

Europees Recht

Driedigheid in Meergelaagdheid

Walter VAN GERVEN
buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven

I. Privaatrecht internationaal, Europees en grondwettelijk ingebed

§1. Meergelaagdheid en Convergentie

1. Belgisch privaatrecht, zo is het uitgangspunt, kan op heden nog moeilijk als een *autonoom* rechtssysteem worden beschreven. Sinds de eerste uitgave van dit algemeen deel in 1969 hebben zich drastische wijzigingen voorgedaan. Niet alleen is het *internationaal Verdragsrecht* aanzienlijk gegroeid en zijn talrijke verdragen via ratificatie onderdeel geworden van het eigen rechtssysteem maar bovendien ligt het Belgische recht steeds meer ingebed in het *Europese supranationale recht* van zowel de Europese Unie (EU) als van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Zo is er, bv., wat het *internationale recht* betreft, het Verdrag van 11 april 1980 inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, om er maar één te noemen. Door dit Verdrag werd in het Belgisch kooprecht een speciaal regime voor koopovereenkomsten geïncorporeerd dat betrekking heeft op roerende zaken tussen in verschillende staten gevestigde partijen - een regime dat trouwens inspirerend kan werken bij de ontwikkeling van het eigen nationaal recht.¹ Deze evolutie van inbedding in internationaal recht is in sommige domeinen zover gegaan dat het internationale recht zich niet langer naast of boven het Belgische bevindt maar het gehele Belgische regelenbestand heeft overgenomen. Een illustratie daarvan is Boek II van het W.v.K. over Zee- en Binnenvaart dat, afgezien van een groot aantal verouderde bepalingen, is samengesteld uit talrijke internationale verdragsbepalingen.² Het Belgische Wetboek is daardoor als het ware een opslagplaats van internationaal recht geworden.³ Een nog veel drastischer impact op het Belgische recht wordt teweege ge-

¹ Goedgekeurd bij wet van 4 september 1996, *B.S.* 1 juli 1997. Daarover op verschillende plaatsen B. TILLEMANS, *Overeenkomsten, Bijzondere overeenkomsten, A. Verkoop, Deel I Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, in deel X van *Begin-selen van Belgisch Privaatrecht*, 2001. Dat het Verdrag *inspirerend* kan werken voor het (gemene) nationale recht blijkt uit Cass. 19 juni 2009, *R.W.* 2009-10, 744-745 met op 730-737 de commentaar van K. COX, "Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten: het Hof van Cassatie als pionier." Door het cassatie-arrest werd artikel 79, eerste lid, van het Verdrag aldus geïnterpreteerd dat de situatie van (fysieke of economische) *hardship* waaronder gewijzigde omstandigheden worden verstaan "die niet redelijkerwijze voorzienbaar waren bij de contractsluiting en die onmiskenbaar van aard zijn om de last van de uitvoering van de overeenkomst op onevenredige wijze te verzwaren", "onder omstandigheden" een verhindering kan uitmaken als bedoeld in artikel 79 van het Verdrag waardoor de verkoper kan bevrijd worden van zijn verplichting schadevergoeding te betalen bij niet levering aan de overeengekomen prijs.

² M.A. HUYBRECHTS, "The 'bicentennial' of the Code of Commerce of 1807" in *Bicentenaire du Code de commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel* (J.P. BUYLE, W. DERYCKE, J. EMBRECHTS, I. VEROUGSTRAETE, eds.), Larcier, Brussel, 2007, 343-358.

³ *Id.*, 357.

bracht door het *Europese supranationale recht*. Dit geldt voornamelijk voor wat, vóór het Verdrag van Lissabon (2009), het recht van de eerste pijler werd genoemd, d.i. de toenmalige Europese Gemeenschap (EG, voordien EEG) van de in 1993 in werking getreden Europese Unie (EU). Niet alleen bevat dit onderdeel een groot aantal Verdragsbepalingen (primaire recht) en daarop betrekking hebbende rechtspraak van de Europese en Belgische gerechten, maar bovendien ligt de EG/EU aan de basis van een aanzienlijk volume Europese secundaire wetgeving, en daarop betrekking hebbende rechtspraak, die hetzij rechtstreeks (via verordeningen: artikel 288, lid 2 VWEU, oud artikel 249, lid 2, EG), hetzij onrechtstreeks (via omzetting van richtlijnen in het nationale recht: artikel 288, lid 3 VWEU, oud artikel 249, lid 3, EG), onlosmakelijk verweven zijn met het Belgische recht. Daarnaast is er een aanzienlijke en steeds maar aangroeiend aantal rechterlijke beslissingen van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) en daarmee verband houdende Belgische rechtspraak die het Belgische recht op bepaalde punten grondig hebben beïnvloed, zoniet hervormd.

De consequentie daarvan is dat de Belgische rechtsorde (zoals die van de andere aan genoemde Verdragen deelnemende staten) - intussen, sedert 1993, ook nog gefederaliseerd - werd omgevormd in een *meergelaagde* rechtsorde die niet meer tot één gouvernementele beslissingstructuur kan worden herleid en waarvan de legitimiteit niet langer uitsluitend in de Belgische constitutionele orde kan worden gevonden.

Ook binnen het privaatrecht wordt deze aangroei van supranationaal recht steeds meer zichtbaar. Dit geldt al lang voor het onderdeel *consumentenrecht* dat, zoals bekend, grotendeels bestaat uit Belgisch recht dat op Europese richtlijnen en verordeningen is gebaseerd: het zo genaamde *Acquis* waarin de Europese Commissie nu, met de hulp van academici, enige consistentie probeert te brengen.⁴ De Commissie, aangespoord door het Europese Parlement en met de ruggesteun van een aantal academici,⁵ heeft evenwel nog grootsere plannen, met name de harmonisatie van grote stukken van het *verbintenissenrecht* van de lidstaten, voornamelijk het *contractenrecht* waarover reeds heel wat studierecht is verricht.⁶ In dit opzicht lijkt de Commissie echter te hebben afgezien van haar voornemen om een Europees wetboek Contractenrecht uit te brengen

⁴ Daarover o.m., C. TWIGG-FLESNER, "No sense of purpose or direction? The modernisation of European Consumer Law", in *European Review of Contract Law* (ERCL), 2007, 198-213.

⁵ Met name de auteurs van o.m. *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (red. O. LANDO and H. BEALE), Part III (red. O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM and R. ZIMMERMANN), Kluwer International Law, The Hague, 2000 en 2003; W. PINTENS, "Europeanisation of Family Law" in K. BOELE-WOELKI, eds., *Perspectives for the unification and harmonisation of Family law in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 3-33.

