

Zaak C-270/12 (*ESMA-short selling*) als opvolger van de *Meroni*- en *Romano-non-delegatiedoctrine*

Mr. M.P.M. van Rijsbergen en mr. drs. M. Scholten*

De meer dan een halve eeuw oude *Meroni/Romano-non-delegatiedoctrine* lijkt zijn opvolger te hebben gevonden. Dit blijkt uit het onlangs gewezen arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-270/12 (*ESMA-short selling*) van 22 januari 2014. Hierin wordt geoordeeld dat de delegatie van bevoegdheden om handelingen van algemene strekking vast te stellen mogelijk is, zodra de bevoegdheden nauwkeurig omkaderd zijn en door de rechter kunnen worden getoetst aan de door het delegerende gezag vastgelegde doelstellingen. Hiermee lijkt het Hof van Justitie de *Romano*-doctrine overboord te gooien. Een aantal belangrijke vragen met betrekking tot de *Meroni*-doctrine blijft echter onbeantwoord.

HvJ EU 22 januari 2014, zaak C-270/12, Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, n.n.g.

trouwe bevoegdheden.¹ 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. Regelgevende agentschappen stellen voornamelijk gemeenschappelijke regels vast, verrichten diensten en staan onder leiding of toezicht van een orgaan dat bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten en enige vertegenwoordigers van de Commissie.² ESMA is een agentschap met beslissingsbevoegdheid in de zin dat ESMA sommige besluiten zelf neemt, zonder tussenkomst van de Commissie.³ De implicaties op nationaal niveau zijn groot, want deze tot afzonderlijke juridische entiteiten gerichte juridisch bindende besluiten worden genomen ter vervanging van een besluit, of het achterwege blijven daarvan, van een bevoegde nationale autoriteit, dat mogelijk niet spoort met het besluit van

82

ESMA als EU-agentschap

De Europese Autoriteit voor effecten en markten (The European Securities and Markets Authority, afgekort ESMA) is een EU-agentschap. De EU kent ongeveer 35 agentschappen die van elkaar verschillen met betrekking tot de juridische grondslag waarop zij berusten, hun *accountability*-verplichtingen en de hun toever-

* Mr. M.P.M. (Marloes) van Rijsbergen is als promovenda verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en doet onderzoek binnen het nieuwe onderzoeksprogramma 'RENFORCE – Gedeelde Regulering en Handhaving in Europa' van deze universiteit. Haar promotieonderzoek ziet op de legitimiteit en effectiviteit van EU-agentschappen. Mr. drs. M. (Mira) Scholten is als postdoc verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en doet onderzoek binnen het nieuwe onderzoeksprogramma 'RENFORCE – Gedeelde Regulering en Handhaving in Europa' van deze universiteit. Haar promotieonderzoek zag op de politieke *accountability* van EU- en VS-onafhankelijke agentschappen.

1. Voor een uitgebreide studie over EU-agentschappen, zie M. Scholten, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2014.
2. HvJ EU 22 januari 2014, zaak C-270/12, *Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, n.n.g., conclusie A-G Jääskinen van 12 september 2013 (hierna: conclusie A-G Jääskinen), punt 21.
3. Conclusie A-G Jääskinen, punt 23.

ESMA. Dit is precies waartoe artikel 28⁴ van Verordening 2012/236/EU ESMA machtigt: krachtens artikel 28 lid 11 heeft een door ESMA vastgestelde maatregel voorrang op alle door een bevoegde nationale autoriteit genomen maatregelen.⁵

De Meroni- en Romano-non-delegatiedoctrine

De delegatie van bevoegdheden aan EU-agentschappen wordt al sinds 1958 sterk beperkt door de zogenoemde *Meroni*-non-delegatiedoctrine. In het arrest *Meroni*⁶ maakte het Hof van Justitie duidelijk dat de gevolgen van een delegatie van bevoegdheden sterk variëren naar gelang de aard van de betreffende bevoegdheden. Het stelde daarom een onderscheid voor tussen het delegeren van nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden waarvan de uitoefening strikt kan worden getoetst aan objectieve criteria en de delegatie van een discretionaire bevoegdheid die kan resulteren in het voeren van waar beleid. Het Hof van Justitie accepteerde de delegatie van de eerste soort bevoegdheden, maar stelde dat de tweede soort een verstoring oplevert van het bevoegdheidsevenwicht zoals dat wordt gewaarborgd in het Verdrag. Jaren later stelde het Hof van Justitie in 1981 in het arrest *Romano*⁷ een aanvullend non-delegatiecriterium vast waarin het de Raad niet toestond de bevoegdheid om ‘normatieve besluiten’ vast te stellen te delegeren aan EU-agentschappen. Deze beslissing was gebaseerd op de artikelen 155, 173 en 177 van het EEG-Verdrag. Hiermee werd namelijk enkel de mogelijkheid vastgesteld voor de Commissie om juridisch bindende besluiten te nemen en werd slechts voorzien in de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van besluiten van de Commissie en de Raad. De delegatie aan EU-agentschappen zou daarom onrechtmatig zijn, want het EEG-

