

Tilburg University

Europese financiële toezichthouders als toonbeeld van evidence-based wetgeven in de EU

van Golen, T.J.A.

Published in:
RegelMaat

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Golen, T. J. A. (2014). Europese financiële toezichthouders als toonbeeld van evidence-based wetgeven in de EU. *RegelMaat*, 29(3), 142-154.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Europese financiële toezichthouders als toonbeeld van evidence-based wetgeven in de EU?

T.J.A. van Golen

1. Evidence-based wetgeven

Met het uitbreken van de kredietcrisis in 2008 werd duidelijk dat het toezicht op de financiële markten onvoldoende gestructureerd was om tijdig in te grijpen. Dit gold zowel op nationaal niveau voor nationale toezichthouders, als op Europees niveau via de Lamfalussy-comités.¹ Daarnaast had dit falen in het microprudentiële toezicht ook macroprudentiële gevolgen waardoor de stabiliteit van het gehele financiële systeem in het gedrang kwam. Een evaluatie van de Europese Commissie toonde al aan dat er nog wel wat schortte aan het functioneren van de comités,² maar forse kritiek op het Lamfalussy-systeem kwam pas met het De Larosière-rapport.³ Daarin werd een nieuwe structuur voorgesteld waarbij de Lamfalussy-comités werden omgezet tot Europese agentschappen, EBA, EIOPA en ESMA, of kortweg de European Supervisory Authorities (ESA's). Bij de aanloop naar het opstellen van de oprichtende verordeningen van de ESA's is getracht gebruik te maken van een 'evidence-based' benadering door de voorgestelde taken en bevoegdheden te funderen op een feitenonderzoek via impact assessments (IA's), empirisch onderzoek betreffende de kennis over de effecten van toezicht en consultaties van belanghebbenden en experts. Deze methodes worden steeds vaker toegepast bij de voorbereiding en controle van Europese wetgeving als onderdeel van de Better Regulation en Smart Regulation-programma's van de EU. Het idee is dat door te opteren voor 'evidence-based wetgeving' minder ruimte wordt gelaten voor willekeur en politiek opportunisme. Wat betreft definitie is er geen eenduidige formule voor evidence-based wetgeven. Van Gestel definieert het als 'wettelijke maatregelen die worden voorgesteld om gedrag te reguleren, die gebaseerd zijn op de meest actuele wetenschappelijke inzichten en systematisch verzamelde data omtrent de (beoogde) werking van dat gedrag'.⁴ Antokolskaia definieert het als de veronderstelling 'dat de wetgever in zijn keuzen voor wetgevende interventies rationeel en doelgericht handelt en zich daarbij niet alleen door politieke en ideologische overwegingen laat leiden, maar mede door relevante resultaten van wetenschappelijk onderzoek inzake de (te verwachten) effec-

1 Zie hierover al eerder in RegelMaat: A. Ottow, Het Europese Toezicht op de financiële markten, RegelMaat 2011, 4, p. 203-205.

2 Mededeling van de Commissie, COM (2007)727, p. 8 e.v.

3 High Level Group on Financial Supervision in the EU, Brussel 25 februari 2009, te vinden op <ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf>, bezocht op 23 maart 2014.

4 R.A.J. van Gestel, De wetgever als keuzearchitect, RegelMaat 2013, 1, p. 23.

tiviteit van die interventies'.⁵ Belangrijkste componenten van evidence-based wetgeven zijn dus vooral de wetenschappelijke resultaten die iets zeggen over de beoogde effectiviteit van wetgeving. Twee andere punten die echter ook van belang lijken bij evidence-based wetgeven zijn: (1) de aandacht voor het cyclische karakter van het proces van wetgeving en (2) de consultatieve rol van stakeholders en experts. Het cyclische proces van wetgeving doelt op de wijze waarbij wetgeving van ex ante evaluatie via invoering van de wet leidt tot een ex post evaluatie, waarbij laatstgenoemde weer gebruikt wordt als voorbereidende (ex ante) stap in een continu proces van verbetering.⁶ De consultatieve rol van stakeholders en experts moet erop toezien dat deze groepen voldoende worden betrokken bij zowel de voorbereiding als evaluatie van wetgeving. Het betrekken van stakeholders en experts betekent niet automatisch dat de aangeleverde informatie ook gebruikt zal worden voor het onderbouwen van keuzes in ontwerp- en regelgeving. Daarvoor kan dergelijke input soms te veel gekleurd zijn door de mogelijke belangen die meespelen bij de geconsulteerden. Als echter op systematische wijze informatie uit consultaties wordt verzameld en geanalyseerd dan draagt dit wel bij aan het inzicht in de vraag: hoe denken partijen over het probleem dat wetgeving geacht wordt op te lossen? Gekoppeld aan een goed overzicht van literatuur en mogelijke andere (empirische) bronnen kan dit wel degelijk een (wetenschappelijke) meerwaarde opleveren voor het evidence-based wetgeven.