⁶ Zie in het bijzonder de in de vorige noot geciteerde *Principles of European Contract Law*, Parts I and II. Voor een (uitstekend) handboek, zie H. KÖTZ & A. FLESNER, *European Contract Law*, Vol. One, Transl. T. WEIR, Clarendon Press Oxford, 1997. Aangaande andere initiatieven, zie B. FAUVARQUE-COSSON & W. VAN GERVEN, "La convergence des droits en Europe", *Petites Affiches*, numero spécial, 2007, no. 79, 63-81, 67-8.

en concentreert zij haar aandacht nu veeleer op het tot stand brengen van een Europees Gemeenschappelijk Referentiekader ("*common frame of reference*") van begrippen en modelregelen – waarbinnen ook het hiervoor genoemde en consistent gemaakte *Acquis* zijn plaats zou vinden.⁷ Niet alleen het contracten- en verbintenissenrecht is het voorwerp geworden van deze harmonisatietenden, ook het *familierecht* wordt er meer en meer door geraakt. Niet dat er al sprake zou zijn van een uniform Europees familierecht – daarvoor zijn de onderliggende waarden nog te uiteenlopend – maar wel dat er in verschillende domeinen een duidelijk merkbare convergentie ontstaat. Steun daarvoor (*infra*, nr. 7) kan, vanuit een mensenrechtelijk perspectief, worden gevonden in zowel de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het in artikel 8 EVRM gegarandeerde recht op gezinsleven als in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het recht op burgerschap van de Unie zoals dat omschreven wordt in de artikelen 20-25 VWEU (oude artikelen 17-22 EG).⁸

2. Zoals uit het voorgaande blijkt is, in het kader van de Europese Unie, het "nader tot elkaar brengen" van nationale wetgeving een duurzaam paradigma geworden. Eerst werd die eenvormigheidstendens in de hand gewerkt ten einde de interne markt tussen de lidstaten te verwezenlijken. Meer recent is die tendens echter ook noodzakelijk geworden om aan de talrijke groepen van rechtzoekenden in de lidstaten die op steeds meer domeinen met elkaar contacten onderhouden, beter inzicht te geven in de zeer verschillende juridische mentaliteiten en tradities van de rechtssystemen van de lidstaten. Dit inzicht is nodig om de samenwerking van rechtzoekenden over de lands- en rechtsgrenzen heen te bevorderen en te verdiepen. Het uiteindelijke streefdoel is de wetgeving van de lidstaten op elkaar af te stemmen via harmonisatie - wat echter niet noodzakelijk gelijk staat met eenvormigheid, en daartoe evenmin hoeft te leiden.⁹ Wel integendeel, als gevolg van de beperkte wetgevende bevoegdheid die door de lidstaten aan de Europese Unie is overgedragen, bestrijkt de binnen de EU geïnitieerde harmonisatie van nationale wetgevingen slechts (vaak zeer) beperkte gebieden. Dit heeft trouwens op zijn beurt tot gevolg dat er zich, binnen het rechtssysteem van elke lidstaat, een splitsing ("verkokering") voltrekt van die door het Gemeenschapsrecht rechtstreeks getroffen rechtsgebieden: waar voorheen een eenvormige regeling bestond, ontstaan nu twee verschillende regelingen, enerzijds een regeling voor binnen het betrokken gebied vallende *inter*-statelijke rechtsverhoudingen die rechtstreeks door de Europese regeling worden getroffen, en een andere voor *intra*-statelijke rechtsverhoudingen binnen dat gebied die niet rechtstreeks, of slechts onrechtstreeks, door de

⁷ Zie B. FAUVARQUE-COSSON & W. VAN GERVEN, hierboven gecit., 78-80. Daarover Hfst. 4, nrs 68, 71 en 72.

⁸ Zie de resultaten van een breed opgezet onderzoeksproject dat door de Europese Commissie wordt gesubsidieerd over *International Family Law for the European Union* (red. J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN), Intersentia, Antwerpen, 2007. Zie ook J.-Y. CARLIER, *Les apports du droit matériel européen sur la condition des personnes physiques, citoyens de l'Union ou ressortissants d'Etats tiers*, Larcier, 2007.

⁹ Over toenadering van nationale rechtssystemen, binnen en buiten de EU, zie W. VAN GERVEN, "Bringing (private) laws closer to each other at the European level," in *The Institutional Framework of European Private Law* (red. F. CAFAGGI), Oxford University Press, 2006, 37-77, op 45-65.

betrokken Europese regeling worden bestreken. Omwille van het vereiste van consistentie van het gehele rechtssysteem moet zoveel mogelijk geprobeerd worden die twee verschillende regelingen zo convergent mogelijk te maken.¹⁰

Convergentie kan opgelegd worden door Europese verordeningen of richtlijnen maar kan ook worden bevorderd door "voluntaristische" instrumenten zoals legislatieve uitwaaiëring, executieve uitwisseling van 'goede praktijken' ('*good practices*'), rechterlijke 'wederzijdse leerprocessen' ('*mutual learning*'), en academische vorming en opleiding met behulp van gemeenschappelijke curricula en gemeenschappelijk studiemateriaal ('*learning and teaching materials*').¹¹ De eerstgenoemde techniek vraagt om enige uitleg. Onder *uitwaaiëring* verstaat men de door een nationale wetgever gebruikte techniek om aan een juridisch beperkte Europese wetgeving die, zoals hierboven in de tekst wordt aangegeven, (vaak) tot verbodskeling van het nationale recht zal leiden, op een ruimere manier uitvoering te geven dan vereist wordt door de betrokken Europese wetgeving (meestal een richtlijn die in de lidstaten nog moet worden geïmplementeerd). Dit gebeurt dan door de onderdelen van het nationale recht die niet onder het Europese akte vallen maar verwant zijn met de daar wel onder vallende onderdelen, ter wille van coherentie, toch ook in overeenstemming te brengen met de Europese wetgeving. Een vérstrekkend voorbeeld daarvan is de wijze waarop de Belgische wetgever, bij wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden, de Europese richtlijn 2002/47/EG heeft omgezet.¹²

§2. Constitutionalisering en vergrondrechtelijking

3. Een andere recente ontwikkeling, waaraan in *Algemeen Deel* (1969) (nog) geen aandacht werd gegeven, betreft de *constitutionalisering* of *vergrondwettelijking* van elk rechtsdomein, met inbegrip derhalve van privaats- en publiekrecht. Wat het privaatrecht betreft is deze evolutie voornamelijk in Duitsland op gang gekomen, meer bepaald in de rechtspraak van het Duitse Grondwettelijk Hof. Volgens vaste rechtspraak van dat Hof geven de constitutionele bepalingen betreffende grondrechten juridische vorm aan *waardeoordelen* die die-

¹⁰ Volgens het consistentiebeginsel moet een rechtsstelsel een logisch zo goed mogelijk samenhangend systeem vormen en moeten juridische redeneringen zoveel mogelijk sluitend zijn en in het systeem passen: C.A.J.M. KORTMANN, *Inconsistentie in het publiekrecht*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, deel 67, no. 4, 2004, op 5.

¹¹ In verband met het laatste kunnen de *Casebooks on the common law of Europe* (alg. red. W. VAN GERVEN) worden geciteerd: *Tort law* (W. VAN GERVEN, J. LEVER & P. LAROCHE, eds.), Hart Publishing Oxford, 2000, *Contract Law* (H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ & D. TALLON, eds.), *ibid.*, 2002; *Unjustified Enrichment* (J. BEATSON & E. SCHRAGE, eds.), *ibid.*, 2003; *Non-discrimination law* (D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL, eds.), *ibid.*, 2007; *Consumer law* (H.-W. MICHLITZ, J. STUYCK & E. TERRY, eds.), *ibid.*, 2009.

