



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. JÄÄSKINEN  
van 12 september 2013<sup>1</sup>

**Zaak C-270/12**

**Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland  
tegen  
Europees Parlement  
en**

**Raad van de Europese Unie**

„Europese Autoriteit voor effecten en markten („ESMA”) — Geldigheid van artikel 28 van verordening (EU) nr. 236/2012 betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps — Rechtsgrondslag — Artikelen 114 VWEU en 352 VWEU — Institutioneel evenwicht en bevoegdheidsverdeling — Voorwaarden voor verlening van bevoegdheden aan agentschappen van EU — Delegatie volgens artikel 290 VWEU en uitvoering volgens artikel 291 VWEU — Meroni-rechtspraak — Romano-rechtspraak — Wisselwerking met bepalingen van Verdrag van Lissabon betreffende rechterlijke toetsing van juridisch bindende handelingen van agentschappen”

### **I – Inleiding**

1. In deze procedure tegen het Europees Parlement en de Raad verzoekt het Verenigd Koninkrijk om nietigverklaring van artikel 28 van verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps.<sup>2</sup> Dit artikel geeft de Europese Autoriteit voor effecten en markten („European Securities and Markets Authority”; hierna: „ESMA”) zekere bevoegdheden om in de financiële markten van de lidstaten te interveniëren in de vorm van juridisch bindende besluiten in het geval van „een bedreiging [...] voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan”. Deze omstandigheden worden vervolgens nader gedefinieerd in artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening (EU) nr. 918/2012 van de Commissie.<sup>3</sup> Artikel 28, lid 1, van verordening nr. 236/2012 geeft ESMA de bevoegdheid om natuurlijke en rechtspersonen te verplichten bepaalde informatie te melden of openbaar te maken, en om het aangaan van bepaalde transacties te verbieden of aan voorwaarden te verbinden.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB L 86, blz. 1.

3 — Gedelegeerde verordening van 5 juli 2012 tot aanvulling van verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps ten aanzien van definities, de berekening van nettoshortposities, gedekte kredietverzuimswaps op overheidsschuld, meldingsdrempels, liquiditeitsdrempels voor het opschorten van beperkingen, aanmerkelijke dalingen in de waarde van financiële instrumenten en ongunstige gebeurtenissen (PB L 274, blz. 1). Deze gedelegeerde handeling is gebaseerd op de artikelen 2, lid 2, 3, lid 7, 4, lid 2, 7, lid 3, 13, lid 4, 23, lid 7, en 30 van verordening nr. 236/2012.

2. ESMA werd opgericht op 1 januari 2011<sup>4</sup>, tegelijkertijd met de Europese Bankautoriteit<sup>5</sup> en de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen.<sup>6</sup> Deze drie lichamen staan collectief bekend als de „Europese toezichthoudende autoriteiten” („European Supervisory Authorities”) of, volgens punt 10 van de considerans van verordening nr. 1095/2010, de „ESA’s”. ESMA is verder een voortbrengsel van het door de Commissie, in het licht van de financiële crisis van 2008, in gang gezette hervormingsprogramma, en het Rapport van de groep van wijze mannen onder voorzitterschap van Jacques de Larosière, dat aanbevelingen bevatte over de versterking van het toezicht op de financiële markten op Unieniveau<sup>7</sup> en leidde tot een omvangrijk uitvoeringsprogramma.<sup>8</sup> ESMA is, volgens artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1095/2010, een „orgaan” van de Unie met rechtspersoonlijkheid.

3. Verordening nr. 236/2012 trad op 25 maart 2012 in werking wegens de gevoelde behoefte om de aanpak van shorttransacties in de Unie te harmoniseren.<sup>9</sup> Een kenmerk van shorttransacties is, dat de verkoper niet de eigenaar is van de verkochte waardepapieren (meestal effecten) en beoogt te profiteren van een daling in de prijs van deze waardepapieren voordat de transactie haar beslag krijgt. Volgens het Parlement in zijn schriftelijke opmerkingen, werd ESMA opgericht omdat de Europese Unie een orgaan wenste in te stellen dat beschikte over de vereiste deskundigheid om toezicht uit te oefenen op de Europese effecten en markten, in aanvulling op de nationale toezichthoudende autoriteiten.<sup>10</sup> Verordening nr. 236/2012 verleende ESMA op het gebied van shorttransacties daarom uitgebreide bevoegdheden in de sfeer van advisering, kennisgeving en regelgeving.

4. Het Verenigd Koninkrijk voert vier gronden tot nietigverklaring aan. Het betoogt ten eerste, dat de bevoegdheden die ESMA bij artikel 28 van verordening nr. 236/2012 zijn verleend, inbreuk maken op de grenzen die het Hof in zijn arrest Meroni/Hoge Autoriteit heeft gesteld aan overdracht van bevoegdheden door de instellingen.<sup>11</sup> Ten tweede, dat artikel 28 ESMA een machtiging geeft om normatieve maatregelen van algemene strekking vast te stellen, wat in strijd is met het arrest van het Hof in de zaak Romano.<sup>12</sup> Ten derde betoogt het Verenigd Koninkrijk dat ESMA uit hoofde van artikel 28 bevoegd is om niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking vast te stellen, wat in strijd is met de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU. Volgens het vierde middel zou, voor zover artikel 28 van verordening nr. 236/2012 ESMA bevoegd verklaart om, bij het uitblijven van voldoende of doeltreffende maatregelen van de ter zake bevoegde autoriteiten van de lidstaten, beslissingen te nemen die derden individueel binden, artikel 114 VWEU daarvoor niet de juiste rechtsgrondslag zijn.

4 — Verordening (EU) nr. 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/77/EG van de Commissie (PB L 174, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 (PB L 174, blz. 1).

5 — Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB L 331, blz. 12).

6 — Verordening (EU) nr. 1094/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/79/EG van de Commissie (PB L 331, blz. 48).

7 — Het eindrapport van de groep-de Larosière van 25 februari 2009 beval vergaande maatregelen aan. Zie [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf).

8 — Voor een gedetailleerde bespreking, zie onder meer T. Tridimas, „Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA”, in: N. Shuibhne, en L. Gormley (eds), *From Single Market to Economic Union: essays in memory of John A. Usher*, Oxford University Press, Oxford, 2012, blz. 55-83.

9 — Voor een gedetailleerde analyse zie bijvoorbeeld J. Payne, „The regulation of short selling and its reform in Europe”, *European Business Organization Law Review* 13(3), 2012, blz. 413-440; O. Juurikkala, „Credit Default Swaps and the EU Short Selling Regulation: A Critical Analysis”, *European Company and Financial Law Review* 9, 2012, blz. 307-341.

10 — Zie punten 8-12 van de considerans van verordening nr. 1095/2010 en werkdocument SEC(2009) 1234 van 23 september 2009 van de Commissie, blz. 27 en 28.

11 — Arrest van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, Jurispr. blz. 11; hierna: „arrest Meroni”).

12 — Arrest van 14 mei 1981, Romano (98/80, Jurispr. blz. 1241).

5. Het Parlement en de Raad bestrijden het verzoek tot nietigverklaring van het Verenigd Koninkrijk met kracht, terzijde gestaan door de Commissie en het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek en de Italiaanse Republiek. De schriftelijke opmerkingen van het Parlement en van Raad gaan beide in op de door het Verenigd Koninkrijk aangevoerde middelen en verzoeken het Hof om de rechtspraak waarop het Verenigd Koninkrijk zich beroept niet geïsoleerd te beschouwen, maar in het licht van de modernisatie van het Unierecht inzake agentschappen bij het Verdrag van Lissabon, met name op het punt van de rechterlijke toetsing van handelingen van agentschappen met rechtsgevolgen. Het Parlement en Raad, bijgestaan door de Commissie, betogen voorts dat artikel 114 VWEU een passende rechtsgrondslag vormt voor de bevoegdheden van ESMA volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012, omdat het gaat om harmonisatie volgens het Unierecht inzake de interne markt.

6. Ik ben van oordeel dat de kern van de onderhavige zaak erin is gelegen, dat artikel 28 van verordening nr. 236/2012 niet een voorbeeld is van delegatie van bevoegdheid door een uitvoerende instelling van de Unie – meestal de Commissie of bij uitzondering de Raad – aan een agentschap, maar een geval van rechtstreekse attributie van bevoegdheid aan een agentschap door de wetgever bij een wetgevingshandeling in de zin van artikel 289, lid 3, VWEU. Mijns inziens kunnen de beginselen van de arresten Romano en Meroni, gezien de met het Verdrag van Lissabon doorgevoerde wijzigingen<sup>13</sup>, en met name de bevestiging in het primaire recht dat de handelingen van agentschappen naar Unierecht aan rechterlijke toetsing onderworpen zijn<sup>14</sup>, de conclusies die het Verenigd Koninkrijk aan deze rechtspraak verbindt, niet rechtvaardigen.<sup>15</sup> Het beroep tot nietigverklaring van het Verenigd Koninkrijk dient naar mijn mening niettemin te slagen, en wel op grond van het vierde aangevoerde middel. Artikel 114 VWEU is namelijk niet de juiste rechtsgrondslag voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012.

## II – Juridisch kader

### A – Verdragsartikelen betreffende agentschappen

7. Volgens de artikelen 15 VWEU, 16 VWEU en 228 VWEU zijn alle „instellingen, organen en instanties” van de Europese Unie gebonden aan het beginsel van behoorlijk bestuur<sup>16</sup> terwijl de artikelen 287 VWEU en 325 VWEU de agentschappen onderwerpen aan het in de Unie geldende systeem van financiële en boekhoudkundige controle.

13 — Zie J.-F. Couzinet, „La prise en compte de l’existence des ‚Agences’ par les récents traités”, *Les agences de l’Union européenne*, Brussel, 2011, blz.191-197.

14 — Tot dit oordeel was het Gerecht reeds gekomen in zijn arrest van 8 oktober 2008, Sogelma/EBW (T-411/06, Jurispr. blz. II-2771, punten 33-57).

15 — Zie bijvoorbeeld: S. Griller, en A. Orator, „Everything under control? The ‚way forward’ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine”, *European Law Review* 35, 2010, blz. 3-35; M. Chamon, „EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17, 2010, blz. 281-305; M. Chamon, „EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea”, *Common Market Law Review* 48, 2011, blz. 1055-1075, blz.1072; H. Hofmann en A. Morini, „The Pluralisation of EU Executive-Constitutional Aspects of Agencification”, *European Law Review* 37, 2012, blz. 419-443. Voor een gedetailleerde bespreking van ESMA in het Unierecht inzake agentschappen, zie P. Schammo, „The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers”, *Common Market Law Review* 48, 2011, blz. 1879-1914; M. Busuioc, M. Groenleer en J. Tondal (eds): *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making*, Manchester University Press, Manchester, 2012; M. Busuioc, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Zie ook de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad „Europese Agentschappen – Verdere ontwikkelingen” [COM(2008) 135 definitief].

16 — Zie ook artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

8. Volgens artikel 263 VWEU zijn de organen van de Unie waarover het rechterlijk toezicht van het Hof van Justitie zich uitstrekt de „organen en instanties van de Unie”, en artikel 265 VWEU verklaart ook de regel inzake „nalaten een besluit te nemen” op hen van toepassing. Volgens artikel 267 VWEU kunnen de rechterlijke instanties van de lidstaten vragen betreffende de geldigheid en de uitlegging van handelingen van organen en instanties van de Unie verwijzen naar het Hof, en deze kunnen eveneens worden bestreden middels de exceptie van onwettigheid van artikel 277 VWEU.<sup>17</sup>

## B – *Relevante wetgevingshandelingen van de Unie*

### 1. Verordening nr. 1095/2010

9. Artikel 9, lid 5, van verordening nr. 1095/2010 verleent ESMA twee mogelijkheden om bepaalde financiële activiteiten die een bedreiging vormen voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan, te verbieden of te beperken. ESMA is hiertoe bevoegd in de gevallen die gespecificeerd zijn en onder de voorwaarden die zijn vastgelegd in de wetgevingshandelingen bedoeld in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1095/2010<sup>18</sup>, of indien dit in een noodsituatie vereist is, overeenkomstig artikel 18 van verordening nr. 1095/2010 en de daarin bepaalde voorwaarden.

### 2. Verordening nr. 236/2012

10. Artikel 2, lid 1, sub b, van verordening nr. 236/2012 bepaalt het volgende:

„b) ‚shorttransactie’:

met betrekking tot een aandeel of schuldinstrument, elke verkoop van het aandeel of schuldinstrument dat de verkoper niet in eigendom heeft op het moment dat hij de verkoopovereenkomst sluit, met inbegrip van een dergelijke verkoop wanneer de verkoper op het moment dat hij de verkoopovereenkomst sluit, het aandeel of schuldinstrument heeft geleend of een overeenkomst heeft gesloten om het aandeel of schuldinstrument te lenen met het oog op het leveren ervan bij de afwikkeling, waaronder niet begrepen:

[...]”.

11. Artikel 28, met het opschrift „Interventiebevoegdheden van ESMA in uitzonderlijke omstandigheden”, van verordening nr. 236/2012 luidt:

„1. Overeenkomstig artikel 9, lid 5, van verordening (EU) nr. 1095/2010 dient ESMA, behoudens lid 2 van dit artikel, of:

a) te verlangen dat natuurlijke of rechtspersonen die nettoshortposities in een specifiek financieel instrument of in een categorie financiële instrumenten hebben, de informatie betreffende die posities aan een bevoegde autoriteit melden of aan het publiek openbaar maken, ofwel

17 — Voorts kunnen volgens de rechtspraak van het Gerecht, indien wordt voldaan aan de voorwaarden die artikel 340 VWEU stelt aan de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, ook al worden agentschappen in deze bepaling niet uitdrukkelijk genoemd, vorderingen tot schadevergoeding tegen hen worden ingesteld. Zie arrest Sogelma/EBW (aangehaald in voetnoot 14), waar het Gerecht een vordering tot schadevergoeding tegen het Europees Bureau voor wederopbouw in behandeling nam.

