

Nik de Boer

Mr. dr. N.J. de Boer is universitair docent aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Hij is op 4 mei 2018 gepromoveerd aan de Universiteit van Amsterdam. Aan de promotie werd het predicaat cum laude toegekend. Promotors waren Leonard Besselink en Deirdre Curtin. Co-promotor was Ingo Venzke. Op 14 december 2018 heeft De Boer de staatsrecht prijs in ontvangst genomen.

SIGNALERING

Judging European Democracy

National Constitutional Review of European Law and Its Democratic Legitimacy

In meerdere EU-lidstaten stellen constitutionele hoven grondwettelijke grenzen aan Europese integratie en de doorwerking van EU-recht in de nationale rechtsorde. Dat kan grote implicaties hebben voor de Unie als geheel en haar toekomstige ontwikkeling. Hoe democratisch is toetsing van Europees recht door nationale rechters? En zou Nederland ook een constitutioneel hof moeten krijgen met die bevoegdheid?

Constitutionele toetsing van Europees recht

Op 12 september 2012 was de blik van de wereld gericht op Karlsruhe.¹ Op die dag sprak het Duitse Constitutionele Hof, gezeteld in Karlsruhe, zich namelijk uit over de grondwettigheid van de Duitse deelname aan het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM). Het ESM is het permanente noodfonds dat leningen verstrekt aan eurolanden in financiële problemen. Het fonds werd tijdens de eurocrisis opgezet om de financiële stabiliteit in de eurozone te waarborgen. De participatie van Duitsland in het ESM was onmisbaar. Had het Duitse Hof op 12 september 2012 besloten dat Duitse deelname aan het ESM ongrondwettig was, dan zou dat een enorme tegenslag zijn geweest voor de pogingen van de EU om de eurocrisis het hoofd te bieden. Toen het Hof de Duitse deelname grondwettig achtte, domineerde dat nieuws dan ook de voorpagina's van kranten in heel Europa, gingen de rentes op staatsobligaties voor Spanje en Italië omlaag en steeg de euro in waarde ten opzichte van de dollar. Daarmee onderstreepte de uitspraak hoezeer nationale constitutionele hoven een enorme invloed kunnen hebben op de ontwikkeling van de EU, temeer omdat de Duitse rechters in de uitspraak ook constitutionele grenzen opwierpen voor verdere Europese integratie.

De uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* over het ESM staat niet op zichzelf, maar vormt onderdeel van een bredere jurisprudentie over Europese integratie. Bekende zaken in die jurisprudentie zijn de *Solange*-uitspraken (over fundamentele rechten), het *Maastricht-Urteil* (over het Verdrag van Maastricht) en het *Lissabon-Urteil* (over het Verdrag van Lissabon). Bovendien lopen er nog meerdere procedures. Zo antwoordde het Europese Hof van Justitie op 11 december 2018 op een prejudiciële verwijzing uit Karlsruhe over het opkoopprogramma van de Europese Centrale Bank.² Daarnaast is er een procedure gaande over de verenigbaarheid van de Europese bankenunie met de Duitse grondwet. Toetsing van Europees recht en Europese verdragen door nationale hoven vindt ook buiten Duitsland plaats. In verscheidene Europese lidstaten hebben nationale hoven op basis van de nationale grondwet grenzen gesteld aan de doorwerking van het Europees recht in de nationale rechtsorde en aan verdere Europese integratie.

Dergelijke uitspraken van nationale hoven zijn van groot belang en vormen het onderwerp van mijn proefschrift. De uitspraken van nationale hoven stellen vaak fundamentele kwesties aan de orde over de

EU, zoals haar democratische legitimiteit, de bescherming van fundamentele rechten en de competentieverdeling tussen de lidstaten en de Unie. Zo beïnvloeden de nationale hoven de constitutionele grondslagen en verdere ontwikkeling van de EU.

Politiek of rechter?

