

Europeanisering van het markttoezicht

Annetje Ottow*

Onder invloed van het Europese recht zijn in de laatste twee decennia in Nederland vele markttoezichthouders opgericht. Bij de liberalisering van diverse markten zijn marktautoriteiten in het leven geroepen, die als marktmeester het liberaliseringsproces bewaken en de concurrentie dienen te bevorderen. Deze autoriteiten vormen een sleutelfiguur bij de uitvoering en handhaving van deze Europese regels. Hoewel de institutionele en procedurele autonomie hierbij het uitgangspunt vormt, is de invloed van het Europese recht op de activiteiten en werkwijze bij deze nationale marktautoriteiten groot. Deze "europeanisering" kent vele gezichten en doet zich bij de diverse autoriteiten niet op eenduidige wijze voor. Naast de invloed van het Europese recht op het nationale niveau (niveau 1), zijn in de loop der jaren diverse Europese netwerken van nationale toezichthouders ontstaan, die mede bepalend zijn bij de verdere harmonisatie, implementatie en handhaving van het Europese recht (niveau 2). Een recente ontwikkeling vormt de oprichting van Europese toezichthouders, die naast de nationale autoriteiten, centrale Europese bevoegdheden krijgen (niveau 3). Dit maakt het Europese toezichtlandschap tot een complex geheel, waarbij sprake is van een "gemengd bestuur"¹ met een "veellagige rechtsorde"². De Europese Commissie heeft op al deze niveaus een belangrijke invloed, waarbij zij op uiteenlopende wijze via verschillende instrumenten haar stem doet gelden. Doel van dit artikel is de mate van Europeanisering en de verschillen in kaart te brengen voor deze terreinen van het economisch toezicht.

1. Inleiding

1.1 Autonomie van de nationale toezichthouders

De liberaliseringrichtlijnen voor de diverse sectoren zijn gebaseerd op het systeem dat de uitvoering van de richtlijnen grotendeels in handen is van een nationale, onafhankelijke toezichthouder die via zijn besluitvorming - als begeleider van het liberaliseringsproces - dient toe te zien op een adequate toepassing van de richtlijnen. De nationale toezichthouder vormt de spilfiguur bij de uitvoering van

* Prof. mr. A.T. Ottow is hoogleraar economisch publiekrecht, Europa Instituut, Universiteit Utrecht en geassocieerd lid college OPTA (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit). Zij is Prof. dr. R. Smits erkentelijk voor het commentaar op een eerste versie van dit artikel. Het artikel is geïnspireerd door de uitkomsten van de workshop, die zij samen in oktober 2008 over dit thema hebben georganiseerd met diverse vertegenwoordigers van NMa, Energiekamer, OPTA, NZa, AFM en DNB. Tevens wil de auteur M. Verduijn, docente bij de vakgroep Economisch publiekrecht, hartelijk danken voor alle ondersteuning bij het schrijven van dit artikel. Vanzelfsprekend is slechts de auteur verantwoordelijk voor de inhoud van dit artikel.

¹ Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002, p. 53.

² P.C. Adriaanse e.a., *Rapport Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, Hoofdstuk 3, Europeanisering van de nationale handhaving, p. 30.

Concept in wording (november 2010)

deze richtlijnen. De nationale uitvoeringspraktijk wordt in belangrijke mate “gekleurd” door de kenmerken van de diverse, nationale systemen en de uitvoeringspraktijken van de nationale toezichthouders. Niet alleen de aan de nationale toezichthouder toegekende bevoegdheden, doch tevens de toepasselijke besluitvormingsregels, de handhavingbevoegdheden en toezichtpraktijk hebben een wezenlijke invloed op de uitvoering door de aan de nationale toezichthouder toegekende taken.

Deze nationale praktijken vertonen overeenkomsten, doch ook belangrijke verschillen, welke leiden tot dispariteiten in de uitvoering van de toepasselijke, Europese regelgeving. Deze dispariteiten worden verschillend gepercipieerd. Voorstanders van *regulatory competition* menen dat juist verschillen zullen leiden tot een gezonde concurrentiestrijd tussen systemen en uiteindelijk zal leiden tot een positieve aanpassing.³ Nationale verschillen behoeven derhalve niet in alle gevallen te leiden tot een verdergaande vorm van harmonisatie of uniformering. Anderen bestrijden deze opvatting door te wijzen op de *race to the bottom*: lidstaten zullen minder zware eisen stellen (bijvoorbeeld vestigingseisen) om zodoende het vestigingsklimaat in hun land aantrekkelijker te maken. Bij gebreke van minimum- of maximumharmonisatie⁴ kan dit leiden tot een neerwaartse spiraal: dispariteiten kunnen tot concurrentievervalsing binnen de gemeenschappelijke markt leiden. Deze afhankelijkheid van de juiste, nationale uitvoering wordt in die optiek gezien als een van de belangrijke tekortkomingen van de Europese wetgevingsystematiek.⁵ Hoewel het autonomiebeginsel het leidende beginsel is en het Europese recht de institutionele en procedurele structuur van de lidstaten respecteert⁶, zijn in de loop der jaren via het secundaire, Europese recht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie voor de diverse sectoren inmiddels de nodige eisen aan de nationale structuur gesteld.⁷ Dit heeft tot een belangrijke invloed op en zelfs tot een beperking van deze nationale autonomie geleid.⁸ Tegelijkertijd verklaart dit autonomiebeginsel dat het nationale toezicht het uitgangspunt vormt en ingrijpen via Europese structuren geen vanzelfsprekendheid is.

1.2 Centralisatie vs. decentralisatie

Daarnaast speelt de vraag door wie toezicht en handhaving dient plaats te vinden: wie is bevoegd?⁹ Deze vraag kent twee aspecten. In de eerste plaats de bevoegdheidsverdeling tussen toezichthouders uit verschillende lidstaten: welke nationale toezichthouder is bevoegd tot optreden?

³ Zie voor een zeer inzichtelijke beschouwing over de voor- en tegen argumenten van ‘regulatory competition’ en de invloed van deze argumenten op jurisdictievraagstukken: J.P. Trachtman, ‘Regulatory competition and regulatory jurisdiction’, *Journal of International Economic Law* (2000), p. 331-348.

⁴ Zie bijvoorbeeld over harmonisatie van financiële regulering: G. Hertig, ‘Regulatory competition for EU Financial services’, *Journal of International Economic Law* (2000), p. 349-375.

⁵ Baldwin & Cave 1999, p. 159.

⁶ Jans e.a. 2002, p. 39.

⁷ A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht, de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag: SDU 2006; S.A.C.M. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

⁸ Zie in dit verband voor de Europese invloed op het Nederlandse legaliteitsbeginsel: S. Lavrijssen & A.T. Ottow, ‘The legality of independent regulatory authorities’ in: S. Prechal & R. Widdershoven, *The Eclipse of Legality in Europe*, Kluwer International, te verschijnen 2010. Voor de gevolgen van de energierichtlijnen voor de positie van de nationale toezichthouders: Commission staff working paper, Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, The regulatory authorities, Brussels 22 January 2010.

⁹ [verwijzen naar institutionele regulatory competition]

Concept in wording (november 2010)

In de tweede plaats de bevoegdheidsverdeling tussen deze nationale toezichthouders en de Europese Commissie: vindt de aansturing vanuit Brussel (centraal) plaats of op het niveau van de lidstaten (decentraal)?¹⁰ Deze bevoegdheidskwesties staan in dit artikel centraal.

In de diverse verordeningen en richtlijnen worden verschillende methoden gehanteerd om deze bevoegdheidsvraag te beantwoorden. Deze methoden kunnen op de schaal van weinig invloed van Brussel (decentralisatie) tot veel invloed (centralisatie) als “licht” tot “zwaar” worden gekwalificeerd. Hier bestaat een duidelijk spanningsveld tussen het tot stand brengen van centrale aansturing aan de ene kant en het respecteren van de autonomie van de lidstaten aan de andere kant. Bij de diverse liberaliseringrichtlijnen heeft de Europese wetgever steeds zijn weg gezocht tussen deze twee uitersten. De gekozen oplossingen verschillen per sector en zijn tot stand gekomen binnen een verschillende politieke context en andere marktomstandigheden. Er zijn allerlei gemengde tussenvormen ontstaan, waarbij gedeelde verantwoordelijkheden zijn gecreëerd tussen de Europese Commissie, nieuwe Europese toezichthouders en de nationale autoriteiten. Door *Jans e.a.* is dit fenomeen geduid als “mixed administration”.¹¹ Het gevolg is een gecompliceerde vermenging van een Europees en nationaal besluitvorming- en handhavingproces op de diverse terreinen van het economisch toezicht. Deze tendens wordt hier aangeduid met het begrip Europeanisering. Het begrip Europeanisering is niet nieuw. Door verschillende auteurs is deze term gebruikt om de invloed van het Europese recht op het door hen bestudeerde nationale rechtsgebied te duiden.¹² In het onderhavige artikel wordt hiermee de invloed van het Europese recht op de inrichting en structuur van het toezicht aangegeven.

In dit artikel zullen drie niveaus van Europeanisering onder de loep worden genomen voor de financiële, energie- en telecomsector en de algemene autoriteiten voor het mededingings- en consumentenrecht: (i) niveau van de nationale toezichthouders, (ii) niveau van de netwerken van nationale toezichthouders en (iii) niveau van Europese toezichthouders. Daarbij zullen de verschillende, toegepaste methoden van Europeanisering steeds van licht naar zwaar worden behandeld.

¹⁰10 Op dit dilemma werd door Prof Geelhoed gewezen tijdens zijn lezing ‘Centralisme of decentralisatie van markttoezicht: een Europees dilemma’, OPTA-symposium ‘Dilemma’s bij sectorspecifiek markttoezicht’, 31 oktober 2006, samenvatting van deze lezing is gepubliceerd op www.opta.nl.

¹¹ Jans e.a. 2007, p. 173. In W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees recht. Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing, 2009, Hoofdstuk 10, wordt dit nu geduid als “gedeeld gezag”: bevoegdheden worden gedeeld tussen de Unie en de lidstaten (en overige organen).

¹² Het begrip europeanisering is reeds vele malen gebruikt om de invloed van het Europese recht op het nationale recht te duiden. Zie bijvoorbeeld: Adriaanse e.a. 2008, p. 29-10; Jans, J.H., R. et al, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007; W. Voermans, ‘De communautisering van toezicht en handhaving’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer, 2005, 1; G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer, 2004 en J.A.E. Vervaele (red.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, Den Haag: Kluwer Law international, 1999.

Concept in wording (november 2010)

2. Niveau 1: nationale toezichthouders

2.1 Jurisdictieregels

In verschillende regelingen bestaat het toezichtarrangement voor een belangrijk deel uit jurisdictieregels: welke nationale toezichthouder is bevoegd tot optreden? Voor deze regeling is gekozen bij het consumenten- en het financiële toezicht. Ook het Europese mededingingsrecht voorziet in jurisdictieregels om de taakverdeling tussen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten in goede banen te leiden. Deze drie regelingen zullen hier de revue passeren.