4. Het kan gesteld worden dat art. 28 lid 1 Verordening 2012/236/EU op zowel individuele besluiten (onder a) als op besluiten van algemene strekking (onder b) ziet. ‘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 netto shortposities 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 b) natuurlijke of rechtspersonen het aangaan van een shorttransactie of een transactie die een ander financieel instrument dan de in artikel 1, lid 1, onder 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.’
5. Conclusie A-G Jääskinen, punt 24.
6. HvJ EG 13 juni 1958, zaak C-9/56, *Meroni/Hoge autoriteit*, Jur. 1958, p. 11.
7. HvJ EG 14 mei 1981, zaak C-98/80, *Romano/Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Jur. 1981, p. 1241.

Verdrag beschouwde agentschappen niet als auteurs van juridisch bindende besluiten en ook de mogelijkheid van rechterlijk toezicht op hun besluiten ontbrak. In de praktijk wordt de *Meroni*- en *Romano*-non-delegatiedoctrine echter niet altijd opgevolgd, aangezien het aantal EU-agentschappen aanzienlijk is toegenomen en hun bevoegdheden inmiddels zijn uitgebreid tot het nemen van juridisch bindende besluiten.⁸

Zaak C-270/12 (ESMA-short selling)

Op 31 mei 2012 heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland krachtens artikel 263 VWEU het Hof van Justitie verzocht om nietigverklaring van artikel 28 van Verordening 2012/236/EU betreffende *short selling* en bepaalde aspecten van kredietverzuim-*swaps*.⁹ Hiertoe heeft zij vier middelen met betrekking tot het arrest *Meroni*, het arrest *Romano*, de artikelen 290 en 291 VWEU, en artikel 114 VWEU naar voren gebracht. Het is belangrijk hier op te merken dat het VK niet opkwam tegen de oprichting van de Europese Autoriteit voor effecten en markten als zodanig.

Argumentatie Verenigd Koninkrijk

In de zaak C-270/12 (*ESMA-short selling*) bepleitte het VK allereerst een schending van de in het arrest *Meroni* uiteengezette beginselen betreffende de delegatie van bevoegdheden. Het VK betoogde dat het feit dat ESMA bij besluit vaststelt of de in artikel 28 lid 2 Verordening 2012/236/EU genoemde criteria zijn vervuld, een ‘zeer ruime discretionaire bevoegdheid’ impliceert.¹⁰ ESMA zou krachtens artikel 28 lid 1 over een ruime keuze beschikken wat betreft de op te leggen maatregel of maatregelen en de eventuele vast te stellen uitzonderingen. Deze keuzes hebben zeer belangrijke gevolgen op het gebied van het economische en financiële beleid. Het VK merkte op dat ESMA zich bij haar keuze van de te nemen maatregelen moet laten leiden door de in artikel 28 lid 3 genoemde factoren. Deze factoren omvatten ‘hoogst subjectieve criteria’. Het VK voerde verder aan dat, ook al zou artikel 28 aldus moeten worden uitgelegd dat het niet met zich brengt dat ESMA politieke keuzes

8. Zie hierover bijvoorbeeld E. Chiti, ‘An Important Part of the EU’s Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies’, *Common Market Law Review* 46, 2009, nr. 5, p. 1395-1442, p. 1406.
9. Verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 betreffende *short selling* en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps, *Pb. EU* 2012, L 86/1.
10. HvJ EU 22 januari 2014, zaak C-270/12, *Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, n.n.g (hierna: *ESMA-short selling*), punt 28.

maakt in de vorm van macro-economische beleidsbeslissingen, deze bepaling daarom niet minder in strijd is met *Meroni*, aangezien ESMA beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid wat de toepassing van het betrokken beleid betreft.¹¹

