

Individuele rechtsbescherming

Europese netwerken van nationale toezichthouders en Lamfalussy-convergentie

3

Mr. P. Van Cleynenbreugel LL.M.*

Deze bijdrage analyseert de mogelijke rol van rechterlijke rechtsbescherming in netwerken van nationale toezichthouders die zich aan de zijlijn van het Europees gemeenschapsrecht ontwikkelden. Geargumenteed wordt dat het beginsel van individuele rechtsbescherming, zoals ontwikkeld door het Hof van Justitie, de legitimiteit van huidige en toekomstige netwerkstructuren kan versterken. Als voorbeeld worden daartoe de (toekomstige) Europese structuren voor financiële regelgeving bestudeerd.

1. † Individuele rechtsbescherming en netwerkstandaarden

De juridische premisse van een gemeenschappelijke of interne markt heeft het uitzicht van het regelgevend beleid van de Europese Gemeenschap grondig bepaald.¹ Alle structurele inspanningen geleverd door middel van harmonisatie van nationale wetgeving², door het in het leven roepen van verschillende regelgevende aanpakken³ en door de uiteenlopende intensiteit van regelgevende activiteit op supranationaal niveau⁴ vormden immers een juridische veruitwendiging van de idealen van economi-

sche integratie en vreedzame samenwerking.⁵ De harmonisatie van nationale regels speelde daarbij een cruciale rol.⁶ Die harmonisatieaanpak vertoonde evenwel een aantal fundamentele gebreken: unanimitéits- of meerderheidsbeslissingen die vaak *prima facie* onoverbrugbare verschillen tussen lidstatelijke posities aan het licht brachten, divergerende implementatiemogelijkheden door gebrek aan voldoende supranationale uniformisering⁷, al dan niet beperkt aanwezige handhavingssystemen⁸ en meer fundamenteel, het beginsel van gedeelde bevoegdheden, waardoor grote delen van het klassieke nationaal recht van harmonisatie door EG-wetgeving uitgesloten werden.⁹ Dat laatste is vooral treffend gebleken op het vlak van de klassieke beginselen van nationaal privaatrecht, de inspanningen van rechtsgeleerden om te wijzen op en te leren van gelijkenissen en verschillen ten spijt.¹⁰ Eenzelfde gevoel van gebrekkigheid bestaat wanneer men het burgerlijk procesrecht beschouwt: rechtsbescherming en toegang tot nationale rechters die gehouden zijn om het Europees recht toe te

* Mr. P. Van Cleynenbreugel LL.M. is Master in de rechten (onderzoeksmaster), KU Leuven; kandidaat Master of Laws, Harvard Law School pvanclayn@llm10.law.harvard.edu. De ideeën en kaders in deze bijdrage werden deels ontwikkeld in het kader van de eindschrijft die hij schreef aan de faculteit Rechtsgeleerdheid van de KU Leuven. Zijn erkentelijkheid gaat daarbij uit naar professor Geert van Calster en professor Walter Van Gerven, die hem in hun hoedanigheid van promotor en copromotor nuttige suggesties en aanbevelingen boden. Professor Van Gerven dankt hij in het bijzonder voor de suggesties in het licht van het ontwikkelen van deze bijdrage. Alle onjuistheden of onnauwkeurigheden blijven uiteraard geheel voor verantwoordelijkheid van de auteur.

1 Art. 14 van het EG-Verdrag omschrijft de interne markt als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.
2 P.J. Slot, 'Harmonisation of Law', *European Law Review* 1996, p. 378-393 verschaft een overzicht van de verschillende harmonisatietechnieken. Zie in dat verband tevens P.J. Slot en G. Straetmans, 'Harmonisatie van wetgeving', *T.P.R.* 2003, p. 691-839.
3 M. Everson, 'The Constitutionalisation of European Administrative Law: Legal Oversight of a Stateless Internal Market', in: C. Joerges en E. Vos (ed.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing 1999, p. 285.
4 Dat blijkt uit de interactie tussen Europees recht en zogeheten new governance initiatieven, zie J. Scott en D. Trubek, 'Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union', *European Law Review* 2003, p. 814-839.
5 Dat laatste wordt geacht te worden gereflecteerd in de zogeheten Europese Economische Constitutie: zie daarover recent, Le Giepi (ed.), *La Constitution économique de l'Union européenne*, Brussel: Bruylant 2008, 374 p.
6 Dat werd uitdrukkelijk bevestigd in het witboek ter voltooiing van de interne markt, COM(85)310, on-line te raadplegen op <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf>.
7 Voornamelijk de nadelen van zogeheten minimumharmonisatie werden in dat verband beschouwd, zie onder meer M. Ortino, 'The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services', *International and Comparative Law Quarterly* 2007, p. 309-338.
8 De mogelijkheid om rechten te putten uit harmonisatierichtlijnen is inderdaad nogal beperkt, zie daarover K. Lenaerts en T. Corthaut, 'Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law', *European Law Review* 2006, p. 287-315.
9 Zie in dat verband art. 5 van het EG-Verdrag en art. 5 EU-Verdrag na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.
10 Het initiatief van de Ius Commune casebooks kan in dat verband onder meer aangestipt worden, zie daarover W. Van Gerven, 'Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the Project', *European Review of Private Law* 1996, p. 67-70.

passen als 'quasifederale' rechters is niet onproblematisch.¹¹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het top-down harmonisatiemechanisme door rechtsgeleerden gekoppeld werd aan een noodzakelijk bottom-up georiënteerde informele en graduele samenwerking die streeft naar convergentie in aanvulling op supranationale wettelijke interventie.¹² Teneinde convergentie te vergemakkelijken werden in de nasleep van het witboek Europese governance netwerken van nationale autoriteiten opgericht om als subsidiaire regelgevers convergentie te verzekeren. Europese netwerken vaardigen in dat verband richtsnoeren uit die als zodanig geen gemeenschapsrecht, maar toch regelgeving aansluitend bij en aanvullend op het gemeenschapsrecht vormen. Informele *review*-procedures laten bovendien toe dat de netwerkleden elkaar controleren. Op die manier wordt nationaal (privaat)recht dus op een veel subtielere wijze tot convergentie gedwongen vanuit een Europeesrechtelijk semi-institutioneel kader. De vraag naar de verhouding van dat semisupranationaal kader tot het uitgewerkte rechtsbeschermingssysteem op gemeenschapsniveau rijst dan ook onvermijdelijk. Hoe kunnen rechten van individuen beschermd worden tegen dergelijke convergentiestandaarden?

De volgende onderdelen benaderen het ontstaan van netwerken vanuit die vraag naar rechtsbescherming. Daarbij wordt uitgegaan van hypothetische private individuen die zich geconfronteerd weten met richtsnoeren die een bepaalde interpretatie voorstaan die niet lijkt te stroken met het geharmoniseerde nationale en dus met het Europese recht. Rechterlijke rechtsbescherming vormt daarbij een mogelijkheid om bepaalde onvolmaaktheden van het netwerksysteem te remediëren. Doordat de regelgevende functie in netwerken plaatsgrijpt op een soort intermediair niveau tussen nationaal en supranationaal recht, wordt de problematiek van rechtsbescherming noodzakelijkerwijze zowel vanuit nationale en supranationale rechtsbescherming beschouwd. Meer specifiek wordt nagegaan in welke mate naar nationaal recht of naar Europees gemeenschapsrecht rechtsmiddelen voorhanden zouden kunnen zijn om individuen in hun procedurele en materiële rechten te beschermen. De bedoeling van deze bijdrage is die mogelijkheden van individuele rechtsbescherming specifiek te onderzoeken in het kader van netwerken als convergentiemechanismen in het financiële recht. Tegelijkertijd formuleert deze bijdrage een beginselenkader op basis waarvan convergentie van nationaal recht als onvermijdelijk verschijnt in het licht van de voorgestelde methoden van rechtsbescherming. Daarbij wordt als uitgangspunt gesteld dat

bepaalde rechtsmiddelen of een combinatie van argumenten rechtsbescherming voor individuen aanzienlijk zou kunnen verbeteren. Het conceptueel analyseren van die mogelijkheid vormt het voorwerp van deel 4 van deze bijdrage. In deel 2 wordt in de eerste plaats ingegaan op de specificiteit van netwerkstructuren in de Europese Gemeenschap. De klassieke perceptie en rol van het supranationaal rechtsbeschermingssysteem worden behandeld in deel 3 en zal gebruikt worden als aanzet tot het ontwikkelen van het beginselenkader in deel 4. In het laatste deel wordt kort ingegaan op de hervormingsvoorstellen die in de nasleep van de financiële crisis geformuleerd werden en de rol die rechtsbescherming in de toekomst kan vervullen.

2. Netwerken als hybride regelgevers in de Europese Gemeenschap

2.1. Algemene kenmerken van Europese netwerken

Informele internationale bijeenkomsten van nationale toezichthouders zijn geen onbekend gegeven in de studie der internationale betrekkingen. Men spreekt in dat verband dan ook van transgouvernementele netwerken.¹³ Netwerken worden in dat kader beschouwd als structuren waar op informele wijze vergaderd wordt over mogelijke informele beleidsafstemmingsafspraken.¹⁴ Vanuit dat perspectief worden netwerken beschouwd als 'een set van min of meer stabiele, onderling afhankelijke en niet-hiërarchische verhoudingen tussen een verscheidenheid aan actoren die gemeenschappelijke belangen met betrekking tot een bepaald beleid delen en aldus informatie en middelen uitwisselen om net die gemeenschappelijke belangen te behartigen door samenwerking'.¹⁵ Een klassiek netwerk is informeel omdat niet één enkele autoriteit de bevoegdheid claimt over de netwerkoperaties.¹⁶ Netwerken vormen daarentegen een soort contractmodel waarbij *in se* gelijke partijen (soevereine staten) buiten het statelijke of bestaande interstatelijke rechtskader ruimte creëren voor een nieuw en aanvullend beleidsafstemmingskader. Dat betekent uiteraard ook dat geen externe formele, aan bestaande rechtskaders gekoppelde criteria voorhanden zijn op basis waarvan de rechtskracht van netwerkafspraken bepaald wordt. Dat gebrekkige institutionele kader kan verklaren waarom juristen snel de logische conclusie trokken dat netwerkrichtsnoeren

- 11 Over de rol van de nationale rechter met het oog op het toepassen van het Europees gemeenschapsrecht, gebruikmakend van nationale rechtsmiddelen, zie J. Komarek, *Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities* (Publications of the Institute of European Law at Stockholm No. 54), 2006, 65 p.
- 12 W. Van Gerven, 'Comparative Law in a Regionally Integrated Europe', in: A. Harding en E. Öricü (ed.), *Comparative Law in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 155-178.
- 13 Zie het werk van A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press 2003, 370 p.; P.-H. Verdier, 'Regulatory Networks and their Limits', *Yale Journal of International Law* 2009, p. 113-172; een Europeesrechtelijk perspectief is te vinden in M. de Visser, *Network-based Governance in EC Law. The example of EC Competition Law and EC Communications Law*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, 546 p.
- 14 P.-H. Verdier, *supra* noot 13, p. 118.
- 15 T. Börzel, 'What's so special about policy networks? – An Exploration of the Concept and its Usefulness in studying European Governance', *European Integration Online Paper* 1997, <<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-016a.htm>>, 2.
- 16 Zie tevens A. Piilola, 'Assessing Theories of Global Governance: A Case Study of International Antitrust Regulation', *Stanford Journal of International Law* 2003, 213.

in bepaalde beleidsdomeinen slechts informele en niet-bindende standaarden uitmaakten.¹⁷

Het bovenvermelde sterk informele uitzicht van netwerken dient evenwel genuanceerd te worden in de *supranationale* context van de Europese Gemeenschap. De Europese Gemeenschap heeft sinds het witboek Europese governance¹⁸ weliswaar netwerken vooropgesteld als alternatieve reguleringsinstanties voor comitologiecomités en Europese agentschappen¹⁹, maar is daarbij afgeweken van de klassieke voorstelling waarbij netwerken in een juridisch vacuüm zouden opereren. Netwerken in verschillende sectoren op Europees niveau worden daarentegen beschouwd als semizelfstandige institutioneel geïncorporeerde netwerken²⁰, die onderscheiden worden van, maar niettemin verbonden zijn met de nationale en supranationale rechtsordes. Dergelijke netwerken zijn eerst en vooral *institutioneel*, omdat hun structuur geënt is op die van de Raad in het EG-Verdrag: vertegenwoordigers van de 27 lidstaten ontmoeten elkaar en trachten een beslissing te nemen in de vorm van richtsnoeren.²¹ Zij zijn bovendien *geïncorporeerd* en wel op dubbele wijze. In de eerste plaats gaat het om een incorporatie naar Europees gemeenschapsrecht waarbij de netwerken opgericht worden in uitvoering van een formele beslissing van de organen van de Europese Gemeenschap. Die formele beslissing neemt meestal de vorm aan van een Commissiebesluit²², maar een verordening of zelfs een richtlijn is theoretisch mogelijk. Daarenboven worden Europese netwerkstructuren ook verankerd naar nationaal recht en nemen zij de vorm aan van een privaatrechtelijke rechtspersoon naar nationaal recht. Die vorm van incorporatie wordt verduidelijkt met het voorbeeld van de harmonisatie van financiële regelgeving volgens de methode ‘Lamfalussy’.

Netwerken spelen inderdaad een prominente rol in de zogeheten Lamfalussy-aanpak tot harmonisatie van het financieel recht in de Europese Gemeenschap. Lamfalussy maakt immers gebruik van de klassieke top-down recepten, aangevuld met de netwerkstructuur om convergentie tot stand te brengen als aanvulling op een a priori

Europeesrechtelijk kader.²³ Die aanpak is innovatief omdat het Europees regel geven uitgesplitst werd op vier niveaus: niveau 1 omvat de algemene beginselen van geharmoniseerd Europees financieel recht, waar niveau 2 die beginselen uitwerkt in gedetailleerde harmonisatieregeling. Beide niveaus maken gebruik van het bestaande verdragsrechtelijke kader en de Europese rechtsinstrumenten (voornamelijk richtlijnen²⁴ en comitologieprocedures²⁵). Ook niveau 4 gebruikt het bestaande verdragskader om een scherper toezicht via afdwinging van niveau 1 en 2 regels te verzekeren, waarbij de Europese Commissie en het Hof van Justitie als proceduregangmakers optreden. De grootste nieuwigheid is evenwel de netwerkbenadering op niveau 3: in het kader van coördinatie van omzetting naar nationaal recht, maar ook en vooral om convergentie in financieel toezicht en in financiële regelgeving tot stand te brengen, werden drie zogenaamde ‘comités’ opgericht die algemeen geldende richtsnoeren kunnen vaststellen en aldus lidstaten kunnen dwingen de nevenrechtstakken (die niet geharmoniseerd werden), op passende wijze te doen convergeren met behulp van die richtsnoeren. Het gaat meer bepaald om het Comité van Europese Effectenregelgevers (CESR), het Comité van Europese Banktoezichthouders (CEBS) en het Comité van Europese toezichthouders op verzekeringen en bedrijfspensioenen (CEIOPS).²⁶

Zoals hierboven al vermeld worden netwerken vaak geïncorporeerd als rechtspersonen naar nationaal recht. Rechtspersoonlijkheid laat immers toe een behoorlijke administratieve functionering te verzekeren en de mogelijkheid tot het verwerven van eigendom, het afsluiten van contracten en het aanwerven van personeel in lidstaten te vergemakkelijken. In het kader van Lamfalussy zijn op die manier de drie niveau 3-comités als rechtspersonen naar Frans (CESR), Engels (CEBS) en Duits (CEIOPS) recht geïncorporeerd.²⁷ Die incorporatie verklaart meteen ook hun semizelfstandigheid. Inderdaad, in de mate netwerken fungeren als geïnstitutionaliseerde ontmoetingsplaatsen voor nationale autoriteiten in een

