkler, 'The ECB's non-standard monetary policy measures: the role of institutional factors and financial structure', *Oxford Review of Economic Policy* 2012/28, afl. 4, p. 774-775.
7. ECB Press Release, 'Technical features of Outright Monetary Transactions', 6 september 2012.

8. Verbatim of the remarks made by Mario Draghi (Global Investment Conference, London, 26 juli 2012).

9. Sterker nog, het programma is nooit neergelegd in een juridische handeling.
10. European Central Bank, 'The Monetary Policy of the ECB', ECB, 2011, p. 9.
11. Mario Draghi, Introductory Statement to the Press Conference (ECB, 22 januari 2015); Besluit (EU) 2015/774 van de Europese Centrale Bank van 4 maart 2015 inzake een overheidsprogramma voor aankoop van activa op secundaire markten (PbEU, L 121), zoals laatstelijk gewijzigd door Besluit (EU) 2017/100 van de Europese Centrale

Bank van 11 januari 2017 (PbEU, 2017, L 16).

12. Monetaire beleidsbeslissingen van de Raad van Bestuur van de ECB van 12 september 2019. Met het oog op de herstart van het programma heeft de Bank een geheel nieuw besluit aangenomen, waarmee haar (geamendeerde) besluit van maart 2015 is komen te vervallen. Zie Besluit (EU) 2020/188 van de Europese Centrale Bank van 2 februari 2020 inzake een programma voor de aankoop van door de publieke sector uitgegeven schuldbewijzen op secundaire markten (PbEU, 2020, L 39).



veranderd met de tijd. Op het hoogtepunt, tussen april 2016 en maart 2017, bedroeg het € 80 miljard. Momenteel staat het op € 20 miljard.¹³ Het leeuwendeel van de aankopen bestaat uit staatsobligaties en andere door de publieke sector uitgegeven schuldbewijzen in het kader van het PSPP. In totaal is in het kader van het PSPP alleen reeds voor meer dan € 2300 miljard aan activa opgekocht.¹⁴

2.2. De hoofdrolspelers: de ECB, het Bundesverfassungsgericht en het Hof van Justitie

Wie zijn de hoofdrolspelers in deze zaak? Natuurlijk is er de Europese Centrale Bank, die het PSPP heeft geïnitieerd. Hierin staat zij overigens niet alleen. Over de hele wereld, van de Verenigde Staten tot Japan, zijn centrale banken de afgelopen jaren overgegaan tot kwantitatieve verruiming.

Over de hele wereld, van de Verenigde Staten tot Japan, zijn centrale banken de afgelopen jaren overgegaan tot kwantitatieve verruiming. Waarom roept het beleid van de ECB dan zoveel weerstand op?

Waarom roept het beleid van de ECB dan zoveel weerstand op? Dat heeft te maken met het juridisch kader, ingevoerd door het Verdrag van Maastricht begin jaren negentig, waarbinnen zij monetair beleid moet voeren. Artikel 127 lid 1 VWEU bepaalt dat het de primaire taak van de ECB is prijsstabiliteit na te streven. Het algemene economische beleid in de Unie kan zij enkel ondersteunen indien en voor zover dat niet conflicteert met deze primaire doelstelling.¹⁵ Met het oog op die doelstelling, geniet de ECB een grote mate van onafhankelijkheid. Artikel 130 VWEU stelt dat het de lidstaten, evenals instellingen van de Unie, niet is toegestaan de ECB en nationale centrale banken 'bij de uitvoering van hun taken te beïnvloeden'.¹⁶ De bepaling is gebaseerd op het inzicht, breed gedragen tijdens de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht, dat centrale banken beter in staat zijn prijsstabiliteit te realiseren wanneer zij onafhankelijk zijn van de politiek.¹⁷ Tot slot is het verbod op monetaire financiering in artikel 123 VWEU van belang.¹⁸ Dit houdt in dat de ECB noch nationale centrale banken kredietfaciliteiten aan de lidstaten beschikbaar mogen stellen en tevens dat zij hun schuldbewijzen niet zullen opkopen op de primaire markt.¹⁹ Zodoende probeert het verbod te verzekeren dat lidstaten voor de (her)financiering van hun schulden zijn aangewezen op de markten en hiervoor geen beroep kunnen doen op de ECB.²⁰ Deze marktdiscipline moet lidstaten aanzetten tot een solide begrotingsbeleid, dat op zijn beurt de ECB in staat dient te stellen haar monetaire beleid af te stemmen op prijsstabiliteit, niet op de fiscale noden van overheden.²¹

Het probleem is dat door de maatregelen die de ECB tijdens de eurocrisis heeft genomen, in het bijzonder haar opkoopprogramma's, dit juridische kader onder druk is komen te staan.²² Dat ligt gevoelig in verschillende lidstaten, maar zeker in Duitsland. En hier komt het Duitse Constitutionele Hof om de hoek kijken. Toen dat zich in 1993 moest uitspreken over de verenigbaarheid van het Verdrag van Maastricht met de Duitse grondwet – het *Grundgesetz* – gaf het aan enkel met de invoering van de euro in Duitsland te kunnen instemmen op voorwaarde dat de muntunie een *Stabilitätsgemeinschaft* zou zijn.²³ De kernelementen hiervan zijn het mandaat van de ECB,

haar onafhankelijkheid en het verbod op monetaire financiering. Wanneer die fundamentelementen niet langer aanwezig zijn, zou dat volgens de rechters in Karlsruhe er in het uiterste geval toe kunnen leiden dat Duitsland zich moet terugtrekken uit de muntunie.²⁴

Het Duitse Constitutionele Hof heeft zichzelf verschillende instrumenten toegekend om te toetsen of handelingen van de Unie verenigbaar zijn met de grondwet.²⁵ Een daarvan is de *ultra vires*-toets, geïntroduceerd in zijn uitspraak over het Verdrag van Maastricht.²⁶ Hiermee controleert het Duitse Constitutionele Hof of, en in hoeverre, de Unie heeft gehandeld binnen de door haar toebedeelde bevoegdheden in de Unieverdragen. Indien het handelingen van de Unie kwalificeert als *ultra vires*, dan kan dat niet alleen tot gevolg hebben dat Duitse constitutionele actoren, wegens hun verantwoordelijkheid voor het Europese integratieproces (*Integrationsverantwortung*), niet mogen meewerken aan de implementatie daarvan in Duitsland, maar ook dat zij actief stappen dienen te ondernemen om de verenigbaarheid van zulke handelingen met de grondwet te herstellen.²⁷

Door de jaren heen heeft het Duitse Constitutionele Hof de *ultra vires*-toets ontwikkeld.²⁸ Van bijzonder belang is zijn uitspraak in *Honeywell*.²⁹ Daarin stelde het Constitutionele Hof, met het oog op de 'openheid' van de Duitse grondwet voor Europees recht (*Europarechtsfreundlichkeit*), de *ultra vires*-toets te willen afstemmen op de bevoegdheid van het Hof van Justitie om de Unieverdragen te interpreteren.³⁰ Alvorens in zulke zaken een oordeel te vellen, zou het daarom altijd eerst een prejudiciële vraag over de desbetreffende handeling van de Unie stellen aan het Hof van Justitie, wiens antwoord het 'in principe' als bindend zou behandelen.³¹ Bovendien bepaalde het dat zijn collega in Luxemburg recht had op een zekere 'tolerantie van fouten' (*Fehlertoleranz*).³² Tot slot gaf het Duitse Constitutionele Hof aan onder welke omstandigheden de *ultra vires*-toets toepassing zou kunnen vinden. Enkel wanneer een veronachtzaming van de grenzen van de bevoegdheden van de Unie 'voldoende gekwalificeerd' is, kan een *ultra vires*-klacht op haar merites worden beoordeeld.³³ Dit vereist dat de schending van bevoegdheden 'manifest' moet zijn en 'bij-

13. Op 12 maart 2020 besloot de Raad van Bestuur van de ECB om tot het eind van 2020 het totale aankoopbedrag onder het EAPP uit te breiden met €120 miljard.

