

Financial Law Institute

Working Paper Series

*De invloed van het Europees recht op
de grensoverschrijdende financiële
dienstverlening. Liberalisering versus
juridisch nationalisme.*

Michel TISON

WP 2002-08

June 2002

*The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.*

*The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.*

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:*

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2002

*De invloed van het Europees recht op
de grensoverschrijdende financiële
dienstverlening. Liberalisering versus
juridisch nationalisme.*

Michel TISON

Abstract

*The influence of European law on cross-border financial services.
Liberalisation versus legal nationalism*

In the area of financial services, the creation of an internal market has, to a large extent, been realised through a number of harmonisation directives. Further initiatives are underway under the impulse of the European Commission's Financial Services Action Plan.

The present paper wishes to highlight some obstacles to effective market integration stemming mainly from the way European financial law is applied in the EU Member States. The decentralised implementation of directives and enforcement of European law through national courts creates a risk of disparities amongst member states in the effective application of both primary and secondary EC law. We illustrate this risk with reference to on the one hand the introduction of the Euro in the participating member states, and on the other hand the resistance of mainly supreme jurisdictions in some member states to submit questions of interpretation of EU financial law to the Court of Justice.

Finally, the difficulties in applying EC financial law can also originate in the lack of clarity and consistency of EU law itself. The 1999 E-commerce Directive and the difficulties of applying this directive in the financial sector, illustrate this. We indicate some of the main difficulties associated with implementing this directive in the area of financial services.

To be published in:

***De invloed van het Europees recht op het nationaal recht, Post-
universitaire cyclus Willy Delva, 2002***

Comments to the Author:

michel.tison@rug.ac.be

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2002

De invloed van het Europees recht op de grensoverschrijdende financiële dienstverlening Liberalisering versus juridisch nationalisme

Michel TISON
Docent, Instituut Financieel Recht, U. Gent

INHOUDSTAFEL

INLEIDING.....	2
I. DE INVOERING VAN DE EURO: OPKOMST VAN DE VERORDENING ALS RECHTSINSTRUMENT IN HET EUROPEES FINANCIËEL RECHT.....	5
A. <i>Privaatrechtelijk kader van de invoering van de euro</i>	5
B. <i>De invoering van de euro in het Belgisch positief recht</i>	7
1° Afwijkingen op het continuïteitsprincipe in overeenkomsten.....	7
2° Continuïteit en overgang van rentevoeten in overeenkomsten.....	8
3° Continuïteit en het minimumkapitaal van vennootschappen.....	10
C. <i>Grensoverschrijdende betalingen in euro: een controversiële verordening</i>	10
II. RECHTERLIJKE HANDHAVING VAN HET EUROPEES FINANCIËEL RECHT: SPANNINGEN EN WEERSTANDEN	17
A. <i>De rechtvaardige maar eigenzinnige rechter: de Raad van State en het Fleming Flagship-arrest</i>	18
B. <i>De ongehoorzame nationale rechter: de zaak Parodi</i>	19
C. <i>De helderziende, weerbarstige rechter: het House of Lords en de BCCI-zaak</i>	22
III. DE RICHTLIJN ELEKTRONISCHE HANDEL: DE CONCEPTEN DOOREENGESCHUD EN DE CONSISTENTIE OP EEN ZIJSPOOR ?	24
A. <i>Wederzijdse erkenning: de internemarktclausule</i>	25
1. Principe.....	25
2. Eerste uitzondering: Algemene onttrekking aan het 'gecoördineerde gebied' (art. 3.4 Richtlijn Elektronische Handel).....	26
3. Tweede uitzondering: afwijking op de wederzijdse erkenning mits notificatie (art. 3.4-3.6).....	26
B. <i>Knelpunten bij de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de financiële sector</i>	27
1. Verhouding tussen de Richtlijn Elektronische Handel en de bestaande sectorale richtlijnen inzake financiële dienstverlening.....	28
2. Nationale financiële regulering en de beperkte uitzonderingsgronden op het herkomstlandbeginsel.....	29
3. Discrepanties tussen de juridische omkadering van 'klassieke' en elektronische handel.....	31
CONCLUSIES.....	32

Inleiding

1. De economische integratie binnen de Europese Unie heeft in de financiële sector al een lange weg afgelegd: de eerste stappen in de liberalisering van grensoverschrijdende financiële diensten dateren al van het begin van de jaren '70. Het in 1985 gelanceerde ambitieuze "Europa 1992" programma van de Europese Commissie dat op 1 januari 1993 wou komen tot een werkelijke eengemaakte 'interne markt' onderkende het belang om in de financiële sector de marktintegratie te bespoedigen, vanwege de potentiële economische voordelen die uit het elimineren van marktbelemmeringen konden voortvloeien. Er werd dan ook op het wetgevende vlak belangrijke vooruitgang geboekt, onder meer door de goedkeuring van richtlijnen inzake collectieve beleggingsinstellingen en prospectussen bij openbare uitgifte van effecten. De meest spraakmakende realisaties vinden we echter terug in de bancaire sfeer: door de goedkeuring van de zogeheten Tweede Bankrichtlijn¹ in december 1989 en een reeks harmonisatierichtlijnen betreffende het prudentiële toezicht op kredietinstellingen, werd een belangrijke convergentie inzake banktoezichtsregelen op Europees niveau verwezenlijkt. Kredietinstellingen kregen de mogelijkheid om tegen marginale kost hun activiteiten Europawijd uit te bouwen via het systeem van het 'Europees paspoort'. Dit alles was op het conto te schrijven van de zogeheten 'nieuwe benadering' inzake marktintegratie: de politiek onhaalbaar geachte volledige gelijkschakeling van nationale wetgeving als preconditionie voor liberalisering, maakte plaats voor een systeem van minimale harmonisatie en wederzijdse erkenning van regulering en toezichtstelsels tussen de lidstaten. Voortbouwend op de bekende 'Cassis de Dijon'-jurisprudentie van het Hof van Justitie² zou deze benadering leiden tot daadwerkelijke internationale concurrentie, efficiëntieverhoging en kostenreductie in de financiële sector.

In 1993 werd dezelfde benadering in de Richtlijn Beleggingsdiensten³ gevolgd om in de sector van dienstverlening rond effecten een Europees paspoort toe te kennen aan beleggingsondernemingen en terzelfder tijd de internationale concurrentie tussen effectenmarkten te verscherpen.

2. Voornoemde richtlijnen hadden voornamelijk tot doel om de *markttoegang* van financiële instellingen in de lidstaten te vereenvoudigen. Daarentegen ontbreekt het vooralsnog grotendeels aan geharmoniseerde regelen inzake financiële producten. Na een aantal gestrande pogingen bleek de Europese Commissie er van uit te gaan dat de werking van de Verdragsrechtelijke economische vrijheden, en met name de Cassis de Dijon-jurisprudentie, de uitwerking van specifieke harmoniseringmaatregelen overbodig maakte. Anders is het gesteld met regelen inzake *marktgedrag*: op het gebied van reclame voor en specifieke aanbodingstechnieken van (financiële) diensten werden wel verschillende richtlijnen goedgekeurd of voorbereid: deze steunen echter niet op het concept van 'minimale harmonisatie' en 'wederzijdse erkenning', maar op hetzij 'partiële harmonisatie', hetzij 'maximale harmonisatie'. De coëxistentie van verschillende reguleringconcepten is echter niet steeds van aard om de transparantie en rechtszekerheid te bevorderen (zie ook *infra*).

¹ Richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989, *Pb. L* 386, 30 december 1989, 1. De richtlijn werd thans samen met andere bankrichtlijnen gecodificeerd in richtlijn 2000/12/EG (hierna 'Gecodificeerde Bankrichtlijn').

² H.v.J., 20 februari 1979, *Rewe t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* "(Cassis de Dijon)", zaak 120/78, *Jur.*, 1979, 649.

³ Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993, *Pb. L* 141, 11 juni 1993, 27.

3. Sedertdien is er al veel water naar de zee gevloeid: de vaak overtrokken euforie waarmee het 'Europa 1992'-gevoel gepaard ging als zouden we daadwerkelijk een interne markt beleven vanaf 1993, heeft plaats gemaakt voor een meer realistische houding: vastgesteld werd dat de kredietinstellingen slechts beperkt gebruik maken van hun 'Europees paspoort' om daadwerkelijk grensoverschrijdende bankdiensten te verlenen. Dit was onder meer toe te schrijven aan factoren van juridische aard: belemmeringen van fiscale aard, de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de mogelijkheid voor de lidstaten om hun wetgeving van 'algemeen belang' toe te passen, interpretatievragen betreffende de toepassing van de Tweede Bankrichtlijn.⁴ De inspanning van de Europese Commissie om via een mededeling meer duidelijkheid te scheppen in deze interpretatiekwesies⁵ heeft slechts beperkt vruchten afgeworpen. Ook overwegingen van strategische aard kunnen worden aangevoerd: voor kredietinstellingen die het *retail*-klantensegment internationaal willen bereiken, is proximitéit met de klant traditioneel belangrijk. In strategische termen vertaalt dit zich eerder in het doorvoeren van internationale acquisities dan in het benutten van het Europees paspoort. De sterke fusie- en overnamegolf die de banksector in de voorbije 15 jaar heeft gekenmerkt lijkt te bevestigen dat de strategische respons van de banksector op de creatie van een interne markt paradoxaal voornamelijk de nadruk legt op internationale schaalvergroting en consolidatie, veeleer dan op het actieve gebruik van het 'Europees paspoort'.

4. Andere evoluties in de jaren '90 zijn evenwel van aard om de financiële integratie nieuwe stimulansen te geven. Ten eerste heeft de omzetting van de Richtlijn Beleggingsdiensten in de Europese lidstaten, in een economisch klimaat van sterke *hausse* van de effectenmarkten, geleid tot grondige mutaties van de kapitaalmarkten in Europa: de richtlijn heeft, doorheen de toegenomen mobiliteit van de financiële tussenpersonen en de internationalisering van 'gereguleerde markten' de rechtstreekse concurrentie tussen de traditionele beurzen aangescherpt.⁶ Voorts heeft de richtlijn in vele lidstaten geleid tot het doorbreken van het traditionele monopolie van de beurzen, en geleid tot oprichting van nieuwe gereguleerde markten. Tot slot leidt de recente opkomst van alternatieve verhandelingsystemen tot nieuwe wijzigingen in de architectuur van de financiële markten en tot nieuwe juridische vragen rond het wezen van een 'markt'.

Ten tweede kan het belang van de invoering van de euro niet voldoende worden beklemtoond: de invoering van de euro heeft niet enkel het transformatieproces van de kapitaalmarkten binnen Europa nog versneld. Tevens leidt het tot een nieuwe golf van internationale schaalvergroting via fusies en overnames binnen de financiële sector, die nog steeds aan de gang is.

Tot slot krijgt de integratie een nieuwe dimensie als gevolg van technologische evoluties; de ontwikkeling van internet laat de financiële sector niet onaangeroerd: het biedt, veel meer dan vroeger, de mogelijkheid aan de eindgebruiker om internationaal te *shoppen* voor financiële diensten en om wereldwijd toegang te krijgen tot

⁴ Vgl. de conclusies van een in uitvoering van de Europese Commissie doorgevoerde bevraging in de financiële sector: EUROPEAN COMMISSION, *The Single Market Review*, Subseries II: Impact on Services, vol 3: Credit Institutions and Banking, Luxemburg, Europ, 1997, xxi + 402 p. Recenter onderzoek bevestigt deze vaststellingen: benevens fiscale belemmeringen spelen belemmeringen voortvloeiend uit nationale regulering, onder meer op het gebied van consumentenbescherming, nog een aanzienlijke integratiebelemmerende rol in het *retail* segment van financiële dienstverlening: zie HEINEMANN, F., JOPP, M., *The Benefits of a Working European Retail Market for Financial services*, Europa Union Verlag, 2002, 45 e.v.

⁵ Zie Interpretatieve Mededeling van de Commissie inzake vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de Tweede Bankrichtlijn, *Pb. C 209*, 10 juli 1997, 6.

⁶ Voor meer details zie ook M. TISON, "The Investment Services Directive and its Implementation in the EU Member States", in J. STUYCK, F. ABRAHAM, E. TERRY (eds.), *Financial Services and Financial Markets in Europe*, Leuven University Press, 2000, 125-169.

effectenverhandelingsystemen. Financiële instellingen zullen hierdoor wellicht meer overgaan tot 'virtuele dienstverlening' over de grenzen heen.

5. Het matige resultaat van het interne marktprogramma inzake financiële diensten is de jongste jaren opnieuw onder de aandacht van de Europese instellingen gekomen, en heeft tot diverse initiatieven geleid: het in 1999 door de Europese Commissie opgestelde en door de Europese top van Lissabon goedgekeurde Actieplan voor Financiële Diensten⁷ wil hieraan verhelpen: het Actieplan inventariseert de maatregelen die prioritair vereist waren om tegen 2003 daadwerkelijk tot een eengemaakte markt voor financiële diensten te komen, en bevat een gedetailleerde kalender terzake. Doorheen periodieke 'voortgangsrapporten' wordt de naleving van de vooropgestelde kalender (en mogelijke bijstellingen ervan) nauw opgevolgd. Daarnaast werd een commissie van wijzen onder voorzitterschap van baron Lamfalussy door de Europese Commissie belast met een onderzoek naar de stand van zaken van de financiële integratie en het formuleren van concrete voorstellen ter verbetering van het juridisch instrumentarium. Het in april 2001 gefinaliseerde Lamfalussy-rapport bevestigde de beperkte graad van daadwerkelijke integratie, en beklemtoonde het belang van bijkomende regulering om deze integratie te verdiepen. Terzelfder tijd stelde het rapport voor om het reguleringsproces te versnellen door meer gebruik te maken van gedelegeerde normering via comités. Deze 'nieuwe comitologie' heeft inmiddels een formele rechtsgrondslag gekregen en zal in de nabije toekomst wellicht tot eerste resultaten leiden.⁸

6. De doorwerking van het Europees financieel recht in de interne rechtsorde van de lidstaten geeft aanleiding tot veelvuldige juridische vragen, waarvan er in dit bestek slechts enkele aan bod kunnen komen. Als rode draad in deze bijdrage wordt voornamelijk de nadruk gelegd op een aantal specifieke moeilijkheden die gepaard gaan met de doorwerking van het Europees financieel recht in de interne rechtsorde van de lidstaten, en mogelijke spanningen die hieruit kunnen ontstaan. De sterke reguleringstraditie inzake financiële diensten in de lidstaten, ingegeven door de behoefte tot bescherming van de financiële consument of ruimer door motieven van reputatie- en systeembescherming, of zelfs ronduit protectionisme, heeft meer dan in andere economische sectoren geleid tot spanningen tussen nationale wetgevers en rechterlijke instanties enerzijds, en de Europese instellingen anderzijds. De lidstaten moeten leren omgaan met Europeesrechtelijke concepten zoals wederzijdse erkenning en algemeen belang, maar het is niet steeds duidelijk welke inhoud en draagwijdte hieraan moet worden gegeven. Al te vaak vertonen lidstaten de neiging om deze concepten zoveel mogelijk in hun eigen voordeel in te vullen, en hierdoor te verzanden in een vorm van 'juridisch nationalisme' die de Europese integratie blokkeert. Omgekeerd getuigt de Europese (financiële) wetgeving niet steeds van sterke interne consistentie, hetgeen het implementatieproces in de lidstaten er niet op vereenvoudigt.

7. Deze problemen zullen geïllustreerd worden aan de hand van drie voorbeelden: ten eerste wordt stilgestaan bij het juridische instrumentarium betreffende de privaatrechtelijke aspecten van de invoering van de euro: het gebruik van de verordening om rechtstreeks bindende normen op te leggen is in het Europees financieel recht veeleer uitzonderlijk. De recente goedkeuring van de verordening inzake grensoverschrijdende betalingen in euro is illustratief voor een mogelijke verschuiving in het post-Amsterdam tijdperk naar een meer dirigistische aanpak van nieuwe 'harmonisatie' maatregelen. In een tweede deel zal gewezen worden op enkele moeilijkheden bij de rechterlijke handhaving van diverse Europese financieelrechtelijke normen en beginselen. De praktijk leert dat dit niet steeds eenvoudig

⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Financial services: implementing the framework for financial markets: Action plan*, COM (1999) 232, 11 mei 1999, 31 p.

⁸ Hieromtrent S. DEJONGHE, "De creatie van Europese regelgeving voor de financiële sector kan voortaan efficiënter", *T.B.H.* 2002, 331-332.

verloopt, en soms zelfs weerstanden oproept bij nationale rechterlijke instanties ten aanzien van het Europese Hof van Justitie. Het laatste deel gaat dieper in op de naar ons oordeel toenemende inconsistentie die de Europese wetgever creëert door de multiplicatie van reguleringsconcepten in diverse deelgebieden van het Europees financieel recht. Het juridisch kader van de elektronische handel zal hierbij nadere aandacht krijgen.

