

Opnieuw bericht vanuit Karlsruhe: het arrest van het *Bundesverfassungsgericht* over het OMT-programma van de ECB

S.P. POPPELAARS*

1. Inleiding

Op 21 juni 2016 publiceerde het *Bundesverfassungsgericht* zijn arrest over het optreden van de Europese Centrale Bank (ECB) tijdens de eurocrisis.¹ Hoewel de EU-instellingen de uitslag van het *Brexit*-referendum twee dagen later ongetwijfeld met meer vrees tegemoet zagen, keken zij ook met spanning uit naar dit oordeel van het Duitse constitutionele hof. Tweeënhalf jaar eerder stelde het *Bundesverfassungsgericht* in deze zaak voor de eerste keer ooit prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.² Deze vragen waren vooral gericht op de speelruimte die de ECB op grond van Europees recht had om te reageren op economische ontwikkelingen. De president van de ECB, Mario Draghi, kondigde immers halverwege 2012, zo rond het dieptepunt van de eurocrisis, aan dat zijn bank klaarstond om alles te doen wat nodig was om de euro te behouden.³ Hij voegde daar, enigszins dreigend, aan toe: 'And believe me, it will be enough.' Hiermee introduceerde hij het zogenoemde *Outright Monetary Transactions*-programma (OMT-programma). Via dit programma kan de ECB onbeperkt staatsobligaties van eurolanden opkopen op de secundaire markt.⁴ Het OMT-programma is tot nu toe niet in de praktijk gebracht, omdat de aankondiging alleen al voldoende was om het gewenste resultaat te bereiken: relatieve rust op de financiële markten en handelbare rentes op staatsleningen. Hoewel Draghi in zijn speech stelde dat de ECB binnen haar mandaat zou blijven, betwijfelden anderen, onder wie de initiatiefnemers achter de procedure voor het Duitse hof, dat gelet op de aard en omvang van het OMT-programma. Dat het programma nog niet was uitgevoerd, weerhield de klagers er niet van om naar het *Bundesverfassungsgericht* te stappen. Ook het Duitse hof en het Hof van Justitie zagen daarin geen problemen en toetsten of het programma, indien uitgevoerd, een schending van het *Grundgesetz* of van het Unierecht zou opleveren.⁵

* S.P. (Suzanne) Poppelaars LL.M., BSc is junior-docent en promovenda Staatsrecht aan de Radboud Universiteit en schrijft een proefschrift over de juridische consequenties van Europese economische en monetaire integratie voor het nationale budgetrecht.

1 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13 e.a.

2 BVerfGE 134, 366. Zie hierover onder meer de verschillende bijdragen in het *Special Issue* van de *German Law Journal* (2014-2), geheel gewijd aan deze verwijzingsbeslissing van het Duitse constitutionele hof; Willemsse 2015.

3 Speech van Mario Draghi op de *Global Investment Conference* in Londen, 26 juli 2012, te raadplegen via: <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

4 Persbericht ECB, *Technical features of Outright Monetary Transactions*, 6 september 2012, te raadplegen via: http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html.

5 Zie over het feit dat het OMT-programma nog niet is uitgevoerd: BVerfGE 134, 390-392; HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 27-28; BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13 e.a., r.o. 91.

De overheersende opvatting van het *Bundesverfassungsgericht* in de verwijzende beslissing was dat de ECB met het OMT-programma haar boekje te buiten ging. In zijn antwoord op die vragen oordeelde het Hof van Justitie echter dat het OMT-programma niet in strijd is met het Unierecht.⁶ Vanwege dit inhoudelijke verschil van inzicht, en gelet op de kritische wijze waarop het *Bundesverfassungsgericht* Europese integratie tot nu toe tegemoet trad, was het maar zeer de vraag of Karlsruhe zich door dit antwoord zou laten overtuigen. Anderzijds zou een constitutioneel hof dat nadat het voor de eerste keer ooit prejudiciële vragen heeft gesteld, een oordeel van het Hof van Justitie naast zich neer zou leggen, het nut van de prejudiciële procedure ernstig ondermijnen. Bovendien zouden de gevolgen van een arrest waarin het *Bundesverfassungsgericht* het OMT-programma van de ECB zou afwijzen, zeer onzeker zijn. Onduidelijk was bijvoorbeeld of en op welke wijze de *Bundesbank* hierdoor een andere positie binnen de ECB zou krijgen.