- 17 D. Fischer-Appelt, ‘Does the EU need a single European Securities Regulator?’, in: H. Hofmann en A. Türk, *EU Administrative Governance*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 261.
- 18 Witboek Europese governance, COM(2001)428, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/com/2001/com2001_0428nl01.pdf>.
- 19 Het witboek vermeldt netwerken expliciet op pagina 18.
- 20 Die analyse werd gemaakt in P. Thurner en M. Binder, ‘European Union Transgovernmental Networks: The Emergence of a new Political Space beyond the Nation State’, *European Journal of Political Research* 2009, p. 80-106 en B. Eberlein en A.L. Newman, ‘Escaping the International Governance Dilemma? Incorporated Transgovernmental Networks in the European Union’ *Governance* 2008, p. 25-52.
- 21 B. Eberlein en A.L. Newman, *supra* noot 20, p. 27.
- 22 Een Commissiebesluit vormde in dat verband bijvoorbeeld de aanleiding tot het oprichten van de Europese Groep van regelgevende instanties voor elektriciteit en gas (EREG, Besluit 2003/796/EG) en de Europese Groep van regelgevende instanties voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (ERG, Besluit 2002/627/EG). Zie ook Besluit 2009/77/EG, 2009/78/EG en 2009/79/EG in verband met de drie Lamfalussy-netwerken.
- 23 Over Lamfalussy en convergentie, W. Van Gerven, ‘Bringing (Private) Laws closer at European Level’, in: F. Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 58-59.
- 24 Op niveau 1 werden in beginsel vier nieuwe richtlijnen aangenomen: Richtlijn 2003/6/EG, *PbEU* 12 april 2003, L 96/16 (Richtlijn Marktmissbruik), Richtlijn 2003/71/EG, *PbEU* 31 december 2003, L 345/64 (de prospectusrichtlijn), Richtlijn 2004/39/EG, *PbEU* 30 april 2004, L 145/1 (MiFID, Markten in Financiële Diensten) en Richtlijn 2004/109/EG, *PbEU* 31 december 2004, L 390/98. (Transparantierichtlijn).
- 25 Over de delegatie en afbakening van comitologiebevoegdheden in Lamfalussy, zie Y. Avgerinos, ‘Essential and Non-essential Measures: Delegation of Powers in EU Securities Regulation’, *European Law Review* 2002, p. 269-289.
- 26 CESR Besluit 2009/77/EG, *PbEU* 29 januari 2009, L 25/18 verving Besluit 2001/527/EG, *PbEG* 13 juli 2001, L 191/43; CEBS Besluit 2009/78/EG, *PbEU* 29 januari 2009, L 25/23 verving Besluit 2004/5/EG, *PbEU* 7 januari 2004, L 3/28; CEIOPS Besluit 2009/79/EG, *PbEU* 29 januari 2009, L 25/28 verving Besluit 2004/6/EG, *PbEU* 7 januari 2004, L 3/30.
- 27 Die nationale rechtspersoonlijkheid bleef eerst min of meer verdoken, maar werd bevestigd door de CESR-voorzitter in een bijdrage, zie E. Wy-meersch, ‘Het “Committee of European Securities Regulators” of “CESR”’, *Forum Financier/Droit Bancaire et Financier (Bank Fin. R.)* 2007, 213; ook de Commissie vermeldde het bestaan van rechtspersoonlijkheid in een ‘Proposal for a Decision of the European Parliament and the Council

supranationaal kader onder toezicht van supranationale instanties, vormen zij een brug tussen nationaal en supranationaal recht, maar vormen zij tevens een soort van tussenniveau waarop effectief regelgevende activiteit tot stand komt die noch nationaal noch louter supranationaal is.²⁸ Het gaat inderdaad om regelgevende entiteiten (en dus geen Europese instellingen of agentschappen) die de naar gemeenschapsrecht ongrondwettelijke mogelijkheid hebben om richtsnoeren van algemene strekking aan te nemen die uiteindelijk de nationale autoriteiten op een of andere manier in rekening moeten brengen.²⁹ Zeer algemeen kan een dergelijke structuur vergeleken worden met autonome regelgevende agentschappen zoals die in de Verenigde Staten bestaan.³⁰

Wat de eigenlijke besluitvormingsprocedure in het operationele kader van netwerken betreft, werd in de literatuur voornamelijk gewezen op de zogeheten deliberatieve gelijkheid: alle partijen nemen als volwaardige partners deel aan het netwerk en beslissen in beginsel consensueel en op voet van gelijkheid over de te volgen beleidsstrategie. Die idee wordt ook teruggevonden bij Europeesrechtelijke netwerken, maar wordt enigszins gemoduleerd door de aanwezigheid van gekwalificeerde meerderheidsstemming in het kader van een aantal netwerken van toezichthouders.³¹ Het erkennen en Europeesrechtelijk 'opleggen' van gekwalificeerde meerderheden bevestigt de rol van netwerken als semizelfstandige regelgevende organen alleen maar en leidt er zelfs toe dat een besluitvormingsproces gecreëerd wordt dat zich aan het supranationale besluitvormingsproces spiegelt. In die zin wordt ook de deliberatieve gelijkheid verlaten.

Het eigene aan Europese netwerken is dat deliberatieve interacties tegelijkertijd op twee verschillende niveaus en in verschillende hoedanigheden worden geïnstitutionaliseerd. Waar de lidstatelijke autoriteiten, al dan niet onder extensief toezicht van de Europese Commissie

kunnen beraadslagen en besluiten, werd in de algemene netwerktheorie ook aandacht besteed aan de deliberatieve adviesmogelijkheid van private individuen als belanghebbende *stakeholders*.³² In dat verband is de idee van *private rule-making* en een zekere graad van autonomie voor industrie- of consumentenvertegenwoordigers om Europese regels te ontwikkelen, verworden tot een nieuw paradigma van Europees regel geven.³³ Netwerken voorzien in dat verband een uitgebreide raadpleging van belanghebbende actoren in de totstandkoming van richtsnoeren.³⁴ Tezelfdertijd mag evenwel de raadpleging van private belanghebbenden niet overschat worden. Immers, netwerken hebben *niet* tot doel private regelgeving, zoals bijvoorbeeld overeenkomsten tussen sociale partners³⁵ of bepaalde industriële standaarden inzake veiligheid van goederen³⁶, door middel van een soort van gemeenschaps-toets tot gemeenschapsrecht te laten verworden. Integendeel, de raadpleging van private belangen wordt slechts als een hulpmiddel voor de netwerkdeelnemers beschouwd om hen in staat te stellen meer gebalanceerde richtsnoeren te ontwikkelen. Bovendien spoort private raadpleging in netwerken allesbehalve gelijk.

In een aantal netwerken heeft de Commissie bovendien een meer dominante rol te vervullen dan de nationale autoriteiten. In een sector zoals het mededingingsrecht, waar de Europese Commissie traditioneel een sterke rol speelde en nog steeds speelt, is de primaire Commissierol dan ook niet meer dan begrijpelijk.³⁷ Een klassiek onderscheid dat in dat verband gemaakt wordt, betreft de verschillende benadering in regelgevende netwerken en in handavingsnetwerken.³⁸ Puur regelgevende netwerken vaardigen immers regelgeving uit om te reguleren, terwijl handavingsnetwerken regelgeving uitvaardigen, teneinde een convergente handhaving te vergemakkelijken.³⁹ Het onderscheid is evenwel niet helemaal praktisch accuraat, daar elk netwerk min of meer onderscheiden opera-

establishing a Community program to support specific activities in the field of financial services, financial reporting and auditing', COM(2009)14, <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/financing-decision_en.pdf>, 4.

28 B. Eberlein en A.L. Newman, *supra* noot 20, p. 28-29.

29 Dat is althans de geldende interpretatie van het *Meroni*-arrest, zoals tevens aangehaald in het Witboek Europese governance en in de rechtspraak. Zie in dat verband HvJ EG 13 juni 1958, zaak 9/56, *Jur.* 1958, p. 11 en Witboek Europese governance, p. 24. Meer recente voorstellen tot oprichting van Europese financiële autoriteiten doen evenwel twijfels bestaan over de toekomst van die doctrine.

30 Zie in dat verband D. Geradin, 'The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from American Experience', *Columbia Journal of European Law* 2004, p. 1-52.

31 Datis zeker het geval in de Lamfalussy-netwerken. Bijvoorbeeld het CESR Besluit, art. 15, waarbij gekwalificeerde meerderheidsstemming weliswaar ongeschikt blijft aan consensus.

32 Het raadplegen van de zogeheten *civil society* in dat verband is een essentieel aspect van de *new governance* aanpak op Europees niveau en het is dan ook niet verwonderlijk dat een dergelijke aanpak reeds in de kiem aanwezig was bij de Lamfalussy-regelgeving; over raadpleging van belanghebbenden in het algemeen, C. Scott, 'Governing without Law or Governing without Government? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU', *European Law Journal* 2009, 170.

33 Daarbij wordt de legitimiteit van rechtsregels niet zozeer in een statelijke formeel-juridische constellatie teruggevonden, maar eerder in de bekrachtiging van autonome private regelgeving. Zie daarover D. Schiek, 'Private Rulemaking and European Governance – Issues of Legitimacy', *European Law Review* 2007, 450.

34 Zie deel 4 voor een bespreking van consultatie- en participatierechten en rechtsbescherming bij CESR als voorbeeld van een netwerkbenadering.

35 Art. 139 lid 2 EG-Verdrag bepaalt in dat verband dat op communautair niveau gesloten overeenkomsten ten uitvoer gelegd kunnen worden volgens lidstatelijke procedures en gebruiken dan wel volgens een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie; over die communautaire bevestiging bestaat evenwel veel rechtsonzekerheid, zie K. Lenaerts en T. Corthaut, 'Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism', *Yearbook of European Law* 2003, p. 35-37.

36 In dat verband kan gewezen worden op de rol van zogeheten standaardiseringcomités, verantwoordelijk voor het ontwerpen van standaarden die in het Europeesrechtelijk kader geïntegreerd worden, zie de uiteenzetting van de principes in de Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie, *PbEG* 4 juni 1985, C 136/1.

37 Des te meer daar de Commissie als primaire toezichthouder kan optreden, S. Lavrijsen en L. Hancher, 'De rol van de netwerken van nationale mededingingstoezichthouders bij de bevordering van good governance in de Europese Unie', in: P. Eijlander en R. van Gestel (ed.), *Domeinconflicten tussen nationaal en Europees toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, p. 89.

38 M. de Visser, *supra* noot 13, p. 45.

39 M. de Visser, *supra* noot 13, p. 50.

tievoorwaarden hanteert.⁴⁰ Naast de klassieke voorbeelden uit de Lamfalussy-procedure vormen ook de netwerken in de energie en telecommunicatiesector voorbeelden van regelgevende netwerken, maar kunnen zij evenzeer beschouwd worden als handhavingsnetwerken, afhankelijk van de beschouwde criteria. Vanuit dat handhavingsperspectief zou geoordeeld kunnen worden dat rechtsbescherming van nature verweven is met het doel van het netwerk. Dat zou de algemene vraag naar rechtsbescherming als het ware irrelevant maken. Nochtans tonen de zogeheten handhavingsnetwerken zich op dat vlak geen meesters in duidelijkheid. De in de volgende paragraaf geschetste analyse van het belangrijkste primaire handhavingsnetwerk, het European Competition Network, toont inderdaad dat rechtsbescherming allesbehalve volledig vanzelfsprekend en duidelijk is. Wat de zogeheten regelgevende netwerken betreft (en dus ook de Lamfalussy-netwerken) lijkt de band met mogelijkheden voor rechtsbescherming weliswaar nog minder aanwezig te zijn dan bij netwerken die primair voorzien in convergerende handhaving, omdat de rol van de rechter in dat kader nog minder geëxpliciteerd wordt.

2.2. *Het 'European Competition Network' en rechtsbescherming*

Verordening (EG) nr. 1/2003⁴¹ decentraliseerde de afdwinging en handhaving van het Europees mededingingsrecht. Die decentralisatie leidde tot een sterke uitbreiding van de rol van nationale rechtscolleges en nationale mededingingsautoriteiten in de toepassing van Europees mededingingsrecht met betrekking tot restrictieve praktijken en misbruik van machtspositie.⁴² Waar voorheen een aanmelding bij de Commissie van restrictieve praktijken, zoals kartelovereenkomsten verplicht gesteld werd, wordt thans een verbod op aanmelding en een verplichting voor nationale autoriteiten en rechters om Europees recht toe te passen opgelegd.⁴³ Om de coherentie te bewaren en een al te sterke verwatering van een Europees gehandhaafd recht te voorkomen, werd een zogeheten 'European Competition Network' (ECN) opgericht, bestaande uit vertegenwoordigers van de 27 nationale me-

dedingingsautoriteiten en de Europese Commissie.⁴⁴ Als netwerk biedt het ECN een informele plaats van overleg aan tussen autoriteiten over de behandeling van specifieke zaken en het gepaste (nationale of supranationale) forum of de gepaste (nationale) fora van toezicht.⁴⁵ De finaliteit van het netwerk bestaat derhalve in het bewerkstelligen van een oplossing over jurisdictionele 'bevoegdheidsconflicten' en de daarbij passende uitwisseling van informatie. Vermits het netwerk tot doel heeft het bestaande Europese recht eenvormig toe te passen, ligt de klemtoon niet op het uitvaardigen van nieuwe semi-Europese regelgeving; integendeel, dergelijke regels en interpretatieve bekendmakingen zullen nog steeds uitgaan van de Europese Commissie, die ook in de netwerkoperaties zelf een belangrijke en primaire rol blijft spelen. De vraag naar rechtsbescherming in dit netwerk zal daarom onvermijdelijk op een andere wijze gesteld worden dan in een netwerk dat zelf regelgeving ontwerpt voorbij de particulariteit van individuele kartels. Dat belet evenwel niet dat ook in dit kader problemen van rechtsbescherming naar Europees recht rijzen voor individuen geconfronteerd met de toepassing van het Europees mededingingsrecht en verschillende bevoegde actoren. Het is immers zo dat de Commissie eerst en vooral zelf een onderzoek kan starten, ten gevolge waarvan de nationale autoriteiten van hun bevoegdheden ontheven worden.⁴⁶ Om de Commissie en de andere autoriteiten afdoende inlichtingen te verschaffen, wordt de uitwisseling van informatie in het netwerkkader sterk beklemtoond.⁴⁷ Wat nationale rechters betreft, ook zij zullen rekening moeten houden met imminente en respect tonen voor gevestigde beslissingen van de Europese Commissie in een zaak die hen wordt voorgelegd.⁴⁸ In die zin verschijnt het netwerk eerder als een bijkomend informatiekanaal voor de diensten van de Europese Commissie om al dan niet actie te ondernemen. Die feitelijke doelstelling wordt in rechte niet helemaal bevestigd in de zogeheten gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie met betrekking tot het functioneren van het netwerk van mededingingsautoriteiten. Daarin wordt immers volmondig de gelijkheid van de netwerkdeelnemers erkend⁴⁹, hoewel meteen de primus inter pares rol van de Europese Commissie wordt bevestigd.⁵⁰ De traditionele verhouding van gelijkheid tussen

40 Zie ook over de verwevenheid van handhavings- en reguleringsnetwerken, M. de Visser, *supra* noot 13, p. 48.

41 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 4 januari 2003, L 1/1.

42 Zie in eerste instantie L. Idot, 'Le nouveau système de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)', *Cahiers de droit européen* 2003, p. 283-371.

43 Art. 3 Verordening (EG) nr. 1/2003.

44 De horizontale bevoegdheidsverdeling in dat verband wordt uitgebreid geanalyseerd in S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, 548 p.

45 Zie daarover de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PbEU* 27 april 2004, C 101/43; zie ook de Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf>.