I. De invoering van de euro: opkomst van de verordening als rechtsinstrument in het Europees financieel recht

A. Privaatrechtelijk kader van de invoering van de euro

8. De invoering van de euro in thans 12 lidstaten van de Europese Unie kan beslist als één van de belangrijkste verwezenlijkingen van de Europese integratie tot op heden worden bestempeld. Niet enkel op logistiek vlak moet de invoering van de chartale euro op 1 januari 2002 als een nagenoeg volledig geslaagde onderneming worden beschouwd. Ook in termen van juridische omkadering is de overgang naar de euro, die reeds op 1 januari 1999 werd ingezet, nagenoeg probleemloos verlopen. Dit succes is mede te danken aan het klimaat van rechtszekerheid dat de Europese wetgevende instanties ruimschoots vóór de invoering van de euro hebben willen vestigen.

9. De privaatrechtelijke aspecten van de overgang van de nationale valuta van de lidstaten naar de euro zijn in essentie gebundeld in 2 verordeningen: verordening 1103/97 van 17 juni 1997⁹ en 974/98 van 3 mei 1998¹⁰. Elk van beide verordeningen dient een eigen finaliteit: verordening 1103/97 beoogde voornamelijk te anticiperen op bepaalde juridische vragen rond de overgang tussen nationale valuta en de eenheidsmunt: ruim een jaar vóór de beslissing tot daadwerkelijke invoering van de euro werd genomen, werden hierdoor de juridische krachtlijnen van de overgang uitgetekend. Het is inderdaad deze verordening die de beginselen van continuïteit van bestaande rechtsinstrumenten, en de dwingende regelen inzake omrekening en afronding van valuta bevat. De juridische grondslag van verordening 1103/97 verdient eveneens aandacht: doordat de verordening niet rechtstreeks verband houdt met de invoering van de euro als dusdanig, kon ze geen rechtsgrondslag vinden in de desbetreffende bepalingen van het EG-Verdrag¹¹, maar is ze gebaseerd op artikel 308 EG (oud artikel 235 EG-Verdrag), dat een subsidiaire grondslag biedt voor de Europese wetgever om alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om een der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken. De keuze voor de verordening als juridisch instrument was een doelbewuste beleidsdaad: enkel een verordening bood de nodige garanties om de juridische aspecten van de monetaire overgang naar de eenheidsmunt zo uniform mogelijk geregeld te zien in alle lidstaten. De grote beginselen terzake van de overgang waren bijgevolg, uit kracht van de verordening, rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten.

10. De tweede 'euro-verordening' 974/98 van 3 mei 1998 vormt het sluitstuk van een keten van beslissingen die de daadwerkelijke invoering van de euro betroffen (bepaling van

⁹ Verordening 1103/97 van de Raad van 17 juni 1997 over enkele bepalingen betreffende de invoering van de euro, *Pb.* L 162 van 19 juni 1997.

¹⁰ Verordening 974/98 van de Raad van 3 mei 1998 over de invoering van de euro, *Pb.* L 139 van 11 mei 1998.

¹¹ Te meer daar een formele beslissing over de invoering van de euro slechts in 1998 kon worden genomen, nadat bepaald was welke lidstaten hiervoor in aanmerking zouden komen. Zie ook B. SOUSI-ROUBI, "Actualités européennes en droit bancaire", in L. THÉVENOZ (ed.), *Journée 1997 de droit bancaire et financier*, Bern, Stämpfli, 1997, (13), 16-17.

de toelaatbare lidstaten, oprichting van de ECB en instelling van diens organen, ...). De verordening, gebaseerd op art. 123, lid 4 EG (voorheen art. 109L(4) EG-Verdrag), besliste tot daadwerkelijke invoering van de euro als valuta van de deelnemende lidstaten met ingang van 1 januari 1999¹², en de invoering van de chartale euro op 1 januari 2002. Daarnaast regelde de verordening het gebruik van de euro en nationale valuta gedurende de overgangperiode. Hierbij werd het principe “no prohibition, no compulsion” gehanteerd: elkeen had de mogelijkheid om de euro reeds in onderlinge rechtsbetrekkingen te gebruiken (‘no prohibition’), maar er bestond in de regel nog geen van overheidswege opgelegde verplichting om zulks te doen (‘no compulsion’). Ook hier is het gebruik van een rechtstreeks toepasselijke verordening volkomen gelegitimeerd: een richtlijn vertoonde het risico dat rechtsonzekerheid zou ontstaan indien bepaalde lidstaten het principe van invoering van de euro niet tijdig in intern recht hadden omgezet.

11. Ondanks de sterke eenvoud en bondigheid van voormelde verordeningen, en de vaak onheilspellende analyses die in sommige rechtsleer opdoken omtrent het rechtszekerheidsgehalte van deze verordeningen, zijn omtrent de basisbeginselen van continuïteit, omrekening en afronding en dubbel gebruik van nationale valuta en euro slechts heel weinig juridische problemen opgedoken. Het voornaamste punt van onzekerheid bleek te slaan op de externe werking van de verordeningen buiten de Europese Unie, voornamelijk wat betrefte de continuïteit van financiële transacties die onder het recht van een derde land vielen (bijv. swapovereenkomst onder het recht van New York). Dit leidde voornamelijk in de V.S. tot vragen rond de noodzaak tot goedkeuring van specifieke wetgeving, hetgeen ook daadwerkelijk gebeurde in de staat New York.¹³ Ook in de rechtsliteratuur heerste duidelijk onenigheid omtrent de externe werking van het continuïteitsbeginsel.¹⁴ De kernvraag betrof met name de internationaalprivaatrechtelijke kwalificatie van het principe van continuïteit van lopende overeenkomsten: moest dit beschouwd worden als een deel van het monetair statuut, zodat het principe van continuïteit zoals verwoord in de verordening toepasselijk is ongeacht de op de overeenkomst toepasselijke wet.¹⁵ Of moest dit integendeel beschouwd worden onder het statuut van de overeenkomst, zodat de continuïteit als gevolg van muntsubstitutie door de *lex contractus* wordt beheerst.¹⁶ Een tussenstroming verdedigde een gemengde oplossing: de *lex monetae* (en dus de verordening) zou de muntsubstitutie op zich beheersen, en dus ook de vraag of als gevolg hiervan de uitvoering van een lopende overeenkomst onmogelijk is geworden. De *lex contractus* zou daarentegen bepalen of de muntsubstitutie een wijziging inhoudt van het contractuele evenwicht tussen partijen en een factor van onvoorzienbaarheid (imprevisie) of

¹² Waarbij de bestaande nationale valuta getransformeerd werden tot onderverdelingen van de euro binnen het territoriale gebied waarin ze wettig betaalmiddel vormden.

¹³ Zie Law of New York of 29 november 1997, die in de General Obligation Law een nieuwe afdeling invoert die specifiek de continuïteit van rechtsbetrekkingen in de context van de invoering van een nieuwe munt buiten de Verenigde Staten viseert (weergegeven in *Bank Fin* 1997, 714, comm. M. DASSESE).

¹⁴ Zie voor een overzicht B. FOLTER, *Die zivilrechtliche Auswirkungen der Einführung des Euro auf Bankgeschäfte nach deutschem und französischem Recht*, Frankfurt, Peter Lang, 2000, 133-135.

¹⁵ In die zin onder meer F.J. CRÉDOT, A.-M. MARTIN, “Rapport du groupe ‘questions juridiques’”, in *Passage à la monnaie unique. Rapport des groupes de travail de la profession bancaire*, Association française des Banques, Paris, AFB diffusion, juli 1996, 31 e.v., in het bijzonder 38-39. Vgl. D. SCHEFOLD, “Die Europäischen Verordnungen über die Einführung des Euro”, *WM* 1996 (Sondernbeilage 4), 15.

¹⁶ In die zin o.m. W. WIEGAND, “Zivilrechtliche Auswirkungen der Einführung des Euro aus dem Blickwinkel eines Drittstaates”, in *Einführung des Euro in der Bank- und Unternehmenspraxis. Bankleistungen im Internet*, Bankrechtstag 1997, Berlijn, Walter de Gruyter, 1998, (41), 63-64. Vgl. O. SANDROCK, “Der Euro und sein Einfluß auf nationale und internationale privatrechtliche verträge”, *RIW* 1998/8 (Beilage), 6-12.

gelijkaardige grond van verval of wijziging van bestaande verbintenissen met zich meebrengt.¹⁷

Het is niet mogelijk om binnen dit bestek deze vraag in detail te kunnen onderzoeken. Niettemin moet worden vastgesteld dat de continuïteit van lopende overeenkomsten wezenlijk samenhangt met de muntsubstitutie, die een onderdeel vormt van de soevereiniteit van de emittent van de munt, en bijgevolg onder de *lex monetae* ressorteert. Het is dan ook de vraag of de opsplitsing van de continuïteitsvraag in een monetaire en een contractuele component niet artificieel is. De voorkeur voor kwalificatie van de continuïteitsproblematiek onder de *lex monetae* wordt versterkt door de aard van de monetaire operatie: de invoering van de euro houdt in hoofdzaak een wijziging van denominatie van een bestaande munt in, zonder invloed op de intrinsieke waarde ervan, en valt bezwaarlijk te vergelijken met andere monetaire gebeurtenissen die doorgaans in crisissituaties plaatsvinden. Een andere benadering zou erin bestaan het continuïteitsprincipe op te vatten als een politiewet die primeert op de regelen van de *lex contractus*. De vaststelling dat de continuïteitsregel enkel suppletief is, laat niet toe om *a priori* de kwalificatie als politiewet van de hand te doen.¹⁸ De omstandigheid dat een overeenkomst beheerst wordt door het recht van een derde land, doet bijgevolg geen afbreuk aan de gelding van de Europese wet, *in casu* de euro-verordening, voor de vraag naar de gevolgen van de invoering van de euro ten aanzien van bestaande overeenkomsten. Slechts in de mate dat voormelde I.P.R.-regel niet zou erkend worden in een derde land, zou de noodzaak van specifieke wetgeving in deze landen zich kunnen laten gevoelen. Dit verklaart meteen ook waarom nagenoeg geen enkel derde land specifieke 'euro-wetgeving' heeft ingevoerd, ook al ging het om belangrijke financiële centra (Zwitserland, Japan, ...).

B. De invoering van de euro in het Belgisch positief recht

12. De invoering van de euro in het Belgisch positief recht ging gepaard met een toevloed aan wettelijke en reglementaire teksten die de principes van de Europese verordeningen hernamen¹⁹, verder uitwerkten en aanvulden. Hoewel deze internrechtelijke bepalingen getrouw de principes van de Europese verordeningen volgen, konden bij sommige bepalingen toch soms vragen worden gesteld. Zoals onderstaande voorbeelden aangeven, lijkt voornamelijk het leerstuk van de continuïteit niet steeds even rigoureuus te worden toegepast.

1° Afwijkingen op het continuïteitsprincipe in overeenkomsten met consumenten

13. De eurowet van 30 oktober 1998 voerde in art. 32 WHPC een nieuw 'verboden beding' in naar luid waarvan als onrechtmatig wordt beschouwd de clausule die de verkoper toelaat de overeenkomst te beëindigen of te wijzigen omwille van de invoering van de euro, voor zover dit beding niet het voorwerp is geweest van een individuele

¹⁷ Zie onder meer CH. SUNT, "Juridische aspecten van de invoering van de euro", *R.W.* 1996-1997, (1177), p. 1185, nr. 19; B. DUQUESNE, F. DE BROUWER, "Aspects juridiques du passage à l'euro", *J.T.* 1998, (81), 86-87; M. FONTAINE, "Le principe de continuité des contrats. Le point de vue de l'Union européenne", in L. THÉVENOZ, M. FONTAINE (eds.), *La monnaie unique et les pays tiers*, Zürich/Brussel, Schulthess/Bruylant, 1999, (73), p. 86-87, nr. 24.

¹⁸ Anders: M. FONTAINE, *o.c.*, *supra* noot 17, 86, nr. 24.

¹⁹ Hoewel dit strikt beschouwd niet is nodig, vanwege de rechtstreekse werking van de verordeningen. Zo hernemen artt. 1 en 2 van de eurowet van 30 oktober 1998 de beginselen van verordening 1103/97 inzake omrekening en afronding. De reden hiervoor is dat de miskenning van deze beginselen strafrechtelijk worden gesanctioneerd: zie art. 61 Wet 30 oktober 1998.

onderhandeling.²⁰ De Belgische wetgever lijkt zich hier strenger op te stellen dan de Europese: immers, art. 3 van de euro-verordening 1103/97 laat het beginsel van continuïteit van rechtsinstrumenten gepaard gaan met een algemene uitzondering: 'Partijen mogen bij overeenkomst afwijken van deze bepaling'. De Europese wetgever is door deze formulering niet ingegaan op sommige suggesties om enkel 'uitdrukkelijk overeengekomen' uitzonderingen toe te laten.²¹ Artikel 32, 22° WHPC heeft daarentegen tot gevolg dat in de rechtsverhouding tussen verkoper en consument de wilsvrijheid van partijen verder wordt ingeperkt: de afwijking op de continuïteit moet het voorwerp zijn van een individuele onderhandeling, en moet bijgevolg uitdrukkelijk overeengekomen zijn. De verenigbaarheid van art. 32, 22° WHPC met de euroverordening kan bijgevolg in vraag worden gesteld.²² Weliswaar is de Richtlijn Oneerlijke Bedingen slechts een minimumrichtlijn, en laat ze de lidstaten toe om andere bedingen als oneerlijk te beschouwen. Evenwel mag de aanwending van deze bevoegdheid door de lidstaten niet ingaan tegen andere bepalingen van Gemeenschapsrecht. De euro-verordening 1103/97 bevat van zijn kant geen enkele aanwijzing als zouden de lidstaten de mogelijkheid behouden om strengere bepalingen in intern recht in te voeren of te handhaven betreffende de wijze waarop afwijkende bedingen op het continuïteitsprincipe zijn toegestaan: integendeel, de verordening is verbindend voor de lidstaten in al zijn onderdelen, hieronder begrepen de mogelijkheid gelaten aan de rechtsonderhorigen om bij overeenkomst afwijkingen op het beginsel van continuïteit in te lassen.²³ Tot slot bevestigt ook de ontstaansgeschiedenis van de verordening deze conclusie: de vraag vanwege consumentenverenigingen om de mogelijkheid tot afwijking van het continuïteitsbeginsel niet toe te staan ten aanzien van overeenkomsten met consumenten, werd door de Europese Commissie niet ingewilligd.²⁴

2° Continuïteit en overgang van rentevoeten in overeenkomsten

14. Artikel 7 van de eurowet van 30 oktober 1998 bevat dwingende regelen betreffende de substitutie van rentevoeten in bestaande rechtsinstrumenten: de invoering van de euro en de verschuiving van het monetaire beleid van de nationale centrale banken naar het Europees Stelsel van Centrale Banken heeft tot gevolg dat ook bepaalde monetaire rentevoeten niet langer op nationaal, maar thans op Europees niveau worden vastgesteld. Volledig in deze logica bepaalt artikel 7, lid 1 van de eurowet bijgevolg dat verwijzingen naar de rentevoeten vastgesteld door de Nationale Bank van België automatisch worden

²⁰ Art. 32, 22° Wet 14 juli 1991, ingevoegd door art. 58 Wet 30 oktober 1998, *B.S.* 10 november 1998. De bewijslast betreffende het bestaan van een individuele onderhandeling rust in geval van betwisting op de verkoper, en wordt nog verstrengd door een onweerlegbaar vermoeden dat er geen individuele onderhandeling is geweest wanneer het beding is opgesteld voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst: zie art. 32, 22°, leden 2 en 3 WHPC.

²¹ Cf. J.-V. LOUIS, "Some Legal Issues of the Building of a Monetary Union", in M. RUDANKO, P. TIMONEN (eds.), *European Financial Area*, University of Helsinki – Institute of Economic Law, 1998, (1), 17.

²² Vgl. eveneens A. THILLY, "La continuité des contrats face à l'introduction de l'euro dans les relations de consommation", *REDC* 1997, 17 e.v.; P. DEJEMEPPE, "L'euro et les consommateurs – les balises juridiques pour la transition", *D.C.C.R.* 1998, 210-211.