14. Een actueel overzicht van het totaal aan activa dat is opgekocht in het kader van het PSPP, evenals de andere instrumenten valend onder het *Expanded Asset Purchase Programme*, is te vinden op www.ecb.europa.eu/mopo/implementation/omt/html/index.en.html.

15. Zie ook art. 282(2) VWEU.

16. Zie ook art. 282(3) VWEU.

17. Zie voor nadere uitleg en referenties V. Borger, *The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 105-114 (hierna: 'Borger 2020a').

18. Zie ook art. 21 lid 1 van Protocol nr. 4 betreffende de statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken en van de Europese Centrale Bank.

19. Het opkopen van staatsobligaties op de secundaire markt, zoals gebeurt in het kader van het PSPP, valt in principe niet onder het verbod, zoals ook wordt bevestigd in de zevende considerans van Verordening (EG) 3603/93 van de Raad van 13 december 1993 tot vaststelling van de definities voor de toepassing van de in artikel 104 en artikel 104 B, lid 1, van het Verdrag vastgelegde verbodsbepalingen.

Deze considerans maakt echter ook duidelijk dat met zulke aankopen de doelstelling van het artikel niet mag worden omzeild.

20. R. Smits, *The European Central Bank: Institutional Aspects*, Den Haag: Kluwer

Law International 1997, p. 75-77.

21. Zie ook M. Heipertz & A. Verdun, *Ruling Europe: The Politics of the Stability and Growth Pact*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 74-75.

22. Voor een uitgebreide analyse zie Borger 2020a, in het bijzonder hfdst. 5-6.

23. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2134/92, 12 oktober 1993, par. 80 (hierna: 'BVerfG Maastricht').

24. BVerfG Maastricht, par. 89-90.

25. Voor een overzicht zie M. Payandeh, 'Constitutional Review of EU Law after *Honeywell*: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *Common Market Law Review* 2011/48, afl. 1, p. 9-38.

26. BVerfG Maastricht.

27. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 89.

28. M. Wendel, 'Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference', *European Constitutional Law Review* 2014/10, afl. 2, p. 271 et seq; V. Borger, 'Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: *Gauweiler*', *Common Market Law Review* 2016/53, afl. 1, p. 153-154 (hierna: 'Borger 2016').

29. Bundesverfassungsgericht 2 BvR 2661/06, 6 juli 2010 (hierna: 'BVerfG *Honeywell*').

30. BVerfG *Honeywell*, par. 56.

31. BVerfG *Honeywell*, par. 60.

32. BVerfG *Honeywell*, par. 66.

33. BVerfG *Honeywell*, par. 61.

zonder significant voor de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie.³⁴

Tijdens de eurocrisis zijn verschillende maatregelen ter behoud van de muntunie in Karlsruhe aangevochten op *ultra vires*-gronden.³⁵ Ook handelingen van de ECB. Sterker nog, in de zaak over haar OMT-programma zag het Duitse Constitutionele Hof zich voor het eerst in zijn bestaan genoodzaakt prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.³⁶ In zijn verwijzingsbesluit van 14 januari 2014 toonde het zich uitermate kritisch over het programma. In een zeer uitvoerige analyse zette het uiteen waarom het opkoopinstrument in zijn ogen een manifeste en structureel significante schending vormde, niet enkel van het mandaat van de ECB, maar ook van het verbod op monetair financieering. Het hield zich echter aan zijn belofte in *Honeywell* om eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie alvorens definitief uitspraak te doen. En in tegenstelling tot het Duitse Constitutionele Hof, achtte dat het OMT-programma in *Gauweiler* wél verenigbaar met het Unierecht.³⁷ In zijn einduitspraak van 21 juni 2016 accepteerde het Duitse Constitutionele Hof vervolgens dat arrest.³⁸ Wel liet het in niet mis te verstane bewoordingen weten bedenkingen te hebben bij de redenering van zijn collega in Luxemburg. Deze waren echter niet dermate ernstig dat zij ertoe noopten zijn arrest niet te volgen.

Dat ligt anders in de huidige zaak. In juli 2017 besloot het Duitse Constitutionele Hof ten tweeden male prejudiciële vragen te stellen over de verenigbaarheid van een opkoopprogramma van de ECB – ditmaal het PSPP – met het Unierecht, in het bijzonder het mandaat van de ECB en het verbod op monetair financieering.³⁹ In *Weiss* oordeelde het Hof van Justitie wederom dat het programma toelaatbaar is.⁴⁰ Maar ditmaal zijn de bedenkingen van de rechters in Karlsruhe bij dat oordeel dusdanig, dat zij zich niet gebonden achten het te volgen, althans ten dele. Wat het verbod op monetair financieering betreft, leggen zij zich bij de redenering van het Hof van Justitie neer, zij het met grote tegenzin.⁴¹ Dat geldt echter niet voor het mandaat van de ECB. De visies van het Duitse en Europese Hof daarover lopen dermate uiteen, dat de rechters in Karlsruhe hebben besloten op dit punt hun eigen koers te varen.

3. Het *Bundesverfassungsgericht* en de muntunie

3.1. De constructie van de uitspraak uit Karlsruhe
In *Honeywell* beloofde het Duitse Constitutionele Hof altijd eerst het Hof van Justitie de gelegenheid te bieden

zich in een prejudiciële procedure uit te spreken over een handeling van de Unie, alvorens een oordeel te vellen over het *ultra vires* karakter daarvan. De huidige zaak laat zien wat de implicaties zijn van deze opstelling: doordat het Duitse Constitutionele Hof een prejudiciële vraag stelt, maar zich tegelijkertijd het recht voorbehoudt af te wijken van de uitspraak van het Hof van Justitie, dwingt het zichzelf te oordelen over die uitspraak. Uiteindelijk draait de zaak zo om de vraag of het Hof van Justitie zélf *ultra vires* heeft gehandeld.