46 Art. 11 Verordening (EG) nr. 1/2003.

47 In uitvoering van art. 33.1, b) Verordening (EG) nr. 1/2003, waarin wordt bepaald: De Commissie is bevoegd alle dienstige bepalingen die betrekking hebben op de nadere regeling van de uitwisseling van inlichtingen en de raadpleging, bedoeld in art. 11 vast te stellen.

48 Art. 16 Verordening (EG) nr. 1/2003.

49 Considerans 7 van de Joint Statement stelt samenwerking op basis van gelijkheid, respect en solidariteit voor.

50 Zie considerans 9 van de Joint Statement: The Commission, as the guardian of the Treaty, has the ultimate but not the sole responsibility for developing policy and safeguarding efficiency and consistency. Therefore, the instruments of the Commission on the one hand and of the NCAs on the other hand are not identical. The additional powers the Commission has been granted to fulfil its responsibilities will be exercised with the utmost regard for the cooperative nature of the Network.

nationale autoriteiten en de Commissie blijkt evenzeer nogal verraderlijk in het licht van formele beslissingen of beschikkingen die een nationale autoriteit zou nemen in een concrete zaak. In dat geval zelfs kan de Commissie een procedure instellen en beschikt deze dus over een pre-emptierecht.⁵¹ Dat laatste betekent echter niet dat elk niet-optreden van de Commissie na netwerkoverleg de nationale beslissing tot een Europese beslissing doet verworden, op grond waarvan het individu het recht heeft om middels het Europese systeem van rechtsbescherming vorderingen in te stellen voor nationale of supranationale rechtscolleges: immers, een niet-interventie maakt van een nationale beslissing tot overdracht van het dossier naar een andere nationale autoriteit een loutere beslissing naar nationaal recht, ook al komt die beslissing tot stand na en ten gevolge van overleg in het netwerk. De beslissing kan aldus niet toegerekend worden aan de Europese Gemeenschap, zelfs al zou men kunnen argumenteren dat het om een netwerkbeslissing gaat.⁵² Enkel nationale rechtsmiddelen en procedures blijven dus voorhanden, waarbij de diversiteit van nationale wetgeving en procedures gerespecteerd dient te worden.⁵³ Enkel de zogeheten supranationale gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginselen, zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie, spelen in dat kader een rol.⁵⁴

2.3. Netwerken en Lamfalussy

De vorige paragraaf verduidelijkte dat supranationale rechtsbescherming geen gegeven is in netwerken, zelfs niet indien deze zeer nauw verbonden zijn met een Europeesrechtelijk niveau van besluitvorming en handhaving, zoals het Europese mededingingsrecht. In Lamfalussy-netwerken rijst een gelijkaardig probleem van individuele rechtsbescherming, doch de finaliteit ervan moet worden onderscheiden van het ECN omdat de finaliteit van het netwerk anders is. Opgericht als organisatorische hulpmiddelen voor convergentie en het ontwikkelen van ondersteunende regels, zonder daarbij effectief te dienen als een netwerk waarin over concrete zaken wordt gedelibereerd, nemen Lamfalussy-netwerken eerder de rol op van bijkomende regelgevers die, in aanvulling op het Europees recht en het omgezette nationaal recht,

het regelgevend kader op een meer flexibele wijze trachten aan te vullen en te dichtten.⁵⁵ Regelgevende convergentie vormt in dat verband dan ook een fundamentele taak, ongeacht of die betrekking heeft over de wijze van uitoefenen van toezicht, dan wel betrekking heeft op nevenrechtstakken die effecten ondergaan van de Europese regelgeving. Om dergelijke netwerken beter te situeren, wordt een overzicht van het CESR gegeven. De structuur van het CEBS en het CEIOPS is evenwel gelijkaardig, omdat de structuur van beide netwerken analoog is aan die van het eerder opgerichte CESR.⁵⁶

CESR werd opgericht als niveau 3-comité en had aldus tot doel om de implementatie van niveaus 1 en 2 te ondersteunen en te coördineren. Samengesteld uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders op de effectenmarkten bestaat de voornaamste rol evenwel in het convergeren van regelgeving op nationaal niveau. CESR zelf omschrijft die taak als volgt:

‘(...) interveniencing in areas not covered by EC law and adopting autonomous standards as a common EC-wide regulatory approach that might feed into the EC regulatory process.’⁵⁷

Door de (potentieel) uitgebreide regelgevende opdracht van CESR lijkt de aanduiding van ‘de facto regelgevend agentschap’ niet verkeerd.⁵⁸ De institutionele structuur van CESR is echter complexer dan op het eerste gezicht zou blijken. Opgericht als Europees Comité door middel van een Besluit van de Commissie, wordt CESR door de Europese institutionele structuur erkend als een raadgevend comité dat optreedt ter voorbereiding van wetgeving op niveau 2.⁵⁹ Besluit 2009/77/EC paste immers de institutionele structuur van CESR aan, zonder evenwel ingrijpende veranderingen voorop te stellen.⁶⁰ In beginsel blijft de fundamentele status-quo naar Europees gemeenschapsrecht immers bestaan: ‘Het Comité heeft geen regelgevende bevoegdheden op het niveau van de Gemeenschap.’ CESR vervult slechts een ondersteunende rol door niet-bindende richtsnoeren aan te nemen, aanbevelingen of standaarden uit te vaardigen, om *peer reviews* uit te voeren en *best practices* te promoten met als

51 L. Idot, *supra* noot 42, p. 330.

52 D. Arts en K. Bourgeois, ‘Samenwerking tussen Mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming. Enkele Bedenkingen’, *Tijdschrift voor Belgische Mededinging* 2006, p. 30.

53 D. Arts en K. Bourgeois, *supra* noot 52, p. 41.

54 Uitgebreid over die beginselen, K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis en R. Bray (ed.), *Procedural Law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 83-121.

55 Dat werd tevens erkend in M. de Visser, *supra* noot 13, p. 48; zie ook het eindrapport van het Comité der Wijzen dat aanleiding gaf tot de Lamfalussy-aanpak, 38 te raadplegen op <http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf>.

56 CESR werd opgericht in 2001 en groeide uit het meer informele Forum of European Securities Regulators (FESCO), zie daarover S. Bergsträsser, ‘Regulatory implications of an exchange merger’, in: G. Ferrarini, K. Hopt en E. Wymeersch (eds.), *Capital Markets in the Age of the Euro: Cross-Border Transactions, listed companies and regulation*, London: Kluwer Law International 2002, p. 294; CEBS en CEIOPS werden slechts in 2004 opgericht na de uitbreiding van de Lamfalussy-aanpak tot het recht inzake kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen.

57 CESR, ‘The Role of CESR at Level 3 under the ‘Lamfalussy’ process’, <www.cesr.eu>, 10.

58 N. Moloney, ‘Law-making Risks in EC Financial Market Regulation after the Financial Services Action Plan’, in: S. Weatherill (ed.), *Better Regulation*, Oxford: Hart 2007, p. 352.

59 Zie art. 2 Besluit 2009/77/EG.

60 In uitvoering van de Mededeling van de Commissie van 20 november 2007, Evaluatie van de Lamfalussy-procedure – Bevorderen van Toezichtsconvergentie, COM(2007)727, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0727:FIN:NL:PDF>>, 7 waarin gewezen werd op de institutionele tekortkomingen.

doel meer convergentie *binnen* de Gemeenschap te bereiken.⁶¹ Tezelfdertijd wordt het opgedragen om voldoende rekening te houden met de noden van de nationale autoriteiten. In dat verband kan het nastreven van samenwerking CESR een rol geven van een *beperkte* toezichthouder op de nationale toezichthouders. Art. 5.3 van het Besluit bepaalt immers dat het Comité over procedures beschikt die de toezichthoudende autoriteiten in gelegenheid stellen direct te reageren. Daarenboven vergemakkelijkt het Comité een gezamenlijke analyse van bepaalde pijnpunten. Art. 6 van het besluit geeft evenwel de kerntaak weer: bijdragen tot gemeenschappelijke toezichtspraktijken en -instrumenten. Daarnaast wordt, weliswaar niet in het Besluit, maar in de geest ervan erkend dat raadpleging van private individuen alvorens richtsnoeren aan te nemen van primordiaal belang is met het oog op een voldoende regelgevende legitimiteit.⁶²

Bovendien is het zo dat een soort van *review*-procedure op basis van toezichtspraktijken uitgevoerd wordt waarbij de toezichthouders zich in de vergaderingen van CESR dienen te verantwoorden voor de wijze waarop zij regelgeving implementeerden.⁶³ In die zin fungeert CESR dus als een soort algemene toezichthouder of waakhond ten aanzien van de eigenlijke toezichthouders op financiële markten. De institutionele band van CESR met de Europese en nationale instellingen vertoont de volgende hybride structuur. De Europese Commissie neemt weliswaar deel aan de beraadslagingen van de CESR-werkgroepen van nationale vertegenwoordigers, maar slechts in de rol van waarnemer zonder stemrecht.⁶⁴ De Commissie heeft evenwel in belangrijke mate een institutionele invloed op de werking van het Comité, doordat zij de procedure van stemming voorschrijft: consensus of gekwalificeerde meerderheid bij gebrek aan consensus (art. 14 lid 1). Bovendien stelt het besluit dat nationale toezichthouders die de aangenomen richtsnoeren niet volgen in hun nationale recht, zich zullen moeten verantwoorden (lid 2). Indirect dient die verantwoording ook te worden afgelegd tegenover de Commissie die als waarnemer deel heeft aan de beraadslagingen en dus op gemeenschapsrechtelijk niveau eventueel actie zou kunnen ondernemen.

Tegenover die indirecte institutionele verbanden tussen Commissie, CESR en nationale toezichthouders staat dat CESR naar gemeenschapsrecht niet met rechtspersoonlijkheid bekleed is, ondanks de belangrijke ondersteunende bevoegdheden in het besluit.⁶⁵ Rechtspersoonlijkheid naar Europees gemeenschapsrecht zou het bestaan impliceren van de ruimste handelingsbevoegdheid welke door de nationale wetgevingen aan rechtspersonen wordt toegekend, onder meer met betrekking tot het verkrijgen en verwerven van roerende en onroerende goederen en het optreden in rechte.⁶⁶ Een dergelijke rol wordt aan de Europese Gemeenschap zelf en aan verschillende onafhankelijke EG-agentschappen toegekend.⁶⁷ De vraag die daarbij evenwel rijst is of en in welke mate een dergelijk optreden in rechte ook zou wijzen op de mogelijkheid van het Comité om in eender welke lidstaat tegen de betrokken lidstatelijke autoriteit een vordering in te stellen, teneinde de prerogatieven van het Comité zelf te vrijwaren en respect voor de richtsnoeren af te dwingen. Tezelfdertijd zou rechtspersoonlijkheid kunnen impliceren dat private individuen mogelijks de EG-rechtspersoon voor de Europese en nationale rechters in elke lidstaat kunnen dagen, teneinde de nadelige gevolgen die zij in hun rechten ondervinden te doen beslechten en remediëren. Rechtspersoonlijkheid is aldus een vorm van institutionele erkenning.

In plaats van evenwel te opteren voor een dergelijke structuur, werd in het kader van Lamfalussy gekozen om de informaliteit van het netwerk vanuit een Europees institutioneel perspectief te vrijwaren. Teneinde evenwel de praktische mogelijkheden van CESR om een onafhankelijk secretariaat aan te trekken en op een meer formeel-juridische manier de verschillende nationale toezichthouders te groeperen, werd het Comité als rechtspersoon naar privaatrecht van de lidstaat van vestiging opgericht, in casu het Franse recht.⁶⁸ Die incorporatie naar Frans recht is lang als het ware verdoken gebleven, maar is onlangs officieel door de Europese Commissie bevestigd.⁶⁹ CESR is in dat verband een rechtspersoon naar Frans recht, opgericht conform de wet van 1901 *relative au contrat d'association*.⁷⁰ Die wet laat toe dat leden hun activiteiten of kennis verzamelen in een afzonderlijke

61 Considerans 9 van de Preamble van het Besluit 2009/77/EG; volgens art. 4 oefent CESR ten minste een aantal taken uit, hetgeen wijst op meer potentieel in de concrete netwerkactiviteiten.

62 Zie deel 4; die openheid blijkt ook uit art. 7.4 Besluit 2009/77/EG waarbij deskundigen en waarnemers uitgenodigd kunnen worden.

63 Cfr. art. 14 lid 2 Besluit 2009/77/EG; over *peer review* zie ook E. Wymeersch, *supra* noot 27, p. 216.

64 Althans volgens het CESR Charter (herzien 10 september 2008) ter uitvoering van het Europese wettelijke kader.

65 Dat leidde er evenwel toe dat rechtsgelerden CESR al snel als helemaal informeel beschouwden, zonder aandacht te besteden aan de verankering naar nationaal recht die evenwel kenmerkend is voor netwerken op Europees niveau; zie inderdaad S. Lavrijssen en L. Hancher, *supra* noot 37, p. 98 en D. Fischer-Appelt, *supra* noot 17, p. 254.

66 Zie art. 281 EG-Verdrag en K. Lenaerts, P. Van Nuffel en R. Bray (ed.), *Constitutional law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 479.

67 Zie in dat kader onder meer E. Vos, 'Agencies in the European Union', in: L. Verhey en T. Zwartz (ed.), *Agencies in European and Comparative Perspective*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 118.

68 De eerste erkenning daarvan verscheen in E. Wymeersch, *supra* noot 27, p. 213.

69 Proposal for a Decision of the European Parliament and the Council establishing a Community program to support specific activities in the field of financial services, financial reporting and auditing, COM(2009)14, <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/financing-decision_en.pdf>, 4; Die expliciete erkenning door de Europese Commissie van rechtspersoonlijkheid naar nationaal recht is voornamelijk geground in de wens om de Comités ook op Europees niveau aan een striktere controle te onderwerpen en tevens van betere budgettaire ondersteuning te voorzien.

70 Loi du 1^{er} Juillet 1901 relative au contrat d'association, <www.legifrance.gouv.fr>.

entiteit, teneinde een ander dan een winstgevend doel te bereiken.⁷¹ Rechtspersoonlijkheid wordt aldus verkregen door een officiële verklaring voorafgaand aan de oprichting op te stellen.⁷² De nationale autoriteiten fungeren in die mate als 'leden' van de vereniging. Een dergelijke vereniging wordt aldus een rechtspersoon naar Frans recht en kan als private persoon naar Frans recht optreden en aldus in rechte optreden, ook in andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte in het licht van de Brussel I-Verordening.⁷³ Dat private organisatorische kader vindt evenwel geen steun in het besluit van de Commissie en lijkt eveneens niet helemaal te stroken met de publiekrechtelijke en regelgevende taak die in dat besluit opgelegd werd. Daarenboven heeft het creëren van CESR en de andere comités als rechtspersonen naar nationaal recht een zeer vreemd gevolg: CESR heeft namelijk formeel-juridisch dezelfde structuur als eender welke entiteit die naar nationaal recht met rechtspersoonlijkheid bekleed is, terwijl CESR juist regels oplegt aan publieke autoriteiten van die lidstaten die door middel van toezichtrichtsnoeren de rechtspositie van nationale rechtspersonen kunnen beïnvloeden. Vanuit dat formele standpunt is de Europese legitimiteit van CESR als een 'de facto Europees regelgevend agentschap' derhalve miniem. Vanuit het oogpunt van meer informele convergentie van nationale praktijken kan een dergelijke structuur evenwel als meer wenselijk beschouwd worden, vermits de al te sterke top-down EG-verbondenheid gemitigeerd wordt door een nationale incorporatie. Anderzijds vormt een sterke supranationale band op zich wel een betere legitimatie van de tussenstatelijke aard van de activiteiten. De Commissie bleef echter formeel door uitdrukkelijk te stellen dat de taken van de comités niet meer dan loutere administratieve ondersteuning mochten bieden.⁷⁴ Tegenover die vaststelling staat evenwel de belangrijke rol inzake netwerkregelgeving tussen nationaal en supranationaal recht, waarmee de klassieke voorstelling van loutere administratieve ondersteuning conflicteert. Dat laatste werd ook uitdrukkelijk bevestigd door de voorzitter van CESR.⁷⁵

De discrepantie tussen vorm en aard van de activiteit blijft echter opvallend groot, zo groot dat vanuit het oogpunt van individuele rechtsbescherming een complex en diffuus geheel van normen individuele personen en hun rechten min of meer lijkt te verwaarlozen. De vraag rijst

of een dergelijk uitgangspunt houdbaar is in een gemeenschap die de 'rule of law' hoog inschat.