²³ Anders: J. STUYCK, "L'euro et le consommateur dans le marché intérieur", in *L'euro et le droit*, Brussel, éd. Jeune Barreau, 1998, (71), 88-89, volgens wie de verordening de lidstaten niet belet om de contractsvrijheid in te perken in het belang van de consument. In dezelfde zin: P. Dejemeppe, *l.c.*, *supra* noot 22, p. 211. Volgens deze auteurs is de wezenlijke vraag veeleer of de invoering van een bijkomend verboden beding verenigbaar is met de Europese Richtlijn Oneerlijke Bedingen (93/13/EEG). Bij ontstentenis van volledige harmonisatie op Europees niveau is het antwoord volgens deze auteurs hierop positief, nu de richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk toelaat om strengere regelen ter bescherming van de consument in te voeren of te handhaven.

²⁴ Zie J. ALLIX, "Euro: premières réactions sur les règlements du Conseil et leurs conséquences pour les consommateurs", *REDC* 1997, 7, aangehaald bij J. STUYCK, *l.c.*, *supra* noot 23, p. 88.

vervangen door verwijzing naar de overeenkomstige rentevoeten van de Europese Centrale Bank, volgens nader bij K.B. bepaalde modaliteiten.²⁵

Artikel 7, lid 2 van de euro-wet voert evenwel een analoge substitutie door voor wat betreft verwijzingen in wettelijke, reglementaire of contractuele bepalingen naar de BIBOR-rentevoet (Belgian Inter-bank Offered Rate). Deze verwijzingen worden automatisch vervangen door verwijzingen naar de EURIBOR-rentevoet (European Inter-Bank Offered Rate).

15. De substitutie van verwijzingen naar monetaire rentevoeten vastgesteld op het niveau van de centrale banken door de rentevoeten van de ECB (art. 7, lid 1) kan volledig worden ingeschreven binnen de context van de continuïteit: het principe dat de invoering van de euro geen wijziging aanbrengt aan bestaande rechtsinstrumenten heeft noodgedwongen tot gevolg dat de nationale rentevoeten worden vervangen door de overeenkomstige Europese rentevoeten, nu deze vervanging een rechtstreeks gevolg is van de invoering van de euro. Immers, de invoering van de euro gaat gepaard met de overdracht van nationale monetaire beleidsbevoegdheden naar de Europese Centrale Bank en het Europees Stelsel van Centrale Bank.

Deze redenering lijkt daarentegen moeilijker vol te houden voor de verwijzingen naar de BIBOR. De BIBOR was immers een 'privé-rentevoet', dagelijks vastgelegd op het niveau van de Belgische Vereniging van Banken, en die als basisvoet diende voor interbancaire verrichtingen. Ingevolge de invoering van de euro werd besloten om op het niveau van de Europese Bankenfederatie over te gaan tot invoering van een Europese interbancaire basisrentevoet, en werden de meeste 'nationale' rentevoeten vrijwillig afgeschaft. De substitutie van de nationale interbancaire basisrentevoet door een Europese is bijgevolg geen noodzakelijk en dwingend gevolg van de invoering van de euro, zodat ook de vraag rijst of het beginsel van continuïteit, en de automatische substitutie die hiervan het gevolg is, toepassing vindt. Weliswaar zal de substitutie van de BIBOR door EURIBOR in bestaande rechtshandelingen doorgaans door partijen impliciet gewild zijn, en zich bijgevolg in de contractsverhouding incorporeren op grond van art. 1156 B.W.²⁶ Deze substitutie bij wet opleggen, zonder enige afwijkingsmogelijkheid te voorzien voor de partijen, lijkt daarentegen moeilijk te verantwoorden op basis van het principe van continuïteit zoals neergelegd in artikel 3 van euro-verordening 1103/97. Vooreerst is de substitutie van de BIBOR-rentevoet door de EURIBOR-rentevoet geen rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de invoering van de euro, terwijl het principe van continuïteit van overeenkomsten luidens de verordening gelinkt is aan 'de invoering van de euro'. Mocht deze substitutie al aan het continuïteitsprincipe kunnen worden aangeknoopt, dan belet de dwingende formulering van artikel 7, lid 2 van de eurowet partijen bovendien om, zoals de verordening het toelaat, contractueel af te wijken van de substitutie van rentevoeten, tenzij *a posteriori* in onderling overleg. Desondanks zullen partijen zich naar de wet moeten schikken, nu deze niet openlijk ingaat tegen de euro-verordening, maar hooguit tegen de geest ervan zondigt. De automatische substitutie van BIBOR door EURIBOR zal in de contractuele verhouding doorwerken op grond van artikel 1135 B.W.²⁷

²⁵ Zie K.B. 26 november 1998 tot vaststelling van de referentierentevoeten, B.S. 1 december 1998.

²⁶ Vgl. in Duits recht: O. SANDROCK, *l.c.*, *supra* noot 16, p. 8.

²⁷ Vgl. M. GREGOIRE, "L'euro et le crédit", in *L'euro et le droit*, Brussel, éd. Jeune Barreau, 1998, (95), 117-118, nr. 50.

3° Continuïteit en het minimumkapitaal van vennootschappen

16. Een aanzienlijk deel van de internrechtelijke reglementaire activiteit in de context van de invoering van de euro betrof de conversie van bedragen in Belgische frank naar euro met ingang van 1 januari 2002, en de toepassing van mogelijke afrondingen om motieven van praktische bruikbaarheid. Met betrekking tot het minimumkapitaal van handelsvennootschappen leidde de zoektocht naar ronde bedragen in euro in een eerste fase tot een lichte verhoging van het wettelijke minimumkapitaal voor bepaalde vennootschappen. Tegen deze regeling rees fel protest, onder meer uit kringen van middenstandsverenigingen: gevreesd werd dat vele bestaande vennootschappen die met een minimumkapitaal functioneerden, tot kapitaalverhoging zouden moeten overgaan, en hierdoor onnodige kosten zouden moeten dragen. De regering besliste daarom in een tweede fase om de afronding van eurobedragen naar beneden door te voeren in vergelijking met de bedragen in Belgische frank.

17. Merkwaardig in de discussie die de initiële verhoging van het minimumkapitaal losweekte, was dat op geen enkel ogenblik het Europeesrechtelijke principe van continuïteit uit de euro-verordening werd ingeroepen.²⁸ Inderdaad kon getwijfeld worden aan de mogelijkheid voor de wet- of regelgever om enige verhoging van het minimumkapitaal van vennootschappen door te voeren, voor zover deze uitsluitend kaderde binnen de omzetting van de nationale valuta naar euro. Artikel 3 van de euro-verordening 1103/97 formuleert het principe van continuïteit op dwingende wijze ten aanzien van 'rechtsinstrumenten'. Deze omvatten niet enkel conventionele instrumenten, maar meer in het algemeen ook wettelijke en reglementaire bepalingen.²⁹ Nu een Europese verordening, krachtens het principe van voorrang van het Gemeenschapsrecht, primeert op internrechtelijke wetten, leidt het principe van continuïteit ook tot de vaststelling dat de wet- of regelgever niet bij machte was om bestaande wetten en reglementen met het oog op de overgang naar de euro te wijzigen in een voor de rechtsonderhorige nadelige zin. Zulke wijzigingen zouden in elk geval door andere motieven (verhoogde beschermingsbehoefte, ...) moeten zijn ingegeven. Nu zulke motieven niet voorhanden waren, kon worden besloten dat de initiële verhoging van het minimumkapitaal voor vennootschappen in strijd was met de euro-verordening.

C. Grensoverschrijdende betalingen in euro: een controversiële verordening

1° Ontstaansgeschiedenis en inhoud van de verordening

18. De quasi-naadloze overgang naar de euro werd in het najaar van 2001 verstoord toen bleek dat, na lange vruchteloze onderhandelingen tussen de banksector en de Europese Commissie omtrent de hoge tarifiering voor internationale betalingen, de Commissie voorstelde om de kredietinstellingen bij wege van verordening te verplichten de kosten voor internationale betalingen in euro te reduceren tot het kostenniveau voor vergelijkbare interne betalingen. De keuze voor een verordening als rechtsinstrument was tekenend voor

²⁸ Zie bijv. D. NAPOLITANO, "Standpunt: de euro en de Vennootschappenwet: een transparantie-afronding te ver", *T.R.V.* 2000/7, 413-417, die enkel een oproeping tot de wetgever – bedoeld werd de Regering – om regelgevend op te treden als uitweg zag, en geen vragen stelde bij de legitimiteit van de initieel doorgevoerde 'transparantie-afronding' naar boven.

²⁹ Zie de definitie van 'rechtsinstrumenten' in art. 1, eerste streepje euro-verordening: "wettelijke en reglementaire bepalingen, bestuurlijke uitspraken, contracten, eenzijdige rechtsakten, betaalmiddelen anders dan bankbiljetten en muntstukken, alsmede andere instrumenten die rechtsgevolgen hebben."

de grimmigheid van de debatten met de sector: de Europese Commissie achtte een verordening noodzakelijk teneinde de beoogde kostenreductie rechtstreeks te kunnen doorvoeren, zonder te moeten vrezen voor mogelijke vertragingen in de omzetting van de Europese normen in intern recht. Het was ook duidelijk dat de politieke druk op de lidstaten bijzonder hoog was om zulke maatregel, die sterk samenhang met de geloofwaardigheid van de euro als werkelijke Europese munt voor de burger³⁰, goed te keuren. De snelheid waarmee Verordening 2560/2001³¹ werd goedgekeurd – minder dan drie maanden verliepen tussen het initiële voorstel van de Commissie en de definitieve goedkeuring – spreekt boekdelen. De verordening riep evenwel luid protest op binnen de banksector.

19. De verplichtingen die de verordening oplegt, kunnen als volgt worden samengevat: met ingang van 1 juli 2002 moeten de kosten die een financiële instelling aanrekent voor een grensoverschrijdende elektronische betalingstransactie van een lidstaat naar een andere lidstaat³² tot een bedrag van 12.500 EUR dezelfde zijn als de kosten die dezelfde instelling aanrekent voor dergelijke betalingen in euro binnen de lidstaat (art. 3.1).³³ Elektronische betalingstransacties omvatten enerzijds de overmaking van geld door middel van een elektronisch betaalinstrument, en anderzijds de opneming van contanten met behulp van een elektronisch betaalinstrument of het op- en ontladen van een elektronisch geldinstrument bij een geldautomaat of automatisch loket. Bedoeld worden in essentie de betalingen in het buitenland met krediet- of betaalkaarten en elektronische portemonnees, evenals de ophaling van contanten met behulp van zulke kaarten. Voor papieren overschrijvingen wordt dit principe ingevoerd met ingang van 1 juli 2003 (art. 3.2). Vanaf 1 januari 2006 worden beide voormelde verplichtingen uitgebreid tot overmakingen voor een bedrag tot 50.000 EUR (art. 3.3).

De gelijkschakeling van kosten gaat gepaard met de verplichting in hoofde van de geviseerde instellingen om voorafgaandelijk aan de klanten in bevattelijke vorm en schriftelijk inlichtingen over de kosten van lokale en internationale geldovermakingen mee te delen (art. 4.1). Wijzigingen moeten op dezelfde wijze aan de klanten worden meegedeeld (art. 4.2). Tot slot moeten eventuele wisselkosten bij omzetting tussen euro en een nationale valuta vooraf en na een transactie aan de klant worden meegedeeld (art. 4.3).³⁴ De actoren bij het grensoverschrijdend betaalverkeer worden er door de verordening tot slot toe aangezet om de transfers te vereenvoudigen door sterke standaardisering van de opdrachten, met name door het gebruik van internationale bankrekeningnummers (IBAN) en bankidentificatiecodes (BIC) (art. 5).

Aangezien deze verplichtingen in een verordening zijn opgenomen, zijn ze rechtstreeks toepasselijk op de betrokken financiële instellingen, zonder dat enige omzettingsmaatregel in het recht van de lidstaten vereist is.

20. Op de lidstaten wegen evenwel ook enkele verplichtingen: vooreerst moeten ze alle informatieverplichtingen voor statistische doeleinden in de context van internationale

³⁰ Dit vertrouwensversterkend element wordt in de preambule bij de verordening uitdrukkelijk aangehaald (considerans 6).

³¹ Verordening 2560/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 2001 betreffende grensoverschrijdende betalingen in euro, *Pb.* L 344, 28 december 2001, p. 13.

³² Het is hierbij irrelevant of die lidstaat al dan niet tot de euro is toegetreten.

³³ Een letterlijke interpretatie impliceert dat de kosten voor grensoverschrijdende betalingen ook niet lager zouden mogen zijn dan die voor interne betalingen. Hoewel deze hypothese, voornamelijk in de huidige context, veeleer onwaarschijnlijk is, is het de vraag of de strikte gelijkschakeling door de Gemeenschapswetgever bedoeld was.

³⁴ Deze verplichting geldt enkel in de context van een grensoverschrijdende geldovermaking in euro die een wisselverrichting met zich meebrengt ongeacht of deze op een valuta van een niet-deelnemende lidstaat of van een derde land betrekking heeft (bijv. overschrijving van een rekening in GBP in euro naar een andere lidstaat; overschrijving van een USD rekening in euro naar een rekening in een andere lidstaat).

betalingen afschaffen met ingang van 1 juli 2002 (art. 6.1).³⁵ Op dezelfde datum moeten alle nationale verplichtingen betreffende de gegevens van de begunstigde van een geldovermaking die in de weg staan aan de automatisering van de uitvoering van de betaling, worden opgeheven (art. 6.2). Tot slot moeten de lidstaten de naleving van de verordening verzekeren door doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties (art. 7). Laatstgenoemde verplichting veronderstelt het treffen van specifieke maatregelen om aan de verordening nuttig effect te verschaffen.

2° Kritische bedenkingen

21. De verordening is in tweeërlei zin merkwaardig te noemen. Vooreerst is er de keuze van het rechtsinstrument: het is – zeker in de financiële sector – veeleer uitzonderlijk dat de Gemeenschapswetgever een dermate ingrijpend rechtsinstrument als een verordening hanteert om rechtstreeks te ‘harmoniseren’, en aan particuliere economische actoren dwingende verplichtingen op te leggen in hun onderlinge juridische betrekkingen.³⁶ Hoewel artikel 95 EG (voorheen art. 100A EG – Verdrag) reeds van bij de invoering in het EG-Verdrag door de Europese Eenheidsakte van 1987 impliciet in de mogelijkheid voorzag om verordeningen te hanteren³⁷, is de ‘heropleving’ van de verordening een veeleer recent fenomeen, dat vooral na het Verdrag van Amsterdam in diverse gebieden ingang heeft gevonden, inzonderheid in het gebied van justitiële samenwerking.³⁸ Er zij overigens aangestipt dat in een verklaring van de lidstaten bij de invoering van het toenmalige artikel 100A EG-Verdrag werd aangestipt dat de Europese Commissie de voorkeur zou geven aan een richtlijn boven een verordening telkens de invoering van de harmonisatiemaatregel in een of verschillende lidstaten een wijziging van de bestaande wetgeving zou vereisen.³⁹ Hierbij rijst de vraag of het hanteren van zulk dirigistisch instrument een eenmalige, uitzonderlijke situatie is, dan wel de voorhoede vormt van een nieuwe ‘harmonisatiecultuur’ in het Europees financieel recht, die gebeurlijk ook in andere materies waar de bescherming van de consument vooropstaat, zal worden gehanteerd.

22. Meer fundamenteel rijst evenwel de vraag naar de rechtsgeldigheid van deze verordening. Het beginsel van ‘attributie van bevoegdheid’ gebiedt immers dat elk optreden van de Gemeenschapswetgever moet steunen op een rechtsgrond in het EG-Verdrag die zowel de materiële bevoegdheid van de Gemeenschap afbakt als de middelen en procedures om die bevoegdheid uit te oefenen.⁴⁰ Het voornaamste potentiële bezwaar tegen de verordening betreft meer bepaald de keuze van artikel 95 EG (voorheen artikel 100A EG-Verdrag) als rechtsgrondslag voor de verordening. Artikel 95 EG beoogt met name de Gemeenschapswetgever bevoegdheid te verlenen om harmonisatiemaatregelen te treffen die ofwel de instelling en de werking van de interne markt betreffen (art. 95, lid 1, *in fine* EG), ofwel de afschaffing van mededingingsverstoringen als gevolg van dispariteiten tussen de

³⁵ In België betreft het concreet de mededelingen aan het BLWI.

³⁶ Het gebruik van verordeningen gebaseerd op artikel 95 EG is globaal beschouwd kwantitatief als marginaal te beschouwen. In sectoraal opzicht werd de verordening tot op heden in grote mate gebruikt voor veeleer technische materies, onder meer in de gebieden van het levensmiddelen- en geneesmiddelenrecht.