Anders dan de uitkomst van het *Brexit*-referendum, stelde het definitieve oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* de EU-instellingen niet teleur. Op 21 juni 2016 oordeelde ook het Duitse hof dat er geen fundamentele juridische bezwaren bestaan tegen het OMT-programma.⁷ Tegelijkertijd nam het geen blad voor de mond en uitte het flinke kritiek op enkele belangrijke overwegingen van het Hof van Justitie in deze zaak.

Hieronder bespreek ik allereerst de achtergrond van deze nieuwste bijdrage aan de reeks van kritische arresten van het *Bundesverfassungsgericht* over Europese integratie (§2). Ik ga daarbij zowel in op die eerdere jurisprudentie van het Duitse hof als op de verwijzende beslissing en het arrest van het Hof van Justitie in deze zaak. Vervolgens behandel ik de belangrijkste punten uit het definitieve OMT-arrest van het *Bundesverfassungsgericht* (§3). Ik sluit af met enkele slotbeschouwingen (§4).

2. Achtergrond

Het *Bundesverfassungsgericht* kent een lange traditie van kritische jurisprudentie over Europese integratie.⁸ Waar het Duitse hof vanaf de jaren zeventig in de bekende *Solange*-zaken zich het recht voorbehield om te beoordelen of Europese regelgeving wel in overeenstemming was met de grondrechten uit het *Grundgesetz*, verschoof de toetsing in de jaren negentig van de grondrechten naar het democratiebeginsel. Het *Grundgesetz* waarborgt dat Duitsland een democratie is, waarin de macht van de overheid van het volk uitgaat.⁹ Het volk oefent deze macht niet zelf uit, maar selecteert daarvoor via het kiesrecht vertegenwoordigers.¹⁰ Dit democratiebeginsel kent, samen met andere fundamentele aspecten van de Duitse

bij de
buren

6 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*). Zie hierover onder meer de verschillende bijdragen in de *Special Section* van de *German Law Journal* (2015-4); Borger 2016.

7 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13 e.a.

8 Zie hierover onder meer: Van Ooyen 2014; Hoogers 2013, p. 216-218; Sillen 2012, p. 2947-2948; De Lange 2010.

9 Artikel 20 lid 1 en 2 GG.

10 Artikel 38 GG.

staatsinrichting (de zogeheten *Strukturprinzipien*), een bijzondere bescherming in het *Grundgesetz* doordat ze niet door regering en parlement via een grondwetswijziging veranderd kunnen worden.¹¹

Al in zijn arrest over het Verdrag van Maastricht uit 1993 erkende het *Bundesverfassungsgericht* dat het democratiebeginsel meer inhoudt dan enkel het recht om een stem uit te brengen voor volksvertegenwoordigers in de Bondsdag.¹² Hieronder valt ook het recht om deel te nemen aan de legitimatie van overheidsgezag en om invloed te kunnen uitoefenen op de aanwending daarvan.¹³ Aan de Bondsdag moeten daarom voldoende significante bevoegdheden toekomen. In het arrest over het Verdrag van Lissabon uit 2009 noemde het Duitse hof expliciete terreinen waarop Duitsland beslissende zeggenschap moet behouden, zoals de uitoefening van het budgetrecht.¹⁴ Er zit dus een grens aan de mate waarin nationale bevoegdheden kunnen worden overgedragen aan de EU. Democratische legitimatie komt in de ogen van het Duitse hof, zo overwoog het in het *Maastricht-Urteil*, eerst en vooral tot stand via de nationale parlementen.¹⁵ Het Europees Parlement kan slechts aanvullende legitimatie voor Europees beleid bieden. Juist op nationaal niveau moet volgens het *Bundesverfassungsgericht* sprake blijven van een 'levendige Democratie'.¹⁶ Ook vergt het democratiebeginsel dat overgedragen bevoegdheden voldoende specifiek zijn omschreven. Van het recht om zelf bevoegdheden te creëren (*Kompetenz-Kompetenz*) kan op EU-niveau geen sprake zijn. De EU is een afgeleide rechtsorde en aan Europese instellingen komen slechts bevoegdheden toe voor zover die door de lidstaten aan de EU zijn toegekend, aldus het *Bundesverfassungsgericht*.

