

De zaak Pringle en de eurocrisis: juridische paradoxen en constitutionele perspectieven

Mr. dr. A. van den Brink en mr. J.W. van Rossem*

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Pringle* biedt een caleidoscopische blik op de constitutionele problematiek van de eurocrisis. Tegen de achtergrond van het ESM-Verdrag wordt in deze bijdrage aandacht besteed aan de dynamische wijze waarop Europa op dit moment zweeft tussen juridisering van de politiek en politisering van het recht. In dat verband staat ook een thema centraal dat niet direct door het Hof van Justitie in *Pringle* werd aangeroerd maar in de eurocrisis wel een grote rol speelt: het thema democratie.

HvJ EU 27 november 2012, zaak C-370/12, Pringle, n.n.g.

Inleiding

Het was voor niemand een verrassing dat het Hof van Justitie vorig jaar het Europese permanente noodfonds redde met zijn uitspraak in de zaak *Pringle*.¹ Velen hadden het idee dat de politieke en economische consequenties niet te overzien zouden zijn geweest als het Hof van Justitie het Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme² (ESM-Verdrag) zou hebben afgekeurd. Toch was de juridische argumentatie die nodig was om het ESM-Verdrag te redden verre van gemakkelijk. In deze bijdrage analyseren we de uitspraak en staan we stil bij twee aspecten die direct zien op de uitspraak zelf: de verhouding tussen recht en politiek en

de vraag of de uitspraak zich kenmerkt door rechterlijk activisme. In het verlengde van de *Pringle*-zaak ligt de vraag naar de democratische legitimatie van het ESM en in bredere zin het EU-economisch beleid, waar aan het einde van deze bijdrage bij stil zal worden gestaan.

Het ESM-Verdrag en de bezwaren van Pringle

Het ESM-Verdrag ter instelling van het permanente noodfonds is gesloten door de zeventien EU-landen die momenteel deel uitmaken van de eurozone. Daarmee heeft het tot een nadere verbijzondering van de eurozone binnen de EU geleid. Hoewel het ESM-Verdrag juridisch gezien door het internationaal publiekrecht wordt beheerst, is de band met het Unierecht sterk. Zo moeten landen die tot de eurozone toetreden ook tot het ESM-Verdrag toetreden (art. 2 lid 1 ESM). Zoals we verderop zullen zien, heeft het ESM bovendien net als het economisch beleid *binnen* de EU tot doel om de financiële stabiliteit van de eurozone en de EU te waarborgen. Het ESM geldt als laatste verdedigingslinie tegen vertrouwenscrises die de stabiliteit van de eurozone bedreigen (overweging 4 ESM). Bovendien worden instellingen van de Europese Unie ingezet. Het ESM zelf is echter geen EU-instelling of agentschap, maar een afzonderlijke, permanente financiële instelling (gezeteld in Luxemburg). Het belangrijkste orgaan is de Raad van gouverneurs, die bestaat uit de ministers van Financiën van de eurolanden. Anders dan het Verdrag inzake Stabiliteit, Coördinatie en Bestuur in de EMU (het Stabiliteitsverdrag, of ook wel: Begrotingsverdrag)³ kent het ESM-Verdrag echter geen horizonbepaling om het verdrag te integreren in de EU-structuur. Concreet en specifiek doel van het ESM is:

255

* Mr. dr. A. van den Brink is verbonden aan het Europa Instituut, afdeling Staatsrecht en doet onderzoek binnen het nieuwe onderzoeksprogramma 'RENFORCE – Gedeelde Regulering en Handhaving in Europa' van deze universiteit. Mr. J.W. van Rossem is verbonden aan het Europa Instituut, afdeling Bestuursrecht en doet onderzoek binnen het nieuwe onderzoeksprogramma 'RENFORCE – Gedeelde Regulering en Handhaving in Europa' van deze universiteit.

1. HvJ EU 27 november 2012, zaak C-370/12, *Thomas Pringle/Government of Ireland, Ireland and The Attorney General*, n.n.g.

2. Hierna: ESM-Verdrag, te vinden op de website van de Europese Raad: <www.european-council.europa.eu/media/582895/10-tesm2.nl12.pdf>.

3. Gesloten door 25 EU-lidstaten landen minus het Verenigd Koninkrijk en Tsjechië en met als belangrijkste onderdeel de verplichting tot bindende en permanente wettelijke verankering van een structureel begrotings-evenwicht. Te vinden: <www.european-council.europa.eu/media/639170/15_-tscg.nl.12.pdf>.

‘het vrijmaken van middelen en het verstrekken van stabiliteitssteun (onder stringente voorwaarden) ten gunste van ESM-leden in ernstige financieringsproblemen, indien zulks onontbeerlijk is om de financiële stabiliteit van de eurozone in haar geheel en van de lidstaten ervan te vrijwaren.’ (art. 3 ESM).

Belangrijke besluiten over de inleg, de verdeelsleutel en het verstrekken van stabiliteitssteun neemt de Raad van gouverneurs in onderlinge overeenstemming. Echter, als de Europese Commissie en de Europese Centrale Bank (ECB) het nodig vinden, kan er een spoedstemprocedure worden geactiveerd. In dat geval volstaat een gekwalificeerde meerderheid van 85 procent van de uitgebrachte stemmen.⁴ Aangezien Duitsland (27,1 procent), Frankrijk (20,4 procent) en Italië (17,9 procent) ieder afzonderlijk een hoger stemgewicht hebben dan voor een blokkerende minderheid nodig is, hebben zij een *de facto* vetorecht.⁵ Dit is een vreemde besluitvormingsmodaliteit, omdat stemming bij gekwalificeerde meerderheid binnen het EU-recht een balans beoogt te bewerkstelligen tussen de belangen van de grotere en de kleinere landen. Het ESM-Verdrag geeft niet expliciet aan dat het risico voor de deelnemende landen beperkt is tot hun inleg in het maatschappelijk kapitaal. Zo is het Verdrag echter wel geïnterpreteerd met de aanvulling dat het maatschappelijk kapitaal alleen kan worden verhoogd door een wijziging van het Verdrag.⁶

Thomas Pringle – onafhankelijk lid van het Ierse parlement – betwistte voor de Ierse *High Court* zowel de legaliteit van het ESM-Verdrag zelf als van het Besluit van de Europese Raad (2011/199/EU) om in het EU-Verdrag betreffende de werking van de EU (hierna VWEU of EU-Werkingsverdrag) op te nemen dat de lidstaten een mechanisme kunnen instellen om de stabiliteit van de eurozone te waarborgen (art. 136 lid 3 VWEU).⁷ Daarnaast was het ESM-Verdrag in zijn ogen in strijd met de Ierse Grondwet omdat die een dergelijke delegatie van nationale soevereiniteit niet zou toelaten en bovendien zouden de bevoegdheden van de regering op het terrein van het buitenlands beleid te ver worden opgerekt.⁸ In het bijzonder zou de overdracht van bevoegdheden van het nationale parlement aan de

minister van Financiën ontoelaatbaar zijn. Deze laatste punten kwamen in de uitspraak van het Hof van Justitie vanzelfsprekend niet terug, maar aan het einde van deze bijdrage gaan we wel nader in op deze punten van democratische inbedding. Hieronder bespreken we eerst de prejudiciële vragen zoals die door het *High Court* zijn gesteld en de beantwoording daarvan door het Hof van Justitie.

De uitspraak

Toepassing van de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedure

De eerste prejudiciële vraag betrof de geldigheid van het Besluit van de Europese Raad⁹ om het EU-Werkingsverdrag via de vereenvoudigde procedure van artikel 48 lid 6 VEU te wijzigen. Deze procedure, nieuw sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon,¹⁰ maakt het mogelijk om het Werkingsverdrag te wijzigen via een procedure die minder zwaar is dan de reguliere verdragswijzigingsprocedure. Er gelden echter twee voorwaarden:

1. De wijziging mag alleen betrekking hebben op Deel III van het Werkingsverdrag (het beleid van de Unie).
2. De wijziging mag niet bestaan uit een uitbreiding van de bevoegdheden van de EU.