Ten tweede betoogde het VK dat het in het arrest *Romano* vastgestelde beginsel geschonden was. Volgens het VK verleent artikel 28 ESMA de bevoegdheid om ‘quasi-wetgevende handelingen’ van algemene strekking vast te stellen, omdat het verbod op shorttransacties alle personen treft die transacties in dit instrument of in deze categorie instrumenten verrichten. Het gaat dus niet om een individueel besluit of zelfs niet om een bundel van individuele besluiten, ook al is een dergelijke maatregel slechts van toepassing op een zeer beperkte waaier van effecten, maar om een ‘normatieve maatregel van algemene strekking’.¹²

Ten derde heeft het VK betoogd dat de delegatie van bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 28 onverenigbaar is met de Verdragen, aangezien de artikelen 290 en 291 VWEU de omstandigheden waarin bepaalde bevoegdheden aan de Commissie kunnen worden verleend, specifiek omschrijven. Volgens het VK treft elk verbod op shorttransacties krachtens artikel 28 lid 1 alle personen die transacties in dit instrument of in deze categorie instrumenten verrichten. Het gaat dus om een maatregel van algemene strekking die niet aan een dergelijke instantie kan worden gedelegeerd.¹³

Ten vierde was het VK van mening dat, indien toch zou worden geoordeeld dat artikel 28 aan ESMA de bevoegdheid verleent om besluiten te richten tot natuurlijke of rechtspersonen, de grenzen van de in artikel 114 VWEU omschreven bevoegdheden worden overschreden. Artikel 114 VWEU verleent de Uniewetgever niet het recht om individuele besluiten zonder algemene strekking vast te stellen en evenmin de bevoegdheid om dergelijke besluiten te nemen, aan de Commissie of een instantie van de Unie te delegeren. Volgens het VK kunnen besluiten die tot financiële instellingen worden gericht en die besluiten van de bevoegde nationale autoriteiten tenietdoen, niet als harmonisatiemaatregelen in de zin van artikel 114 VWEU worden beschouwd.¹⁴

Conclusie advocaat-generaal

Ter terechtzitting van 12 september 2013 heeft advocaat-generaal Jääskinen zijn conclusie genomen. Hij is van mening dat de kern van de zaak erin is gelegen dat artikel 28 Verordening 2012/236/EU geen 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. Volgens advocaat-generaal Jääskinen kunnen de beginselen van de arresten *Romano* en *Meroni*, gezien de met het Verdrag van Lissabon doorgevoerde wijzigingen, en met name de bevestiging in het primaire recht dat de handelingen van agentschappen naar Unierecht aan rechterlijke toetsing onderworpen zijn, de conclusies die het VK aan deze rechtspraak verbindt, niet rechtvaardigen. Volgens de advocaat-generaal dient het beroep tot nietigverklaring van het VK niettemin te slagen, omdat artikel 114 VWEU inderdaad niet de juiste rechtsgrondslag voor artikel 28 Verordening 2012/236/EU is. De advocaat-generaal begon zijn conclusie met de behandeling van dit laatste middel, omdat het naar zijn mening logisch vooraf ging aan de vraag naar de verenigbaarheid van de door artikel 28 aan ESMA toegekende bevoegdheden met constitutioneel Unierecht, en met name de leer van de arresten *Meroni* en *Romano*.¹⁵

De advocaat-generaal stelde dat er *in beginsel* geen bezwaar is tegen artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag 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. Echter, artikel 114 VWEU kan niet als enige rechtsgrondslag van artikel 28 Verordening 2012/236/EU worden gebruikt, omdat de toekenning van dergelijke bevoegdheden aan ESMA 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. Volgens de advocaat-generaal gaan de bevoegdheden van ESMA verder dan de harmonisatie van de interne markt. Het Hof van Justitie zou derhalve artikel 28 Verordening 2012/236/EU nietig moeten verklaren wegens onbevoegdheid, op de grond dat deze ten onrechte op artikel 114 VWEU werd gebaseerd. Artikel 352 VWEU zou wel een passende rechtsgrondslag zijn voor artikel 28.¹⁶ Er is namelijk duidelijk behoefte aan een optreden op Unieniveau, aangezien stilzitten of niet-adequaot optreden van een bevoegde nationale autoriteit met betrekking tot *short selling* in een geïntegreerde markt van financiële instrumenten belangrijke grensoverschrijdende gevolgen kan hebben. Een gecentraliseerde besluitvormingsprocedure die de uniforme toepassing van de Unieregels inzake *short selling* mogelijk maakt, lijkt dan ook zowel nodig als proportioneel, maar kan niet geacht worden te vallen onder het concept van ‘onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten’ volgens artikel 114 VWEU.