Deze uitleg van het democratiebeginsel leidt in de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* tot twee vormen van toetsing. Ten eerste toetst het Duitse hof of EU-instellingen hun bevoegdheden niet ruimer uitleggen of toepassen dan waarmee de nationale wetgever heeft ingestemd. De basis voor deze zogeheten *ultra vires*-toets is al terug te vinden in zijn oordeel over het Verdrag van Maastricht.¹⁷ Ten tweede onderzoekt het Duitse hof of bij het overdragen van bevoegdheden van de lidstaten naar de EU of bij de uitoefening van die bevoegdheden de constitutionele identiteit van Duitsland niet wordt geschonden. Hiermee doelt het *Bundesverfassungsgericht* op de *Strukturprinzipien*: de wezenlijke kenmerken van de Duitse staatsinrichting zoals vastgelegd in het *Grundgesetz*. Het Duitse hof maakte deze vorm van toetsing met name concreet in het arrest over het Verdrag van Lissabon.¹⁸

Veel Europese maatregelen die naar aanleiding van de eurocrisis zijn genomen, zijn door het *Bundesverfassungsgericht* onderworpen aan (een van) deze vormen van toetsing. Het Duitse hof gaf in die jurisprudentie interessante overwegingen over de reikwijdte van het nationale budgetrecht

11 Artikel 79 lid 3 GG.

12 BVerfGE 89, 155. Zie over dit oordeel onder meer: Koopmans 1994; De Lange 1994.

13 BVerfGE 89, 171-172.

14 BVerfGE 123, 357-359. Zie over dit oordeel onder meer: De Lange 2010.

15 BVerfGE 89, 184.

16 BVerfGE 89, 186.

17 BVerfGE 89, 188.

18 BVerfGE 123, 344. Ook de *Solange*- en *Maastricht*-zaken bevatten al verwijzingen naar het begrip 'identiteit', zie: BVerfGE 37, 279; BVerfGE 73, 375-376; BVerfGE 89, 181, 189, 211-213.

Zie over het ontstaan en de achtergrond van de term 'constitutionele identiteit': Polzin 2016.

en de positie van de Bondsdag bij de Europese crisismaatregelen. In de OMT-zaak, die vooralsnog het sluitstuk vormt van deze arresten over de eurocrisis, stelde het *Bundesverfassungsgericht* twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Ten eerste vroeg het zich af of de ECB met het op onbepaalde schaal opkopen van staatsobligaties haar mandaat te buiten ging. Ten tweede vroeg het *Bundesverfassungsgericht* het Hof van Justitie of de ECB met het OMT-programma het zogeheten verbod op monetaire financiering overtrad. Dit Unierechtelijke verbod houdt in dat de ECB (en nationale centrale banken) lidstaten niet rechtstreeks mogen financieren.¹⁹ Het is daarom onder meer verboden voor de ECB om direct schuldbewijzen van de lidstaten op te kopen. Het *Bundesverfassungsgericht* gaf ter onderbouwing van deze vragen allerlei, veelal technische, argumenten voor de stelling dat het OMT-programma te ver ging. Slechts in twee overwegingen gaf het Duitse hof een voorzet voor een mogelijke EU-conforme interpretatie van het OMT-programma, waarbij de plannen van de ECB aan nadere voorwaarden moesten voldoen.²⁰ In de ogen van het *Bundesverfassungsgericht* leek het OMT-programma als zodanig dus niet door de beugel te kunnen.

Het Hof van Justitie antwoordde dat de ECB met het OMT-programma wel degelijk binnen haar bevoegdheden blijft en dat het programma evenmin het verbod op monetaire financiering schendt. Om te bepalen of het OMT-programma past binnen het mandaat van de ECB, moest het Hof van Justitie vaststellen of het hierbij overwegend ging om monetair beleid, waartoe de ECB bevoegd is, of om economisch beleid. De lidstaten coördineren op grond van het Unierecht hun economisch beleid, dat door de ECB slechts ondersteund mag worden.²¹ Gelet op het doel en de beschikbare instrumenten, kwalificeerde het Hof van Justitie het programma als monetair beleid.²² De ECB schond verder niet het verbod op monetaire financiering, aldus het Hof van Justitie, vanwege de randvoorwaarden die zij bleek te hanteren bij de uitvoering van het OMT-programma.²³ Zo maakte de ECB tijdens de gerechtelijke procedure bekend een minimumtermijn in acht te nemen tussen enerzijds de uitgifte van een schuldbewijs en anderzijds de aankoop ervan.²⁴ Deze en andere randvoorwaarden zorgden er volgens het Hof van Justitie voor dat de ECB het verbod op monetaire financiering, dat het rechtstreeks opkopen van staatsobligaties verbiedt, niet schendt of omzeilt.