Dit zorgt ervoor dat de uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof is opgebouwd als een tweetrapsraket. Het Constitutionele Hof vangt aan met een beoordeling van de handelswijze van het Hof van Justitie in *Weiss*. Daarbij bouwt het voort op zijn uitspraak in *Honeywell* en de stelling dat het Hof van Justitie recht heeft op een ‘zekere tolerantie van fouten’. Het Europese Hof blijft binnen zijn mandaat in artikel 19 lid 1 VEU om de eerbiediging van het Unierecht te verzekeren, zo maakt het Duitse Constitutionele Hof duidelijk, zolang zijn uitspraken in lijn zijn met ‘erkende interpretatiemethoden’ en ze niet kwalificeren als ‘objectief arbitrair’.⁴² Maar vervolgens concludeert het Duitse Hof dat van zulk arbitrair handelen sprake is. De uitspraak van het Hof van Justitie ‘is onbegrijpelijk vanuit methodologisch perspectief’.⁴³ Als gevolg hiervan is die niet gedekt door zijn mandaat en dus *ultra vires*.⁴⁴

In het bijzonder acht het Duitse Constitutionele Hof de wijze waarop het Hof van Justitie de proportionaliteit van het PSPP-programma beoordeelt, problematisch. Het Hof van Justitie zou de effecten van het PSPP-programma op het economisch beleid buiten beschouwing laten en daarmee niet voldoen aan de eisen van de proportionaliteitstoets.⁴⁵ Hierdoor vervalt het onderscheid tussen monetair beleid, een exclusieve bevoegdheid van de Unie, en economisch beleid, dat in grote mate toevalt aan de lidstaten. Het attributiebeginsel, dat stelt dat de Unie enkel kan handelen voor zover haar daartoe bevoegdheden zijn toegekend in de Unieverdragen, wordt zo van iedere betekenis ontdaan.⁴⁶

Nadat de rechters in Karlsruhe het arrest van het Hof van Justitie in *Weiss* naast zich neer hebben gelegd, gaan zij na of de ECB zelf *ultra vires* heeft gehandeld. Ook deze vraag beantwoorden ze bevestigend, wederom op basis van proportionaliteitsoverwegingen. In de motivering van het PSPP-programma heeft de ECB geen oog gehad voor de aanzienlijke economische gevolgen ervan, waardoor het programma niet kwalificeert als monetair beleid.⁴⁷ Aangezien het hier een motiveringsgebrek betreft, kan het Duitse Constitutionele Hof echter niet vaststellen of het PSPP-programma ook op inhoudelijke gronden moet worden aangemerkt als *ultra vires*.⁴⁸ Het verordonneert daarom het Duitse parlement en de regering de ECB ertoe te brengen binnen een termijn van drie maanden een nieuwe motivering te presenteren waarin zij duidelijk onderbouwt waarom zij de monetaire beleidsdoelstelling van het PSPP-programma – de bestrijding van deflatie – op proportionele wijze nastreeft, rekening houdend met nadelige economische effecten.⁴⁹ Zo niet, dan mag de *Bundesbank* niet langer aan het programma deelnemen.

Deze tweetrapsredenering van het Duitse Constitutionele Hof zorgt voor een merkwaardige situatie. Waar het PSPP-programma zélf niet definitief als *ultra vires* wordt

De visies van het Duitse en Europese Hof over het mandaat van de ECB lopen dermate uiteen, dat de rechters in Karlsruhe hebben besloten op dit punt hun eigen koers te varen

Waar het PSPP-programma zélf niet definitief als *ultra vires* wordt aangemerkt, geldt dat wél voor de uitspraak van het Hof van Justitie daarover in *Weiss*

aangemerkt, geldt dat wél voor de uitspraak van het Hof van Justitie daarover in *Weiss*. Om het verschil in zienswijze tussen het Duitse en Europese Hof te begrijpen, wordt hierna nader ingegaan op drie elementen van de uitspraak van de rechters in Karlsruhe: 1) de scheidslijn tussen monetair en economisch beleid, 2) de relatie daarvan tot proportionaliteit, en 3) de onafhankelijkheid van de ECB.

3.2. De scheidslijn tussen economisch en monetair beleid
Het verschil in zienswijze tussen de rechters in Karlsruhe en Luxemburg is voor een groot deel gelegen in de manier waarop zij monetair van economisch beleid onderscheiden. Tijdens de eurocrisis, toen het Hof van Justitie zich in *Pringle* diende uit te spreken over de rechtmatigheid van een permanent steunfonds voor de muntunie, het Europees Stabilisatiemechanisme (ESM), boog het zich ook al over deze vraag.⁵⁰ Om het beleidskarakter van een maatregel te bepalen, zo stelde het Hof van Justitie, moet ten eerste worden gekeken naar zijn doelstellingen, en ten tweede naar zijn instrumenten en relatie tot andere bepalingen van het juridisch fundament onder de euro.⁵¹ Ook maakte het duidelijk dat het enkele feit dat een economische maatregel – zoals het ESM – indirect effect kan hebben op de stabiliteit van de euro, niet volstaat om deze gelijk te stellen met een maatregel van monetair beleid.⁵² Enkele jaren later gebruikten zowel het Duitse Constitutionele Hof als het Hof van Justitie deze test in de zaak *Gauweiler* om te oordelen of het OMT-programma binnen het mandaat van de ECB valt.⁵³

Bepalen of een maatregel is gedekt door het mandaat van de ECB aan de hand van zijn beleidskarakter, en daarbij doelstellingen leidend laten zijn, is problematisch.⁵⁴ Het mandaat van de ECB omvat immers zowel monetaire als economische doelstellingen.⁵⁵ Doelstellingen als zodanig kunnen dus geen uitsluitel bieden over het beleidskarakter van een maatregel en daarmee de

grenzen van het mandaat van de ECB. Dat bewustzijn klonk ook voorzichtig door in de uitspraak van het Hof van Justitie in de onderhavige zaak. Het gebruikte nog steeds de test die het introduceerde in *Pringle* om het beleidskarakter van het PSPP-programma te identificeren. Daarbij wees het op de doelstelling van het programma, te weten het terugbrengen van het inflatieniveau tot dichtbij maar net onder 2%, en constateerde dat deze valt binnen het in artikel 127 lid 1 VWEU genoemde hoofddoel van de ECB om prijsstabiliteit te bewerkstelligen.⁵⁶ Tevens merkte het op dat het opkopen van staatsobligaties op de secundaire markt een instrument is waarover de ECB beschikt krachtens artikel 18 lid 1 van haar Statuut.⁵⁷ Op basis hiervan concludeerde het dat het PSPP-programma een monetair karakter heeft en dus valt binnen het mandaat van de ECB.⁵⁸ Maar tegelijkertijd trachtte het Hof van Justitie het onderscheid tussen economisch en monetair beleid af te zwakken door op te merken dat 'de auteurs van de Verdragen (...) geen volstreekte scheiding tussen het economische en het monetaire beleid hebben willen doorvoeren'.⁵⁹

Een dergelijke relativisering is niet zichtbaar bij het Duitse Constitutionele Hof, dat stug vasthoudt aan de grens tussen economisch en monetair beleid. Bovendien past het de test uit *Pringle* op een andere wijze toe dan het Hof van Justitie. In zijn verwijzingsbesluit van juli 2017 legde het Duitse Constitutionele Hof de test zo uit dat effecten op economisch beleid niet als indirect kunnen worden aangemerkt indien ze 'zijn voorgenomen of bewust geaccepteerd, en deze effecten minstens evenveel gewicht in de schaal leggen als de beoogde monetaire beleidsdoelstelling'.⁶⁰ Gezien de effecten op de balansen van commerciële banken en de voorwaarden waaronder lidstaten hun schulden kunnen (her)financieren, zou daarvan sprake zijn in het geval van het PSPP-programma.⁶¹ In hun definitieve uitspraak van afgelopen mei tonen de rechters in Karlsruhe zich getergd dat hun colle-

34. BVerfG *Honeywell*, par. 61.

35. Zie bijv. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 987/10, 7 september 2011; Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 4/11, 19 juni 2012; Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1390/12, 12 september 2012; Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1390/12, 18 maart 2014.

36. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2728/13, 14 januari 2014 (hierna: 'BVerfG verwijzingsbesluit OMT').

37. HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (hierna: 'HvJ EU *Gauweiler*').

38. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2728/13, 21 juni 2016 (hierna: 'BVerfG

OMT uitspraak').

39. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 859/15, 18 juli 2017 (hierna: 'BVerfG verwijzingsbesluit PSPP').