¹² Over die wet zie V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden," *R.W.* 2004-05, 1521; zie ook *Verbintenissenrecht*, *supra*, vn. 14, p. 576-80.

nen door te werken in het gehele rechtssysteem.¹³ Omwille van de hierboven beschreven inbedding van het nationale recht in internationaal en supranationaal recht gaat het overigens niet alleen meer over *grondrechten* en *fundamentele* vrijheden die door de nationale grondwetten worden gewaarborgd maar evenzeer over *mensenrechten* en vrijheden gewaarborgd door internationale en supranationale verdragsbepalingen, meer in het bijzonder het EVRM.¹⁴ Ook basisconcepten (zoals burgerschap), basisprincipes (zoals de beginselen van subsidiariteit of transparantie) en institutionele verworvenheden (zoals inspraak en medezeggenschap) die ten grondslag liggen aan een representatieve dan wel participerende democratie, dragen bij tot constitutionalisering in de ruime zin van het woord. In dat opzicht speelt het EU recht uiteraard een belangrijke rol omdat het van nature uit bestemd is om "door te werken" in het recht van de lidstaten¹⁵ - wat in sommige domeinen meer het geval is dan in andere: zo, bv., in verband met een kernbegrip als "burgerschap van de Unie", zoals omschreven in de artikelen 20-25 VWEU (oude artikelen 17-21 EG), waaraan in de rechtspraak van het Hof van Justitie een autonome betekenis wordt gehecht (zie *infra*, nr. 15). Bovendien zal die doorwerking in het EU recht vaak de vorm aannemen van derdenwerking hetgeen betekent dat particulieren zich voor de rechter, niet alleen in hun verhouding met de overheid maar ook in die met andere particulieren, *rechtstreeks* op de betrokken grondrechten en vrijheden kunnen beroepen en daar rechten kunnen uit afleiden.¹⁶

-
- 13 Verbindtenissenrecht, *supra*, vn. 22, p. 39-40 met verwijzing naar het baanbrekende arrest van het *Bundesgerichtshof* van 15 januari 1958 in de zaak Erich Lüth (BVerfGE 7, 198). Voor een grondige analyse van het arrest en een bespreking van de navolgende ontwikkelingen, zie G. BRÜGGEMEIER, "Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective", in *Constitutionalisation of Private Law* (red. T. BARKHUYSEN en S. LINDENBERGH), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, 59-82.
 - 14 Over constitutionalisering van privaatrecht als gevolg van het EVRM, zie T. BARKHUYSEN en M. VAN EMMERIK, "Constitutionalisation of private law: the European Convention on Human rights Perspective" in de in vn. 22 geciteerde bundel, p. 43-57.
 - 15 Over doorwerking van recht, zie P. VAN NUFFEL, "Doorwerking van Europees gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde" in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde* (J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, eds.), Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, pp. 337-375 evenals, in de in dat opzicht controversiële materie van het (toen) tweede (en derde) pijler EU recht, T. CORTHAUT, "Doorwerking van het tweede pijlerrecht van de EU in de Belgische rechtsorde – De Belgische rechter als doe-het-zelver in GBVB aangelegenheden?", *ibid.*, op pp. 377-406 (GBVB staat voor Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid).
 - 16 Over het (subtile) onderscheid tussen doorwerking en derdenwerking, zie N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, *supra*, vn. 25, op p. 172, nr. 10. Zie ook *infra*, vn. 39. Ook andere internationale Verdragen kunnen doorwerking hebben in het nationale recht, zonder daarom derdenwerking te hebben. Zo b.v., de Conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie in het arbeidsrecht: daarover M. VAN PUTTEN, "Doorwerking in het Belgische Arbeidsrecht - IAO-Conventies, Art. 6.4 ESH en *Soft Law*", in *ibid.*, op p. 407-430. "Derdenwerking" staat o.i. synoniem voor "rechtstreekse werking", "doorwerking" voor

4. Ook het *Belgische* Hof van cassatie aanvaardt de derdenwerking van door de *Grondwet* gewaarborgde *grondrechten*: aldus het in (het huidige) artikel 16 gewaarborgde eigendomsrecht en het in (het huidige) artikel 27 gewaarborgde recht van vereniging.¹⁷ Vraag is of het hof bereid is dit ook te doen in verband met de *sociale rechten* opgenoemd in artikel 23 GW. Een voorbeeld daarvan biedt het door dat artikel gewaarborgde *recht op een menswaardig bestaan* en de discussie die daarover ontstond bij de voorbereiding van de Wet van 20 juli 2005. Door die wet werd, o.m., artikel 80 Faillissementswet hervormd. Volgens alinea 3 van het geamendeerde artikel "bevrijdt de rechtbank geheel of gedeeltelijk elke natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor de gefailleerde" - behalve wanneer die persoon zijn eigen onvermogen frauduleus organiseerde - "wanneer zij vaststelt dat diens verbintenis niet in verhouding (is) met zijn inkomsten en met zijn patrimonium ...".¹⁸ Op die manier werd de mogelijke bevrijding van de borg en andere persoonlijke zekerheidstellers losgekoppeld van de verschoonbaarheidverklaring van de gefailleerde en werd een einde gemaakt aan een langdurige discussie tussen het Arbitragehof (nu het Grondwettelijk hof)¹⁹, het Hof van cassatie,²⁰ en de wetgever.²¹

Het Belgische Arbitragehof (dat eerst bij wet van 7 mei 2007 Grondwettelijk hof wordt genoemd) was lang verplicht, ten gevolge van zijn aanvankelijk statuut, de grondrechten door de bril van het gelijkheidsbeginsel te bekijken,²² en

"rechtstreekse toepasselijkheid". Het eerste betekent dat een bepaling *inhoudelijk* kan worden ingeroepen, het tweede betekent dat een bepaling *als rechtsinstrument* omzetting vereist: aldus K. LENAERTS & P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Derde herziene uitgave, 2003, Antwerpen, Maklu, p. 622-623, vn. 131.

¹⁷ Aldus N. VAN LEUVEN, *supra*, vn. 26, op p. 178 met verwijzing naar Cass. 6 april 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 722 en *R.C.J.B.* met noot J. DABIN (twee arresten) resp. Cass. 27 april 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 972, *R.W.* 1981-82, 1982, *J.T.T.*, 1981, 357.

¹⁸ Daarover E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Kluwer, vijfde uitgave, 2006, p. 293.

¹⁹ Zie o.m. Arbitragehof, nr. 69/2002, 28 maart 2002, *R.W.*, 2002-03, 457, noot C. LEBON, en na een wijziging van de faillissementswet bij wet van 4 september 2002, Arbitragehof, nr. 114/2004, 30 juni 2004, *R.W.*, 2004-05, 662, noot M. VANMEENEN; *J.T.*, 2005, 80, noot P. HENRY en F. ABU DALU.