3.4 Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschap en de Europese Unie

3.1. Het primaat van het individu in Europese rechtsbescherming

Het is bekend dat de Europese Unie (met inbegrip van de Europese Gemeenschap) gegrondvest is in onder ander het beginsel van de rechtsstaat.⁷⁶ Dat blijkt niet alleen uit de verdragsrechtelijke creatie van een Hof van Justitie en een Gerecht van eerste aanleg die in het kader van hun respectieve bevoegdheden de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en de toepassing van het verdrag verzekeren⁷⁷, maar ook uit de invloed die van de rechtspraak van het Hof is uitgegaan waarbij het individu centraal gesteld werd. Advocaat-generaal Van Gerven stelde in zijn conclusie bij de *Tsjernobyl*-zaak dat rechtsbescherming op Europees niveau bestaat in 'de aan de titularis van een recht, bevoegdheid of prerogatief toekomende mogelijkheid om zijn recht, bevoegdheid of prerogatief op eigen initiatief, dat is naar eigen beoordeling, middels een beroep op de rechterlijke macht te doen gelden'.⁷⁸ Toegang tot een rechter die Europeesrechtelijke prerogatieven, rechten of bevoegdheden kan onderwerpen aan een zekere toetsing wordt daarbij dus als essentieel gepercipieerd.⁷⁹ Het bestaan van een dergelijk systeem van rechterlijke controle maakt van de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap en alleen daardoor reeds ontstaat een bijkomend niveau van individuele participatie aan een gemeenschappelijk project dat verder reikt dan traditionele internationale samenwerkingsmechanismen.⁸⁰ De welbekende verdragsstructuur die focust op toegedeelde bevoegdheden verhindert evenwel dat het Hof en het Gerecht in staat zouden zijn alle geschillen, gedingen of situaties waarin rechten, prerogatieven of bevoegdheden van individuen in het gedrang zijn, rechtstreeks te beschouwen. Verdragsrechtelijke, maar

71 Art. 1, Loi 1901: L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations.

72 Art. 5, Loi 1901.

73 Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 16 januari 2001, L 12/1.

74 Zie eveneens het Proposal for a Decision of the European Parliament and the Council establishing a Community program to support specific activities in the field of financial services, financial reporting and auditing, COM(2009)14, *supra* noot 69, 4.

75 *Preparing for the Future*, rede uitgesproken op de CESR Conferentie door CESR Voorzitter E. Wymeersch, 23 februari 2009, <www.cesr.eu>: 'CESR has no effective arms to go against these practices that fundamentally are incompatible with the internal market. If we want to create a real internal financial market, we have to be able to adopt more streamlining first in our rulebooks, and in our administrative practices'.

76 Zie art. 6.1 EU-Verdrag; W. Van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 105-121.

77 Zie art. 220 EG-Verdrag.

78 Conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in HvJ EG 22 mei 1990, zaak C-70/88 (*Europees Parlement/Raad*), *Jur.* 1990, p. I-2041.

79 Conclusie van advocaat-generaal Maduro in HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-160/03, (*Spanje/Eurojust*), *Jur.* 2005, p. I-2077, r.o. 17.

80 Zie daarover K. Lenaerts, 'The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union', *Common Market Law Review* 2007, p. 1625-1659.

ook efficiëntiebezwaren werden in dat verband aangehaald.⁸¹ Het Hof heeft in dat kader in de eigen rechtspraak dan ook een systeem, door sommigen als quasifederaal bestempeld⁸², uitgewerkt waarbij individuen de garantie van rechterlijke tussenkomst wordt toegekend op nationaal niveau dan wel rechtstreeks op gemeenschapsniveau. In die zin wordt een systeem van rechtsbescherming in de Europese Gemeenschap voorgestaan dat volledig en coherent is.⁸³ Rechten die niet rechtstreeks voor de gemeenschapsrechter kunnen worden beschermd, vereisen het optreden van nationale rechters, zelfs in die mate dat het in het leven roepen van nieuwe rechtsmiddelen naar nationaal recht een vereiste kan zijn, zoals de recente *Unibet*-zaak lijkt voorop te stellen.

Het grootste probleem in die voorstelling betreft het definiëren van 'rechten' die individuen uit het gemeenschapsrecht kunnen putten. Het is immers onduidelijk in welke mate van een eigenlijk recht gesproken kan worden.⁸⁴ Bovendien toonde Van Gerven overtuigend aan dat rechten enkel en alleen denkbaar zijn indien ook rechtsmiddelen voorhanden zijn teneinde die rechten te effectueren.⁸⁵ Een quasifederaal model van rechtsbescherming, waarbij de nationale rechter ook optreedt als gemeenschapsrechter en waarbij geen absolute uniformiteit in toepasselijk recht en toepasselijke rechtsmiddelen bestaat, wordt aldus ook bepaald en gevormd door de concrete gewoonten van nationale rechtsmiddelen die voorzien in de bescherming van Europese rechten.⁸⁶ Het Hof van Justitie is slechts bereid om de nationale systemen of het Verdragssysteem meer uitgebreid in het licht van het doel van rechtsbescherming te interpreteren en tot aanpassing te dwingen indien en in de mate dat bindende beslissingen die effecten hebben ten overstaan van de rechten van derden geen enkele mogelijkheid tot bescherming voor een nationale of Europese rechter vinden. Het Hof heeft een dergelijk standpunt een eerste maal ingenomen in het arrest *Les Verts*, waarbij een Franse vereniging zonder winstoogmerk individueel geraakt werd door een besluit van het Europees Parlement en daartegen in

beginsel geen vordering voor het Hof kon instellen.⁸⁷ De meer algemene erkenning van dat beginsel door het Hof van Justitie, buiten het kader van handelingen die aanvechtbaar waren en rechtstreeks de Europese instellingen betroffen, kwam enkele weken later in de zaak *Johnston*⁸⁸ en is sedertdien vaste rechtspraak geworden in de eerste pijler.⁸⁹ De recente *Unibet*-zaak kan in dat verband als de meest verre gaande stap beschouwd worden. Het Hof stelt daar immers dat:

'(...) wanneer het volgens het nationale, overeenkomstig de eisen van het gemeenschapsrecht toegepaste recht niet zeker is of een beroep strekkende tot eerbiediging van de rechten die de justitiabele aan het gemeenschapsrecht ontleent, ontvankelijk is, het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming vereist dat de nationale rechter desalniettemin reeds in dat stadium de voorlopige maatregelen kan gelasten die noodzakelijk zijn om de eerbiediging van deze rechten te verzekeren'.⁹⁰

Dat zou kunnen impliceren dat een bijkomend zelfstandig rechtsmiddel naar nationaal recht⁹¹ gecreëerd dient te worden, maar *Unibet* maakt duidelijk dat zulks slechts in een beperkt aantal gevallen zo zal zijn, in het bijzonder wanneer geen enkel middel voor individuen om als eiser of klager op te treden voorhanden is naar nationaal recht.⁹² Op die manier kan ook recht gedaan worden aan een onderliggend ideaal van rechtsbescherming:

'(...) voorkomen dat bevoegdheden worden gecreëerd waarop het recht en de rechter geen vat hebben, en met het oog daarop zorgen voor een structurele congruentie; de overdracht van overheidsbevoegdheden moet gepaard gaan met de invoering van toezicht en van gelijkwaardige beroepsmogelijkheden'.⁹³

Hoe kan dat jurisprudentiële ideaal in verband gebracht worden met het oprichten van netwerken die richtsnoeren aannemen die weliswaar geen deel uitmaken van het

81 P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 266.

82 J. Komarek, *supra* noot 11.

83 K. Lenaerts, *supra* noot 80, 1626 beschouwt een volledig systeem van rechtsbescherming in de zin dat 'several Legal remedies and procedures operate before the Community courts and national courts to ensure the review of the legality of the acts of the institutions'. Coherent impliceert dat 'the system defines the respective tasks of the Community courts and the national courts in conformity with the allocation of jurisdiction laid down in the EC Treaty'.

84 Dat blijkt al uit het vaak vage karakter van zogeheten communautaire rechten, zie J. Lindholm, *State Procedure and Union Rights. A Comparison of the European Union and the United States*, Upsalla: Iustus Forlåg 2007, p. 59; bovendien blijft de afbakening van communautaire rechten problematisch, zie ook deel 4.

85 Zie de analyse in W. Van Gerven, 'Of Rights, Remedies and Procedures', *Common Market Law Review* 2000, p. 502 en 503.

86 Aanvankelijk bovendien alleen door die rechtsmiddelen, zie daarvoor HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989, r.o. 5 waarbij de vrijheid van lidstaten op dat vlak sterk beklemtoond werd.

87 HvJ EG 23 april 1986, zaak 294/83 (*Parti écologiste 'Les Verts'/European Parliament*), *Jur.* 1986, p. 1339, r.o. 23-25.

88 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (*Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*), *Jur.* 1986, p. 1651, r.o. 18.

89 Zie onder andere HvJ EG 15 oktober 1987, zaak 222/86 (*Heylens*), *Jur.* 1987, p. 4097, r.o. 14; HvJ EG 27 november 2001, zaak C-424/99 (*Commissie/Oostenrijk*), *Jur.* 2001, p. I-9285, r.o. 45; HvJ EG 25 juli 2002, zaak C-50/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores/Raad*), *Jur.* 2002, p. I-6677, r.o. 39; HvJ EG 19 juni 2003, zaak C-467/01, *Jur.* 2003, p. I-6471, r.o. 61.

90 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05 (*Unibet*), *Jur.* 2007, p. I-2271, r.o. 72.

91 Het nationale recht zal dan ook zelf de voorwaarden voor de ontvankelijkheid bepalen, zie *Unibet*, r.o. 73: 'Het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming van door het gemeenschapsrecht aan de justitiabelen verleende rechten vereist echter niet dat het in de rechtsorde van een lidstaat mogelijk is, door de bevoegde nationale rechter voorlopige maatregelen te doen gelasten in het kader van een verzoek dat volgens het recht van deze lidstaat niet-ontvankelijk is, voor zover het gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd in overeenstemming met punt 71 van het onderhavige arrest, zich tegen deze niet-ontvankelijkheid niet verzet.'

92 K. Lenaerts, *supra* noot 80, p. 1646.

93 Conclusie van advocaat-generaal Maduro in de zaak C-273/04 (*Polen/Raad*), te raadplegen op <www.curia.eu>, r.o. 29. Dat betekent dus dat een nieuw opgericht orgaan tevens aan rechterlijk toezicht onderworpen dient te worden (r.o. 31).

klassieke Europese recht, maar desalniettemin invloed uitoefenen op de wijze van implementatie en interpretatie van het Europees recht? Het belangrijkste argument lijkt te zijn dat richtsnoeren rechten die individuen uit het gemeenschapsrecht putten, kunnen raken, aantasten of in het gedrang brengen. In dat kader kan de vraag naar de noodzaak en het bestaan van rechtsmiddelen om rechten te handhaven rijzen. Vermits netwerken er in de eerste plaats op gericht zijn om regelgeving te formuleren, zou gesteld kunnen worden dat een delegatie van bepaalde communautaire bevoegdheden naar informele netwerken niet gepaard kan gaan met een verlies aan rechtsbescherming. Een zuivere delegatie van supranationaal naar semisupranationaal recht ligt evenwel niet steeds voor, daar netwerken tevens instaan voor coördinatie van implementatie van supranationale wetgeving, een bevoegdheid van de lidstaten.⁹⁴ Vermits evenwel de Europese wetgeving in een aantal gevallen ook een expliciete delegatie bevat, dient dat onderscheid verder te worden beschouwd in het uitwerken van het kader van rechtsbescherming. Bovendien is het hierboven beschreven ideaal niet grenzeloos, zoals in de volgende paragraaf wordt aangetoond. Dat alles moet in het achterhoofd gehouden worden bij de ontwikkeling van een analyse van rechtsbescherming en netwerken.

3.2. Een beperkte rol voor het individu voorbij de klassieke paden? Het (historische) voorbeeld van de derde pijler

Waar de Europese Gemeenschap zonder de minste twijfel een rechtsgemeenschap vormt, gold dat argument niet onomwonden voor de Europese Unie voor de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon. Zoals bekend speelde het uitgebreide systeem van rechtsbescherming niet in de zogeheten tweede pijler, het gemeenschappelijk buitenlands- en veiligheidsbeleid.⁹⁵ In de derde pijler was de toegang tot de rechter en het arsenaal van rechtsmiddelen zelf beperkt. Het Verdrag van Lissabon, in werking getreden op 1 december 2009 maakte een einde aan de pijlerstructuur en vooral aan de achtergestelde positie van de derde pijler.⁹⁶ In het licht van deze bijdrage is het evenwel nuttig om even stil te staan bij de nu historische derde-pijlerrechtspraak en de omgang met het beginsel van individuele rechtsbescherming in een context die niet volledig gedekt wordt door het EG-Verdrag. De vraag

rijst dan ook vooral of het beginsel een meer fundamentele rol speelt en, zo ja, in welke mate.

Een fundamenteel verschil met rechtsbescherming in de eerste pijler lag in de onduidelijke status van de rechtsinstrumenten in de derde pijler. Dat leidde tot de vraag naar de mate waarin dergelijke instrumenten rechten creëren voor individuen. De verdragsteksten zelf en de ervaring op dat gebied leken enerzijds te beperkt om daaruit een met de eerste pijler vergelijkbare erkenning van rechten naar Europese-Unierecht af te leiden.⁹⁷ Dat belette evenwel niet dat het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg zich ook wezenlijk richten op individuele rechtsbescherming, weliswaar binnen het gegeven constitutionele kader.

De *Pupino*-zaak verschaft in dat verband een mooie illustratie.⁹⁸ In die zaak stelde het Hof immers dat een zogeheten kaderbesluit, dat verdragsrechtelijk als niet-rechtstreeks werkend wordt beschouwd⁹⁹, toch wel een zekere mate van doorwerking vereist, namelijk de verplichting voor nationale rechters om het nationale recht te interpreteren in het licht van het bepaalde in het kaderbesluit.¹⁰⁰ Individuen moeten aldus in staat zijn om een dergelijk kaderbesluit in te roepen, teneinde een bepaalde interpretatie van nationale wetgeving af te dwingen.¹⁰¹ In die zin kan geargumenteed worden dat zelfs een kaderbesluit op een zekere manier een recht op interpretatie in het leven kan roepen dat doorheen de diversiteit van nationale procedures kan worden ingeroepen en toegepast. Hoewel niet uitdrukkelijk van 'rechten' gewaagd wordt, lijkt het Hof hier toch de noodzaak van individuele rechten en bijhorende rechtsbescherming te beklemtonen. In dezelfde lijn erkende het Hof tevens het bestaan van specifieke procedurele rechten in de derde pijler, zoals het recht om te worden gehoord in individuele beslissingen die bepaalde rechten van individuen kunnen raken.¹⁰²

Een vergelijkbare analyse kan gemaakt worden in het licht van de zaak *Spanje/Eurojust*.¹⁰³ In dat kader rees de vraag of een niet in het verdrag vermeld instrument, een bindende beslissing van Eurojust, een agentschap van de Unie, ook kon aangevochten worden in het kader van een annulatieberoep op grond van het EU-Verdrag. Advocaat-generaal Maduro wees in zijn conclusie op een dergelijke mogelijkheid, althans in de mate dat een dergelijk agentschap een (exceptioneel) regelgevende be-

94 Dat kan alleszins afgeleid worden uit het subsidiariteitsbeginsel en uit art. 249 EG-Verdrag, dat bepaalt dat richtlijnen de keuze van vorm en middelen aan de staten overlaten.