2.1.1 Verordening 2006/2004 (consumentenbescherming)

De lichtste vorm van Europeanisering doet zich voor op het gebied van de consumentenbescherming. Verordening 2006/2004 voorziet in regels omtrent de taakverdeling en samenwerking tussen nationale toezichthouders (consumentenautoriteiten).¹³ Wanneer er sprake is van een grensoverschrijdende inbreuk op de Europese regelgeving ter bescherming van de belangen van de consument, zijn de nationale autoriteiten verplicht om elkaar wederzijdse bijstand te verlenen. Deze samenwerking ziet onder meer op de Europese regels met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken¹⁴, vliegwezen¹⁵ en bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie¹⁶. De wederzijdse bijstand die de nationale toezichthouders elkaar dienen te verlenen, kan verschillende vormen aannemen. Het kan gaan om het uitwisselen van informatie¹⁷ of om het nemen van handhavingmaatregelen¹⁸. Een nationale toezichthouder die wordt verzocht om informatie te verstrekken of handhavingmaatregelen te nemen, is in beginsel verplicht om aan dit verzoek te voldoen. Het optreden gebeurt daarbij op basis van het toepasselijke, nationale recht van de betrokken consumentenautoriteit. Slechts onder bepaalde omstandigheden kan hij hiervan afzien.¹⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er met betrekking tot dezelfde intracommunautaire inbreuken en tegen dezelfde verkopers of dienstverleners al gerechtelijke procedures zijn ingeleid. Naast de verplichtingen tot het verstrekken van informatie en het nemen van handhavingmaatregelen, bevat de verordening ook de meer algemene verplichting tot coördinatie van het markttoezicht en de handhavingactiviteiten tussen de nationale toezichthouders.²⁰

¹³ Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEG* 2004, L 364, p. 1-11.

¹⁴ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PB* L 149 van 11.6.2005, blz. 22.

¹⁵ Verordening (EG) nr. 261/2004 betreffende de rechten van luchtreizigers, *PB* L 46 van 17.2.2004.

¹⁶ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 juni 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie van 31 juli 2002, *Pb EG*, L 178/37 (artikel 13 wat de bescherming van de consument betreft).

¹⁷ Artikelen 6 en 7 Verordening 2006/2004.

¹⁸ Artikel 8 Verordening 2006/2004.

¹⁹ Artikel 15 lid 2 en 3 Verordening 2006/2004.

²⁰ Verordening 2006/2004 in artikel 9.

Concept in wording (november 2010)

Iedere lidstaat is verplicht om de nationale autoriteiten aan te wijzen die belast zijn met de handhaving van de wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument.²¹ Deze autoriteiten moeten over de voor de toepassing van de verordening vereiste onderzoek- en handhavingbevoegdheden beschikken.²² Bovendien moet iedere lidstaat een verbindingsbureau aanwijzen dat belast is met de coördinatie van de toepassing van de verordening. De Commissie houdt een lijst bij van alle verbindingsbureaus en bevoegde autoriteiten in de lidstaten.²³

Het systeem kent vooralsnog belangrijke gebreken. Er bestaat een grote mate van afhankelijkheid van de nationale handhavingstructuur: op dat niveau heeft nog vrijwel geen harmonisatie plaats gevonden. Indien het de nationale toezichthouder aan toezicht- dan wel handhavinginstrumenten ontbreekt, ontstaat een belangrijk hiaat in het samenwerkingsstelsel. Daarnaast is gebleken dat binnen een lidstaat diverse autoriteiten belast zijn met het toezicht op verschillende aspecten van de Europese consumentenrichtlijnen. Dit maakt de onderlinge uitwisseling van informatie en de coördinatie lastig. Verder bestaat er in de praktijk de nodige discussie over de interpretatie van de Europese wetgeving, hetgeen de afstemming tussen de nationale autoriteiten bemoeilijkt.²⁴

2.1.2 Home state control (financiële sectoren)

Een andere variant van Europeanisering betreft de systematiek van het zogenaamde *home state control-systeem*. De herziene Bankenrichtlijn²⁵ gaat uit van een systeem waarbij een bank die over een in een Europese lidstaat afgegeven bankvergunning beschikt, een bijkantoor kan openen in een andere lidstaat zonder een nieuwe vergunning te hoeven aanvragen. De in het land van vestiging afgegeven vergunning functioneert als een 'Europees paspoort'²⁶: de lidstaat van ontvangst mag voor de vestiging van een bijkantoor geen nationale vergunning eisen (artikel 16 herziene Bankenrichtlijn). Ook wat betreft het toezicht zijn de mogelijkheden voor de lidstaat van ontvangst beperkt. De nationale toezichthouder in de lidstaat van ontvangst (*host country*) is slechts bevoegd om toezicht te houden op de liquiditeit van het bijkantoor (artikel 41 herziene Bankenrichtlijn), terwijl de nationale toezichthouder in het land van vestiging (*home country*) verantwoordelijk is voor het bedrijfseconomisch toezicht op de bank als geheel (artikel 40 herziene Bankenrichtlijn). Dit systeem heeft een grote impuls geleverd voor de liberalisering en internationalisering van nationale financiële markten. In de financiële richtlijnen zijn eisen aan het nationale toezicht gesteld en regels voor harmonisatie ontwikkeld.

²¹ Artikel 4 lid 1 Verordening 2006/2004.

²² Artikel 4 lid 3 en lid 6 Verordening 2006/2004.

²³ Artikel 5 Verordening 2006/2004. Zie voor de meest recente lijst de Mededeling van de Commissie overeenkomstig artikel 5, lid 2, van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, wat de bevoegde autoriteiten en de verbindingsbureaus betreft, *PbEU* 2009, C 169, p. 1-54.

²⁴ Zie het verslag van de Commissie aan het Europees parlement en de Raad over de toepassing van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming), Brussel 2 juli 2009, COM(2009) 336 definitief.

²⁵ Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking), *PbEU* 2006, L 177, p. 1-200.

²⁶ De *bevoegdheden van de Nederlandsche Bank inzake Icesave*, onderzoek door A.J.C. de Moor-Van Vugt & C.E. du Perron in opdracht van het Ministerie van Financiën, 11 juni 2009, p. 13.

Concept in wording (november 2010)

Dit systeem staat of valt met de kwaliteit van de nationale toezichtsystemen en is gebaseerd op het onderling vertrouwen tussen de toezichthouders (*mutual confidence*²⁷). De afhankelijkheid *tussen* de nationale autoriteiten is daarbij groot. De nationale toezichthouders bouwen voort op elkaars toezicht en dienen uit te gaan van de kwaliteit en betrouwbaarheid van de ander. Dit aspect vormt een kwetsbare schakel in de Europese toezichtketen. De kredietcrisis heeft aangetoond dat dit onderlinge vertrouwen geen vanzelfsprekendheid is en kan leiden tot een *handhavingdeficit*, waarbij te weinig toezicht plaatsvindt op een juiste toepassing van Europese regels.²⁸

Naar aanleiding van de financiële crisis is bovendien in diverse rapporten²⁹ geconstateerd dat het systeem van *home state control*, waarbij slechts het nationale toezicht het uitgangspunt vormt, niet langer opgewassen is tegen een markt die zich sterk internationaal ontwikkeld heeft. De architectuur van het toezicht is niet bestand gebleken mee te groeien met de dynamiek van de markt en vergt een grotere mate van coördinatie en een verdergaande mate van grensoverschrijdende aanpak:

*“Nationally-based supervisory models have lagged behind the integrated and interconnected reality of today's European financial markets, in which many financial firms operate across borders. The crisis exposed serious failures in the cooperation, coordination, consistency and trust between national supervisors.”*³⁰

De *Icesave affaire* is illustratief voor deze constatering. In het Icesave rapport³¹ wordt onderzocht in hoeverre de Nederlandsche Bank (DNB) over bevoegdheden beschikte ten aanzien van de (internetbank)activiteiten van de IJslandse bank, Icesave, in Nederland. De hoofdvestiging van Icesave was gevestigd in IJsland en in Nederland beschikte deze bank slechts over een bijkantoor. De onderzoekers constateren dat uit het stelsel van het Europees paspoort en de Bankenrichtlijn³² volgt dat de toezichthouder van de lidstaat van ontvangst (in dit geval DNB) slechts beperkte bevoegdheden heeft. Zodra deze toezichthouder maatregelen nodig acht die het toezicht op de liquiditeit van het bijkantoor te boven gaan, heeft hij medewerking van de toezichthouder in de lidstaat van herkomst nodig (in dit geval de IJslandse toezichthouder FME).³³ De onderzoekers oordelen in het rapport onder meer dat het Europese stelsel moet worden herzien door de toezichthouders in het ontvangende land meer bevoegdheden tot ingrijpen te geven.³⁴ Inmiddels zijn door de Commissie de eerste stappen gezet om te komen tot een wijziging van het Europese toezichtstelsel (zie hierover paragraaf 4.4).

²⁷ Over dit aspect van vertrouwen, “trust”: [De Visser 2008, p. 32-33.]

²⁸ Ottow 2006, p. 171-173.

²⁹ Larosière, Turner, Icesave

³⁰ Commissie voorstel, p. 2. Vgl. Larosière, p. 41 (“led to an erosion of mutual confidence among supervisors”) and p. 72 (“distrust between supervisors”).

³¹ De *bevoegdheden van de Nederlandsche Bank inzake Icesave*, onderzoek door A. J.C. de Moor-Van Vugt & C.E. du Perron in opdracht van het Ministerie van Financiën, 11 juni 2009. [zie ook rapport van Commissie De Wit]

³² Artikel 29-37 van de herziene Bankenrichtlijn (Richtlijn 2006/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, Pb 2006, L [...], voorheen Geconsolideerde Bankenrichtlijn 200/12/EG).

³³ Rapport, p. 31.

³⁴ Rapport, p. 69.

Concept in wording (november 2010)

2.1.3 Verordening 1/2003 (Europees mededingingsrecht)

De situatie onder het generieke mededingingsrecht is anders. Het uitgangspunt van de nieuwe Verordening 1/2003³⁵ is de directe, decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht door de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechters. Slechts in enkele gevallen vindt de directe toepassing van de artikelen 101 (verbod van mededingingsbeperkende afspraken) en 102 (verbod van misbruik economische machtspositie) VWEU plaats door de Europese Commissie zelf. In Verordening 1/2003 zijn afstemmingsprocedures opgenomen, waarbij de bevoegdheden tussen de nationale autoriteiten en de Commissie worden verdeeld.

De nationale mededingingsautoriteiten hebben de verplichting te melden wanneer zij op grond van artikel 101 of 102 VWEU optreden.³⁶ Daartoe dienen de door de Commissie gevraagde documenten ter beschikking te worden gesteld. De Commissie heeft vervolgens de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen te maken.³⁷ Wanneer de uniforme toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU ernstig in gevaar komt, kan ze ervoor kiezen om de zaak zelf ter hand te nemen, hetgeen de mededingingsautoriteit van de lidstaat de bevoegdheid ontnemt om de zaak te behandelen.³⁸ Omgekeerd kan de Commissie, wanneer bij haar een klacht wordt ingediend op grond van artikel 101 of 102 VWEU, deze klacht afwijzen op grond van het feit dat een mededingingsautoriteit van een lidstaat de zaak reeds behandelt.³⁹

Deze afstemmingsprocedures worden in het vorig jaar verschenen verslag over de werking van Verordening 1/2003⁴⁰ en het bijbehorende *working paper*⁴¹ positief geëvalueerd. De lidstaten voldoen aan hun meldingsverplichting en de Commissie maakt veel gebruik van de mogelijkheid om opmerkingen te maken.⁴² Deze vormen van coördinatie tussen het nationale en Europese niveau beogen een uniforme toepassing van het mededingingsrecht.⁴³ Van de mogelijkheid van om een zaak van een nationale mededingingsautoriteit over te nemen⁴⁴, heeft de Commissie nog geen gebruik hoeven maken.⁴⁵ Ook het mechanisme van artikel 13 Verordening 1/2003 functioneert – in de visie van de Commissie - goed. Het is al verschillende malen aangewend om zaken die geen prioriteit

³⁵ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1, p. 1-25. Zie voor een landenverslag over de werking van Verordening 1/2003: FIDE-rapporten 2008, *The Modernisation of European Competition law, Initial Experiences with regulation 1/2003*, FIDE XXIII Congres Linz 2008.