11. *ESMA-short selling*, punten 30, 32, 34.

12. *ESMA-short selling*, punten 56-57.

13. *ESMA-short selling*, punten 69-70.

14. *ESMA-short selling*, punten 89-90.

15. Conclusie A-G Jääskinen, punten 6 en 26.

16. Conclusie A-G Jääskinen, punten 36-37, 54 en 59.

Hierna werden de eerste tot en met de derde grond door de advocaat-generaal besproken. Hij was duidelijk van mening dat de veranderingen die het Verdrag van Lissabon heeft teweeggebracht – zowel die betreffende de opheldering van het onderscheid tussen (normatieve) gedelegeerde maatregelen in de zin van artikel 290 VWEU en implementerende (uitvoerings)bevoegdheden als bedoeld in artikel 291 VWEU, 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. In deze zaken zag het Hof van Justitie zich gesteld voor de volgende kwesties: 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. Volgens de advocaat-generaal komt de evolutie die het Verdrag van Lissabon heeft teweeggebracht in het constitutionele Unierecht hier daadwerkelijk aan tegemoet.¹⁷ De advocaat-generaal concludeerde dan ook dat het oordeel van het Hof van Justitie zou dienen te luiden dat de vereisten van artikel 291 VWEU en de algemene constitutioneelrechtelijke beginselen inzake de verlening van uitvoeringsbevoegdheden ten volle in acht zijn genomen in artikel 28 Verordening 2012/236/EU.¹⁸

Beoordeling Hof van Justitie

Op 22 januari 2014 deed de Grote Kamer van het Hof van Justitie zijn uitspraak waarin het alle argumenten van het VK heeft afgewezen. Met betrekking tot het eerste middel merkt het Hof van Justitie om te beginnen op dat artikel 28 Verordening 2012/236/EU geen autonome bevoegdheden aan ESMA verleent die het door de ESMA-Verordening vastgestelde regelgevingskader te buiten gaan. De uitoefening van de in artikel 28 bedoelde bevoegdheden is, anders dan de bevoegdheden die waren gedelegeerd aan de instanties waar het in *Meroni* om ging, onderworpen aan verschillende criteria en voorwaarden, die de speelruimte van ESMA beperken. Volgens het Hof van Justitie zijn de bevoegdheden waarover ESMA krachtens artikel 28 beschikt, nauwkeurig omkaderd en kunnen zij door de rechter worden getoetst aan de door het delegerende gezag vastgelegde

doelstellingen. Deze bevoegdheden voldoen dus aan de vereisten van het arrest *Meroni* en impliceren dus niet dat ESMA een met het VEU strijdige ‘ruime discretionaire bevoegdheid’ heeft in de zin van dat arrest.¹⁹ Het Hof van Justitie aanvaardt het eerste middel niet.

Ten aanzien van het tweede middel brengt het Hof van Justitie in herinnering dat een orgaan zoals dat waar het om ging in de zaak *Romano*, in casu een administratieve commissie, door de Raad niet kan worden gemachtigd ‘normatieve besluiten’ vast te stellen. Uit artikel 28 blijkt dat ESMA krachtens deze bepaling in welomschreven omstandigheden handelingen van algemene strekking dient vast te stellen. Deze handelingen kunnen ook voorschriften omvatten die gericht zijn tot elke natuurlijke of rechtspersoon die een specifiek financieel instrument of een bijzondere categorie financiële instrumenten bezit of die bepaalde financiële transacties aangaat. Volgens het Hof van Justitie impliceert dit echter niet dat artikel 28 inbreuk maakt op het in het arrest *Romano* vastgestelde beginsel. Het door het VWEU vastgestelde institutionele kader (in het bijzonder art. 263, eerste alinea, en art. 277 VWEU) biedt de organen en instanties van de Unie immers uitdrukkelijk de mogelijkheid om handelingen van algemene strekking vast te stellen. Uit het arrest *Romano* kan dus niet worden afgeleid dat voor de delegatie van bevoegdheden aan een instantie als ESMA andere voorwaarden gelden dan die welke zijn uiteengezet in het arrest *Meroni*.²⁰ Aangezien de delegatie van bevoegdheden aan ESMA die voortvloeit uit artikel 28 voldoet aan de voorwaarden uit *Meroni*, kan ook het tweede middel niet door het Hof van Justitie worden aanvaard.