2. Hoe evidence-based is het wettelijke fundament voor de ESA's?

Gezien het verschil tussen de Lamfalussy-comités en de ESA's lijkt het erop alsof er duidelijk met de kritiek van de evaluatie en het De Larosière-rapport rekening is gehouden. Zo hebben de ESA's meer bevoegdheden om in te grijpen in het financiële systeem, zijn ze beter in staat het overzicht te houden en zijn ze meer onafhankelijk geworden van de EU-instellingen. Niettemin lijken de eerste scheurtjes in het nieuwe toezichtscomplex al te zijn ontstaan. In de zaak C-270/12 van het VK tegen Raad en Parlement komt immers de vraag op of bepaalde taken wel aan de ESA's toebedeeld kunnen worden, in het bijzonder vanwege de rechtsbasis waarop de bevoegdheidstoedeling is gebaseerd.⁷ Advocaat-generaal Jääskinen lijkt in zijn conclusie te suggereren dat het systeem van toezicht in de EU niet zozeer is opgericht op basis van empirische gegevens maar vooral op basis van politieke keuzes waardoor er nu problemen ontstaan.⁸ Die

5 M.V. Antokolskaia, Van politiek gestuurde wetgeving naar evidence-based wetgeving: Nog een lange weg te gaan, in: W. van Boom, I. Giesen & A. Verheij (red.), *Capita Civilogie. Handboek Empirie en Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 174.

6 Van Gestel en Vranken hebben gewezen op de mogelijkheid van het explicieter koppelen van beide evaluatiemethoden om het leervermogen van een wetgever te verbeteren, zie R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation through Feedback Research: a Case Study*, in: J. Verschuuren (red.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 227.

7 HvJ EU 22 januari 2014, zaak C-270/12, *Verenigd Koninkrijk/Raad en Parlement*, n.n.g., <curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-270/12>, bezocht op 23 maart 2014.

8 Conclusie A-G Jääskinen, par. 58.

T.J.A. van Golen

problemen liggen bijvoorbeeld in de omslachtige wijze van vaststellen van regelgeving op het niveau van de ESA's, waarbij de Commissie de voorgestelde regels formeel moet goedkeuren maar verder aanzienlijk beperkt wordt om nog aanpassingen te doen aan de voorstellen van de ESA's. De gedachte hierachter lijkt dat als de Commissie maar het laatste woord heeft, er geen problemen zijn met de grenzen aan de bevoegdheden in de verdragen en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (Hof).

In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre bij de oprichting van de ESA's daadwerkelijk sprake is geweest van evidence-based wetgeven. Dat gebeurt door een drietal fasen in het proces rondom de ESA's te bestuderen. Allereerst is dat de wijze waarop de voorlopers van de ESA's, de Lamfalussy-comités, geëvalueerd zijn en welke lering uit die evaluaties is getrokken om tot een betere structuur voor financieel toezicht te komen. Van belang hierbij is om te zien of de signalen die uit de consultaties en IA kwamen zijn meegenomen bij het ontwerpen en vaststellen van de ESA-verordeningen. Ten tweede zal worden gekeken naar de evaluaties van de ESA's door de Commissie en door het Parlement. Hoe verlopen deze evaluaties, welke conclusies zijn er al uit te trekken en in hoeverre en op welke wijze stromen die conclusies weer terug in het wetgevingsproces? Ten derde wordt gekeken welke toekomstige verbeteringen mogelijk zijn in het proces van de ESA-regelgeving in relatie tot het evidence-based werken door de EU-wetgever. Ten slotte volgt een conclusie.

3. Op weg naar de ESA's

De eerste stappen op weg naar evidence-based wetgeven in het proces van de ESA's werden al gezet tijdens de evaluatie van de Lamfalussy-procedure doordat het Interinstitutionele Controlem Comité een rapport publiceerde met daarin een aantal probleempunten zoals: het ontbreken van convergentie tussen nationale toezichthouders, regelgeving die vooruit liep op regelgeving van de Raad en het Parlement en het gebruik van 'soft law' waarvan de juridische status onduidelijk bleef.⁹ De vraag bleef echter of de comités sterkere bevoegdheden moesten krijgen om daadwerkelijk zorg te dragen voor coherente harmonisatie van toezichthoudende bevoegdheden aangezien er slechts gehint werd op betere samenwerking. Het 'Himalaya-rapport' van de voorloper van ESMA, CESR, stelde voor: oprichting van één regelgevende autoriteit die voldoende bevoegdheden zou krijgen om daadwerkelijk zorg te dragen voor convergentie in plaats van dit elke keer af te laten hangen van die individuele lidstaten en hun nationale toezichthouders.¹⁰ Dit gevoel werd kennelijk ook gedragen door het Bundesver-

9 Inter-Institutional Monitoring Group Third Report monitoring the Lamfalussy Process, Brussel 17 november 2004, te vinden op <ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/monitoring/third-report/2004-11-monitoring_en.pdf>, bezocht op 23 maart 2014.

10 Preliminary progress report: which supervisory tools for the EU securities markets? An analytical Paper by CESR, Parijs oktober 2004, te vinden op <esma.europa.eu/system/files/04_333f.pdf>, bezocht op 23 maart 2014.