³⁷ Zie o.m. A. BARDENWEHER, J. PIPKORN, “Artikel 100a”, in VON DER GROEBEN, THIESING, EHLERMANN (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5^o ed., vol. 2/II, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 2/2282, nr. 68-69.

³⁸ Zie onder meer de ‘internalisatie’ die verschillende voorheen bij verdrag – of een poging hierote – geregelde materies thans ondergaat: zo bijvoorbeeld de Brussel II verordening en de Europese insolventieverordening.

³⁹ Zie Verklaring nr. 4 inzake artikel 95 (ex artikel 100 A) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap

⁴⁰ Zie hierover K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 2^o ed., Antwerpen, Maklu, 1999, 135-136, nr. 95, met verdere verwijzingen.

regelgeving van de lidstaten beogen.⁴¹ Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest betreffende de Tabaksreclamerichtlijn⁴² strikte grenzen gesteld aan het beroep op artikel 95 EG als rechtsgrondslag voor een communautaire harmonisatiemaatregel. Vooreerst verwerpt het Hof de visie als zou artikel 95 EG een algemene bevoegdheid aan de Gemeenschap verlenen om regelgevend op te treden teneinde bepaalde economische of sociale doelstellingen te verwezenlijken die aan de interne markt kunnen worden vastgeknoopt: artikel 95 EG kan enkel worden aangegrepen wanneer de voorgestelde harmonisatie duidelijk de instelling en de werking van de interne markt kan verbeteren. Een louter abstract risico dat de dispariteit van nationale regelgeving de interne markt belemmert, is volgens het Hof onvoldoende: het komt aan het Hof toe om na te gaan of de communautaire maatregel daadwerkelijk de vooropgestelde doelstelling nastreeft.⁴³ Voorts aanvaardt het Hof weliswaar dat het tegengaan van toekomstige belemmeringen als gevolg van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen een beroep op artikel 95 EG kan rechtvaardigen. Vereist is evenwel dat het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk is en dat de betrokken communautaire maatregel ertoe strekt om deze belemmeringen te voorkomen.⁴⁴ Voor zover ten slotte een op artikel 95 EG gebaseerde communautaire maatregel de afschaffing van mededingingsverstoringen nastreeft, hanteert het Hof van Justitie thans een *de minimis*-regel⁴⁵: enkel merkbare mededingingsverstoringen als gevolg van dispariteiten in regelgeving tussen de lidstaten kunnen communautaire harmonisering op grond van artikel 95 EG legitimeren.⁴⁶

23. Tegen deze achtergrond kan bij artikel 95 EG als rechtsgrondslag voor de verordening inzake grensoverschrijdende betalingen in euro meer dan één vraagteken worden geplaatst. Vooreerst rijst de vraag of er in dit gebied *überhaupt* sprake is 'harmonisatie', of van 'onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten', zoals verwoord door artikel 95 EG. Tot op heden bestaan, voor zover gekend, in de lidstaten geen van overheidswege opgelegde normen inzake de tarificatie van het grensoverschrijdend betaalverkeer, zodat bezwaarlijk enige nood aan harmonisatie aan de orde is. Weliswaar kunnen ook toekomstige belemmeringen door een beroep op artikel 95 EG worden weggewerkt, maar het valt te betwijfelen of regelgevend optreden in de toekomst, of als gevolg van de invoering van de euro, het ontstaan van nieuwe hindernissen voor de goede werking van de interne markt waarschijnlijk maakt.

Desondanks valt niet te ontkennen dat, bij ontstentenis van door nationale regelgeving geïnduceerde belemmeringen op de functionering van de interne markt, de door kredietinstellingen aangerekende kosten voor grensoverschrijdende geldtransferten een potentiële rem kunnen vormen op de verdere ontwikkeling van de interne markt. Dit

⁴¹ Laatstgenoemde bevoegdheid blijkt niet uitdrukkelijk uit de tekst van artikel 95 EG – enkel artikel 96 EG refereert aan actiemogelijkheden in dat verband –, maar werd door het Hof van Justitie wel aanvaard in de zogeheten 'titaandioxyde-zaak': H.v.J. 11 juni 1991, *Commissie t. Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867.

⁴² H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Europees Parlement*, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419.

⁴³ H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Europees Parlement*, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419, r.o. 82-85. Meer algemeen moet de keuze van de rechtsgrond voor een communautair optreden steunen op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn, zoals het doel en de inhoud van de handeling: zie K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *o.c.*, *supra* noot 40, p. 137, nr. 98.

⁴⁴ H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Europees Parlement*, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419, r.o. 86.

⁴⁵ Zie F. AMTENBRINK, J.F. APPELDOORN, "Is er leven na het Tabaksreclamearrest? De interpretatie van art. 95 EG en de hernieuwde poging van de Commissie inzake de tabaksreclame", *S.E.W.* 2001, (413), 417.

⁴⁶ H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Europees Parlement*, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419, r.o. 106, met verwijzing naar het zogeheten 'titaandioxyde-arrest' (H.v.J. 11 juni 1991, *Commissie t. Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867, r.o. 23). Terecht werd in de rechtsleer evenwel aangestipt dat pas in het 'Tabaksreclame-arrest' van 5 oktober 2000 de *de minimis*-regel ondubbelzinnig wordt geformuleerd (zie F. AMTENBRINK, J.F. APPELDOORN, *l.c.*, *supra* noot 45, p. 417).

vormt dan ook de voornaamste aanleiding voor de verordening.⁴⁷ In de veronderstelling dat ‘harmoniseren’ op communautair niveau ook kan bij afwezigheid van bestaande nationale regelgeving, rijst de vraag of de verordening terdege de werking van de interne markt bevordert door de tarieven voor grensoverschrijdende betalingen te plafonneren op het tariefniveau van interne betalingen. Ook hier gaat de Gemeenschapswetgever niet vrijuit: immers, het valt moeilijk te betwisten dat het prijsverschil tussen het grensoverschrijdende en het lokale betaalverkeer toe te schrijven is aan objectieve omstandigheden: de noodzaak om netwerken met elkaar te verbinden, de aanwezigheid van meer actoren in het internationale betaalverkeer, de relatief hogere kost voor internationale betalingen in het licht van het beperkter internationaal betaalvolume leiden doorgaans tot een hogere kostprijs per transactie. Door eenzijdig de reductie van de kostprijs voor internationale verrichtingen op te leggen, zullen financiële instellingen zich vaak genoodzaakt zien om aan kruissubsidiëring te doen, en de kosten voor het lokale betaalverkeer op te drijven, ofwel ervoor moeten opteren om de (deficitaire) dienst niet langer aan hun cliënteel aan te bieden. De verordening dreigt hierdoor aan zijn doel voorbij te schieten: de schijnbare bevordering van het internationale betaalverkeer, en bij reflex van het internationale goederen- en dienstenverkeer, dreigt ten koste te gaan van de normale mededingingsverhoudingen tussen kredietinstellingen en met het cliënteel. Niet enkel dreigt kruissubsidiëring op te treden. Tevens dreigen de mededingingsverhoudingen tussen kredietinstellingen in verschillende lidstaten verstoord te worden: kredietinstellingen uit lidstaten waar het lokale prijsniveau voor betalingen relatief hoog ligt, genieten een comparatief voordeel ten opzichte van de kredietinstellingen die de internationale betalingen op een lager prijsniveau moeten reduceren, en de kostprijs hiervan op andere diensten moeten verhalen. De verordening genereert hierdoor een paradoxaal effect, nu het wegwerken van mededingingsverstoringen tussen lidstaten precies één van de doelstellingen is die met harmonisatiemaatregelen op grond van artikel 95 EG kunnen nagestreefd worden. Vanuit een inhoudelijke analyse van de richtlijn kunnen dan ook twijfels worden geuit bij het beroep op artikel 95 EG, nu ze leidt tot een antagonistisch effect ten aanzien van de twee doelstellingen die aan de basis liggen van artikel 95-maatregelen: de bevordering van de goede werking van de interne markt doet uiteindelijk afbreuk aan de doelstelling om mededingingsdistorties weg te werken.

24. De vaststelling dat artikel 95 EG geen juiste grondslag oplevert voor de verordening, roept de vraag op of de bedoelde verordening op een andere bevoegdheid van de Gemeenschap in het EG-Verdrag kan worden gesteund. Bezwaarlijk kan beroep worden gedaan op artikel 153 EG inzake consumentenbescherming, nu de maatregel duidelijk alle gebruikers van het betaalverkeer wenst te beschermen, en niet enkel de consument. Evenmin biedt artikel 94 EG (het vroeger artikel 100 EG-Verdrag) een adequate rechtsgrondslag, in de veronderstelling dat bij ontstentenis van bestaande regelgeving in alle of bepaalde lidstaten evenmin enige ‘harmonisatie’ van deze regelgeving aan de orde kan zijn. Weliswaar wordt aangenomen dat artikel 94 EG zelfs bij ontstentenis van bestaande overheidsreglementering in de lidstaten een legitieme rechtsgrondslag voor een harmonisatierichtlijn – in dit geval is een verordening als rechtsinstrument uitgesloten – kan vormen.⁴⁸ kan dienen Evenwel moet nog worden aangetoond dat de betrokken regeling de functionering van de gemeenschappelijke markt ten goede komt.

⁴⁷ Zie considerans 6, preambule verordening 2560/2001: “Het handhaven van hogere kosten voor grensoverschrijdende betalingen dan voor binnenlandse betalingen vormt een rem op het grensoverschrijdend handelsverkeer en dus een belemmering voor de goede werking van de interne markt, en schaadt tevens het vertrouwen in het gebruik van de euro.” Deze considerans toont tevens aan dat het versterken van het vertrouwen in de euro als bijkomende (politieke) doelstelling van de verordening naar voor werd geschoven.

⁴⁸ Zie H.C. TASCHNER, “Artikel 100”, in VON DER GROEBEN, THIESING, EHLERMANN (eds.), *Kommentar zum EU-EG-Vertrag*, 5^e ed., vol. 2/II, Baden-Baden, Nomos, 1999, nr. 22, p. 2/2218, met verdere verwijzingen.

Gebeurlijk zou de 'catch all'-bepaling van artikel 308 EG (voorheen artikel 235 EG-Verdrag) als rechtsgrond kunnen bieden, in de mate het optreden van de Gemeenschap noodzakelijk is om één van de doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken (bijv. realisatie van de interne markt: art. 2, lid 1, c EG). In deze hypothese vormt de huidige keuze van artikel 95 EG als grondslag voor de verordening zonder twijfel een grond voor vernietiging van de verordening, nu er wezenlijke verschillen bestaan in de goedkeuringsprocedure: een maatregel gebaseerd op artikel 308 EG vereist unanimitéit op het niveau van de Raad, terwijl enkel een gekwalificeerde meerderheid vereist is voor maatregelen op grond van artikel 95 EG.⁴⁹

3° Rechtsmiddelen tegen de verordening ?

25. Theoretisch zou de beweerde onwettigheid van de verordening in het systeem van rechtsbescherming waarin het EG-Verdrag voorziet, langs verschillende wegen kunnen worden aangeklaagd: vooreerst zou een rechtstreeks annulatieberoep tegen de verordening kunnen worden aangespannen (art. 230 EG), hetzij door een lidstaat bij het Hof van Justitie, hetzij door een getroffen financiële instelling bij het Gerecht van Eerste Aanleg. Daarnaast kan op indirecte wijze, via de prejudiciële procedure (art. 234 EG), de onwettigheid van de verordening worden aangeklaagd door een financiële instelling in het kader van een voor een nationale rechterlijke instantie aanhangige procedure. Terwijl het rechtstreekse annulatieberoep aan een vervaltermijn is onderworpen, met name twee maanden na de bekendmaking van de handeling⁵⁰, kent de prejudiciële procedure geen tijdslimiet. Hierna worden deze mogelijkheden kort overlopen.

26. Onverminderd het bestaan van de vervaltermijn, leek de techniek van het rechtstreekse annulatieberoep tegen de verordening weinig soelaas te kunnen bieden, hoewel deze vaststelling nuancering behoeft in het licht van een recent arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg.

Vooreerst was er de vraag of enige lidstaat het politiek zou aandurven om een annulatieberoep tegen de verordening in te stellen. De verordening wordt immers bij de burgers wellicht overwegend positief onthaald als een maatregel ter indijking van als overmatig ervaren kosten voor het grensoverschrijdend betaalverkeer.

Aan de andere kant viel te betwijfelen of op grond van de klassieke jurisprudentie van het Hof van Justitie individuele financiële instellingen die door de verordening worden getroffen blijk kunnen geven voldoende 'rechtstreeks en individueel' geraakt te zijn door de verordening, zoals vereist door artikel 230, lid 4 EG, om zelf een annulatieberoep bij het Gerecht van Eerste Aanleg te kunnen instellen. Traditioneel vulden het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg deze ontvankelijkheidsvoorwaarde bijzonder restrictief in. Het 'rechtstreeks' geraakt zijn door de verordening veronderstelt dat deze de rechtstoestand van een individueel rechtssubject rechtstreeks aantast, zonder dat enige uitvoeringsmaatregel op communautair of nationaal niveau vereist is.⁵¹ *In casu* is deze voorwaarde vervuld ten aanzien van de financiële instellingen, aangezien ze op grond van de enkele verordening hun tarieven voor grensoverschrijdende betalingen moeten aanpassen. Moeilijker is het evenwel gesteld met de voorwaarde dat de verordening de

⁴⁹ De omstandigheid dat Verordening 2560/2001 *in casu* de unanieme goedkeuring van alle lidstaten in de Raad meekreeg, hoewel slechts een gekwalificeerde meerderheid vereist was, is hierbij irrelevant.

⁵⁰ Art. 230, lid 5 EG: voor individuele handelingen geldt als startpunt voor de termijn van twee maanden de kennisgeving, of bij ontstentenis hiervan de kennisname door de bestemming van de handeling.

⁵¹ Zie o.m. H.v.J. 5 mei 1998, *Dreyfus*, C-386/96 V, *Jur.* 1998, I-2309, r.o. 43; S. COPPIETERS, L. GOOSSENS, L. VAN DEN HENDE, "Overzicht van rechtspraak. Europees Gemeenschapsrecht: rechtsbescherming 1995-1999", *T.P.R.* 2000/2, (751), p. 837, nr. 165, met uitvoerige verwijzing aan jurisprudentie.

financiële instellingen *individueel* moet raken, nu de verordening per definitie een algemene draagwijdte heeft, en tot de lidstaten is gericht. Traditioneel aanvaardde het Hof dat aan deze voorwaarde pas was voldaan wanneer de kwestieuze verordening een welbepaald individu raakt vanwege bepaalde karakteristieken die hem eigen zijn of uit hoofde van een toestand die dit individu karakteriseert ten opzichte van elke andere persoon, zodat de verordening het betrokken rechtssubject op soortgelijke wijze individualiseert als de formele adressaat.⁵² *In casu* valt bezwaarlijk aan te nemen dat deze voorwaarde vervuld is ten opzichte van een welbepaalde financiële instelling: de verordening sorteert immers in het algemeen dezelfde rechtsgevolgen ten aanzien van alle financiële instellingen die activiteiten ontplooiën op het gebied van het internationale betalingsverkeer. De fasering van de verplichtingen die de verordening oplegt⁵³, is niet van aard om deze vaststelling te beïnvloeden.

27. Een recent arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 3 mei 2002 in de zaak *Jégo-Quéré* kan op dit gebied evenwel nieuwe perspectieven bieden. Het Gerecht van Eerste Aanleg verklaarde immers een annulatieberoep ingesteld door een onderneming tegen een verordening op grond van artikel 230 EG ontvankelijk, hoewel was vastgesteld dat de betrokken onderneming niet individueel door de verordening werd getroffen. Het Gerecht beriep zich hierbij op het recht op een effectieve rechtstoegang als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, dat niet enkel steun vindt in de constitutionele traditie van de lidstaten, maar tevens wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van Nice van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000.⁵⁴ De omstandigheid dat een rechtsonderhorige die rechtstreeks door een verordening wordt getroffen, de onwettigheid ervan voor de nationale rechter kan inroepen, en hierdoor een prejudiciële procedure kan uitlokken, garandeert volgens het Gerecht geen adequaat rechtsmiddel tegen de kwestieuze communautaire rechtshandeling: er mag van een particulier immers niet verlangd worden dat hij de wet miskent teneinde zich een toegang te verzekeren tot het gerecht.⁵⁵ Het Gerecht inspireerde zich bij de beslissing in verregaande mate op de conclusies van advocaat-generaal Jacobs in een voor het Hof van Justitie aanhangige zaak, waarin aan het voltallige Hof een principiële stellingname rond deze kwestie wordt gevraagd.⁵⁶

Concluderend blijkt dat Het arrest *Jégo-Quéré* van het Gerecht van Eerste Aanleg – hierin mogelijks gevolgd door het Hof van Justitie – een nieuw tijdperk inluidt in het rechtstreekse contentieux van particulieren voor het Hof van Justitie. Voor de verordening inzake grensoverschrijdende betalingen in euro had het arrest potentiële repercussies kunnen hebben, ware het niet dat de termijn voor het instellen van een annulatieberoep al is verstreken. Het arrest zal, voor zover het niet door het Hof van Justitie in een herzieningsberoep wordt hervormd, een gevoelig schokeffect teweegbrengen in het systeem van communautaire rechtsbescherming. *De facto* leidt dit arrest ertoe dat een particulier enkel nog moet aantonen (1) rechtstreeks door een communautaire maatregel getroffen te zijn, en (2) bij ontstentenis van individuele getroffenheid een effectief rechtsmiddel ontbeert.