95 Over de aldaar bijna onbestaande rechtsbescherming T. Corthaut, 'An Effective Remedy for All? Paradoxes and Controversies in Respect of Judicial Protection in the Field of the CFSP under the European Constitution', *Tilburg Foreign Law Review* 2004, p. 110-144 (zie vooral reeds op p. 112-113).

96 Zie hierover in een ruimer kader A. Hinarejos, 'The Lisbon Treaty versus Standing Still: A View from the Third Pillar', *European Constitutional Law Review* 2009, 114.

97 Wat betreft de rechtsinstrumenten van de derde pijler kan verwezen worden naar een meer uitgebreide beschrijving in K. Lenaerts, P. Van Nuffel en R. Bray (ed.), *supra* noot 66, p. 642-643; C. Müller-Graf, 'The Legal Base of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty', *Common Market Law Review* 1994, p. 493-503.

98 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-160/03 (*Pupino*), *Jur.* 2005, p. I-5285; zie over die zaak ook K. Lenaerts en T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', *Ars Aequi* 2006, p. 583.

99 Zie daarover art. 34, 2, b) van het EU-Verdrag. Art. 35 EU-Verdrag bepaalt de actiemogelijkheden voor het Hof van Justitie in de derde pijler.

100 Zie *Pupino*, r.o. 24.

101 Zie *Pupino*, r.o. 38.

102 GvEA EG 11 juli 2007, zaak T-47/03 (*Sison/Raad*), *Jur.* 2007, p. II-2047, r.o. 142-147 en r.o. 155.

103 HvJ EG 16 december 2004, zaak C-160/03 (*Spanje/Eurojust*), *Jur.* 2004, p. I-2077.

voegdheid uitoefent.¹⁰⁴ Het Hof van Justitie verklaarde het beroep niet-ontvankelijk op grond van het instellen van een vordering op grond van art. 230 EG-Verdrag en niet op basis van art. 35 EU-Verdrag.¹⁰⁵ Daarenboven ging het Hof na of er wel nood was aan de uitbreiding van het bestaande rechtsbeschermingsmechanisme: het kwam daarbij tot het besluit dat in de specifieke context van de zaak een door een individu ingestelde vordering op grond van het personeelsstatuut, waarbij de lidstaat een dergelijk individueel initiatief diende af te wachten alvorens in het geding tussenbeide te komen, afdoende rechtsbescherming bood.¹⁰⁶ Een dergelijke redenering leidt onvermijdelijk tot vragen over de reikwijdte van het beginsel van rechtsbescherming in de derde pijler, althans ten aanzien van lidstaten. Daar een onderscheid inzake toegang tot de rechter tussen individuen en lidstaten in wezen afbreuk doet aan het fundamentele beginsel van rechtsbescherming, kan een dergelijk arrest evenwel niet toegelicht worden. Wat de specifieke zaak betrof heeft het Gerecht evenwel recent bevestigd dat een lidstaat ook op grond van art. 230 in staat moet zijn om een vordering tegen een beslissing die verband houdt met het personeelsstatuut in te stellen, zonder individuele actie af te wachten.¹⁰⁷ Het Gerecht ging daarbij zelfs zo ver te stellen dat een dergelijke redenering niet kon worden geacht te zijn uitgesloten door het arrest *Spanje/Eurojust*.¹⁰⁸ De vraag of dat regime ook onder art. 35 EU-Verdrag geldt, blijft evenwel problematisch en daarmee de vraag of rechtsbescherming ook in de derde pijler als even en steeds fundamenteel naar voren geschoven kan worden. Positieve signalen lijken evenwel aanwezig en de verdere integratie van de pijlers in het kader van het Verdrag van Lissabon kan enkel doen vermoeden dat het fundamentele belang van rechtsbescherming nog sterker beklemtoond zal worden.¹⁰⁹ Afwachting wat de verdragsluitende partijen overeenkomen, lijkt een aanpak zoals in *Spanje/Eurojust*, waarbij het Hof balanceert tussen het al dan niet erkennen van rechtsbescherming aangewezen. Het is evenwel de vraag of aan de rechterlijke rechtsbescherming van individuen afbreuk kan worden gedaan door gebruik te maken van de argumentatie in die zaak ... Het werkelijk fundamentele karakter van rechtsbescherming lijkt dus enkel verworven in het kader van rechten toegekend op grond van Europees primair of secundair *gemeenschapsrecht*. Bovenvermelde (historische) uitstap naar de derde pijler leert evenwel dat rechtsbescherming ook daar steeds op de achtergrond aanwezig is, zij het

dat het absolute karakter ervan minder prominent naar voren komt en aldus eerder afwijkingen lijkt toe te staan. In dat kader rijst dan ook de vraag naar het al dan niet voorhanden zijn van rechtsbescherming in netwerkoperaties, zeker wanneer die gekoppeld worden aan, maar toch onderscheiden zijn van de eigenlijke regelgeving in de eerste pijler, dus van het eigenlijke gemeenschapsrecht.

3.3.‡ De klassieke perceptie van private 'non-rechtsbescherming' in netwerken herbezocht: een alternatief uitgangspunt

In tegenstelling tot agentschappen¹¹⁰ en comitologiecomités¹¹¹ behoren netwerken niet tot het systeem der gemeenschapsorganen. Dus zou gedacht kunnen worden dat het systeem van rechtsbescherming op gemeenschapsniveau hier niet speelt. De afwezigheid van rechterlijke interventie ten aanzien van netwerkrichtsnoeren wordt vanuit Europees institutioneel oogpunt inderdaad vaak als vanzelfsprekend beschouwd.¹¹² De verdoken nationaal-rechtelijke incorporatie maakte de idee van rechtsbescherming naar nationaal recht bovendien ook niet meteen denkbaar. Bovenstaande voorstelling doet evenwel af aan de fundamentele verbondenheid van Europese transgouvernementele netwerken met zowel de nationale rechtsordes als met het gemeenschapsrecht. Niet alleen een nationale incorporatie en een supranationaal besluit, maar ook stemregels, de interactie door en met belanghebbende individuen en de regelgevende output die zowel nationaal als supranationaal recht kunnen beïnvloeden geven netwerken een statuut dat grotendeels gelijk te stellen valt met een volwaardig niveau van regelgeving, zij het tussen nationaal en supranationaal recht. De vraag die daarbij aldus rijst is of het inderdaad wel juridisch aanvaardbaar zou zijn om een systeem van regelgeving in het leven te roepen zonder daarbij rekening te houden met mogelijkheden van individuele rechtsbescherming. Gewezen kan worden op de conclusie van advocaat-generaal Maduro, waarin delegatie van bevoegdheden niet zonder meer zonder rechtsbescherming kan plaatsvinden.¹¹³ Vermits dat beginsel een concretisering van het rechtsstaatsprincipe vormt, moet dergelijke rechtsbescherming als het ware eveneens voortvloeien uit de oprichting van netwerken door instanties die rechtsbescherming

104 Conclusie van advocaat-generaal Maduro in de zaak C-160/03, *Jur.* 2004, p. 1-2077, r.o. 17.

105 Zie *Spanje/Eurojust*, r.o. 38; art. 230 betreft de actiemogelijkheden voor het Hof in de eerste pijler.

106 Zie *Spanje/Eurojust*, r.o. 42.

107 GvEA EG 20 november 2008, zaak T-185/05 (*Italië/Commissie*), ook te raadplegen op <www.curia.eu>.

108 Zie *Italië/Commissie*, r.o. 29.

109 Het verdrag van Lissabon zal de bestaande derde pijler immers grotendeels integreren in het bestaande systeem van rechtsbescherming op communautair niveau, zie voor meer details K. Lenaerts, 'De Rome à Lisbonne, la constitution européenne en marche?', *Cah. Dr. Eur.* 2008, p. 229-253.

110 De institutionele verbondenheid van regelgevende agentschappen is evenwel sterk afhankelijk van de rol die de agentschappen vervullen; louter adviserende agentschappen kunnen als zodanig rechten van burgers niet raken, zie daarover E. Chiti, 'The Emergence of a Community Administration: the case of European Agencies', *Common Market Law Review* 2000, 338.

111 Over de institutionele structuur van comitologie, zie recent C. Neuhold, 'Taming the "Trojan Horse" of Comitology? Accountability issues of Comitology and the Role of European Parliament', *European Integration Online Papers* 2008, 18 p.

112 I. Chiu, 'Three Challenges Ahead for the New EU Securities Regulation Directives', *European Business Law Review* 2006, p. 131-132.

113 *Supra* noot 93.

hoog in het vaandel dragen. Immers, de convergentiebevoegdheid kan worden beschouwd als een (zij het eerder impliciete) delegatie van statelijke bevoegdheden naar een convergentieniveau; tegelijkertijd kan het concretiseren van Europese wetgeving in een aantal gevallen tevens een Europeesrechtelijke delegatie uitmaken. In die zin ontstaat dus een complexe en interactieve verwevenheid van zowel nationale als supranationale systemen van rechtsbescherming. Het volgende deel ontwerpt in dat verband een conceptueel kader *de lege lata* en *de lege ferenda*. Het gaat in dat verband na welke argumenten op basis van systemen van nationaal en Europees recht voorhanden (kunnen) zijn, teneinde het individu mogelijkheden tot bescherming van zijn (subjectieve) rechten en dus aanspraken toe te kennen.

4.‡ Lamfalussy-comités als Europese netwerken en individuele rechtsbescherming

Uitgaande van het ideaal of het beginsel van individuele rechtsbescherming kan niet langer worden volgehouden dat netwerken en netwerkoperaties op Europees niveau volledig vrijgesteld (kunnen) zijn van enige rechterlijke toetsing en controle als middel voor individueel rechtsherstel. De fundamentele vraag is dan ook welke rechtsmiddelen (*remedies*) aanwezig zijn indien een individu zich door richtsnoeren in een bepaald recht of een veronderstelde aanspraak geschaad weet. Rechten en rechtsmiddelen, die immers niet los van elkaar kunnen worden beschouwd, zullen daarom gekaderd worden in een meerlagig argumentatief raamwerk. Bepaalde lagen vormen tevens een uitnodiging of kunnen geïnterpreteerd worden als een verplichting *de lege ferenda* om in alternatieve rechtsmiddelen te voorzien. Als hypothetisch vertrekpunt worden de rechtspositie en de rechten of de mogelijkheden van een marktdeelnemer (in het geval van financiële diensten: een belegger, consument, beleggingsonderneming, beleggingsinstelling, kredietinstelling, enz.) onderzocht. Richtsnoeren met een algemene draagwijdte die op grond van het risico van een *peer review*-procedure in het netwerk worden toegepast door de nationale autoriteiten kunnen immers rechten van deze individuen raken. Hoever reikt het systeem van rechtsbe-

scherming op supranationaal en nationaal niveau om een toetsing van dergelijke richtsnoeren en eventuele andere gewenste rechtsgevolgen te verkrijgen? Hoever moet het reiken? De volgende paragrafen bieden een mogelijk antwoord op die vragen.

4.1. Het argument van institutioneel evenwicht

Het individu dat zich geconfronteerd weet met richtsnoeren van netwerken die hybride institutionele actoren op Europees niveau vormen, kan zich in eerste instantie naar de fundamenten van het Europees institutioneel recht richten om de geldigheid van richtsnoeren ter discussie te stellen. In wezen gaat het hier om een metavraag die zich niet rechtstreeks tot de geldigheid van de richtsnoeren richt, maar tot de rechtsgeldigheid van de oprichting van netwerken als regelgevers voor de Gemeenschap.

Het principe¹¹⁴ van institutioneel evenwicht, zoals vooropgesteld door het Hof van Justitie impliceert dat de verdragsrechtelijke bevoegdheidsverdeling en het evenwicht dat uit het voorwerp en het doel van het verdrag blijkt, niet mag worden gefrustreerd doordat een instelling zich bepaalde bevoegdheden zou toemeten.¹¹⁵ Uit die formulering blijkt evenwel dat het institutioneel evenwicht voornamelijk een richtingaanwijzer is voor de Europese instellingen, dat enkel de Europese instellingen erdoor gebonden zijn en dat bijgevolg enkel die instellingen de schending ervan zouden kunnen inroepen. Coherentie en werkzaamheid in de instellingen gaan vanuit dat perspectief voor op individuele preferenties over institutionele organisatie.¹¹⁶ Daaruit volgt dat individuen als zodanig geen gemeenschapsrechtelijk subjectief recht verwerpen op respect voor het institutioneel evenwicht. Integendeel, het is de (constitutionele) wetgever die het evenwicht vormgeeft.¹¹⁷ Dat belet evenwel niet dat institutioneel evenwicht een bijkomend – en dus subsidiair – argument kan zijn bij het inroepen van een schending van een andere regel van gemeenschapsrecht.¹¹⁸

Vermits individuen aldus in wezen het institutioneel evenwicht niet bepalen, kan een marktdeelnemer dat argument niet als zodanig inroepen en het hele systeem van netwerken terzijde laten schuiven. Bovendien vormen de beperkte toegangsmogelijkheden tot het Hof van Justitie en de vereisten van art. 230 EG-Verdrag een bijkomende hinderpaal.¹¹⁹ De vraag die evenwel rijst is of indi-

114 Het gaat niet om een eigenlijk rechtsbeginsel. B. De Witte, 'The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union Legal Order', in: F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law*, Oxford: Hart 2000, p. 92.

115 Een meer gedetailleerde omschrijving is te vinden in K. Lenaerts en A. Verhoeven, 'Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance', in: C. Joerges en R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 37-49.

116 S. Prechal, 'Institutional Balance: A Fragile Principle with Uncertain Contents', in: T. Heukels, N. Blokker en M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, p. 282-283.

117 HvJ EG 13 maart 1992, zaak C-282/90 (*Vreugdenhil*), *Jur.* 1992, p. I-1937, r.o. 20; GvEA EG 6 december 2001, zaak T-43/98 (*Emesa Sugar*), *Jur.* 2001, p. II-3055, r.o. 63; W. Van Gerven, 'Politics, Ethics & the Law, Legal Practice & Scholarship', *London School of Economics Law, Society, Economy Working Paper* 19/2008, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1313904>, 8.

118 S. Prechal, *supra* noot 116, p. 283.

119 Zie over moeilijkheden en beperkingen in dat verband reeds H.J. Rasmussen, 'Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs?', *European Law Review* 1988, 112; zie ook P. Nihoul, 'Le recours des particuliers contre les actes communautaires de portée générale. Nouveaux développements de la jurisprudence', *Journal des Tribunaux – Droit Européen* 2003, p. 38-43; D. Hanf, 'Kicking the Ball into the Member States' Field: the Court's response to *Jégo-Quéré* (Case C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores*, Judgment of 25 July 2002), *German Law Journal* 2002, Vol. 3, nr. 8.

viduele marktdeelnemers op grond van het nationale recht en op grond van nationale rechtsmiddelen een lidstaat zouden kunnen dwingen om als preferentiële eiser voor het Hof van Justitie een schending van het institutioneel evenwicht in te roepen. Een dergelijk rechtsmiddel naar nationaal recht zou evenwel opnieuw op bezwaren vanuit het gemeenschapsrecht stuiten, daar ook de lidstaten niet als zodanig verantwoordelijk zijn voor het vaststellen en handhaven van het gemeenschapsrechtelijke institutionele evenwicht.¹²⁰

De enige realistische mogelijkheid lijkt daarom te zijn dat een instelling van de Europese Gemeenschap zelf het argument in een procedure voor het Hof van Justitie inroept. Zoals bekend kan geen enkele instelling door een individu gedwongen worden een dergelijk argument in te roepen; bovendien hebben in het geval van Lamfalussy zowel Raad, Parlement als Commissie zich volledig (zij het mits beperkte voorbehouden) achter het systeem van regelgeving geschaard¹²¹, zodat een vordering in dat verband ondenkbaar lijkt. Dat belet evenwel niet dat bij toekomstige netwerken een dergelijke vordering tot een beslissing van het Hof zou kunnen leiden met repercussies voor reeds bestaande netwerken. Vanuit individueel standpunt kan in dat verband evenwel enkel op institutioneel optreden gewacht worden.