Om aan de eerste voorwaarde te voldoen, mocht het stabiliteitsmechanisme niet vallen binnen het monetair beleid van de Unie. Dat is immers in Deel I van het EU-Werkingsverdrag als exclusieve bevoegdheid van de EU aangemerkt. Het Hof van Justitie overweegt dat het monetair beleid in de Unie samenvalt met prijsstabiliteitsbeleid. Het mandaat van de ECB is hiertoe immers nadrukkelijk beperkt, terwijl het uitdrukkelijke doel van het ESM is de stabiliteit van de eurozone te waarborgen. Het Hof van Justitie erkent dat het stabiliteitsmechanisme invloed kan hebben op de prijsstabiliteit in de eurozone, maar stelt dat deze mogelijke ‘indirecte gevolgen’ het mechanisme niet kwalificeren als een maatregel van monetair beleid.¹¹ De lidstaten beogen met het ESM de stabiliteit van de eurozone te waarborgen en daarmee de interne en externe waarde van de gemeenschappelijke munt te behouden. Zo indirect zijn die gevolgen dus niet, sterker: ze zijn zelfs beoogd. Dat maakt de scheiding tussen monetair en economisch beleid kunstmatig. Echter, het EU-Verdrag en het EU-Werkingsverdrag leggen dit onderscheid nu eenmaal aan en van het Hof van Justitie kan dus niet worden verwacht dat het die terzijde schuift. De *afbakening* tussen de twee beleids-terreinen puur op basis van de verdragsdoelstellingen is echter problematisch omdat op het gebied van het

4. De weging van de stemmen is gebaseerd op het aantal aandelen in het maatschappelijk kapitaal van het ESM. Zie art. 4 lid 7 ESM.

5. Art. 4 lid 4 ESM jo. Bijlage I ESM.

6. J.H. Reestman, ‘Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland’, *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013-3, p. 103-113; BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 september 2012, r.o. 251-253.

7. Art. 136 lid 3, dat op 1 januari 2013 in werking is getreden, luidt als volgt: ‘De lidstaten die de euro als munt hebben kunnen een stabiliteitsmechanisme instellen dat geactiveerd wordt indien dat onontbeerlijk is om de stabiliteit van de eurozone in haar geheel te waarborgen. De verlening van financiële steun, indien vereist, uit hoofde van het mechanisme zal aan stringente voorwaarden gebonden zijn’. Zie uitgebreider over de bezwaren van Pringle: J. Tomkin, ‘Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy’, *German Law Journal* 2013, 14-1, p. 169-190.

8. Supreme Court of Ireland 19 oktober 2012, *Thomas Pringle/The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, [2012] IESC 47.

9. Besluit 2011/199/EU van de Europese Raad.

10. Zie verder B. de Witte, ‘The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism’, *European Policy Analysis* 2011-6, p. 1-8.

11. *Pringle*, r.o. 54-56.

monetair beleid een specifieke verdragsdoelstelling bestaat, terwijl dat op het gebied van het economisch beleid niet het geval is.¹²

Vervolgens lag de vraag voor of het Besluit van de Europese Raad om artikel 136 VWEU te wijzigen nieuwe bevoegdheden voor de Europese Unie zou opleveren. Het Hof van Justitie overwoog dat het stabiliteitsmechanisme buiten de kaders van het bestaande economische beleid valt en om die reden geen afbreuk doet aan de coördinatie van economisch beleid binnen het reguliere EU-recht. Hoewel het dus een nieuw element van economisch beleid vormt, breidt de nieuwe bepaling niet de bevoegdheden van de Unie uit. Het Besluit bevestigt namelijk de gezamenlijke bevoegdheid van de eurolanden om een stabiliteitsmechanisme in te stellen. Die bevoegdheid hebben de landen volgens de Luxemburgse rechter reeds volgens het internationaal publiekrecht. Op grond van dit argument – artikel 136 lid 3 VWEU *bevestigt* een bevoegdheid van de lidstaten en vormt hiervoor geen *grondslag* – kon het Hof van Justitie ook door de vingers zien dat de lidstaten het ESM-Verdrag reeds vóór de inwerkingtreding van Besluit 2011/199/EU hadden aangenomen.¹³

De lezing dat het hier gaat om bevoegdheden van de lidstaten is in lijn met de bewoordingen van het Besluit. Toch wringt hier dat in het ESM-Verdrag zelf substantiële bevoegdheden toegekend worden aan de instellingen van de Unie. Dat doet er volgens het Hof van Justitie echter niet toe omdat het hier gaat om toetsing van het Besluit en niet van het ESM-Verdrag.

De verenigbaarheid van het ESM-Verdrag met het Unierecht

De tweede prejudiciële vraag betrof de verenigbaarheid van het ESM-Verdrag met het Unierecht. Dat het mogelijk zou zijn om onderling een internationaal verdrag te sluiten op een terrein waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, is wel bekritiseerd,¹⁴ maar staat voor het Hof van Justitie niet ter discussie. Wel was aan de orde of het ESM-Verdrag verenigbaar was met specifieke onderdelen van het EU-recht.¹⁵ Het Hof van Justitie had ten aanzien van het Besluit van de Europese

Raad al bepaald dat het stabiliteitsmechanisme buiten de sfeer van het monetaire beleid valt. Dit kon dus ook hier geen onverenigbaarheid opleveren.¹⁶ Pringle stelde echter dat ook het economisch beleid van de Unie in het geding was. Door het opleggen van de stringente voorwaarden aan lidstaten die stabiliteitssteun toegekend krijgen, werden volgens Pringle de bevoegdheden van de Raad in het kader van de coördinatie van economisch beleid doorkruist.¹⁷ Het Hof van Justitie ging hier niet in mee. Allereerst herhaalde het dat de lidstaten in beginsel vrij zijn om onderling een overeenkomst als het ESM-Verdrag te sluiten.¹⁸ Dit omdat het EU-Werkingsverdrag geen specifieke bevoegdheid te dien einde bevat en de lidstaten geen gebruik hebben gemaakt van de algemene bevoegdheid van artikel 352 VWEU.¹⁹ In de tweede plaats overwoog de Luxemburgse rechter dat ‘het ESM niet de coördinatie van het economisch beleid tot doel heeft, maar een financieringsmechanisme vormt’.²⁰ Dus zelfs als al gesproken kon worden van een gedeelde bevoegdheid – een oordeel dat het Hof van Justitie uit de weg ging – dan nog vormde dit geen obstakel voor de handelswijze van de lidstaten.

Daarna kwam de belangrijke vraag aan de orde of het ESM-Verdrag verenigbaar was met artikel 125 VWEU, de ‘*no bail out*’-clausule. Deze bepaling, een belangrijke pijler van het stelsel dat met het Verdrag van Maastricht tot stand kwam, beoogt de lidstaten te stimuleren om een gezond begrotingsbeleid te voeren. Dit zou moeten worden bewerkstelligd door de tucht van de markt en de dreiging van het uitblijven van hulp door de Unie of andere lidstaten. Het Hof van Justitie begint met een letterlijke interpretatie van artikel 125 VWEU. Daar de bepaling de lidstaten strikt genomen alleen een verbod oplegt om verbintenissen van elkaar over te nemen is niet elke vorm van financiële bijstand *a priori* uitgesloten.²¹ Dat is slechts het geval als inbreuk wordt gemaakt op het bewerkstelligen van begrotingsdiscipline, het doel van de bepaling. Wanneer tegelijkertijd met het verlenen van financiële bijstand ook prikkels worden gecreëerd om de begroting op orde te houden, zou artikel 125 VWEU dus geen belemmering opleveren.²² Die prikkels zijn vervat in de strikte voorwaarden die het ESM verbindt aan financiële bijstand.²³ Ook wees het Hof van Justitie op het achterliggende doel van de bepa-

12. Op basis van art. 120 VWEU coördineren de lidstaten hun economisch beleid teneinde bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie.