²⁰ Zie o.m. Cass. 16 november 2001, *T.B.H.*, 2002, 34; *J.T.*, 2002, 63. Over dit arrest en de achterliggende redenering, evenals de daaropvolgende ontwikkelingen, zie E. DIRIX en R. DE CORTE, *supra*, vn. 28, p. 291 e.v.

²¹ Eerst als gevolg van de wet van 4 september 2002 tot wijziging van artikel 82 Faillissementswet, vervolgens van de wet van 20 juli 2005 tot wijziging van artikel 80 Faillissementswet. Intussen heeft de wetgever de (voorlopig laatste) hand gelegd aan een nieuwe regeling, vastgesteld bij wet van 3 juni 2007 en ingevoerd in het BW onder titel XIV van Boek III als hoofdstuk V. Kosteloze borgtocht. Daarover E. DIRIX, *De kosteloze borgtocht*, *R.W.* 2007-08, 218-223. Die nieuwe regeling laat de bestaande regelingen (art. 80 Faillissementswet en art. 1675/16bis Ger.W.) echter niet verdwijnen (zie DIRIX die voorstelt, op 223, art. 80 te schrappen).

²² Dit was het geval tot bij de bijzondere wet van 9 maart 2003 waardoor de vernietigingsbevoegdheid van het Arbitragehof werd uitgebreid tot de schending van de door de Grondwet gewaarborgde rechten en waardoor ook de bevoegdheid van het

heeft het daarom (en alsnog?) niet zover gebracht als het Duitse Hof. Toch heeft het Belgische Hof een eerste stap gezet door te aanvaarden, met betrekking tot sommige in artikel 23 GW genoemde rechten, dat een *standstill*-beginsel geldt met het oog op een progressieve bescherming van die rechten waardoor nieuwe wetgeving geen afbreuk mag doen aan het al bestaande beschermingsniveau.²³ Volgens sommigen komt dit erop neer dat aan de burger een recht wordt gegeven op behoud van de huidige juridische toestand zonder daarmee afbreuk te doen aan het beginsel van de veranderlijkheid van wetgeving. Op grond van laatstgenoemd beginsel blijft de wetgever bevoegd te oordelen hoe het betrokken sociaal recht op de meest adequate manier wordt gewaarborgd.²⁴ Af te wachten valt of het Grondwettelijk hof dat nu alle kenmerken heeft van een heus grondwettelijk hof, bereid zal zijn die rechtspraak uit te breiden in het voetspoor van bv. het Duitse Grondwettelijk hof.²⁵ Daarbij zou het overigens nu ook in aanmerking kunnen nemen dat het Handvest van Fundamentele Rechten van de Europese Unie thans, na het in werking treden van het Verdrag van Lissabon, de lidstaten bindt op grond van artikel 6 (1) VEU (zie ook, wat betreft het EVRM, artikel 6 (3) VEU en Verklaring nr. 1 gehecht aan het VWEU), zij het met afwijkingen toegestaan aan het VK en Polen (Protocol nr. 30, gehecht aan het VWEU), c.q., overeengekomen tussen de staatshoofden en regeringsleiders met betrekking tot Tsjechië teneinde de ondertekening van het Verdrag door (de president van) dat land af te dwingen. In dat

-
- Hof om prejudiciële vragen van rechtbanken te beantwoorden tot de schending van alle grondrechten werd uitgebreid.
- 23 Het hof heeft dit eerst aanvaard in verband met het recht op *sociale bijstand* (art. 23, eerste lid en derde lid, 2°, GW): Arbitragehof, nr. 169/2002, 27 november 2002, *R.W.* 2003-04, 93; *T.V.R.* 2003, 319 met noot S. BOUCKAERT; Arbitragehof, nr. 5/2004, 14 januari 2004, *R.W.* 2004-05, 1089 met noot W. RAUWS. Vervolgens werd hetzelfde aanvaard voor het recht op de bescherming van een *gezond leefmilieu* (art. 23, derde lid, 4°, GW): Arbitragehof, nr. 135/2006, 14 september 2006; nr. 137/2006, 14 september 2006, nr. 145/2006, 28 september 2006; zie ook GrwH, nr.87/2007, 20 juni 2007. Recent werd dezelfde *standstill* werking ook toegekend aan het recht op *juridische bijstand* (art. 23, derde lid, 2°, GW), GrwH, nr. 182/2008, 18 december 2008. Zie A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, tweede Syllabusuitgave, Kluwer, 2008, nr. 76, die erop wijzen dat er in de bewoording van het beschermingsniveau een differentiatie is naargelang de aard van het beschermde grondrecht. Ook in de rechtspraak van de Raad van State wordt het beginsel gehuldigd: zie *R.v.S.*, nr. 80.018, 29 april 1999. Zie S. WYCKAERT, "Het "stillstand"-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State, *A.J.T.*, 1999-2000, 413-419.
 - 24 Daarover G. MAES, "Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 G.W.: Progressieve (sociale) grondrechtenbescherming", *R.W.* 2005-06, 1081-1094, op 1082; H. VANDERLINDEN, "Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht", *R.W.* 2008-09, 1202-1216 (over het standstillbeginsel, zie op 1209-1213).
 - 25 Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof, nu Grondwettelijk hof, is het Hof bevoegd om wetten te toetsen aan EVRM bepalingen (het EVRM bevat geen bescherming van sociale rechten) die een analoge draagwijdte hebben als toetsbare Belgische grondwetsbepalingen: arrest 136/2004 van 22 juli 2004. Zie verder P. VANDEN HEEDEN en G. GOEDERTIER, "De doorwerking van het internationale recht in de rechtspraak van het Arbitragehof", in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, *supra*, vn. 25, p. 239-294, op 247-249.

Handvest wordt het recht op menselijke waardigheid nadrukkelijk gewaarborgd evenals een aantal sociale rechten.

Constitutionalisering of vergrondrechtelijking van privaat- of ander nationaal recht is, zoals al vermeld, ook het gevolg van de doorwerking van *EVRM mensenrechtenbepalingen* in het Belgische recht en dan vooral van de daaraan toegekende derden- (d.i. rechtstreekse) werking in de verhouding tussen particulieren. Ofschoon de *Belgische cassatierechtspraak* tot dusver de (directe of indirecte) derdenwerking van internationale (voornamelijk EVRM) mensenrechtenbepalingen slechts impliciet heeft aanvaard, nemen de *feitenrechters* en de rechtsleer wel degelijk derdenwerking van EVRM bepalingen aan. Dit geldt voornamelijk voor de artikelen 8 (eerbiediging van privé- en familielevens), 9 (vrijheid van godsdienst) en 11 (vrijheid van vereniging).²⁶ Ook aan de rechtspraak van het EHRM zelf kunnen particulieren overigens bescherming van mensenrechten ontleen, dan echter in arresten over schendingen door een contracterende Staat waarin het Hof zich *indirect* uitspreekt over een misbruik van een mensenrecht door een private persoon.²⁷ Dit laatste is het geval wanneer een Staat veroordeeld wordt wegens miskennis van een positieve verplichting, d.i., nagelaten heeft te zorgen voor noodzakelijke wetgeving of preventieve maatregelen ter voorkoming van schendingen van mensenrechten van burgers, dan wel wegens het niet ter beschikking stellen van de burgers van een gerechtelijke weg om hun grondrecht op afdoende wijze te handhaven.²⁸ Dit kan ook het gevolg zijn van de controle door het EHRM op de interpretatie