Ter beantwoording van het derde middel heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over de vraag of de Uniewetgever in de artikelen 290 en 291 VWEU één enkel rechtskader heeft willen vaststellen op grond waarvan bepaalde gedelegeerde uitvoerende bevoegdheden uitsluitend aan de Commissie kunnen worden toegewezen, dan wel of de wetgever andere systemen voor het delegeren van dergelijke bevoegdheden aan organen of instanties van de Unie in overweging kan nemen. Weliswaar is nergens in de Verdragen voorzien in de verlening van bevoegdheden aan een orgaan of een instantie van de Unie, maar volgens het Hof van Justitie vooronderstellen verschillende bepalingen (art. 263, 265, 267 en 277 VWEU) van het VWEU dat deze mogelijkheid toch bestaat. De op artikel 28 gebaseerde toewijzing van bepaalde beslissingsbevoegdheden aan ESMA op een gebied dat een specifieke professionele en technische deskundigheid vereist, stemt echter met geen van de in de artikelen 290 en 291 VWEU omschreven gevallen overeen. Maar nu het rechtskader waarvan artikel 28 deel uitmaakt met name wordt gevormd door Verorde-

17. De A-G erkent dat zowel art. 290 als 291 VWEU delegatie aan agentschappen niet toestaat. Ten aanzien van art. 291 VWEU merkt hij in punt 86 wel het volgende op: ‘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.’

18. Conclusie A-G Jääskinen, punten 60, 72 en 101.

19. *ESMA-short selling*, punten 44-45 en 53-54.

20. *ESMA-short selling*, punten 63-66.

ningen 2010/1092/EU,²¹ 2010/1095/EU²² en 2012/236/EU kan artikel 28 volgens het Hof van Justitie niet louter op zich worden beschouwd en doet het dus geen afbreuk aan de in de artikelen 290 en 291 VWEU vastgestelde regeling inzake delegatie van bevoegdheden.²³ Het Hof van Justitie verwerpt hiermee het derde middel.

Betreffende het vierde middel moest het Hof van Justitie bepalen of de bij artikel 28 vastgestelde interventieregeling binnen de werkingssfeer van artikel 114 VWEU kan vallen. Een wetgevingshandeling die op deze rechtsgrondslag is gebaseerd, moet (1) maatregelen met het oog op de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten omvatten en moet (2) betrekking hebben op de totstandbrenging en de werking van de interne markt. Met betrekking tot de eerste voorwaarde blijkt uit eerdere rechtspraak dat de wetgever van de Unie, gelet op de beoordelingsmarge waarover hij beschikt ten aanzien van de in artikel 114 VWEU bedoelde maatregelen, bij zijn keuze van de harmonisatietechniek bevoegdheden ter uitvoering van de beoogde harmonisatie kan delegeren aan een orgaan of een instantie van de Unie. Dat is met name het geval wanneer de vaststelling van de maatregelen een bijzondere professionele en technische deskundigheid vergt en vereist dat dit orgaan of deze instantie snel en doeltreffend kan reageren. In het onderhavige geval heeft de Uniewetgever met artikel 28 willen voorzien in een passend mechanisme dat ESMA de mogelijkheid biedt om in laatste instantie en in zeer specifieke omstandigheden maatregelen voor de gehele Unie vast te stellen, die in voorkomend geval de vorm kunnen aannemen van besluiten die tot bepaalde spelers op die markten worden gericht. Volgens het Hof van Justitie beoogt artikel 28 hiermee daadwerkelijk de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende het toezicht op sommige effecten en de controle die in bepaalde situaties wordt uitgeoefend op bepaalde commerciële transacties in deze effecten, namelijk op netto-shortposities in een financieel instrument of in een bepaalde categorie financiële instrumenten.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde herhaalt het Hof van Justitie 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. In de considerans van Verordening 2012/236/EU wordt daarom verklaard dat deze verordening tot doel heeft de goede werking van de interne markt te waarborgen en de voor-

waarden waaronder deze functioneert te verbeteren, in het bijzonder wat de financiële markten betreft. Hieruit volgt dat de in artikel 28 bedoelde bevoegdheden daadwerkelijk tot doel hebben de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt op financieel gebied te verbeteren. Omdat artikel 28 aan de twee in artikel 114 VWEU gestelde voorwaarden voldoet en daarmee dus een passende rechtsgrondslag voor de vaststelling van artikel 28 vormt, verwerpt het Hof van Justitie ook het vierde middel.²⁴