13. Dit betrof het antwoord op de derde prejudiciële vraag. Zie r.o. 183-185 alsmede r.o. 72.

14. Zie Craig die ten aanzien van het Begrotingspact beargumenteert dat het flexibeler en vrijere kader van het internationale recht betekent dat constitutionele en democratische beginselen van de Europese rechtsorde worden omzeild. Hetzelfde kan ten aanzien van het ESM worden betoogd; P.P. Craig, ‘The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism’, *European Law Review* 2012, nr. 37, p. 231-246.

15. Het Ierse Supreme Court vroeg het Hof van Justitie om een uitspraak over de verenigbaarheid van het ESM-Verdrag met de art. 2, 3, 4 lid 3, en 13 VEU en van de art. 2 lid 3, 3 lid 1 onder c en lid 2, 119 t/m 123 en 125 t/m 127 VWEU, plus nog de algemene beginselen van effectieve rechterlijke bescherming en rechtszekerheid. De verwijzingsbeslissing van het Supreme Court gaf volgens het Hof van Justitie geen uitleg omtrent de relevantie van de art. 2 en 3 VEU, alsmede van het algemene rechtszekerheidsbeginsel. Op die punten werd de tweede vraag daarom niet-ontvankelijk verklaard. R.o. 86-91 van de uitspraak.

16. R.o. 93-98. Behalve een beroep op de art. 3 lid 1 onder c en 127 VWEU, verwerpt het Hof van Justitie ook een beroep op art. 3 lid 2 VWEU: r.o. 99-107.

17. Zie voor deze argumentatielijnen met name de Standpuntbepaling van A-G Kokott, r.o. 87-89.

18. R.o. 109; 64-69. De enige grens die de lidstaten bij het sluiten van onderlinge verdragen in acht moeten nemen, is dat zij het Unierecht eerbiedigen. Met de stringente voorwaarden die krachtens art. 136 lid 3 VWEU aan de verlening van financiële bijstand door het ESM worden verbonden, wordt volgens het Hof van Justitie beoogd te verzekeren dat deze eerbiediging inderdaad plaatsheeft (r.o. 69).

19. Art. 122 VWEU, de basis voor het EFSM, werd niet als een passende rechtsgrondslag beschouwd voor een permanent mechanisme als het ESM. Zie r.o. 115-122; 65.

20. R.o. 110.

21. R.o. 130-132.

22. R.o. 133-137.

23. R.o. 138-143.

ling (de *'ultima ratio'*) – de stabiliteit van de eurozone – hetgeen het ESM onttegenzeggelijk bevordert.

Een ander lastig punt betrof de rol die het stabiliteitsmechanisme toebedeelt aan verschillende EU-instellingen (de Commissie, de ECB en het Hof van Justitie). Strookte dit wel met artikel 13 VEU, dat bepaalt dat '(i)edere instelling handelt binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar in de Verdragen zijn toegeedeeld'? Het Hof van Justitie verwees naar eerdere jurisprudentie waaruit bleek dat de lidstaten 'op die gebieden die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie behoren, het recht hebben om buiten het kader van de Unie taken op te dragen aan de instellingen (...) mits deze taken de wezenlijke aard van de bevoegdheden' van deze instellingen niet veranderen.²⁴ Volgens het Hof van Justitie respecteert het ESM-Verdrag dit laatste vereiste.²⁵

Analyse

Rechtsgemeenschap of vehikel voor de lidstaten?

De Europese Unie wordt sinds jaar en dag gekwalificeerd als een *rechtsgemeenschap*.²⁶ Dat suggereert dat het recht regeert over alle actoren in de Unie en dat machtspolitiek, anders dan traditioneel het geval in internationale organisaties, niet het laatste woord heeft. In de kwalificatie lijkt echter ook besloten te liggen wat de Unie niet is of slechts in beperkte mate: een politieke gemeenschap. Dit spanningsveld is door het uitbreken van de eurocrisis zeer actueel geworden. Concreet zien we in de wijze waarop de crisis te lijf wordt gegaan de volgende interessante paradox. Enerzijds illustreren de maatregelen die in dit verband zijn en worden genomen de typisch Europese neiging tot juridisering: het recht wordt gebruikt om zaken uit het politieke domein te halen. Dat betreft bijvoorbeeld de verplichting om strikte voorwaarden aan stabiliteitssteun te verbinden en de juridische verankering van begrotingsevenwicht in het Stabiliteitsverdrag.²⁷ Anderzijds toont het pad dat de lidstaten bewandelen teneinde deze verdere juridisering van financieel-economisch beleid te realiseren, dat de lidstaten de Unie nog steeds als *vehikel* zien waarvan gebruik kan worden gemaakt op een manier die de lidstaten uitkomt. Het Stabiliteitsverdrag, bijvoorbeeld, kan beschouwd worden als een aantasting van de verdragswijzigingsprocedure van artikel 48 VEU (welke unanimitie vereist), omdat besloten werd tot het volgen

van de volkenrechtelijke route toen één lidstaat zijn stem niet wilde geven aan een wijziging van het EU-Verdrag.²⁸

De wijziging van artikel 136 VWEU is evenmin vrij van de bovengenoemde paradox. Het Hof van Justitie oordeelde als gezegd dat deze toevoeging slechts declaratoir van aard is. Dat was waarschijnlijk niet wat de lidstaten voor ogen stond toen zij Besluit 2011/199/EU namen. Met name Duitsland vreesde dat het stabiliteitsmechanisme zonder wijziging van het Verdrag strijd zou opleveren met de *'no bail out'*-clausule.²⁹ Aldus werd door de lidstaten de indruk gewekt dat het toekomstige artikel 136 lid 3 VWEU noodzakelijk zou zijn voor de legaliteit van het ESM. Later, toen het onwenselijk bleek om de goedkeuring van het besluit in alle lidstaten af te wachten, heeft men geprobeerd dit narratief aan te passen.³⁰ Het Hof van Justitie ging hierin mee door zijn hierboven beschreven beperkte uitleg van artikel 125 VWEU. Daardoor was de wijziging van de EU-verdragen juridisch niet noodzakelijk.

De oorspronkelijke intentie van de lidstaten om het Unierecht als uitgangspunt te nemen lijkt zo als een boemerang terug te komen. Als wijziging van het EU-Werkingsverdrag niet nodig was om het ESM op te zetten, dan is artikel 136 lid 3 VWEU niet veel meer dan een acclamatie van de voortdurende soevereiniteit van de lidstaten. In deze zin vatte het Duitse *Bundesverfassungsgericht*³¹ de bepaling op. Advocaat-generaal Kokott deed dat eveneens.³² Dit is wellicht verrassend voor diegenen die gewend zijn om de Europese rechtsorde als een constitutioneel schemergebied te beschouwen waarin voor dergelijke uitingen van soevereiniteit geen plaats meer is. Voor hen heeft de *Pringle*-uitspraak mogelijk het karakter van een Schmittiaanse uitzonderingstoestand – een moment waarop, tussen alle regelstelling door, de sluier van de Europese rechtsgemeenschap even wordt opgetild en haar politieke wezen wordt getoond.³³

De wijze waarop de eurocrisis wordt aangepakt, vormt niet het *demasqué* van de Unie als rechtsgemeenschap. Eerder is het zo dat het Unierecht en de lidstaten elkaar in deze crisis in een ongemakkelijke greep houden. Weliswaar laten de lidstaten met de vervaardiging van het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag hun politieke gezicht zien, depolitisering is wel degelijk ook een

24. R.o. 158.

25. R.o. 159-177.

26. De term 'rechtsgemeenschap' is afkomstig van oud-Commissievoorzitter Walter Hallstein. Zie ook: J.V. Louis, *De rechtsorde van de Gemeenschap*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1980, p. 22.