band Deutscher Banken. Dit stelde dat er geen ander alternatief mogelijk was dan één toezichthouder op Europees niveau om een geïntegreerd systeem van financiële controle te bereiken.¹¹ Anderen waren evenwel van mening dat eerst alle mogelijke middelen uitgeput moesten worden, voordat CESR nieuwe bevoegdheden zou krijgen, uit angst voor het ontstaan van één alomvattende supervisor (de Lamfalussy-comités waren in feite ook supervisors van supervisors).¹² De suggesties tot centralisatie van het toezicht van CESR werden dan ook niet overgenomen in daaropvolgende rapporten en documenten van de Commissie. De Commissie kwam niet veel verder dan suggesties voor het oplossen van problemen rond detailregelgeving en gebrek aan afstemming tussen financiële toezichthouders.¹³ Weliswaar kwam de Commissie ook met het voorstel om de juridische status van de toezichthouders aan te passen, maar dit zag slechts op de verwijzing in sectorale wetgeving naar specifieke taken voor de comités en niet op hun veranderende takenpakket.¹⁴ Pas met het uitkomen van de crisis en het De Larosièrereport is de mogelijkheid tot sterkere Europese toezichthouders wel een optie geworden, omdat is gebleken dat door de vrijblijvende samenwerking in het Lamfalussy-proces harmonisatie van toezicht en handhaving op lidstaatniveau onvoldoende van de grond is gekomen.¹⁵ De Commissie stelt in de communicatie over de nieuwe opzet voor het financiële toezicht dat samenwerking tussen nationale en Europese toezichthouders de beste manier is om de problemen die voorheen speelden te kunnen oplossen.¹⁶ De ESA's werden daarbij vooral gezien als een mogelijkheid om de nationale toezichthouders beter te laten communiceren en samenwerken via 'an operational European network with shared and mutually reinforcing responsibilities'.¹⁷ Dit is opmerkelijk omdat in de IA nog naar voren werd gebracht dat een centrale EU-toezichthouder juist zorgt voor een coherente toepassing van toezicht en handhaving van communautaire financiële regelgeving.¹⁸ In dezelfde IA wordt echter ook gesteld dat bezwaren van proportionaliteit en subsidiariteit een mogelijke rechtvaardiging vormen om het nationale toezicht voorlopig maar te laten voortbestaan met een coördinerende rol op Europees niveau:

- 11 Het commentaar van de BDB is te vinden op <ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/monitoring/third-report/bdb_en.pdf>, bezocht op 23 maart 2014.
- 12 Zie voor dit idee de reacties van APCIMS, BBA en FBE, beschikbaar op <ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/monitoring/index_en.htm>, bezocht op 23 maart 2014.
- 13 Inter-institutional Monitoring Group Final Report Monitoring the Lamfalussy Process, Brussel 15 oktober 2007, te vinden op <ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/071015_final_report_en.pdf>, bezocht op 23 maart 2014; zie eveneens Mededeling van de Commissie, COM (2007)727.
- 14 Mededeling van de Commissie, COM (2007)727, p. 9.
- 15 De Larosièrereport, p. 75.
- 16 Mededeling van de Commissie, COM (2009)252, p. 8.
- 17 Idem, p. 8.
- 18 IA bij Mededeling van de Commissie, COM (2009)252, p. 27, te vinden op <ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/supervision/communication_may2009/impact_assessment_fulltext_en.pdf>, bezocht op 23 maart 2013.

T.J.A. van Golen

‘At this stage, the complexities entailed by such a proposal are such that creating a single EU supervisor would be disproportionate to the current problems and therefore out of keeping with the subsidiarity principle.’¹⁹

Dit is frappant, gezien de grote problemen waarvoor het financiële stelsel is komen te staan sinds de kredietcrisis en vooral gezien het feit dat keer op keer terugkomt in de evaluaties van het Lamfalussy-proces dat het grensoverschrijdende financiële toezicht moeizaam verliep door het gebrek aan overzicht en communicatie op Europees niveau. Daarnaast wordt niet duidelijk wat precies de proportionaliteits- en subsidiariteitsbarrières zijn tegen het oprichten van een Europese toezichthouder. Dit maakt het lastiger de weging van de verschillende opties in de IA te begrijpen. Zeker in het licht van de crisis lijkt het gerechtvaardigd te kijken naar meer ingrijpende opties in plaats van het voortbouwen op de structuur die er al is en die aantoonbaar tekort is geschoten.

Uiteraard moet de Commissie bij het opstellen van een IA rekening houden met juridische grenzen, maar indien de Commissie van mening mocht zijn dat een beleidsoptie niet mogelijk is vanwege beperkingen in bijvoorbeeld het primaire Europees recht, zoals het ontbreken van een specifieke wettelijke basis, zou dit toch beter vermeld moeten worden. Nu lijkt het eerder alsof een dergelijke optie niet uitgebreid besproken wordt vanwege politieke onhaalbaarheid in verband met de overdracht van soevereiniteit.²⁰ Al in de Richtlijnen voor IA staat echter dat als er politieke redenen zijn van instellingen of lidstaten om op voorhand afwijzend tegenover een optie te staan, deze genoemd moeten worden als reden om een optie niet te kiezen zolang deze keuze maar onderbouwd wordt.²¹ Bij de IA over de structuur van de ESA's wordt hierover te weinig uitgeweid. De onderbouwing in de IA die gaat over de bevoegdheden van de verschillende ESA's is daarin al duidelijker.²² Bijvoorbeeld bij de vraag of de ESA's zelfstandig bindende technische standaarden moeten kunnen vaststellen:

‘A theoretical third option, for the Authorities to themselves adopt binding technical standards, must be ruled out at the outset as it would conflict with the Treaty based responsibilities of the Commission and give the Authorities discretionary powers, requiring a revision of the Treaty.’²³

Ook hier zien we een juridische belemmering om deze optie uit te werken in de beoordeling van de verschillende beleidsmogelijkheden. Door echter niet specifiek te benadrukken welke constitutionele blokkades aanwezig zijn, lopen alle partijen die baat hebben bij een IA, of dat nu de EU-wetgever, de lidstaten of bijvoorbeeld marktpartijen zijn, twee belangrijke bronnen van informatie mis: allereerst de

19 Idem, p. 31.

20 K. Alexander, Reforming European financial supervision: adapting EU institutions to market structures, ERA Forum 2011, 2, p. 229-252, i.h.b. p. 248-249.