18 — Artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1095/2010, zoals gewijzigd, bepaalt onder meer dat ESMA handelt overeenkomstig de haar bij die verordening toegekende bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van nog een aantal andere maatregelen.

- b) natuurlijke of rechtspersonen het aangaan van een shorttransactie of een transactie die een ander financieel instrument dan de in artikel 1, lid 1, sub c, bedoelde financiële instrumenten tot stand brengt of daarmee verband houdt, te verbieden of daaraan voorwaarden te verbinden wanneer het gevolg of een van de gevolgen van het aangaan van een dergelijke transactie is, dat de natuurlijke of rechtspersoon een financieel voordeel geniet wanneer de koers of de waarde van een ander financieel instrument daalt.

Een maatregel kan van toepassing zijn in bijzondere omstandigheden of onderworpen zijn aan uitzonderingen die door ESMA worden gespecificeerd. Uitzonderingen kunnen in het bijzonder worden gespecificeerd voor activiteiten van marketmakers en voor activiteiten op de primaire markt.

2. ESMA neemt een besluit overeenkomstig lid 1 alleen indien:

- a) de in lid 1, sub a en b, genoemde maatregelen een bedreiging ondervangen voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan en er zijn grensoverschrijdende gevolgen, en
- b) geen bevoegde autoriteit maatregelen heeft genomen om de bedreiging te ondervangen of indien één of meer van de bevoegde autoriteiten maatregelen hebben genomen die de bedreiging niet adequaat ondervangen.

3. Bij het treffen van de in lid 1 bedoelde maatregelen houdt ESMA rekening met de mate waarin de maatregel:

- a) de bedreiging voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan aanmerkelijk ondervangt, dan wel het vermogen van de bevoegde autoriteiten om de bedreiging te volgen aanmerkelijk verbetert;
- b) niet een risico op regelgevingsarbitrage (regulatory arbitrage) veroorzaakt;
- c) geen nadelige gevolgen heeft voor de efficiëntie van de financiële markten, zoals door het verminderen van de liquiditeit op deze markten of het teweegbrengen van onzekerheid voor marktdeelnemers, die in onevenredige verhouding staan tot de voordelen van de maatregel.

Indien door een of meer bevoegde autoriteiten een maatregel krachtens artikel 18, 19, 20, of 21 is genomen, kan ESMA elk van de in lid 1 van dit artikel bedoelde maatregelen nemen zonder het in artikel 27 bedoelde advies uit te brengen.

4. Alvorens ESMA besluit een in lid 1 bedoelde maatregel te nemen of te verlengen, pleegt ESMA overleg met het Europees Comité voor systeemrisico's en in voorkomend geval met andere relevante autoriteiten.

5. Alvorens te besluiten een in lid 1 bedoelde maatregel te nemen of te verlengen, stelt ESMA de betrokken bevoegde autoriteiten in kennis van de maatregel die zij voorstelt. De kennisgeving omvat informatie over de voorgestelde maatregelen, de categorie financiële instrumenten en de transacties waarop zij van toepassing zullen zijn, de gegevens die de redenen voor de maatregelen staven en de geplande datum van inwerkingtreding van de maatregelen.

6. De kennisgeving geschiedt uiterlijk 24 uur vóór de geplande datum voor de inwerkingtreding of de verlenging van de maatregel. In uitzonderlijke omstandigheden kan ESMA, indien het niet mogelijk is de termijn van 24 uur in acht te nemen, de kennisgeving minder dan 24 uur vóór de geplande inwerkingtreding van de maatregel doen.



7. ESMA publiceert op haar website een mededeling over elk besluit om een van de in lid 1 bedoelde maatregelen op te leggen of te verlengen. De mededeling vermeldt ten minste:

- a) de opgelegde maatregelen, met inbegrip van de instrumenten en de categorieën transacties waarop zij van toepassing zijn en de geldigheidsduur van de maatregelen, en
- b) de redenen waarom ESMA het noodzakelijk acht de maatregelen op te leggen, met inbegrip van de gegevens die deze redenen staven.

8. Zodra ESMA heeft besloten een van de in lid 1 bedoelde maatregelen op te leggen of te verlengen, stelt ESMA de bevoegde autoriteiten in kennis van de genomen maatregelen.

9. Een maatregel treedt in werking wanneer de mededeling wordt gepubliceerd op de website van ESMA of op een in de mededeling gespecificeerd tijdstip na de publicatie en is uitsluitend van toepassing met betrekking tot een transactie die is aangegaan nadat de maatregel in werking is getreden.

10. ESMA evalueert de in lid 1 bedoelde maatregelen met passende tussenpozen en ten minste om de drie maanden. Indien de maatregel aan het einde van die termijn van drie maanden niet is verlengd, komt deze automatisch te vervallen. De leden 2 tot en met 9 zijn van toepassing op een verlenging van de maatregelen.

11. Een krachtens dit artikel door ESMA vastgestelde maatregel heeft voorrang op alle maatregelen die eerder krachtens afdeling 1 door een bevoegde autoriteit zijn genomen.”

12. Artikel 30 van verordening nr. 236/2012 gelezen in samenhang met artikel 42 daarvan, verklaart de Commissie bevoegd om onder meer gedelegeerde handelingen vast te stellen, ter specificatie van de criteria en de factoren waarmee ESMA rekening moet houden om uit te maken in welke gevallen een in artikel 28, lid 2, sub a, bedoelde bedreiging ontstaat.

13. Artikel 44 van verordening nr. 236/2012, in hoofdstuk VIII „Uitvoeringshandelingen”, bevat regels inzake de comitéprocedure die van toepassing is bij de vaststelling van uitvoeringshandelingen door de Commissie.<sup>19</sup>

14. Artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening nr. 918/2012 van de Commissie luidt als volgt:

„Voor de toepassing van artikel 28, lid 2, sub a, wordt onder een bedreiging voor de ordelijke werking en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele of een deel van het financiële stelsel in de Unie verstaan:

- a) elke mogelijke ernstige financiële, monetaire of budgettaire instabiliteit betreffende een lidstaat of het financiële stelsel binnen een lidstaat wanneer deze de ordelijke werking en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele of een deel van het financiële stelsel in de Unie ernstig kan bedreigen;
- b) de mogelijke ingebrekeblijving van een lidstaat of een supranationale emittent;

19 — Uitvoeringsverordening (EU) nr. 827/2012 van de Commissie van 29 juni 2012 tot vaststelling van technische uitvoeringsnormen met betrekking tot de manier waarop nettoshortposities in aandelen openbaar mogen worden gemaakt, de vorm van de aan de Europese Autoriteit voor effecten en markten te verstrekken informatie over nettoshortposities, de soorten overeenkomsten, regelingen en maatregelen die er adequaat voor zorgen dat aandelen of overheidsschuldinstrumenten voor afwikkeling beschikbaar zijn, alsmede de datum van en de in aanmerking te nemen periode bij de bepaling van het belangrijkste handelsplatform van een aandeel, als bedoeld in verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps (PB L 251, blz.11).

- c) alle ernstige schade aan de fysieke structuren van belangrijke financiële emittenten, marktinfrastructuren, clearing- en afwikkelingsystemen, en toezichthouders die een ongunstige invloed op de grensoverschrijdende markten kan hebben, met name indien dergelijke schade het gevolg is van een natuurramp of een terroristische aanslag wanneer dit de ordelijke werking en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele of een deel van het financiële stelsel in de Unie ernstig kan bedreigen;
- d) elke ernstige ontwrichting van een betaalsysteem of afwikkelingsproces, met name wanneer deze betrekking heeft op interbancaire transacties, die aanmerkelijke betalings- of afwikkelingsstoringen of -vertragingen binnen de uniale grensoverschrijdende betaalsystemen veroorzaakt of kan veroorzaken, inzonderheid wanneer deze tot de verbreiding van financiële of economische stress in geheel of een deel van het financiële stelsel in de Unie kunnen leiden.”

### C – *Procesverloop voor het Hof*

15. Het Verenigd Koninkrijk heeft bij verzoekschrift van 31 mei 2012, op het Hof ontvangen op 4 juni 2012, beroep ingesteld tegen het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie uit hoofde van artikel 263 VWEU, en verzoekt het Hof om nietigverklaring van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 en veroordeling van verweerders in de proceskosten.

16. Het Europees Parlement en De Raad van de Europese Unie betogen dat het Hof het beroep in zijn geheel ten gronde moet verwerpen met verwijzing van het Verenigd Koninkrijk in de kosten.

17. De Europese Commissie, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek en de Italiaanse Republiek hebben geïntervenieerd aan de zijde van het Parlement en de Raad.

18. Het Verenigd Koninkrijk, het Europees Parlement, de Raad en de Commissie en namen deel aan de terechtzitting van 11 juni 2013, evenals Spanje, Frankrijk en Italië.

## III – **Juridische beoordeling**

### A – *Agentschappen in de Europese Unie*

19. De Commissie heeft een „Europees regelgevend agentschap” omschreven als „een autonome juridische entiteit die door de wetgever wordt gecreëerd om deel te nemen aan de regelgeving in een sector op Europees niveau en aan de tenuitvoerlegging van een bepaald communautair beleidsterrein”.<sup>20</sup> In de Europese Unie zijn thans meer dan dertig gedecentraliseerde agentschappen actief<sup>21</sup> of in oprichting, waarvan een aantal bevoegd zijn om bindende besluiten te nemen. Zoals bekend, is „agencification” een proces dat in de Europese Unie sinds het begin van het nieuwe

20 — Ontwerp interinstitutioneel akkoord betreffende een kader voor Europese regelgevende agentschappen van 25 februari 2005 [COM(2005) 59 definitief, punt 7.5 van de toelichting]. Ook in wetenschappelijke commentaren werden verschillende definities voorgesteld; zo hebben Griller en Orator (aangehaald in voetnoot 15, blz. 3-4) agentschappen omschreven als relatief onafhankelijke, permanente, rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen, die berusten op secundair Unierecht en met specifieke taken zijn belast. Zie ook E. Chiti, „Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne”, blz. 73-74, in: *Les agences de l'Union européenne*, Brussel, 2011, blz. 49-74.

21 — [http://europa.eu/about-eu/agencies/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/index_en.htm).

millennium een grote vlucht heeft genomen. Zoals een van de commentatoren opmerkt, is de uitdaging nu, net als voorheen, een evenwicht te vinden tussen de functionele voordelen en de onafhankelijkheid van agentschappen enerzijds, en het gevaar dat zij zich ontwikkelen tot „oncontroleerbare centra van willekeurige macht”.<sup>22</sup>

20. Agentschappen in de Europese Unie verschillen echter van elkaar in het opzicht van de juridische grondslag waarop zij berusten, hun organisatie, en de hun toevertrouwde bevoegdheden. ESMA behoort niet tot het handjevol agentschappen dat rechtstreeks bij verdragsbepaling in het leven is geroepen.<sup>23</sup> ESMA behoort evenmin tot de zuiver adviserende agentschappen aan het andere uiteinde van het spectrum, hoewel advisering een belangrijk deel uitmaakt van de taak van ESMA.<sup>24</sup>

21. ESMA kan worden geclassificeerd als een regelgevend agentschap met een assisterende rol bij de vaststelling van regelgeving op Unieniveau op het gebied van de uitbreiding van de interne markt. Het voornaamste verschil tussen uitvoerende en regelgevende agentschappen is, dat uitvoerende agentschappen financiële programma's uitvoeren en rechtstreeks afhankelijk zijn van de Commissie en uitsluitend aan haar verantwoording verschuldigd zijn, terwijl regelgevende agentschappen voornamelijk gemeenschappelijke regels vaststellen en diensten verrichten, en onder de leiding of het toezicht staan van een orgaan dat bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten en enige vertegenwoordigers van de Commissie.<sup>25</sup>

22. ESMA valt niet onder de uitvoerende agentschappen die de Commissie kan oprichten op grond van artikel 6 van verordening (EG) nr. 58/2003 van de Raad van 19 december 2002 tot vaststelling van het statuut van de uitvoerende agentschappen waaraan bepaalde taken voor het beheer van communautaire programma's worden gedelegeerd.<sup>26</sup> Deze lichamen ontlenen hun bevoegdheden aan subdelegatie door de Commissie.<sup>27</sup>

22 — Busuic (aangehaald in voetnoot 15, blz. 4), met verwijzing naar M. Everson, „Independent Agencies: Hierarchy Beaters”, *European Law Journal* 1, 1995, blz. 180-204, blz. 190. Zie ook J. Weiler, „Epilogue: ‚Comitology’ as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy”, in: C. Joerges en E. Vos (eds), *EU Committees, Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, 1999, blz. 347-349.

23 — Dit is bijvoorbeeld wel het geval voor het Europees Defensieagentschap (artikelen 42, lid 3, VEU, en 45 VEU) en Europol (artikel 88 VWEU).

24 — Voor een overzicht van de taken van ESMA, zie N. Moloney, „The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part 1: rule making”, *European Business Organization Law Review* 12(1), 2011, blz. 41-86, en „Part 2: rules in action”, *European Business Law Review* 12(2), 2011, blz. 177-225.

25 — Hofmann en Morini (aangehaald in voetnoot 15, blz. 436).

26 — PB 2003, L 11, blz. 1. Dat zijn het Uitvoerend Agentschap voor concurrentievermogen en innovatie, het Uitvoerend Agentschap voor gezondheid en consumenten, het Uitvoerend Agentschap voor onderwijs, audiovisuele middelen en cultuur, het Uitvoerend Agentschap voor het trans-Europees vervoernetwerk, het Uitvoerend Agentschap onderzoek, en het Uitvoerend Agentschap Europese Onderzoeksraad. Zie [http://europa.eu/about-eu/agencies/executive\\_agencies/index\\_nl.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/executive_agencies/index_nl.htm).