³⁶ Artikel 11, lid 3: deze melding dient te geschieden onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel en lid 4: uiterlijk 30 dagen voor het nemen van (de in dit artikellid genoemde) beslissing.

³⁷ Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PbEU* 2004, C 101, p.43-53, par. 46.

³⁸ Artikel 11 lid 6 Verordening 1/2003. Zie hierover: HJEG 31 mei 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline, zaak C-53/03, *Jur.* 2005, I-4609, r.ov. 34.

³⁹ Artikel 13, lid 1 Verordening 1/2003.

⁴⁰ Communication from the Commission tot the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, Brussels, 29.4.2009, COM(2009) 206 final.

⁴¹ Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003, Brussels, 29.4.2009, SEC(2009) 574 final.

⁴² Par. 256 en 257 Commission Staff Working Paper.

⁴³ Par. 250, 251 en 260 Commission Staff Working Paper.

⁴⁴ Artikel 11 lid 6 Verordening 1/2003. De regels beletten de Commissie niet een zaak alsnog ter hand te nemen nadat de nationale autoriteit besloten heeft geen maatregelen te treffen: GvEA 8 maart 2007, France Télécom, zaak t-340/04, *Jur.* 2007, II-573, r.ov. 128.

⁴⁵ Par. 256 en 264 Commission Staff Working Paper.

Concept in wording (november 2010)

hebben voor de Commissie, maar wel interessant zijn voor een nationale mededingingsautoriteit, te verwijzen van de Commissie naar de lidstaat.⁴⁶

2.2 *Interventierecht Commissie in nationale besluitvorming*

2.2.1 *Communicatie*

In artikel 7 gewijzigde Kaderrichtlijn⁴⁷ is een procedure opgenomen die de Europese Commissie en het nieuw opgerichte *Body of European Regulators for Electronic Communications*, BEREC (zie paragraaf 4.2),⁴⁸ het recht geeft te participeren in het besluitvormingsproces van de nationale toezichthouders. Op grond van artikel 7 lid 2 gewijzigde Kaderrichtlijn zijn de nationale toezichthouders verplicht om op transparante wijze met elkaar en met de Commissie en BEREC samen te werken. Ten aanzien van bepaalde ontwerpmaatregelen van de nationale toezichthouders beschikken de Commissie en BEREC over een adviesrecht. Het adviesrecht geldt voor maatregelen die betrekking hebben op het definiëren van de relevante markt, het al dan niet aanwijzen van een onderneming die beschikt over aanmerkelijke marktmacht en ten aanzien van besluiten die verplichtingen ten aanzien van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht opleggen, opheffen of wijzigen.⁴⁹ Deze maatregelen moeten van invloed zijn op de handel tussen de lidstaten (hetgeen vrijwel altijd wordt aangenomen). Ten aanzien van maatregelen die betrekking hebben op het definiëren van een relevante markt, die verschilt van de markten die door de Commissie in een aanbeveling⁵⁰ zijn gedefinieerd, of het al dan niet aanwijzen van een onderneming met marktmacht, beschikt de Commissie bovendien over een vetorecht. De Commissie is in een dergelijk geval bevoegd van de betrokken nationale toezichthouder te eisen dat deze de ontwerpmaatregel intrekt.⁵¹

De notificatieplicht en het advies- en vetorecht zijn ingevoerd om een consistente toepassing van de bepalingen van de richtlijnen in alle lidstaten te waarborgen. Via een *preventieve (ex ante)* controle op ontwerpbesluiten van de nationale toezichthouders wordt deze consistente toepassing beoogd. Het vetorecht vormt een extra controlemiddel van de Commissie naast het adviesrecht. De aanmeldingen in Brussel en de reactie van de Europese Commissie op deze aanmeldingen hebben inmiddels aangetoond dat de aanmeldingsprocedure van artikel 7 Kaderrichtlijn geen lege huls is, doch een effectief controlemiddel vormt op de toepassing van de richtlijnen door de nationale toezichthouders in de respectievelijke nationale markten. Hier is daadwerkelijk sprake van een "geïntegreerde rechtsorde"⁵². Deze directe, procedurele inmenging van de Europese Commissie in

⁴⁶ Par. 118 Commission Staff Working Paper.

⁴⁷ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG* 2002, L 108, p. 33-50, gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEU* 2009, L 337, p. 37-69.

⁴⁸ Zie over BEREC verder paragraaf 4.2.

⁴⁹ Zie voor een precieze beschrijving artikel 7 lid 3 gewijzigde Kaderrichtlijn.

⁵⁰ [verwijzen naar de Aanbeveling]

⁵¹ Artikel 7 lid 5 gewijzigde Kaderrichtlijn.

⁵² Zie Jans e.a. 2002, p. 53-55.

Concept in wording (november 2010)

het nationale besluitvormingsproces biedt evidente voordelen. In de eerste plaats vindt harmonisatie plaats, waarbij de nationale overheden via deze procedure “aan de hand” worden genomen bij de toepassing en interpretatie van de richtlijnen, welke directe sturing bij de decentrale toepassing van Europese richtlijnen in de meeste gevallen ontbreekt⁵³. Door deze inmenging van de Europese Commissie wordt – in elk geval voor een deel - voorkomen dat elke toezichthouder volledig zijn eigen nationale invulling aan de bevoegdheden geeft. De richtlijnen verschaffen de nationale autoriteiten aanzienlijke discretionaire bevoegdheden en de richtlijnen bevatten diverse open normen, die tot uiteenlopende interpretaties en toepassingen in de nationale reguleringspraktijken kunnen leiden. Het doel van deze coördinatieprocedure en het instrumentarium van de Commissie is dan ook te komen tot een consistente, Europese reguleringspraktijk. In die zin ligt de invoering van een dergelijke procedure ook op andere terreinen, waarbij nationale toezichthouders zijn betrokken, voor de hand. Tegelijkertijd leidt deze inmenging tot een complicering en vertraging van de nationale besluitvorming en kan aanleiding geven tot parallelle (nationale en Europese) beroepsprocedures tegen de besluiten van de Commissie en de nationale toezichthouder.⁵⁴

2.2.2 Energie

Voor bepaalde besluiten dienen de nationale toezichthouders een aanmelding in Brussel te verrichten. Voor de energieregulering betreft dit Verordening 714/2009⁵⁵ (elektriciteit) en Richtlijn 2009/73/EG⁵⁶ (gas). De aanmeldingsprocedure ziet op de besluiten van de nationale autoriteit inzake het verlenen van een vrijstelling voor het toekennen van capaciteit op interconnectoren (artikel 17 Verordening 714/2009) en het verlenen van een ontheffing voor de verplichting tot het verlenen van toegang tot ondermeer het transmissie- en distributiesysteem (artikel 48 Richtlijn 2009/73/EG). De nationale toezichthouder dient het definitief genomen besluit bij de Commissie te notificeren. Binnen 8 weken kan de Commissie de Lidstaat of de nationale autoriteit verzoeken het besluit te wijzigen of in te trekken. Voor de procedure van artikel 48 Richtlijn 2009/73/EG geldt bovendien dat indien de Lidstaat of de nationale autoriteit dit verzoek niet opvolgt, de Commissie zelf een definitief besluit neemt. Daarbij wordt de procedure via het Comité op grond van besluit 1999/468/EG gevolgd. De Elektriciteitsrichtlijn (Richtlijn2009/72/EG) voorziet daarnaast nog in een specifieke procedure, waarbij de Commissie of een nationale toezichthouder ACER (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*, zie paragraaf 4.3) kunnen verzoeken advies uit te brengen over de nakoming van vastgestelde richtsnoeren door een andere nationale toezichthouder.⁵⁷ Bij ernstige twijfels kan de Commissie de zaak verder bestuderen en de desbetreffende nationale toezichthouder verzoeken het besluit te herroepen.

⁵³ Zie over dit risico: Hocepiet & De Streef 2005, p. 160.

⁵⁴ [voorbeeld??]

⁵⁵ Artikel 17 Verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003, *PbEU* 2009, L 211, p. 15-35.

⁵⁶ Artikel 48 Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEU* 2009, L 211, p. 94-136.

⁵⁷ Artikel 39 Richtlijn2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *Pb EU*, L211/15.

Concept in wording (november 2010)

Deze systematiek verschilt van de artikel 7 procedure van de Kaderrichtlijn. Het betreft niet de aanmelding van een ontwerpbesluit bij de Europese Commissie, doch het definitieve besluit tot het verlenen van een vrijstelling dan wel een ontheffing dient bij de Commissie te worden aangemeld. De inmenging van de Europese Commissie vindt derhalve *ex post* plaats en niet via een advies dan wel veto in de nationale besluitvormingsprocedure.⁵⁸

3. Niveau 2: netwerken van nationale toezichthouders

Op verschillende terreinen van het economisch toezicht zijn samenwerkingsvormen ontstaan tussen nationale toezichthouders binnen Europa. De belangrijkste netwerken waren tot voor kort:

- ECN (European Competition Network),
- CESR (Committee of European Securities Regulators),
- CEBS (Committee of European Banking Supervisors),
- CEIOPS (Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors),
- ERG (European Regulators Group for Communications networks and Services), nu opgegaan in de BEREC;
- ERGEG (European Energy Regulators Group), nu opgegaan in ACER,
- CPC (Consumer Protection Cooperation Network).

De structuur van deze netwerken is vergelijkbaar, zij het dat het ene netwerk informeler is dan het andere. De netwerken kennen verschillende doelstellingen. Kern van de netwerken vormt de informatie-uitwisseling tussen de nationale toezichthouders.

3.1 *Functies van de netwerken*

De netwerken vervullen daarbij – globaal - drie te onderscheiden functies.

3.1.1 De expertisefunctie

De eerste functie betreft hun rol bij het inbrengen van expertise in het Europese wetgevingsproces. Zij kunnen betrokken zijn bij het tot stand brengen van Europese regels, waarbij zij de Commissie input leveren voor de opstelling en aanpassing van de regels (*bottom-up*). Zij vormen daarmee een belangrijk adviesorgaan voor de Europese Commissie, met name ten aanzien van gecompliceerde technische aangelegenheden. Voorbeeld hiervan vormt de betrokkenheid van CEBS bij het formuleren van uitvoeringsmaatregelen voor de verdere uitwerking van richtlijnen, via de zogenaamde Lamfalussy-procedure.⁵⁹ (zie hierna paragraaf 3.2).