21 European Commission, Impact Assessment Guidelines 2009, SEC (2009)92, p. 13.

22 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SEC (2009)1234.

23 Idem, p. 13.

informatie welke verdragsartikelen in de weg staan aan regelgeving door deze toezichhoudende agentschappen.²⁴ Daarnaast is er ook niet de mogelijkheid om in de vergelijkende analyse te zien hoe deze optie zou scoren qua effectiviteit, efficiëntie en coherentie.²⁵ Dit maakt het lastig een goed overzicht te krijgen over de verschillende beleidsopties. Wanneer is een beleidsoptie echt niet haalbaar en wie bepaalt dat eigenlijk?²⁶ Is het voor de volledigheid van een dergelijke impact assessment niet veel nuttiger om alle zinnige opties te bespreken, ook een optie die verder gaat dan op dit moment mogelijk is? Hierdoor kan de gebruiker in ieder geval inzien wat de uitkomst van een dergelijke keuze zou opleveren, mocht deze later alsnog mogelijk worden, en kan bij een toekomstige ex post evaluatie bovendien worden teruggeblikt op de verschillende beleidsopties die bij de IA zijn overwogen en (deels) te licht bevonden.

Dat het Parlement niet altijd tevreden is met de opgestelde IA's blijkt uit de parlementaire behandeling van de drie verordeningen. Bij alle drie de agentschappen heeft het Parlement twee dingen getracht te bewerkstelligen, namelijk (1) onafhankelijkheid van de ESA's ten opzichte van de Commissie garanderen en (2) verregaande bevoegdheden aan de ESA's toekennen om in te grijpen in het financiële systeem. Het Parlement was het niet eens met de voorgenomen voorstellen dat de Commissie als controleur aan alle touwtjes zou trekken en de ESA's de ondergeschikte rol zouden spelen die de Commissie hun had toebedeeld. In plaats daarvan heeft het Parlement gekozen om een aantal bevoegdheden die eerst aan de Commissie toebehoorden over te hevelen naar de ESA's.²⁷ Zo hebben de ESA's de mogelijkheid gekregen om ook regulerende technische normen op te stellen, waarbij er in het eerste plan van de Commissie slechts sprake zou zijn van pure technische normen. Ook heeft het Parlement de ruimte die de Commissie heeft om voorstellen te amenderen beperkt door te stellen dat deze alleen 'in zeer beperkte en uitzonderlijke gevallen kunnen worden gewijzigd, aangezien de Autoriteit degene is die in nauw contact staat met en het beste inzicht heeft in de dagelijkse werking van de financiële markten'.²⁸ Het Parlement laat hiermee zien dat het niet automatisch genoeg neemt met de mogelijkheden die de Commissie neerlegt in een voorstel op basis van een IA. Ten tijde van deze voorstellen beschikte het Parlement nog niet over een eigen afdeling om bij dit soort ingrijpende veranderingen zelf een IA uit te voeren. Inmiddels is dat echter anders en kent het Secretariaat van het Parlement een directoraat voor effectbeoordeling en Europese toegevoegde waarde. Deze afdeling is recent opgegaan in een groter directoraat voor ondersteunend wetenschappelijk onderzoek voor het

24 Hoewel het idee is dat een verdragsartikel niet eenvoudig te wijzigen valt, blijkt dat soms mee te vallen. Denk hierbij aan de eenvoudige wijziging van art. 136 VWEU in het proces van het oprichten van het Europees Stabiliteitsmechanisme wat in een paar maanden tijd het gehele legislatieve proces voor verdragsverandering doorliep.

25 De drie criteria die gebruikt worden bij het vergelijken van opties, zie noot 21, p. 45.

26 Zie over het proportionaliteitsvraagstuk bij IA ook A.C.M. Meuwese, *Waarom het IAK het keurmerk 'IA' (nog) niet mag voeren*, *RegelMaat* 2012, 1, p. 23.

27 Zo had eerst de Commissie het alleenrecht om een inbreuk op het Unierecht te vervolgen, terwijl die mogelijkheid nu voor de ESA's is gecreëerd.

28 Overweging 23 van Verordening 2010/1093/EU, PbEU 2010, L 331/12.

T.J.A. van Golen

Parlement.²⁹ Hiermee kan het Parlement in de toekomst mogelijk meer tegenwicht bieden aan de IA's door de Commissie.