4.2. Schending van communautaire 'rechten'

Indien een individu een vordering tegen richtsnoeren wenst in te stellen, zal het in beginsel een schending van communautaire subjectieve rechten dienen aan te voeren. Het hoe, wat en de reikwijdte van dergelijke communautaire rechten is evenwel betwist.¹²² De meest rechtslogisch geconcipeerde voorstelling van een communautair recht is de gehoudenheid van iets of iemand tegenover iemand als gevolg van een bindende regel van gemeenschapsrecht.¹²³ In die zin creëren communautaire rechten een web van wederzijdse rechten en verplichtingen tussen individuen, instellingen en lidstaten. Toch blijkt het in de praktijk niet eenvoudig om dergelijke rechten concreet af te bakenen. Volgens de rechtspraak zou een recht immers al kunnen bestaan als een bepaald voordeel voor een individu in het gedrang zou komen.¹²⁴ De vraag

wanneer van een werkelijk communautair recht kan worden gesproken, doet meteen een rechtstheoretische vraag naar de afbakening van gemeenschapsrecht rijzen¹²⁵, maar geeft als zodanig geen concreet antwoord op de vraag of richtsnoeren rechten kunnen incorporeren. De bedoeling van de wetgever om afdwingbare rechten te creëren zou daarbij als centraal criterium geponeerd kunnen worden, zoals blijkt uit de doctrine van rechtstreekse werking van niet-omgezette richtlijnen. Niet-omgezette richtlijnen kunnen immers sowieso geen verplichtingen tussen particulieren in het leven roepen.¹²⁶ Tegenover publieke autoriteiten kunnen evenwel rechten uit niet-omgezette richtlijnen worden afgeleid indien die bepalingen bedoeld zijn om individuen rechten te geven en aldus voldoende duidelijk, precies en onvoorwaardelijk zijn.¹²⁷ Alleszins moeten nationale autoriteiten en rechters dergelijke rechten erkennen en daarbij in rechtsmiddelen voorzien¹²⁸, hetgeen een proeftuin voor 'back door'-harmonisatie van nationaal procesrecht vormt.¹²⁹

In het geval van de Lamfalussy-comités, en meer in het bijzonder CESR, kan daarom in het bijzonder de vraag gesteld worden of richtsnoeren wel als zodanig subjectieve communautaire rechten in het leven kunnen roepen. CESR is opgericht door middel van een Commissiebesluit en past in het wettelijk verankerde Lamfalussy-systeem. Dat laatste is evenwel grotendeels gebaseerd op een expertenrapport van een Comité der Wijzen en dus als zodanig niet in het Verdrag ingeschreven. Richtsnoeren zijn evenwel sterk verbonden met het bestaande institutionele kader van gemeenschapsrecht en kunnen dus mede de rechtspositie van individuen bepalen. Bovendien vormen richtsnoeren standaarden die publieke toezichthouders in de dagelijkse praktijk dienen toe te passen; in die zin zijn richtsnoeren net als richtlijnen gericht tot publieke autoriteiten en zou dus per analogie geargumenteed kunnen worden dat uit richtsnoeren in zekere mate en in het licht van bepaalde kwalitatieve standaarden rechten of aanspraken afgeleid kunnen worden.

Dat betekent evenwel niet dat die rechten ook als communautaire rechten kunnen worden aangemerkt. Immers, netwerken vervullen een aanvullende en niet-bindende regelgevende rol. Hoewel effectieve afdwinging van en

120 S. Prechal, *supra* noot 116, p. 284.

121 Zie in dat verband de zogeheten Prodi-Speech, beschikbaar op <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/44&format=HTML&ag>>.

122 Zo spreekt Craig enkel van rechten met betrekking tot fundamentele (mensen)rechten, zie P. Craig, *supra* noot 81, p. 484; M. Ruffert, 'Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View', *Common Market Law Review* 1997, p. 315-321. Van Gerven stelt dat rechten op communautair niveau nooit geheel los van rechtsmiddelen kunnen worden beschouwd, zie W. Van Gerven, *supra* noot 85, p. 502-503.

123 Zie in dat verband ook J. Lindholm, *supra* noot 84, 26.

124 HvJ EG 17 oktober 1991, zaak C-58/89 (*Commissie/Duitsland*), *Jur.* 1991, p. I-4983, r.o. 14; Recent bevestigd in HvJ EG 25 juli 2008, zaak C-237/07 (*Janecek*), *Jur.* 2008, p. I-6221, r.o. 38, te raadplegen op <www.curia.eu>.

125 Dat probleem wordt behandeld in P. Van Cleynenbreugel, 'European Law in Times of European Governance: A Legal Theory Inquiry into doctrinal perceptions of European Law and European Governance', *Jura Falc.* 2008-2009.

126 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92 (*Faccini Dori*), *Jur.* 1994, p. I-3325, r.o. 24.

127 HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81 (*Becker*), *Jur.* 1982, p. 53, r.o. 25; HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84 (*Marshall*), *Jur.* 1986, p. 723, r.o. 49; voor rechterlijke interpretatiemogelijkheden en -vrijheid in dat verband zie W. Van Gerven, 'The Horizontal Direct Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords', in: D. Curtin en T. Heukels (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume II*, Dordrecht: Nijhoff Publishers 1994, p. 335.

128 HvJ EG 25 juli 2008, zaak C-237/07 (*Janecek*), *Jur.* 2008, p. I-6221, <www.curia.eu> en J. Jans, 'Harmonisation of National Law via the Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in *Janecek* in a Comparative Context', in: M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell en H. Sevenster (ed.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Deventer: Kluwer Law International 2009, p. 267-275.

129 J. Jans, *supra* noot 128, p. 275.

respect voor richtsnoeren als essentieel wordt gepercipieerd¹³⁰ en CESR bijvoorbeeld een essentieel aspect van effectief regelgeven uitmaakt, zijn richtsnoeren vanuit Europees oogpunt slechts aanvullend, een tussenstation om van Europese principes effectief nationaal recht te maken. In dat verband lijkt de attributie van het communautaire karakter aan eventuele rechten in richtsnoeren een brug te ver. Nochtans zou een dergelijke attributie het probleem van rechtsbescherming met één pennentrek oplossen: het communautaire systeem van rechtsmiddelen voor de nationale en supranationale rechter zou zonder meer toepasselijk zijn op richtsnoeren en individuen zouden hun rechten op die manier kunnen waarborgen. De huidige institutionele constellatie maakt een dergelijke voorstelling evenwel ondenkbaar.

4.3. Het koppelingsargument en delegatie

Een alternatief perspectief impliceert dat richtsnoeren wel degelijk bestaande en als dusdanig erkende communautaire rechten kunnen aantasten, door hun welbepaalde verbondenheid met dergelijke rechten. Niveau 3-richtsnoeren, die een regelgevende of toezichtsconvergentie vooropstellen, opereren niet in een vacuüm maar concretiseren, implementeren en remediëren het bestaande supranationale rechtskader. In die zin kan het systeem van communautaire rechtsbescherming voor de nationale of supranationale rechter en alle bijhorende garanties en waarborgen spelen door het ‘koppelen’ van richtsnoeren aan een communautair recht. Een dergelijk koppelingsmechanisme kan op verschillende wijzen aan de orde zijn. De gelaagdheid van Lamfalussy-regelgeving speelt ongetwijfeld een rol in dat verband. Niveau 2-regelgeving werkt immers in detail de meer algemene principes van niveau 1 uit, op grond van een delegatie in de niveau 1-regelgeving zelf of in het comitologiebesluit.¹³¹ Expliciete delegaties in Europese regelgeving naar niveau 3 zijn veel beperkter, ondanks de gepercipieerde noodzakelijkheid ervan om de Lamfalussy te doen slagen.¹³² In de mate dat delegatie evenwel ruimer benaderd wordt – niet als een formeel-juridische categorie maar als een praktisch-realistisch gegeven – blijkt delegatie een belangrijke rol te

spelen. Verschillende niveaus van delegatie zijn in dat verband denkbaar.

Ten eerste kan delegatie naar niveau 3 soms rechtstreeks uit regelgevende teksten of uit de preambules van die teksten afgeleid worden.¹³³ In de mate een communautair recht rechtstreeks kan worden afgeleid uit die betrokken bepalingen op niveaus 1 en 2 en vervolgens richtsnoeren dat recht schijnbaar aantasten of een onjuiste invulling aan de vooropgestelde delegatie geven, kan worden aangevoerd dat richtsnoer en recht intrinsiek en nauw met elkaar verbonden zijn. Met andere woorden, de koppeling verheft richtsnoeren als het ware tot een veruitwendiging van de onderliggende betekenis van in regelgeving geplaatste rechten. Richtsnoeren kunnen in dat verband dus beoordeeld worden op hun conformiteit met dat recht. Een voorbeeld in dat verband vormen de richtsnoeren inzake aanvaardbare marktpraktijken bij marktmissbruik.¹³⁴

De tweede typesituatie betreft de afwezigheid van een expliciet mandaat. In dat verband zou evenwel een argument van *impliciete* koppeling gemaakt kunnen worden. Het is duidelijk dat niveau 3-actoren een fundamentele rol hebben verworven in het systeem, teneinde convergentie en implementatie te vergemakkelijken. Daarom zou aangevoerd kunnen worden dat een delegatie zonder expliciet mandaat, maar wel ter uitvoering van Europese wetgeving inherent is aan de methode Lamfalussy die zelf als het ware deel uitmaakt van een soort constitutioneel normenbestel voor regelgeving in de EU. Dat zou betekenen dat richtsnoeren tevens beoordeeld kunnen worden in het licht van de Europese constitutionele beginselen en communautaire rechten verankerd in Europese wetgeving. Op die manier kunnen richtsnoeren indirect aan een conformiteitstoets onderworpen worden. Richtsnoeren worden dus aan eventuele communautaire rechten gekoppeld in het ruime Lamfalussy-kader. Recent kan daarbij het voorbeeld van de zogeheten ‘credit rating agencies’ worden aangestipt. Deze actoren, verantwoordelijk voor het toekennen van zogeheten kredietwaardigheidsratings, opereerden naar Europees recht in een juridisch vacuüm, totdat de Europese instellingen besloten dat CESR zelfreguleringsstandaarden diende te ontwerpen in conformiteit met het Europese recht.¹³⁵ Aldus ontstond een algemene delegatie op basis van het gemeen-

130 Dat blijkt uit het in CESR bestaande *peer review*-mechanisme, waarin toezichthouders elkaar kunnen controleren. De input van marktdeelnemers is evenwel niet aan de orde in een dergelijk handhavingsmechanisme, hetgeen meteen het belang van de rechter rechtvaardigt. Zie het CESR ‘Protocol on Review Panel of the Committee of European Securities Regulators’, <www.cesr.eu> van januari 2007; zie ook E. Wymeersch, *supra* noot 27, p. 216.

131 Zie over niveau 2 het eindrapport van het Comité der Wijzen, *supra* noot 55, p. 36 voor een schematische voorstelling.

132 Over die beperkingen en de band met de bestaande netwerkstructuren, zie Europese Commissie, ‘Review of the Lamfalussy Process – Strengthening Supervisory Convergence’, COM(2007)727, vanaf p. 7.

133 Een voorbeeld in dat kader is de uitwerking van het *best execution*-beginsel door financiële tussenpersonen ten aanzien van beleggers, waarbij de tussenpersoon ten behoeve van de belegger zo goed mogelijk transacties dient uit te voeren. In dat kader stelde considerans 12 van de preambule van de betreffende niveau 2-richtlijn (2006/73/EG, *PbEU* 2 september 2006, L 241/26) een algemeen mandaat voorop voor CESR, gelijkgesteld met de mogelijkheid van interpretatieve Commissierichtsnoeren.

134 Zie in dat verband art. 3.3 van Richtlijn 2004/72/EG, *PbEU* 30 april 2004, L 162/30 waarbij een rol wordt toegekend aan CESR (weliswaar zeer beperkt, het verzamelen van nationale beslissingen in het kader van de richtlijn). Niettemin kan een lezing in combinatie met de preambule als een delegatie aan CESR begrepen worden.

135 CESR, ‘The Role of Credit Rating Agencies in Structured Finance’, <www.cesr.eu>, 4-6. Thans ligt evenwel een voorstel van verordening op tafel, teneinde te voorzien in een werkelijke communautaire rechtsbescherming. Dat doet evenwel niet af aan het door CESR als pionier gehanteerde algemene mechanisme van uitwerking van een semi-supranationaal regelgevend kader. Opgemerkt kan worden dat de regulering van credit rating agencies thans het voorwerp uitmaakt van een ontwerp van Europese wetgeving. Daardoor worden de bestaande standaarden geïncorporeerd in Europese rechtsregels. Dat heeft natuurlijk gevolgen voor rechtsbescherming in dat specifieke kader.

schapsrecht, zonder daarbij evenwel echt bepaalde rechten per se reeds aan te tasten. Dat belet evenwel niet dat bepaalde verankerde constitutionele of individuele rechten ook in dat kader geraakt zouden kunnen worden. Indien een expliciete noch impliciete delegatie voorhanden is, lijkt een koppeling als conceptuele constructie moeilijk verdedigbaar. Nochtans kunnen netwerken ook in dergelijke omstandigheden regelgevend optreden. Met betrekking tot CESR kan voornamelijk de situatie van zogeheten regelgevende convergentie beschouwd worden.¹³⁶ Hoewel het zich duidelijk terughoudend opstelt in het aannemen van dergelijke nieuwe richtsnoeren, heeft CESR in dat verband de mogelijkheid om leemten in de wetgeving op te vullen.¹³⁷ In een dergelijke context lijkt het koppelen aan een communautair recht *prima facie* moeilijk. Argumenten met betrekking tot specifiek aangetaste rechten ten gevolge van een in principe toegestane regelgevende interventie lijken *in abstracto* evenwel niet onmogelijk als argument.

De aard van de delegatie en het al dan niet beïnvloeden van bestaande rechten zijn dus cruciaal. De vraag kan daarbij gesteld worden of en in welke mate een dergelijke aantasting en dus bijgaand de koppeling beoordeeld moet worden volgens nationale procedurele standaarden en in welke mate het Hof van Justitie een eigen test zal ontwikkelen. Nationaal en supranationaal recht en de respectieve rechters moeten in een dergelijke context alleszins actief interageren en zullen elkaar wederzijds beïnvloeden. Het is daarbij in de praktijk aan de eisende partijen om koppelingsargumenten te ontwikkelen en om nationale rechters eventueel aan te zetten tot het stellen van een prejudiciële vraag. In een aantal gevallen zou ingevolge rechtspraak van het Hof van Justitie zelfs geargumenteed kunnen worden dat nationale rechters verplicht zijn om het gemeenschapsrecht uit eigen beweging in te roepen.¹³⁸

4.4. Het koppelingsargument en aansprakelijkheid

Het conceptueel vaststellen van een koppeling aan geraakte of beïnvloede communautaire rechten lijkt een klassiek recept en is daarenboven eenvoudig vanuit een theoretisch oogpunt. Het aantonen van een koppeling behelst immers slechts een eerste fase en de vraag naar concrete rechtsmiddelen om richtsnoeren aan rechterlijke controle te onderwerpen rijst dan ook. Voorgaand koppelingsargument wees inderdaad niet op een concrete aanpak voor substantiële herziening van de richtsnoerbepalingen in

kwestie, te meer omdat dergelijke herzieningsinstrumenten als zodanig niet bestaan. Dat belet evenwel niet dat in de rechtsleer voor interne beroepsprocedures gepleit werd, waarbij rechtzoekenden een soort administratief beroep instellen voor een commissie binnen het netwerkcomité.¹³⁹ Waar ongetwijfeld redenen kunnen worden aangehaald voor de wenselijkheid van een dergelijke ge-centraliseerde administratieve beroepsprocedure, gaat een dergelijk mechanisme voorbij aan het onderliggende convergentiedoel van netwerken. Netwerken kunnen immers hun functie op een meer volwaardige manier vervullen in de mate zij zelf ook een zekere mate van institutionele convergentie tot stand kunnen brengen op het niveau van nationale administraties, maar ook op het niveau van nationale rechters die oordelen over individuele rechtsbescherming. Een bijkomend argument tegen een interne beroepsprocedure betreft de grotere vertrouwdeheid van nationale rechters met interacties tussen nationaal en supranationaal recht. Bovendien rijst bij het instellen van een administratief beroep de vraag naar rechterlijk toezicht en de daartoe bevoegde rechterlijke instantie.