40. HvJ EU 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (hierna: 'HvJ EU *Weiss*').

41. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 180-221.

42. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 112.

43. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 153.

44. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 154, 163.

45. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 138, 153.

46. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 156, 158.

47. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 164, 177.

48. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 179.

49. BVerfG *PSPP-uitspraak*, par. 232-235.

50. HvJ EU 27 november 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 (hierna: 'HvJ EU *Pringle*').

51. HvJ EU *Pringle*, par. 55-58, 60.

52. HvJ EU *Pringle*, par. 56.

53. BVerfG *verwijzingsbesluit OMT*, par.

63; HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, par. 46 (hierna: 'HvJ EU *Gauweiler*').

54. Borger 2016, p. 179-181.

55. Art. 127 lid 1 VWEU luidt: 'Het hoofddoel van het Europees Stelsel van Centrale Banken (hierna "ESCB" te noemen), is het handhaven van prijsstabiliteit. Onvermin-

derd het doel van prijsstabiliteit ondersteunt het ESCB het algemene economische beleid in de Unie teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van de in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie omschreven doelstellingen van de Unie (...).'

56. HvJ EU *Weiss*, par. 54-57.

57. HvJ EU *Weiss*, par. 68-69.

58. HvJ EU *Weiss*, par. 70.

59. HvJ EU *Weiss*, par. 60.

60. BVerfG *verwijzingsbesluit PSPP*, par. 119.

61. BVerfG *verwijzingsbesluit PSPP*, par. 120-121.

Het afwegen van de economische effecten van het PSPP-programma tegen zijn monetaire doelstelling, wat het Duitse Constitutionele Hof doet, is onwenselijk

ga's in Luxemburg deze afweging niet hebben gemaakt. Het Hof van Justitie, zo stellen ze, zou de monetaire doelstelling van het PSPP-programma, zoals geformuleerd door de ECB, accepteren 'zonder de onderliggende feitelijke veronderstellingen te onderzoeken (...) en zonder deze veronderstellingen te toetsen aan aanwijzingen die overduidelijk pleiten tegen de classificatie als monetaire beleidsmaatregel'.⁶²

Het afwegen van de economische effecten van het PSPP-programma tegen zijn monetaire doelstelling, wat het Duitse Constitutionele Hof doet, is onwenselijk. Zoals het Hof van Justitie terecht opmerkte in *Weiss*, beïnvloedt het monetaire beleid van de ECB het inflatieniveau middels effecten op de reële economie, waaronder de rentevoeten voor staatsobligaties, en kunnen zulke effecten ook worden nagestreefd in het kader van economisch beleid met het oog op andere doelstellingen.⁶³ Bovendien is het ondoenlijk te bepalen wanneer zulke effecten dermate zwaar wegen dat zij de monetaire doelstelling ondergeschikt maken, wat ook blijkt uit het feit dat het Duitse Constitutionele Hof zelf hiervoor geen duidelijke maatstaf hanteert.⁶⁴ Dat wil niet zeggen dat de kritiek uit Karlsruhe volledig ongegrond is. Het Hof van Justitie toetst de doelstelling van het PSPP-programma en de daaraan ten grondslag liggende beleidsoverwegingen inderdaad nauwkeurig. Maar dat is niet zozeer problematisch vanuit het oogpunt van het beleidskarakter van de maatregel, als wel in het licht van de wijze waarop het Hof van Justitie omgaat met de onafhankelijkheid van de ECB.⁶⁵

3.3. Proportionaliteit

De bezwaren van Het Duitse Constitutionele Hof tegen de wijze waarop het Hof van Justitie monetair van economisch beleid onderscheidt, beperken zich niet tot de toepassing van de *Pringle*-test. Ze hebben ook betrekking op de toetsing van de proportionaliteit van het PSPP-programma, de grote twistappel in deze zaak.

Nadat het Hof van Justitie in *Weiss* had vastgesteld dat het PSPP-programma monetair beleid vormt, beoordeelde het de proportionaliteit ervan. Onder verwijzing naar de ruime beoordelingsbevoegdheid van de ECB,⁶⁶ deed het dat volgens een vast stramien. In eerste instantie ging het na of het programma geschikt is om de doelstelling van deflatiebestrijding te verwezenlijken. Gegeven het lage prijsniveau in de muntunie en het feit dat veel centrale banken de afgelopen jaren zijn overgegaan tot kwantitatieve verruiming, stelde het vast dat dit inderdaad het geval is.⁶⁷ Vervolgens controleerde het Hof van Justitie of het PSPP-programma niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van zijn doelstelling. Ook die vraag beant-

woordde het bevestigend.⁶⁸ Het wees erop dat de ECB het risico op deflatie niet met andere middelen kan bestrijden en dat het programma zo is ontworpen dat zijn gevolgen beperkt blijven tot het strikt noodzakelijke. Tot slot beoordeelde het Hof van Justitie of het PSPP-programma geen nadelen heeft die kennelijk niet in verhouding staan tot het doel van deflatiebestrijding.⁶⁹ Daarbij keek het met name naar het risico op verliezen verbonden aan obligatie-aankopen. Het concludeerde dat dit risico beperkt is en door de ECB adequaat is verdisconteerd in het programma.

Het Duitse Constitutionele Hof heeft grote moeite met deze toepassing van de proportionaliteitstoets. Sterker nog, het beschouwt haar als methodologisch 'onbegrijpelijk'.⁷⁰ Wederom spitsen zijn bezwaren zich toe op de economische effecten van het PSPP-programma, zoals die op de (her)financieringscondities voor lidstaten, pensioen-systemen en vastgoedprijzen.⁷¹ Zulke effecten zouden volgens het Duitse Constitutionele Hof in ogenschouw moeten worden genomen, omdat zo kan worden beoordeeld of ze disproportioneel zijn in het licht van de monetaire doelstelling van deflatiebestrijding. Mocht dat het geval zijn, dan kwalificeert het PSPP-programma niet als monetair, maar economisch beleid. Het Hof van Justitie zou echter geen enkele betekenis toekennen aan deze effecten.⁷² Hierdoor kan de proportionaliteitstoets onmogelijk fungeren als instrument voor de afbakening van bevoegdheden.⁷³ In combinatie met de ruime beoordelingsvrijheid die het Hof van Justitie toekent aan de ECB, leidt dit ertoe dat ze haar bevoegdheid op 'eigen gezag' kan uitbreiden, waardoor het attributiebeginsel wordt uitgehouden.⁷⁴ Dienengevolge vormt de uitspraak van het Hof van Justitie een 'manifeste' schending van zijn mandaat in artikel 19 lid 1 VEU om de eerbiediging van het Unierecht te verzekeren, 'resultierend in een structureel significante verandering in de bevoegdheidsverdeling ten nadele van de lidstaten'.⁷⁵ Oftewel: de uitspraak is *ultra vires* en ontbeert bindende kracht in Duitsland.⁷⁶