Commentaar

Het Hof van Justitie heeft besloten het gehele beroep van het VK te verwerpen en hiermee de situatie omtrent artikel 28 Verordening 2012/236/EU in stand te houden. Er lijkt hiermee sprake te zijn van de totstandkoming van een nieuwe doctrine in de EU die de delegatie van bevoegdheden om juridisch bindende besluiten vast te stellen mogelijk maakt zodra de bevoegdheden nauwkeurig omkaderd zijn, onderworpen zijn aan verschillende criteria en voorwaarden die de beoordelingsruimte beperken, en door de rechter kunnen worden getoetst aan de door het delegerende gezag vastgelegde doelstellingen.

Deze nieuwe doctrine vindt haar weerslag allereerst in de verdragwijzigingen die het Verdrag van Lissabon teweeg heeft gebracht. In de vorige verdragen zijn nooit eerder verwijzingen naar agentschappen voorgekomen, maar in het Verdrag van Lissabon worden ze in 25 artikelen genoemd, zij het op enigszins verborgen wijze.²⁵ De enige duidelijkheid die het VWEU ons heeft gegeven is dat het Hof van Justitie nu expliciet bevoegd is tot rechterlijke toetsing van de handelingen van de organen of instanties van de EU, waaronder ook agentschappen vallen.²⁶ Maar het feit dat rechterlijk toezicht nu mogelijk is, zegt natuurlijk niets over de aard en hoeveelheid bevoegdheden die naar agentschappen gedelegeerd kun-

24. *ESMA-short selling*, punten 99-100, 105, 108, 112-114, 116-118.

25. Het Verdrag van Lissabon noemt EU-agentschappen slechts in een aantal algemene bepalingen, zoals art. 15 VWEU: 'Om goed bestuur te bevorderen en de deelneming van het maatschappelijk middenveld te waarborgen, werken de instellingen, organen en instanties van de Unie in een zo groot mogelijke openheid.' Gelijksoortige referenties kunnen worden gevonden in art. 9 (betreffende democratische gelijkheid), art. 42 en 45 (betreffende het Europees Defensieagentschap) van het Unieverdrag en art. 15 (hiervoor genoemd), art. 16 (betreffende bescherming van persoonsgegevens), art. 24 (betreffende recht op communicatie, indirecte referentie naar 'organen'), art. 71 (betreffende binnenlandse veiligheid), art. 123, 124, 127 en 130 (betreffende de monetaire unie), art. 228 (betreffende de procedures van de Ombudsman), art. 263, 265, 267 en 277 (betreffende rechterlijk toezicht), art. 282 (betreffende de ECB), art. 287 (betreffende kwijting van de Rekenkamer), art. 298 (betreffende een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat) en art. 325 (betreffende fraudebestrijding) van het Werkingsverdrag en Protocol 3 (betreffende het Hof van Justitie van de Europese Unie), 4 (betreffende de ECB), 6 (betreffende de plaats van de zetels), 10 (betreffende het Europees Defensieagentschap) en 36 (betreffende de overgangsbepalingen).

26. Zie hiervoor art. 263, eerste en tweede alinea, VWEU, art. 265, eerste alinea, VWEU, art. 267, eerste alinea, onder b, VWEU en art. 277 VWEU.

21. 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. EU* 2010, L 331/1.

22. 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. EU* 2010, L 331/84.

23. *ESMA-short selling*, punten 78-79, 82-84 en 86.