26 Zie het grondige onderzoek door N. VAN LEUVEN, vorige vn, op pp. 178-192. Wat het Hof van cassatie betreft verwijst die auteur, voor een impliciete erkenning, naar Cass. 9 januari 2001, www.cass.be; Juristenkrant 2001, afl. 25, 5 (besproken door S. LUST). Zie ook R. De Corte die het onderscheid tussen horizontale en verticale werking relevant acht bij het beantwoorden van de vraag of er al dan niet sprake is van een rechtens te beschermen privacyaanspraak: "(d)e rechter zal zich in zijn oordeelsvorming meer terughoudend dienen op te stellen wanneer de rechten worden opgeëist tegen een medeburger dan tegen de overheid" (R. DE CORTE, "De achterkant van de privacy", *N.J.W.* 2003, p. 805).

27 A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht, Syllabusuitgave*, deel 1, Kluwer, 2e uitgave, 2008, nr. 77, p. 39-40.

28 Zie N. VAN LEUVEN, *supra*, vn. 39, pp. 168-170; zie ook voor een grondige bespreking O. CHEREDNYCHENKO, "Towards the control of private acts by the European Court of Human Rights", 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (2006), 195-218, met verwijzing onder meer naar het arrest van het EHRM van 6 mei 2003 in *Appleby and others v The United Kingdom* (2003). In dat arrest ging het over het recht op meningsuiting van drie Britse onderdanen en een milieuvereniging om informatie uit te delen in een openbaar winkelcentrum dat private eigendom was. Zie ook het arrest van het EHRM van 9 juli 2009 in *Stagno t. België* in verband met een beperking van het recht op toegang tot de rechter van particulieren tegen aan andere particulier wegens verstrijken van de verjaringstermijn omwille van bijzondere omstandigheden: zie *De Juristenkrant* (JK) 9 december 2009, nr. 199, p. 3 besproken door E. DE KEZEL.

gegeven door een nationale rechtbank van een privaatrechtelijke handeling die in strijd is met een EVRM mensenrechtenbepaling.²⁹

§3. *Wisselwerking binnen een driehoeksverhouding*

5. In de voorgaande nummers werd uiteengezet hoe het Belgische recht in zijn geheel en in zijn onderdelen de invloed heeft ondergaan van, enerzijds, internationalisering en Europeanisering en van, anderzijds, de uitwerking van grondwettelijke en Europese (en internationale) grond- en mensenrechtenbepalingen. Daaruit komt een *wisselwerking* tot uiting tussen het nationale, het supranationale (EU en EVRM) en het internationale niveau. Deze wisselwerking is overigens *geen eenrichtingverkeer*; ook het Europese niveau wordt beïnvloed door het statelijke niveau en het internationale wordt beïnvloed door het Europese.³⁰ Van het eerste getuigen de artikelen 2 VEU (oud artikel 6 (1) EU) en artikel 340, lid 2 VWEU (oud artikel 288, lid 2, EG Verdrag). De eerstgenoemde bepaling luidt: "De waarde waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van mannen en vrouwen." Hieruit blijkt dat de Unie gegrondvest is op beginselen die de lidstaten gemeen hebben, en dat de grondvesten van de Unie dus gesteund zijn op, en wortel schieten in, de constitutionele en institutionele rechtsordes van de lidstaten. De tweede, hiervoor genoemde bepaling is nog duidelijker. Zij luidt: "Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt." Belangrijk in deze context is dat het EU/EG recht niet uit het niet is ontstaan maar wortels heeft geschoten en voortschiet in de rechtsorden van de lidstaten. In een arrest met betrekking tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de lidstaten - die parallel loopt met de in artikel 340, lid 2 VWEU (oud artikel 288, lid 2, EG) vervatte aansprakelijkheid van de Europese instellingen - heeft het Hof van Justitie overigens aangegeven dat het zich, bij ontbreken van geschreven regels, ook in andere gebieden van het gemeenschapsrecht richt naar de algemene beginselen welke de rechtstelsels der lidstaten gemeen hebben.³¹ Deze 'inworteling' van Euro-

²⁹ Zie het arrest van 13 juli 2004 in *Pla and Puncernau v. Andorra* (2004). In dat arrest ging het over de interpretatie door een nationale rechtbank van een testamentaire beschikking, uitvoerig besproken door CHEREDNYCHENKO, vorige vn., op p. 203-209.

³⁰ Over wederzijdse beïnvloeding, zie W. VAN GERVEN, "Comparative law in a texture of communitarization of national laws and Europeanization of Community law," in *Judicial review in European Union Law, Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. I, Kluwer Law International, 2000, p. 433-445.

³¹ H.v.J., 5 maart 1996, Gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Jur. H.v.J., 1996, I-1029, r.o. 41; ook r.o. 27.

pees Unierecht in het recht van de lidstaten is een waarborg, samen met andere, van de legitimiteit van het Europese recht.

6. Dat ook het internationale recht door het Europese wordt beïnvloed blijkt uit de bevinding dat de gebondenheid van de EU aan een groeiend aantal regelen van internationaal recht en de grotere openheid van het EU recht voor het internationale recht gepaard gaan met een absorptie van internationaal recht door de EU. Die absorptie heeft tot gevolg dat binnen de EU aan het internationale recht eigen kenmerken en kwaliteiten worden verleend welke uitingen zijn van een Europeanisering van internationaal recht.³² M.a.w., omdat het internationaal recht de Europese instellingen bindt wordt dat recht onderdeel van het Europese recht en wordt het daardoor "geëuropeaniseerd." Bovendien zijn de toepassing en de interpretatie van internationaal recht, binnen de domeinen waar Europees recht toepassing vindt, niet langer meer, althans niet alleen nog, materie van de lidstaten maar nu ook materie van de EG/EU - waardoor een driehoekige relatie ontstaat tussen nationaal, Europees en internationaal recht. Betekent dit dat er een eigen Europees systeem van internationaal recht ontstaat wat een bedreiging zou kunnen inhouden voor de eenheid en coherentie van het internationaal publiekrecht? De vraag leidt een auteur, B. De Witte, ertoe te argumenteren dat EU lidstaten, als subjecten van internationaal recht, niet meer dezelfde soevereiniteit hebben als andere staten, en dat de EU *en* de lidstaten in dat opzicht vreemde wezens zijn die niet goed meer passen in de vigerende handboekclassificaties.³³

Een voorbeeld van deze driehoeksverhouding biedt het arrest van het H.v.J. gewezen op 3 december 2008 in de gevoegde zaken *Kadi en Al Barakaat International Foundation*.³⁴ Met zijn arrest schoof het Hof de arresten van het Gerecht van eerste aanleg nu: Gerecht) terzijde³⁵ en vernietigde het de in die zaken gecontesteerde Raadsverordening van 27 mei 2002 in zoverre zij de kla-

³² Daarover J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER & E. DE WET, eds., *The Europeanisation of International law, The status of international law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, 2008, en in het bijzonder de inleiding van de auteurs, op 1-13.