Deze redenering van het Duitse Constitutionele Hof is zeer vreemd.⁷⁷ Zijn *ultra vires*-toets ziet toe op het bewaken van de *verdeling* van bevoegdheden tussen de Unie en de Lidstaten. Krachtens de artikelen 5 lid 1 en 5 lid 2 VEU wordt dit beheerst door het attributiebeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel daarentegen heeft betrekking op de *uitoefening* van bevoegdheden.⁷⁸ Het stelt dat 'de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken'.⁷⁹ Dit is iets heel anders. Een maatregel strijdig met het proportionaliteitsbeginsel is weliswaar onrechtmatig, maar als zodanig niet buiten de bevoegdheidssfeer van de Unie.⁸⁰ Dat het Duitse Constitutionele Hof dit beginsel aangrijpt om te beargumenteren dat het oordeel van het Hof van Justitie zijn mandaat overschrijdt, is dan ook zeer merkwaardig. Aan het vereiste om uitspraken van het Hof van Justitie aan te merken als *ultra vires* – dat ze niet in lijn zijn met 'erkende interpretatiemethoden' en kwalificeren als 'objectief arbitrair' – is zo wel zeer eenvoudig voldaan.⁸¹ Dat valt lastig te verenigen met het recht op 'een zekere tolerantie van fouten' die de rechters in Karlsruhe zelf aan hun collega's in Luxemburg hebben toegekend en evenmin met de door hen geprezen openheid van de Duitse grondwet voor Europees recht.⁸²

Dat het Duitse Constitutionele Hof dit beginsel aangrijpt om te beargumenteren dat het oordeel van het Hof van Justitie zijn mandaat overschrijdt, is dan ook zeer merkwaardig

3.4. Onafhankelijkheid en rechterlijk toezicht

Hoe vallen de conflicterende posities van het Duitse en Europese Hof inzake de rechtmatigheid van het PSPP-programma te verklaren? Daarvoor moet worden gekeken naar de onafhankelijkheid van de ECB.⁸³ De wijze waarop het Duitse Constitutionele Hof daarmee omgaat is in de afgelopen drie decennia significant veranderd. In zijn uitspraak over het Verdrag van Maastricht uit 1993 beschouwde het de onafhankelijkheid van de ECB als een belangrijk fundament van de muntunie als *Stabilitätsgemeinschaft*.⁸⁴ Maar in de huidige zaak, evenals eerder in *Gauweiler*,⁸⁵ waardeert het deze onafhankelijkheid anders.⁸⁶ Zij heeft tot gevolg dat de ECB handelt 'op basis van een lager niveau van democratische legitimatie'.⁸⁷ De grenzen van haar mandaat dienen daarom 'strikt' te worden gehandhaafd. Alhoewel de ECB binnen dat mandaat haar bevoegdheid onafhankelijk kan uitoefenen, is haar onafhankelijkheid niet van toepassing op de vaststelling van dat mandaat zelf. Integendeel, dit dient onderworpen te zijn aan 'volle rechterlijke toetsing'.⁸⁸

Dit onderscheid tussen 'mandaat' en 'bevoegdheid' is problematisch.⁸⁹ De onafhankelijkheid van de ECB schuilt namelijk niet enkel in artikel 130 VWEU, dat stelt dat zij in de uitoefening van haar taken niet beïnvloed mag worden door andere instellingen van de Unie of de lidstaten, maar ook in haar mandaat. Artikel 127 lid 1 VWEU omschrijft dit slechts in geringe mate. Het stelt dat de ECB hoofdzakelijk dient te streven naar prijsstabiliteit, maar laat de definiëring daarvan over aan de ECB zelf. Deze discretionaire ruimte om invulling te geven aan de notie prijsstabiliteit, en daarvoor de juiste beleidsstrategie te bepalen, verschaft de ECB een grote mate van 'functio-

nele' onafhankelijkheid.⁹⁰ Die onafhankelijkheid zorgt er echter ook voor dat geen zuiver onderscheid tussen 'mandaat' en 'bevoegdheid' valt te maken.⁹¹ Door de uitoefening van haar bevoegdheid geeft de ECB immers invulling aan haar mandaat. Wanneer een rechter de grenzen van dat mandaat nauwgezet wil identificeren, kan zij dat dus enkel doen door ook de daadwerkelijke uitoefening van bevoegdheden te beoordelen. Dat blijkt ook uit het oordeel van het Duitse Constitutionele Hof, dat in zijn wens om het mandaat van de ECB te bewaken, uitvoerig het PSPP-programma beoordeelt, inclusief de proportionaliteit ervan. Daarmee tast het de functionele onafhankelijkheid van de ECB aan.

Die functionele onafhankelijkheid waardeert het Hof van Justitie heel anders. Op basis van de *Pringle*-test concludeerde het eerst dat het PSPP-programma valt binnen het monetaire mandaat van de ECB en toetste pas *daarna* de proportionaliteit ervan. Dat deed het bovendien zeer terughoudend.⁹² Het merkte op dat de ECB, in het kader van een dergelijk instrument, 'technische en complexe keuzes en afwegingen moet maken' en 'daarbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt'.⁹³ Wat betreft de analyse dat staatsobligatieaankopen nodig waren om het risico op deflatie te bestrijden, gaf het vervolgens aan dat 'kwesaties van monetair beleid gewoonlijk omstreden zijn'.⁹⁴ Van de ECB kan daarom niet meer worden verlangd dan dat ze haar 'economische deskundigheid' gebruikt om haar analyse 'met de grootste zorg en nauwkeurigheid te verrichten'.⁹⁵ Tezamen met het feit dat het Europees Hof van Justitie de doelstelling van de ECB eenvoudig accepteert bij de toepassing van de *Pringle*-test, zorgt dit er inderdaad voor, zoals het Duitse Constitutionele Hof

62. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 137.

63. HvJ EU Weiss, par. 64-66.

64. Zie hierover, in het kader van het eerdere verwijzingsbesluit van het Duitse Constitutionele Hof, M. van der Sluis, 'Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17)', *Legal Issues of Economic Integration* 2019/49, afl. 3, p. 272.

65. Zie tekst bij voetnoot 83.

66. HvJ EU Weiss, par. 73. Zie verder tekst bij voetnoot 92.

67. HvJ EU Weiss, par 72-78.

68. HvJ EU Weiss, par 79-92.

69. HvJ EU Weiss, par. 93-99.

70. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 116, 119, 141, 153.

71. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 139.

72. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 123, 133, 138-139.

73. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 123, 127, 138, 140, 156, 162.

74. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 123, 156, 158.

75. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 154, 155.

76. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 163.

77. Zie ook C. Timmermans, 'Wie handelt *ultra vires*? Bundesverfassungsgericht vs EU Hof van Justitie', *NJB* 2020/1559, afl. 25, p. 1793-1794; P. Nicolaidis, 'The Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany on the Public Sector Asset Programme of the European Central Bank: Setting an Impossible and Contradictory Test of Proportionality', www.eulawlive.com, 15 mei 2020.

78. Art. 5(1) VEU.

79. Art. 5(4) VEU.

80. Editorial Comments 'Not mastering the Treaties: The German Federal Constitutional

Court's PSPP judgment', *Common Market Law Review* 2020/57, afl. 4, p. 971 (hierna: 'Editorial Comments CML Rev 2020').

81. Zie tekst bij voetnoot 42.

82. Zie tekst bij voetnoot 28.

83. Zie hierover in het kader van *Gauweiler* Borger 2016, p. 192-195.

84. Zie tekst bij voetnoot 23.

85. BVerfG OMT verwijzingsbesluit, par. 59-61; BVerfG OMT-uitspraak, par. 187-189.

86. Zie ook V. Borger, 'Het oordeel van Karlsruhe kent enkel verliezers', *NRC Handelsblad* 15 mei 2020 (hierna: 'Borger 2020b').

87. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 143.

88. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 143.

89. Borger 2016, p. 192-193.

90. Voor een overzicht van alle facetten van onafhankelijkheid zie Smits 1997, p. 151-

178; R.M. Lastra, 'The Independence of the European System of Central Banks', *Harvard International Law Journal* 1992/33, afl. 2, p. 482-496.