27 — Voorafgaand aan het Verdrag van Lissabon werd onderscheid gemaakt tussen agentschappen „van de Commissie” en „van de Raad”. De eerste maakten deel uit van de vroegere eerste pijler, en de laatste van de tweede en de derde pijler. Zie Busuic (aangehaald in voetnoot 15, blz. 21-22).



23. ESMA daarentegen is een agentschap met beslissingsbevoegdheid, evenals het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt („BHIM”)<sup>28</sup>, het Communautair Bureau voor plantenrassen („CPVO”)<sup>29</sup>, het Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart („EASA”)<sup>30</sup>, het Europees Agentschap voor chemische stoffen („ECHA”)<sup>31</sup>, het Europees Geneesmiddelenbureau<sup>32</sup>, en het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators<sup>33</sup>, in de zin dat ESMA sommige besluiten zelf, zonder tussenkomst van de Commissie, neemt, zoals die krachtens artikel 28 van verordening nr. 236/2012.<sup>34</sup>

24. Er is echter een belangrijk verschil tussen ESMA en de regelgevende agentschappen die actief zijn op een ander gebied dan de financiële markten, en dat is voor de onderhavige zaak van doorslaggevend belang. Hoewel sommige van de recenter ingestelde organen zoals het EASA of het ECHA werden bekleed met verdergaande regelgevende bevoegdheden dan hun voorlopers, blijkt uit de verwrongen vorm waarin dit gebeurde en het aantal waarborgen waarmee deze bevoegdheden zijn omringd, dat hiermee niet werd beoogd hen een duidelijk hiërarchisch gezag over hun nationale tegenhangers te geven.<sup>35</sup> Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft toegegeven, kunnen andere regelgevende agentschappen geen tot afzonderlijke juridische entiteiten gerichte juridisch bindende besluiten nemen *ter vervanging* van een besluit, of het achterwege blijven daarvan, van een bevoegde nationale autoriteit – dat mogelijk niet spoort met het besluit van ESMA. Dit is evenwel precies waartoe artikel 28 van verordening nr. 236/2012 ESMA machtigt.<sup>36</sup> Krachtens artikel 28, lid 11, van verordening nr. 236/2012 heeft een door ESMA vastgestelde maatregel voorrang op alle door een bevoegde nationale autoriteit genomen maatregelen.

28 — Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1).

29 — Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (PB L 227, blz. 1).

30 — Verordening (EG) nr. 1592/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2002 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart (PB L 240, blz. 1). Verordening nr. 1592/2002 is ingetrokken bij verordening (EG) nr. 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart, houdende intrekking van richtlijn 91/670/EEG, verordening (EG) nr. 1592/2002 en richtlijn 2004/36/EG (PB L 79, blz. 1).

31 — Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking van verordening (EEG) nr. 793/93 van de Raad en verordening (EG) nr. 1488/94 van de Commissie alsmede richtlijn 76/769/EEG van de Raad en de richtlijnen 91/155/EEG, 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie (PB L 396, blz. 1).

32 — Verordening (EG) nr. 726/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van communautaire procedures voor het verlenen van vergunningen en het toezicht op geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik en tot oprichting van een Europees Geneesmiddelenbureau (PB L 136, blz.1).

33 — Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (PB L 211, blz. 1).

34 — Het onderscheid tussen tot voorbereiding van besluitvorming bevoegde agentschappen en tot besluitvorming zelf bevoegde agentschappen wordt genoemd door Griller en Orator (aangehaald in voetnoot 15), en Chamon, 2011 (aangehaald in voetnoot 15).

35 — Zie D. Curtin en R. Dehousse, „European Union agencies: tipping the balance”, in: Busuioic, Groenleer en Tondal (eds) (aangehaald in voetnoot 15, blz. 193 e.v., blz. 195).

36 — Moloney, Part 1 (aangehaald in voetnoot 24, punt 2.1), merkt op dat de raad van toezichthouders van ESMA, het centrale besluitvormingsorgaan volgens de artikelen 40-44 van verordening nr. 1095/2010, in grote lijnen bestaat uit de hoofden van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, en voornamelijk bij meerderheid van stemmen, in een beperkt aantal gevallen bij gekwalificeerde meerderheid, besluit (zie artikel 44 van verordening nr. 1095/2010). Dit betekent dat de bevoegde autoriteit van geen enkele lidstaat over een vetorecht beschikt bij de vaststelling van maatregelen op grond van artikel 28.

25. In zijn schriftelijke opmerkingen wijst het Parlement erop dat, behalve de drie ESA's, enkel het Europees Agentschap voor chemische stoffen zijn uitsluitende juridische grondslag in artikel 114 VWEU heeft. Het beschikt echter niet over interventiebevoegdheden als die van artikel 28 van verordening nr. 236/2012.<sup>37</sup> Ik voeg hieraan toe, dat het Europees Geneesmiddelenbureau werd opgericht op grond van de artikelen 114 VWEU en 168 VWEU tezamen<sup>38</sup>, en dat zowel het BHIM als het CPVO werden opgericht op grond van artikel 352 VWEU, terwijl het EASA in het leven werd geroepen op basis van artikel 100 VWEU.<sup>39</sup>

26. Mijns inziens gaat de vierde door het Verenigd Koninkrijk aangevoerde grond tot nietigverklaring, die betrekking heeft op artikel 114 VWEU als juridische grondslag voor de vaststelling van artikel 28 van verordening nr. 236/2012, logisch vooraf aan de vraag naar de verenigbaarheid van de door deze bepaling aan ESMA toegekende bevoegdheden met constitutioneel Unierecht, en met name de leer van de arresten Romano en Meroni. Vanuit constitutioneelrechtelijk oogpunt gaat de beoordeling van de rechtsgrondslag van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 – een wetgevingshandeling in de zin van artikel 289, lid 3, VWEU – vooraf aan ondergeschikte rechtsvragen in verband met de inhoud ervan. Ik bespreek daarom eerst de vierde beroepsgrond en vervolgens behandel ik de overige drie vragen gezamenlijk.

## B – Artikel 114 VWEU en vragen van rechtsgrondslag

### 1. Artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor ESMA

27. Volgens een recent commentaar werd tot tien jaar geleden de oprichting van de meeste agentschappen gebaseerd op artikel 352 VWEU.<sup>40</sup> In dit licht, en gezien de bevoegdheid van ESMA „om bindende besluiten op te leggen aan plaatselijke toezichthouders en marktdeelnemers”, wekt het geen verbazing dat de keuze voor artikel 114 VWEU als grondslag voor zulke bevoegdheden in twijfel is getrokken.<sup>41</sup> Naar mijn mening is een strenge rechterlijke controle op het gebruik van artikel 114 VWEU met name van belang gezien de neiging van de Uniewetgever, gedurende ongeveer de afgelopen acht jaar, om agentschappen op te richten „op basis van speciale bevoegdheden in specifieke sectoren” in plaats van op grond van artikel 352 VWEU.<sup>42</sup> In dit opzicht dient echter onderscheid te worden gemaakt tussen de rechtsgrondslag voor de oprichting van een agentschap en die voor het eraan toekennen van bijzondere bevoegdheden.

28. De rechtspraak van het Hof inzake het gebruik van artikel 114 VWEU als grondslag voor de oprichting van agentschappen, en hun aandeel in de vaststelling van Uniemaatregelen, heeft in de afgelopen (ongeveer) tien jaar een aanmerkelijke ontwikkeling doorgemaakt. Dit ging in de volgende etappes.

37 — De besluiten van het Europees Agentschap voor chemische stoffen waartegen beroep open staat bij de kamer van beroep, worden vermeld in artikel 91 van de REACH-verordening en artikel 77 van de biocidenverordening; zie (i) verordening nr. 1907/2006 (aangehaald in voetnoot 31), en (ii) verordening (EU) nr. 528/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden (PB L 167, blz. 1).

38 — Zie supra, voetnoot 32.

39 — Zie supra, respectievelijk voetnoten 28, 29 en 30.

40 — Busuioac (aangehaald in voetnoot 15, blz.18).

41 — N. Moloney, „EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: ‚More Europe’ or ‚More Risks?’”, *Common Market Law Review* 47, 2010, blz. 1317-1383, blz. 1341. Voor een uiting van twijfel inzake de geëigendheid van artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor de EBA, zie E. Fahey, „Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the legal Basis of the European Banking Authority”, *The Modern Law Review* 74, 2011, blz. 581-595, blz. 593, en House of Commons Treasury Committee, „The Committee’s Opinion on proposals for European financial supervision”, *Sixteenth Report of Session 2008-2009*, punt 32. Voor argumenten die pleiten voor artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor de oprichting van ESMA, zie F. Hänle, *Die neue Europäische Finanzaufsicht*, Hamburg 2012, blz. 40-44, en A. Frank, *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden, 2012, blz. 53-55. De laatste auteur laat echter de vraag open of dit eveneens geldt voor de bevoegdheden van ESMA om bindende uitvoeringsmaatregelen vast te stellen.

42 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott bij arrest van 2 mei 2006, Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad (C-217/04, Jurispr. blz. I-3771, punt 2; hierna: „arrest ENISA”).

29. In zijn arrest Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad (C-66/04; hierna: „arrest Rookaroma’s”)<sup>43</sup> merkte het Hof artikel 114 VWEU aan als de juiste rechtsgrondslag voor de vaststelling van maatregelen door de Commissie, in nauwe samenwerking met de Europese Autoriteit voor voedselveiligheid, omdat dit „een geschikt middel” was om „de gewenste onderlinge aanpassing” van de wetgevingen van de lidstaten te bereiken.<sup>44</sup> In die zaak hechtte het Hof zijn goedkeuring aan een verordening, die voorzag in een samenwerking tussen de Commissie en de Autoriteit voor voedselveiligheid als een uit meerdere fasen bestaand wetgevingsmodel, dat als enkele „tussenfase op de weg naar harmonisatie van de wettelijke bepalingen van de lidstaten”<sup>45</sup> een maatregel voor de onderlinge aanpassing in de zin van artikel 114 VWEU vormde.

30. Het bereik van artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor de oprichting van agentschappen werd verder uitgewerkt in het arrest ENISA.<sup>46</sup> Het Hof oordeelde dat de oprichting van een agentschap dat de Commissie van advies voorzag in technische aangelegenheden, een harmonisatiemaatregel in de zin van artikel 114 kon vormen, zowel omdat behoefte bestond aan technisch advies<sup>47</sup>, als omdat de „communautaire wetgever [heeft] gemeend dat de oprichting van een communautair orgaan zoals het Agentschap een passend middel was ter voorkoming van verschillen die de goede werking van de interne markt op dit gebied zouden kunnen belemmeren”<sup>48</sup>.

31. Voorts tekende het Hof in het arrest ENISA aan, dat artikel 114 VWEU slechts als rechtsgrondslag kan worden gebruikt wanneer objectief en daadwerkelijk uit de rechtshandeling blijkt dat die tot doel heeft, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren.<sup>49</sup> Met de uitdrukking „maatregelen inzake de onderlinge aanpassing” in dat artikel hebben de opstellers van het Verdrag aan de wetgever, naargelang van de algemene context en de specifieke omstandigheden van de te harmoniseren materie, een beoordelingsmarge willen toekennen met betrekking tot de meest geschikte harmonisatietechniek om het gewenste resultaat te bereiken, met name op gebieden die worden gekenmerkt door ingewikkelde technische bijzonderheden.<sup>50</sup>

32. Hiervan uitgaande bereikte het Hof een belangrijke conclusie met betrekking tot de algemene bevoegdheden van agentschappen om maatregelen vast te stellen die juridisch bindend zijn voor derden. Nu uit de bewoordingen van artikel 114 VWEU niet kon worden afgeleid dat de op basis van artikel 114 VWEU vastgestelde maatregelen slechts tot de lidstaten kunnen zijn gericht, kon de wetgever tot het oordeel komen dat het noodzakelijk was een Unieorgaan op te richten dat bijdraagt aan de verwezenlijking van een harmonisatieproces.<sup>51</sup> Artikel 114 VWEU was derhalve een geschikte juridische grondslag voor de vaststelling van verordening nr. 460/2004, waarbij ENISA werd opgericht.

33. Het heeft er alle schijn van, dat vergelijkbare overwegingen als die van het Hof in het arrest ENISA de Uniewetgever bezighielden toen deze ervoor koos bepaalde maatregelen vast te stellen met betrekking tot shorttransacties, en met name bij diens besluit om ESMA op dit gebied een aantal taken en verantwoordelijkheden toe te delen. Dit blijkt uit punt 1 van de considerans van verordening nr. 236/2012, waarin wordt opgemerkt dat de maatregelen die de lidstaten, in het licht van de financiële crisis van september 2008, met betrekking tot short selling hebben vastgesteld uiteenliepen, omdat de Unie niet over een specifiek gemeenschappelijk reguleringskader voor short selling beschikt.

43 — Arrest van 6 december 2005 (Jurispr. blz. I-10553)

44 — Punt 63.

45 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott (punt 25).

46 — Aangehaald in voetnoot 42.

47 — Punt 64.

48 — Punt 62.

49 — Punt 42, verwijzend naar rookaroma’s.

50 — Punt 43, verwijzend naar rookaroma’s.

51 — Punt 44. Zie ook arrest van 9 augustus 1994, Duitsland/Raad (C-359/92, Jurispr. blz. I-3681, punt 37).

Een soortgelijke gedachte klinkt door in punt 2 van dezelfde considerans<sup>52</sup>, volgens welke het noodzakelijk is de regels voor short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps te harmoniseren om te voorkomen dat belemmeringen voor de goede werking van de interne markt ontstaan, omdat het anders waarschijnlijk is dat de lidstaten uiteenlopende maatregelen blijven nemen.