⁵⁸ Voor de milieuregulering is een vergelijkbare procedure opgenomen in artikel 9 van Richtlijn 2003/87/EG. Conform deze procedure dient de lidstaat een nationaal plan op te stellen, waarin de totale hoeveelheid emissierechten wordt vermeld. Het plan wordt aan de overige lidstaten en de Commissie medegedeeld. Binnen drie maanden na de aanmelding kan de Commissie het plan of een deel daarvan “verwerpen” indien dit niet in overeenstemming is met de richtlijn. Krachtens artikel 9, lid 3 van Richtlijn 2003/87/EG kan de betrokken lidstaat pas een besluit tot toewijzing over de hoeveelheid emissierechten nemen op grond van artikel 11, lid 1 of lid 2 Richtlijn 2003/87/EG indien de door de lidstaat voorgestelde wijzigingen op het plan door de Commissie zijn aanvaard.

⁵⁹ Final report of the Committee of Wise Men on the regulation of European Securities Markets, 15 February 2001.

Concept in wording (november 2010)

3.1.2 Coördinatiefunctie

De tweede functie betreft het afstemmen van de nationale toepassingspraktijken door het ontwikkelen van uniforme standaarden met betrekking tot de toepassing van de Europese richtlijnen (horizontaal). De netwerken publiceren hiertoe in sommige gevallen gezamenlijke standpunten of aanbevelingen. De netwerken zijn gericht op samenwerking om coördinatie mogelijk te maken bij gebreke van een centraal georganiseerd toezicht. Zij stellen elkaar op de hoogte van de toepassing van de Europese regelgeving, waardoor inconsistenties tussen de toepassingspraktijken kunnen worden gesignaleerd of worden voorkomen. Een belangrijk doel vormt de onderlinge afstemming, waardoor een consistente toepassing van de Europese richtlijnen kan worden bereikt, niet alleen voor grensoverschrijdende activiteiten maar ook voor situaties binnen een lidstaat. Dit bevordert de harmonisatie van de nationale stelsels. Deze netwerken vormen als het ware het “cement”⁶⁰ tussen de nationale toezichtsystemen.

3.1.3 Peer review

De derde functie betreft het leveren van expertise en commentaar op elkaars uitvoeringspraktijk (transversaal). De Commissie baseert haar *compliance* rapporten en zogenaamde *benchmarks* reports over de stand van de implementatie van de richtlijnen op input uit de netwerken (bijvoorbeeld *Status Reviews* van de ERGEG⁶¹). Een ander voorbeeld betreft de verplichting tot het aanmelden van ontwerp-besluiten, niet alleen bij de Europese Commissie, maar ook bij de collega toezichthouders uit de andere lidstaten voor telecommunicatie.⁶² Deze kunnen dan in het kader van de artikel 7 procedure opmerkingen maken. Van deze mogelijkheid wordt echter in de praktijk maar zelden gebruik gemaakt.

3.1.4 Belang van de netwerken

Deze netwerken vervullen een onmisbare rol bij het harmonisatieproces in Europa en vormen een belangrijke bouwsteen voor het integratieproces van de diverse markten. Vanzelfsprekend vormt de samenwerking een ingewikkeld, informeel en niet altijd transparant coördinatieproces⁶³, waarbij nationale belangen een rol spelen en de toepassing van de Europese richtlijnen niet altijd even soepel verloopt, zie bijvoorbeeld de kritische opmerkingen die CSER maakte in haar rapport in 2004:

“The mutual recognition of the decision of another authority requires confidence in the capacity to act of the Home competent authority. This confidence can be present if the Home competent authority has equivalent sufficient powers to supervise the entity or product at stake and applies similar supervisory intensity when deciding. How can a Host competent authority accept a passport if it is not sure that the appropriate controls have been conducted?”⁶⁴

Dit neemt evenwel niet weg dat de harmoniserende invloed – informeel dan wel formeel - van deze netwerken op de nationale toepassingspraktijken niet valt uit te vlakken. Nationale toezichthouders kijken naar elkaar bij nieuwe ontwikkelingen of de toepassing van regels en volgen de binnen het

⁶⁰ Prechal 2006

⁶¹ [...]

⁶² [artikel...]

⁶³ [literatuur over accountability en democratisch gehalte]

⁶⁴ CSER, Preliminary Progress Report ‘Which supervisory tools for the securities markets? An analytical paper by CSER’, October 2004, Ref. nr. 04-333f, p. 18.

Concept in wording (november 2010)

netwerk, opgestelde richtsnoeren en aanbevelingen.⁶⁵ Dat deze aanbevelingen van invloed zijn, blijkt ook uit het feit dat nationale rechters bij de toetsing van het besluit van de nationale toezichthouders (in elk geval in Nederland) rekening houden met deze documenten.⁶⁶ Tevens dient te worden erkend dat deze netwerken niet alle inconsistenties of handhavingstekorten kunnen oplossen. Dit zou een overschatting van hun mogelijkheden zijn. Zij dragen bij aan het verminderen van dit tekort en aan het vergroten van het harmonisatieniveau, doch van hen kan niet worden verwacht dat zij voorzien in een harmonisatie- en Europese handhavingstructuur, waarvoor zij niet zijn geëquipeerd en waarvoor zij geen (directe) bevoegdheden hebben gekregen. Het netwerkverband is ontstaan uit de gedachte tot verdergaande samenwerking binnen de Europese Unie, voortvloeiend uit de verplichting tot loyale samenwerking op basis van artikel voorheen 10 EG-Verdrag, nu artikel 4, lid 3 EU Verdrag. Zij vormen evenwel geen volwaardig alternatief voor Europees toezicht.

In de volgende paragrafen zullen de financiële netwerken, het consumentennetwerk en het Europese mededingingsnetwerk aan de orde komen. De netwerken voor telecommunicatie en energie zijn inmiddels formeel opgeheven en worden bij niveau 3 (paragraaf 4) besproken.

3.2 *De financiële sector: de netwerken van CEBT, CETVB en CEER*

De drie genoemde financiële netwerken kennen allemaal een vergelijkbare structuur. Zij spelen een belangrijke rol in de zogenaamde Lamfalussy- procedure⁶⁷. De Lamfalussy-procedure is een besluitvormingsprocedure met betrekking tot financiële wetgeving verspreid over vier niveaus die in 2001 is ingevoerd (zie kader).⁶⁸ De Lamfalussy-procedure beoogt een efficiënt mechanisme op te zetten dat ten doel heeft, enerzijds, de convergentie van de toezichtpraktijken in de Europese financiële sector op gang te brengen en, anderzijds, ervoor te zorgen dat de communautaire wetgeving op het gebied van financiële diensten snel en flexibel kan inspelen op de ontwikkelingen die zich op de financiële markten voordoen.

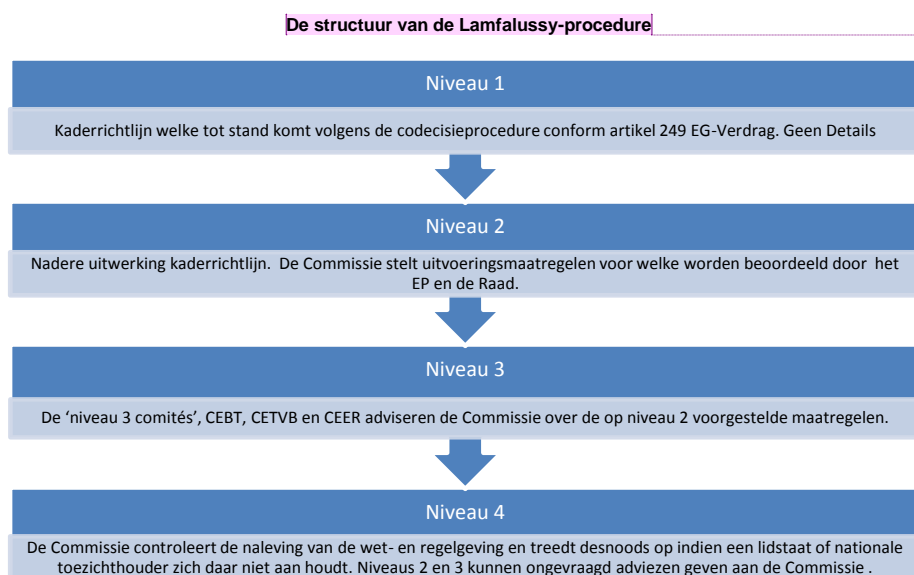
⁶⁵ [voorbeelden benoemen]

⁶⁶ Zij bijvoorbeeld: CBB 2 augustus 2002, Electrabel e.a. vs. DTe, *LJN*: AE6773.

⁶⁷ Final report of the Committee of Wise Men on the regulation of European Securities Markets, 15 February 2001.

⁶⁸ Alford 2006, p. 397.

Concept in wording (november 2010)



Opmerking [v1]: Goed plaatje. Misschien kunnen ze bij SEW dat art. 249 EG veranderen in art. 294 VWEU?

In het kader van deze in 2001 ingevoerde benadering wordt op vier niveaus financiële regelgeving uitgevaardigd.⁶⁹ *Niveau 1* van de Lamfalussy-procedure wordt gevormd door een kaderrichtlijn welke tot stand komt volgens de gewone wetgevingsprocedure conform artikel 294 VWEU.⁷⁰ Deze kaderrichtlijn bevat hoofdpunten en gaat verder niet in op details. Op *niveau 2* van de procedure wordt het kader nader uitgewerkt. De Commissie stelt op dit niveau uitvoeringsmaatregelen voor. De voorstellen dienen te worden goedgekeurd door het Europees Parlement en de Raad van Ministers ("de Raad"). De Raad wordt vertegenwoordigd door comitologie-comités, bestaande uit ambtenaren van de ministeries van financiën van de lidstaten. Deze comités zijn zowel regelgevend als adviserend en vertegenwoordigen drie financiële sectoren te weten de pensioen-, banken- en verzekeringssector. Op *niveau 3* brengen de 'niveau 3 comités', het Comité van Europese banktoezichthouders (CEBT), het Comité van Europese toezichthouders op verzekeringen en bedrijfspensioenen (CETVB) en het Comité van Europese effectenregelgevers (CEER), advies uit aan de Commissie over de op niveau 2 voorgestelde maatregelen. In deze comités nemen uit elke lidstaat vertegenwoordigers van de nationale toezichthoudende autoriteiten plaats. De comités vervullen een belangrijke rol bij de consequente en eenvormige uitvoering van richtlijnen door bij te dragen tot een efficiëntere samenwerking tussen de nationale toezichthouders en tot de convergentie van de toezichtpraktijken.⁷¹ De 'niveau 3 comités' maken hierbij gebruik van een protocol welke beoogt mogelijke onenigheden tussen de comités te voorkomen. Dit zogenaamde *mediation mechanism* is

⁶⁹ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie Evaluatie van de Lamfalussy-procedure. Bevorderen van de toezichtconvergentie, Brussel, 20.11.2007 COM(2007) 727 definitief, p. 2.

⁷⁰ Bij deze wetgevingsprocedure beslissen het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, op voorstel van de Commissie.

⁷¹ Dankers 2008, p. 365. (Dankers verwijst naar: CESR: Protocol on Review Panel of the Committee of European Securities regulators, CESR/07-070b. Het Review Panel van CESR was al in 2003 ingesteld, zie: 'Terms of reference for the Review Panel', CESR/03-061 en 'General Methodology for implementation reviews undertaken by CESR', CESR/04-711b, in: <http://www.cesr.eu>. CEBS: Review Panel, Protocol 15 oktober 2007, zie: <http://www.c-ebs.org/formupload/90/90c41b11-537f-4ba6-a9aff1b0923db55d.pdf>.