27. Zie J.H. Reestman, 'Constitutioneel minimalisme, het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde', *TvCR* 2013-4, p. 23-24. Vgl. ook L. Besselink en J.H. Reestman, 'The Fiscal Compact and the European Constitutions: "Europe speaking German"', *EuConst* 2012, p. 1-8; P.A. van Mallegheem, '*Pringle*: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution', *German Law Journal* 2013-14, p. 141-168.

28. Deze lidstaat was het Verenigd Koninkrijk. Zie kritisch hierover P.P. Craig, 'The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism', *European Law Review* 2012, 37, p. 231-246 (m.n. p. 238 tot 241). Behalve het Verenigd Koninkrijk heeft ook Tsjechië ervoor gekozen zich niet aan te sluiten bij het Stabiliteitsverdrag.

29. Zie p. 6 van het artikel van B. de Witte, 'The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism', *European Policy Analysis* 2011-6, p. 1-8.

30. Zie voor een goed overzicht van de argumenten van Pringle: J. Tomkin, 'Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy', *German Law Journal* 2013-14, p. 169-190.

31. BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 september 2012, r.o. 237.

32. Conclusie van A-G Kokott, p. 137-138.

33. C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot 1996, p. 13-14.

belangrijk kenmerk van de aanpak van de crisis. Neem het feit dat de lidstaten buiten de Unie-rechtsorde om een beroep doen op de instellingen van de EU. Aan de ene kant vormt dit een belangrijke reden waarom het imago van de Unie als rechtsgemeenschap aan het afbladderen is.³⁴ Het doet de integriteit van de Unie geen goed als een met waarborgen omklede procedure als artikel 48 VEU gemeden kan worden om vervolgens, vanuit een positie in het volkenrecht, selectief te winkelen in artikel 13 VEU – lees: zonder een rol vrij te maken voor het Europees Parlement. Aan de andere kant ligt in het beroep op deze instellingen tegelijkertijd echter ook een vlucht uit het politieke domein besloten. Bij gebrek aan draagvlak voor ‘politieke en institutionele vergezichten’ grijpen de lidstaten daarom terug op (quasi-)onafhankelijke instituties als de ECB, de Commissie en natuurlijk het Hof van Justitie zelf om te voorkomen dat politieke krachten in financieel-economische kwesties de overhand krijgen.³⁵ Er lijkt dus een keerzijde te zitten aan de erupties van nationale soevereiniteit die we de afgelopen jaren gezien hebben. Politieke zelfbeschikking van de lidstaten wordt aangewend om in collectief verband afspraken te maken over methoden om de individuele bewegingsruimte in begrotingsaangelegenheden klein te houden. Inhoudelijk blijft hierdoor weinig van politieke zelfbeschikking over.

In commentaren op de aanpak van de crisis wordt het huidige proces van juridisering op het gebied van financieel-economisch beleid in Europa vaak op één lijn gezet met een proces van constitutionalisering.³⁶ Dat valt tot op zekere hoogte goed te begrijpen. Zowel bijvoorbeeld de verplichting in het Stabiliteitsverdrag om in een ‘bindende en permanente, bij voorkeur constitutionele’ nationale bepaling een begrotingsevenwichtsnorm te codificeren als bijvoorbeeld de *ultima ratio* die het Hof van Justitie in *Pringle* formuleerde om het ESM te redden, heeft een duidelijk constitutioneel tintje. Maar het begrip constitutionalisering wordt zo ook wel op een manier gebruikt die behoorlijk losgezongen raakt van de politiek. Met het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag lijken de lidstaten een ‘tussensfeer’ te hebben opgezocht waarin voor zowel de democratie op Europees niveau als de democratie op nationaal niveau relatief weinig ruimte is. Het doet wat wrang aan om het begrip ‘constitutionalisering’ in deze context te gebruiken. Hoewel constitutievorming ook depolitisering impliceert, kan zij tegelijkertijd niet los worden gezien van democratie. Aan de problematiek van democratie wordt in paragraaf IV.3 uitgebreider aandacht besteed.

34. P.P. Craig, ‘The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism’, *European Law Review* 2012, 37, p. 231-246.

35. Zie M. Diamant en J.M.L. van Emmerik, ‘Het Nederlandse budgetrecht in Europees perspectief’, *TvCR* april 2013, p. 94-129.

36. Zie voetnoot 27.

Rechterlijk activisme?

De argumentatie van het Hof van Justitie in *Pringle* is in verschillende commentaren bekritiseerd.³⁷ Nu ligt het Hof van Justitie wel vaker onder vuur. Meestal wordt dan het begrip rechterlijk activisme gebruikt om de kritiek van een overkoepelend kader te voorzien.³⁸ Consensus over een definitie van rechterlijk activisme is er echter niet, en – samen met de grote normatieve lading – is het daarmee een complex begrip.³⁹ Het fenomeen rechterlijk activisme is komen overwaaien uit de Verenigde Staten, waar al veel langer een levendig academisch discours bestaat over het gedrag van rechters, in het bijzonder van rechters uit het Supreme Court.⁴⁰ In dit discours worden de volgende vormen van rechterlijk gedrag in verband gebracht met activisme die ook voor de analyse van het *Pringle*-arrest van belang zijn:⁴¹

- aantasten van besluiten van de andere (democratisch gekozen) staatsmachten;
- afwijken van de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis;
- terugkomen op een eerdere uitspraak;
- ‘maximalistische’ uitspraken:⁴² bijvoorbeeld het doen van principe-uitspraken waarvan de effecten verder reiken dan het geschil dat voorwerp van het geding was;
- uitspraken die ingegeven zijn vanuit specifieke ideologische voorkeuren.⁴³

37. Zie bijv. L. Ankersmit, ‘To bail out or not to bail out: the CJEU confirms competence to conclude the ESM Treaty’, 27 november 2012: <<http://europeanlawblog.eu/?p=1257>>; M. van der Sluis, ‘Met de beste bedoelingen...’, 29 november 2012, <www.publiekrecht.nl/politiek/met-de-beste-bedoelingen%E2%80%A6>.

38. R. Herzog en L. Gerken, ‘Stop the European Court of Justice’, 9 oktober 2008, <<http://euobserver.com/opinion/26714>>; Editorial board, ‘The Court of Justice in the limelight – again’, *CMLRev* 6, p. 1571-1579.

39. Hoewel ook daarover verschil van mening bestaat: lang niet iedereen beschouwt rechterlijk activisme als onwenselijk rechterlijk gedrag: zo maakt De Waele een onderscheid tussen acceptabel rechtelijk activisme en ‘excessief activisme’ (in de zin van overmatige rechtsvorming) en heeft hij jurisprudentie van het Hof van Justitie geanalyseerd vanuit de vraag of van het laatste sprake is geweest, H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie over de complexiteit van definities van rechterlijk activisme ook: K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, New Haven en Londen: Yale University Press 2006, p. 38-40, 236.

40. De term ‘judicial activism’ werd in 1947 naar verluidt voor het eerst gebruikt in een artikel van A. Schlesinger jr., een bekende Amerikaanse historicus en sleutelfiguur in het entourage van president John F. Kennedy, in het blad *Fortune* bij een karakterisering van de rechters die op dat moment in het *Supreme Court* zaten. Zie K.D. Kmiec, ‘The Origin and Current Meanings of Judicial Activism’, *California Law Review* 2004, 92-5, p. 1445-1446.

41. W.P. Marshall, ‘Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism’, *University of Colorado Law Review* 2002-73, p. 101-140; E.A. Young, ‘Judicial activism and conservative politics’, *University of Colorado Law Review* 2002-73, p. 1139-1216.

42. E.A. Young, ‘Judicial Activism and Conservative Politics’, *University of Colorado Law Review* 2002-73, op p. 1151-1154.

43. In de context van de EU gaat het dan vaak om de vraag of het Hof handelt in ‘integratiebevorderende’ zin; zie bijvoorbeeld het eerder genoemde artikel van Herzog en Gerken: R. Herzog en L. Gerken, ‘Stop the European Court of Justice’, 9 oktober 2008, <<http://euobserver.com/opinion/26714>>.