nen worden. Helaas zijn er überhaupt nog steeds geen algemene verdragsbepalingen opgenomen die het oprichten van en de delegatie van bevoegdheden aan agentschappen uitdrukkelijk toestaan en reguleren. Zoals ook gesteld door advocaat-generaal Jääskinen, laat het Verdrag hiermee nog steeds te raden over waar het gaat om de afbakening van de bevoegdheden van agentschappen. 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. In beginsel erkent het Hof van Justitie dat de op artikel 28 Verordening 2012/236/EU gebaseerde toewijzing van bepaalde beslissingsbevoegdheden aan ESMA met geen van de in de artikelen 290 en 291 VWEU omschreven gevallen overeenstemt. Vervolgens stelt het echter dat artikel 28 deel uitmaakt van een breder rechtskader en dus niet louter op zich kan worden beschouwd, waardoor geen afbreuk aan de in de artikelen 290 en 291 VWEU vastgestelde regeling inzake delegatie van bevoegdheden wordt gedaan. Het artikel behoort volgens het Hof van Justitie namelijk tot een geheel van regels die ertoe strekken de bevoegde nationale autoriteiten en ESMA interventiebevoegdheden te verlenen om het hoofd te bieden aan ongunstige ontwikkelingen die de financiële stabiliteit in de Unie en het vertrouwen van de markten bedreigen.²⁷ Deze interpretatie door het Hof van Justitie laat andere systemen voor het toewijzen van bepaalde gedelegeerde uitvoerende bevoegdheden aan organen of instanties van de Unie toe. Hiermee lijkt het een onderscheid te maken tussen delegatie van bevoegdheden aan EU-agentschappen enerzijds en delegatie van bevoegdheden aan de Commissie (op basis van art. 290 en 291 VWEU) anderzijds. Wat het Hof van Justitie echter niet meteen duidelijk maakt, is hoe de bevoegdheden van de Commissie dan precies verschillen van die van agentschappen. Het onderscheid tussen de besluiten van deze organen lijkt door het Hof van Justitie gebaseerd te zijn op de identiteit van de instelling die de bevoegdheid uitoefent en niet op de aard van de bevoegdheid zelf. Dit is echter problematisch, aangezien de besluiten van zowel agentschappen als de Commissie dezelfde impact kunnen hebben,²⁸ maar de besluiten van de agentschappen mogelijk wel een zwakkere vorm van democratische legitimatie met zich meebrengen.

Verder vormt het beginsel dat het Hof van Justitie heeft neergelegd in het arrest *Romano* niet langer een beper-

king op de delegatie van bevoegdheden om handelingen van algemene strekking vast te stellen. In deze zaak bepaalde het Hof van Justitie dat de Raad de bevoegdheid om 'normatieve besluiten' vast te stellen niet kon delegeren aan EU-agentschappen vanwege het ontbreken van een mogelijkheid tot rechterlijk toezicht in het toenmalige EEG-Verdrag. Volgens het Hof van Justitie biedt het huidige door het VWEU vastgestelde institutionele kader, dat met name vervat is in de artikelen 263, eerste alinea, en 277 VWEU, de organen en instanties van de Unie echter wel uitdrukkelijk de mogelijkheid tot rechterlijk toezicht. Door een dusdanige interpretatie maakt een dergelijke delegatie, zoals in de onderhavige zaak via artikel 28 Verordening 2012/236/EU, geen inbreuk op het arrest *Romano*.

Tegelijkertijd maakt het arrest van het Hof van Justitie niet helemaal duidelijk in hoeverre de zaak *Meroni* nu nog steeds in de weg staat aan delegatie van bevoegdheden aan agentschappen. Ten eerste vereisen de non-delegatiecriteria uit dit arrest dat het delegerende gezag geen bevoegdheden kan overdragen die ruimer zijn dan welke het zelf aan het Verdrag ontleent. In *Meroni* was het de Hoge Autoriteit (nu de Commissie) die de bevoegdheden overdroeg aan agentschappen en niet de Uniewetgever zelf. Natuurlijk bezit deze laatste ook niet alle bevoegdheden die zij aan EU-agentschappen delegeert. Daarom zou de term 'attributie' beter zijn ter beschrijving van het machtigen van agentschappen met publieke bevoegdheden dan de term 'delegatie'. Strikt genomen kan de *Meroni*-doctrine worden gekarakteriseerd als slechts van toepassing zijnde op de delegatie van bevoegdheden. In de *ESMA-short selling*-zaak is het zelfs zo dat het Hof van Justitie de term 'delegatie' bezigt wanneer het de *Meroni*-zaak bediscussieert en de term 'attributie' gebruikt wanneer het spreekt over de bevoegdheden van ESMA. Dit resulteert in onzekerheid met betrekking tot of en hoe attributie en delegatie daadwerkelijk van elkaar verschillen en welke implicaties het mogelijke verschil zou kunnen hebben voor de toepasbaarheid van de *Meroni*-beperkingen in relatie tot EU-agentschappen.