⁵² Zie reeds H.v.J. 15 juli 1963, *Plaumann*, 25/62, *Jur.* 1962, (205), 232. Hierover eveneens S. COPPIETERS, L. GOOSSENS, L. VAN DEN HENDE, *l.c.*, *supra* noot 51, p. 826, nr. 147.

⁵³ Zie hoger, nr. 19.

⁵⁴ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* C 364, 18 december 2000, p. 1. Zie in het bijzonder artikel 47, lid 1: “Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte (...)”.

⁵⁵ H.v.J., 3 mei 2002, *Jégo-Quéré*, T-177/01, *nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 45 (raadpleegbaar op <<http://www.curia.eu.int>>).

⁵⁶ Zie concl. Adv.-gen. F. Jacobs in zaak C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, *nog niet gepubliceerd in Jur.* (raadpleegbaar op <<http://www.curia.eu.int>>).

28. Benevens de rechtstreekse procedure, kan de beweerde onwettigheid van de verordening ook nog ter sprake komen naar aanleiding van een rechtsgeding voor een nationale rechterlijke instantie, die dit probleem bij wege van prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kan of moet voorleggen.⁵⁷ Aangezien de verordening de lidstaten verplicht om in adequate sancties te voorzien ter naleving van diens bepalingen, is deze hypothese niet ondenkbeeldig: niet enkel zou een financiële instelling die zich niet houdt aan de tariefverplichtingen in rechte kunnen worden vervolgd door een misnoegde klant; tevens is denkbaar dat sommige lidstaten voorzien in administratieve sancties waartegen een rechterlijk beroep openstaat, of zelfs in strafrechtelijke sancties. In deze omstandigheden is de kans reëel dat de betwisting omtrent de rechtsgrondslag van de verordening vroeg of laat aan het oordeel van het Hof van Justitie wordt onderworpen.

29. Abstractie makend van de juridische bezwaren tegen de rechtsgrondslag voor de verordening, rijst tot slot de vraag naar de beleidsmatige opportuniteit van de opgelegde regeling. Enerzijds verplicht de verordening de financiële instellingen over te gaan op een lineaire tariefgelijkschakeling voor het internationale op het nationale betalingsverkeer, waardoor de globale transparantie van de prijzen vermindert. Anderzijds zet de verordening de financiële instellingen niet aan om bijkomend te investeren in een kostenreductie van het internationaal betaalverkeer. Een alternatief had erin kunnen bestaan om een langere overgangperiode toe te staan aan de financiële instellingen vooraleer de gelijkschakeling van kosten door te voeren, maar terzelfder tijd de betrokken instellingen te verbieden om de kosten te verhalen op het binnenlandse betaalverkeer. Zulke regeling zou een sterkere stimulans hebben ingebouwd om de investeringen in de uitbouw van het grensoverschrijdende betaalverkeer op te voeren.

II. Rechterlijke handhaving van het Europees financieel recht: spanningen en weerstanden

30. Met de toenemende Europeanisering van het financiële bedrijf en de diverse Europese harmonisatiemaatregelen in het financieel recht worden meer dan vroeger problemen betreffende de toepassing en interpretatie van het Europees financieel recht voor nationale rechterlijke instanties gebracht. De handhaving van het Europees recht in de lidstaten in het systeem van het EG-Verdrag steunt, zoals geweten, in sterke mate op de rol van nationale rechterlijke instanties, die via de prejudiciële procedure gebeurlijk beroep kunnen doen op het Hof van Justitie. Deze primaire rol van de nationale rechter doet zich niet enkel voor ten aanzien van klassieke vragen van interpretatie van secundaire Gemeenschapswetgeving, maar eveneens bij het afdwingen van de rechtstreeks werkende vrijheden van het EG-Verdrag of algemene principes van Gemeenschapsrecht (bijv. principe van de staatsaansprakelijkheid voor miskennis van het Europees recht), waarvan de bakens door het Hof van Justitie reeds zijn uitgezet. Verschillende recente 'incidenten' geven evenwel aanwijzingen dat de handhaving van het Europees recht in het gebied van Europese financiële regulering minstens op verdeckte wijze op weerstand stuit bij de hoogste rechterlijke instanties in bepaalde lidstaten. In het algemeen is met name een trend waar te nemen van verminderde bereidheid van de hoogste rechterlijke instanties om interpretatievragen betreffende Europeesrechtelijke normen via prejudiciële vraag aan het

⁵⁷ In elk geval moet de nationale rechter die de motieven voor onverenigbaarheid van een verordening met het EG-Verdrag gegrond acht, de vraag aan het Hof van Justitie voorleggen: de nationale rechter is niet bevoegd om zelf handelingen van Gemeenschapsrecht ongeldig te verklaren (zie H.v.J. 22 oktober 1987, *Foto-Frost*, zaak 314/85, *Jur.* 1987, 4199, r.o. 14-16). Zie hierover eveneens L. VAN DEN HENDE, "Overzicht van rechtspraak. Europees Gemeenschapsrecht: rechtsbescherming (1979-1994)", *T.P.R.* 1995/1, 262-263, nr. 179-180.

Hof van Justitie voor te leggen, of om een niet steeds getrouwe implementatie te geven aan een arrest van het Hof van Justitie. Het is vooralsnog onduidelijk of het hier om geïsoleerde gevallen gaat, dan wel of dit wijst op een meer algemeen fenomeen. Drie voorbeelden zullen het voorgaande illustreren.

A. De rechtvaardige maar eigenzinnige rechter: de Raad van State en het Fleming Flagship-arrest

31. De feiten die aan het *Fleming Flagship* -arrest van de Belgische Raad van State van 4 juni 1997⁵⁸ ten grondslag liggen, houden in wezen verband met het stelsel van wederzijdse erkenning dat het 'Europees paspoort' voor financiële instellingen onderbouwt. Fleming Flagship was een instelling voor collectieve belegging (ICB), gevestigd in Luxemburg, die vanwege de bevoegde Luxemburgse toezichthouder een vergunning had gekregen als beleggingsinstelling van het 'Europese type'⁵⁹ voor een nieuw compartiment dat zich zou toeleggen op belegging in Indische effecten. Fleming Flagship wenste de deelbewijzen van dat compartiment met gebruikmaking van zijn Europees paspoort ook in België te commercialiseren zonder een bijkomende toestemming terzake vanwege de Commissie voor het Bank- en Financieuzen (CBF) te moeten bekomen. Naar aanleiding van de notificatieprocedure die de ICB voorafgaand aan de commercialisatie in het ontvangstland moet doorlopen, merkte de CBF evenwel op dat het betrokken compartiment gebruik maakte van een – door fiscale overwegingen ingegeven – constructie waarvan de verenigbaarheid met de ICBE-richtlijn betwifelbaar was.⁶⁰ De CBF weigerde bijgevolg het 'Europees paspoort' van de ICB te erkennen met het motief dat de door de bevoegde Luxemburgse overheid verleende vergunning niet conform was met de ICBE-richtlijn.

Fleming Flagship stelde een administratief beroep in bij de Minister van Financiën, die de beslissing van de CBF bevestigde, waarop Fleming Flagship een annulatieberoep bij de Raad van State instelde.

32. De Raad van State stelde verzoekster in het gelijk, en vernietigde bij arrest van 4 juni 1997 de afwijzende beslissing van Minister van Financiën. De Raad motiveert de annulatie met verwijzing naar de tekst van de ICBE-richtlijn en van de pertinente bepalingen van de Wet van 4 december 1990 die hiervan de omzetting in Belgisch recht vormt. Het arrest baseert zich meer bepaald op de bepalingen van de ICBE-richtlijn inzake de bevoegdheid van het herkomstland tot aflevering van de vergunning, welke voor de volledige Gemeenschap geldt (art. 4, lid 1) enerzijds, en de bepaling die de procedure neerschrijft die een ICBE moet doorlopen met het oog op de verhandeling van haar deelbewijzen in een andere lidstaat (art. 46). Uit laatstgenoemde bepaling blijkt volgens de Raad van State dat het ontvangstland zich enkel tegen de commercialisatie van deelbewijzen op zijn grondgebied kan verzetten om de reden dat de commercialisatie zelf niet voldoet aan de bepalingen van de richtlijn die op dit vlak aan het ontvangstland specifieke bevoegdheden verlenen (art. 44, lid 1 en 45 ICBE-richtlijn). De duidelijke tekst van de richtlijn verzet er zich daarentegen tegen dat het ontvangstland de door het herkomstland verleende vergunning zelf in vraag stelt. Enkel de in de ICBE-richtlijn voorziene concertatieprocedure tussen lidstaten (art. 50) of een inbreukprocedure voor het Hof van Justitie tegen het herkomstland

⁵⁸ R.v.St. 4 juni 1997, arrest nr. 66.566, *Bank Fin.* 1997/8, 58, noot M. TISON, *Bull. Droit & Banque* 1998, nr. 27, 37, noot A. ELVINGER.

⁵⁹ Krachtens richtlijn 85/611/EEG van 20 december 1985, *Pb.* L 375, 31 december 1985, p. 3. (hierna: 'de ICBE-richtlijn').

⁶⁰ Met name werd voor de belegging in de genoemde effecten gebruik gemaakt van een 100%-dochter, gevestigd op het eiland Mauritius, hetgeen volgens de CBF in strijd was met artikel 25 ICBE-richtlijn.

(art. 227 EG, voorheen art. 170 EG-Verdrag) zouden het probleem van de mogelijke miskenning van de ICBE-richtlijn door het herkomstland ten gronde kunnen aanpakken.⁶¹

33. Merkwaardig was vooral dat de Raad van State, hoewel ze hierom door de verzoekende partij⁶² werd verzocht, het niet nodig achtte om deze belangwekkende interpretatievraag, die aan het wezen van het regime van wederzijdse erkenning in de financiële richtlijnen raakt, aan het Hof van Justitie voor te leggen. De Raad van State achtte de pertinente bepalingen van de ICBE-richtlijn voldoende duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar, zodat een prejudiciële vraag zich niet opdrong. Deze enigszins eigenzinnige houding van een hoogste administratief rechtscollege wekt verwondering: weliswaar onderbouwde bepaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie ten tijde van de feiten reeds naar analogie de conclusie van de Raad van State.⁶³ Deze jurisprudentie wordt echter niet aangehaald in het *Fleming Flagship*-arrest, zodat evenmin duidelijk is of de Raad van State er effectief kennis van had. Bovendien liet de ICBE-richtlijn nog een zekere interpretatieruimte toe betreffende een mogelijke restbevoegdheid van het ontvangstland in geval van een beweerdelijk onterecht toegekende vergunning door het herkomstland aan een ICBE. Het ware dus, in een optiek van uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht, wenselijk geweest om de vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen, ook al zou dit onvermijdelijk een jarenlange vertraging in de procedure met zich hebben meegebracht.

34. Ondanks de eigenzinnige houding van de Raad van State verdient het arrest principieel navolging: het regime van wederzijdse erkenning dat het Europees paspoort voor collectieve beleggingsinstellingen, kredietinstellingen en beleggingsondernemingen onderbouwt, steunt in essentie op het wederzijds vertrouwen dat toezichthouders in elkaars toezichtskwaliteiten moeten vertonen. Zoniet dreigt de werking van de interne markt voor deze actoren sterk uitgehold te worden door ontdebbling van controles en gebeurlijk protectionistisch optreden van het ontvangstland. Anderzijds moet ook de eindgebruiker erop kunnen vertrouwen dat de toezichthouder in het herkomstland zich degelijk van zijn verantwoordelijkheden kwijt. Essentieel is bijgevolg dat de toezichthouders intensief en constructief onderling kunnen samenwerken zodat gebeurlijke disfuncties die de toezichthouder in het ontvangstland ontdekt via gepaste overlegprocedures kunnen worden besproken en uitgeklaard. Enkel in heel uitzonderlijke gevallen zou de toezichthouder moeten kunnen optreden tegen onzorgvuldigheden of deficiënties in het toezicht door het herkomstland.⁶⁴

B. De ongehoorzame nationale rechter: de zaak *Parodi*

35. Het verloop van de zaak *Parodi* voor de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie heeft een aantal fundamentele zwakheden blootgelegd in het systeem van rechterlijke handhaving van de Verdragvrijheden. Het betreft meer bepaald de invulling van het 'algemeen belang'-voorbehoud als toegelaten beperking op de fundamentele

⁶¹ Het arrest had tot concreet rechtsgevolg dat de C.B.F. verplicht werd het kwestieuze compartiment van *Fleming Flagship* in te schrijven op de lijst van Europese beleggingsinstellingen die hun rechten van deelneming in België mogen verhandelen: zie C.B.F., *Jaarverslag 1996-97*, 142.

⁶² A. Elvinger vond het nog meer opmerkelijk dat de Belgische Staat als verdediger in het geding de noodzaak van een prejudiciële vraag betwistte: A. ELVINGER, *l.c.*, *supra* noot 58, 49.

⁶³ Meer bepaald in de context van de richtlijn 89/552/EEG 'Televisie zonder Grenzen', dat een analoog systeem van wederzijdse erkenning huldigt: zie H.v.J., 10 september 1996, *Commissie t. België*, C-11/95, *Jur.* 1996, I-4115; H.v.J., 29 mei 1997, *Denuit*, C-14/96, *Jur.* 1997, I-2785.

⁶⁴ Zie voor meer details M. TISON, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 485-487, nr. 995-996.

Verdragsvrijheden, zoals dit sedert het beroemde 'Cassis de Dijon' arrest van het Hof van Justitie in de communautaire rechtsorde ingang heeft gevonden. Hoewel het Hof van Justitie gaandeweg duidelijke criteria heeft vastgelegd waaraan een lidstaat zich moet houden om een belemmering op het vrij verkeer te legitimeren, blijven deze criteria per definitie vaag en algemeen, zodat weinig rechtszekerheid bestaat omtrent de concrete toepassingen van het algemeen belang-voorbehoud in de lidstaten. Deze onzekerheid is des te sterker in de sector van financiële dienstverlening, nu deze traditioneel sterk gereguleerd wordt in de lidstaten om motieven van consumentenbescherming en systeembehoud. De *Parodi*-jurisprudentie heeft uitgewezen dat de rechter in een lidstaat de neiging kan vertonen tot overprotectie van de eigen wetgeving ten titel van het algemeen belang, hetgeen de doorwerking van de direct werkende Verdragsvrijheden in de lidstaten kan verstoren.

36. De feiten in *Parodi* vormen slechts de top van een ijsberg in een contentieux dat in Frankrijk voor diverse hoven en rechtbanken sedert jaren wordt gevoerd.⁶⁵ In de jaren '80, voorafgaand aan de invoering van een Europees paspoort voor kredietinstellingen door de Tweede Bankrichtlijn, had zich, mede door de ongunstige rentevoeten in Frankrijk, een praktijk ontwikkeld waarbij Franse ingezetenen kredietovereenkomsten sloten bij kredietinstellingen in andere lidstaten (o.m. België, Duitsland, Nederland). Teneinde te vermijden dat de buitenlandse banken hierdoor onder de toepassing van de Franse Bankwet zouden komen, werd doorgaans gebruik gemaakt van volgende techniek: de kredietaanvraag, uitgaand van de Franse kandidaat-kredietnemer werd, eventueel met behulp van een door hem gemandateerde tussenpersoon, aan de buitenlandse kredietinstelling overgemaakt. Bij aanvaarding van het dossier werd de kredietovereenkomst in onderhandse of authentieke vorm op de zetel van de buitenlandse kredietinstelling gesloten. De inhoud van deze akte werd naderhand hernomen voor een Franse notaris met het oog op het vestigen van een hypotheek op in Frankrijk gelegen onroerende goederen lastens de kredietnemer.