Kan de *Pringle*-uitspraak op basis van deze criteria als een activistische uitspraak worden gekwalificeerd? Het eerste criterium springt in ieder geval het meest in het oog. Voor- en tegenstanders van de uitspraak kunnen het er in ieder geval over eens zijn dat het Hof van Justitie zijn uiterste best heeft gedaan om zowel het Besluit van de Europese Raad als het ESM-Verdrag in stand te houden.⁴⁴ Op basis van dit criterium is de uitspraak dus primair als terughoudend te kwalificeren. De argumentatielijnen die het Hof van Justitie ontvouwt om dit resultaat te bereiken, wijzen echter juist eerder in de richting van activisme. Zo gaat de argumentatie van het Hof van Justitie in het kader van de *no bail out*-clausule van (1) tekst, naar (2) ratio van de bepaling (voorkomen van *'bail outs'*), naar (3) de *'ultima ratio'* (waarborgen dat de nationale overheden een gezond begrotingsbeleid voeren) en naar (4) de concrete consequenties van die ratio (onder meer dat de *'stringente voorwaarden'* waaronder stabiliteitssteun wordt verleend de prikkel voor overheden in stand houden om een gezond begrotingsbeleid te voeren).⁴⁵ Hoewel de tekst van de bepaling en de totstandkomingsgeschiedenis wel een rol spelen, gaat het Hof van Justitie dus duidelijk verder. Dat geldt ook voor de bestempeling van de stabiliteit van de eurozone als verdragsdoelstelling die ten grondslag ligt aan het economisch beleid van de EU – tot dan toe niet expliciet uit het VEU en het VWEU op te maken.

Tegelijk blijft het Hof van Justitie zo dicht bij de letterlijke tekst van de bepalingen uit het EU-Werkingsverdrag, dat van een zeker formalisme kan worden gesproken. Zo ontleent het Hof van Justitie een argument aan het feit dat het verlenen van stabiliteitssteun formeel-juridisch niet leidt tot het overnemen van verplichtingen en aansprakelijkheden.⁴⁶

De beoordeling door het Hof van Justitie van de toelaatbaarheid van het gebruik van de EU-instellingen levert een terughoudend beeld op. Craig heeft in het kader van het Stabiliteitsverdrag betoogd dat (een deel van) de lidstaten niet gerechtigd zouden zijn om buiten het kader van de EU-verdragen om instellingen in te zetten. Dat kan ook in het kader van het ESM-Verdrag worden betoogd, hoewel in dit geval wel alle EU-lidstaten via het Besluit van de Raad hadden goedgekeurd dat de eurolanden het ESM konden oprichten. Het Hof van Justitie had dus kritischer kunnen zijn in het accepteren van deze rol van de instellingen. Dat was wellicht mede te verwachten geweest op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgens welke de EU-Verdragen gekwalificeerd worden als het constitutioneel handvest van de EU en op grond van artikel 13 VEU (dat het institutionele kader van de EU neerzet en bepaalt dat alle instellingen binnen de grenzen van de bevoegdhe-

den toegekend door de Verdragen). Gelet op de tekst van artikel 13 VEU was het voorstelbaar geweest dat het Hof van Justitie had geoordeeld dat de bepaling het ten principale niet toestaat om via een internationaalrechtelijk verdrag nieuwe bevoegdheden aan EU-instellingen toe te kennen.⁴⁷ Daarmee was bovendien eenzelfde toets ontstaan als die onder artikel 48 lid 6 VEU, op grond waarvan de enkele uitbreiding van EU-bevoegdheden de toepassing van de vereenvoudigde verdragsprocedure uitsluit. Maar zelfs als er inderdaad ruimte was geweest om vast te houden aan de mogelijkheden die het Hof van Justitie in eerdere jurisprudentie had gecreëerd, dan nog is het de vraag of de rol van de instellingen in het kader van het ESM-Verdrag binnen die mogelijkheden passen.⁴⁸

De verhouding tot eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie levert evenmin een beeld op van rechterlijk activisme. De uitlegmethode van het Hof van Justitie – gericht op het doel van een bepaling en de plaats ervan in het grotere geheel van het Unierecht – kan immers als typerend worden beschouwd voor het Hof van Justitie. Bovendien was de uitspraak inhoudelijk in lijn met eerdere jurisprudentie, voor zover daarop kon worden teruggevallen (zoals bij de uitleg van de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedure en de *no bail out*-clausule). Evenmin kan met veel overtuiging betoogd worden dat de *Pringle*-uitspraak kwalificeert als een maximalistische uitspraak. Gegeven de tamelijk complexe en verfijnde redenering die het Hof van Justitie moest volgen om tot de toelaatbaarheid van het ESM en de verdragswijziging te kunnen concluderen, is het weinig verwonderlijk dat het Hof van Justitie weinig nieuwe lijnen voor de ontwikkeling van het Europese recht heeft uitgezet. Een uitzondering kan worden gezien in de vaststelling van de stabiliteit van de eurozone als een leidend beginsel onder (in elk geval) het economisch deel van de EMU. De advocaat-generaal heeft in haar conclusie nog gewezen⁴⁹ op de ontwikkeling van het solidariteitsbeginsel, maar het Hof van Justitie heeft verwijzing naar dat beginsel in zijn uitspraak vermeden.

Ten slotte de vraag of er ideologische voorkeuren zichtbaar zijn in de uitspraak van het Hof van Justitie. Dat is een lastige kwestie. Het in stand houden van het ESM was onmisbaar voor de economische stabiliteit van de eurozone en daarmee voor de politieke en juridische stabiliteit van de EU zelf. Tegelijk is de acceptatie van de rol van (een deel van) de lidstaten buiten de verdragen

44. Veel van de commentaren bezien de uitspraak dan ook vanuit dit perspectief, bijvoorbeeld V. Borger, 'The ESM and the European Court's Predicament in Pringle', *German Law Journal* 2013-14, p. 113-140.

45. Op elk van die stappen valt af te dingen. Craig ondersteunt de eerste drie stappen, maar verzet zich tegen de vierde: P. Craig, 'Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013-20, p. 3-11.

46. R.o. 137-141, 146.

47. De tekst kan zo gelezen worden dat het EU-recht het exclusieve kader vormt voor de bevoegdheden van de instellingen.

48. In het kader van de zogenoemde *Bangladesh*-uitspraak stelde het Hof van Justitie als eis dat de lidstaten de instellingen van de EU alleen buiten het EU-kader konden inzetten voor zover er geen bevoegdheden van 'wezenlijke aard' aan de orde waren. Gegeven bijvoorbeeld de rol van de Commissie in het ESM (art. 13 ESM) dat de rol van de Commissie [en de ECB] in de besluitvorming over het verlenen van stabiliteitssteun vastlegt. In dit licht is het maar de vraag of de conclusie van het Hof van Justitie terecht was dat de wezenlijke aard van de bevoegdheden van de instellingen inderdaad niet in het geding was. Zie HvJ EG 30 juni 1993, gevoegde zaken C-181/91 en C-248/91, *Bangladesh*, *Jur.* 1993, p. I-03685, r.o. 20.