Naar huidig recht lijken de meest adequate rechtsmiddelen gevonden te worden in het nationale recht, uitgaande van een omzetting van richtsnoeren in de nationale administratieve praktijk. Convergerende richtsnoeren inzake toezichtspraktijken worden immers geïmplementeerd door toezichthouders in de verschillende lidstaten, vaak als nationale wettelijke of regelgevende bepalingen. Die bepalingen moeten van nature conformeren aan het per definitie voorrang hebbende Europees gemeenschapsrecht.¹⁴⁰ Indien die nationale regels weliswaar in overeenstemming met de netwerkrichtsnoeren ingericht zijn, maar daartegenover niet geheel met hogere communautaire rechtsregels conformeren, ontstaat een probleem van divergentie tussen verschillende rechtsordes. De oplossingen voor de nationale toezichthouders zijn velerlei: zij handelen in overeenstemming met de richtsnoeren of zij handelen in overeenstemming met het Europees gemeenschapsrecht, waardoor de richtsnoeren niet worden toegepast en een waarschijnlijke *peer review*-procedure in het netwerk aan de orde kan zijn. In de eerste situatie lijkt de beste remedie het aanvechten van de toezichtsbeslissing voor de nationale rechter, meer bepaald op basis van aansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht.¹⁴¹ Een mogelijke dan wel verplichte prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie kan dan het Europees recht uitleggen en zo indirect een oordeel vellen

¹³⁶ Zie voor de omschrijving *supra* noot 55.

¹³⁷ Zie in dat verband N. Moloney, *supra* noot 58, p. 352.

¹³⁸ Die rechter zal soms uit eigen beweging gehouden zijn Europees gemeenschapsrecht toe te passen, teneinde rechten uit het gemeenschapsrecht op een aan het nationale recht gelijkwaardige wijze te waarborgen, recent zie HvJ EG 7 juni 2007, zaak C-222/05 (*Van der Weerd*), *Jur.* 2007, p. I-0239, r.o. 36-38; G. Canivet en J.-G. Huglot, 'L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck', *Europe* 1996, 1-4; S. Prechal, 'Community Law in National Courts: the Lessons from *Van Schijndel*', *Common Market Law Review*, 1998, 681.

¹³⁹ M. de Visser, *supra* noot 13, p. 429.

¹⁴⁰ Volgens de klassieke principes afgeleid uit HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (*Simmmenthal*), *Jur.* 1978, p. 629.

¹⁴¹ HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich en Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357, r.o. 36 grondt een dergelijk optreden in art. 10 EG-Verdrag.

over de geldigheid van de richtsnoeren.¹⁴² Daarbij lijkt de meest voor de hand liggende rechtsoplossing het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen de nationale toezichthouder wegens schending van het gemeenschapsrecht, of een andere vergelijkbare vordering naar nationaal recht. Het instellen van een vordering volgt dus op het argumenteren van een koppeling. Bovendien kan via het invoeren van een schending van gemeenschapsrecht een zekere mate van convergentie worden gevrijwaard: de jurisprudentiële criteria ontwikkeld met betrekking tot aansprakelijkheid zullen in die mate het beoordelen van richtsnoeren in een reeds geconvergeerd kader betrekken.¹⁴³ Op die manier kan het Hof van Justitie de controle bovendien beter in het bestaande rechtskader situeren en de band met het gemeenschapsrecht verduidelijken.

4.5. *Convergentie in nationale rechterlijke structuren als conceptueel argument: het arrest Unibet en art. 10 EG-Verdrag*

Het koppelingsargument, hoe breed of hoe eng ook geïnterpreteerd, lijkt cruciaal voor een toepassing van communautaire rechtsbescherming, in zoverre een schending van een communautair recht kan worden aangetoond. Dat hoeft evenwel niet te betekenen dat buiten dat bestaande kader richtsnoeren op geen enkele wijze aan rechterlijke toetsing onderworpen zouden kunnen worden. Netwerkrichtsnoeren zijn in de Europese Gemeenschap immers onvermijdelijk verbonden aan het gemeenschapsrecht waardoor de vraag kan rijzen in welke mate het opportuun is dat elke lidstaat in eigen rechtsmiddelen voorziet tegen op richtsnoeren gebaseerde acties van nationale toezichthouders. Het opvallendste risico in dat verband is dat richtsnoeren niet langer als semisupranationaal zullen worden erkend, maar eerder in het nationaal recht van elk van de lidstaten een eigen leven zullen gaan leiden. Vanuit de vaststelling dat dergelijke richtsnoeren evenwel formeel geen gemeenschapsrecht uitmaken, maar desalniettemin een semisupranationale uitstraling hebben, kan het argument ontwikkeld worden dat nationaal recht dient te voorzien in een aantal convergentiemechanismen, teneinde een zekere uniforme interpretatie en handhaving mogelijk te maken. Aandacht kan daarbij besteed worden aan interactie met de netwerkstructuren zelf.

In het geval van CESR kan gewezen worden op het feit dat CESR als groepering van nationale toezichthouders, drager van rechtspersoonlijkheid en titularis van een

onafhankelijk secretariaat zelf wel geschikt zou zijn om op te treden als (schriftelijke) raadgever voor nationale rechtbanken, al dan niet samen met nationale toezichthouders, daarbij een aantal interpretatieve onzekerheden uit de weg ruimend. Een dergelijk optreden als *amicus curiae* kan vergeleken worden met de rol van de Europese Commissie in het gedecentraliseerde mededingingsrecht.¹⁴⁴ De rol van CESR zou op die manier het geding een meer supranationale toets geven en een mate van coherentie aan richtsnoeren kunnen verzekeren.

De vraag naar *amicus curiae*-mogelijkheden stoot evenwel op een aantal fundamentele problemen. Ten eerste zijn netwerken zoals CESR vaak geïncorporeerd als nationale rechtspersonen. Die rechtspersoonlijke status, in het geval van CESR naar Frans recht, kan onvermijdelijk bepaalde belemmeringen opwerpen aan de mogelijkheid tot *amicus curiae* optreden. Ook de vraag in welke mate verschillende regels van nationaal procesrecht een dergelijke structuur toelaten, moet in overweging genomen worden.¹⁴⁵ Natuurlijk rijst ook de vraag welke gevolgen aan een dergelijk *amicus* optreden toegekend kunnen worden. In welke mate kunnen, mogen of moeten nationale rechters dergelijke adviezen in overweging nemen? Is de status van nationale rechtspersoon wel wenselijk om een optreden als *amicus* te kunnen rechtvaardigen? Juridisch-technisch rijst bovendien een probleem van homogeniteit: waarom kan een rechtspersoon opgericht volgens een bepaald nationaal recht wel advies verlenen in een bepaald geding, terwijl dat voor eigen nationale rechtspersonen niet steeds in dezelfde mate mogelijk is? Bovendien is tevens de vraag aan de orde of de *amicus curiae*-figuur geen al te verregaande ingreep in de nationale procesrechtelijke autonomie uitmaakt.

Anderzijds kan een argument om op zijn minst een niet-bindend en dus adviserend optreden van CESR als *amicus* toe te laten mijns inziens afgeleid worden uit het *Unibet*-arrest. Zoals hierboven vermeld, betrof het in dat arrest een rechtsmiddel dat de mogelijkheid bood om een communautair recht te beschermen. Ook als dat laatste niet het geval zou zijn met betrekking tot richtsnoeren, deze vertonen ongetwijfeld een *band of verbondenheid* met Europees gemeenschapsrecht. Die band zou kunnen betekenen dat de verplichting tot gemeenschapstrouw, vastgesteld in art. 10 EG-Verdrag, speelt. Dat artikel werd toch wel vrij verregaand geïnterpreteerd met het oog op het ontwikkelen van een Europese juridische ruimte.¹⁴⁶ Teneinde het geheel van gemeenschapsrecht effectief te laten werken, zou geargumenteed kunnen worden dat een rechtsmiddel waarin CESR of andere netwerken ten

142 Een rechtstreeks oordeel in dat verband is inderdaad niet mogelijk: een prejudiciële vraag met betrekking tot de geldigheid van gemeenschapsrecht heeft immers enkel betrekking op het gemeenschapsrecht zelf en niet op het nationaal recht. Vermits richtsnoeren noch nationaal noch Europees recht vormen, kan hun geldigheid ook niet rechtstreeks door het Hof van Justitie worden beoordeeld, zie art. 234 EG-Verdrag.

143 Over de fundamentele arresten en hun impact, zie onder anderen A. Hatje, 'Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht', *Europarecht* 1997, p. 297-310 en vooral W. Van Gerven, *supra* noot 85, p. 509-511.

144 Zie in dat verband art. 15 Verordening (EG) nr. 1/2003. Een meer uitgebreide analyse is te vinden in K. Wright, 'European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the Judicial-Administrative Relationship', <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=121014>, 21-43 waarbij een overzicht geboden wordt van dergelijke *amicus*-praktijken.

145 Een dergelijk 'probleem' wordt uiteraard opgelost in de mate het Europees recht een dergelijk model dwingend zou opleggen.

146 Zie daarover J. Temple Lang, 'The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: Two More Reflections', *European Law Review* 2001, 93, hoewel ook de efficiënte werking van de gemeenschap afgewogen dient te worden tegenover nationale autonomie.

minste een advies kunnen of moeten geven betreffende de geldigheid van richtsnoeren.

4.6. De rol van de lidstaat van incorporatie

Een alternatieve denkpiste kan wijzen op het consistente en doordachte gebruik van het nationale recht van incorporatie van het netwerk als rechtspersoon met het oog op het creëren en realiseren van rechtsbescherming tegen ongeldige richtsnoeren en ter verzekering van de nationale implementatie van richtsnoeren. Het Franse privaatrecht verschijnt in het kader van CESR dan als een mogelijke oplossing in dat verband. Als leden van een Franse vereniging kunnen nationale toezichthouders in dat verband op basis van het Franse verenigingsrecht voor Franse burgerlijke rechtbanken gedagvaard worden om hun gedrag te verantwoorden. Tezelfdertijd kan CESR ook tegen deze leden van de vereniging actie ondernemen, teneinde verplichtingen die uit de statuten voortkomen na te leven.¹⁴⁷ De vraag in dat verband is evenwel of nationale uitspraken door burgerlijke rechters uit één lidstaat wel als zodanig voldoende legitimiteit dragen om nationale toezichtspraktijken in andere lidstaten te gaan controleren en al dan niet bekritisieren.¹⁴⁸ De band met het Europees gemeenschapsrecht zou daarbij een oplossing kunnen bieden: nationale rechters van één bepaalde lidstaat worden immers semisupranationale rechters en hebben tevens een quasifederale rol op gemeenschapsniveau te vervullen en zouden beide rollen als dusdanig kunnen integreren.

In dezelfde mate zou geargumenteed kunnen worden dat individuen die zich geraakt weten door richtsnoeren, zich tot de nationale rechter richten teneinde CESR te doen veroordelen voor een schending van rechten.¹⁴⁹ De vraag is dan evenwel hoe een dergelijk geschil beoordeeld dient te worden. Het spreekt voor zich dat de vragen die in dat kader rijzen van een enorme complexiteit getuigen. Welke rechter zal bevoegd zijn en op basis van welke regels wordt de bevoegdheid bepaald? Welk recht is van toepassing? En vooral, welke sancties zouden kunnen worden opgelegd? Het is namelijk zo dat in vennootschappen besluiten van de raad van bestuur of van de algemene vergadering nietig verklaard kunnen worden. Kunnen benadeelde individuen als derden in rechte optreden om de nietigheid van dergelijke besluiten te verkrijgen?

De rol en reikwijdte van dergelijke mogelijkheden zal essentieel bepaald worden door een combinatie van internationaal privaatrecht en, mijns inziens onvermijdelijk, het verenigingsrecht van de geïncorporeerde plaats van het netwerk. Dat zou dus betekenen dat de incorporatie in een bepaald nationaal rechtstelsel voldoende is om verder (enkel?) rekening te houden met bepaalde rechtsmiddelen naar nationaal recht. Dat nationale recht wordt aldus een soort van gemeenschappelijk recht voor dat netwerk. Op die manier onderbouwt één nationaal privaatrecht dus supranationaal publiekrecht! De kans bestaat dat de keuze voor een bepaald rechtstelsel ertoe kan leiden dat één nationaal rechtstelsel als superieur wordt beschouwd voor de oplossing van een specifiek geschil of probleem. Vanuit nationaal oogpunt rijst de onvermijdelijke vraag naar de interne coherentie in het nationale procesrecht. Het procesrecht van één lidstaat zou immers een dubbele functie vervullen: de rol waartoe het bestemd is in het nationale recht en een ondersteunende supranationale rol in bepaalde welomschreven geschillen die verband houden met het geïncorporeerde netwerk. De vraag is of een dergelijke structuur de homogeniteit van de nationale rechtsorde(s) niet aantast. Vanuit supranationaal perspectief wordt als het ware een deeltje van één nationaal rechtstelsel verheven tot een quasisupranationaal geheel. Doordat één bepaald rechtstelsel bepalend is, kan men argumenteren dat de rechtszekerheid gediend wordt. De vraag blijft of dergelijke theoretische uitwerking wel wenselijk is in de praktijk en of dat niet al te zeer ingaat tegen klassieke waarden van eenheid in verscheidenheid.

4.7. Conclusie: rechterlijke uitspraken, convergentie en Europeesrechtelijke gevolgen

Op het eerste gezicht blijft het een wat vreemde gedachte dat richtsnoeren die formeel niet bindend zijn en dus *soft law* vormen¹⁵⁰, toch in zekere mate rechterlijke toetsing behoeven, omdat zij als zodanig rechten zouden aantasten. Het *soft law*-karakter is evenwel relatief, vermits lidstaten door de netwerken zelf gecontroleerd worden op het respecteren van netwerkoutput. Daardoor verschijnen richtsnoeren vanuit lidstatelijk oogpunt als de facto bindend, wat toelaat een aantasting van bepaalde rechten af te dwingen voor nationale rechters. De vraag in welke mate rekening gehouden dient te worden met het gemeen-

147 E. Wymeersch, *supra* noot 27, p. 223.

148 De verhouding tussen publieke actoren en een privaatrechtelijk rechtssysteem is in die mate zeer moeilijk te vatten. Bovendien moeten nationale rechters een oordeel vellen in zaken die het privaatrechtelijke verenigingsaspect ver overstijgen. Conceptueel een mogelijkheid, kan dit aldus niet als de beste praktische oplossing beschouwd worden.