Concept in wording (november 2010)

door elk van de 'niveau 3 comités' opgezet⁷², maar de uitkomsten van dit mechanisme zijn niet bindend en niet afdwingbaar en veel hangt dan ook af van het onderlinge vertrouwen tussen de nationale toezichthouders. Op *niveau 4* houdt de Commissie de hand aan de tijdige en correcte omzetting van de EU-wetgeving in nationaal recht. De Commissie kan bij strijdigheid met het Europese recht nalatigheidacties jegens de betrokken lidstaat instellen.

Komen op niveau 1 en 2 bindende richtlijnen en verordeningen tot stand, op niveau 3 zijn dat richtsnoeren, aanbevelingen en standaarden op het gebied van toepassing van de Europese regelgeving. Deze zijn niet bindend (zogenaamde *soft law*⁷³) en werken slechts indirect – via de nationale toepassingspraktijk – door. De niveau 3 comités hebben geen bevoegdheid tot het treffen van bindende maatregelen of besluiten. Naleving van deze regelgeving is dus afhankelijk van de bevoegdheden van de nationale toezichthouder. Heeft deze nationale toezichthouder geen regelgevende bevoegdheden, dan is hij voor de implementatie van deze regels afhankelijk van de nationale wetgever.⁷⁴

Andere samenwerkingsvormen komen ook voor. Zo bestaan in het financiële toezicht zogenaamde colleges van toezichthouders: dit zijn (vooralsnog) informele samenwerkingsverbanden tussen een paar nationale toezichthouders, geformeerd ten behoeve van het toezicht voor een specifieke internationaal opererende financiële instelling. Binnen het college komen de nationale toezichthouders bijeen uit die lidstaten, waar de instelling actief is. Binnen een college van toezichthouders geldt dat de toezichthouder van het land waar de financiële instelling is gevestigd de zogenaamde *lead supervisor* is. Deze neemt coördinerende taken op zich. De *lead supervisor* werkt samen met de andere toezichthouders in de colleges. De samenwerking in het colleges gaat in eerste instantie om (vrijwillige) informatie-uitwisseling en zij bespreken specifieke toezichtaspecten betreffende de financiële instelling.

3.4 Het netwerk van mededingingstoezichthouders: ECN

Het *European Competition Network* (ECN) is het netwerk van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de Commissie: zij vormen tezamen het netwerk. Het is opgericht bij de vaststelling van Verordening 1/2003 om de taakverdeling tussen de nationale mededingingsautoriteiten onderling en tussen de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie bij de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU efficiënt te laten verlopen.⁷⁵ Ook moet de samenwerking binnen het netwerk ervoor zorgen dat de Europese mededingingsregels doeltreffend en uniform worden toegepast.

⁷² CESR: Protocol on Mediation Mechanism of the Committee of European Securities Regulators, CESR/06-286b, 2 augustus 2006, zie: <http://www.cesr.eu/index.php?docid=3893>. CEBS: Protocol of the CEBS Mediation Mechanism, 25 september 2007, zie: <http://www.c-eb.org/formupload/fa/fa06fa4b-9441-41b1-ad4b-0a1aae33d123.pdf>. CEIOPS: Protocol on Mediation Mechanism between Insurance and Pension Supervisors. CEIOPS-doc-14/07, zie: http://www.ceiops.eu/media/docman/public_files/publications/protocols/.

⁷³ Zie hierover [Duijkersloot 2007].

⁷⁴ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie Evaluatie van de Lamfalussy-procedure. Bevorderen van de toezichtconvergentie, Brussel, 20.11.2007 COM(2007) 727 definitief, p. 8.

⁷⁵ Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PbEU* 2004, C 101, p. 43-53 en Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, te vinden in het register van de Raad op het webadres <http://register.consilium.eu.int> (document nr. 15435/02 ADD 1).

Concept in wording (november 2010)

Om deze doelstellingen te bereiken, beschikken de nationale mededingingsautoriteiten over verschillende bevoegdheden. Zij dienen elkaar te informeren over aanhangige procedures.⁷⁶ Naar aanleiding hiervan kunnen zaken worden doorverwezen of worden afgewezen op grond van het feit dat een andere mededingingsautoriteit de zaak reeds behandelt.⁷⁷ De nationale mededingingsautoriteiten zijn ook bevoegd gegevens, zowel van feitelijke als van juridische aard, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, uit te wisselen en deze als bewijsmiddel te gebruiken.⁷⁸ Bovendien kunnen de nationale mededingingsautoriteiten elkaar verzoeken bepaalde onderzoeksmaatregelen uit te voeren.⁷⁹

Het netwerk was aanvankelijk opgezet als (virtueel) notificatienetwerk. Inmiddels is het uitgegroeid tot een structureel samenwerkingsverband, waar ook inhoudelijke afstemming van het Europese mededingingsrecht en indirect ook van het nationale mededingingsrecht plaatsvindt. Dit heeft onder meer geresulteerd in het ECN Model Clementieprogramma.⁸⁰ Volgens de recente rapportage van de Commissie functioneert het netwerk goed en heeft het de afgelopen jaren voor een efficiënte en consistente toepassing van de mededingingsregels geleid.⁸¹

3.5 *Het netwerk van consumentenautoriteiten: CPC Network*

Zoals reeds beschreven in paragraaf 2.2.3 bevat Verordening 2006/2004⁸² verschillende mechanismen voor samenwerking en coördinatie tussen de nationale toezichthouders op het gebied van consumentenbescherming. Op basis van deze verordening zijn de nationale toezichthouders verplicht om elkaar wederzijdse bijstand te bieden in het geval van een (potentiële) grensoverschrijdende inbreuk op de Europese regelgeving ter bescherming van de belangen van de consument. Om deze wederzijdse bijstandsverlening in goede banen te leiden, richt Verordening 2006/2004 tegelijkertijd een netwerk van nationale toezichthouders op. Binnen dit netwerk vindt de ontwikkeling van een elektronisch netwerk plaats om de uitwisseling van informatie te bevorderen. Een groot aantal nationale autoriteiten was evenwel tot voor kort niet aangesloten op het systeem, hetgeen de samenwerking bemoeilijkt. Daarnaast worden binnen het netwerk standpunten over de interpretatie van de relevante wetgeving uitgewisseld. Het netwerk dient zich nog verder te ontwikkelen en moet zich nog sterker gaan profileren.⁸³

Uit het verslag van de Commissie blijkt dat in 2007 327 verzoeken en in 2008 392 verzoeken tot wederzijdse bijstand zijn gedaan. Uit het jaarverslag 2009 van de ConsumentenAutoriteit⁸⁴ blijkt dat sinds de oprichting van CPC ruim 800 verzoeken zijn ingediend. In 2009 was de

⁷⁶ Artikel 11 lid 3 Verordening 1/2003.

⁷⁷ Artikel 13 Verordening 1/2003: zie over de afstemmingsprocedures tussen de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie paragraaf 2.2 van dit artikel.

⁷⁸ Artikel 12 Verordening 1/2003.

⁷⁹ Artikel 22 Verordening 1/2003.

⁸⁰ EC Leniency Programme, uitgevaardigd op 29 september 2006, ec.europa.eu/comm./competition/ecn/model_leniency_en.pdf. In Nederland is dit voor het Nederlandse mededingingsrecht vastgelegd in de Richtsnoeren clementie, regeling van 9 oktober 2007, *Stcrt.* 2007, nr. 196.

⁸¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009) 206 final, par. 23-33.

⁸² Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEU* 2004, L 364, p. 1-11.

⁸³ Zie het rapport van de Commissie, p. 9.

⁸⁴ [...]

Concept in wording (november 2010)

ConsumentenAutoriteit koploper binnen Europa wat betreft het aantal ontvangen verzoeken om bijstand, gevolgd door Engeland en Frankrijk. In 2009 is 79 maal een beroep op deze organisatie vanuit het buitenland gedaan.⁸⁵ Daarnaast vinden regelmatig zogenaamde *alerts* plaats: een alert is een signaal/melding van de ene aan de nadere toezichthouder over een lopend onderzoek dat mogelijk gevolgen heeft voor de andere toezichthouder. Ook zijn er zogenaamde *sweeps*: dit zijn gezamenlijke acties van twee of meer nationale toezichthouders inzake markttoezicht en handhaving, waarbij zij tegelijkertijd grensoverschrijdende activiteiten aanpakken. Vanuit Nederland zijn in 2009 door de ConsumentenAutoriteit 24 zaken verstuurd naar andere lidstaten, waarbij het bijvoorbeeld gaat om buitenlandse webwinkels die zich in Nederland niet aan de *e-commerce* regels houden en daarmee Nederlandse consumenten schade berokken.⁸⁶

4. Niveau 3: Europese toezichthouders

4.1 Inleiding

De Commissie meent dat Europese toezichthouders noodzakelijk zijn, aangezien er nog teveel inconsistenties in de nationale uitvoeringspraktijken bestaan en een verdere coördinatie dient plaats te vinden. Nieuwe Europese toezichthouders worden op dit moment opgericht: recentelijk voor de communicatiemarkt, BEREC (Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie)⁸⁷ en ACER voor energie⁸⁸. Ook vindt momenteel het wetgevingsproces plaats voor de oprichting van drie nieuwe Europese autoriteiten voor de financiële sectoren, de zogenaamde *European Financial Supervisors* (EFS): (i) *European Banking Authority* (EBA), (ii) *European Securities and Markets Authority* (ESMA), en (iii) *European Insurance and Occupational pensions Authority* (EIOPA). Daaroverheen komt voor het toezicht op systeemrisico's nog een *European Systemic Risk Board* (ESRB).⁸⁹

4.2 De communicatieregulator: BEREC

Aanvankelijk koesterde de Europese Commissie bij de liberalisering van de telecommunicatiemarkt de ambitie een Europese toezichthouder (de *European Regulatory Authority*) op te richten, die centraal het toezicht op de telecommunicatiemarkt zou uitoefenen. Dit stuitte echter op het nodige verzet van de Raad en de lidstaten, hetgeen ertoe leidde dat de Commissie deze ambitie liet varen.⁹⁰

⁸⁵ Deze verzoeken kunnen uitmonden in een Nederlands handhavingsbesluit. Zie bijvoorbeeld: besluit van 26 augustus 2010 in de zaak CA/NB/550 (op verzoek van de Belgische FOD Economie) betreffende verkoop van tickets via websites en besluit van 17 juni 2010 in de zaak 510/Celldorado (op verzoek van verschillende buitenlandse toezichthouders) betreffende internet-uitingen en televisiecampagnes.

⁸⁶ [Jaarverslag 2009, p.].

⁸⁷ Verordening (EG) Nr. 1211/2009 van het Europees parlement en de raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau, *Pb EU* 2009, L 337/1.

⁸⁸ 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 EU* 2009, L 211/1.

⁸⁹ Zie de diverse voorstellen van de Commissie voor de oprichting van European Financial Supervisors en een European Systemic Risk Board: COM(2009) nrs. 499, 501, 502 en 503 final en European Parliament, *Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing a European banking Authority*, 2009/0142 (COD), 10.02.2010.

⁹⁰ Zie voor een behandeling van deze totstandkominggeschiedenis: Larouche 2000, p. 415-423.