4. Evaluatie van de ESA-regelgeving

De Commissie

De ESA-verordeningen bevatten een evaluatiebepaling die aangeeft dat de werkzaamheden van deze toezichthouders binnen drie jaar aan een ex post evaluatie moeten worden onderworpen.³⁰ De evaluaties vinden zowel plaats door de Commissie als door het Parlement. De Commissie voert onder andere een consultatie onder belanghebbenden uit om de percepties op het nieuwe systeem van toezicht te onderzoeken, zowel voor het micro- als macroprudentieel toezicht. In dat kader zijn 94 reacties ontvangen.³¹ Tussen die bijdragen zitten allerlei verschillende organisaties zoals banken, overheidsinstellingen, belangenorganisaties en non-profitinstellingen. Grote afwezigen zijn de ESA's zelf, want alleen een stakeholders-groep van de ESMA heeft een reactie ingestuurd. Aan de ene kant valt er veel voor te zeggen dat degenen die geëvalueerd worden niet zelf mogen meedoen aan een evaluatie in verband met het vervuilen van de data. Aan de andere kant zou juist een intern perspectief interessant zijn geweest om uit te vinden hoe de ESA's zelf denken over hun onderlinge taakverdeling. Zien zij meer in een enkele toezichthouder, een tweewegenoplossing of is de huidige situatie de meest werkbare? En bovendien, hoe kijken de ESA's terug op de aannames die in de IA zijn gedaan op basis van de informatie die toen bekend was? Terugkoppeling van resultaten uit deze ex post evaluatie naar voorspellingen gedaan tijdens ex ante evaluaties zouden kunnen bijdragen aan een beter cyclisch proces van evaluatie, hetgeen nu precies is wat de Commissie voorstaat met de Smart Regulation strategie.³² Verder wordt er echter niet duidelijk gemaakt welke overige onderzoeken nog meer worden uitgevoerd bij de evaluatie. Artikel 81 stelt dat er een evaluatie moet volgen, maar niet op welke wijze deze evaluatie moet geschieden.³³ De vraag is dan ook of er al voldoende tijd is verstreken om een ex post evaluatie uit te voeren die verder strekt dan een early warning evaluatie, of dat er op dit moment met een consultatie kan worden volstaan.

In artikel 81 van de ESA-verordeningen is een aantal vragen opgenomen die bij de evaluatie aan de orde komen. De vraag is dan in hoeverre deze vragen ook terug moeten komen in de consultatie die gehouden wordt door de Commissie. In het consultatieformulier voor de ESA-evaluatie komen namelijk niet alle vragen uit artikel 81 terug. In het bijzonder de minder direct praktische vragen, zoals het

29 <europarl.europa.eu/the-secretary-general/en/activities/recent_activities/articles/articles-2013/articles-2013-november/articles-2013-november-2.html>, bezocht op 23 maart 2014.

30 Art. 81 ESA-verordeningen.

31 Er zijn 90 bijdragen publiekelijk beschikbaar want vier waren er vertrouwelijk, <ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/esfs/>, bezocht op 23 maart 2014.

32 Mededeling van de Commissie, COM (2010)543, p. 3.

33 Het kopje bij art. 81 heeft als titel 'Evaluatie' maar in het artikel zelf wordt gesproken over een 'verslag' waarin een aantal punten behandeld moeten worden.

vraagstuk van de verspreide locatie, worden wel genoemd in artikel 81 lid 2 maar zijn in de consultatie niet terug te vinden. Moet de Commissie alle vragen ook stellen die in een evaluatieartikel zijn opgenomen? Of kan de Commissie daarin fluctueren? En wat moet er gebeuren als er een termijn wordt genoemd in een evaluatieartikel? In artikel 81 van de ESA-verordeningen staat dat er uiterlijk 2 januari 2014 een rapport van de Commissie moet liggen naar aanleiding van de evaluatie. Deze termijn is inmiddels verstreken, maar wat de gevolgen van deze overschrijding zijn, staat niet in de ESA-verordeningen. Niettemin komt dit wel neer op schending van secundair EU-recht.³⁴ En in hoeverre zou dit dan in rechte aanvechtbaar moeten zijn? Wellicht is een gang naar het Hof een wat zware sanctie voor het niet tijdig afleveren van een evaluatie. Bovendien kan een dergelijke sanctie op het niet voldoen aan een evaluatie-deadline weer leiden tot simplistische evaluaties om maar te voldoen aan de deadline. Bovendien, wie zou er belang bij hebben om hierover een rechtszaak aan te spannen? Als het valt onder artikel 263 VWEU zou een lidstaat, het Parlement of de Raad een zaak kunnen starten bij het Hof. De vraag is of het in hun belang zal zijn om op dergelijke evaluatiebepalingen judiciële controle te houden. Maar er wordt geen andere mogelijkheid in de EU-verdragen en ESA-verordeningen genoemd om op deze evaluatie toe te zien.³⁵ In tegenstelling tot bij de IA is er geen Impact Assessment Board (IAB) om in de gaten te houden of de evaluatie wel voldoet aan bepaalde opgestelde eisen.³⁶ Juist bij grote en omvangrijke wetgeving als de ESA's zou het belangrijk moeten zijn om de evaluatie meer onafhankelijk te maken van degenen die het beleid uitvoeren, dus zowel van de Commissie als van de ESA's.

Het Parlement

Het Parlement houdt ook een evaluatie door middel van een rapport van de Commissie Economische en Monetaire Zaken (ECON).³⁷ Deze evaluatie resulteert in nauwgezette aanbevelingen aan de Commissie ten aanzien van het systeem van de ESA's en het financieel toezicht die uiteindelijk moeten leiden tot aanpassingen van de ESA-wetgeving. Het voorlopige rapport bevat een aantal opmerkelijke

- 34 Vermoedelijk zou dit dan via art. 263 VWEU afgehandeld moeten worden door een klacht bij het Hof.
- 35 Bij de internetpagina over de consultatieronde is wel een e-mailadres te vinden, maar navraag over wanneer de evaluatie komt en wat het gevolg is van de harde deadline in de ESA-verordeningen heeft nog geen antwoord opgeleverd.
- 36 Het IAB is samengesteld uit DG-directeuren die opmerkingen geven over de kwaliteit van de voorgelegde IA's. Zie Information Note from the president to the Commission: Enhancing quality support and control for Commission Impact Assessments, The Impact Assessment Board, SEC (2006)1457.
- 37 Dit op basis van het initiatiefrecht van het Parlement op grond van art. 42 van het Reglement van het Europees Parlement, zie <europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20140113+RULE-042+DOC+XML+V0//NL&navigationBar=YES>, bezocht op 23 maart 2014.