91. V. Borger, 'Central Bank Independence, Discretion, and Judicial Review', in: J. Mendes (red.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, New York: Oxford University Press 2019, p. 123-124.

92. Zie ook M. Dawson & A. Bobić, 'Quantitative Easing at the Court of Justice: Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others', *Common Market Law Review* 2019/56, afl. 4, p. 1024-1025.

93. HvJ EU Weiss, par. 73.

94. HvJ EU Weiss, par. 91.

95. HvJ EU Weiss, par. 91.

betoogt, dat de feitelijke veronderstellingen die aan het PSPP-programma ten grondslag liggen onvoldoende worden onderzocht.⁹⁶

Dit rechtvaardigt echter niet de volle toetsing van de rechters in Karlsruhe. Veeleer ligt het in de rede te specificeren op basis van welke standaarden discretionaire beoordelingen van de ECB worden getoetst.⁹⁷ Dat geldt zowel voor de bewijsstandaard waaraan de ECB dient te voldoen bij het formuleren van haar doelstellingen, als voor de standaard waaraan de rechter is gehouden bij de beoordeling of aan die bewijsstandaard is voldaan.⁹⁸ Op deze wijze wordt recht gedaan aan het vereiste, bevestigd in artikel 35(1) van het Statuut van de ECB,⁹⁹ dat haar handelingen vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing, zonder haar functionele onafhankelijkheid verregaand in te perken.

4. Het *Bundesverfassungsgericht* op het constitutionele speelveld

4.1. Karlsruhe en de Duitse politiek

De problematiek omtrent het oordeel uit Karlsruhe was eerst en vooral gelegen op het Duitse constitutionele niveau. Het Constitutionele Hof had in zijn uitspraak het Duitse parlement en de regering immers verordonneerd om, wegens hun constitutionele verantwoordelijkheid voor Europese integratie, de ECB ertoe te brengen haar motivering van de proportionaliteit van het PSPP-programma aan te scherpen.¹⁰⁰ Mocht die aanscherping er niet binnen drie maanden zijn, dan zou de *Bundesbank* er niet langer aan mogen deelnemen.

In de periode na de uitspraak heeft de Duitse politiek de angel uit deze problematiek gehaald. Dat deed ze in samenspel met de ECB. Alhoewel het Duitse Hof het tegendeel beweert,¹⁰¹ stond zijn opdracht aan de Duitse regering en het parlement op gespannen voet met de politieke onafhankelijkheid van de ECB. Maar de uitspraak negeren kon de ECB ook niet. Alhoewel zij enkel valt onder de jurisdictie van het Hof van Justitie, en niet onder die van Karlsruhe, doen het Duitse parlement en regering dat uiteraard wel. En hetzelfde geldt voor de *Bundesbank*. Op 25 juni 2020 deed de ECB daarom een strategische 'handreiking'.¹⁰² Ze publiceerde het verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur eerder die maand. Zonder het Duitse Constitutionele Hof expliciet te noemen, besprak zij daarin uitgebreid de proportionaliteit van het PSPP-programma.¹⁰³ Op verzoek van de *Bundesbank* zond ze tevens interne beleidsdocumenten over het programma toe aan de Duitse regering en het parlement.¹⁰⁴ De Minister van Financiën, Olaf Scholz, stuurde vervolgens een brief naar de voorzitter van het parlement, Wolfgang Schäuble, waarin hij aangaf dat de ECB met haar additio-

nele toelichting aan de voorwaarden van het Duitse Constitutionele Hof had voldaan. Enkele dagen later, op 2 juli, trok het parlement dezelfde conclusie in een breed gedragen resolutie.¹⁰⁵

Zowel de Duitse regering als het parlement hebben zo hun politieke gezag gemobiliseerd ter ondersteuning van de ECB en haar motivering van het PSPP-programma. Daarmee ontnemen zij het Constitutionele Hof, wiens *ultra vires*-toets juist ten doel heeft de Duitse democratie te schragen, de speelruimte om die motivering alsnog af te keuren. Dat beseffen de rechters in Karlsruhe zelf ook. De rechter-rapporteur in de zaak, Peter Huber, heeft aangegeven dat de *Bundesbank* weliswaar gebonden is aan de uitspraak van het Constitutionele Hof, maar 'zelf de verantwoordelijkheid draagt te bepalen of de motivering van de ECB aan onze voorschriften voldoet ... Het federale constitutionele hof is daarin niet meer betrokken'.¹⁰⁶ De *Bundesbank* heeft inmiddels besloten haar deelname aan het PSPP-programma te continueren.¹⁰⁷

Op deze manier is het voortbestaan van het PSPP-programma verzekerd. Recent, in maart 2020, heeft de ECB echter een vierde opkoopinstrument geïntroduceerd: het *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP).¹⁰⁸ Dat is in het leven geroepen om de negatieve invloed van de COVID-19-pandemie op het monetaire beleid het hoofd te kunnen bieden en stelt de ECB in staat om additionele activa, waaronder staatsobligaties, op te kopen.¹⁰⁹ De omvang van het instrument bedroeg aanvankelijk € 750 miljard, maar in juni 2020 besloot de ECB om die te verhogen tot € 1350 miljard. Het programma loopt zolang als nodig, en in ieder geval tot en met juni 2021. Alhoewel het PEPP een aanvulling vormt op de reeds bestaande opkoopinstrumenten van de ECB,¹¹⁰ waaronder het PSPP, valt het instrument buiten de reikwijdte van de uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof in de onderhavige zaak.¹¹¹ Maar het hoeft weinig betoog dat de tegenstanders van het PSPP-programma in de uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof voldoende munitie vinden om ook dit nieuwe programma juridisch aan te vechten.¹¹²

4.2. Het gezag van het Hof van Justitie en de wenselijkheid van een inbreukprocedure

De directe consequenties van de uitspraak voor het PSPP-programma mogen inmiddels zijn ondervangen, dat geldt allerminst voor haar impact op het gezag van het Hof van Justitie. Voor het eerst in zijn bestaan heeft het Duitse Constitutionele Hof een arrest van het Hof van Justitie naast zich neergelegd. Daarmee heeft het een gevoelige slag toegebracht aan het beginsel van voorrang, dat reeds decennia een wezenskenmerk vormt van de Europese rechtsorde.¹¹³ Enkele dagen na de uitspraak publiceerde het Hof van Justitie bij hoge uitzondering een perscommuniqué. Daarin bracht het in herinnering dat:

'[V]olgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een prejudicieel arrest van het Hof bindend is voor de nationale rechter bij de beslechting van het hoofdgeding 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

In de periode na de uitspraak heeft de Duitse politiek de angel uit deze problematiek gehaald. Dat deed ze in samenspel met de ECB

De directe consequenties van de uitspraak voor het PSPP-programma mogen inmiddels zijn ondervangen, dat geldt allerm minst voor haar impact op het gezag van het Hof van Justitie

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.¹¹⁴

Maar de geest is al uit de fles. En dus is de vraag: wat nu? Na de uitspraak werd druk gespeculeerd over de wenselijkheid of zelfs de noodzaak van een inbreukprocedure tegen Duitsland.¹¹⁵ Binnen een week liet de voorzitter van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen, weten dat haar instelling zich boog over 'mogelijke vervolgstappen, waaronder de optie van een inbreukprocedure'.¹¹⁶