Concept in wording (november 2010)

Door de lidstaten en nationale toezichthouders werd aangenomen dat in het geval van een verdere centralisatie van het toezicht te weinig rekening zou worden gehouden met de specifieke kenmerken van de markten in de diverse lidstaten. Bovendien waren zij van mening dat de nationale toezichthouders beter geëquipeerd waren om met deze specifieke kenmerken van de nationale markten in de besluitvorming rekening te houden. Inmiddels is de tijd rijp gebleken voor een verdere centralisatie, hoewel dit proces niet zonder slag of stoot ging. Na jaren van samenwerkingservaring binnen het netwerk van de *European Regulators Group* (ERG) - de Europese Groep van nationale communicatie toezichthouders - voor een verdere Europeanisering van het toezicht in deze markt. ERG is nu omgevormd tot een Europese toezichthouder, de BEREC⁹¹. De ERG was opgericht om de Commissie te adviseren en bij te staan voor de ontwikkeling van de communicatiemarkt en als interface te fungeren tussen de nationale toezichthouders en de Commissie.⁹² De Commissie nam aan de vergaderingen deel als toehoorder.⁹³

Doelstelling van de BEREC is een consistente toepassing van het EU regelgevingkader voor telecommunicatie door de samenwerking tussen de nationale toezichthouders onderling en de nationale toezichthouders en de Commissie te stimuleren.⁹⁴ De taken van BEREC liggen slechts op het adviserende vlak. Zij heeft geen bevoegdheid tot het nemen van bindende besluiten. Bij diverse procedures uit de communicatierichtlijnen dient BEREC advies uit te brengen aan de nationale toezichthouders of de Commissie.⁹⁵

4.3 De energieregulator: ACER

ACER (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*) is een Agentschap voor samenwerking tussen energieregulators. Het is opgericht om de nationale energieregulators bij te staan bij het op Gemeenschapsniveau uitoefenen van hun reguleringstaken en hun optreden te coördineren⁹⁶. Deze doelstellingen werden eerder nagestreefd door ERGEG (*European Regulators Group for Electricity and Gas*). Dit netwerk was een onafhankelijk adviesgroep dat was opgericht om de advisering, coördinatie en samenwerking tussen de nationale energietoezichthouders en tussen deze toezichthouders en de Commissie vorm te geven.⁹⁷ De Commissie nam als toehoorder deel aan de vergaderingen van dit Europese netwerk. Vanwege de verdere internationalisering van de energiemarkten werd door de lidstaten en de nationale toezichthouders de noodzaak gevoeld tot een meer gestructureerde, Europese samenwerking. Binnen de sector werd algemeen erkend dat deze samenwerkingsvorm tussen de regulators zou moeten plaatsmaken voor een communautaire

⁹¹ Verordening (EG) nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau, *PbEU* 2009, L 337, p. 1-10.

⁹² [verwijzen naar gezamenlijke documenten]

⁹³ Daarnaast bestaat (nog steeds) het netwerk IRG (International Regulators Group), welke bijeenkomst zonder deelname van de Commissie. Het is onduidelijk op welke wijze dit netwerk zal voortbestaan.

⁹⁴ Preambule Verordening 1211/2009, paragraaf 8.

⁹⁵ Artikel 3 lid 1 Verordening 1211/2009.

⁹⁶ Artikel 1 Verordening 713/2009: 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, *PbEU* 2009, L 211, p. 1-14.

⁹⁷ Besluit 2003/796/EG, *Pb EG* 2003, L 296/34. Daarnaast bestaat het informele samenwerkingsverband, CEER (Council of European Energy Regulators), dat sterk verweven was met de ERGEG. [voorbeelden van de output van ERGEG]

Concept in wording (november 2010)

structuur met duidelijke bevoegdheden.⁹⁸ Dit verschil is te verklaren door de verschillen tussen beide markten, waar in de energiemarkt een grotere noodzaak bestaat tot nauwe samenwerking op Europees niveau.

ACER brengt advies uit aan transmissiesysteembeheerders, regulators en het Europees Parlement, de Raad en Commissie⁹⁹, maar kan ook zelf besluiten nemen. Het is bevoegd om beslissingen te nemen over bepaalde technische aangelegenheden¹⁰⁰, besluiten te nemen waarover de nationale regulators geen overeenstemming kunnen bereiken¹⁰¹ en over grensoverschrijdende infrastructuur¹⁰² en bepaalde vrijstellingen en ontheffingen te verlenen.¹⁰³ De bevoegdheden van ACER gaan daarmee aanzienlijk verder dan die van BERC.

4.4 De financiële autoriteiten: EBA, ESMA en EIOPA

De Commissie heeft op grond van het De Larosière-rapport de eerste stappen gezet het Europees financieel toezicht te wijzigen. In de mededeling van de Commissie van 27 mei 2009 doet de Commissie enkele voorstellen het Europees financieel toezicht te wijzigen.¹⁰⁴ Op 2 september 2010 is voorlopige overeenstemming over deze voorstellen bereikt tussen de President van de Raad en het Europees Parlement.¹⁰⁵ Volgens de Commissie heeft de crisis aangetoond dat er sprake is van ernstige manco's in de samenwerking, de coördinatie, de consistentie en het vertrouwen tussen nationale toezichthouders. De Commissie wil de door de crisis blootgelegde tekortkomingen in het toezicht verhelpen door de creatie van een nieuw toezichtkader. De nieuwe toezichtstructuur is als volgt vorm gegeven:

- (i) European Systemic Risk Council (ESRC): die zal worden belast met het opsporen en evalueren van mogelijke bedreigingen voor de financiële stabiliteit welke voortvloeien uit macro-economische ontwikkelingen en uit ontwikkelingen in het financiële stelsel als geheel (macroprudentieel toezicht), en
- (ii) European System of Financial Supervisors (ESFS): dat bestaat uit het netwerk van nationale financiële toezichthouders die samenwerken met nieuwe Europese toezichthoudende autoriteiten om de financiële soliditeit op het niveau van de individuele financiële instellingen veilig te stellen en consumenten van financiële diensten te beschermen (microprudentieel toezicht).¹⁰⁶

⁹⁸ Preambule Verordening 713/2009, paragraaf 3.

⁹⁹ Artikel 4 Verordening 713/2009.

¹⁰⁰ Artikel 7 Verordening 713/2009.

¹⁰¹ artikel 8 Verordening 713/2009

¹⁰² Artikel 7, lid 7 Verordening 713/2009.

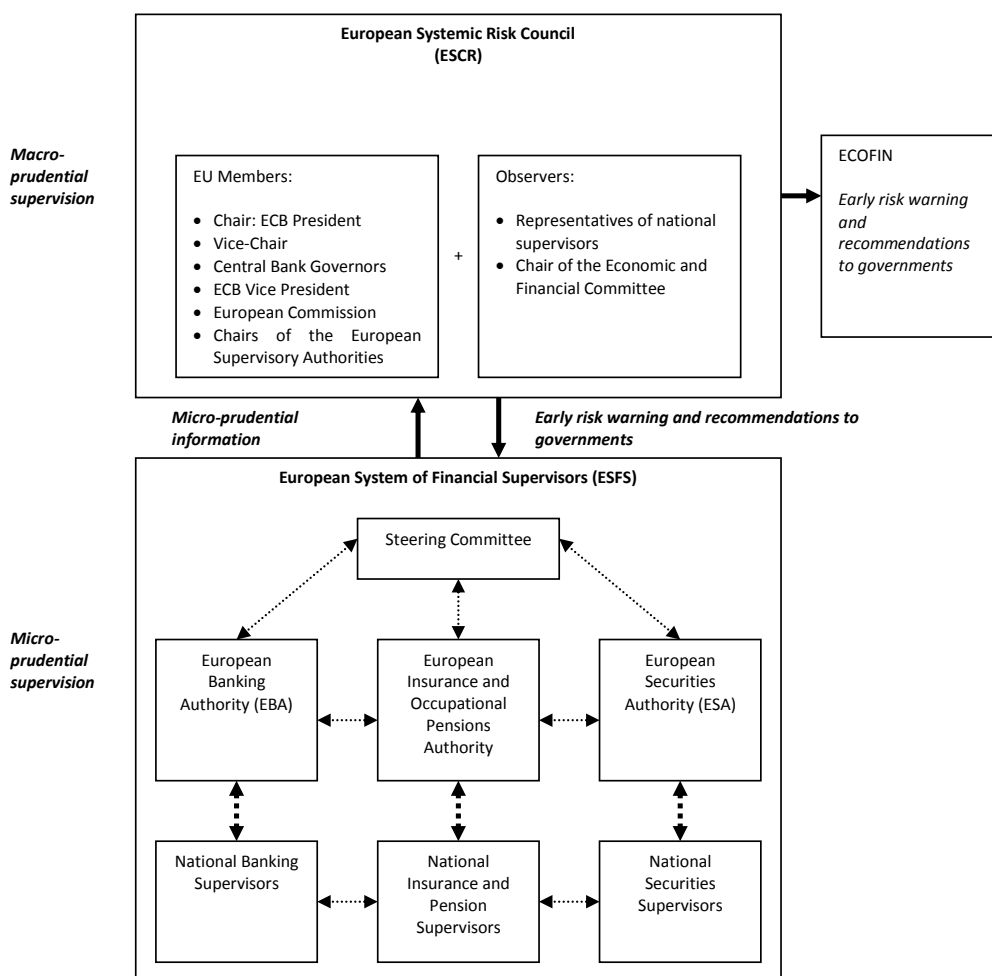
¹⁰³ Artikel 9 Verordening 713/2009 en Artikel 3 lid 3 Verordening 1211/2009 [check].

¹⁰⁴ Europese Commissie, Mededeling van de Europese Commissie, Europees financieel toezicht, Brussel 27 mei 2009, COM(2009) 252. Zie voor een bespreking van deze voorstellen: R.J. de Doelder & I.M. Jansen, 'Een nieuw Europees Toezichtraamwerk', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 1/2, jaargang 12, februari 2010, p. 17-23.

¹⁰⁵ Brussel, 6 september 2010, 13179/10, EF 92, ECOFIN 499, SURE 39, CODEC 772.

¹⁰⁶ Europese Commissie, Mededeling van de Europese Commissie, Europees financieel toezicht, Brussel 27 mei 2009, COM(2009) 252, p. 3.

Concept in wording (november 2010)



De ESRB krijgt als belangrijkste taak het macro-prudentieel toezicht binnen Europa in de gaten te houden. Deze 'board' zal geen bindende bevoegdheden verkrijgen doch slechts waarschuwingen en aanbevelingen kunnen doen. Welke rol dit nieuwe orgaan daadwerkelijk zal krijgen, zal sterk afhangen van de toepassingspraktijk. Of zij daadwerkelijk invloed zal kunnen uitoefenen in crisissituaties zal afhangen van haar informele gezag, aangezien dit orgaan niet beschikt over formele bindende bevoegdheden.