Anders dan de conclusie van de advocaat-generaal, besteedde het arrest van het Hof van Justitie nauwelijks expliciet aandacht aan de toetsingsbevoegdheden die het *Bundesverfassungsgericht* zichzelf voorbehoudt en de gevolgen daarvan voor de wijze waarop het Duitse hof de jurisprudentie van het Hof van Justitie benadert. Het *Bundesverfassungsgericht* erkent in zijn jurisprudentie over Europese integratie dat het Hof van Justitie in

19 Zie artikel 123 VWEU.

20 BVerfGE 134, 416-417.

21 Zie de artikelen 5, 119, 120, 121, 127, eerste lid, VWEU.

22 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 46-56.

23 *Ibid.*, r.o. 93-127.

24 *Ibid.*, r.o. 105-107.

laatste instantie het Unierecht uitlegt, maar het acht zichzelf als enige bevoegd om te toetsen of die uitleg verenigbaar is met het *Grundgesetz* en meer in het bijzonder met het democratiebeginsel. Het antwoord van het Hof van Justitie op prejudiciële vragen is daardoor niet doorslaggevend voor het *Bundesverfassungsgericht*. Ook om die reden werd halsreikend uitgekeken naar het definitieve oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* over het OMT-programma.

3. Het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht*

In de kern volgde het *Bundesverfassungsgericht* het oordeel van het Hof van Justitie. Het Duitse hof verklaarde de klachten tegen het OMT-programma, voor zover ontvankelijk, ongegrond.²⁵ Desalniettemin voerde het *Bundesverfassungsgericht* zwaarwegende bezwaren aan tegen het arrest van het Hof van Justitie.²⁶ Zo overwoog het, mijns inziens terecht, dat het Hof van Justitie wel erg eenvoudig meegaat met het door de ECB geformuleerde doel van het OMT-programma. Dit speelde een belangrijke rol bij de kwalificatie van het programma als monetair beleid.²⁷ Het *Bundesverfassungsgericht* oordeelde dat het Hof van Justitie ten onrechte niet de onderliggende assumpties van die doelstelling toetste of inging op de argumenten om het OMT-programma als economisch beleid te bestempelen.²⁸ Volgens het Duitse hof vereist de rechterlijke controle op de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten nu juist dat de vermeende intenties van Europese instellingen niet kritikloos worden overgenomen.²⁹

In het verlengde hiervan was het *Bundesverfassungsgericht* eveneens ontevreden met de overwegingen van het Hof van Justitie over de intensiteit van de rechterlijke controle op de ECB.³⁰ Het Duitse hof merkte op dat het Luxemburgse hof in de beantwoording van de prejudiciële vragen niet reageerde op zijn stelling dat de rechterlijke controle op de ECB streng moest zijn. De onafhankelijkheid van de ECB leidt volgens het *Bundesverfassungsgericht* tot een vermindering van haar democratische legitimiteit. Die vermindering zou moeten worden gecompenseerd door een restrictieve interpretatie van de bevoegdheden van de ECB en een bijzonder strenge rechterlijke controle op haar mandaat, aldus het Duitse hof. Alleen op die manier wordt het verminderde niveau van democratische legitimatie zo veel mogelijk beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de uitvoering van monetair beleid. Waar de advocaat-generaal in de conclusie nog het tegengestelde standpunt innam, namelijk dat de onafhankelijkheid van de ECB juist moest leiden tot een terughoudende toetsing,

25 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13, r.o. 174.

26 Ibid., r.o. 175, 181-189.

27 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 46-47.

28 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13, r.o. 182.