Verschillende kredietnemers die betalingsmoeilijkheden ondervonden, vorderden naderhand de nietigheid van de kredietovereenkomst, en de eraan verbonden zekerheden, met het motief dat de buitenlandse kredietinstelling geen vergunning had om in Frankrijk een kredietactiviteit te ontplooien. De kredietinstellingen weerlegden dit door aan te geven dat, zo er al een kredietactiviteit op het Franse grondgebied was ontplooid, het vergunningsvereiste in strijd was met de Verdragsrechtelijke vrijheid van dienstverlening (art. 49 EG, voorheen art. 59 EG-Verdrag), zonder dat hiervoor een legitiem motief van algemeen belang voorlag.

De zaak *Parodi* kwam bij het Franse Hof van Cassatie, dat van oordeel was dat het opleggen van een bankvergunning aan een kredietinstelling die in zijn land van oorsprong al over een bankvergunning beschikte en aan toezicht was onderworpen, inderdaad een belemmering op het recht op vrije dienstverlening vormde. Het Hof van Cassatie bevroeg het Hof van Justitie evenwel over de vraag of de vergunningsplicht opgelegd door de Franse Bankwet de 'algemeen belang-test' kon doorstaan.

37. Het Hof van Justitie kaatste in zijn arrest *Parodi* de bal gedeeltelijk terug naar de nationale jurisdictie.⁶⁶ Enigszins tegen een feitelijke gewoonte in, ging het Hof niet zover dat het de algemeen belang-test zelf doorvoerde: het Hof oordeelde daarentegen dat het niet over voldoende informatie beschikte om na te gaan of de Franse bankwetgeving de

⁶⁵ Voor een overzicht en analyse van diverse rechterlijke uitspraken in deze context zie M. TISON, "Libre prestation de services et nullité d'opérations bancaires pour défaut d'agrément", *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1995, 171-179; M. TISON, "Les rebondissements de l'affaire Parodi en France: l'activité de crédit transfrontière entre nationalisme juridique et liberté communautaire", noot sub CA Paris, 26 mai 1999, CA Montpellier, 22 maart 1999 en CA Aix en Provence, 30 juni 1999, *Euredia*, 1999/4, 571-590.

⁶⁶ H.v.J. 9 juli 1997, *Parodi*, C-222/95, *Jur.* 1997, I-3899.

algemeen belang-test kon doorstaan. Het dispositief van het arrest beperkte zich tot het hernemen van de algemene criteria waaraan het algemeen belang-voorbehoud moet voldoen, en voegde bijgevolg niets toe aan de sedert 1986 gevestigde jurisprudentie inzake vrij verkeer van diensten. De overwegingen van het arrest gaven evenwel enkele nuttige suggesties mee aan de verwijzende rechter: met name onderstreepte het Hof dat bij de beoordeling van de noodzaak van een bankvergunning rekening moet worden gehouden met de aard van de activiteit en de bestemming ervan. Het Hof gaf te kennen dat de vergunnings- en prudentiële regelen op het eerste zicht voornamelijk de bescherming van de spaarder voor ogen hadden, en niet zozeer de bescherming van de bankcliënt als kredietnemer. Zonder ten gronde uitspraak te doen nodigde het Hof van Justitie het Hof van Cassatie bijgevolg uit tot een kritisch onderzoek van de interne bankwetgeving in het licht van de concrete feiten.

38. Het Hof van Cassatie ging in zijn eindarrest in *Parodi*⁶⁷ helemaal niet in op de door het Hof van Justitie verstrekte indicaties: de cassatierechter beperkte zich ertoe om in een uiterst summiere overweging het dispositief van het arrest van het Hof van Justitie over te nemen en te besluiten dat het door de Franse bankwetgeving opgelegde vergunningsvereiste aan de voorwaarden van het algemeen belang-voorbehoud voldeed. Het arrest werd dan ook omwille van deze veeleer nationalistische invulling van het algemeen belang-voorbehoud zwaar op de korrel genomen.⁶⁸ De stugge houding van het Hof van Cassatie en de selectieve, zuiver formele lectuur die het doorvoerde van het arrest van het Hof van Justitie, leidde tot fundamentele vragen bij de objectiviteit van de hoogste nationale rechtsinstanties ten aanzien van de toetsing van de eigen wetgeving aan het Europees recht.

39. Het verhaal was hiermee echter niet voorbij. De uitspraak van het Hof van Cassatie leidde tot verbreking van het beroepsarrest in de zaak *Parodi* dat had geconcludeerd tot onverenigbaarheid van de Franse bankwetgeving met het vrij verkeer van diensten. De zaak werd bijgevolg doorverwezen naar het Hof van Beroep te Parijs. Bij arrest van 14 juni 2000⁶⁹ distantieert dit Hof zich duidelijk van het door het Hof van Cassatie gevelde arrest: de appèlrechter steunt uitvoerig op het arrest van het Hof van Justitie in *Parodi* en de indicaties betreffende de concrete toetsing aan het algemeen belang, om tot een tegenovergestelde conclusie te komen als het Hof van Cassatie: het opleggen van een bankvergunning voor de betrokken hypothecaire kredietactiviteit was niet noodzakelijk om het beoogde doel van consumentenbescherming te verwezenlijken. Dit doel werd reeds afdoende bereikt door onder meer de tussenkomst van een onpartijdige notaris bij de totstandkoming van de kredietovereenkomst. Deze stellingname was geen geïsoleerd geval: ook andere appèlrechters hadden zich al, vaak openlijk, gedistantieerd van de stellingname door het Hof van Cassatie.⁷⁰

Het verhaal stevende af op een apotheose, aangezien tegen het arrest van het Hof van Beroep te Parijs opnieuw een voorziening in cassatie was ingesteld. Het Hof van Cassatie

⁶⁷ Cass. fr. 20 oktober 1998, *Dalloz*, 1999, jurispr., p. 10, noot B. SOUSI-ROUBI, *Euredia* 1999/1, 65, noot B. SOUSI-ROUBI, *Dalloz Affaires* 1999, 69, noot X, *RTDCom.* 1999, 166.

⁶⁸ Zie o.m. B. SOUSI-ROUBI, noot sub Cass. fr. 20 oktober 1998, *Dalloz* 1999, jurispr., p. 10; B. SOUSI-ROUBI, noot sub Cass. fr. 20 oktober 1998, *Euredia* 1999/1, 65; M. TISON, "Les rebondissements ...", *l.c.*, *supra* noot 65, 571-590.

⁶⁹ CA Paris 14 juni 2000, *Dalloz Affaires* 2000, 614, noot B. SOUSI-ROUBI, *Euredia* 2000/2, 249, noot B. SOUSI-ROUBI, "Affaire Parodi suite: la libre prestation de services bancaires enfin correctement comprise".

⁷⁰ Zie o.m. CA Aix en Provence, 30 juni 1999, *Euredia* 1999/4, 571, noot M. TISON; TGI strasbourg 12 juni 2001, *onuitgegeven*; TGI Strasbourg 2 april 2001, *onuitgegeven*; TGI Strasbourg 13 september 2001, *onuitgegeven*; CA Colmar 17 oktober 2001, *onuitgegeven*: aangehaald in P. Lutz, "Les suites de la directive sur le commerce électronique: la nécessaire refonte du droit français du crédit aux consommateurs", *Rev. Dr. Banc. Fin.* 2002, (87), 88, noot 7.

zou bijgevolg in verenigde kamers uitspraak moeten doen. Zo ver zal het evenwel niet komen: de Eerste Voorzitter van het Hof van Cassatie heeft bij beschikking van 12 juni 2001 het verval van de cassatievoorziening uitgesproken, aangezien eiser in cassatie niet tijdig een memorie met de ingeroepen cassatiemiddelen heeft neergelegd.⁷¹

40. De *Parodi*-saga toont aan dat de doorwerking van de Europese fundamentele economische vrijheden via rechterlijke handhaving kan leiden tot een bevreemdende institutionele dynamiek: zoals ook verder nog zal blijken, stellen de opperste rechterlijke instanties zich vaak veeleer behoudsgezind op bij het in vraag stellen van nationale wetgeving ten aanzien van het Gemeenschapsrecht. De lagere hoven en rechtbanken zullen zich gebeurlijk openlijk onttrekken aan de feitelijke precedentenwerking die aan de arresten van hun eigen Hof van Cassatie kleeft, en rechtstreeks steun zoeken in de jurisprudentie van de hogere Europese jurisdictie. Zonder hieruit algemene conclusies te hoeven trekken, is duidelijk uit *Parodi* gebleken dat een rechtlijnige toepassing van het Europees (financieel) recht via rechterlijke handhaving in de lidstaten niet steeds naadloos gebeurt. Wellicht had een iets scherpere stellingname vanwege het Hof van Justitie in *Parodi* een deel van de problemen kunnen vermijden.

C. De helderziende, weerbarstige rechter: het House of Lords en de BCCI-zaak

41. Een derde illustratie van mogelijke spanningen in de doorwerking van het Europees financieel recht in de interne rechtsorde van de lidstaten betreft de juridische nasleep van de ondergang van de Bank for Credit and Commerce International (B.C.C.I.) in een schandaalsfeer in het begin van de jaren '90.⁷² Enkele duizenden depositanten, die door het faillissement sterke verliezen hadden geleden, stelden tegen de Bank of England een aansprakelijkheidsvordering in wegens beweerde nalatigheid in de uitoefening van het prudentieel toezicht op de Engelse tak van de bank. Een grondslag voor deze aansprakelijkheid werd niet enkel gezocht in het intern recht, maar tevens in het Europees recht: voortbouwend op de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake staatsaansprakelijkheid voor miskennis van het Gemeenschapsrecht, argumenteerden de verzoekers dat de Bank of England zijn uit de Eerste Bankrichtlijn voortvloeiende verplichtingen op het gebied van zorgvuldig banktoezicht niet had nageleefd. Het op het Europees recht gebaseerd argument was cruciaal, nu de interne Banking Act 1987 de Bank of England grotendeels immuun verklaarde voor aansprakelijkheidsvorderingen, en in het *common law* enkel de bijzonder strenge *tort* van 'misfeasance in public office' kon worden ingeroepen. De rechter in eerste aanleg (High Court) en twee van de drie rechters in het Court of Appeal⁷³ oordeelden dat de bescherming van depositanten weliswaar een belangrijke doelstelling was van de Europese bankregulering, maar dat de op het ogenblik van de feiten geldende Europese bankwetgeving (inzonderheid de Eerste Bankrichtlijn 77/780/EEG) niet tot doel had om afdwingbare rechten ten gunste van spaarders bij kredietinstellingen te verlenen.

⁷¹ Hierover B. SOUSI, "Affaire Parodi suite et fin: il n'y aura pas d'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation française", *Euredia* 2001-2002/2 (ter perse).

⁷² De sterke banden die deze bank met milieus van georganiseerde misdaad en internationale fraude had, verleende de B.C.C.I. achteraf de bijnaam 'Bank for Crooks and Criminals International'. Voor een bondige beschrijving van de feitelijke achtergrond van de ondergang van B.C.C.I., zie R. DALE, "Interantioal Banking Deregulation. The Great Banking Experiment, Oxford, Blackwell, 1992, 196-204.

⁷³ Zie *ELR* 1999, 211, [2000] 2 *WLR*, 15 e.v. (verkort).

42. De voorziening tegen deze beslissing bij het House of Lords brengt geen soelaas voor de verzoekers.⁷⁴ Lord Hope of Craighead onderzocht in zijn opinie *in extenso* de vraag in welke mate de Eerste Bankrichtlijn van aard was om afdwingbare rechten aan deposanten toe te kennen, waarvan de inhoud kon worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn.⁷⁵ De conclusie van een bijzonder grondige analyse van de tekst van de Eerste Bankrichtlijn en de (weinige) jurisprudentie hieromtrent is negatief, en wordt door de overige lords onderschreven. Belangwekkend is echter voornamelijk de uitdrukkelijke weigering van het House of Lords om deze kwestie, die rechtstreeks de interpretatie van de Eerste Bankrichtlijn betreft, bij wege van prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen.

De Lords concluderen, op basis van een analyse die ruim 15 bladzijden beslaat, dat de Eerste Bankrichtlijn op dit punt 'acte clair' is en een prejudiciële vraag zich bijgevolg niet opdringt. Bij deze conclusie kunnen grote vraagtekens worden geplaatst.⁷⁶ De risico's die zulke houding van een hoogste rechterlijke instantie inhoudt voor de uniforme ontwikkeling van het Europees (financieel) recht, zijn aanzienlijk: erger nog dan in de *Parodi*-saga, dreigt een rechterlijke instantie die een afwijkende opinie van het Hof van Justitie vreest, de 'acte clair' doctrine te misbruiken om zich aan de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag te onttrekken. Het hoeft geen betoog dat het antwoord op de door het House of Lords geanalyseerde vraag allesbehalve duidelijk uit de tekst van de richtlijnen blijkt. Meer nog, de *Parodi*-jurisprudentie suggereert op het punt van de mogelijke consumentenbeschermende werking van de Eerste Bankrichtlijn het omgekeerde als de stellingname van het House of Lords.⁷⁷ In die omstandigheden kan bezwaarlijk worden geconcludeerd dat de interpretatie die het House of Lords aan de Eerste Bankrichtlijn geeft, conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie omtrent de 'acte clair'-doctrine "even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie".⁷⁸

43. Bij het voorgaande past evenwel nog een meer positief postscriptum. In een analoog rechtsgeding in Duitsland betreffende de beweerde aansprakelijkheid van de banktoezichthouder voor nalatigheid in de uitoefening van het prudentieel toezicht, heeft het *Bundesgerichtshof* bij arrest van 16 mei 2002 geoordeeld prejudiciële vragen te moeten voorleggen aan het Hof van Justitie betreffende de draagwijdte van de Europese bankrichtlijnen. Meer bepaald wenst het Bundesgerichtshof, in de context van het leerstuk van de staatsaansprakelijkheid voor miskenning van het Gemeenschapsrecht, te vernemen in welke mate spaarders en beleggers aan de bankrichtlijnen rechten kunnen ontlenen ten aanzien van de toezichthoudende overheden, dan wel of zulke rechten volkomen begrensd worden door de aanspraken die spaarders kunnen laten gelden krachtens de

⁷⁴ *Three Rivers District Council and Others (original appellants and cross-respondents) v. Governor and Company of the Bank of England (original respondents and cross-appellants)*, [2000] 2 WLR, 1220. Zie ook <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000518/rivers-1.htm>>. Uittreksels uit het arrest werden gepubliceerd in *Euredia* 2000/3, 379, noot M. ANDENAS, "Liability for Supervisors and Depositors' Rights - The BCCI and the Bank of England in the House of Lords".

⁷⁵ Deze voorwaarden worden met name in het arrest Dillenkofer van het Hof van Justitie als wezenlijk vooropgesteld opdat de miskenning van het Gemeenschapsrecht tot staatsaansprakelijkheid zou kunnen leiden: H.v.J. 8 oktober 1996, *Dillenkofer*, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, *Jur.* 1996, I-4845, r.o. 22.

⁷⁶ Zie ook "Editorial: European banking law as applied by the House of Lords: Overshadowing the acte clair doctrine", *Euredia* 2000/3, 305-306.

⁷⁷ Zie M. ANDENAS, "Liability for Supervisors and Depositors' Rights - The BCCI and the Bank of England in the House of Lords", noot sub *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England*, *Euredia* 2000/3, (388), 408.

⁷⁸ H.v.J. 27 juni 1991, *Mecanarte*, C-348/89, *Jur.* 1991, I-3277, r.o. 16.

depositobeschermingsregelingen.⁷⁹ Op die wijze zal het Hof van Justitie toch nog in een nabije toekomst antwoorden kunnen bieden op de interpretatievragen die het House of Lords als 'acte clair' bestempelde, maar die voor het Bundesgerichtshof voldoende interpretatieruimte laten om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te verantwoorden.

III. De Richtlijn Elektronische Handel: de concepten dooreengeschud en de consistentie op een zijspoor ?⁸⁰

44. De jongste jaren is in de verdere uitdieping van de financiële integratie veel aandacht gegaan naar de uitbouw van adequate regelen betreffende de dienstverlening op afstand, en in het bijzonder de elektronische handel. De in 1999 goedgekeurde Richtlijn Elektronische Handel⁸¹ is een horizontale richtlijn en omspant bijgevolg ook de sector van financiële dienstverlening. Deze wordt nog specifiek aangevuld met de onlangs goedgekeurde richtlijn inzake verkoop van financiële diensten op afstand⁸², die aangepaste beschermingsregelen wenst in te voeren voor deze verkoopstechniek voor financiële diensten. Een analyse van deze richtlijnen geeft echter aan dat het steeds moeilijker wordt om de onderlinge samenhang van de financieelrechtelijke richtlijnen uit te klaren, hetgeen niet van aard is om de rechtszekerheid in een eengemaakte markt ten goede te komen. Hierna wordt dieper ingegaan op de beginselen van de Richtlijn Elektronische Handel en diens inpassing in het financieelrechtelijke *acquis communautaire*.