34. Mijns inziens kan er derhalve in beginsel geen bezwaar bestaan tegen de oprichting van ESMA en de regulering van haar taken en bevoegdheden op basis van artikel 114 VWEU. In het algemeen gesproken, gezien vanuit het oogpunt van de bredere functie van ESMA<sup>53</sup>, voldoet de rol ervan in het kader van de onderlinge aanpassing van de regels van de lidstaten inzake shorttransacties aan de door het Hof in het arrest ENISA neergelegde voorwaarden. De bijzondere bevoegdheden van ESMA uit hoofde van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 vragen echter om nadere beschouwing.

## 2. Artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012

35. De bezwaren die het Verenigd Koninkrijk in zijn vierde grond tot nietigverklaring aanvoert, zijn niet gericht tegen de rechtsgrondslag van ESMA als zodanig, maar betreffen de bevoegdheden die ESMA bij artikel 28 van verordening nr. 236/2012 zijn toegekend.<sup>54</sup> Het Verenigd Koninkrijk motiveert deze aan artikel 114 VWEU ontleende grond met het betoog dat op deze verdragsbepaling geen individuele, op bepaalde natuurlijke of rechtspersonen gerichte maatregelen kunnen worden gebaseerd, zodat indien artikel 28 van verordening nr. 236/2012 ertoe strekt dergelijke maatregelen mogelijk te maken, het de grenzen van artikel 114 VWEU overschrijft.<sup>55</sup>

36. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is er *in beginsel* geen bezwaar tegen dat artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag dient om agentschappen te machtigen tot het nemen van besluiten die juridisch bindend zijn voor derden. De toetssteen voor het oordeel of de toekenning van zulke bevoegdheden aan een agentschap binnen de werkingssfeer van artikel 114 VWEU valt, is of de besluiten van het agentschap in kwestie bijdragen aan, dan wel neerkomen op harmonisatie van de interne markt, in de betekenis waarin het Unierecht dit begrip gebruikt.

37. De rechtspraak van het Hof rechtvaardigt echter niet dat artikel 114 VWEU als enige rechtsgrondslag wordt gebruikt van artikel 28 van verordening nr. 236/2012, omdat de toekenning in dat artikel aan ESMA van bevoegdheden om besluiten te nemen die in de plaats treden van het oordeel van de bevoegde nationale autoriteiten, niet kan worden aangemerkt als maatregel „inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen” in de zin van artikel 114 VWEU.<sup>56</sup>

52 — Het Hof heeft geoordeeld dat „wanneer er belemmeringen voor het handelsverkeer bestaan of het waarschijnlijk is dat dergelijke belemmeringen zich in de toekomst zullen voordoen, omdat de lidstaten ten opzichte van een product of een categorie van producten uiteenlopende maatregelen hebben genomen of nemen die geen gelijk beschermingsniveau verzekeren en aldus het vrije verkeer van het betrokken product of de betrokken producten in de Gemeenschap beletten, artikel 95 EG de gemeenschapswetgever de bevoegdheid geeft in te grijpen door de vereiste maatregelen te nemen met inachtneming van, in de eerste plaats, lid 3 van dit artikel en, in de tweede plaats, de in het Verdrag genoemde of in de rechtspraak ontwikkelde rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel”; zie arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en gelijkkluidend: arrest Rookaroma’s (aangehaald in voetnoot 43, punt 41).

53 — Zie Moloney (aangehaald in voetnoot 24).

54 — Het Verenigd Koninkrijk beroept zich onder meer op de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Duitsland/Raad (C-359/92, aangehaald in voetnoot 51), waar de advocaat-generaal in punt 36 opmerkte dat het oude artikel 100 A EEG-Verdrag, het huidige artikel 114 VWEU, slechts kan worden aangewend teneinde maatregelen vast te stellen waarbij uniforme regels worden neergelegd, en dat de toepassing van die regels op afzonderlijke gevallen vervolgens een zaak is voor de nationale autoriteiten.

55 — Hoewel dit betoog in ongebruikelijke bewoordingen is gevat, en het Verenigd Koninkrijk in het deel van zijn verzoek betreffende artikel 114 VWEU niet uitdrukkelijk van „onbevoegdheid” spreekt, is het duidelijk genoeg geformuleerd om alle partijen en interveniënten in staat te stellen zich erover uit te spreken. „Onbevoegdheid” behoort bovendien tot de middelen van openbare orde die het Hof ambtshalve onderzoekt; zie in die zin bijvoorbeeld arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 56), en conclusie van advocaat-generaal Mengozzi bij arrest van 5 september 2012, Parlement/Raad (C-355/10, punt 54).

56 — Ter wille van de volledigheid herinner ik eraan, dat artikel 115 VWEU dezelfde algemene materiële werkingssfeer heeft als artikel 114, maar de daar genoemde harmonisatiemaatregelen onderwerpt aan een speciale wetgevende procedure die eenparigheid van stemmen in de Raad vereist.



38. De bevoegdheden die artikel 28 van verordening nr. 236/2012 aan ESMA verleent, gaan verder dan de harmonisatie van de interne markt, om de volgende redenen.

a) Analyse van de inhoud van de in artikel 28 van verordening nr. 236/2012 aan ESMA verleende bevoegdheden

39. Het effect van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 is, dat een interventiebevoegdheid die geldt onder overeenkomstige omstandigheden als zijn voorzien voor de in de artikelen 18, 20 en 22 van verordening nr. 236/2012 voorziene interventiebevoegdheden van de bevoegde autoriteiten van de lidstaat, op het Unieniveau wordt getild, en met name naar ESMA. Volgens artikel 28 komen deze bevoegdheden bovendien enkel in het spel wanneer de genoemde nationale autoriteiten geen adequate stappen hebben ondernomen om de „bedreiging [...] voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan” te ondervangen (zie artikel 28, lid 2, sub a en b, van verordening nr. 236/2012).

40. Zoals het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting heeft opgemerkt, vormt ESMA zich hier per definitie een oordeel over een aangelegenheid waarover de desbetreffende bevoegde autoriteit zich een ander oordeel heeft gevormd. Voorts is volgens artikel 28, lid 4, en punt 33 van de considerans van verordening nr. 236/2012, de enige instantie waarmee ESMA overleg hoeft te plegen alvorens tot deze maatregelen over te gaan, het Europees Comité voor systeemrisico's („ESRB”)<sup>57</sup>, en zijn de Raad noch de Commissie als instellingen bij dit besluitvormingsproces betrokken. Zoals gezegd heeft een door ESMA vastgestelde maatregel, krachtens artikel 28, lid 11, van verordening nr. 236/2012, voorrang boven alle door een bevoegde nationale autoriteit genomen maatregelen.

41. Toch kan niet in redelijkheid worden volgehouden dat artikel 28 van verordening nr. 236/2012 ESMA een volstrekt blanco bevoegdheid verleent. Zoals ik reeds heb opgemerkt, wordt het begrip van artikel 28, lid 2, sub a, van verordening nr. 236/2012 nader uitgewerkt door artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening nr. 918/2012 van de Commissie.<sup>58</sup>

42. De uitoefening van de bij artikel 28 van verordening nr. 236/2012 verleende bevoegdheden is gebonden aan de volgende voorwaarden en beperkingen. ESMA dient rekening te houden met de mate waarin de maatregel „de bedreiging voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan aanmerkelijk ondervangt, dan wel het vermogen van de bevoegde autoriteiten om de bedreiging te volgen aanmerkelijk verbetert” (zie artikel 28, lid 3, sub a); „niet een risico op regelgevingsarbitrage (regulatory arbitrage) veroorzaakt” (artikel 28, lid 3, sub b); „geen nadelige gevolgen heeft voor de efficiëntie van de financiële markten, zoals door het verminderen van de liquiditeit op deze markten of het teweegbrengen van onzekerheid voor marktdeelnemers, die in onevenredige verhouding staan tot de voordelen van de maatregel” (artikel 28, lid 3, sub c).

43. Voorts biedt artikel 28 van verordening nr. 236/2012 nog de volgende procedurele waarborgen. Zoals gezegd dient ESMA overleg te plegen met het ESRB. In voorkomend geval overlegt ESMA ook met andere relevante autoriteiten, maar hiertoe is zij niet verplicht (artikel 28, lid 4). ESMA dient de bevoegde autoriteiten, behoudens „uitzonderlijke omstandigheden” uiterlijk 24 uur vóór de inwerkingtreding of de verlenging van de maatregel, in kennis te stellen van de maatregelen die zij voornemens is te nemen of te verlengen (artikel 28, leden 5 en 6), en de bevoegde autoriteiten moeten van de genomen maatregelen in kennis worden gesteld (artikel 28, lid 8). Ten slotte moet ESMA elk besluit om maatregelen op te leggen of te verlengen, met inbegrip van de reden daarvan, op haar website plaatsen (artikel 28, lid 7) en is zij voorts verplicht alle genomen maatregelen om de drie

57 — Oppericht bij verordening (EU) nr. 1092/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 betreffende macroprudentieel toezicht van de Europese Unie op het financiële stelsel en tot oprichting van een Europees Comité voor systeemrisico's (PB L 331, blz.1).

58 — Supra, punt 14.



maanden te evalueren, op straffe van verval (artikel 28, lid 10). Bij mijn bespreking van het belang van de Meroni-rechtspraak voor het onderhavige geschil kom ik terug op de voorzorgen waarmee de uitoefening van de bevoegdheden van ESMA volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 is omringd.

44. Het is evenwel belangrijk de omvang van de bevoegdheden waarover ESMA beschikt ten aanzien van derden, in het oog te houden. Zoals gezegd kan een ingrijpen van ESMA volgens artikel 28, lid 1, sub a, van verordening nr. 236/2012 bestaan uit het opleggen van een verplichting aan natuurlijke of rechtspersonen om hun nettoshortposities in bepaalde financiële instrumenten of categorieën daarvan openbaar te maken. Voorts kan ESMA, overeenkomstig artikel 28, lid 1, sub b, van verordening nr. 236/2012, short selling en soortgelijke transacties verbieden of aan voorwaarden onderwerpen.

45. Anders dan de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen, ben ik van mening dat dit veel verder gaat dan een bevoegdheid „om maatregelen ten aanzien van een bepaald product of een partij bepaalde producten, en eventueel, individuele maatregelen betreffende deze producten voor te schrijven”.<sup>59</sup> In dit verband ontwikkelt ESMA namelijk geen specifieke en nadere voorschriften ten aanzien van een bepaald financieel product of financiële dienst, zoals het geval is wanneer de Commissie gebruikmaakt van haar bevoegdheden om eenheid te brengen in het optreden van de lidstaten met betrekking tot een gevaarlijk product volgens artikel 13 van richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 december 2001 inzake algemene productveiligheid, die berust op artikel 114 VWEU.<sup>60</sup> ESMA grijpt juist in, wanneer zij wordt geconfronteerd met bepaalde uitzonderlijke omstandigheden in de mededingingsvoorwaarden op een bepaalde financiële markt, die binnen de bevoegdheid van een nationale autoriteit vallen. Mijns inziens vertonen de bevoegdheden van ESMA volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 binnen het Unierecht nog de meeste overeenkomst met de interventiebevoegdheden van de Commissie op het gebied van de landbouw en anti-dumpingmaatregelen, met andere woorden, gebieden waar de Commissie een gemeenschappelijk Uniebeleid uitvoert.

46. Zo moet een op basis van artikel 114 VWEU vastgestelde handeling metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Indien de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag niet doeltreffend meer kunnen zijn. Het Hof zou de hem bij artikel 19 VEU opgedragen taak – het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag – dan niet langer kunnen vervullen.<sup>61</sup> Daarom moet het Hof bij de beoordeling of artikel 114 VWEU voor een bepaalde Uniemaatregel de juiste rechtsgrondslag is, nagaan of de handeling waarvan de geldigheid wordt betwist, inderdaad het door de Uniewetgever verklaarde doel van verbetering van de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt nastreeft.<sup>62</sup>

47. Bovendien is niet voldoende dat zich als gevolg van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen in de toekomst belemmeringen van het handelsverkeer voor zouden kunnen doen. Het ontstaan van die belemmeringen moet echter waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen.<sup>63</sup>

59 — De Commissie citeerde uit het arrest Duitsland/Raad (C-359/92, aangehaald in voetnoot 51, punt 37), waarin deze omschrijving wordt gegeven.

60 — PB L 11, blz. 4. Vermelding verdient dat de bevoegde nationale autoriteiten binnen twintig dagen uitvoering dienen te geven aan de beschikkingen die de Commissie krachtens deze bepaling heeft gegeven, tenzij in die beschikkingen een andere termijn vermeld is.

61 — Arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 84).

62 — Ibidem, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

63 — Ibidem, punt 86. Zie in gelijke zin, arrest van 8 juni 2010, Vodafone e.a. (C-58/08, Jurispr. blz. I-4999, punt 33).

b) Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 in de context van de rechtspraak van het Hof inzake artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag

48. In het arrest ENISA oordeelde het Hof, dat de Uniewetgever de oprichting van een communautair orgaan nodig kon achten om bij te dragen aan de verwezenlijking van een harmonisatieproces „in situaties waarin, ter eenvormige uitvoering en toepassing van op deze bepaling gebaseerde handelingen, de vaststelling van niet-bindende begeleidende en ondersteunende maatregelen gepast lijkt.”<sup>64</sup>

49. Het Hof benadrukte bovendien dat de aan een dergelijk orgaan toevertrouwde taken nauw moeten aanknopen bij de materies die voorwerp zijn van handelingen van onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten, hetgeen met name het geval is wanneer het aldus opgerichte communautaire orgaan diensten verstrekt aan nationale autoriteiten en/of marktdeelnemers die invloed hebben op de homogene uitvoering van harmonisatie-instrumenten en die de toepassing ervan kunnen vergemakkelijken.<sup>65</sup>

50. De beslissingsbevoegdheden van ESMA uit hoofde van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 vertonen echter weinig overeenstemming met de maatregelen die het Hof in deze belangrijke passages van het arrest ENISA omschreef. Om te beginnen zijn op grond van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 genomen besluiten juridisch bindend, terwijl het arrest ENISA niet-bindende maatregelen betref. Op zichzelf is daar niets op tegen, maar het valt moeilijk in te zien hoe de uitoefening van een bevoegdheid volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 kan bijdragen tot een harmonisatie als het Hof in het arrest ENISA beschreef. Eerder heeft deze de functie om de in artikel 18, 20, en 22 van verordening nr. 236/2012 neergelegde uitvoeringsbevoegdheden van het nationale naar het Unieniveau te tillen in gevallen van onenigheid tussen ESMA en de bevoegde nationale autoriteit, of tussen nationale autoriteiten onderling.

51. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 creëert in feite een besluitvormingsmechanisme voor spoedeisende situaties, dat in werking treedt wanneer de bevoegde nationale autoriteiten het niet eens worden over de te volgen handelwijze. De regels voor de besluitvorming binnen ESMA maken het mogelijk op te treden met een gekwalificeerde meerderheid in de raad van toezichthouders.<sup>66</sup>

52. De activering van de bevoegdheden van ESMA op grond van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 heeft dus niet harmonisatie, of de instelling van een uniforme praktijk op het niveau van de lidstaten tot gevolg, maar de vervanging van besluitvorming op het niveau van de lidstaten (volgens de artikelen 18, 20 en 22 van verordening nr. 236/2012) door besluitvorming op Unieniveau.

53. Terwijl het Parlement in zijn schriftelijke opmerkingen terecht erop wijst, dat artikel 114 VWEU volgens de rechtspraak van het Hof de oprichting van agentschappen en het daaraan toedelen van taken toestaat, zolang zij deel uitmaken van een normatief kader tot onderlinge aanpassing van bepalingen die relevant zijn voor de interne markt<sup>67</sup>, gaat artikel 28 van verordening nr. 236/2012 derhalve verder dan dat.

64 — Aangehaald in voetnoot 42, punt 44.

65 — Punt 45.

66 — Besluiten van ESMA worden genomen door de raad van toezichthouders, waarvan stemgerechtigde leden enkel de hoofden van de nationale overheidsinstanties zijn die in de lidstaten bevoegd zijn voor het toezicht op kredietinstellingen (artikel 40 van verordening nr. 1095/2010). Zoals vermeld in voetnoot 36, worden besluiten van de raad genomen met eenvoudige meerderheid, en bij uitzondering met een gekwalificeerde meerderheid, van de stemgerechtigde leden (artikel 44, lid 1, van verordening nr. 1095/2010).

67 — Het Parlement motiveert deze stelling met een verwijzing naar het arrest ENISA (aangehaald in voetnoot 42, punten 42-45, 59 en 60).

### 3. Artikel 352 VWEU als geëigende rechtsgrondslag voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012

54. Omwille van de volledigheid voeg ik hieraan toe, dat artikel 352 VWEU naar mijn mening wel een passende rechtsgrondslag zou zijn voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012. Er is namelijk duidelijk behoefte aan een optreden op Unieniveau, aangezien stilzitten of niet-adequaate optreden van een bevoegde nationale autoriteit met betrekking tot short selling in een geïntegreerde markt van financiële instrumenten belangrijke grensoverschrijdende gevolgen kan hebben, zoals verstoringen van het bankstelsel van andere lidstaten dan die waar de short selling plaatsvindt. In situaties die een bedreiging vormen voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of voor de stabiliteit van het gehele financiële systeem in de Europese Unie of een deel daarvan, lijkt een gecentraliseerde besluitvormingsprocedure die de uniforme toepassing van de Unieregels inzake short selling mogelijk maakt, dan ook zowel nodig als proportioneel. Een gecentraliseerd besluitvormingsproces voor spoedeisende situaties ter vervanging van een besluit van de bevoegde autoriteit van een lidstaat zonder diens toestemming, of tot invulling van de door het ontbreken van een dergelijk besluit ontstane leemte, kan om de reeds uiteengezette redenen echter niet geacht worden te vallen onder het concept van „onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten” volgens artikel 114 VWEU.

55. Naar mijn mening is artikel 28 van verordening nr. 236/2012 niettemin „nodig” in de zin van artikel 352 VWEU „om een van de doelstellingen van de Verdragen” te verwezenlijken. Ik denk hier aan het arrest *Massey–Ferguson*<sup>68</sup>, waarin het Hof oordeelde dat de werking van de douane-unie „noodzakelijkerwijze” de eenvormige vaststelling van de douanewaarde van de uit derde landen ingevoerde goederen verlangde, zodat de mate van de door het gemeenschappelijk douanetarief teweeggebrachte bescherming in de gehele Gemeenschap gelijk zou zijn.<sup>69</sup> Om de hierboven uiteengezette redenen zijn de interventiebevoegdheden van ESMA volgens artikel 28, lid 1, van verordening nr. 236/2012 op overeenkomstige wijze „noodzakelijk” om het doel van de interne markt te bereiken, gezien de grensoverschrijdende gevolgen waartoe een niet-adequaate optreden van een lidstaat met betrekking tot short selling kan leiden.

56. Eveneens dient te worden aangetekend dat de „invloed” van short selling op de werking van de gemeenschappelijke markt niet voldoende rechtvaardiging vormt voor een beroep op artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012.<sup>70</sup> Met andere woorden, artikel 114 VWEU is niet beschikbaar als alternatieve rechtsgrondslag die de toepassing van artikel 352 VWEU zou uitsluiten.<sup>71</sup> Het ingrijpen waartoe ESMA op grond van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 bevoegd is, gaat verder dan onderlinge aanpassing in de zin van artikel 114 VWEU. Het is evenwel nodig voor de werking van de interne markt, die verstoord zou kunnen worden wanneer een lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden niet erin slaagt de gevolgen van shorttransacties af te wenden.<sup>72</sup> Evenmin kan artikel 352 VWEU „grondslag zijn voor een uitbreiding van het competentiegebied” van de Unie „tot buiten het algemene kader dat gevormd wordt door het geheel van de bepalingen van het Verdrag, en in het bijzonder door die waarin de taken en het optreden van de [Unie] worden omschreven”.<sup>73</sup>

68 — Arrest van 12 juli 1973 (8/73, Jurispr. blz. 897).

69 — Punt 3.

70 — Arrest van 26 maart 1996, Parlement/Raad (C-271/94, Jurispr. blz. I-1689, punt 32).

71 — Arresten van 26 maart 1987, Commissie/Raad (45/86, Jurispr. blz. 1493, punt 13), en 13 juli 1995, Spanje/Raad (C-350/92, Jurispr. blz. I-1985, punt 26).

72 — Ik ben het eens met de uitspraak van A. Dashwood in zijn artikel „Article 308 EC as the Outer Limits of Expressly Conferred Community Competence”, in: C. Barnard en O. Odudu, (eds) *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, blz. 35-44, blz. 40, dat „artikel 308 [thans 352] nog steeds een nuttige en constitutioneel verantwoorde rol toekomt ter aanvulling van de rechtsgrondslag van de bevoegdheden van de instellingen, wanneer dit nodig blijkt voor de verwezenlijking van het communautaire doel waarvoor de bewuste bevoegdheid is verleend”.

73 — Arrest van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 203).

57. Het Hof heeft bovendien uitdrukkelijk zijn goedkeuring eraan gehecht dat artikel 352 VWEU wordt ingeroepen voor maatregelen „die specifiek betrekking hebben op particulieren”<sup>74</sup>, wanneer die maatregelen dienstbaar zijn aan een doel van de Unie in de zin van artikel 352 VWEU.<sup>75</sup> Ik ben van mening dat het doel van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 voor de toepassing van artikel 352 VWEU, gezien de gevolgen die een achterwege blijven van een gepaste handelwijze van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten met betrekking tot short selling kan hebben op de interne markt, als doel van de Europese Unie kan worden beschouwd.<sup>76</sup>

58. Omdat artikel 352 VWEU eenstemmigheid van de lidstaten vereist, is de vraag naar de juiste rechtsgrondslag van verordening nr. 236/2012 niet zonder belang, vanuit het oogpunt van de mate van consensus rond de vaststelling van artikel 28 van verordening nr. 236/2012. Tijdens de wetgevingsprocedure van artikel 114 VWEU, waar slechts een gekwalificeerde meerderheid in de Raad wordt verlangd, heeft het Verenigd Koninkrijk zich verzet tegen artikel 28 van verordening nr. 236/2012.<sup>77</sup> Zoals gezegd geldt er geen vetorecht wanneer de raad van toezichthouders van ESMA (bij gekwalificeerde meerderheid van stemmen) zijn bevoegdheden op grond van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 uitoefent. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon schrijft artikel 352, lid 2, VWEU voor dat de Commissie de aandacht van de nationale parlementen vestigt op de voorstellen die op het onderhavige artikel worden gebaseerd.<sup>78</sup> Gebruik van artikel 352 VWEU als rechtsgrondslag van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 zou derhalve een belangrijke ingang voor meer democratische inbreng hebben opgeleverd.<sup>79</sup>

59. Ik concludeer derhalve dat het Hof artikel 28 van verordening nr. 236/2012 nietig moet verklaren wegens onbevoegdheid, op de grond dat deze ten onrechte op artikel 114 VWEU werd gebaseerd.<sup>80</sup>

74 — Arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (aangehaald in voetnoot 73, punt 235).

75 — Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (aangehaald in voetnoot 73, punt 220).

76 — Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (aangehaald in voetnoot 73, punt 227).

77 — Notulen van de 3148e vergadering van de Raad van de Europese Unie op 21 februari 2012 in Brussel, agendapunt 1. Het spreekt vanzelf dat de algemene beginselen van constitutionaliteit en het rechtstaatbeginsel zich ertegen verzetten dat politieke overwegingen de doorslag geven bij de bepaling van de juiste rechtsgrondslag voor een wetgevingshandeling van de Unie, die uitsluitend op grond van objectieve criteria hoort te geschieden. In de rechtspraak van het Hof is evenwel erkend, dat de vraag of de keuze van de rechtsgrondslag van invloed is op de te volgen procedure, bepaalt of het Hof zich daarover dient uit te spreken; zie arrest Hof van 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad (C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punten 42-44), en arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punten 85-103), waar het Gerecht in punt 103 oordeelde dat „verzoeksters’ middel betreffende een onjuiste rechtsgrondslag [moet] worden afgewezen, aangezien de gestelde vergissing verzoeksters niet de procedurele waarborgen van de toepasselijke procesregels heeft ontzegd en geen negatief gevolg voor hun rechtspositie heeft gehad”. Het tegen dit arrest ingestelde beroep werd door het Hof verworpen in zijn beschikking van 28 oktober 2004, Commissie/CMA CGM e.a. (C-236/03 P).

78 — Daarentegen kon het Europees Parlement toen de oprichting van agentschappen eenmaal begon plaats te vinden bij de gezamenlijke besluitvormingsprocedure een belangrijke rol te spelen in de manier waarop de contracten van de agentschappen waren opgezet, zoals een commentator heeft opgemerkt (Busuioac, aangehaald in voetnoot 15, blz.117).

79 — Het Hof maakte een overeenkomstige opmerking betreffende het Europees Parlement in zijn arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (aangehaald in voetnoot 73, punt 235).

80 — Hier dient evenwel te worden verwezen naar vaste rechtspraak van het Hof, waarvan het arrest van 29 april 2004, Commissie/Raad (C-338/01, Jurispr. blz. I-4829, punten 56 en 57), een voorbeeld is en waar het Hof overwoog: „Indien wordt aangetoond dat de handeling tegelijkertijd verschillende doeleinden heeft die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, zal die handeling bij wijze van uitzondering op de verschillende overeenkomstige rechtsgrondslagen moeten worden gebaseerd (zie met name arresten van 19 september 2002, Huber, C-336/00, Jurispr. blz. I-7699, punt 31; 12 december 2002, Commissie/Raad, C-281/01, Jurispr. blz. I-2049, punt 35, en 11 september 2003, Commissie/Raad, reeds aangehaald, punt 40; zie ook advies 2/00 van 6 december 2001, Jurispr. blz. I-9713, punt 23). [...] De cumulatie van twee rechtsgrondslagen is evenwel uitgesloten wanneer de procedures welke voor de twee rechtsgrondslagen zijn voorgeschreven, onverenigbaar zijn” [onder verwijzing naar arresten van 11 juni 1991, Commissie/Raad (C-300/89, Jurispr. blz. I-2867, punten 17-21; hierna: „arrest Titaandioxide”), en 25 februari 1999, Parlement/Raad (C-164/97, Jurispr. blz. I-1139, punt 14)]. Deze beginselen gelden vanzelfsprekend ook voor andere juridische grondslagen waarop artikel 28 van verordening nr. 236/2012 eventueel berust.