29 Ibid., r.o. 186.

30 Ibid., r.o. 187-189.

maakte het Hof van Justitie aan dit punt nauwelijks woorden vuil, tot onvrede van het *Bundesverfassungsgericht*.³¹

Ondanks deze stevige kritiek, kwam het *Bundesverfassungsgericht* in zijn uiteindelijke OMT-beslissing, zoals gezegd, toch tot de slotsom dat de ECB niet buiten haar bevoegdheden is getreden met haar OMT-programma.³² De verklaring daarvoor ligt vooral in de eisen die het Duitse hof al in de *Honeywell*-zaak uit 2010 voor zijn *ultra vires*-toets formuleerde.³³ Het oordeelde toen (onder meer) dat pas als EU-instellingen hun bevoegdheden ‘kennelijk’ overtreden, het hof in Karlsruhe tot een dergelijk *ultra vires*-oordeel gerechtigd is. Van zulke ‘kennelijkheid’ is, gelet op het oordeel van het Hof van Justitie, in dit geval geen sprake. Ter onderbouwing van die slotsom besteedde het Duitse hof veel aandacht aan de (technische) voorwaarden die het Hof van Justitie volgens het *Bundesverfassungsgericht* verbond aan het OMT-programma. Voorbeelden hiervan zijn het vaststellen van een maximumvolume voor het opkopen van staatsobligaties en het hanteren van een minimumtermijn tussen de uitgifte van staatsobligaties en de aankoop ervan door de ECB. Deze voorwaarden kwamen volgens het Duitse hof overeen met de eisen die het zelf stelde in zijn verwijzende beslissing. Daarin deed het immers een voorstel om het OMT-programma in lijn met het Unierecht te interpreteren, waarvoor het volgens het *Bundesverfassungsgericht* nodig was om nadere voorwaarden aan het OMT-programma te stellen. In het definitieve arrest formuleerde het *Bundesverfassungsgericht* opnieuw enkele voorwaarden voor de uitvoering van het OMT-programma, die volgens het Duitse hof terug te voeren zijn op het arrest van het Hof van Justitie. Opvallend hieraan is dat het Hof van Justitie in zijn arrest helemaal geen expliciete voorwaarden noemde voor de inzet van het OMT-programma, al klinken er tussen de regels door wel enkele eisen in door. Veeleer overwoog het Hof van Justitie dat de ECB zelf bepaalde grenzen hanteert bij de inzet van het OMT-programma, zoals het in acht nemen van een minimumtermijn tussen de uitgifte van staatsobligaties en de aankoop.³⁴ Hoewel het Hof van Justitie daarom met de meeste door het *Bundesverfassungsgericht* formuleerde voorwaarden weinig moeite zal hebben, is het opmerkelijk dat het Duitse hof ze geheel toeschrijft aan het Hof van Justitie.

Bovendien overwoog het Hof van Justitie over een van die voorwaarden, namelijk het vaststellen van een maximumvolume voor het opkopen van staatsobligaties, dat een dergelijke kwantitatieve beperking ‘zou kunnen afdoen aan de doeltreffendheid van dit programma’.³⁵ Daarnaast komen deze voorwaarden, voor zover ze al uit het arrest van het Hof van Justitie kunnen worden afgeleid, anders dan het *Bundesverfassungsgericht* doet voorkomen, niet geheel overeen met de eisen die het Duitse hof stelde in zijn verwijzende beslissing en die het in zijn definitieve arrest

31 Conclusie A-G Cruz Villalón, 14 januari 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 108-111; BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13 e.a., r.o. 187-189.

32 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13, r.o. 190.

33 BVerfGE 126, 303-304.

34 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 93-127.

35 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), r.o. 88. Het Hof van Justitie benadrukte overigens wel andere manieren waarop de omvang van het OMT-programma beperkt is, bijvoorbeeld doordat niet alle beschikbare staatsobligaties voldoen aan de eisen van het OMT-programma.

formuleerde. Hoewel wel degelijk aan elkaar verwant, luiden deze voorwaarden in de verschillende arresten steeds iets anders.