De structuur van de drie voorstellen tot de oprichting van de EFS - EBA, EIOPA en ESMA - zijn op hoofdlijnen gelijklopend. Deze nieuwe autoriteiten zullen beschikken over de volgende bevoegdheden:

- (i) ontwikkelen en voorstellen van technische standaarden (zogenaamde *Single Technical Rule Book*). Deze technische standaarden worden door de Commissie vastgesteld¹⁰⁷;

¹⁰⁷ Artikel 7 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

Concept in wording (november 2010)

- (ii) uitvaardigen van interpretatieve richtsnoeren, waarmee de nationale toezichthouders bij hun besluitvorming zoveel mogelijk rekening dienen te houden¹⁰⁸,
- (iii) het faciliteren en coördineren van acties van nationale toezichthouders in geval van een crisissituatie¹⁰⁹,
- (iv) bindende besluiten nemen in geval van een geschil tussen nationale toezichthouders¹¹⁰,
- (v) ondersteunen en aansturen van de samengestelde *colleges of supervisors*¹¹¹,
- (vi) geven van (on)gevraagd advies/opinies aan de Commissie en het Europese Parlement¹¹²,
- (vii) aanwijzingen geven aan nationale autoriteiten wegens niet nakomen van Europese verplichtingen en indien dit niet wordt opgevolgd, het geven van een specifieke instructie aan de betrokken financiële instelling.¹¹³

De Commissie kiest derhalve niet voor de oprichting van een centrale, Europese toezichthouder, maar voor het handhaven van het toezicht op nationaal niveau door de nationale toezichthouders, aangestuurd door Europese agentschappen, de EFS.¹¹⁴ Vernieuwend is de institutionele structuur, waarmee de huidige Europese netwerken (niveau 3 comités) worden omgezet tot “echte” autoriteiten. Hoewel aanvankelijk het idee was deze autoriteiten zelf de bevoegdheden te geven tot het vaststellen van bindende technische standaarden, is dit niet in de vastgestelde tekst overgenomen. Deze bevoegdheid is nu voorbehouden aan de Commissie, die een bindend Single Technical Rule Book zal vaststellen op instigatie van de EFA's.¹¹⁵ Dit *Single Technical Rule Book* betekent een belangrijke stap tot verdergaande harmonisatie van essentiële normen en daarmee van de nationale uitvoeringspraktijken. Dit zal leiden tot minder divergentie en betekent een verbetering ten opzichte van de huidige situatie.

Daarnaast wordt in de voorstellen voorzien in een belangrijke, bindende geschilprocedure tussen de nationale toezichthouders en besluitvorming in geval van crisissituaties, om situaties, zoals Icesave, te voorkomen. Het is evenwel de Raad die een crisisbesluit – op voorspraak van de EFS – neemt.

¹⁰⁸ Artikel 8 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹⁰⁹ Artikel 10 en artikel 12a Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹¹⁰ Artikel 11 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹¹¹ Artikel 12 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹¹² Artikel 6, lid 2, sub f Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹¹³ Artikel 9 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

¹¹⁴ Zie voor kritiek op deze benadering: [Brinkhorst en Smits], zij menen dat deze voorstellen niet ver genoeg gaan.

¹¹⁵ Artikel 7 Proposal for a regulation of the European parliament and the Council establishing a European Banking Authority (6 September 2010).

Concept in wording (november 2010)

4.5 Euroregulators: vergelijking van taken en bevoegdheden

Kijkt men naar de structuur en bevoegdheden van deze nieuwe, Europese vehikels, dan lijkt het er op dat de Europese netwerken nu in een vastere structuur zijn verpakt, maar dat geen sprake is van een daadwerkelijke centrale, Europese aansturing. Echte “euroregulators” zijn het derhalve niet. Deze nieuwe entiteiten zijn door Lavrijssen & Hancher aangeduid als “netwerk-plus”.¹¹⁶ Gemakshalve wordt hier van “toezichthouders” gesproken. Het is de vraag of deze entiteiten ook daadwerkelijk als toezichthouder zijn te kwalificeren, zowel gezien vanuit hun governance structuur (paragraaf 4.5.1), als vanuit hun taken en bevoegdheden (paragraaf 4.5.2).

4.5.1 Governance structuur

Bezien vanuit de gekozen governance structuur, dan zou men zich kunnen afvragen wat nu precies de Europese dimensie is. De macht is en blijft geconcentreerd bij de nationale toezichthouders. Immers, deze autoriteiten hebben een grote invloed in het bestuur van de Europese toezichthouder. Dit geldt bijvoorbeeld in sterke mate het geval bij BEREC, waar de BEREC is samengesteld uit een raad van regelgevers, welke bestaat uit een lid per lidstaat dat aan het hoofd staat van de nationale autoriteit.¹¹⁷ Een vergelijkbare constructie is gekozen bij de Europese financiële autoriteiten, waar de *board of supervisors* voor een belangrijk deel bestaat uit de *heads* van de nationale toezichthouders (de leden aangewezen door de ECB en de Commissie hebben geen stemrecht). Bij de energietoezichthouders heeft de Commissie en het Europese parlement meer invloed, aangezien zij rechtstreeks leden van de raden van bestuur (met stemrecht) mogen aanwijzen.¹¹⁸

Hoewel deze nieuwe entiteiten wel degelijk een zekere mate van onafhankelijkheid kennen, zijn problemen van onafhankelijkheid op nationaal niveau nu als het ware op Europees niveau geïncorporeerd door de grote invloed van de nationale autoriteiten in deze nieuwe Europese toezichthouders.¹¹⁹ Vergelijkt men deze structuur bijvoorbeeld met die van de Europese Privacytoezichthouder, welke door het Europese Hof in de zaak *Commissie vs. Duitsland*¹²⁰ als het schoolvoorbeeld van (volledige) onafhankelijkheid werd genoemd, dan is het de vraag of deze structuren voldoende waarborgen voor onafhankelijkheid bevatten. De eis van onafhankelijkheid dient wel gepaard te gaan met voldoende transparantie eisen (eisen van accountability¹²¹), zodat de

¹¹⁶ Lavrijssen & Hancher 2007.

¹¹⁷ Artikel 4 lid 1 en 2 Verordening 1211/2009 artikel 4 lid 1 en 2 Verordening 1211/2009.

¹¹⁸ Artikel 12 Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees parlement en de raad van 13 juni 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators, *Pb EU*, L211/1. Daarnaast bestaat nog Raad van Regulators, die bestaat uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders en de Commissie (deze laatste evenwel weer zonder stemrecht): artikel 14. De verhouding tussen beide organen is niet geheel duidelijk uit de Verordening af te leiden.

¹¹⁹ Een andere visie is Chiti toegedaan, die juist meent dat deze nieuwe autoriteiten een zekere mate van onafhankelijkheid genieten. Daarbij doelt hij met name op onafhankelijkheid vis-à-vis producenten, consumenten en politieke instituties, waaronder de Commissie. Hij gaat daarbij niet in op de invloed van nationale overheden op deze organen: E. Chiti, ‘An important part of EU’s institutional machinery: features, problems and perspectives of European agencies’, *CML Rev.* **46**: 1395-1442, 2009, p. 1429.

¹²⁰ HJEU 9 maart 2010, Commissie vs. Duitsland, zaak C-518/07, Tijdschrift voor Toezicht, nr. 3-2010, p. 78-86, m.nt. ATO.

¹²¹ [literatuur]

Concept in wording (november 2010)

controle op deze autoriteiten (in elk geval op papier) afdoende is. In de meeste regelingen is hierin voorzien, zij het niet altijd in dezelfde mate.¹²²

4.5.2 Taken en bevoegdheden

Ook vanuit een oogpunt van taken en bevoegdheden, kan de Europese dimensie worden gerelativeerd. De taken liggen met name op het adviserende vlak, welke niet sterk afwijkt van de adviserende functies van de Europese netwerken. De adviesfunctie is nu wel meer ingebed, waarbij de adviezen zwaar wegen en de Commissie hiermee wel degelijk rekening dient te houden. Slechts in uitzonderlijke gevallen is sprake van de bevoegdheid tot het nemen van bindende besluiten. De nieuwe financiële toezichthouders kunnen rechtstreeks een bindend besluit nemen jegens een financiële instelling, indien de nationale toezichthouder in strijd met het Europese recht in gebreke blijft dit te doen. Dit vormt een innovatief en effectief instrument – naast de mogelijkheid van de Commissie om op grond van artikel 258 TFEU een infractieprocedure te starten - ter voorkoming van een handhavingdeficit op nationaal niveau. In andere gevallen beschikken zij slechts over een adviesfunctie. Ook de Europese energietoezichthouders mogen slechts aanbevelingen en adviezen geven. Zij beschikken wel over de bevoegdheid een bindend besluit te nemen over technische aangelegenheden en tussenbeide komen indien nationale toezichthouders geen overeenstemming bereiken met betrekking tot grensoverschrijdende infrastructuur. Daarmee beschikken de energieregulators – in vergelijking met de andere Europese toezichthouders – over de meest verstrekkende bevoegdheden. De taken van BEREC daarentegen liggen alle in de adviessfeer en kan geen bindende besluiten nemen. Deze adviezen zijn overigens niet geheel vrijblijvend: de Commissie dient met deze adviezen, aanbevelingen, richtsnoeren etc.. “zoveel mogelijk rekening te houden”¹²³.

Een belangrijk element bij de oprichting van Europese toezichthouders en de toekenning van taken en bevoegdheden aan deze Europese entiteiten betreft de *Meroni*-problematiek¹²⁴. In *Meroni* betrof het de situatie, waarbij de Commissie haar discretionaire bevoegdheden delegerde aan een privaatrechtelijk orgaan.¹²⁵ Uit de traditionele visie op dit arrest volgt dat de Commissie geen bevoegdheden, waarmee discretionaire ruimte is gemoeid, kan delegeren aan Europese organen, zoals de nieuwe opgerichte Europese toezichthouders. Bezie men de voorstellen van de Commissie tot oprichting van deze nieuwe organen in de verschillende sectoren, dan kan over het algemeen worden gesteld dat deze Euroregulators slechts technische, adviserende bevoegdheden hebben en geen regulerende taken, laat staan bevoegdheden waarbij sprake is van discretionaire ruimte. Zo is duidelijk dat de Commissie - in het licht van de *Meroni zaak*- er voor heeft gewaakt dat de Europese financiële autoriteiten geen regelgevende bevoegdheden krijgen: zij kunnen slechts conceptregels (zoals de technische standaarden) voorstellen aan de Commissie, die deze vervolgens zal

¹²² [verwijzing artikelen] Recent onderzoek ten aanzien van *European Agencies* heeft overigens aangetoond dat op de regelingen van *accountability* in veel gevallen als zodanig niet veel valt aan te merken, maar er bij de feitelijke controleactiviteiten door degenen die deze Europese organen moeten controleren nog wel eens wat mis gaat: [Busuioac 2010].

¹²³ artikel 3, lid 3 Vo nr. 1211/2009.

¹²⁴ HJEG 13 juni 1958, *Meroni*, zaak C-5/56, *Jur.* 1958, p. 58.

¹²⁵ [literatuurverwijzingen] Zie bijvoorbeeld H. van Meerten & A.T. Ottow, 'The proposals for the European Supervisory Authorities (ESAs): the right (legal) way forward?', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 1/2, jaargang 12-februari 2010, p. 11-15.

Concept in wording (november 2010)

vaststellen.¹²⁶ Ook is het slechts de Raad die besluiten neemt in het geval van een crisissituatie en niet de EFS, zoals aanvankelijk wel de bedoeling was. Het nemen van een individuele beslissing ten aanzien van individuele instelling is mogelijk wel een heikel punt. Immers, met de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid kan sprake zijn van de invulling van discretionaire ruimte, hetgeen op gespannen voet zou komen te staan met de zaak *Meroni*.