*C – Aan de arresten Meroni en Romano ontleende middelen van het Verenigd Koninkrijk, in het licht van de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU*

1. Opmerkingen vooraf

60. Gezien mijn conclusie inzake de vierde grond tot nietigverklaring die het Verenigd Koninkrijk heeft aangevoerd, bespreek ik de eerste tot en met de derde aangevoerde gronden slechts subsidiair, voor het geval dat het Hof artikel 114 VWEU wel als gepaste rechtsgrondslag voor artikel 28 van verordening nr. 236/2012 beschouwt. Ik ben van mening dat de veranderingen die het Verdrag van Lissabon heeft teweeggebracht, zowel die betreffende de opheldering van het onderscheid tussen (normatieve) gedelegeerde maatregelen en implementerende (uitvoerings)bevoegdheden<sup>81</sup>, als de wijzigingen die de rechterlijke toetsing van de handelingen van agentschappen van de Unie verankeren in de gerechtelijke structuur van de Europese Unie, nopen tot een heroverweging van de plaats van de Romano- en Meroni-rechtspraak in het hedendaagse constitutionele Unierecht.

a) Arrest Meroni

61. Het arrest Meroni, van 1958, betrof een aanval op het onder het EGKS-Verdrag gecreëerde stelsel voor de verevening van uit derde landen ingevoerd schroot, in de vorm van een door de Hoge Autoriteit opgelegde heffing ten gevolge van twee besluiten van het Bureau van Schrootverbruikers en het Vereveningsfonds voor Ingevoerd Schroot (hierna: „de Brusselse instellingen”), aan wie de Hoge Autoriteit van de EGKS de uitvoering van het stelsel had opgedragen. De Brusselse instellingen waren beide privaatrechtelijke rechtspersonen naar Belgisch recht.

62. Het Hof sprak in het arrest Meroni uit, dat de Hoge Autoriteit het recht had haar bevoegdheden te delegeren aan externe instellingen. Deze delegatie was echter onderworpen aan de beperkingen van het EGKS-Verdrag. Het Hof oordeelde dat de Hoge Autoriteit aan de ontvangende instelling geen ruimere bevoegdheden kon delegeren dan de Hoge Autoriteit zelf aan het EGKS-Verdrag ontleende.<sup>82</sup> Zo zouden de besluiten van de Brusselse instellingen niet, zoals de besluiten van de Hoge Autoriteit, overeenkomstig artikel 33 EGKS aan de controle van het Hof van Justitie onderworpen zijn geweest.<sup>83</sup> Het Hof wees bovendien erop dat delegatie van bevoegdheden slechts geoorloofd is, indien deze noodzakelijk is voor de uitvoering van de taken van de Hoge Autoriteit, en dat zodanige delegatie slechts nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden tot voorwerp mocht hebben, die in haar uitoefening geheel aan het toezicht van de Hoge Autoriteit zijn onderworpen.<sup>84</sup>

63. Tegen deze achtergrond bereikte het Hof zijn bekende conclusie dat „bij de overdracht van bevoegdheden aan de Brusselse instellingen krachtens beschikking nr. 14-55 aan deze een vrijheid van waardering [wordt] gelaten, die een ruime discretionaire bevoegdheid inhoudt, zodat deze delegatie niet met de eisen van het Verdrag in overeenstemming kan worden geacht”.<sup>85</sup>

81 — Zie K. Lenaerts en P. van Nuffel, *European Union Law*, derde uitgave, Sweet and Maxwell, Londen, 2011, punten 17-008-17-011.

82 — Arrest Meroni (aangehaald in voetnoot 11, blz. 41-42). Het Hof merkte hier op: „De omstandigheid, dat de Brusselse instellingen besluiten kunnen nemen die niet onderworpen zijn aan de voorwaarden, welke zouden hebben gegolden, indien de Hoge Autoriteit deze beschikkingen zelf had genomen, betekent in feite, dat de Brusselse instellingen bevoegdheden ontvingen welke ruimer zijn dan die welke de Hoge Autoriteit aan het Verdrag ontleent.”

83 — T.a.p., blz. 41.

84 — T.a.p., blz. 44.

85 — T.a.p., blz. 49.



64. Uit de context waarin het Hof in het arrest Meroni tot zijn uitspraak kwam, is mijns inziens duidelijk dat twee overwegingen het Hof met name bezig hielden: in de eerste plaats baarde het ontbreken van rechterlijk toezicht op de handelingen van de Brusselse instellingen het Hof zorgen, en ten tweede wilde het Hof de Hoge Autoriteit ervan weerhouden ruimere bevoegdheden te delegeren dan waarover zij zelf beschikte, en die zo ruim waren omschreven dat deze arbitrair waren. Mijns inziens sprong het Hof derhalve in de bres voor de constitutionele vereisten van doelmatige rechterlijke controle en institutioneel evenwicht.

## b) Arrest Romano

65. Het arrest van het Hof in de zaak Romano is doortrokken van vergelijkbare overwegingen. Hier werd het Hof gesteld voor een verwijzing van een Belgische Arbeidsrechtbank inzake de uitlegging en geldigheid van besluit nr. 101 van de administratieve commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers (hierna: „administratieve commissie”)<sup>86</sup> en de uitlegging van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.<sup>87</sup> De administratieve commissie was ingesteld bij deze laatste verordening, en had een besluit genomen dat ongunstig was voor het pensioenbedrag dat Romano gerechtigd was te ontvangen.

66. In zijn beoordeling van de bevoegdheden van de administratieve commissie kwam het Hof tot de volgende bekende conclusie:

„[Het] volgt zowel uit artikel 155 van het Verdrag als uit het door het Verdrag en met name de artikelen 173 en 177 ingevoerde gerechtelijk stelsel, dat een lichaam als de administratieve commissie door de Raad niet kan worden gemachtigd normatieve besluiten vast te stellen.”<sup>88</sup>

67. Zoals ter terechtzitting werd opgemerkt, blijkt uit de Franse, de Nederlandse, de Duitse en de Spaanse taalversie van het arrest Romano dat de strekking van het arrest zich beperkte tot een verbod op de vaststelling door agentschappen van *normatieve besluiten*. Zo wordt deze term in de Franse tekst van het arrest (in punt 20) weergegeven als „actes revêtant un caractère normatif”. De Engelse vertaling „acts having the force of law” dient derhalve te worden gelezen in het licht van andere taalversies.

## 2. Meroni- en Romano-rechtspraak in de context van de huidige stand van het Unierecht inzake regelgevende agentschappen

68. Er is opgemerkt dat het Hof de leer van het arrest Meroni nog altijd niet heeft toegepast op een hedendaags agentschap van de Unie.<sup>89</sup> Het probleem is, in een notendop, om de wildgroei van agentschappen te verzoenen met het verbod van het arrest Meroni op delegatie van te ruime en/of onvoldoende welomschreven bevoegdheden aan agentschappen en andere organen<sup>90</sup>, en met het verbod van het arrest Romano op de vaststelling door agentschappen van „normatieve besluiten”.

86 — PB 1976, C 44, blz. 3.

87 — PB L 74, blz. 1.

88 — Arrest Romano (aangehaald in voetnoot 12, punt 20). Advocaat-generaal Warner was onverbiddeijker in zijn conclusie dat het ontbreken van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing eraan in de weg stond dat besluiten van de administratieve commissie een wetgevend karakter konden hebben (zie diens conclusie, blz. 1265).

89 — Chamon, 2011 (aangehaald in voetnoot 15, blz. 1056). De auteur merkt evenwel op, dat advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Commissie/Parlement en Raad (arrest van 21 januari 2003, C-378/00, Jurispr. blz. I-937) in een voetnoot stelde dat het arrest Meroni op agentschappen van toepassing is, zonder evenwel verder hierop in te gaan.

90 — Chamon (aangehaald in voetnoot 15, blz. 1058).

69. De fundamentele verschillen tussen de feitelijke en juridische context van de instellingen waarover het Hof in 1958 oordeelde in het arrest Meroni, en de manier waarop agentschappen heden ten dage opereren, zijn een nadere bespreking waard. In de literatuur werden deze als volgt omschreven:

„De Brusselse instellingen [van het arrest Meroni] waren lichamen naar privaatrecht, terwijl de agentschappen van de Unie publieke lichamen naar Unierecht zijn. Hoewel het volstrekt logisch is om de eerste aan te duiden als ‚externe instellingen‘, geldt dit niet voor de laatste. De Brusselse instellingen ontvingen hun bevoegdheden van de Hoge Autoriteit, terwijl de agentschappen van de Unie in het leven zijn geroepen en met bevoegdheden bekleed door de Uniewetgever. Bovendien werd het arrest Meroni gewezen in het kader van het EGKS Verdrag, terwijl de Unieverdragen de Unieagentschappen beheersen.”<sup>91</sup>

70. De beperkingen van de relevantie van het arrest Romano voor het hedendaagse agentschappenrecht blijken uit het arrest zelf. Naar mijn mening is duidelijk dat het Hof, door de toekenning van wetgevende bevoegdheid aan het betrokken agentschap uit te sluiten, zich rekenschap gaf van het ontbreken in het toenmalige EEG-Verdrag van een voorziening voor het rechterlijke toezicht op zulke maatregelen. Het Verdrag van Lissabon heeft deze leemte evenwel opgevuld, de delegatie van wetgevende bevoegdheden herzien in artikel 290 VWEU, en de omvang en werking van uitvoeringsbevoegdheden verhelderd in artikel 291 VWEU.

71. Wat het arrest Meroni betreft, zijn de overwegingen van het Hof aangaande het institutionele evenwicht en de noodzaak om te ruime en/of arbitraire delegatie van bevoegdheden te verbieden, nog net zo relevant als in 1958. Ook hier dienen evenwel de ontwikkelingen in het primaire Unierecht, uitgedrukt in de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU, naar behoren in aanmerking te worden genomen.

72. Zoals in het volgende deel zal worden toegelicht, komt de evolutie die het Verdrag van Lissabon heeft teweeggebracht in het constitutionele Unierecht daadwerkelijk tegemoet aan de kwesties waarvoor het Hof zich zag gesteld in de zaken Meroni en Romano: het ontbreken van op het Verdrag berustende criteria voor de attributie en delegatie van bevoegdheden ter verzekering dat het institutionele evenwicht in acht wordt genomen, en de leemte op het punt van het rechterlijk toezicht op juridisch bindende besluiten van agentschappen.

### 3. Met het Verdrag van Lissabon doorgevoerde veranderingen

73. Zoals gezegd wordt de bevoegdheid van het Hof tot rechterlijke toetsing van de handelingen van „organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd” thans bevestigd door artikel 263, eerste alinea, VWEU, terwijl het Hof krachtens artikel 263, tweede alinea, VWEU ook de handelingen van agentschappen toetst aan de gronden waarover het traditioneel naar Unierecht beschikt.<sup>92</sup> Krachtens artikel 265, eerste alinea, VWEU staat het beroep wegens nalaten een besluit te nemen ook open tegen het optreden van agentschappen, en artikel 267, eerste alinea, sub b, VWEU verzekert dat de rechtmatigheidstoetsing via de nationale rechter eveneens beschikbaar is met betrekking tot agentschappen. De inbedding van agentschappen in de gerechtelijke structuur van de Unie wordt gecompleteerd met de vermelding van organen en instanties in artikel 277 betreffende de exceptie van onwettigheid, die kan worden ingeroepen voor handelingen van algemene

91 — Chamon (aangehaald in voetnoot 15, blz. 1059).

92 — Volgens artikel 263, vijfde alinea, VWEU kunnen de handelingen tot oprichting van organen en instanties van de Unie voorzien in bijzondere voorwaarden en bepalingen inzake de beroepen die door natuurlijke of rechtspersonen worden ingesteld tegen handelingen van deze organen of instanties waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van hen worden beoogd. Volgens artikel 61 van verordening nr. 1095/2010 is het Gerecht, en uiteindelijk het Hof van Justitie, verantwoordelijk voor het rechterlijke toezicht op de toepassing van artikel 28 van verordening nr. 236/2012.

strekking. Daarentegen worden de agentschappen niet genoemd in de bepalingen betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van instellingen van de Unie en schadevergoeding, te weten de artikelen 268 VWEU en 340 VWEU, maar volgens de rechtspraak kan schadevergoeding worden gevorderd ter zake van maatregelen van agentschappen.<sup>93</sup>

74. Al deze verdragsbepalingen tonen duidelijk aan dat agentschappen gemachtigd kunnen worden om juridisch bindende besluiten te nemen waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd. De verdragswijzigingen zouden anders zinloos zijn. Net zomin als er principiële bezwaren tegen kunnen bestaan dat agentschappen als ESMA maatregelen nemen die rechtsgevolgen hebben voor derden zoals investeerders en effectenhandelaren, kan er enig principieel bezwaar tegen zulke maatregelen bestaan op grond van het Meroni- of het Romano-arrest.

75. Toegegeven moet echter wel worden dat, terwijl het Verdrag van Lissabon de situatie met betrekking tot het rechterlijk toezicht op door agentschappen vastgestelde regels en besluiten duidelijk uiteenzet, het Verdrag meer te raden overlaat waar het gaat om de afbakening van de bevoegdheden van agentschappen.<sup>94</sup> Een verwijzing naar agentschappen ontbreekt namelijk zowel in artikel 290 VWEU, dat voorziet in de delegatie aan de Commissie van regelgevende bevoegdheid in wetgevingshandelingen, als in artikel 291 VWEU dat uitvoeringsbevoegdheden toekent aan de lidstaten, de Commissie, en in een beperkt aantal omstandigheden aan de Raad. Vóór het Verdrag van Lissabon werden onder de uitdrukking „uitvoeringsbevoegdheden”, twee soorten bevoegdheid verstaan, ondanks dat deze verschillend van aard waren, namelijk de bevoegdheid om een normatieve handeling tot wijziging of aanvulling van een basisregeling vast te stellen, respectievelijk de bevoegdheid om een wetgevingshandeling of bepalingen daarvan op Unieniveau te implementeren of uit te voeren.<sup>95</sup> De Europese Conventie stelde een scherpe afbakening van deze twee verschijnselen voor<sup>96</sup>, die werd opgenomen in het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.<sup>97</sup> Deze wijziging kwam uiteindelijk terecht in het Verdrag van Lissabon in de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU.<sup>98</sup>

76. Het komt erop neer, dat artikel 290 VWEU delegatie van bevoegdheden toestaat voor de vaststelling van regels ter aanvulling of wijziging van bepaalde niet-essentiële onderdelen van een wetgevingshandeling.<sup>99</sup> Deze bevoegdheden kunnen alleen aan de Commissie worden gedelegeerd. Met andere woorden, een gedelegeerde handeling in de zin van artikel 290 draagt aan de Commissie de bevoegdheid over om niet-essentiële wijzigingen aan te brengen in bepaalde wetgevingshandelingen en/of om deze aan te vullen. Artikel 290 bindt deze delegatie tegelijkertijd evenwel aan strenge

93 — Arrest Sogelma/EBW (aangehaald in voetnoot 14).