³³ B. DE WITTE, "The emergence of a European System of Public International Law: the EU and its member States as strange subjects" in *supra*, vorige vn., p. 39-54. Voor een nuttige handleiding aangaande de grondslagen en kenmerken van het internationaal, in vergelijking met het Europees recht, zie W.G. WERNER en R.A. WESSEL, *Internationaal en Europees Recht. Een verkenning van grondslagen en kenmerken*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, 393 p.

³⁴ H.v.J., in gevoegde zaken C-402/05P en C-415/05P, Jur. H.v.J., 2008, I-6351. Voor een bespreking, zie C. JANSSENS, "Het *Kadi*-arrest van het Hof van Justitie inzake terrorismelijsten", *R.W.* 2008-09, 1410-1426 alsook het hierna, vn. 52, geciteerde artikel van T. TRIDIMAS. Zie ook, in een perspectief van een driehoeksverhouding tussen EG recht, internationaal recht en het EVRM: B. KUNOY en A. DAWES, "Plate Tectonics in Luxembourg: The Ménage à Trois between EC law, International Law and the European Convention on Human Rights following the UN Sanctions cases", *C.M.L.Rev.* 2009, 73-104..

³⁵ De arresten van het Gerecht werden gewezen in zaak T-306/01, *Yusuf en Al Barakaat*, Jur. H.v.J., 2005, II-3533, en in zaak T-315/01, *Kadi*, Jur. H.v.J., 2005, II-3649.

gers betrof, echter met opschorting voor een termijn van drie maanden vanaf de uitspraak van het Hof - dit om de Raad de gelegenheid te geven de vastgestelde inbreuken op de grondrechten van de klagers recht te zetten. De zaak ging over een klacht gebracht door twee van terrorisme verdachte personen/organisaties wier naam op een lijst stond in bijlage van de gecontesteerde verordening waarmee de EU Raad, in uitvoering van resoluties van de VN Veiligheidsraad, sancties had voorzien tegen personen of entiteiten die gelieerd waren met Usama bin Laden, Al Qaeda en de Taliban. De klagers beschuldigden de EU Raad van inbreuken op procedurele grondrechten (het recht gehoord te worden vooraleer de inschrijving op de lijst was gebeurd) en het recht op eigendom (ten gevolge van het bevriezen van bankrekeningen). Het Gerecht had de vordering afgewezen omdat volgens hem de door de EU Raad genomen maatregelen buiten zijn jurisdictie vielen omdat onderzoek daarvan door het Gerecht zou hebben betekend dat het ook de geldigheid van de VN resoluties moest onderzoeken. Niettemin was het van oordeel dat het toch een rechterlijke controle kon uitoefenen in zoverre eenieder (ook de VN Veiligheidsraad) gehouden was verbindend internationaal *ius cogens* te respecteren, en het die verplichting zou hebben geschonden – wat echter in casu, volgens het Gerecht, niet het geval was.³⁶

Het Hof was het niet eens met deze visie omdat de rechterlijke controle geen betrekking had op de geldigheid van de resolutie van de Veiligheidsraad maar op de uitvoering daarvan door de communautaire instanties. Het toetste de Raadsverordening bijgevolg aan de voornoemde grondrechten die deel uitmaken van het EU recht, en kwam tot de bevinding, na afwegen van de betrokken belangen (grondrechten tegenover het algemeen belang bij terrorisme bestrijding), dat die rechten inderdaad waren geschonden. Belangrijk is hoe het Hof de verhouding beoordeelt tussen de verschillende niveaus van besluitvorming. Vooreerst geeft het te kennen dat op het communautaire niveau *de rule of law* voortaanstaat. Noch de lidstaten noch de gemeenschapsinstellingen kunnen bijgevolg ontsnappen aan de toetsing van hun handelingen op de conformiteit ervan met het constitutionele handvest van de Unie, dit zijn de Europese Verdragen volgens het Hof, waarin een volledig stelsel van rechtsremedies en rechtsgangen is neergelegd; ook een internationale overeenkomst kan daaraan geen afbreuk doen (overw. 281-282). Eerbiediging van fundamentele rechten maakt deel uit van dit systeem. Dit geldt ook onverkort voor handelingen die uitvoering geven aan een internationale overeenkomst zonder dat het Hof echter mag treden in de beoordeling van een resolutie van de Veiligheidsraad, zelfs niet door toetsing aan internationaal *ius cogens* (overw. 283-288). Lidstaten kunnen weliswaar, op grond van artikel 297 EG (nieuw artikel 347 VWEU), worden vrijgesteld inzake interne markt belemmeringen om hen toe te laten te voldoen aan internationale verplichtingen, maar deze bepaling laat geen afwijking toe van de beginselen neergelegd in artikel 6 (1) EU (= nieuw artikel 2 VEU, hier-

³⁶ Over de arresten van het Gerecht van eerste aanleg, zie het artikel van N. LAVRANOS, "UN sanctions and judicial review" in het boek gecit. *supra*, vn. 46, op p. 185-204 alsook R.H. VAN OOIK en R. A. WESSEL, "De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie", *S.E.W.* 2006, 230-241. De toepassing van *ius cogens* wordt daar besproken en (lichtjes) bekritiseerd op p. 237.

boven vermeld) (overw. 302-304). Evenmin kan de beweerdde voorrang van internationaal recht zoals die zou voortvloeien uit de hiërarchie van normen binnen de Gemeenschap, worden ingeroepen om de immuniteit te verantwoorden van de gecontesteerde Raadverordening. Uit artikel 300 (7) EG (nieuw artikel 216 (2) VWEU) kan wel worden afgeleid, dat een resolutie van de Veiligheidsraad, als die onder dat artikel valt, voorrang zou hebben op secundair communautair recht; maar die voorrang kan niet worden uitgebreid tot primair recht, zeker niet tot algemene beginselen van gemeenschapsrecht waarvan fundamentele rechten een cruciaal deel uitmaken (overw. 305-309).

7. Het arrest in de zaak *Kadi* houdt verband met de delicate problematiek van de afweging van de fundamentele rechten van verdachten, in dit geval personen die van *terroristische activiteiten* worden verdacht, tegenover het belang van de burgers bij de bescherming van de samenleving tegen dergelijke bedreigende activiteiten. Het arrest komt later nog op verschillende plaatsen ter sprake, o.m., in verband met de voorrang van internationaal recht op Europees recht (*infra*, Algemeen deel, nr. 60), in verband met de bescherming van grondrechten (*ibid.*, nr. 126) en in verband met rechtsbescherming onder de tweede en derde pijler van de EU (*ibid.*, nr. 155).³⁷ Op deze plaats wordt het arrest alleen vermeld om te wijzen op een met de jaren *groeijende verstrengeling* van nationaal, supranationaal en internationaal recht. Die verstrengeling heeft overigens niet alleen plaats in de rechtspraak maar ook in de regelgeving waaronder dan zowel *hard* als *soft law* wordt verstaan. In dat perspectief, vergt het arrest nog enige toelichting.