T.J.A. van Golen

observaties.³⁸ Zo staat er in overweging J dat de drie locaties van de ESA's een obstakel vormen bij de coördinerende rol op het gebied van toezicht. Waarom dat zo zou zijn wordt echter helaas niet duidelijk. Wellicht is dat ook de reden dat in het definitieve rapport deze overweging is geschrapt.³⁹ Nog scherper is overweging P, die stelt dat de ESA's soms geen informatie opvragen bij nationale toezichthouders omdat ze anticiperen op een weigering van hun eigen Board of Supervisors (BoS), waarin deze nationale toezichthouders een zetel hebben. Ook deze stelling wordt helaas niet ondersteund door bewijs. Niettemin lijkt het zeer wel mogelijk dat het functioneren van de ESA's wordt belemmerd doordat degenen die zij moeten controleren, de nationale toezichthouders, tevens aan de bestuurlijke knoppen zitten bij de ESA's waar alle belangrijke beslissingen genomen moeten worden door de BoS.⁴⁰ In de IA werd hierover gezegd dat dit juist een ideale mix zou betekenen tussen nationaal en Europees toezicht, maar dit kan klaarblijkelijk ook de verkeerde kant op werken waardoor de besluitvorming verlamd wordt. Oplossing volgens zowel de draft als de uiteindelijke versie van het ECON-rapport is de ESA's onafhankelijker te maken door de voorzitter van de BoS zelfstandiger te laten opereren zonder dat deze elke keer goedkeuring moet vragen.⁴¹ Hoewel dit een interessante mogelijkheid is, is niet duidelijk in hoeverre deze concentratie van macht bij de voorzitter nodig is gelet op eventuele blokkades die door lidstaten zouden worden opgeworpen. Tevens stelt het rapport voor het Management Board, dat nu bestaat uit een zestal leden van de BoS, geheel onafhankelijk te maken van de nationale invloed door een drietal experts hierin zitting te laten nemen, benoemd door het EP.⁴² De redenering hierachter is waarschijnlijk dat het Management Board onafhankelijker wordt van de nationale toezichthouders waardoor er meer gewerkt wordt vanuit Europees perspectief in plaats van het nationale.

Wellicht dat empirisch materiaal om de gedane verklaringen te staven informeel wel de ronde maakt binnen het comité, maar het blijft onzichtbaar naar de buitenwereld toe hoe men bijvoorbeeld tot de conclusie komt dat de drie verschillende werkplekken van de ESA's een probleem opleveren. Wellicht wordt dit afgeleid vanuit de notie dat de ESA's moeilijk met elkaar communiceren bij verzoeken om informatie, maar zonder ondersteunende verklaringen is dit vooral een

38 Draft report with recommendations to the Commission on the European System of Financial Supervision (ESFS) Review (2013/2166(INI)), te vinden op <europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-521.510+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>, bezocht 23 maart 2014.

39 Report with recommendations to the Commission on the European System of Financial Supervision (ESFS) Review (2013/2166(INL)), te vinden op <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0133+0+DOC+PDF+V0//EN>, bezocht op 23 maart 2014.

40 Zie hierover ook R.A.J. van Gestel & T.J.A. van Golen, Enforcement by the New European Supervisory Agencies: Quis Custodiet Ipsos Custodes?, in: K. Purnhagen & P. Rott (red.), Varieties of European Economic Law and Regulation - Essays in Honour of Hans Micklitz, Heidelberg: Springer 2014 (nog te verschijnen), p. 7-8.

41 Zie noot 38, p. 9 en noot 39, p. 14-15.

42 Zie noot 39, p. 9.

mening in plaats van een bewijsbare stelling. Het Parlement zou zijn positie moeten onderbouwen op dezelfde heldere wijze als die welke van de Commissie bij een IA of voorstel verwacht wordt. Meer informatie hierover zou bijdragen aan de transparantie en controleerbaarheid van de rol van het Parlement ten aanzien van beleid en wetgeving en meer duidelijkheid scheppen over de problemen die de ESA's ondervinden bij de uitoefening van hun taken.