49. Conclusie A-G Kokott, p. 142.

om en de instemming om in dat verband de EU-instellingen te gebruiken lastig te begrijpen vanuit de autonomie en coherentie van het EU-recht en de koninklijke weg die de gewone verdragswijzigingsprocedure van artikel 48 VEU vormt. Het Hof van Justitie heeft altijd een belangrijke taak voor zich gezien om de Europese rechtsorde te bevechten op de lidstaten. Door voor een zo substantieel nieuw element van de Europese rechtsorde de internationaalrechtelijke route en de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedure open te houden, toont het Hof van Justitie zich hier echter welwillend ten opzichte van die lidstaten en de Europese Raad. Dit onderstreept niet alleen de cruciale rol die de lidstaten en de Europese Raad vervullen in de aanpak van de crisis, maar toch ook de fundamentele van de Europese rechtsorde zelf. In feite hebben de lidstaten een open constitutie afgedwongen waarin de EU-verdragen weliswaar leidend zijn, maar aangevuld kunnen worden door nieuwe verdragen. Deze praktijk, die eerder al werd toegepast door de vaststelling van het Begrotingspact, is nu door de *Pringle*-zaak gelegitimeerd.⁵⁰ Al met al is het niet gemakkelijk om de uitspraak van het Hof van Justitie in *Pringle* als activistisch of juist als terughoudend te kwalificeren. Het oordeel is in plaats daarvan een intrigerende mix, waarvan de verschillende elementen soms lastig te scheiden vallen. Dat gezegd hebbende, zal voor velen er ongetwijfeld uitspringen dat het Hof van Justitie zich zeer terughoudend heeft opgesteld tegenover de politieke machten van de Unie. De Luxemburgse rechter laadt daarmee echter ook de verdenking op zich dat *Pringle* een *politieke* uitspraak was.⁵¹

Democratisch vacuüm

Ingeklemd tussen Unierecht en nationaal recht, is de democratie het kind van de rekening.⁵² De regimes van het ESM en het Stabiliteitsverdrag vormen immers ten principale 'regeringsrecht'.⁵³ Het gehanteerde model is dat van intergouvernementele samenwerking, aangevuld met 'neutrale', 'deskundige' instituties als de Commissie, de ECB en het Hof van Justitie. Dat geldt, zij het in

mindere mate, ook voor de maatregelen die wel binnen het kader van het EU-recht zijn genomen. Dat dit leidt tot democratische asymmetrie⁵⁴ wordt inmiddels breed onderkend. Echter, duidelijke oplossingen zijn nog niet voorhanden.

Het Hof van Justitie laat zich in *Pringle* niet over het onderwerp van democratie uit. Vanuit andere institutionele hoeken valt echter wel wat over de kwestie te vernemen. In een toonaangevend rapport over de toekomst van de EMU schetst Europese Raadvoorzitter Herman van Rompuy als belangrijkste lijn dat democratische controle op het niveau behoort te worden uitgeoefend waar de beslissingen worden genomen.⁵⁵ Het is echter onduidelijk hoe dat precies kan worden vormgegeven. Immers, het wordt juist steeds lastiger om precies vast te stellen wat het niveau is waarop beslissingen in het kader van het economisch bestuur in de Unie worden genomen doordat die niveaus zich steeds minder gemakkelijk van elkaar laten scheiden.

In nationale rechtspraak over maatregelen ter bestrijding van de crisis is, logischerwijze, vooral aandacht besteed aan de rol van nationale parlementen. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* waarschuwt dat de vertegenwoordigingsfunctie van de Bondsdag niet mag worden uitgehouden door de constitutionele architectuur van de Unie die momenteel vorm krijgt.⁵⁶ Tegelijkertijd stelt de rechter uit Karlsruhe vast dat Duitsland door het ESM-Verdrag te sluiten niet wezenlijk aan budgettaire autonomie inboet, maar juist een testament afgeeft van zijn soevereiniteit en daarmee ook van zijn democratische gezindheid.⁵⁷ In een eerdere uitspraak over de eurocrisis had het *Bundesverfassungsgericht* al benadrukt dat het, om het begrotingsrecht en de democratie op lange termijn veilig te stellen, aanvaardbaar is als de budgettaire vrijheid van de Bondsdag aan restricties wordt onderworpen.⁵⁸ Zolang de laatste uiteindelijk maar over de vrijheid blijft beschikken om op een wezenlijke manier vorm te geven aan de Duitse begroting is er geen probleem.⁵⁹ De Duitse grondwet laat het volgens het Con-

50. Vergelijk hier ook Reestman die een vergelijkbare redenering volgt ten aanzien van de nationale uitspraken over het ESM-Verdrag. Hij betoogt dat de toetsing zelf, en de positieve uitslag daarvan, een positieve weerslag heeft niet alleen binnen het juridische domein, maar ook op het politieke en maatschappelijke debat, vergeleken met de situatie in andere landen waarin twijfels over de grondwettelijkheid van het ESM-Verdrag kunnen blijven bestaan; J.H. Reestman, 'Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland', *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013-3.

51. Sillen stelt in zijn analyse over de uitspraak van de BVerfG over het ESM-Verdrag dat, hoewel de beslissing een rechterlijke uitspraak is (hetgeen de verwachtingen van regelgeoriënteerde geschilbeslechting en consistentie met zich meebrengt), het oordeel beter voorspeld had kunnen worden op politieke gronden. Omdat er veel politieke steun voor een ESM bestond, was de kans kleiner dat het constitutionele hof het Verdrag als ongrondwettelijk zou beoordelen. Zie: J. Sillen, 'Het Bundesverfassungsgericht, Europa en het ESM', *NJB* 2012, p. 2946-2953.

52. De Raad van State gebruikt in voorlichting voor de Eerste Kamer het beeld van een parlementair 'niemandsland', *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, p. 11.

53. L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefeber en O. Ribbelink (red.), *Handboek internationaal recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007.

54. K. Tuori, 'The European Financial Crisis. Constitutional Aspects and Implications', *EUI Working Papers Law* 2012-28, p. 46.

55. H. van Rompuy, 'Naar een echte economische en monetaire Unie', 26 juni 2012, <www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/131283.pdf>.

56. Zie ook J.H. Reestman, 'Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland', *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013-3, p. 103-113 waarin ook Estse en Franse jurisprudentie wordt besproken. Verder is dit dus ook in Ierland voorwerp van geschil geweest.

57. R.o. 235-238 van de Duitse uitspraak. In dit verband speelt ook mee dat de Bondsdag steeds om goedkeuring zal worden gevraagd voordat door het ESM aan een lidstaat financiële bijstand wordt verleend.

58. Zie ook BVerfG 7 september 2011, § 104.

59. Ongetwijfeld speelt in deze overwegingen van het Duitse Hof ook mee dat Duitsland over een veto beschikt en dus niet met ongewenste beslissingen kan worden geconfronteerd (zie p. 2). Dat geldt voor de meeste lidstaten natuurlijk niet. Voor de Estse constitutionele rechter, waar het ESM ook werd aangevochten, bleek dit echter geen obstakel voor goedkeuring van het Verdrag, zie: J.H. Reestman, 'Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland', *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013-3, p. 103-113.

stitutionele Hof echter niet toe dat Europese instellingen hierover beslissen.⁶⁰

Ook in Nederland is het budgetrecht van het parlement nadrukkelijk aan de orde gekomen rond de goedkeuring van het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag. Uitzonderlijk voor Nederlandse begrippen is dat zelfs de rechter eraan te pas is gekomen. Vrij voorspelbaar echter strandde de vordering van PVV-leider Wilders om de goedkeuringwet van het ESM te toetsen aan artikel 105 Gw (het budgetrecht) voor de Haagse kortgedingrechter vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Gw en het beginsel van machtenscheiding.⁶¹ Uiteindelijk zijn beide goedkeuringswetten op basis van een gewoon meerderheidsvereiste door het parlement gelooft.⁶² In politiek Den Haag vond men dus dat de gevolgen van het ESM-Verdrag en het Stabiliteitsverdrag voor het budgetrecht niet zodanig zijn dat hierdoor van de Grondwet wordt afgeweken.⁶³ De Staten-Generaal waren het met de regering eens dat hun betrokkenheid bij zowel de Nederlandse inleg van kapitaal in het ESM als het verlenen van stabiliteitssteun voldoende gewaarborgd is.⁶⁴ Voor opvraging van toezeggingen binnen de toegezegde 40 miljard is de afspraak gemaakt dat wel een supplettoire begroting nodig is die voorgelegd wordt aan de Kamers, maar niet per se vooraf. Voor verhoging van de Nederlandse maximumbijdrage van 40 miljard is voorafgaande autorisatie van de Staten-Generaal vereist ingevolge de Comptabiliteitswet.