Kadi gaat over *anti-terrorisme maatregelen* tot bevrozing van fondsen en andere financiële middelen (zogenaamde 'smart sanctions' of 'intelligente sancties') die genomen werden vóór en na de val van het Talibanregime en gesteund zijn op Resoluties van de Veiligheidsraad van de VN uit respectievelijk de jaren 1999/2000 en 2002 (de eerste maatregelen waren gericht aan staten, de tweede ook aan individuele personen). Bij die gelegenheid werd een Sanctiecomité opgericht waar informatie wordt gecentraliseerd die verkregen wordt van de inlichtingendiensten van de bij de VN aangesloten staten over personen die mogelijk banden hebben met terrorismennetwerken. Aan de genoemde VN Resoluties werd door de EU Raad uitvoering gegeven door middel van Gemeenschappelijke standpunten (oud artikel 15 EU Verdrag behorend tot de tweede pijler, nu - na afschaffing van de tweede (en derde) pijlers - nieuw artikel 29 VEU); deze gemeenschappelijke standpunten werden op hun beurt geïmplementeerd door EG Verordeningen van diezelfde Raad (oude artikelen 60, 301 en 308 EG - dan eerste pijler - nu nieuwe artikelen 75, 215 en 352 VWEU). Vervolgens staat het aan de lidstaten om aan deze VN Resoluties en EU Verordeningen uitvoering te geven binnen het eigen rechtsgebied.³⁸ Zoals

³⁷ Daarover uitvoerig T. TRIDIMAS, "Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order" 34 *E.L.Rev.*, 2009, 103-126. Voor leerrijke achtergrondliteratuur, zie F. VERBRUGGEN, "Terroristenlijsten: oorsprong, functie en spanning met de mensenrechten" in J. WOUTERS en C. RYNGAERT (red.), *Mensenrechten. Actuele brandpunten*, Acco, Leuven, 2008, op 97-118.

³⁸ Voor verwijzingen naar de specifieke VN resoluties, de EU gemeenschappelijke standpunten en de EG verordeningen, zie de hierboven geciteerde artikelen van T.

hiervoor al vermeld gaf het Hof van Justitie aan de EU Raad drie maanden tijd om de door het Hof vastgestelde schendingen van de grondrechten van klagers (meer bepaald met betrekking tot EG Verordening nr. 881/2002) recht te zetten. De EU Commissie heeft daartoe het initiatief genomen bij Verordening nr. 1190/2008. Daaruit blijkt dat de Commissie, op verzoek van het EU voorzitterschap van de Raad, uitleg heeft gevraagd aan het VN Sanctiecomité aangaande de plaatsing van *Kadi* en *Al Barakaat* op de terrorismelijsten; en dat zij die uitleg ook gekregen heeft door middel van een samenvatting van redenen. Daarmee werd trouwens, in hoofde van de VN, een precedent gecreëerd aangezien dergelijke informatie nooit eerder was vrijgegeven.³⁹ De verstrekte informatie bracht de EU Commissie ertoe om te oordelen dat de plaatsing op de lijst gerechtvaardigd was. Het geheel is een illustratie van hoe complex regelgeving in een globale wereld wel kan worden ingevolge de op verschillende niveaus tussenkommende regelgevende, executieve en gerechtelijke autoriteiten.

8. Antiterrorismebestrijding is een recent maar niet het enige voorbeeld van de groeiende verstrengeling van nationaal, supranationaal (Europees) en internationaal recht. Een tweede minder recent maar, ten gevolge van de financiële crisis opnieuw zeer actueel voorbeeld is de financiële, voornamelijk bancaire, regelgeving. In dit geval gaat het vaak over *soft law*, vermengd met *hard law*, en dit omdat de bevoegdheden inzake *supervisie van banken* en andere financiële instellingen nog voor het grootste gedeelte bij de staten liggen terwijl de problemen in de banksector zich in een globale economie meer en meer situeren op supra- en internationaal vlak. Dit heeft tot gevolg dat heel wat regelgeving ook op de twee laatstgenoemde vlakken tot stand komt maar dan vaak, wegens het ontbreken op dat niveau van een harde juridische grondslag, via niet juridisch verbindende gedragsregelen, m.a.w., *soft law*. Dergelijke *soft law* ligt besloten in zogenaamde *standard-setting* die wordt opgesteld door *bodies* of instanties waarvan het juridisch statuut niet altijd duidelijk is en het aantal, laat staan de correcte bevoegdheden, op Europees en vooral internationaal niveau nog moeilijk kunnen worden bijgehouden.⁴⁰

Op *internationaal* niveau grijpt 'standard-setting' in verband met *banktoezicht* voornamelijk plaats in het kader van de in Bazel gevestigde bank voor internationale betalingen (BIB). In de schoot van de Bank wordt regelmatig vergaderd

TRIDIMAS en C. JANSSENS. Bij laatstgenoemde vindt men, op 1411-1418, een nauwkeurige beschrijving van de regelingsbevoegdheid van de Veiligheidsraad en de EU/EG Raad in verband met terrorismebestrijding, en vervolgens van het Hof van Justitie (GEA en HvJ), op 1418-1423.

39 C. JANSSENS, *supra*, vn. 48, op 1424, nr. 55.

40 Zie voor een recent overzicht vanuit Europese invalshoek G. BERTEZZOLO, "The European Union facing the global arena: standard-setting bodies and the Financial regulation", 34 *ELRev.*, 2009, 257-280. Voor een beschrijving van de Belgische, Europese en internationale regelgeving in de bank- en financiële sector, zie het rapport over de financiële en bankcrisis uitgebracht op 27 april 2009 met de bijstand van externe deskundigen door de gemengde (Kamer en Senaat) bijzondere parlementaire commissie belast met het onderzoek naar de financiële en bankcrisis (Doc 52, 1643/002 (Kamer) en 4-1100/1 (Senaat), Deel II. Vaststellingen, Bijlagen A B en C bij hoofdstuk 4, op p. 214-322, met daaraan voorafgaand een aantal algemene beschouwingen, op p. 146-214.