45. Het scala van reguleringstechnieken die tot op heden op Europees niveau werden uitgewerkt met het oog op de realisatie van de doelstellingen van financiële marktintegratie, werd de jongste jaren verder uitgebreid: er waren vooreerst de richtlijnen van het type minimale harmonisatie-wederzijdse erkenning, waarop de meeste integratierichtlijnen van het "Europa 1992" waren gebaseerd. In materies van consumentenbescherming werd daarentegen doorgaans nog voor 'partiële harmonisatie' geopteerd, waarbij de lidstaten de mogelijkheid behielden om strengere normen in intern recht te behouden of in te voeren, en deze ook op buitenlandse dienstverleners toe te passen, voor zover verenigbaar met de Verdragsvrijheden. Deze partiële harmonisatierichtlijnen gingen niet gepaard met een regime van wederzijdse erkenning. Recenter hebben een aantal richtlijnen, onder meer inzake vergelijkende reclame, het principe van 'maximale harmonisatie' vooropgesteld: in het door de richtlijn bestreken gebied is het niet langer mogelijk voor de lidstaten om strengere regelen op te leggen, noch voor de eigen ingezetenen, noch voor buitenlandse ondernemingen. De discussies rond de ontwerprichtlijn inzake verkoop van financiële diensten op afstand illustreren treffend de confrontatie tussen deze verschillende reguleringconcepten: aanvankelijk uitgaand van een minimale maar voldoende harmonisatie, verschoof de ontwerp tekst in de richting van een 'maximale' harmonisatie, om

⁷⁹ BGH, 16 mei 2002 (III ZR 48/01), *onuitgegeven* (te raadplegen op <<http://www.rws-verlag.de>>).

⁸⁰ Voor een meer uitgediepte analyse, waarvan hier slechts de hoofdlijnen werden weergegeven, zie M. TISON, "De Richtlijn Elektronische Handel en financiële diensten: een brug te ver?", in M. TISON (ed.), *Bescherming van de belegger en de e-belegger*, Reeks: Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium, nr. 14, Brussel, Bruylant, 2002, 153-189.

⁸¹ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb. L 178*, 17 juli 2000, p. 1.

⁸² Het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad van 19 december 2001 (*Pb. C 58E*, 5 maart 2002, p. 32), werd, na lichte amendering door het Europees Parlement (document PE T5-0218/2002 van 14 mei 2002) definitief goedgekeurd na een positief advies van de Europese Commissie (zie COM(2002) 360 def van 26 juni 2002)..

uiteindelijk, zij het in diffuse termen, te belanden in een mengvorm: de harmonisatie die de richtlijn realiseert is maximaal, behoudens voor het gebied van voorafgaande informatievereiste bij verkoop op afstand, waar de harmonisatie partieel is: de lidstaten mogen, in afwachting van verdere harmonisatie, strengere normen inzake voorafgaande informatie invoeren of handhaven voor zover deze verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht.⁸³

Met de in 1999 goedgekeurde Richtlijn Elektronische Handel is alweer een nieuw reguleringsconcept opgedoken: de wederzijdse erkenning zonder voorafgaande minimale harmonisatie. In tegenstelling tot de 'nieuwe benadering' die bij het 'Europa 1992' programma vooropstond, steunt deze wederzijdse erkenning niet op een voorafgaande harmonisatie van beschermingsstandaarden die 'noodzakelijk maar voldoende' worden geacht om een voldoende vertrouwensklimaat tussen lidstaten in elkaars regulering te creëren. De Richtlijn Elektronische Handel is daarentegen gekenmerkt door de nagenoeg totale afwezigheid van enige inhoudelijke harmonisatie van wetgevingen: het gebied dat wordt bestreken door de harmonisatie inzake reclame, informatie- en identificatieverplichtingen is slechts miniem in vergelijking met de omvang van het "gecoördineerd gebied" waar het principe van wederzijdse erkenning geldt.⁸⁴

A. Wederzijdse erkenning: de internemarktclausule

1. Principe

46. Artikel 3.1 van de Richtlijn Elektronische Handel formuleert onder de hoofding 'internemarktclausule' het voor de richtlijn essentiële principe van wederzijdse erkenning. Dit gebeurt vanuit de dubbele invalshoek van zowel het herkomst- als het ontvangstland: aan de ene kant moet elke lidstaat ervoor zorgen dat de dienstverleners die op hun grondgebied zijn gevestigd voldoen aan alle regelen binnen het gecoördineerde gebied die in hun land voor de betrokken diensten gelden (art. 3.1). De keerzijde van het herkomstlandbeginsel is de principiële onmogelijkheid voor het ontvangstland van de dienst om, binnen het gecoördineerde gebied, zijn eigen regulering toe te passen op de buitenlandse dienstverlener, wanneer hieruit een belemmering op de vrije dienstverlening voortvloeit (art. 3.2). Conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de Verdragsvrijheden kan de loutere dispariteit van wetgevingen tussen de lidstaten zulke belemmering vormen wanneer ze de uitoefening van de vrijheid onmogelijk, moeilijker of minder aantrekkelijk maakt.

De hiervoor vermelde beginselen inzake wederzijdse erkenning zijn analoog aan de principes die de liberaliseringsrichtlijnen inzake kredietinstellingen en beleggingsondernemingen onderbouwen op het gebied van de wederzijdse erkenning van vergunningen en prudentieel toezicht: de dienstverleners zijn *verplicht* om zich te conformeren aan de regulering van het herkomstland⁸⁵, maar putten hieruit de mogelijkheid om in de andere lidstaten werkzaam te zijn zonder zich naar de plaatselijke regulering van het ontvangstland te moeten schikken binnen de gebieden waarvoor de wederzijdse

⁸³ Zie art. 4, lid 2 van het Gemeenschappelijk Standpunt van 19 december 2001, *Pb.* C 58E, 5 maart 2002, p. 32.

⁸⁴ Zie ook L. ROEGES, "La spécificité des relations banques-clients et les services transfrontaliers", *T.B.H.* 2001/8, (517), 520; E. TERRY, "De omzetting van de richtlijn elektronische handel in Belgisch recht: geen sinecure?", *D.C.C.R.* 2001, nr. 51, (115), 126-127.

⁸⁵ Om deze reden moet ook worden geconcludeerd dat aan het herkomstlandbeginsel krachtende de Richtlijn Elektronische Handel minstens een beperkte conflictenrechtelijke werking toekomt, hoewel de Richtlijn Elektronische Handel uitdrukkelijk aangeeft geen aanvullende regelen op het vlak van het IPR te willen formuleren. Binnen dit bestek kan niet worden ingegaan op deze bijzonder complexe vraag.

erkenning geldt. Op dit punt blijft de coherentie met de financieelrechtelijke richtlijnen dus overeind.

47. In tegenstelling tot de vermelde sectorale richtlijnen, die het principe van wederzijdse erkenning op absolute wijze vooropstellen, kent de Richtlijn Elektronische Handel een aantal verzachtingen op het principe, die tot doel hebben om met name een balans te vormen tussen bevordering van het vrij verkeer bij elektronische handel en legitieme motieven van essentieel consumentenbelangen anderzijds. De tekst van de richtlijn verraadt evenwel duidelijk de sporen van politieke compromisvorming op dit punt, en leidt hierdoor tot bijzondere interpretatie- en toepassingsmoeilijkheden (zie verder). De uitzonderingen op het principe zijn tweërlei: naast een algemene uitsluiting van bepaalde materies uit het gecoördineerde gebied geldt de mogelijkheid om de wederzijdse erkenning in specifieke gevallen te doorbreken.

2. Eerste uitzondering: Algemene onttrekking aan het 'gecoördineerde gebied' (art. 3.4 Richtlijn Elektronische Handel)

48. Naar luid van artikel 3.4 van de Richtlijn Elektronische Handel geldt de internemarktclausule van art. 3.1 en 3.2 niet voor de in de bijlage bij de richtlijn opgesomde gebieden. Deze bijlage bevat ook enkele voor financiële dienstverlening relevante materies, waarvan de belangrijkste slaat op de contractuele verplichtingen betreffende consumentenovereenkomsten.

49. Het praktische effect van deze uitsluiting bestaat er essentieel in deze materies niet verplicht aan de toepassing van de regulering van het herkomstland te onderwerpen. Terzake blijven vanzelfsprekend wel de algemene beginselen van het EG-Verdrag inzake vrij verkeer gelden, en met name het 'Cassis de Dijon'-beginsel: een dienstverlener beschikt over de *vrijheid* om zich te beroepen op de conformiteit met de regulering van het herkomstland teneinde de toepassing van bepaalde regelen van het ontvangstland, die voor de dienstverlener een belemmering op het vrij verkeer vormen, terzijde te schuiven. Het ontvangstland zou zulke belemmering enkel kunnen handhaven wanneer hiervoor een legitiem motief van algemeen belang voorligt, en het proportionaliteitsbeginsel in acht wordt genomen. Bijgevolg vormt bijvoorbeeld de uitsluiting inzake consumentenovereenkomsten geen vrijgeleide voor de lidstaten om hun consumentenwetgeving in contractuele materies integraal te blijven toepassen op via elektronische weg aangeboden diensten vanuit een andere lidstaat, zodra de internationaalprivaatrechtelijke verwijzingsregelen zulks toelaten.⁸⁶ Wanneer de toepassing van deze regelen tot een belemmering op het vrij verkeer ten aanzien van de buitenlandse dienstverlener leiden, moet de regulering van het ontvangstland de 'algemeen belang-test' doorstaan. De situatie van de virtuele (financiële) dienstverlener verschilt hierin dus niet van de klassieke financiële dienstverlening.

3. Tweede uitzondering: afwijking op de wederzijdse erkenning mits notificatie (art. 3.4-3.6)

50. Naast de algemene uitzondering in bepaalde gebieden, laat de richtlijn de mogelijkheid voor de lidstaten om voor specifieke motieven het herkomstlandbeginsel te doorbreken, mits aan welbepaalde inhoudelijke en procedurele voorwaarden is voldaan. In essentie zijn deze te analyseren als de bevestiging van de mogelijkheid voor de lidstaten om

⁸⁶ Zie met name art. 5 en, in mindere mate, art. 7 van de Rome-conventie.

het 'algemeen belang-voorbehoud', met de eraan door het Hof van Justitie verbonden inhoudelijke voorwaarden (motief van algemeen belang, proportionaliteit, en, impliciet, non-harmonisatie, non-discriminatie en non-duplicatie⁸⁷), in te roepen ter handhaving van bepaalde beschermingswaardige geachte regulering in het ontvangstland.

51. Het uitzonderingsregime van artikel 3.4 verschilt evenwel in dubbel opzicht van het klassieke "algemeen belang-voorbehoud" in het kader van de Verdragsvrijheden.

Vooreerst zijn de motieven die het ontvangstland mag inroepen om het herkomstlandbeginsel te doorbreken op limitatieve wijze in artikel 3.4 opgenomen, terwijl het pretoriaans ontwikkelde algemeen belang als een open concept is opgevat. De gevolgen hiervan zijn ook op het gebied van financiële dienstverlening niet onaanzienlijk. De mogelijke bescherming van de afnemers van financiële diensten ten titel van algemeen belang in de Richtlijn Elektronische Handel wordt immers ingeperkt tot de bescherming van 'consumenten', met inbegrip van beleggers. Hierdoor dreigt de richtlijn voorbij te gaan aan de legitieme beschermingsbehoefte van afnemers van financiële diensten die niet onder de (enge) definitie van 'consument' vallen.

Het tweede verschilpunt met het 'gemeenrechtelijke' algemeen belang-voorbehoud betreft de toevoeging, in artikel 3.4 Richtlijn Elektronische Handel, van een voorafgaande samenwerkings- en notificatieplicht betreffende de voorgenomen toepassing van de algemeen belang-regelen. De bepaling is evenwel gebrekkig geformuleerd, en geeft hierdoor aanleiding tot complexe interpretatie- en toepassingsvragen.

B. Knelpunten bij de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de financiële sector

52. De toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel op 'virtuele' financiële dienstverlening geeft aanleiding tot specifieke juridische vragen omwille van enerzijds het bestaan van specifieke sectorale richtlijnen inzake financiële dienstverlening, en de sterke reguleringstraditie van financiële dienstverlening in de meeste lidstaten anderzijds.

Op het niveau van de Europese Commissie wordt het belang van de Richtlijn voor de financiële dienstverlening duidelijk onderkend. Einde januari 2001 publiceerde de Europese Commissie een mededeling betreffende in hoofdzaak de toepassing van de richtlijn in de sector van financiële dienstverlening (hierna: 'de Mededeling')⁸⁸. De talrijke interpretatiekwesties die de Commissie in deze mededeling heeft willen behandelen, en dit nagenoeg een jaar vóór de inwerkingtreding ervan, zijn evenwel symptomatisch voor de juridische onduidelijkheden die deze horizontale richtlijn met zich meebrengt.

53. Een drietal probleemgebieden betreffende de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de sector van de financiële dienstverlening, kunnen worden aangestipt:

- De verhouding tussen de sectorale financiële richtlijnen en de richtlijn Elektronische Handel is niet uitgeklaard.

⁸⁷ Zie eveneens F. DE BROUWER, C. MARTY, "La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers. Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?", *Banque & Droit* 2001, n° 76, p. 10-11.

⁸⁸ COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: E-handel en financiële diensten*, Brussel, 26 jan. 2001, 27 p. (Te raadplegen op: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/ecom_nl.pdf).

- De Richtlijn Elektronische Handel werkt beperkend ten aanzien van bestaande spaarders- en beleggersbeschermende regelen die ten titel van algemeen belang door de lidstaten bij ontstentenis van harmonisatie kunnen worden ingeroepen.
- het effect van de Richtlijn Elektronische Handel voor de juridische omkadering van financiële dienstverlening leidt tot sterk uiteenlopende regimes voor de 'traditionele' en de 'elektronische' distributiemethodes van financiële diensten

1. Verhouding tussen de Richtlijn Elektronische Handel en de bestaande sectorale richtlijnen inzake financiële dienstverlening

54. De vraag naar de verhouding tussen het *acquis communautaire* in de sector van financiële dienstverlening en de Richtlijn Elektronische Handel toont voornamelijk relevantie op het vlak van de allocatie van regulerings- en toezichtsbevoegdheden bij transnationale virtuele financiële dienstverlening. In de mate de sectorale richtlijnen immers, binnen het door de Richtlijn Elektronische Handel afgebakende 'gecoördineerd gebied' uitzonderingen voorzien op het beginsel van wederzijdse erkenning, rijst de vraag welke norm voorrang moet krijgen: de specifieke norm vervat in de sectorale richtlijn of de algemene norm vervat in de horizontale Richtlijn Elektronische Handel? Een typevoorbeeld betreft de uitwerking van regulerings- en toezichtsbevoegdheden inzake gedragsregelen in de Richtlijn Beleggingsdiensten, dat volgens art. 11.2 van die richtlijn toekomt aan de 'lidstaat waarin de beleggingsdienst wordt verricht, hetgeen doorgaans wordt geassocieerd met het ontvangstland, waar de belegger is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Moet, wanneer de beleggingsdienst langs elektronische weg wordt verleend, thans aanvaard worden dat het herkomstlandbeginsel (art. 3.1 Richtlijn Elektronische Handel) primeert op de bepaling van artikel 11.2 Richtlijn Beleggingsdiensten, nu blijkt dat de gedragsregelen deel uitmaken van het 'gecoördineerde gebied'?

Een gelijkaardige vraag rijst met betrekking tot het statuut van ICBE's onder de richtlijn 85/611/EEG: art. 44, lid 1 van de richtlijn verklaart het ontvangstland bevoegd inzake regulering en toezicht van alle niet in de richtlijn gecoördineerde aspecten ten aanzien van in het ontvangstland verhandelde deelbewijzen van een ICBE die in een andere Europese lidstaat is erkend (bijv. inzake wijze van terbeschikkingstelling van het prospectus, wijze van bekendmaking van de inventariswaarde van deelbewijzen, eventuele verplichting tot beursnotering in het ontvangstland). Indien de primauteit van de Richtlijn Elektronische Handel op de bevoegdheidsverdeling vervat in de ICBE-richtlijn wordt aanvaard, zullen deze regelen, die grotendeels onder het gecoördineerde gebied van de Richtlijn vallen, bij de verdeling van deelbewijzen via Internet voortaan onder de bevoegdheid van het herkomstland ressorteren.