De Raad van State had enige reserves, maar kwam toch tot hetzelfde eindoordeel over de rol van het nationale parlement.⁶⁵ Meer zorgen heeft de Raad van State over het ontbreken van een democratische rol voor het Europees Parlement binnen het ESM. Nationale democratische controle kan dit gemis volgens de Raad slechts ten dele compenseren. De ‘huidige intergouvernementele vorm’ van het ESM zou daarom ‘niet het eindstation’ kunnen zijn, ‘maar moet worden gezien als een tussenstation in een voortschrijdend proces van vormgeving van de “*economic governance*” binnen de Europese Unie.’⁶⁶ Met deze blik in de toekomst kiest de Raad van

State voor het volgen van een ander spoor dan het *Bundesverfassungsgericht*. Deze laatste leest in de Duitse grondwet een normatief obstakel voor zulke bespiegelingen. Zolang het Grundgesetz van kracht is, moet democratie in de eerste plaats *nationale* democratie zijn. De Nederlandse grondwet werpt zulke hindernissen niet meteen op.⁶⁷

‘Meer’ Europees Parlement is lange tijd het belangrijkste antwoord geweest op het democratisch tekort van de Europese Unie (en daarvoor de Gemeenschappen). Dit tekort strekte zich tot een aantal jaren geleden echter niet uit tot het beleid van economische coördinatie. De materiële normen voor nationale begrotingsdiscipline waren immers goeddeels onomstreden en de bevoegdheden van de Europese Unie van toezicht op het nationale macro-economische beleid waren nog zeer beperkt. Het juridische regime dat bij het Verdrag van Maastricht tot stand kwam, zocht zijn legitimatie dan ook nadrukkelijk in de nationale democratie.⁶⁸ Nu de beslissingsvrijheid van nationale parlementen in ieder geval in inhoudelijk opzicht beknot wordt, begint deze opzet te wringen. Het is echter maar de vraag of een grotere rol voor het Europees Parlement de oplossing is. Zoals recentelijk ook door de Raad van State is beschreven, kan hieraan worden getwijfeld.⁶⁹

Een eerste reden hiervoor vloeit voort uit de ‘variabele geometrie’ van de Unie. Het ESM-Verdrag is alleen van toepassing op de landen in de eurozone.⁷⁰ Nu hoeft fragmentatie op zich geen probleem te zijn. Het is echter lastig het Europees Parlement een rol toe te bedelen binnen een architectuur die berust op slechts een deel van de lidstaten. Valt het democratisch te rechtvaardigen dat Europarlementariërs uit lidstaten buiten de eurozone structureel meebeslissen en controle uitoefenen over aangelegenheden die hun eigen lidstaten niet direct raken?⁷¹

Daar komt nog een ander punt bij. De ontwikkeling van de rol van het Europees Parlement bij de totstandkoming van Europese wetgeving kan niet eenvoudig worden gekopieerd naar het gebied van ESM-beslissingen en het economisch beleid van de Europese Unie in wijdere zin. Europese wetgeving heeft immers algemene gelding, terwijl hier besluiten aan de orde zijn die specifiek voor individuele landen gelden. Het ligt niet voor de hand om de democratische legitimatie van dergelijke beslissingen te zoeken bij het Europees Parlement.

60. BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 september 2012, r.o. 210-213.

61. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242, r.o. 3.3.

62. Op 24 mei 2012 stemde de Tweede Kamer met 100 stemmen voor en 47 tegen, in met de wetsvoorstellen. De Eerste Kamer volgde op 23 juni met 50 stemmen voor en 23 tegen. Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 221, nr. 2; *Kamerstukken I 2011/12*, 33 221, nr. 2.

63. Art. 91 lid 3 Gw verlangt bij afwijken van de Grondwet instemming van twee derde van de Staten-Generaal. Vgl. de discussie over de grondwettigheid van het Stabiliteitsverdrag in *TvCR* tussen Van Rossem en Warmelink (zie voetnoot 35). Diamant en Van Emmerik komen tot de conclusie dat art. 105 Gw in beide gevallen niet werd geschonden. Tijdens de parlementaire behandeling kwam de procedure van art. 91 lid 3 Gw niet aan de orde, ondanks initiële zorgen van diverse Kamerleden over de verhouding van het ESM-Verdrag met het budgetrecht (zie wat betreft deze zorgen in het bijzonder Kamerlid Ester op p. 37 en De Grave op p. 63 en 77 van *Handelingen I 2012/13*, 34, p. 31-90).

64. Zie regering in de memorie van toelichting: *Kamerstukken II 2011/12*, 33 221, nr. 3, p. 9: ‘beter geregeld dan m.b.t. IMF’. Toenmalig minister van Financiën De Jager herhaalde zijn mening over de grondwettigheid van de spoedprocedure en het gehele ESM-Verdrag op p. 76 van *Handelingen I 2012/13*, 34, p. 31-90.

65. *Kamerstukken I 2012/13*, 33 454, nr. AB, p. 5-6.

66. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 221, nr. 4, p. 4.

67. De Duitse grondwet kent met art. 79 lid 3 GG een zogenoemde eeuwigheidsbepaling. Deze bepaling verbiedt de constitutionele organen in Duitsland onder meer art. 20 GG, de centrale democratiebepaling, aan te tasten. Het BVerfG interpreteert dit samenstel van bepalingen zo dat er een in beginsel onpasseerbare grondwettelijke bovengrens zit aan wat de Duitse politieke organen in het kader van Europese integratie aan bevoegdheden kunnen overdragen. In de Nederlandse grondwet ontbreekt een eeuwigheidsbepaling.

68. Verdeelsleutel: monetair is voor de Unie (lees: ECB); economisch beleid doen lidstaten grotendeels zelf.

69. *Kamerstukken I 2012/13*, 33 454, nr. AB, p. 4, 11-12, 14-16.

70. Niet alleen bestaat er verschil tussen de EU-28 en de EU-17, bij het Stabiliteitsverdrag zijn 25 lidstaten partij. Ook binnen het kader van het EU-recht bestaan deze verschillen.

71. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 221, nr. 4, p. 5.

Een volgende, door de Raad van State benoemde, reden betreft het probleem dat het Europees Parlement weinig draagvlak heeft onder de Unieburgers die het volgens artikel 10 VEU representeert. De Raad van State spreekt in dit verband van ‘democratische vervreemding’.⁷² Daarmee komen we uit bij nationale parlementen. De incorporatie van nationale parlementen in het Unierecht vormt al langer een strategie om de legitimiteit van Europese integratie te vergroten.⁷³ De uitdaging waar zij nu voor zouden komen te staan, is echter van een andere orde. We kenden de Unie immers vooral als een ‘wetgevingsunie’, dat wil zeggen als een organisatie die vooral wetgeving produceert. De rol van nationale parlementen is gelegen in het beoordelen van voorstellen daartoe aan de hand van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Door de eurocrisis manifesteren de Unie en de lidstaten zich echter in belangrijke mate als uitvoerende macht. Hoewel deels ook wetgeving aan de orde is, zoals onlangs de vaststelling van het *Two-pack*⁷⁴, hebben veel arrangementen die in de afgelopen tijd zijn uitgedacht betrekking op typisch bestuurlijk handelen. Het besluit van de Raad van gouverneurs van het ESM om al dan niet financiële bijstand te verlenen aan een lidstaat; het oordeel van de Commissie over het economische beleid van een individuele lidstaat; de beslissing van een regering om op basis van zo’n oordeel een bepaalde begroting op te stellen – allemaal zijn het voorbeelden van handelingen ten aanzien waarvan voor een parlement normaal gesproken vooral een taak in de sfeer van controle is weggelegd. Het lijkt daarom logisch dat oplossingen voor een betere democratische inbedding van het economische bestuur van de Unie c.q. eurozone in deze richting worden gezocht.⁷⁵ Dit vereist echter wel een andere rol dan die de parlementen nu hebben in de beoordeling van ontwerp-Europese wetgeving.