Met de formulering van deze vereisten drukte het *Bundesverfassungsgericht* (wederom) een stempel op de uitvoering van Europese maatregelen.³⁶ Het Duitse hof maakte duidelijk dat de *Bundesbank* alleen mag meewerken aan operaties die plaatsvinden binnen deze (volgens het *Bundesverfassungsgericht* door het Hof van Justitie gestelde) kaders.³⁷ De Bondsregering en de Bondsdag hebben een plicht om deze kaders te bewaken.³⁸ Zij moeten zich verzetten tegen besluiten van de ECB die leiden tot een overschrijding van bevoegdheden en passende maatregelen nemen om de nationale gevolgen daarvan zo veel mogelijk te beperken.³⁹

Naast de *ultra vires*-toets beoordeelde het *Bundesverfassungsgericht* ook of het OMT-programma de constitutionele identiteit van Duitsland schendt. Daarover was het Duitse hof betrekkelijk kort: dat was niet het geval.⁴⁰ Het *Bundesverfassungsgericht* erkende in dat kader dat het OMT-programma grote gevolgen zou kunnen hebben voor de Duitse begroting.⁴¹ Ook overwoog het, in navolging van eerdere jurisprudentie, dat het budgetrecht op grond van het democratiebeginsel bij de Bondsdag moet blijven en dat de Bondsdag ‘Herr seiner Entschlüsse’ moet blijven.⁴² Een mechanisme met financiële gevolgen mag daarom niet, eenmaal in gang gezet, buiten de controle en de invloed van de Bondsdag om functioneren. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* leidde het OMT-programma echter niet tot een schending van het budgetrecht en daarmee van het democratiebeginsel, vanwege de nadere voorwaarden die het Hof van Justitie, althans in de ogen van het Duitse hof, aan het OMT-programma stelde.⁴³ Daarmee zijn de risico's van het programma begrensd.

36 Zie bijvoorbeeld ook: BVerfGE 132, 195.

37 BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13, r.o. 205.

38 *Ibid.*, r.o. 208-209.

39 *Ibid.*, r.o. 208-209; zie ook r.o. 220.

40 *Ibid.*, r.o. 210-219.

41 *Ibid.*, r.o. 215-217.

42 *Ibid.*, r.o. 211-214.

43 *Ibid.*, r.o. 218.

44 *Ibid.*, r.o. 91.

45 Persbericht ECB, *ECB announces expanded asset purchase programme*, 22 januari 2015, te raadplegen via: http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122_1.en.html.

46 Zie: <http://www.petergauweiler.de/aktuelles/>. Zie voor een inschatting van de uitkomst van die zaak: Poppelaars 2015.

4. Slotbeschouwingen

Met dit arrest levert het *Bundesverfassungsgericht* een nieuwe bijdrage aan zijn kritische jurisprudentie over Europese integratie. Zeker is dat dit niet de laatste zal zijn. Zoals gezegd is het OMT-programma tot nu toe nog niet in de praktijk gebracht. Zoals het *Bundesverfassungsgericht* echter opmerkte in het definitieve OMT-arrest, kan het programma indien nodig nog steeds op ieder moment worden ingezet.⁴⁴ De daadwerkelijke uitvoering van het programma kan tot nieuwe procedures leiden. Bovendien nam de ECB in januari 2015 nieuwe controversiële stappen door de introductie van kwantitatieve verruiming (*Quantitative Easing, QE*).⁴⁵ Tegen dit programma, dat bedoeld is om deflatie tegen te gaan, zijn al klachten bij het *Bundesverfassungsgericht* ingediend.⁴⁶ Het is dus een kwestie van tijd

voordat het Duitse hof een nieuwe aflevering aan zijn jurisprudentie toevoegt.

Dit voorlopig laatste arrest in de reeks zal bij sommigen tot een zucht van verlichting hebben geleid. De meeste aandacht zal daarbij zijn uitgegaan naar de uitkomst van de zaak: in de kern volgt het *Bundesverfassungsgericht* het Hof van Justitie. Dat betekent: geen ondermijning van de prejudiciële procedure en geen ingewikkelde vragen over de overgebleven speelruimte van de ECB en de positie van de *Bundesbank* daarbinnen.

Tegelijkertijd moet men in Brussel, Frankfurt en Luxemburg niet al te vroeg juichen. Het *Bundesverfassungsgericht* is immers zeer kritisch op het Hof van Justitie. Met name de overweging dat de vermeende intenties van Europese instellingen bij de rechterlijke toetsing van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de EU niet kritiekloos mogen worden overgenomen, is mijns inziens een stevig en terecht verwijt richting het Hof van Justitie. Het is te hopen dat het Hof van Justitie zich hier iets van aantrekt bij de beantwoording van eventuele volgende prejudiciële vragen van het *Bundesverfassungsgericht*.