Daarvoor zijn goede gronden aan te voeren. Vanuit Unierechtelijk perspectief is de uitspraak van het Duitse Constitutionele Hof, zeker ten aanzien van het Hof van Justitie, immers om verschillende redenen onrechtmatig. Op basis van de verantwoordelijkheid van de Duitse regering en het parlement voor het Europese integratieproces beoordeelt het Constitutionele Hof het opkoopprogramma van de ECB. Het draagt de regering en het parlement zelfs op de ECB ertoe te brengen haar motivering van het programma te veranderen. Op deze wijze opent het indirect de mogelijkheid om in Karlsruhe handelingen van een instelling van de Unie aan te vechten.¹¹⁷ Krachtens artikel 263 VWEU kan dat echter enkel in Luxemburg in een beroep tot nietigverklaring.¹¹⁸ Bovendien weigert het

Duitse Constitutionele Hof, in weerwil van de prejudiciële procedure in artikel 267 VWEU, gevolg te geven aan de uitspraak van het Hof van Justitie en heeft het eigenhandig Unierecht geïnterpreteerd. Zelfs op basis van zijn eigen jurisprudentie bevreemdt dat.¹¹⁹ In *Honeywell* had het Duitse Constitutionele Hof immers aangegeven eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie alvorens een handeling van de Unie als *ultra vires* te kwalificeren. Zijn vragen in deze zaak betroffen het opkoopprogramma van de ECB, niet het Hof van Justitie. Gezien zijn grote bedenkingen bij het antwoord uit Luxemburg had het in de rede gelegen dat het Duitse Constitutionele Hof opnieuw nieuwe prejudiciële vragen had gesteld, ditmaal over het Hof van Justitie zelf, in het bijzonder zijn opvatting van proportionaliteit.

Maar toch is het starten van een inbreukprocedure geen uitgemaakte zaak. Het uiteindelijke doel daarvan is immers het vaststellen en corrigeren van een inbreuk op het Unierecht. En daar wringt de schoen.¹²⁰ Dat het Duitse Constitutionele Hof zijn standpunt zou herzien, nota bene door een uitspraak van de instantie wiens oordeel het eerder naast zich neer heeft gelegd, is onwaarschijnlijk.¹²¹ Bovendien zou de procedure niet gericht zijn tegen het hof in Karlsruhe, maar tegen Duitsland als zodanig, vertegenwoordigd door de regering. Bij de vaststelling van een inbreuk zou die voor de onmogelijke keuze worden geplaatst tussen voorrang geven aan het Unierecht en het respecteren van de onafhankelijkheid van het Constitutionele Hof.¹²²

96. Zie tekst bij voetnoot 62.

97. Borger 2016, p. 194; Borger 2019, p. 125-126.

98. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 432-434.

99. Voor de goede orde: dit artikel spreekt enkel over toetsing door het Europees Hof van Justitie, niet door de nationale rechter.

100. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 232-233.

101. BVerfG PSPP-uitspraak, par. 232.

102. 'Opeens schaaft de Duitse politiek zich massaal achter de ECB', *NRC Handelsblad* 3 juli 2020.

103. Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the European Central Bank on 3-4 June 2020 (ECB, 25 juni 2020).

104. Zie ook Introductory Remarks by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory board of the ECB (Salzburg Global Webinar, 2 juli 2020).

105. 'Bundesbank to keep buying bonds after court challenge', *Financial Times* 6 juli 2020.

106. Quote in 'Verfassungsrichter – Bundesbank muss EZB Einhaltung der Vorgaben bescheinigen', *Reuters* 29 juni 2020.

107. 'Bundesbank sieht Forderungen des Verfassungsgerichts als erfüllt an', *Handelsblatt* 3 augustus 2020.

108. Besluit (EU) 2020/440 van de Europese Centrale Bank van 24 maart 2020 betreffende een tijdelijk pandemie-noodaankoopprogramma (*PbEU*, 2020, L 91).

109. Het PEPP vormt een aanvulling op het *Expanded Asset Purchase Programme*.

Activa die worden opgekocht in het kader van het PSPP, CBPP3, ABSPP en CSPP kwalificeren ook voor opkopen op basis van het PEPP.

110. Monetaire beleidsbeslissingen van de Raad van Bestuur van de ECB van 4 juni 2020.

111. Bundesverfassungsgericht, *Press*

release: ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences (nr. 32/2020, 5 mei 2020).

112. Zie ook D. Kyriazis, 'The PSPP judgment of the German Constitutional Court: An Abrupt Pause to an Intricate Judicial Tango', *Europeanlawblog.eu*, 6 mei 2020.

113. Zie bijv. HvJ EU 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); HvJ EU 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, par. 3 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

114. Hof van Justitie van de Europese Unie, 'Perscommuniqué naar aanleiding van het arrest van het Duits grondwettelijk hof van 5 mei 2020' (nr. 58/20, 8 mei 2020).

115. Zie art. 258 VWEU.

116. Statement by President Von der Leyen, Brussel, 10 mei 2020.

117. I. Pernice, 'Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra Vires Urteils verklagen? PRO', *www.verfassungsblog.de*, 16 mei 2020 (hierna: 'Pernice 2020').

'Pernice 2020').

118. In geval van de ECB behandelt het Gerecht dan wel het Hof van Justitie het beroep, afhankelijk van de actor die het beroep instelt. Zie art. 256(1) VWEU jo. art. 51 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

119. *Editorial Comments CML Review* 2020, p. 976; Pernice 2020.

120. C. Möllers, 'Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra Vires-Urteils verklagen? CONTRA', *www.verfassungsblog.de*, 16 mei 2020 (hierna: 'Möllers 2020').

121. *Editorial Comments CML Review* 2020, p. 974-978.

122. Möllers 2020; A. Jakab & P. Sonnevend, 'The Bundesbank is under a legal obligation to ignore the PSPP Judgment of the Bundesverfassungsgericht', *www.verfassungsblog.de*, 25 mei 2020.

In Warschau en Boedapest kon men de champagneturken horen knallen. De uitspraak is koren op de molen van hun populistische regeringen

Zou deze conclusie veranderen indien over de Duitse landsgrenzen heen wordt gekeken? Want ook daar heeft de uitspraak uit Karlsruhe gevolgen voor de positie van het Hof van Justitie. Dat geldt in het bijzonder voor Polen en Hongarije, die de afgelopen jaren meerdere malen door het Europese Hof zijn berispt wegens schending van asielmaatregelen en ondermijning van de rechtstaat.¹²³ In Warschau en Boedapest kon men de champagneturken horen knallen. De uitspraak is koren op de molen van hun populistische regeringen.¹²⁴ Kort na de publicatie ervan begreep het Hof van Justitie het vermogen van Hongarije om asielzoekers komend uit Servië vast te houden in ‘transitzones’ aan de grens.¹²⁵ In reactie daarop stelde de Hongaarse premier Orbán:

‘Het Europees Hof van Justitie probeert Hongaarse wetten en de Hongaarse constitutie onderuit te halen, zodat migranten naar Hongarije kunnen worden gebracht. Maar ze zullen er niet in slagen. Het is duidelijk dat indien een arrest van het Europese Hof strijdig is met de Hongaarse constitutie – wat hier het geval lijkt te zijn – de Hongaarse constitutie uiteraard voorrang heeft.’¹²⁶

De Poolse premier Morawiecki noemde het arrest van het Duitse Constitutionele Hof ‘een van de belangwekkendste uitspraken in de geschiedenis van de Europese Unie’.¹²⁷