Ten tweede heeft het Hof van Justitie in *Meroni* strikt genomen een onderscheid gemaakt tussen 'delegeerbare' uitvoerende en 'niet-delegeerbare' discretionaire bevoegdheden. Op basis van het *ESMA-short selling*-arrest lijkt een andere categorisatie te zijn ontstaan, namelijk 'delegeerbare' discretionaire en 'niet-delegeerbare' zeer ruime discretionaire bevoegdheden. Het is echter niet duidelijk of individuele besluiten gericht tot natuurlijke of rechtspersonen en handelingen van algemene strekking, die het Hof van Justitie nu delegeerbaar acht, simpelweg twee verschillende soorten 'delegeerbare' uitvoerende bevoegdheden zijn. Het lijkt erop dat aan handelingen van algemene strekking op zijn minst een zekere mate van beoordelingsruimte inherent is. Logischerwijs zou de delegatie van dergelijke handelingen dan niet toegestaan kunnen worden, omdat zij daarmee onder de classificatie van 'niet-delegeerbare' discretionaire bevoegdheden zouden vallen. Door hier en daar bewust de bewoordingen die door het VK worden

27. *ESMA-short selling*, punten 82-86.

28. Denk hierbij aan het volgende illustratieve voorbeeld: juridisch bindende handelingen betreffende de registratie of weigering van een Europees Handelsmerk zoals vastgesteld door het agentschap 'Harmonisatiebureau voor de Interne Markt' zijn duidelijk handelingen van uitvoerende aard en zijn vergelijkbaar met Commissiebesluiten betreffende de goedkeuring of weigering van een EU-brede goedkeuring van een nieuw voedingsmiddel. Zie: E. Vos, 'European Agencies and the Composite EU Executive', in: M. Everson, C. Monda en E. Vos, *European Agencies in between Institutions and Member States*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 44.

gebruikt (namelijk ‘zeer ruime discretionaire bevoegdheid’) te herhalen, zegt het Hof van Justitie in feite dat het is toegestaan een discretionaire bevoegdheid aan een agentschap te geven zolang deze niet ruimer is dan ‘zeer ruim’. Volgens deze redenering wordt *Meroni’s* onderscheid tussen uitvoerende en discretionaire bevoegdheden steeds minder relevant, als het überhaupt nog relevant is.

Hopelijk kan de nieuwe uitspraak van het Hof van Justitie niet worden geïnterpreteerd als zo vergaand dat het agentschappen ook is toegestaan beleidskeuzes te maken, want dit zou de democratische legitimatie ervan aantasten. De keuze voor de juiste rechtsbasis wordt nog belangrijker als we de uitspraak van het Hof van Justitie inderdaad zo moeten lezen dat het Hof van Justitie de delegatie van handelingen van algemene strekking, waaraan een zekere mate van beoordelingsruimte inherent is, als ‘delegeerbare’ uitvoerende bevoegdheid kwalificeert. In dat geval is democratische legitimatie nog harder nodig en zou artikel 352 VWEU inderdaad een sterkere rechtsgrondslag kunnen bieden vanwege de vereiste eenstemmigheid van de lidstaten dan het door het Hof van Justitie geaccepteerde artikel 114 VWEU waarin met gekwalificeerde meerderheid wordt besloten. Vanuit het perspectief van democratische legitimatie is ook de vraag of EU-agentschappen het institutioneel evenwicht verstoren van belang. Helaas heeft het Hof van Justitie deze kwestie nog nooit behandeld en doet het dat ook in het zojuist gewezen *ESMA-short selling*-arrest niet.²⁹ De oprichting van en delegatie aan EU-agentschappen beïnvloedt het institutionele evenwicht van de EU echter ten minste in twee opzichten. Allereerst heeft delegatie aan agentschappen invloed op de vraag hoe de belangrijkste EU-instellingen participeren in het nemen van beslissingen. In het verleden kon de Raad bijvoorbeeld een agentschap creëren zonder het Parlement in het wetgevingsproces te betrekken. Hierdoor kon het Parlement veel minder invloed uitoefenen dan wanneer de Commissie (en niet het agentschap) de ontvanger van deze bevoegdheden zou zijn geweest. Bovendien werpt de oprichting van agentschappen de vraag op wie ze ter verantwoording kan roepen en op welke manier(en). Bij gebrek aan een relevante verdragsbepaling en een algemeen kader voor de werkwijze en *accountability* van agentschappen is de huidige balans van controlerende bevoegdheden van de EU-instellingen niet gebaseerd op een verdragsgrondslag en verschilt de mate van betrokkenheid van bijvoorbeeld de Raad en het Parlement nu enorm van agentschap tot agentschap.³⁰

29. Alleen de Commissie en het Parlement halen deze kwestie aan in respectievelijk punt 39 ('bevoegdheidsevenwicht') en punt 72 ('institutionele evenwicht') van het *ESMA-short selling*-arrest.

30. M. Scholten, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2014.