5. Toekomstige verbeteringen

De ESA's

Wat betreft de verbeteringen voor de ESA's doet het Parlement een groot aantal aanbevelingen in het ECON-rapport.⁴³ Veel van deze punten zien op het convergeren van toezichtpraktijken, de bestuurlijke vormgeving van de verschillende organen binnen de ESA's en het vergroten van de capaciteiten van de ESA's op het gebied van mediation, onderzoek en informatievoorziening maar niet voordat er een aantal punten onderzocht dient te worden.⁴⁴ Andere positieve aanbevelingen hebben bijvoorbeeld betrekking op het vaststellen van guidelines wat alleen nog maar zou mogen gebeuren als er een strikte basis te vinden is in sectorale wetgeving. Dat is op zich een positieve ontwikkeling met het oog op meer democratische legitimiteit, maar het heft het onbestemde karakter van soft law niet op.⁴⁵ Terwijl nu juist de onduidelijke juridische status van deze 'soft' law al sinds de eerste evaluatie van de Lamfalussy-comités terugkeert als probleem. Wie precies deze onderzoeken zal moeten uitvoeren is niet duidelijk, maar vermoedelijk zal dat gedaan worden door de Commissie bij de voorbereiding van het aanpassen van de ESA-wetgeving. Deze te onderzoeken kwesties zijn echter dusdanig groot en complex dat de vraag rijst of hiermee het proces van het wijzigen van de ESA-regelgeving geen enorme vertraging oploopt. Zo zal het onderzoek naar de vraag of de verschillende overlappings en gaten in sectorale regelgeving gedicht kunnen worden door een omvattende European Financial Code een gigantische onderneming zijn waarbij dit wellicht voorrang zal moeten krijgen op een aanpassing van ESA-regelgeving om te voorkomen dat er dubbel werk door de wetgever gedaan wordt.

Evidence-based wetgeven in de EU

Op basis van het voorgaande is het mogelijk een aantal verbeteringen aan te dragen voor het proces van evidence-based werken door de Uniewetgever.

Allereerst zou er meer informatie openbaar moeten zijn bij de fase van IA's. Veel vindt toch nog plaats binnen de DG's van de Commissie, en de achterliggende informatie waarop de IA gebaseerd wordt, is vaak niet (eenvoudig) kenbaar. Hoe duidelijker wordt waarop de IA gebaseerd is, des te groter de waarde van IA's wordt. Ook zou er meer aandacht moeten worden besteed aan de juridische basis

43 Zie noot 38, p. 13-19.

44 Idem, p. 19-20.

45 Zie noot 39, p. 8-10.

T.J.A. van Golen

van wetsvoorstellen. Als iets niet mogelijk is volgens het geldende juridische regime zou dat uitgelegd moeten worden. Dit soort juridische informatie ontbreekt nu vaak in IA's, terwijl deze wel cruciaal is voor het beoordelen van de haalbaarheid van allerlei alternatieve beleidsopties die ex ante worden doorgerekend.

Zowel uit opmerkingen van de Europese Rekenkamer⁴⁶ als uit die van het Parlement⁴⁷ blijkt dat het IAB een waardevolle bijdrage levert aan de kwaliteit van IA's. Een mogelijkheid om evaluaties te verbeteren is het aanstellen van een Evaluation Assessment Board. Deze zou, gelijk de IAB, een oordeel kunnen geven over de kwaliteit van de uitgevoerde evaluatie. Zeker als een wetsbepaling al een aantal specifieke punten noemt die geëvalueerd moeten worden is het raadzaam te controleren of deze ook daadwerkelijk zijn meegenomen in een evaluatie. Als het Parlement zijn langgekoesterde wens in vervulling ziet gaan dat een voorstel van de Commissie alleen doorgang kan vinden na een positieve beoordeling van het IAB zou een dergelijk systeem wellicht ook voor andere vormen van evaluatie een verbetering kunnen aanbrengen. Wellicht is het mogelijk dat het IAB ook deze rol kan vervullen, hoewel dan zowel de IA als de evaluatie door dezelfde personen gecontroleerd wordt, wat de onafhankelijkheid van de controle niet ten goede komt. Een onafhankelijk EAB zou daarom een betere oplossing zijn voor een controle op de evaluatie. Een stap voorwaarts is in ieder geval dat er inmiddels een ontwerpvoorstel ligt voor een standaard voor ex post evaluaties vanwege de Commissie.⁴⁸ Hierin is echter geen ruimte opgenomen voor een onafhankelijk orgaan dat de kwaliteit van deze evaluaties beoordeelt, en blijft de evaluatie vooral een interne aangelegenheid.

6. Conclusie

De vraag aan het begin van dit artikel was in hoeverre er evidence-based gewerkt is in het wetgevingsproces van de ESA's. Om deze vraag te beantwoorden is gekeken naar twee momenten in dit proces, namelijk als eerste de aanloop naar de ESA's door evaluatie van de Lamfalussy-comités en de IA's behorende bij de legislatieve voorstellen. Daarnaast is gekeken naar de evaluatie van dit proces door de Commissie en het Parlement. Bij de IA voorafgaand aan de ESA-wetgeving ontbreekt de mogelijkheid om goed te beoordelen welke beleidsmogelijkheden er nog meer waren maar niet zijn getoetst, of wel genoemd zijn maar in de IA achterwege zijn gelaten vanwege politieke redenen. Hierdoor wordt niet duidelijk in hoeverre

46 Zie uitgebreid A.C.M. Meuwese, Wat moet de Europese Rekenkamer met 'beter wetgeven?', RegelMaat 2011, 1, p. 57-62.

47 Report on EU Regulatory Fitness and Subsidiarity and Proportionality - 19th report on Better Lawmaking covering the year 2011 (2013/2077(INI)), overweging 44, te vinden in het Engels op <europa.eu/parl/committees/regulatory-fitness/docs/20131111_guidelines_pc_part_i_ii_clean.pdf>, bezocht op 23 maart 2014.