In mijn proefschrift stel ik de vraag hoe we de democratische legitimiteit van constitutionele toetsing van Europees recht door nationale hoven zouden moeten beoordelen. Zijn nationale constitutionele hoven de juiste instituties om over fundamentele kwesties met betrekking tot de EU te beslissen? Is het niet veel democratischer om dat over te laten aan politieke instituties die de Europese burgers vertegenwoordigen? Scherper geformuleerd: is het te rechtvaardigen dat acht Duitse rechters op basis van een nationale grondwet beslissingen nemen met grote repercussies voor Europa als geheel? Enerzijds lijken er goede democratische argumenten aan te voeren om fundamentele beslissingen over de EU over te laten aan politieke, dat wil zeggen, niet-rechterlijke instituties. Anderzijds lijken grondwettelijke waarborgen in tijden van crisis geen overbodige luxe.

Mijn proefschrift haakt daarmee aan bij de Nederlandse discussie over de wenselijkheid van constitutionele toetsing. Zo pleit de staatscommissie parlementair stelsel voor geconcentreerde toetsing door een constitutioneel hof naar Duits model. De commissie acht het goed denkbaar dat dit hof ook zou beschikken over de bevoegdheid te toetsen of 'een (wijziging van een) basisverdrag van de Europese Unie [...] in overeenstemming is met de Grondwet of daarvan afwijkt of afwijken noodzakelijk maakt.'³ In 2014 pleitten Frits Bakker en Kees Sterk in dezelfde trant al om het verbod op constitutionele toetsing op te heffen. Daarbij beriepen ze zich specifiek op de ESM-uitspraak van het Duitse Hof als positief voorbeeld.⁴

In de bestaande literatuur wordt de rol van constitutionele hoven in de EU ook vaak positief gewaardeerd. Zo zou hun toetsing leiden tot meer respect voor de constitutionele identiteit van de lidstaten of tot extra debat en dialoog over de constitutionele beginselen en waarden van de EU. Andere ideeën zijn dat de toetsing zou dienen als extra controle op de macht van de EU of als een gerechtvaardigd antwoord op het democratische tekort van de EU.

In tegenstelling tot die literatuur kom ik in mijn proefschrift tot een kritischer oordeel over de constitutionele toetsing van Europees recht. Vanuit democratisch oogpunt is dergelijke toetsing vaak problematisch. Tot die conclusie kwam ik door eerst te analyseren hoe de legitimiteit van constitutionele toetsing in de nationale context beoordeeld moet worden. Vervolgens bekeek ik welke inzichten uit dat debat kunnen worden ontleend voor de rol van de nationale hoven in relatie tot de EU. Als derde stap keek ik in detail naar de rol van het Duitse Constitutionele Hof ten aanzien van de EU en maakte ik een vergelijking met Nederland.

Democratie en constitutionele toetsing

De democratische legitimiteit van constitutionele toetsing is omstreden, omdat het aan de rechter het laatste woord geeft over de uitleg van de grondwet in plaats van aan de democratisch gekozen meerderheid in het parlement. Tegelijkertijd laten de meeste constitutionele normen veel ruimte voor interpretatie en redelijke meningsverschillen. Een belangrijk argument tegen constitutionele toetsing is dat het rechters het laatste woord geeft over tal van fundamentele maatschappelijke kwesties waar mensen redelijkerwijze van mening over kunnen verschillen. Het democratische proces, zo betogen de critici, is een betere plek om dergelijke meningsverschillen te beslechten. Burgers hebben tenslotte een gelijk recht om deel te nemen aan het democratisch proces (door verkiezingen) en zijn vertegenwoordigd in het parlement. Juist democratie biedt daarom bij uitstek een legitieme procedure om collectieve actie te rechtvaardigen in omstandigheden waarin we het met elkaar oneens zijn over de beste beslissingen. Als er onenigheid bestaat over de uitleg van de grondwet dan zou het parlement daarom het laatste woord moeten hebben.