Verder valt op aan het bovenstaande dat de door het *Bundesverfassungsgericht* ontwikkelde *ultra vires*-toets zijn langste tijd gehad lijkt te hebben. Deze toetsingsvorm was al uitgekleet door de nadere voorwaarden uit het *Honeywell*-arrest, met name het vereiste dat een overschrijding van bevoegdheden door EU-instellingen 'kennelijk' moet zijn, maar heeft nu echt weinig meer om het lijf, gelet op de toepassing daarvan in deze zaak. Het *Bundesverfassungsgericht* gaf immers in de verwijzende beslissing vele (al dan niet overtuigende) argumenten voor de stelling dat de ECB met het OMT-programma haar mandaat overschreed. In het definitieve OMT-arrest nam het die niet terug. Wel voegde het daarin fundamentele bezwaren aan die kritiek toe tegen de overwegingen van het Hof van Justitie bij de beantwoording van de prejudiciële vragen. Toch concludeerde het *Bundesverfassungsgericht* dat er geen sprake is van een *ultra vires*-handeling, omdat de schending van bevoegdheden niet 'kennelijk' zou zijn. Dit roept de vraag op wanneer een overschrijding dan wel 'kennelijk' is. Met deze uitleg en toepassing van de *ultra vires*-toets is moeilijk voorstelbaar dat het *Bundesverfassungsgericht* nog eens tot de conclusie zal komen dat een EU-instelling daadwerkelijk haar bevoegdheden te buiten is gegaan. Dat geldt overigens niet voor de toetsing van de constitutionele identiteit. Hoewel die toetsing in deze zaak een minder grote rol speelde dan de *ultra vires*-toets, heeft het *Bundesverfassungsgericht* hier in eerdere jurisprudentie over de eurocrisis meermaals een sterke positie voor de Bondsdag uit afgeleid bij de uitvoering van Europese crisismaatregelen (voor zover de Bondsdag daar zelf nog niet (voldoende) voor had gezorgd).⁴⁷ Deze toetsingsvorm is daarom zeker nog niet tandeloos, anders

47 Zie met name: BVerfGE 129, 124; BVerfGE 130, 318; BVerfGE 131, 152; BVerfGE 132, 195. Zie hierover ook: Eijssbouts & Reestman 2012, p. 369-370.

dan het geval lijkt te zijn met de *ultra vires*-toets na het definitieve OMT-arrest. Het Duitse hof richt zijn pijlen dus kennelijk liever op de nationale ambten, die immers vooral tot taak hebben om de constitutionele identiteit te beschermen, dan op de EU-instellingen.

Literatuur

Borger 2016

V. Borger, 'Outright Monetary Transactions and the stability mandate of the ECB: Gauweiler', *Common Market Law Review* 2016-1, p. 139-196

Eijsbouts & Reestman 2012

W.T. Eijsbouts & J.H. Reestman, 'Watching Karlsruhe/Karlsruhe Watchers', *European Constitutional Law Review* 2012-3, p. 367-374

Hoogers 2013

H.G. Hoogers, 'Karlsruhe en Europa deel zoveel: de ESM-uitspraak van het Bundesverfassungsgericht', *TvCR* 2013-3, p. 205-223

Koopmans 1994

T. Koopmans, 'Rechter, D-mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie', *NJB* 1994-8, p. 245-251

De Lange 1994

R. de Lange, 'Het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Maastricht: een nieuw Solange?', *SEW* 1994-6, p. 418-436

De Lange 2010

R. de Lange, 'Het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Lissabon', *AA* 2010-1, p. 26-30

Van Ooyen 2014

R.C. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, Baden-Baden: Nomos 2014

Polzin 2016

M. Polzin, 'Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law', *International Journal of Constitutional Law* 2016-2, p. 411-438

Poppelaars 2015

S.P. Poppelaars, 'Conclusie OMT-programma. De dans tussen de ECB, het *Bundesverfassungsgericht* en het Hof van Justitie', *NJB* 2015-7, p. 420-428

Sillen 2012

J.J. Sillen, 'Het Bundesverfassungsgericht, Europa en het ESM', *NJB* 2012-42, p. 2946-2953

Willemse 2015

M.J. Willemse, 'De OMT-uitspraak van het BVerfG in de context van het Unierecht', *TvCR* 2015-2, p. 179-191