55. Het is merkwaardig dat zowel de Richtlijn Elektronische Handel als de Mededeling relatief vaag en weinig eenduidig blijven omtrent deze vraag: de bestaande technieken ter bepaling van de voorrang van het ene op het ander rechtsinstrument (*lex posterior derogat priori*, of *lex specialis derogat generali*) bieden op het eerste zicht geen soelaas. Verschillende passages in deze bepaling lijken evenwel te suggereren dat de Richtlijn Elektronische Handel moet beschouwd worden als een *lex generalis* die de specifieke financiële richtlijnen op het vlak van zowel de inhoudelijke bescherming als de allocatie van bevoegdheden onverlet laat.⁸⁹ Dit beginsel heeft een dubbel gevolg: enerzijds blijft het

⁸⁹ Vgl. eveneens V. DE SCHRYVER, "Enige vragen bij de Richtlijn Elektronische Handel - Het geval van de verhandeling van rechten van deelneming in een beleggingsinstelling", *Bank Fin. R.* 2002/1, (63), 71-72, die voor de complementariteit van de Richtlijn Elektronische Handel ten aanzien van de bestaande (sectorale) richtlijnen pleit. *Contra*: L. ROLIN JACQUEMYS, M. VAN HUFFEL, "L'impact de la directive commerce

herkomstlandbeginsel dat in de specifieke financiële richtlijnen in uitgewerkt onverminderd bestaan, ook voor deze nationale omzettingsmaatregelen in het herkomstland die het minimum-harmonisatieniveau van de sectorale richtlijnen overstijgt (bijv. kapitaalvereisten in nationaal recht die strenger zijn dan de minimum-regelen vastgelegd in de relevante richtlijnen voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen).⁹⁰ Anderzijds zullen de formaliteiten waaraan de Richtlijn Elektronische Handel de specifieke uitzonderingen op het herkomstlandbeginsel binnen het gecoördineerd gebied onderwerpt (art. 3.4-3.6) niet gelden in deze gebieden die krachtens een *specifieke* bepaling in de sectorale richtlijnen uitdrukkelijk aan het herkomstlandbeginsel zijn onttrokken. Dit geldt met name voor de hiervoor aangehaalde gedragsregelen bij beleggingsdiensten en commercialisatieregelen bij collective beleggingsinstellingen.⁹¹ Daarentegen zal de algemene clausule in de preambule bij de financiële richtlijnen die de uitoefening van de bank- en beleggingsdiensten onder een Europees paspoort aan de algemeen belang-clausule onderwerpt⁹², wel degelijk de invloed ondergaan van de Richtlijn Elektronische Handel, in de mate deze bepalingen geen uitdrukkelijke bevoegdheidsallocatie inhielden, maar enkel een referentie aan de toepassing van het primair Verdragsrecht.

2. Nationale financiële regulering en de beperkte uitzonderingsgronden op het herkomstlandbeginsel

56. De communautaire wetgever heeft in de uitwerking van het uitzonderingsregime op het herkomstlandbeginsel duidelijk geopteerd voor een restrictieve benadering, die in essentie de consument van (financiële) diensten beoogt te beschermen: enerzijds door de onttrekking van contractuele verplichtingen uit overeenkomsten met consumenten aan het gecoördineerde gebied, waardoor deze regelen onder het 'gemeen' Verdragsrecht ressorteren; anderzijds door het uitzonderingsregime van artikel 3.4 te beperken tot regelen ter bescherming van de consument, met inbegrip van beleggers.

Het gevolg hiervan is dat bij de transnationale financiële dienstverlening langs elektronische weg het ontvangstland zich beperkt ziet in zijn mogelijkheden om de eigen regulering aan de buitenlandse dienstverlener op te leggen op grond van het algemeen belang: de lijst van motieven in artikel 3.4 waaraan een uitzondering op de internemarktclausule kan worden vastgeknoopt, is immers, in tegenstelling tot de algemeen belang-jurisprudentie, exhaustief.⁹³ In die zin worden de 'enabling clauses' vervat in de financiële richtlijnen, die het recht van het ontvangstland bevestigen om haar door het algemeen belang verantwoorde regelgeving op buitenlandse dienstverleners toe te passen⁹⁴, impliciet gewijzigd en verder ingeperkt.⁹⁵ niet enkel in materieelrechtelijk opzicht, doch eveneens door toevoeging van procedurele voorwaarden.

57. Deze restrictieve benadering van de communautaire wetgever geeft inzake financiële dienstverlening evenwel aanleiding tot problemen. Weliswaar valt in beginsel te begrijpen dat de communautaire wetgever een abusievelijk beroep op het algemeen belang wou tegengaan in het gebied van de elektronische handel, en de toegelaten uitzonderingen

électronique sur la réglementation européenne des services financiers", *Euredia* 2002-2002/1, (45), 87-88, die oordelen dat het *lex posterior* principe geldt.

⁹⁰ Vgl. ook G. SPINDLER, "Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstgesetz", *RIW* 2002/3, (183), 184.

⁹¹ Anders: L. ROLIN JACQUEMYS, M. VAN HUFFEL, *l.c.*, *supra* noot 89, p. 96-97.

⁹² Zie considerans 17, preambule Gecodificeerde Bankrichtlijn; considerans 33, preambule Richtlijn Beleggingsdiensten

⁹³ Zie ook L. ROEGES, "La spécificité ...", *l.c.*, *supra* noot 84, 519; V. DE SCHRYVER, *l.c.*, *supra* noot 89, 73.

⁹⁴ Zie met name art. 22.5 Gecodificeerde Bankrichtlijn; art. 19.6 Richtlijn Beleggingsdiensten (93/22/EG).

⁹⁵ Zie ook A. PRÜM, "Commerce électronique: Adoption de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000", *Rev. dr. banc. fin.*, 2000, 294.

daarom heeft beperkt tot 'consumenten'. Tevens valt toe te juichen dat de richtlijn principieel plaats heeft willen inruimen voor de gerechtvaardigde belangen van de lidstaten inzake bescherming van beleggers bij elektronische handel. Het probleem ligt evenwel in wezen bij de bijzonder restrictieve conceptie van de notie 'consument' en 'belegger'. De Richtlijn Elektronische Handel definieert enerzijds de 'consument' immers als "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- of beroepsactiviteiten vallen". Anderzijds blijkt dat de communautaire wetgever de 'belegger' als beschermenswaardig rechtssubject in het kader van het uitzonderingsregime beschouwt als een subcategorie van de 'consument', nu artikel 3.4 gewag maakt de "bescherming van de consument, met inbegrip van de belegger".⁹⁶

58. De inperking die de Richtlijn Elektronische Handel inzake met name beleggersbescherming doorvoert tot de 'consument' -belegger, lijkt weinig adequaat voor een doelmatig en consistent regime van beleggersbescherming. In de meeste Europese lidstaten beoogt de financiële regulering de bescherming van ruimere categorieën van beleggers, en verwijzen de criteria ter afbakening van de beschermingsbehoefte van beleggers veelal naar de onderlegdheid in of vertrouwdheid met beleggingsinstrumenten, veeleer dan naar de al dan niet beroepsmatige finaliteit van de gemaakte beleggingen en het onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen. De benadering in de Richtlijn Elektronische Handel is zelfs in tegenspraak met de door de Europese Commissie gesteunde inspanningen om tot een duidelijker categorisering van beschermingswaardige beleggers te komen in het kader van gedragsregelen bij beleggingsdiensten⁹⁷: met name wordt, onder impuls van werkzaamheden op het niveau van het Comité voor Europese Effectentoezichthouders (*Committee of European Securities Regulators - CESR*, voorheen *Forum of European Securities Committees - FESCO*), thans voorgesteld om een onderscheid door te voeren tussen professionele en niet-professionele beleggers in functie van voornamelijk de onderlegdheid van de betrokkenen met beleggingen en hun capaciteit om de risico's ervan in te schatten.⁹⁸ Op grond van deze typologie kunnen ervaren particuliere beleggers gelijkgesteld worden met professionele beleggers, hoewel ze uitsluitend handelen met een oogmerk vreemd aan elke handels- of beroepsactiviteit.

59. Concreet leidt de benadering in de Richtlijn Elektronische Handel tot een vaak niet objectief te verantwoorden vernauwing van beleggersbeschermende regelen in de lidstaten tot de categorie van consumenten-beleggers. Men denkt bij wijze van voorbeeld aan de regelen inzake commercialisatie van deelbewijzen van instellingen voor collectieve belegging (ICB's): voor de niet Europees gecoördineerde ICB's die via Internet vanuit een andere lidstaat worden aangeboden, is het ontvangstland niet meer gerechtigd om regulerend op te treden op het vlak van bijvoorbeeld de modaliteiten van informatieverstrekking, de organisatie van de financiële dienst verbonden aan de deelbewijzen, de transparantie van regelen inzake beheersvergoedingen, in- en uitstapkosten enz., behoudens, onder de voorwaarden van artikel 3.4, ten aanzien van de beleggers die als 'consument' zijn te beschouwen. Is het echter verantwoord om in termen van beschermingsbehoefte een onderscheid te maken tussen een natuurlijke persoon die

⁹⁶ Zie eveneens E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet «Méditerranée»", *Rev. dr. UE* 2000/4, p. 788.

⁹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *The Application of Conduct of Business Rules under Article 11 of the Investment Services Directive (93/22/EEC)*, (Raadpleegbaar op <http://europe.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/art11en.pdf>). Instemmend: V. DE SCHRYVER, l.c., *supra* noot 89, 73.

⁹⁸ Zie FESCO, *Implementation of Article 11 of the ISD: Categorisation of Investors for the Purpose of Conduct of Business Rules*, Document 00-FESCO-A, Parijs, maart 2000 (raadpleegbaar op <<http://www.eurofefesco.org>>).

spaargelden uit zijn privé-patrimonium beheert, en de kleine eenpersoonsvennootschap die kasoverschotten belegt in deelbewijzen van ICB's ? Verdient een VZW die te incidentele titel liquiditeiten belegt minder bescherming dan een natuurlijke persoon die aan *day trading* doet ?⁹⁹ De Richtlijn Elektronische Handel loopt door de restrictieve invulling van de notie 'belegger' voorbij aan het noodzakelijke vertrouwensklimaat dat terzake voor de niet-onderlegde belegger moet gecreëerd worden. Het lijkt bijgevolg aangewezen dat de resultaten van de werkzaamheden in het kader van de Richtlijn Beleggingsdiensten ook aanleiding geven tot een aanpassing van de Richtlijn Elektronische Handel op dit punt.

3. Discrepanties tussen de juridische omkadering van 'klassieke' en elektronische handel

60. De verschuiving die de Richtlijn Elektronische Handel doorvoert naar een sterkere doorweging van het herkomstlandbeginsel, met slechts beperkte afwijkingsmogelijkheden, leidt in termen van juridische omkadering van grensoverschrijdende (financiële) dienstverlening tot duidelijke verschillen tussen klassieke aanbiddingstechnieken en elektronische aanbidding, onderworpen aan de Richtlijn Elektronische Handel. Nochtans leunen de feitelijke situaties vaak nauw bij elkaar aan. Deze situatie leidt in sommige hypothesen tot aberrante resultaten. Bij wijze van voorbeeld denkt men aan het grensoverschrijdend aanbieden van deelbewijzen van ICB's die niet onder de Europese ICBE-richtlijn vallen: het aanbod van de deelbewijzen in een andere lidstaat door middel van een tussenpersoon, of rechtstreeks per briefwisseling, telefoon of telefax, zal hoofdzakelijk aan de relevante bepalingen van Belgisch recht moeten beantwoorden: de ICB zal in België een erkenning moeten krijgen vanwege de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en met het oog hierop moeten beantwoorden aan de Belgische regelen inzake structuur en beleggingsbeleid. Tevens zullen de Belgische bepalingen inzake reclame en aanbiddingsmethodes (demarchage, ...) gelden. Beperkingen hierop kunnen wel voortkomen uit het Verdragsrechtelijke principe van vrij verkeer, maar wordt in de praktijk weinig rigoureuus toegepast. Worden dezelfde deelbewijzen daarentegen via Internet of door middel van een e-mailcampagne aangeboden vanuit het buitenland, dan zullen zowel op het gebied van de structuur en werkingsregelen van de ICB, als wat betreft reclame of aanbiddingstechnieken, het recht van het herkomstland primeren. De Belgische regelen terzake mogen enkel binnen de voorwaarden van artikel 3.4 aan de buitenlandse ICB worden opgelegd. Wanneer gemengde technieken worden gehanteerd (bijvoorbeeld verkoop via een internet-site na telefonische demarchage bij potentiële klanten), wordt het bepalen van de toepasselijke wetgeving bijzonder complex: de dienst wordt immers op elektronische wijze geleverd (inschrijving op de deelbewijzen via Internet), zodat de regelen inzake structuur van de ICB van het herkomstland gelden, maar naar aanleiding van een klassieke aanbiddingstechniek, die aan de (reclame)regelen van het ontvangstland is onderworpen. Deze demarchage op zich vormt naar Belgisch recht reeds een openbaar aanbod van deelbewijzen, dat dan weer zou leiden tot toepassing van de Belgische wetgeving op de buitenlandse ICB. Het is duidelijk dat de bepaling van de toepasselijke wet een nagenoeg onontwarbaar kluwen kan vormen met interne tegenstrijdigheden, zodat de Richtlijn Elektronische Handel op dit punt bezwaarlijk kan geacht worden meer rechtszekerheid te hebben gebracht.¹⁰⁰ Meer in het algemeen valt moeilijk te verantwoorden

⁹⁹ Vgl. eveneens Th. BAKER, "Electronic commerce and wholesale financial services", *J. Fin. Reg. Compl.* 2001, nr. 1, p. 85. Er zij evenwel opgemerkt dat het voorontwerp van Belgische wet tot omzetting van de Richtlijn Elektronische Handel voorstelde om VZW's onder te brengen in de definitie van 'consument' voor de toepassing van de wet. Deze, door motieven van consistentie met de bestaande Wet Handelspraktijken, ingegeven regel, is evenwel duidelijk in tegenspraak met de Europese Richtlijn, en kan bijgevolg niet gehandhaafd worden.

¹⁰⁰ Vgl. eveneens L. ROEGES, "La spécificité ...", *l.c.*, *supra* noot 84, 519.

waarom feitelijk nauw verwante aanbidingstechnieken van diensten op dusdanig verschillende manier moeten worden behandeld, in naam van het stimuleren van de elektronische handel. Wellicht zou een meer rigoureuze toepassing van de Verdragsbeginselen op de 'klassieke' financiële dienstverlening, met een actief toezicht vanwege de Europese Commissie, reeds meer convergentie kunnen brengen. Dit veronderstelt dat ook op het gebied van de klassieke transnationale financiële dienstverlening meer transparantie tot stand wordt gebracht over de wijze waarop de lidstaten het algemeen belang-voorbehoud aanwenden.

Conclusies

61. Zoals vele andere rechtsgebieden, leeft ook het financieel recht in toenemende mate onder de invloed van het Europees recht. Een niet aflatende stroom van regulering onder de vorm van richtlijnen, en recenter ook in de gedaante van verordeningen, zorgt ook in intern recht voor reguleringsinflatie. Ook de direct werkende Verdragsvrijheden en algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, zoals het principe van staatsaansprakelijkheid, krijgen in toenemende mate relevante toepassingen in de financieelrechtelijke sfeer.

62. Is hiermee de ultieme verwezenlijking van een eengemaakte markt voor financiële dienstverlening daadwerkelijk in het vooruitzicht? Het valt niet te ontkennen dat reeds grote vooruitgang is gemaakt: de internemarktrichtlijnen en de invoering van de euro hebben het financiële landschap in vergelijking met ruim een decennium geleden nagenoeg onherkenbaar veranderd, en deze mutatie zet zich, mede door technologische evoluties, onverminderd voort. Evenwel kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij de jongste evoluties in het regulerend werk: de richtlijn inzake elektronische handel dreigt, althans in de financiële sector, veeleer een remmende dan een stimulerende invloed te hebben op de grensoverschrijdende financiële dienstverlening. De globale consistentie met andere richtlijnen in het gebied van consumentenbescherming bij financiële dienstverlening is vaak moeilijk te doorgronden, zodat ook de operationalisering ervan door de actoren niet eenvoudig dreigt te verlopen. Tot slot dreigt in de nabije toekomst nog een grote hoeveelheid aan nieuwe, vaak uitermate technische regulering op de lidstaten af te komen, in het bijzonder in het gebied van beleggingsdiensten en kapitaalmarkten. Hierbij moet fundamenteel de vraag worden gesteld naar de opportuniteit van zulke detaillistische regulering in een perspectief van marktintegratie.