Toch is democratische meerderheidsbesluitvorming in zichzelf niet voldoende om de legitimiteit van wetgeving te waarborgen. Bepaalde meerderheidsbesluiten kunnen moeilijk als legitiem worden geaccepteerd. Meerderheidsbeslissingen die het democratische proces afschaffen, schaffen de procedure

af waarop de legitimiteit van de wet in de eerste plaats berust. Verschillende grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering, zijn sterk verbonden met democratische idealen omdat zij een levendig publiek debat mogelijk maken. En als de meerderheid niet bereid is om rekening te houden met de belangen en grondrechten van minderheden, is het moeilijk in te zien waarom die minderheden het gezag van de meerderheid zouden moeten aanvaarden. Kortom, democratische meerderheidsbesluitvorming is slechts legitiem als aan bepaalde randvoorwaarden is voldaan. Een grondwet kan worden gezien als formulering van die voorwaarden: het waarborgt onze status als vrije en gelijke burgers.

In mijn proefschrift betoog ik dan ook dat het waarborgen van die randvoorwaarden de beste rechtvaardiging voor constitutionele toetsing is. Desalniettemin bestaan er altijd redelijke meningsverschillen over wat deze randvoorwaarden zijn en wat hun bescherming vereist. Er zal onvermijdelijk discussie moeten worden gevoerd over wat de grondwet betekent. Het staat niet vast dat rechters beter in staat zijn dan het parlement zelf om te bepalen wat de grondwet zou moeten betekenen. Een probleem in de theorievorming over constitutionele toetsing is juist dat een evenwichtige vergelijking tussen de kwaliteiten van rechters en wetgevers ontbreekt. Voorstanders van constitutionele toetsing idealiseren vaak de rechter, terwijl de politiek wordt voorgesteld als verdorven, kortzichtig en irrationeel. Tegenstanders van constitutionele toetsing idealiseren het politieke proces daarentegen mogelijk te veel. Mijn analyse is dat verder onderzoek naar het functioneren van constitutionele rechtspraak én het wetgevingsproces nodig is om de legitimiteit van constitutionele toetsing te staven. Als in parlementaire debatten nauwelijks aandacht is voor constitutionele vraagstukken dan lijkt constitutionele toetsing een legitieme oplossing. Hetzelfde geldt als constitutionele toetsing juist bijdraagt aan stevig democratisch debat over de grondwet. Anderzijds kan het ook zo zijn dat constitutionele rechters onvoldoende oog hebben voor redelijke politieke meningsverschillen. Invoering van constitutionele toetsing zou er dan toe leiden dat redelijke politieke beslissingen worden vervangen door het oordeel van de rechter.

Nationale constitutionele rechters en de EU

Vervolgens bekeek ik wat deze inzichten betekenen voor de legitimiteit van toetsing van Europees recht door nationale constitutionele hoven. In het algemeen levert die toetsing een soortgelijk democratisch probleem op als toetsing in de nationale context. Immers, als nationale rechters een EU-verdrag of EU-wetgeving toetsen, onderwerpen zij de besluitvorming van politieke instituties aan een grondwettelijke toets. De democratische legitimiteit van die toetsing hangt ook af van een vergelijking tussen de kwaliteiten van constitutionele hoven en politieke instituties. Wel moet daarin rekening worden gehouden met de specifieke eigenschappen van de EU en democratische legitimiteitsproblemen in het besluitvormingsproces van de EU.

Steeds moet de vraag worden gesteld hoe over constitutionele kwesties door politieke instituties is besloten en of gezegd kan worden dat de rechter beter in staat is dan de politiek om over constitutionele kwesties te beslissen. Toetsing door de constitutionele hoven zou bijvoorbeeld een manier kunnen zijn om ervoor te zorgen dat grondwettelijke kwesties voldoende aandacht krijgen bij het maken van Europese wetgeving en verdragen. Ook zou die toetsing democratische discussie over constitutionele beginselen kunnen bevorderen. Of dat daadwerkelijk gebeurt is echter onduidelijk. In mijn proefschrift bekeek ik om die reden een aantal zaken voor het Duitse Constitutionele Hof en vergeleek ik de politieke besluitvorming met het oordeel van de rechter. Ook analyseerde ik welke gevolgen de rechterlijke uitspraken hadden voor de politieke besluitvorming daarna. Ik zoomde daarbij in op het *Maastricht-Urteil* en de eurocrisis-jurisprudentie van het Duitse Constitutionele Hof. De Duitse casus vergeleek ik bovendien met Nederland om te achterhalen wat het verschil is als er geen constitutionele rechter aan te pas komt.