94 — Zoals opgemerkt door Hofmann en Morini (aangehaald in voetnoot 15, blz. 420).

95 — J.-C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, blz. 73.

96 — Zie het eindverslag van werkgroep IX, „vereenvoudiging”, van 29 november 2002, CONV 424/02, WG IX 13, blz. 10-12.

97 — Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (PB 2004, C 310, blz.1), artikel I-36 inzake „Gedelegeerde Europese verordeningen” en artikel I-37 inzake „uitvoeringshandelingen”. Voor een gedetailleerde bespreking van de uiteindelijk in het Verdrag van Lissabon opgenomen regels, zie H. Hofmann, „Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality”, *European Law Journal* 15, 2009, blz. 482-505.

98 — Zie in algemene zin J. Schwarze, „European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon Treaty”, *European Public Law* 18, 2012, blz. 285-304, blz. 294-296; S. Peers en M. Costa, „Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon”, *European Law Journal* 18, 2012, blz. 427-460, blz. 439-460. De voorlopers van de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU waren de artikelen 145 EEG en 155 EEG, en de artikelen 202 EG en 211 EG, die echter geen onderscheid maakten tussen delegatie van normatieve bevoegdheden en implementatie in de zin van uitvoering.

99 — Zie in het algemeen betreffende artikel 290 VWEU: C. Blumann, „À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les ‚nouveaux’ actes délégués”, in *Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Parijs, 2010, blz. 127-144; C. Garzón, „Les actes délégués dans le système des sources du droit de l’Union Européenne”, *ERA Forum* 12, 2011, blz. 105-134.

voorwaarden teneinde te voorkomen dat de vaststelling van Unieregels aan het proces van democratische verantwoording wordt onttrokken. Volgens artikel 290, lid 1, worden in de desbetreffende wetgevingshandelingen „uitdrukkelijk de doelstellingen, de inhoud, de strekking en de duur van de bevoegdheidsdelegatie afgebakend”.<sup>100</sup>

77. Artikel 291 VWEU, dat ziet op uitvoeringsbevoegdheden, heeft een ander doel. Ten eerste postuleert het de grondregel dat de uitvoering van het Unierecht een zaak is voor de lidstaten. Ten tweede kunnen, om een meer eenvormige uitvoering van juridisch bindende Uniehandelingen te verzekeren dan anders mogelijk zou zijn, uitvoeringsbevoegdheden worden toegekend aan de Commissie, of in bepaalde specifieke gevallen, aan de Raad. Als gevolg hiervan kunnen uitvoeringsbevoegdheden op Unieniveau in plaats van op nationaal niveau worden uitgeoefend. Ik deel derhalve de opvatting in de literatuur volgens welke de uitvoeringsbevoegdheden van artikel 291 VWEU de functie hebben de normatieve inhoud van de te implementeren handeling in nader detail bekend te maken teneinde de toepassing ervan te vergemakkelijken. Dit verschilt nogal van het doel van gedelegeerde maatregelen in de zin van artikel 290, namelijk om de Uniewetgever op een bepaald gebied te ontheffen van de noodzaak om niet-essentiële onderdelen van een rechtshandeling te wijzigen of aan te vullen, terwijl aan de wetgever de besluitvorming over de essentiële elementen wordt voorbehouden.<sup>101</sup>

78. Ik geef toe dat de grens tussen aanvulling van een wetgevingshandeling op niet-essentiële onderdelen en de vaststelling van nadere uitvoeringsregels niet altijd eenvoudig is te trekken.<sup>102</sup> Zoals een wijsgerige evenwel eens opmerkte, betekent „dat grensgevallen voorkomen, niet dat er geen uitgesproken positieve of negatieve gevallen bestaan”.<sup>103</sup>

79. Anders dan het Verenigd Koninkrijk in zijn verzoek tot nietigverklaring betoogt, betekent dit echter niet dat een uitvoeringsmaatregel in de zin van artikel 291 VWEU niet van algemene strekking kan zijn. Het is dan een regelgevingshandeling in de zin van artikel 263, vierde alinea.<sup>104</sup> Deze conclusie vloeit noodzakelijk voort uit het feit dat het Verdrag van Lissabon een verwijzing naar organen of instanties heeft opgenomen in artikel 277 VWEU, dat (aldus ook het Parlement in zijn schriftelijke opmerkingen) voorziet in de exceptie van onwettigheid voor handelingen van algemene strekking. Hetzelfde kan overigens gezegd worden over de vermelding van organen en instanties onder de geldigheidstoetsing in artikel 267, die bij uitstek normatieve handelingen betreft.

100 — In zijn arrest Parlement/Raad (zaak C-355/10, aangehaald in voetnoot 55, punten 64-66) oordeelde het Hof als volgt: „Volgens vaste rechtspraak is alleen de Uniewetgever bevoegd om de essentiële voorschriften van de beschouwde materie vast te stellen [...]. De essentiële voorschriften van de betrokken materie moeten worden vastgesteld in de basisregeling en de vaststelling ervan kan niet worden gedelegeerd [...]. De vaststelling van bepalingen waarbij politieke keuzes moeten worden gemaakt die tot de eigen verantwoordelijkheden van de Uniewetgever behoren, kan dus niet worden gedelegeerd. [...] Bijgevolg kunnen uitvoeringsmaatregelen geen essentiële onderdelen van een basisregeling wijzigen en een basisregeling niet aanvullen met nieuwe essentiële onderdelen.”

101 — T. Kröll, „Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, deel 66, 2011, blz. 253-298, blz. 284.

102 — Over de afbakening tussen artikel 290 en artikel 291, zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Tenuitvoerlegging van artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 9 december 2009 [COM(2009) 673 definitief, punt 2.2]. Voor een samenvatting van de rechtspraak van het Hof inzake uitvoeringsbevoegdheden, zie punten 26-29 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak C-355/10, Parlement/Raad (aangehaald in voetnoot 55).

103 — S. Körner, *Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980, blz. 186.

104 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 17 januari 2013 in de zaak Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, punt 56).



80. Uitvoeringsmaatregelen in de zin van artikel 291 VWEU kunnen bovendien de vorm hebben van individuele administratieve beschikkingen.<sup>105</sup> Het is echter duidelijk dat individuele administratieve beschikkingen van artikel 290 VWEU zijn uitgesloten. De artikelen 290 VWEU en artikel 291 VWEU overlappen elkaar derhalve alleen voor zover beide bepalingen als grondslag kunnen dienen van handelingen die naar hun inhoud van regelgevende aard zijn in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU en de juridische vorm hebben van een verordening of besluit van algemene strekking.

81. Hieruit volgt dat het VWEU, anders dan de voorgaande Verdragen, een scherp conceptueel onderscheid maakt tussen gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen. Gedelegeerde handelingen in de zin van artikel 290 VWEU zijn niet-wetgevende (regelgevende) handelingen van algemene strekking die worden vastgesteld door de Commissie om niet-essentiële onderdelen van een wetgevingshandeling te wijzigen of aan te vullen. Uitvoeringshandelingen in de zin van artikel 291 VWEU kunnen hetzij regelgevende handelingen hetzij individuele administratieve beschikkingen zijn. Zij kunnen worden vastgesteld door de Commissie of de Raad om de eenvormige uitvoering van juridisch bindende Uniemaatregelen te verzekeren. Nu de woorden „gedelegeerde” of „uitvoerings-” in hun titel toegevoegd moeten worden, zijn beide soorten besluiten bovendien formeel te onderscheiden van de instrumenten tot vaststelling van wetgevingshandelingen.<sup>106</sup>

82. Dit onderscheid is dan ook zichtbaar in verordening nr. 236/2012 zelf, die verschillende hoofdstukken wijdt aan gedelegeerde bevoegdheden en uitvoeringsbevoegdheden. Artikel 44 (in hoofdstuk VIII) van verordening nr. 236/2012 verleent uitvoeringsbevoegdheden aan de Commissie, terwijl artikel 42 (in hoofdstuk VII) van verordening nr. 236/2012 de Commissie de bevoegdheid verleent om gedelegeerde handelingen vast te stellen.<sup>107</sup>

#### 4. Constitutioneelrechtelijke gevolgen

83. De voornaamste constitutionele kwestie in verband met gedelegeerde handelingen op grond van artikel 290 VWEU betreft het afleggen van democratische verantwoording.<sup>108</sup> Met andere woorden, hoe ver kan de delegatie van wetgevende bevoegdheid gaan, en hoe kan de wetgever controle uitoefenen op de uitoefening van gedelegeerde bevoegdheden? De constitutioneelrechtelijke vraagstukken met betrekking tot uitvoeringshandelingen van artikel 291 VWEU zijn daarentegen gelegen in de eerbiediging van het primaat van de lidstaten bij de uitvoering van het Unierecht, en het institutionele evenwicht tussen de Raad en de Commissie wanneer zij uitvoeringstaken op zich nemen.

105 — Arrest van 23 februari 2006, Commissie/Parlement (C-122/04, Jurispr. blz. I-2001, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook artikel I-37, lid 4, van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (aangehaald in voetnoot 97) volgens welke bepaling uitvoeringshandelingen van de Unie de vorm konden hebben van een Europese uitvoeringsverordening of een Europees uitvoeringsbesluit.

106 — Lenaerts en Van Nuffel (aangehaald in voetnoot 82, punt 17-006).

107 — Zie tevens punten 42 en 43 van de considerans van verordening nr. 236/2012. Het is belangwekkend dat de Commissie als haar standpunt heeft uitgesproken dat zij „evenwel ten zeerste [betwijfelt] of de beperkingen van haar rol met betrekking tot de vaststelling van gedelegeerde handelingen en uitvoeringsmaatregelen [in de financiële sector] in overeenstemming zijn met de artikelen 290 [VWEU] en 291 [VWEU]” (Verklaring van de Commissie in verband met de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU, nota I/A-punt-addendum, agenda van de Raad van de Europese Unie, 10 november 2011, Raadsdocument 15649/10, Add 1).

108 — Voor voorbeelden van gevallen waarin het Hof vragen van institutioneel evenwicht en bevoegdheidsverdeling heeft beantwoord met verwijzing naar het democratisch beginsel, zie arresten van 29 oktober 1980, Roquette Frères/Raad (C-138/79, Jurispr. blz. 3333); 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, Jurispr. blz. 1339), en 22 mei 1990, Parlement/Raad (C-70/88, Jurispr. blz. I-2041), en arrest Titaandioxide (aangehaald in voetnoot 80). Zie ook arrest van het Gerecht van 17 juni 1998, UEAPME/Raad (T-135/96, Jurispr. blz. II-2335).



84. Zoals ook de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft betoogd, kan enkel de Commissie de ontvanger zijn van gedelegeerde bevoegdheden op grond van artikel 290 VWEU. Dit betekent dat in dit verband het in het Romano-arrest vervatte verbod op de verlening van wetgevende of quasiwetgevende bevoegdheden aan agentschappen overeind blijft, in de zin dat de Uniewetgever zijn eigen wetgevende bevoegdheden niet kan delegeren aan een agentschap, en dat subdelegatie door de Commissie van de volgens artikel 290 VWEU aan haar gedelegeerde bevoegdheden aan een agentschap onrechtmatig zou zijn.<sup>109</sup>

85. Agentschappen moeten wel van delegatie van bevoegdheden volgens artikel 290 VWEU worden uitgesloten, omdat de uitoefening van zulke bevoegdheden wijziging aanbrengt in de normatieve inhoud van wetgevingshandelingen, zij het op niet-essentiële onderdelen. De uitsluiting van agentschappen en alle andere niet onder de Commissie vallende instanties volgt eveneens uit de formulering van artikel 290 VWEU. Het mechanisme met betrekking tot de voorwaarden waaraan de wetgever de delegatie volgens artikel 290, lid 2, VWEU mag onderwerpen, sluit agentschappen duidelijk uit, omdat zij geen deel uitmaken van het stelsel dat de machtsverdeling tussen de instellingen in evenwicht beoogt te houden. Uit het in de artikelen 2 VEU en 10 VEU verankerde democratisch beginsel vloeit dwingend voort, dat iedere bevoegdheid tot vaststelling van een Uniemaatregel die de niet-essentiële onderdelen van een wetgevingshandeling van de Unie kan wijzigen, moet worden uitgeoefend door een instelling van de Unie die democratische verantwoording aflegt, met andere woorden, door de Commissie, die uiteindelijk verantwoording is verschuldigd aan het Europees Parlement.<sup>110</sup>

86. Een dergelijke beperking geldt daarentegen niet voor uitvoeringsbevoegdheden volgens artikel 291 VWEU. Weliswaar vermeldt artikel 291 VWEU evenmin als artikel 290 VWEU „organen of instanties” (waaronder agentschappen), waaraan uitvoeringsbevoegdheden op Unieniveau kunnen worden verleend, maar gezien het feit dat uitvoeringsbevoegdheden zich niet uitstrekken tot de wijziging of aanvulling met nieuwe onderdelen van wetgevingshandelingen, zijn er mijns inziens geen fundamentele constitutionele beginselen die zich verzetten tegen de verlening van zodanige bevoegdheden aan agentschappen door de wetgever, bij wijze van tussenweg tussen de verlening van uitvoeringstaken aan de Commissie of de Raad enerzijds, en het aan de lidstaten overlaten van de uitvoering anderzijds.