4.5.3 Rol van de Commissie

Het moge duidelijk zijn dat de Commissie een belangrijke rol speelt in dit Europeaniseringproces en als regisseur van de nieuwe architectuur optreedt. Daarbij is de invloed van de Commissie bij al deze nieuwe structuren groot: zowel als toehoorder bij de Europese netwerken, als (non) *voting member* van de besturen van de Europese toezichthouders, bij de interventies van (ontwerp) besluiten, als het vaststellen van technische standaarden. Zij oefent daarmee een zeker tegenwicht uit voor de nieuwe Europese toezichthouders, mede onder het toezien oog van de Raad en het Europees parlement. De euroregulators fungeren voor de Commissie als een belangrijk vehikel om meer grip te krijgen op de nationale toezichthouders, al blijft de invloed van de nationale toezichthouders op deze Europese organen groot. Op het neerleggen van bevoegdheden bij een Europees orgaan buiten de Commissie om, blijft vooralsnog een taboe rusten.¹²⁷

5. Conclusie : geen daadwerkelijke centralisatie

Hoe nu tegen deze nieuwe structuren aan te kijken? De cruciale vraag is of deze structuren voldoende beantwoorden aan hetgeen nodig is in het licht van de kenmerken van de betrokken markt en de samenwerkingsstructuren die er reeds zijn. Voor de communicatiemarkt bijvoorbeeld heeft de Commissie al een aanzienlijke invloed op de besluitvorming op nationaal niveau (artikel 7 procedure). Bovendien is het de vraag of deze sector behoefte heeft aan een centraal aansturingmechanisme: hoewel de spelers zeer internationaal zijn (maar zeker niet allemaal), zijn de markten nog in grote mate nationaal en zelfs lokaal georiënteerd. Kennis en expertise van de nationale toezichthouders is daar geboden. De Commissie had aanvankelijk veel ambitieuzere plannen en wilde meer "macht" op het Europese niveau trekken, maar om nationale politieke redenen zijn deze voorstellen aanzienlijk afgevlakt. Het resultaat is een duidelijk politiek compromis.

Anders ligt dit voor de financiële sector. Tegen het licht van de financiële crisis, lijken de voorstellen van de Europese Commissie niet ver genoeg te gaan en is juist behoefte aan meer centrale, Europese aansturing. De huidige voorstellen zijn ingewikkeld, leiden tot vergaande coördinatieproblemen en trage besluitvormingsprocedures.¹²⁸ Daadwerkelijk onafhankelijk toezicht op Europees niveau is geboden, maar hiervoor bieden de Verdragen in feite een te magere juridische basis en is de Commissie nu nog gebonden aan de beperkingen die het *Meroni-arrest* met zich meebrengt. De internationalisering van deze financiële markten vergt een meer robuuste, echt centrale, Europese

¹²⁶ Zie artikel 7, Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing a European Banking Authority, 6 September 2010. De Commissie kan dit voorstel slechts onder specifieke omstandigheden wijzigen of aanpassen. Het Europese parlement en de Raad hebben de mogelijkheid bezwaar aan te tekenen tegen de vaststelling van deze standaarden door de Commissie (artikel 7b). Zie tevens de artikelen 7b-7d.

¹²⁷ Chiti 2010, p. 1434. Dit blijkt ook het de *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. European agencies – The way forward*, Brussels, 11.3.2008, COM(2008) 135 final.

¹²⁸ [Bijlage II bij Commissie De Wit].

Concept in wording (november 2010)

toezichtarchitectuur. Daarbij dient ook meer oog te bestaan voor de onafhankelijkheid van de lidstaten ter voorkoming van focus op nationale belangen, maar ook onafhankelijkheid ten opzichte van de Commissie en de Raad als politieke organen binnen de Europese Unie. Het zelfde geldt overigens – wellicht in iets mindere mate – voor de energiemarkten, waar de noodzaak tot vergaande samenwerking bestaat en Europese oplossingen nodig zijn om de problemen in de toekomst het hoofd te kunnen bieden.

De Europeanisering van het toezicht kent dus vele varianten en gradaties. Er is niet een toezichtmodel dat in de verschillende sectoren is toegepast, maar is een langzaam groeiproces, dat met vallen en opstaan gepaard gaat. De vraag is of het ontbreken van een dergelijk model ongunstig is. Mijn conclusie is dat juist het ontbreken van een vast model, binnen Europa juist de nodige flexibiliteit biedt.¹²⁹ Of een Europese toezichthouder noodzakelijk is, hangt mede af van de structuur en kenmerken van de betrokken markt. In een sterk internationaal georiënteerde, dynamische markt ligt een dergelijke Europese toezichthouder meer voor de hand dan daar waar de markten nog sterk nationaal georiënteerd zijn. Bovendien dient bij de opzet van de handhavingstructuur mede te worden bezien welke risico's een rol spelen. Indien deze beperkt zijn of zich met name op nationaal niveau voordoen, ligt een keuze voor een verdergaand Europees model niet voor de hand. De bestaande netwerkstructuren van nationale toezichthouders vormen in die omstandigheden een voldoende bindmiddel om de nationale praktijken op elkaar af te stemmen en de nationale markten goed te laten functioneren, met hier en daar een Brussels correctiemechanisme. De argumenten voor volledige Europeanisering moeten dus enigszins worden gerelativeerd. Tegelijkertijd ontbreekt juist weer een goede Europese structuur voor die markten die een centrale aansturing behoeven, zoals de financiële markten. Gezien de internationale ontwikkelingen en risico's is voor die markten een verdergaande mate van centralisatie nodig. Het zal een kwestie van tijd zijn dat ook op deze terreinen een nieuwe fase van Europeanisering zal intreden. In elk geval is met de nieuwste regelgeving een belangrijke stap gezet.

¹²⁹ Chiti pleit voor een model, waarbij de bevoegdheden buiten de Commissie worden geplaatst: Chiti 2010, p. 1438-1442.

Overzicht van bevoegdheden		
Niveau 1 - Commissie ten opzichte van nationale toezichthouders		
Consumenten	De Commissie moet door de nationale autoriteiten op de hoogte worden gesteld van intracommunautaire inbreuken, handhavingmaatregelen (artikel 7 lid 1 en 2 Verordening 2006/2004), coördinatie van het markttoezicht (artikel 9 lid 3 Verordening 2006/2004) en de gronden voor weigering van een verzoek om bijstand (artikel 15 lid 5 Verordening 2006/2004). In sommige gevallen is de Commissie bevoegd om advies te geven volgens de procedure van artikel 19 Verordening 2006/2004. Het toezicht is geregeld via een <i>home state control</i> -systeem.	
Financieel	De Commissie moet op de hoogte worden gesteld van verleende en ingetrokken vergunningen (artikel 14 en artikel 17 lid 2 herziene Bankenrichtlijn) en van getroffen conservatoire maatregelen (artikel 33 herziene Bankenrichtlijn). De Commissie kan, na raadpleging van de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten, besluiten dat de betrokken lidstaat deze maatregelen moet wijzigen of intrekken.	
Mededinging	De nationale mededingingsautoriteiten zijn verplicht aan de Commissie te melden wanneer zij optreden op grond van artikel 101 en 102 VWEU (artikel 11 lid 3 en 4 Verordening 1/2003). De Commissie kan naar aanleiding van deze melding opmerkingen maken of de zaak van de nationale mededingingsautoriteit overnemen (artikel 11 lid 6 Verordening 1/2003).	
Telecom	<i>Ex ante</i> toezicht: de Commissie is bevoegd om advies te geven over ontwerpmaatregelen van de nationale toezichthouders (artikel 7 lid 3 gewijzigde Kaderrichtlijn). Ten aanzien van bepaalde ontwerpmaatregelen beschikt zij bovendien over een vetorecht (artikel 7 lid 5 gewijzigde Kaderrichtlijn).	
Energie	<i>Ex post</i> toezicht: de Commissie kan de nationale toezichthouders verzoeken een besluit te wijzigen of in te trekken (artikel 17 Verordening 714/2009 en artikel 48 Richtlijn 2009/73/EG). Wanneer de lidstaten niet aan dit verzoek voldoen, is de Commissie in sommige gevallen bevoegd zelf een definitief besluit te nemen.	
Niveau 2 - Netwerken van toezichthouders		
Financieel	De Commissie stelt op niveau 2 van de Lamfalussy-procedure uitvoeringsmaatregelen voor ter uitwerking van een kaderrichtlijn.	Het CEBT, CETVB en CEER brengen op niveau 3 van de Lamfalussy-procedure advies uit aan de Commissie over de voorgestelde uitvoeringsmaatregelen.
Mededinging	De Commissie is bevoegd een zaak van een nationale autoriteit naar zich toe te trekken (Artikel 11 lid 6 Verordening 1/2003).	De nationale mededingingsautoriteiten (verenigd in het ECN) zijn bevoegd om elkaar te informeren over aanhangige zaken, zaken aan elkaar door te verwijzen,

		bewijsgegevens uit te wisselen en onderzoeksmaatregelen voor elkaar uit te voeren (artikel 11, 12, 13 en 22 Verordening 1/2003).
Consumenten		De nationale autoriteiten (verenigd in het SCB-netwerk) zijn verplicht om elkaar wederzijdse bijstand te verlenen. Het kan gaan om het uitwisselen van informatie (artikelen 6 en 7 Verordening 2006/2004) of om het nemen van handhavingmaatregelen (artikel 8 Verordening 2006/2004).
Niveau 3 - Europese toezichthouders		
Telecom	De Commissie dient met de adviezen, aanbevelingen, richtsnoeren etc.. zoveel mogelijk rekening te houden (artikel 3, lid 3 Vo nr. 1211/2009).	BEREC is bij diverse procedures uit de communicatierichtlijnen bevoegd advies uit te brengen aan de nationale toezichthouders en de Commissie (artikel 3 lid 1 Verordening 1211/2009).
Energie		ACER is bevoegd om advies uit te brengen aan transmissiesysteembeheerders, regulators en het Europees Parlement, de Raad en Commissie (artikel 4 Verordening 713/2009). Bovendien is ACER bevoegd om besluiten te nemen over bepaalde technische aangelegenheden, besluiten te nemen waarover de nationale regulators geen overeenstemming kunnen bereiken en bepaalde vrijstellingen en ontheffingen te verlenen (artikel 7, 8 en 9 Verordening 713/2009).
Financieel	De Commissie is bevoegd de bindende technische standaarden vast te stellen (artikel 7 Voorstel 6 september 2010). De Raad neemt beslissingen in geval van een crisissituatie (Artikel 10 Voorstel 6 september 2010).	EBA, EIOPA en ESMA zullen bevoegd zijn om technische standaarden te ontwikkelen en voor te stellen (Artikel 7 Voorstel 6 september 2010), bindende besluiten te nemen in geval van een geschil tussen nationale toezichthouders (Artikel 11), de

Concept in wording (november 2010)

		<p>samengestelde <i>colleges of supervisors</i> te ondersteunen (artikel 12) en (on)gevraagd advies te geven aan de Commissie en het Europees Parlement (artikel 6).</p> <p>EBA, EIOPA en ESMA kunnen een bindend besluit aan een financiële instelling opleggen indien een nationale toezichthouder in strijd met het Europese recht in gebreke blijft maatregelen te treffen (artikel 9).</p>
--	--	---