Bevindingen

Op basis van die analyse is de voornaamste conclusie van mijn proefschrift dat de democratische legitimiteit van constitutionele toetsing van Europees recht in veel opzichten twijfelachtig is. In zijn jurisprudentie beroept het Duitse Constitutionele Hof zich op een omstreden opvatting van wat democratie behelst. Het koppelt het bestaan van democratie expliciet aan de natiestaat. Die opvatting beperkt de ruimte voor

politieke actoren om verschillende visies op de toekomst van de Europese integratie te realiseren. Dat blijkt vooral uit de jurisprudentie van het Duitse Hof over de eurocrisis. Tijdens de crisis heeft het Duitse Hof in meerdere uitspraken herhaald dat de Bondsdag de controle moet behouden over essentiële budgettaire beslissingen (beslissingen over publieke uitgaven en inkomsten). Kritiek op deze jurisprudentie luidt dat het Hof daarmee grotendeels negeert dat er al significante onderlinge afhankelijkheden bestaan tussen de EMU-lidstaten. Verschillende commentatoren betogen dat de lidstaten hun zeggenschap over economisch beleid door toetreding tot de EMU al sterk hebben beperkt: de eurozone-lidstaten kunnen te maken krijgen met ongunstige economische ontwikkelingen waarop ze nauwelijks controle kunnen uitoefenen of adequaat op kunnen reageren. Op grond van deze redenering zouden ze juist begrotingsbevoegdheden aan de EU moeten overdragen om democratische controle over het economisch beleid te waarborgen. De ambitieuze plannen van Macron voor de eurozone passen in die lijn, maar zullen in Duitsland niet alleen op politieke maar ook op constitutionele bezwaren stuiten.

De uitspraken van het Duitse Hof beperken daarom het politieke debat over verschillende alternatieven voor de toekomst van de EMU en hoe constitutionele beginselen daarbinnen het best gerealiseerd kunnen worden. De jurisprudentie van het Hof versterkt een politiek waarin begrotingsdiscipline en behoud van de Duitse budgettaire soevereiniteit van doorslaggevend belang zijn, een type politiek die door verschillende commentatoren juist wordt gezien als ondemocratisch. Het idee dat de interventies van het Hof, het Duitse politieke debat over de toekomst van de EU hebben verrijkt, is eveneens moeilijk te vol te houden. De uitspraken van het Hof worden in de Duitse politiek zelden ter discussie gesteld. In plaats daarvan wordt het Hof de finale autoriteit toebedeeld om de Duitse grondwet te interpreteren.

De vergelijking met Nederland laat zien dat soevereiniteitsvraagstukken in het Nederlandse politieke debat al een belangrijke rol spelen. Het lijkt daarom niet het geval dat Nederland constitutionele toetsing zou moeten invoeren om te zorgen voor een betere afweging van constitutionele kwesties in politieke debatten over Europese integratie. Voor lidstaten zonder constitutionele toetsing van Europees recht, zoals Nederland lijkt het passender om te investeren in versterkte constitutionele toetsing binnen de politieke instellingen. Het voorstel van de staatscommissie is daarom de verkeerde weg: het grote risico is dat dan ook in Nederland belangrijke vragen over de toekomst van de EU door de rechter zullen worden beslist ten koste van het democratische proces.

¹ Thomas Darnstädt, 'Das überforderte Gericht', *Spiegel Online* 12 September 2012 en Mattias Wendel, 'Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012', *German Law Journal* 2013, p. 21-52.

² HvJ EU 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (Weiss and Others). Voor de verwijzing zie: Bundesverfassungsgericht, besluit van 18 juli 2017, 2 BvR 859/15.

³ Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel, *Lage Drempels, Hoge Dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 211. Zie ook de eerdere tussenrapportage: staatscommissie parlementair stelsel, *Tussenstand*, Den Haag juni 2018, p. 87.

⁴ Frits Bakker en Kees Sterk, 'Geef het koninkrijk een passend geschenk', *NRC Next* 7 maart 2014.