149 Er zou bovendien geargumenteed kunnen worden dat een dergelijke mogelijkheid ook dient te bestaan voor een schending van bepaalde consultatie- en participatierechten die niet kunnen worden gekoppeld aan een Europeesrechtelijk mandaat, maar door bijvoorbeeld CESR op eigen initiatief werden uitgewerkt (Zie de CESR Public Statement on Consultation Practices, December 2001, CESR 01/007c, <www.cesr.eu.org/index.php?page=workingmethods&mac=o&id=>). Er zou immers geargumenteed kunnen worden dat de erkenning van consultatie van belanghebbenden een beding ten behoeve van een derde uitmaakt, af te leiden uit de statuten van de netwerkrechtspersoon. Dat vereist evenwel dat het recht van incorporatie een dergelijke figuur erkent (voor Frankrijk kan gewezen worden op de 'stipulation pour autrui' uit art. 1121 Code Civil, zie ook J. Ghestin, C. Jamin en M. Billiau, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Les effets du contrat*, Paris: L.G.D.J. 2001, nr. 960-1023). Het is evenwel gissen of een dergelijke nationaalrechtelijke rechtsfiguur steeds erkend zou worden in een kader van participatie en consultatie. Ik werk het argument daarom niet verder uit.

150 D. Fischer-Appelt, *supra* noot 17, p. 261; wat *soft law* betreft kan gewezen worden op de definitie van L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 104: '(...) rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.'

schapsrecht hangt daarbij af van de koppeling die in de concrete situatie kan worden gemaakt, of van argumenten op basis van ‘gemeenschapstrouw’ en ‘Unibet’ rechtsbescherming. Het moge alleszins duidelijk zijn dat de nationale rechter een primordiale rol speelt inzake rechtsbescherming in dat verband.

Het is daarenboven duidelijk dat aandacht besteed zal moeten worden aan convergerende rechterlijke praktijken en de gevolgen van een ongeldigverklaring van richtsnoeren over de grenzen van nationale lidstaten heen. Een door een nationale rechter vastgestelde ongeldigheid, zeker indien die rechter de natuurlijke rechter van de netwerkrechtspersoon is, kan immers grensoverschrijdende gevolgen hebben. Bovendien kan, mits gebruikmaking van de figuur van de rechtspersoon naar nationaal recht, één rechtsstelsel binnen de gemeenschap als een soort convergentiebaken fungeren: richtsnoeren zullen door rechters uit dat rechtsstelsel met grotere expertise en meer gezag kunnen worden beoordeeld, waarbij één bepaald nationaal recht zowat het voortouw zal nemen in de totstandkoming van rechtsbescherming bij convergerende praktijken. Het hierboven uiteengezette kader wijst in de eerste plaats op de mogelijkheden en perspectieven die in dat verband aanwezig zijn of zouden kunnen worden geconcipieerd. Het spreekt voor zich dat een ruimer kader in dat verband meer uitwerking verdient en dat gezocht moet worden naar werkelijk grensoverschrijdende en dus semisupranationale oplossingen in een nationale of volledig supranationale context. Het gebruik van netwerken lijkt daarenboven automatisch een zekere nood aan overleg tussen nationale rechters binnen de Europese Unie te bevestigen. Convergentie door middel van netwerkstandaarden kan immers slechts tot stand gebracht worden in de mate nationale rechters tevens een zekere convergentiebereidheid vertonen. In die zin kunnen nationale rechters netwerkstandaarden de nodige ondersteuning bieden.

5.‡ Tot slot: de toekomst van Lamfalussy, de creatie van Europese financiële autoriteiten en de aanpassing van netwerken in het financieel recht: geen garantie voor betere rechtsbescherming

Voorgaande paragrafen wezen op het bestaan van diverse juridische argumenten om rechtsbescherming tegen mogelijk ongeldige netwerkrichtsnoeren te verzekeren.

Het kader dat daarbij geschetst werd vertoont evenwel een complexe interactie waarbij zeer veel assertiviteit van de nationale rechter verwacht wordt om in te gaan tegen bepaalde tendensen en wetten van nationaal procesrecht. Vandaar dat reeds jaren het oprichten van een regelgevend agentschap in plaats van netwerken voorgesteld werd, onder meer om het gepercipieerde gebrek aan rechtsbescherming te compenseren.¹⁵¹ De voorgaande paragrafen hebben evenwel aangetoond dat rechtsbescherming ook op nationaal niveau (al dan niet in combinatie met supranationaal niveau) kan worden bewerkstelligd. Bovendien kan aan het nationale recht van een welbepaalde lidstaat een meer gemeenschappelijke dimensie gegeven worden, waarbij dat recht als zodanig privaatrechtelijk een gemeenschappelijk baken wordt, ondanks het gebrek aan harmonisatie op dat vlak. Tezelfdertijd vormen dergelijke ontwikkelingen een uitnodiging tot het convergeren van nationale procedures, teneinde afdoende rechtsbescherming te bieden tegen richtsnoeren die niet echt communautair verankerd zijn. Het individu dat zich als zodanig best tot een (al dan niet vertrouwde) nationale rechter kan richten en zich op die manier beschermd kan weten in rechten die in eerste instantie als vreemd overkomen, kunnen alleen maar de betrokkenheid van het individu bij het hele Europese gebeuren versterken. Bewust van de enorme verantwoordelijkheid en de mogelijke wijzigingen in structuur en rechtsmiddelen die aan nationale rechters opgedrongen worden, is het echter die nationale rechter die een belangrijke rol speelt in het model van verschillende argumenten ontwikkeld in deze bijdrage. Een dergelijke rechterlijke convergentierol kan enkel blijven indien en in de mate netwerken als informele organisaties een soort tussenstation tussen nationaal en supranationaal recht vormen. Informele structuren zijn en blijven in die mate dus essentieel om convergentie sterker te maken en de bijhorende aanzetten die door middel van netwerken worden gecreëerd vormen duidelijke stimuli om convergentie als noodzakelijk component van Europese integratie te doen beschouwen.

De vraag is evenwel gerezen of en in welke mate dergelijke weinig vaste en zekere theoretische structuren die op zoek zijn naar aansluiting bij zowel nationaal als supranationaal recht in tijden van economische crisis voldoende regelgevend gewicht in de schaal kunnen leggen door middel van trage convergentie en bijhorende rechtsbeschermingsmechanismen. In die zin heeft de economische crisis van 2008 ook bepaalde dominante paradigma's opvallend gewijzigd. Het ‘De Larosière’-rapport heeft in die zin het convergentiesysteem van Lamfalussy herbezocht en vastgesteld dat in tijden van crisis een meer geïntegreerde supranationale aanpak gewenst en noodzakelijk was.¹⁵² Daarbij is in het kader van deze bij-

151 Zie R. Lastra, ‘The Case for a European Securities Commission’, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, 63; E. Pan, ‘Harmonization of U.S. – E.U. Securities Regulation: The Case for a Single European Securities Regulator’, *Law & Policy in International Business* 2002-03, p. 499-536; Y. Avgerinos, ‘EU Financial Market Supervision Revisited: The European Securities Regulator’, *Jean Monnet Working Paper* 7/03, <www.jeanmonnetprogram.org>; G. Hertig en R. Lee, ‘Four Predictions about the Future of EU Securities Regulation’, *Journal of Corporate Law Studies* 2003, p. 370-373.

152 Rapport van The High Level Group on Financial Supervision in the EU. Report, <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf>, 85 p., onder leiding van J. De Larosière (vandaar de naam ‘De Larosière’-Rapport); Mededeling van de Commissie van 27 mei 2009, Europees Financieel Toezicht, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0252:FIN:NL:PDF>> (Mededeling Commissie Europees Financieel Toezicht).

drage vooral relevant de voorgestelde creatie van drie Europese financiële autoriteiten in de plaats van de bestaande semisupranationale netwerken. Die autoriteiten zouden volwaardige Europese rechtspersonen zijn¹⁵³ en in die mate ook algemeen regelgevende besluiten uitvaardigen¹⁵⁴, evenals aanbevelingen tot naleving van het gemeenschapsrecht door nationale toezichthouders. De autoriteiten worden dus sterke toezichthouders op toezichthouders die nationale autoriteiten enigszins tot naleven van het gemeenschapsrecht kunnen dwingen.¹⁵⁵ Daardoor zouden de bestaande rechtspersonen of verenigingen naar nationaal recht ophouden te bestaan voor dat doel.¹⁵⁶ Daarenboven wordt een meer algemeen publiekrechtelijk handhavingsnetwerk zoals het European Competition Network gecreëerd, een Europees systeem van financiële toezichthouders.¹⁵⁷ De Europese Commissie diende in dat verband in september 2009 voorstellen van wetgeving in.¹⁵⁸ De regelgeving die aldus door dergelijke autoriteiten zou worden uitvaardigd zal een meer top-down karakter hebben en als communautair worden beschouwd. De recente voorstellen verduidelijken dat de nieuwe autoriteiten technische standaarden zullen uitvaardigen die door de Commissie zullen moeten worden bekrachtigd om rechtskracht te verwerven.¹⁵⁹ De Commissie heeft evenwel een zekere discretionaire bevoegdheid om standaarden al dan niet te bekrachtigen, met of zonder amendementen.¹⁶⁰ Een dergelijke bekrachtiging impliceert dan dat het communautaire systeem van rechtsbescherming toepasselijk zou zijn, maar door het algemene karakter van de regels kan toegang voor het Hof van Justitie zelf moeilijk zijn door het individualiteitsvereiste in art. 230 EG-Verdrag; de nationale rechter komt in dat verband dus onvermijdelijk terug op het toneel in het licht van de *Unibet*- en *Janecek*-rechtspraak. Zoals gesteld in deel 4 vormt een koppeling met het gemeenschapsrecht slechts de eerste logische stap, die automatisch vervuld zou zijn in het geval van regelgeving van Europese autoriteiten. De rol van de nationale rechter zal daarom onvermijdelijk belangrijk blijven, onder meer in eventuele schadevergoedingsacties, waarbij de mogelijkheid of verplichting van prejudiciële vraagstelling wel degelijk aan de orde is en blijft in alle omstandigheden die betrekking hebben op algemene regelgeving. In die zin veronderstelt de voorgestelde hervorming evenwel niet automatisch dat alle in deze bijdrage voorgestelde rechtsmiddelen en actiemogelijkheden voor nationale rechters wegvallen. Er blijven immers nog meer informele Europese netwerken functioneren buiten het domein van financiële diensten en daarenboven blijven

de financiële toezichthouders gehouden om het dwingend opgelegde Europese regelarsenaal te handhaven in concrete gevallen en in het licht van die handhaving in overleg te treden met elkaar. Een analyse van het European Competition Network toonde aan dat rechtsbescherming in dat kader niet steeds vanzelfsprekend is. Daarom blijft het hier geschetste netwerkmodel en de mogelijke 'incorporatie' in rechtspersonen naar nationaal recht niet alleen een aantrekkelijk alternatief in het licht van een evenwichtige bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten, het vestigt bovendien aandacht op de onnoemelijk belangrijke rol en assertieve houding die van procespartijen en rechters wordt vereist met het oog op het werkelijk tot stand brengen van een interne markt. Deze bijdrage toonde ten eerste aan dat netwerkstructuren individuen niet zonder meer rechtsbescherming kunnen ontnemen en dat bovendien een combinatie van Europese en nationale concepten rechtsbescherming kan verwezenlijken. De complexiteit van bovenstaand kader reflecteert in dat verband enkel de complexiteit van meerlagige rechtsordes waarmee elke Europese jurist geconfronteerd wordt. Ten tweede moet nationaal rechterlijk optreden een soort convergentie teweeg kunnen brengen als toevoeging aan het bestaande top-down kader dat gedifferentieerd wordt geïmplementeerd. Het nationaal recht zou bovendien ten aanzien van bepaalde remedies en procedurele tekortkomingen een alternatief kader kunnen bieden waarbij nationaal recht dus een meer prominente plaats krijgt en waardoor meer recht gedaan kan worden aan het subsidiariteitsbeginsel uit art 5 EG-Verdrag. De grote waarde van netwerken is ten slotte dat een dergelijke rol voor nationale rechters als het ware ingebakken geacht kan worden in de netwerkstructuur. Als rechtspersonen naar nationaal recht kan rechtsbescherming vanuit dat kader worden ontwikkeld, hetgeen een onvermijdelijke convergentie van nationale procedures en een gerichtheid naar rechtsmiddelen van het recht van incorporatie teweeg zal brengen. Op die manier ontstaat dus een tussenniveau van rechtsbescherming, waarbij één lidstatelijke rechtsorde als convergentiestandaard een rol kan spelen. Die convergentiestandaard zal zich bovendien onvermijdelijk moeten richten op de communautaire standaarden van rechtsbescherming. Harmonisatie of convergentie 'via the back door' wordt hier aldus uitgebreid tot harmonisatie 'via the back yard', het recht van één bepaalde rechtsorde.¹⁶¹ Het al te vlug besluiten tot meer Europese regelgeving is daarom geen *per se* garantie voor meer en betere 'Europese' rechtsbescherming. Dat belet evenwel niet dat netwerken slechts een stap vormen in een proces van

153 'De Larosière'-Rapport, 49.

154 Mededeling Commissie Europees Financieel Toezicht, 11.

155 Mededeling Commissie Europees Financieel Toezicht, 12.

156 Mededeling Commissie Europees Financieel Toezicht, 10.

157 'De Larosière'-Rapport, 47.

158 Zie Mededeling Commissie Europees Financieel Toezicht, *supra* noot 152, 10 waarin de voorstellen van het rapport tevens door de Commissie worden bevestigd. De voorstellen kunnen worden geraadpleegd op <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#package>. Een bijhorend document van de Commissie bevestigt de voorstellen zoals ontwikkeld door het 'De Larosière'-Rapport, <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/supervision/20090923/sec2009_1233_en.pdf>

159 Dat is ook te vinden in het rapport van de Commissie, *supra* noot 158, 8.

160 Zie rapport van de Commissie *supra* noot 158, 8.

161 Aldus verwijzend naar de titel van de bijdrage van J. Jans, *supra* noot 128.

zich steeds verder voltrekkende Europese integratie met het oog op het tot stand brengen van een eigenlijke interne markt. In die zin zijn netwerken als tussenniveaus van regelgeving ook tussenstappen in de ontwikkeling van een waarlijk communautair regelgevend geheel. De netwerkrol kan gedurende jaren groeien en rechtsbeschermingsmogelijkheden kunnen daarbij worden geëxploreerd, maar het uiteindelijke doel is de verdere Europese integratie. Het 'De Larosière'-rapport maakt die doelstelling duidelijk en kan dan ook als een uitermate positieve integratiestap worden beoordeeld. In de financiële sector, die in deze bijdrage als voorbeeld van netwerkstructuren werd geanalyseerd kan de snellere overgang naar meer supranationale centralisatie immers gerechtvaardigd worden in het licht van de financiële en economische crisis. Immers, de tekortkomingen van een al te graduele en informele convergentie kwamen als pijnpunten aan

de oppervlakte in de voorbije maanden. De 'De Larosière'-voorstellen gaan bovendien weliswaar uit van de creatie van Europese autoriteiten die bindende regelgeving zullen uitvaardigen, maar laten de eigenlijke handhaving en het concrete toezicht nog steeds over aan de nationale autoriteiten die sterker gebonden zullen zijn door Europese regelgeving en slechts subsidiair overleggen in informele handhavingsnetwerken. In die zin wordt rechtsbescherming sterker Europeesrechtelijk gekoppeld en komt de verwezenlijking van een eigenlijke interne financiële markt wederom dichterbij. Convergentie verschijnt door het verstevigen van de gemeenschapsrechtelijke band immers nog meer als noodzaak en de rol van de nationale rechter vraagt daarbij om verduidelijking. Het in deze bijdrage ontwikkelde kader kan daarbij fungeren als een mogelijk hulpmiddel voor procespartijen en rechters in concrete geschillen.