87. Dit kan in het bijzonder de aangewezen weg zijn, wanneer de uitvoering van een Uniemaatregel veelomvattende technische beoordelingen vereist. Zoals het Parlement stelt in zijn schriftelijke opmerkingen, werd met de toedeling van bevoegdheden aan agentschappen altijd afgeweken van algemene beginselen inzake implementatie in het Verdrag. Op dit punt hebben agentschappen lange tijd een belangrijke rol gespeeld, en alleen de uitdrukkelijke afschaffing ervan in het Verdrag van Lissabon zou hierin verandering kunnen brengen. Voorts wordt, zoals ik reeds heb uiteengezet, in een aantal verdragsbepalingen inmiddels impliciet de mogelijkheid erkend dat agentschappen juridisch bindende besluiten nemen met rechtsgevolgen ten aanzien van derden. Zo valt moeilijk in te zien wat de besluiten van de in artikel 267, eerste alinea, sub b, VWEU genoemde organen en instanties zouden zijn indien de wetgever hun geen uitvoerende bevoegdheden kon verlenen.

88. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen betoogt, blijft de Meroni-rechtspraak daarom actueel in de context van de delegatie van uitvoeringsbevoegdheden aan een agentschap. Het arrest Meroni blijft met name relevant in de zin dat (i) geen andere bevoegdheden aan een agentschap kunnen worden gedelegeerd dan de uitvoeringsbevoegdheden die de Uniewetgever heeft toegekend aan het delegerend gezag, of dit nu de Commissie is of de Raad, en (ii) de gedelegeerde bevoegdheden voldoende nauwkeurig moeten zijn omschreven om de willekeurige uitoefening ervan te voorkomen.

109 — Voorts is opgemerkt dat bij de uitoefening van bevoegdheden op grond van artikel 290 VWEU geen plaats is voor de comitéprocedure; zie J.-C. Pirijs, „Les articles 290 et 291 du TFUE: Les compétences ‚délégues’ ou ‚conférées’ à la Commission par le législateur. Les actes délégués et les actes d’exécution”, *Publications de Congrès*, FIDE XXIII, 2008-2009, blz. 247-251.

110 — Zie artikel 17, lid 8, VEU.

Met andere woorden, de in de delegerende handeling vermelde criteria moeten duidelijk genoeg zijn om rechterlijk toezicht op de uitvoerende instantie mogelijk te maken. Ten slotte moet het delegerend gezag „een beschikking geven waarbij de bevoegdheden uitdrukkelijk worden gedelegeerd, en kan de overdracht slechts nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden tot voorwerp hebben”.<sup>111</sup>

##### 5. Toepassing van deze algemene beginselen op de onderhavige zaak.

89. Het constitutionele grondbeginsel dat thans is neergelegd in de tweede alinea van artikel 290, lid 1, VWEU, volgens hetwelk de vaststelling van de essentiële onderdelen van een onderwerp blijft voorbehouden aan de wetgevingshandeling, beperkt uiteraard niet enkel het bereik van gedelegeerde handelingen maar ook dat van uitvoeringshandelingen. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 heeft met dit beginsel duidelijk rekening gehouden. Voor het overige is artikel 290 VWEU niet relevant voor de beoordeling van de verenigbaarheid met het constitutionele Unierecht van de bevoegdheden van ESMA volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen vermeldt, geeft artikel 28 van verordening nr. 236/2012 ESMA niet de bevoegdheid om de bepalingen van de verordening aan te vullen of te wijzigen. Maar ook als dit wel het geval was, dan zou toekenning van een zodanige bevoegdheid aan ESMA, als agentschap, om de hierboven uiteengezette redenen per definitie onrechtmatig zijn.

90. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 is echter evenmin een geval van subdelegatie aan een agentschap van oorspronkelijk aan de Commissie of de Raad verleende uitvoeringsbevoegdheden als bedoeld in artikel 291 VWEU. Met andere woorden, ESMA heeft haar bevoegdheden volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 niet verkregen krachtens een door de Commissie of de Raad vastgestelde „uitvoeringshandeling” in de zin van artikel 291, lid 4, VWEU, maar rechtstreeks van de Uniewetgever krachtens een wetgevingshandeling in de zin van artikel 289, lid 3, VWEU.

91. Dit is een belangrijk onderscheid, omdat de in het Meroni-arrest genoemde beperkingen niet kunnen gelden voor attributie van bevoegdheid door de wetgever als zodanig. De Uniewetgever treedt niet op als „delegerend gezag” in de zin van het Meroni-arrest wanneer hij uitvoeringsbevoegdheden toekent aan instellingen, organen en andere instanties van de Unie, maar als constitutioneel orgaan dat zijn eigen wetgevende gezag doet gelden, dat is toegekend krachtens een tekst van hogere constitutionele gelding, namelijk het Verdrag van Lissabon. De Uniewetgever kan aan andere instellingen of organen uitvoerende en rechterlijke bevoegdheden toekennen, die van een andere aard zijn dan zijn eigen bevoegdheden. Het Europees Parlement en de Raad mogen bijvoorbeeld, krachtens artikel 257, eerste alinea, VWEU gespecialiseerde rechtbanken instellen. Het behoeft echter geen betoog, dat zij in geen geval geacht kunnen worden zelf over rechterlijke bevoegdheden te beschikken die zij vervolgens aan andere instanties kunnen overdragen. Vereist is slechts, dat de oprichting van de gespecialiseerde rechtbanken berust op de juiste, in het Verdrag van Lissabon voorziene rechtsgrondslag.

92. Het voor de eerste maal in het Meroni-arrest uitgedrukte verbod van te ruime en/of discretionaire uitvoeringsbevoegdheden blijft mijns inziens echter van belang voor de beoordeling van de rechtmatigheid naar constitutioneel Unierecht van artikel 28 van verordening nr. 236/2012. De Uniewetgever mag ESMA niet de bevoegdheid geven om uitvoeringsmaatregelen vast te stellen die in strijd zouden zijn met dat beginsel, omdat een uitvoeringsbevoegdheid slechts op geldige wijze kan worden verleend, indien zij voldoende specifiek is, dat wil zeggen de grenzen van de verleende bevoegdheid duidelijk aangeeft. Anders zou het institutionele evenwicht en de mogelijkheid van een doeltreffende rechterlijke toetsing van het gebruik van uitvoeringsbevoegdheden niet gewaarborgd zijn.<sup>112</sup>

111 — Arrest van 26 mei 2005, Tralli/ECB (C-301/02 P, Jurispr. blz. I-4071, punt 43 met verwijzing naar het arrest Meroni).

112 — Arrest van 5 juli 1988, Central-Import Münster (291/86, Jurispr. blz. I-3679, punt 13), en arrest Tralli/ECB (aangehaald in voetnoot 111, punt 43).

93. Evenmin kan ESMA de bevoegdheid worden toegekend om beleidsbeslissingen te nemen.<sup>113</sup> Een wettelijke bepaling waarbij een uitvoerende instantie op Unieniveau werd gemachtigd om shorttransacties „zo nodig” te verbieden zou een onconstitutionele toekenning van te vergaande uitvoeringsbevoegdheden zijn, ongeacht of die bevoegdheden werden verleend aan de Commissie of aan een agentschap.<sup>114</sup> Dit vloeit voort uit het algemene beginsel van het primaat van de democratisch gekozen wetgever, dat wordt erkend in de constitutie van verschillende lidstaten en in artikel 290 VWEU, en meebrengt dat wetgeving niet zo vaag of algemeen geformuleerd mag zijn dat zij wezenlijke beleidskeuzes of waardeoordelen verschuift naar het uitvoeringsstadium.

94. Ik ben het eens met het betoog van de Franse regering ter terechtzitting, dat de taak waartoe ESMA uit hoofde van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 zowel bevoegd als verplicht is, bestaat uit uitvoering. Aan deze conclusie doet niet af dat ESMA bij de toepassing van artikel 28 van verordening nr. 235/2012 veelomvattende feitelijke beoordelingen zal moeten verrichten, of vage termen zal hebben toe te passen als „ernstige”, „ordelijke” en „integriteit van de financiële markten”, die voorkomen in artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening nr. 918/2012 van de Commissie. De vraag is of de in artikel 28 van verordening nr. 236/2012 verleende uitvoeringsbevoegdheden voldoende nauw omschreven zijn. Zoals ik al heb gesuggereerd in de punten 41 tot en met 43, is de uitoefening van deze bevoegdheden in verschillende opzichten zeer nauwkeurig en welomschreven ingekleed.

95. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 verplicht ESMA tot de vaststelling van bepaalde maatregelen, onder bepaalde in dat artikel omschreven voorwaarden, die in artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening nr. 918/2012 van de Commissie nader worden uitgewerkt. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 definieert bovendien uitdrukkelijk de inhoud van de maatregelen, de procedure tot vaststelling ervan, en hun werking in de tijd. De maatregelen in kwestie zijn gericht tot natuurlijke of rechtspersonen die zekere nettoshortposities in een specifiek financieel instrument of financiële instrumenten hebben, of die voornemens zijn een shorttransactie met betrekking tot een financieel instrument aan te gaan.

96. ESMA is uit hoofde van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 dus verplicht om onder zeer specifieke omstandigheden op te treden met betrekking tot bepaalde financiële instrumenten of, al naar het geval, categorieën van financiële instrumenten. De krachtens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 genomen maatregelen zullen normaliter een abstracte categorie van personen betreffen en derhalve in de praktijk een administratief besluit van algemene strekking vormen.

97. Aan verordening nr. 236/2012, en met name artikel 28 daarvan, ligt de politieke beslissing van de wetgever ten grondslag dat short selling onder normale omstandigheden zijn nut heeft, maar in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden een bedreiging kan vormen voor de juiste werking van de interne markt. Vervolgens is de politieke beslissing genomen dat deze bedreiging dient te worden bestreden, zo nodig door op te treden op Unieniveau. De essentiële waardeoordelen waarop artikel 28 van verordening nr. 236/2012 berust, zijn derhalve gemaakt door de Uniewetgever en niet overgelaten aan ESMA.

113 — Arrest Parlement/Raad (zaak C-355/10, aangehaald in voetnoot 55, punt 65), waar het Hof oordeelde: „De vaststelling van bepalingen waarbij politieke keuzes moeten worden gemaakt die tot de eigen verantwoordelijkheden van de Uniewetgever behoren, kan dus niet worden gedelegeerd.” Anders dan de advocaat-generaal legde het Hof een verband tussen essentiële onderdelen en onderdelen waarmee politieke keuzes zijn gemoeid. Zie M. Chamon, „How the concept of essential elements of a legislative act continues to elude the Court”, *Common Market Law Review* 50, 2013, blz. 849-860, blz. 854.

114 — In feite kan de uitvoering van een Unieprogramma evenmin aan een uitvoerend agentschap worden overgedragen wanneer dit „taken die een beoordelingsmarge voor het maken van politieke keuzes behelzen” betreft. Zie punt 5 van de considerans van verordening nr. 58/2003 (aangehaald in punt 22) en artikel 6, lid 1, daarvan.

98. Voorts heeft ESMA, wanneer de uitzonderlijke situatie zich voordoet, volgens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 en artikel 24, lid 3, van gedelegeerde verordening nr. 918/2012 van de Commissie, geen beoordelingsvrijheid om al dan niet in actie te komen: zij is verplicht om op te treden.

99. Ten slotte vereist de toepassing van de criteria en begrippen van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 een veelomvattend feitelijk oordeel, waarvoor ESMA bij uitstek is ingesteld. ESMA is zodanig opgezet dat er nationale deskundige autoriteiten in worden samengebracht, die verplicht zijn het Europees Comité voor systeemrisico's (ESRB) te raadplegen. Ik ben van mening dat de noodzaak van zulke lastige technische beoordelingen op een objectieve en niet-politieke basis, ervoor pleit de bewuste bevoegdheden aan een deskundig agentschap toe te kennen in plaats van aan de Commissie.

100. Anders dan het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting betoogde, vloeit uit de mogelijkheid dat de deskundigen het over een bepaald onderwerp niet eens zijn, niet noodzakelijkerwijs voort, dat subjectiviteit of ongebreidelde willekeur in een juridisch relevante betekenis het resultaat zijn. Het is niet ongebruikelijk dat deskundigen en zelfs rechters van mening verschillen. Objectiviteit hangt af van procedurele waarborgen, om te verzekeren dat degenen die de besluiten nemen hun oordeel baseren op een brede feitelijke achtergrond en op degelijke wijze te werk gaan, na raadpleging van de betrokken partijen. Artikel 28 van verordening nr. 236/2012 komt aan deze vereisten tegemoet.

101. Ik ben van mening dat, zo het Hof een oordeel over de verenigbaarheid van artikel 28 van verordening nr. 236/2012 met de constitutioneelrechtelijke regels inzake de verlening van bevoegdheden door de Uniewetgever aan een agentschap (in casu ESMA) noodzakelijk acht, dit oordeel dient te luiden dat de vereisten van artikel 291 VWEU en algemene constitutioneelrechtelijke beginselen inzake de verlening van uitvoeringsbevoegdheden ten volle in acht zijn genomen.

#### **IV – Conclusie**

102. Derhalve concludeer ik dat het eerste verzoek van het Verenigd Koninkrijk moet worden toegewezen, en dat artikel 28 van verordening nr. 236/2012 nietig moet worden verklaard op de grond dat artikel 114 VWEU niet de juiste rechtsgrondslag was, maar dat het tweede verzoek inzake de kosten moet worden afgewezen. De eerste drie middelen van het Verenigd Koninkrijk, waarin het betoogt dat de door artikel 28 van verordening nr. 236/2012 aan ESMA verleende bevoegdheden in strijd zijn met de Romano- en Meroni-rechtspraak, falen. Volgens artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie dienen alle partijen hun eigen kosten te dragen.

103. Ik geef het Hof derhalve in overweging om artikel 28 van verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps nietig te verklaren, en te beslissen dat alle partijen hun eigen kosten dragen.