Dit is echter minder makkelijk dan het misschien lijkt. Wat zijn namelijk precies de constitutionele relaties die de ruggengraat van de constitutionele architectuur van dit bestuur vormen en, in de toekomst, mogelijk zullen gaan vormen? In het kader van het Europees semester bijvoorbeeld liggen nationale regeringen aan de leiband van de Commissie. Impliceert dit dat controlerechten van nationale parlementen de grenzen van de nationale

staat zouden moeten ontstijgen? Echt betekenisvol, in de zin dat een vertrouwensrelatie ontstaat tussen de Commissie en een nationaal parlement, kan een dergelijke constructie nooit worden.⁷⁶ Wel is voorstelbaar dat een dialoog ontstaat tussen de Commissie en nationale parlementen die gebaseerd is op praktische en concrete regelingen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan uitbouw en institutionalisering van huidige praktijken, zoals een Kamerdebat met de Commissaris voor Economische en Monetaire Aangelegenheden. Daarin doet zich echter weer de complicatie voor dat de positie van de nationale regering in een dergelijke constructie tot onduidelijkheden aanleiding kan geven.

Om aan de complicaties te ontkomen die verbonden zijn aan de rol van het Europees Parlement en nationale parlementen, is er ook nog de suggestie gedaan om op Europees niveau een speciaal parlement voor de eurozone op te tuigen. Daarin zouden (onder meer) nationale parlementariërs kunnen plaatsnemen. Dit is ook een optie die door de Raad van State overwogen wordt.⁷⁷ De Raad van State tekent daar wel terecht bij aan dat zo’n parlementair orgaan de fragmentatie van landen binnen Europa verder zou institutionaliseren. Veel eurolanden, Nederland voorop, zullen dat een hoge prijs vinden om te betalen. Überhaupt lijkt het in veel hoofdsteden op dit moment aan politieke wil te ontbreken om serieuze stappen te zetten wat betreft politieke integratie. De Duitse bondskanselier Merkel is voorstander van het intergouvernementele model waarbij lidstaten via onderlinge afspraken zichzelf verplichtingen opleggen die de Europese economie weer gezond moeten maken.⁷⁸ Een van de voorstellen die is geopperd door Van Rompuy, het plan om individuele lidstaten contracten te laten sluiten met de Commissie over hervormingen, komt aan die wens van Merkel tegemoet.⁷⁹ Daarin past de gedachte van een speciaal ‘eurozoneparlement’ echter niet. Of daar dan democratische controle via nationale parlementen tegenover zou moeten staan, is niet duidelijk. Daarmee vormt ook dit plan een treffende getuigenis van de tamelijk halfslachtige koers die op dit moment met betrekking tot de democratische inbedding van de eurocrisismaatregelen wordt gevaren.

Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Pringle* maakte een einde aan de onzekerheid of het stabiliteitsmechanisme te verenigen was met het Unierecht. Dat sprak niet vanzelf. De uitspraak is dus zeker niet alleen

72. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, p. 8.

73. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft deze ontwikkeling een basis in de Verdragen verkregen. Art. 12 VEU erkent de verschillende bijdragen van nationale parlementen aan het Europese recht. Protocol nr. 2 bij het Verdrag (Subsidiariteit en proportionaliteit) kent aan nationale parlementen de inmiddels welbekende rechten van toetsing van ontwerp-Europese wetgeving toe.

74. Beide ter verdere versterking van de EU ‘economic governance’: Verordening 472/2013/EU van 21 mei 2013 betreffende de versterking van het economische en budgettaire toezicht op lidstaten in de eurozone die ernstige moeilijkheden ondervinden of dreigen te ondervinden ten aanzien van hun financiële stabiliteit (*Pb. EU* 2013, L 140/1) (Verordening 2013/472/EU) en Verordening 473/2013/EU van 21 mei 2013 betreffende gemeenschappelijke voorschriften voor het monitoren en beoordelen van ontwerp-begrotingsplannen en voor het garanderen van de correctie van buitensporige tekorten van de lidstaten van de eurozone (*Pb. EU* 2013, L 140/11) (Verordening 2013/473/EU).

75. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, p. 12-13.

76. Het is immers niet voorstelbaar hoe het ultieme instrument dat bij een dergelijke vertrouwensrelatie hoort – de motie van wantrouwen die leidt tot aftreden van Commissieleden – zou moeten functioneren in een dergelijke context.

77. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 454, nr. AB, p. 15-17.

78. *The Economist*, ‘The Merkel plan’, Special Report Germany, 15 juni 2013, p. 7-11.

79. Zie de Conclusies van de Europese Raad van 13 en 14 december 2012: <www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/134374.pdf>.

van politiek belang, maar ook van juridisch belang. Wat de precieze juridische consequenties van de beslissing zullen zijn, is echter lastig te voorspellen. Zal het Hof van Justitie bijvoorbeeld in toekomstige gevallen even genereus zijn jegens de lidstaten in geval van nieuwe internationaalrechtelijke structuren waarvoor de EU-instellingen worden ingezet? Wie in het oordeel een toepassing ziet van het adagium ‘nood breekt wet’, zal menen van niet. Het is echter ook mogelijk dat *Pringle* later beschouwd zal worden als belangrijke stap op weg naar een meer open constitutie, die minder wordt gekenmerkt door uniformiteit dan tot nog toe het geval was.

De *Pringle*-uitspraak laat zich lezen tegen een achtergrond die enerzijds wordt gekenmerkt door een geloof in de bestendige werking van het recht – de Unie als rechtsgemeenschap – en die anderzijds een beeld oproept van een primaat van de politiek boven het recht – de Unie als vehikel voor de lidstaten. Ook de beslissing zelf kan in de sleutel van deze paradox worden gezien. Het gehamer van het Hof van Justitie op strikte voorwaarden om een gezond begrotingsbeleid te voeren, onderstreept de ontwikkeling van de Europese rechtsgemeenschap. Tegelijkertijd is de verleiding groot om de overwegingen van de Luxemburgse rechter ten aanzien van de reikwijdte van de *no bail out*-clausule en de noodzaak van een verdragswijziging op te vatten als concessies aan de politiek.

In verband met deze paradox is het lastig om de dichotomie tussen rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid op de uitspraak van het Hof van Justitie los te laten. In de juridische doctrine is veel aandacht geweest voor de verschuiving van de autonome en exclusieve rol van het Hof van Justitie als hoeder van het Unierecht naar een rechterlijke dialoog die het Hof met name met nationale constitutionele hoven voert. Doordenkend op deze lijn is de uitspraak wellicht te zien als een uitbreiding van die dialoog met de lidstaten van de Unie en hun regeringen en de economische en politieke onvermijdelijkheden in deze crisis. Zo beschouwd is de uitspraak meer dan ooit tevoren een ontkenning van het beeld van het Hof van Justitie als ivoren toren, belichaamd door zijn afgezonderde plek op de Kirchberg in Luxemburg.

Ten slotte de democratie. De Europese Unie heeft al langer te maken met een democratisch tekort. Binnen de breedte van het economisch beleid is dit nu ook een urgent probleem geworden. Dit probleem begint met de institutionele vormgeving. Nu het begrotingsrecht van nationale parlementen – overigens met instemming van deze parlementen zelf – in toenemende mate inhoudelijk wordt ingekapseld, rijst de vraag of er op Europees niveau geen additionele democratische procedures moeten worden ingesteld. Bij gebreke aan consensus over de politieke gemeenschap die nu op het gebied van de EMU aan het ontstaan is, is een bevestigend antwoord op deze vraag echter niet evident. De kans is groot dat oplossingen voorlopig voornamelijk gezocht zullen worden in *nationale* democratische controle van *Europese* bevoegdheden om de regie te voeren ten aanzien van een

gezamenlijk Europees economisch beleid. Veel juridische arrangementen ter versterking van de EMU wijzen ook in deze richting. Of dit voldoende is om de indruk van een democratisch vacuüm weg te nemen, zal de tijd leren.