Toen Andreas Vosskuhle, die daags na de uitspraak over het PSPP-programma afzwaaide als president van het Duitse Constitutionele Hof, werd bevraagd over de mogelijkheid dat populistische regeringen de uitspraak konden aangrijpen om hun onwettige oordelen van het Europees Hof te negeren, antwoordde hij: ‘wij kunnen ons oordeel niet laten afhangen van wat anderen mogelijk anderszins daaruit afleiden’.¹²⁸ Die redenering gaat te kort door de bocht. Een constitutie stoelt niet enkel op recht, maar ook op politiek, en in Duitsland hebben beide een belangrijke Europese dimensie. Een rechter dient zich daar rekenschap van te geven. Nog niet zo lang geleden klonk dat besef ook door in Karlsruhe. Toen het Duitse Constitutionele Hof in 2014 het OMT-programma van de ECB dreigde af te keuren, stelde rechter Lütke-Wolff in een afwijkende opinie:

‘Een rechterlijk besluit waarvan het voortbestaan van de euro afhankelijk is, is als zodanig een ongemakkelijke aangelegenheid, zelfs indien enkel de gevolgen voor het respectieve land in ogenschouw worden genomen. Vanuit een perspectief dat de nationale setting overstijgt, oogt het besluit van een *nationale* rech-

ter met zulke grensoverschrijdende gevolgen bijzonder precair. De democratische legitimatie die het besluit van een nationale rechter kan ontleen aan nationale standaarden (zover die er zijn) kan zich niet, althans niet zonder aanzienlijke schade, uitstrekken voorbij de nationale arena. Vanuit een strikt nationaal perspectief mag dit irrelevant lijken, verondersteld dat de integriteit van de nationale rechtsorde op het spel staat als gevolg van de handelingen van de ECB, en indien men de ogen sluit voor de mogelijke gevolgen van alternatieve scenario's. De vraag is echter of het nationale perspectief, dat in sommige gevallen van conflict terecht prevaleert boven dat van de Unie, nog steeds de gepaste en constitutionele is indien een besluit juridische en feitelijke gevolgen heeft van een grootte en omvang als hier het geval is.’¹²⁹

Het probleem is niet zozeer dat het Duitse Constitutionele Hof het beginsel van voorrang van Unierecht, zoals verkondigd door het Europees Hof van Justitie in *Costa/Enel* en latere zaken, niet ongeclausuleerd erkent. Zoals het Constitutionele Hof zelf opmerkt, hoeft dat niet problematisch te zijn, zolang beide hoven hun respectieve mandaat op een gecoördineerde manier uitoefenen.¹³⁰ Het is veel eerder de zaak waarin, de toon waarmee en het moment waarop het tot zijn *ultra vires*-oordeel komt, die de wenkbrauwen doen fronsen.¹³¹ Eerst de zaak. Dat het Duitse Constitutionele Hof zich geen rekenschap lijkt te geven van de bredere politieke dimensie ervan, in het bijzonder de bijdrage die de ECB met haar PSPP-programma heeft geleverd aan het herstel van de muntunie na de eurocrisis, valt moeilijk te begrijpen. Dan de toon. Door de uitspraak van het Hof van Justitie weg te zetten als ‘methodologisch onbegrijpelijk’ en ‘objectief arbitrair’ op basis van een interpretatie van proportionaliteit die ramelt aan alle kanten, blaast het veel te hoog van de toren. Tot slot het moment. Dat is bijzonder ongelukkig nu de positie van het Hof van Justitie, en de rechtsstaat in bredere zin, in verschillende lidstaten onder vuur ligt. Maar ook al grijpen die lidstaten het oordeel nu aan om het gezag van het Europese Hof te betwisten, dan nog vormt een inbreukprocedure daarop niet het juiste antwoord.¹³² De vormgeving van de Unie, en de rol van het recht daarin, is uiteindelijk een politieke aangelegenheid. Te denken dat die ten principale kan worden beslecht door het recht zelf, is een vergissing.

5. Conclusie

De uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* over het PSPP-programma van de ECB is een primeur: voor het eerst in zijn bestaan heeft het constitutionele hof van de grootste lidstaat van de Unie een arrest van het Hof van Justitie naast zich neergelegd. Daarmee speelt het hoog spel. Het verbaast daarom dat het Duitse Constitutionele Hof zijn *ultra vires*-oordeel voorziet van een zeer wankele basis. Zijn begrip van proportionaliteit is allesbehalve overtuigend. De daarop gebaseerde kwalificatie van de uitspraak van het Hof van Justitie als ‘methodologisch onbegrijpelijk’ en ‘objectief arbitrair’ is dat evenmin. Nu de lat

voor een *ultra vires*-kwalificatie zo laag ligt, is het bovendien aannemelijk dat in Karlsruhe vaker pogingen zullen worden ondernomen om uitspraken van het Hof van Justitie aan te vechten.¹²³ Dat valt moeilijk te rijmen met de door het Constitutionele Hof geprezen openheid van de Duitse grondwet voor Europees recht.

In een reactie probeerde de president van het Hof van Justitie, Koen Lenaerts, het belang van de uitspraak uit Karlsruhe te relativeren. De rechtsorde van de Unie heeft geen baat bij een '*guerre des juges*', stelde hij. '[D]at is meer iets voor Netflix'.¹³⁴ Feit is echter dat het gezag van zijn Hof wel degelijk een knauw heeft gekregen, getui-

ge de reacties uit Polen en Hongarije. Zo faciliteert het *Bundesverfassungsgericht* de anti-Europa agenda van hun regeringen. De Duitse politiek begrijpt dat heel goed. Kort na de uitspraak, midden in de COVID-19-pandemie, nam bondskanselier Merkel samen met de Franse president Macron het initiatief tot een ambitieus economisch herstelplan.¹³⁵ Daarmee bereidde ze de weg voor een nieuw steunfonds, een fundamentele hervorming van Europese economische samenwerking. Merkel gaf zo, in weerwil van het Constitutionele Hof, een krachtig signaal aan het Europese publiek waar de toekomst van Duitsland ligt: in de Unie. ●

¹²³. Zie bijv. HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; HvJ EU 6 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924; HvJ EU 2 april 2020, C-715/17, C-718/17 & C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257; HvJ EU 8 april 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277.
¹²⁴. Borger 2020b.
¹²⁵. HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU,

ECLI:EU:C:2020:367.
¹²⁶. Quote in 'Orban Rejects EU Ruling on Asylum Seekers in New Test for Bloc', *Bloomberg* 15 mei 2020.
¹²⁷. Quote in 'Polen lobt EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts', *Deutsche Welle* (dw.com) 10 mei 2020.
¹²⁸. Quote in 'Interview mit dr. Andreas Vosskuhle', *SWR Extra* 15 mei 2020.

¹²⁹. BVerfG OMT *verwijzingsbesluit*, afwijkende opinie Lübbe-Wolff, par. 28.
¹³⁰. BVerfG *PSPP*-uitspraak, par. 111.
¹³¹. M. Steinbeis, 'The liberal elite send their regards', www.verfassungsblog.de, 15 mei 2020.
¹³². Möllers 2020.
¹³³. *Editorial Comments CML Review* 2020, p. 974-975.

¹³⁴. Quote in Interview President Koen Lenaerts: 'Europees Hof komt meer center stage', *NRC Handelsblad* 17 mei 2020.
¹³⁵. Pressemitteilung, 'Deutsch-französische Initiative zur wirtschaftlichen Erholung Europas nach der Coronakrise', 18 mei 2020.