48 Zie <ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/docs/20131111_guidelines_pc_part_i_ii_clean.pdf>, bezocht op 23 maart 2014. Op dit moment loopt hier een consultatie over. Zie <ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/consultation/index_en.htm>, bezocht op 23 maart 2014.

er bij de ESA's echt sprake van evidence-based wetgeven is geweest. Weliswaar wordt het verleden van de toezichthouders als Lamfalussy-comités aangehaald, maar de Commissie laat niet duidelijk zien hoe de lessen van het verleden meege-nomen worden in de nieuwe plannen. Ook wordt niet systematisch aangetoond op basis van wetenschappelijke publicaties of de voorgestelde maatregelen nu wel effectief zullen blijken, terwijl dit toch een van de speerpunten in een IA is om aan te tonen dat de voorgestelde regelgeving een bijdrage kan leveren aan het beteugelen van de financiële markten. Bij de ex post evaluatie door de Commissie lijkt vooral gebruik te zijn gemaakt van een consultatie van belanghebbenden. De vraag is of er voldoende input is van alle relevante belanghebbenden en of bijvoorbeeld de ESA's zelf ook niet hun standpunt zouden moeten kunnen brengen. Niet duidelijk is of deze consultatieronde voldoende basis biedt om te spreken over een geslaagde evaluatie. Het Parlement is ook bezig met een rapport, waarin in een aantal stellingen wordt geponeerd dat het functioneren van de ESA's te wensen overlaat, maar zonder onderbouwing. Ook hier zou de informatievoorziening verbeterd kunnen worden. Wel laat het Parlement zien dat er, voordat er verdere veranderingen in het financiëletoezichtstelsel plaatsvinden, eerst een grondige analyse gemaakt moet worden van verschillende aspecten zodat er met meer informatie een betere ex ante analyse gemaakt kan worden. Wellicht denkt het Parlement hier ook aan de mogelijkheid dat een betere informatievoorziening vooraf sneller zal leiden tot een meer ingrijpende vorm van toezicht, aangezien de paragraaf van de resolutie wordt ingeleid met de woorden: 'Before the legislative act acts are adopted, the following questions should be assessed thoroughly, considering that even during the worst times of the financial crisis Member States were not willing to confer on the ESAs substantial supervisory power.'⁴⁹ Hierdoor komt het beeld naar voren dat de oprichting en toebedeling van bevoegdheden toch in aanmerkelijke mate bepaald lijken te zijn door politieke standpunten en niet via het proces van evidence-based wetgeven met een meest effectieve en efficiënte uitkomst.

Naar aanleiding van de constatering bij het voorproces en de evaluatie zijn er nog andere opties genoemd in de vorige paragraaf om het evidence-based werken te versterken. Voorbeelden zijn een betere informatievoorziening vanuit de Commissie over welke beleidsalternatieven bestudeerd zijn en waarom, heldere verantwoording van gekozen beleidsalternatieven en een Evaluation Assessment Board voor de kwalitatieve beoordeling van evaluaties. Zeker als de ESA's ook allerlei quasiregelgeving opstellen, is het van belang dat de onderbouwing hiervan transparant geschiedt doordat de ESA's aantonen hoe zij tot bepaalde conclusies komen. Een proces van evidence-based wetgeven kan daarbij helpen. Het belang van verbeteringen in het proces aanbrengen is vooral gelegen in het genereren van transparantie en volledigheid. Dit zou de gelegenheid kunnen bieden kritisch na te denken over de verschillende opties en pas na stevige deliberatie over te gaan tot een beleidskeuze op basis van de gegevens. Daarbij komt ook dat hoe beter de onderbouwing van de verschillende beleidskeuzes wordt gemaakt, hoe minder ruimte dit overlaat

49 Zie noot 39, p. 19-20.

T.J.A. van Golen

voor een keuze puur op basis van politieke voorkeuren. Dat betekent overigens niet dat politieke besluitvorming door feitenkennis uitgebannen kan worden want er zal altijd een politieke keuze bij wetgeving aanwezig zijn, zeker op Europees niveau.⁵⁰ Evidence-based wetgeven kan echter wel bijdragen aan een meer afgewogen en onderbouwde keuze waardoor een slechte keuze op basis van politieke overwegingen minder eenvoudig gemaakt worden. Dit levert dan meteen ook een betere mogelijkheid op voor democratische controle doordat de onderliggende aannames duidelijker voor het voetlicht worden gebracht. Zeker in het huidige klimaat in Europa waarbij alle wetgeving en besluiten van de EU-wetgever met argusogen worden bekeken is het van belang dat de basis die als fundament dient voor de beslissingen op gedegen wijze onderzocht en vastgesteld wordt. Evidence-based wetgeven is in zichzelf geen manier om legitimiteit te creëren voor de beslissingen op EU-niveau, maar het versterkt wel de mogelijkheid om aan te tonen dat de beslissingen in ieder geval tot stand zijn gekomen op basis van deugdelijk bewijs. Om dan meer legitimiteit te creëren voor het bestaan en functioneren van de ESA's zou een beter evidence-based proces van wetgeving zeer wenselijk zijn.

50 Volgens Koole is 'emotion free politics wenselijk noch mogelijk' dus politieke keuzes zullen niet altijd volledig op bewijs en ratio gestoeld zijn. Niettemin voorkomt evidence-based wetgeven een 'feitenloze politiek'. R.A. Koole, Feitenloze politiek in het wetgevingsproces, RegelMaat 2012, 5, p. 308.