tussen afgevaardigden en deskundigen van de centrale banken van een vijftigtal landen uit de hele wereld (waaronder de Verenigde Staten, Rusland, China, en de EU lidstaten om alleen die te noemen), en van de Europese Centrale Bank (ECB). Afgezien van het bevorderen van een gemeenschappelijk monetair beleid en het organiseren van financieringshulp ter ondersteuning van het internationale monetaire systeem, oefent de BIB vooral toezicht uit op het beheer van grensoverschrijdende kapitaalstromen waardoor meteen het toezicht op de internationaal operende banken op het voorplan komt. In dat kader zijn binnen de Bank permanente comités werkzaam waaronder het belangrijke Basel comité inzake banktoezicht dat de verbetering van het banktoezicht wereldwijd nastreeft, en het comité betreffende het globale financiële systeem dat de ontwikkelingen in de mondiale financiële markten in het oog houdt. Eerstgenoemd comité ligt aan de basis van "capital adequacy" standaarden inzake berekening en rapportering van solvabiliteitsvereisten voor banken. Hoewel deze standaarden op zich geen bindende kracht hebben en slechts door een klein aantal aangesloten landen zijn aanvaard, worden zij niettemin wereldwijd erkend en in de reglementering van een groot aantal landen en van de Europese Unie opgenomen. Op Europees vlak zijn daarnaast een aantal *netwerken van toezichthouders* werkzaam die werden opgericht in overeenstemming met het zogenaamde Lamfalussyproces en waarvan meest bekend zijn: het comité van Europese effectentoezichthouders (CESR) en het comité van Europese banktoezichthouders (CEBS). Die comités hebben als opdracht de implementatie van de Europese verordeningen en richtlijnen in het recht van de 27 lidstaten op een zo coherent mogelijke manier te laten verlopen.⁴¹ Netwerken van toezichthouders zijn overigens op Europees niveau in de meest diverse domeinen tot standgekomen en vormen een samenwerkingsinstrument dat op dat niveau grote populariteit heeft verworven; ze werpen echter ook een aantal problemen op, wegens hun hybride rechtsgrondslag - in het *no-man's land* tussen de lidstaten en de Unie - wat betreft politieke accountability en rechterlijke controle.⁴² Als gevolg van de financiële crisis gaan er trouwens steeds meer stemmen op om op het niveau van de EU een *pan-Europese* banktoezichthouder op te richten, zoniet voor alle banken, dan toch voor de grote ('systemische') banken.⁴³ Hoedanook in afwachting van nieuwe ontwikkelingen blijft het toezicht

41 *Ibid.*, op 155-159. Ook G. BETTEZZOLO, *supra*, vn. 55, op 268-273. Zoals verder in de tekst wordt vermeld blijft het actuele toezicht op banken (en verzekeraars) alsnog in handen van de nationale toezichthouders.

42 Over rechterlijke controle met betrekking tot netwerken, zie S.A.C.M. LAVRIJSEN-HEYMANS, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Boom Juridische uitgevers, 2007, 577 p.; M. DE VISSER, *Network-based Governance in EC Law. The example of EC Competition Law and EC Communications Law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009; S. BRAMMER, *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC competition law*, Hart Publishing Oxford, 2009, in het bijzonder op p. 322-324, 334-334-342 and 414-418; ook: P. VAN CLEYNENBREGEL, "xxx".(?): zou gepubliceerd worden in 2010 SEW.

43 Op initiatief van de EU Commissie is een werkgroep opgericht onder het voorzitterschap van de heer Jacques de Larosière, die op 25 februari 2009 zijn rapport aan de Commissie heeft overgemaakt met voorstellen aangaande de financiële supervisie in de EU, o.m., tot oprichting van een "European Systemic Risk Council" en het verschaffen van een duidelijker Europees statuut aan de in de tekst ge-

op banken en financiële markten nog grotendeels een materie die, binnen de EU, tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort. Dat geldt zowel voor het *prudentieel toezicht* gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector als voor het *gedrags-toezicht* gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten - zij het dat, zoals vermeld, dit toezicht terzelfdertijd het voorwerp uitmaakt van Europese en internationale regelgeving en samenwerkingsakkoorden. Uitvoering geven op nationaal vlak aan inter- en supranationale regelingen en akkoorden blijft niettemin een complexe bedoening en is een "doorgaand proces met vallen en opstaan".⁴⁴

9. Een derde voorbeeld van groeiende verstrengeling, of beter inter-actie, tussen het supranationale en het internationale niveau wordt geboden door de *wederzijdse bevruchting* van supranationale en internationale economische en humanitaire *gerechten* (EU Hof van Justitie; EVA Hof van Justitie; WHO panels en Appellate Body; EHRM; ...). Deze bevruchting toont aan hoe de langzamerhand wereldwijde erkenning van mensenrechten, burger (*bottom-up*) democratie en *rule of law* principes met de tijd kan leiden tot een evenwichtiger afweging van individuele commerciële en investeringsbelangen tegenover *general citizen* en *public policy-interests*. Europese gerechtshoven spelen op dit vlak een meer toonaangevende rol dan Amerikaanse gerechtshoven die, althans op het internationale vlak, toch nog meer respectvol zijn voor de hegemonie van *power politics*⁴⁵ dan Europese gerechtshoven dat plegen te zijn. Onder Europese invloed evolueren de WHO gerechten aldus langzamerhand in de richting van een meer *general citizen/public policy* optiek. Dit is ongetwijfeld een gunstige ontwikkeling. Niettemin is, in het algemeen, een *caveat* op zijn plaats met betrekking tot de Europese invloed op het internationale recht. Deze beïnvloeding moet voldoende ruimte geven aan dialoog en mag niet in-

noemde Lamfalussy netwerkcomités: zie parlementair rapport, *supra*, n. 55, op p. 180-182. Het rapport werd door de Commissie aangenomen en overgenomen: Bekendmaking van 27 mei 2009 (COM(2009)252final) en door de Europese raad van 19 juni 2009 aanvaard. Het blijft een discussiepunt of voor de in overweging genomen bevoegdheden die aan deze comité's zouden worden verleend een voldoende ruime juridische grondslag in de Verdragen kan worden gevonden binnen de in het *Meroni*-arrest getrokken grenzen). Toch is de kans groot dat, met enige flexibiliteit, daarvoor een oplossing kan worden gevonden: aldus A. NEERGAARD, "European Supervisory authorities. A new model for the exercise of powers in the European Union?" *European Banking & Financial Law Journal* (EUREDIA), 2009, 603-630; Zie ook M. CHAMON, "EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?" *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, p. 281-305.

44 Aldus aan de hand van de Nederlandse ervaring, dan nog van vóór de financiële crisis: M. GIPHART, "De implementatie van Europese wetgeving in de wet op het financieel toezicht", *S.E.W.* 2008, 171-178, op 174.

45 Voor een sterk onderbouwde en uitgebreid gedocumenteerde studie in die zin, zie E.-U. PETERSMANN, "Judging Judges: From 'Principal Agent Theory' to 'Constitutional Justice' in multilevel 'Judicial Governance' of Economic Cooperation among Citizens" 11 *Journal of International Economic Law*, 2008, 827-884.

trovert Europees zijn. Dit houdt in dat de EU haar positie op de internationale scène niet teveel mag afstemmen op de eigen constitutionele relatie met de lidstaten, en te weinig oog zou hebben voor haar medeverantwoordelijkheid als belangrijke component van de wereldorde om de internationale rechtsorde tot een volwaardige rechtsorde te helpen uitgroeien, meer bepaald wat betreft de mensenrechtenbescherming in het kader van de Verenigde naties. Volgens sommige commentatoren heeft het Hof van Justitie in zijn *Kadi* arrest aan die dimensie te weinig aandacht gegeven.

Bibliografie

Deze bijdrage is een uittreksel uit het Algemeen deel. Veertig jaar later. Privaat- en Publiekrecht in een vergaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing, Kluwer, 2010, 603 p., p.21-40. Auteurs: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN.